



УНИВЕРИТЕТ У НИШУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ



Сара Митић

***CONTRACTUS CONSENSUALES* У РИМСКОМ
ПРАВУ И ПРАВУ КРАЉЕВИНЕ СХС
упоредноисторијски аспект и рефлексije у
савременом праву**

ДОКТОРСКА ДИСЕРТАЦИЈА

Текст ове докторске дисертације ставља се на увид јавности, у складу са чланом 40. став 8. Закона о високом образовању ("Сл. гласник РС", бр. 88/2017, 73/2018, 27/2018-др закон, 67/2019, 6/2020-др закон, 67/2021, 67/2021-др закон)

НАПОМЕНА О АУТОРСКИМ ПРАВИМА:

Овај текст сматра се рукописом и само се саопштава јавности (члан 7. Закона о ауторским и сродним правима, "Сл. гласник РС", бр. 104/2009, 99/2011 и 119/2012).

Ниједан део ове докторске дисертације не сме се користити ни у какве сврхе, осим за упознавање са њеним садржајем пре одбране дисертације.

Ниш, 2023.



UNIVERSITY OF NIŠ
FACULTY OF LAW



Sara Mitić

***CONTRACTUS CONSENSUALES* IN ROMAN
LAW AND THE LAW OF THE KINGDOM OF SCs
Comparative Historical aspect and Reflections in
Contemporary Law**

DOCTORAL DISSERTATION

Niš, 2023.

Подаци о ментору и члановима комисије

Ментор и
председник
Комисије:

Др Марија Игњатовић,
редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

Члан
Комисије:

Др Небојша Ранђеловић,
редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

Члан
Комисије:

Др Гоце Наумовски,
редовни професор Правног факултета „Јустинијан Први“
Универзитета „Св. Кирил и Методиј“ у Скопљу

Члан
Комисије:

Др Александар Ђорђевић
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

Датум
одбране:

--

Подаци о докторској дисертацији

Ментор: Др Марија Игњатовић, редовни професор, Универзитет у Нишу, Правни факултет

Наслов: *CONTRACTUS CONSENSUALES* У РИМСКОМ ПРАВУ И ПРАВУ КРАЉЕВИНЕ СХС- упоредноисторијски аспект и рефлексије у савременом праву

Резиме: Појава консенсуалних уговора, првенствено у римском праву, преко правног система код Јужних Словена и Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца до савременог права олакшала је умногоне свакодневни правноекономски промет. Регулатива грађанског права, тачније уговорног права велики је показатељ развита свеукупних односа у једном друштву. Захваљујући *contractus consensuales* и основама које су постављене у римском праву, а чија су правна правила реципирана од стране правних система држава европског континента, па и држава Јужних Словена, готово да можемо говорити о унификацији правних правила у овој области. Докторска дисертација „ *CONTRACTUS CONSENSUALES* У РИМСКОМ ПРАВУ И ПРАВУ КРАЉЕВИНЕ СХС- упоредноисторијски аспект и рефлексије у савременом праву” обрађује како на настанак појединих консенсуалних уговора и њихову регулативу у римском праву, тако и њихово преузимање у мањој или већој мери у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца па све до савременог права.

У истраживању се анализирају консенсуални контракти регулисани у римском праву кроз три периода: предкласични, класични и посткласични период. У раду се анализирају *emptio-venditio*, *locatio-conductio*, *societas* и *mandatum*. Такође, акценат је стављен на регулативу у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца. Наиме, на подручју Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца постојало је шест различитих правних подручја: србијанско, црногорско, војвођанско (са Међимурјем и Прекомурјем), словеначко-далматинско, хрватско-славонско и босанско-херцеговачко. На сваком од ових подручја примењивано је посебно законодавство као и грађански законици. Међутим, без обзира на примену различитих грађанских законика на овим просторима, односно Аустријског општег грађанског законика (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch – ABGB*), који се примењивао на словеначко-далматинском правном простору у изворном облику, на хрватско-славонском простору са новелама, на босанско-херцеговачком простору, делом на црногорском (у Боки), Српског грађанског законика који се примењивао на простору Србије и Старе и јужне Србије, Општег имовинског законика за Црну Гору којим су регулисана правна правила грађанског права за црногорско правно подручје и Мецеле која је

важила на босанско-херцеговачком простору, постојао је заједнички именитељ за све њих. То је римско право као основа свим наведеним грађанским законима. Зато су правна правила која се односе на консенсуалне уговоре уређена на сличан начин на просторима шест наведених правних подручја.

Научна област:

Правне науке

Научна
дисциплина:

Правно-историјска

Кључне речи:

Римско право, консенсуални уговори, право Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, шест правних подручја

УДК:

347.440.32(37+497.1)"1918/1929"

CERIF

класификација:

X 300

Тип лиценце

Креативне
заједнице:

CC BY-NC-ND

Data on Doctoral Dissertation

Doctoral
Supervisor:

Marija Ignjatović, LL.D., Full Professor, University of Niš, Faculty of Law

Title:

CONTRACTUS CONSENSUALES IN ROMAN LAW AND THE LAW OF THE KINGDOM OF SCS- comparative historical aspect and reflections in contemporary law

Abstract:

The emergence of consensual contracts, primarily in Roman law, through the legal system of the South Slavs and the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes to modern law greatly facilitated everyday legal and economic transactions. The regulation of civil law, more precisely contract law, is a great indicator of the development of overall relations in a society. Thanks to the *contractus consensuales* and the foundations laid down in Roman law, whose legal rules have been adopted by the legal systems of the countries of the European continent, including the countries of the South Slavs, we can almost talk about the unification of legal rules in this area. The doctoral dissertation “CONTRACTUS CONSENSUALES IN ROMAN LAW AND THE LAW OF THE KINGDOM OF SCS”- comparative historical aspect and reflections in contemporary law” deals with both the origin of certain consensual contracts and their regulation in Roman law, as well as their adoption to a lesser or greater extent in the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes until modern law.

The research analyzes consensual contracts regulated in Roman law through three periods: the pre-classical, classical and post-classical periods. The paper analyzes *emptio-venditio*, *locatio-conductio*, *societas* and *mandatum*. Also, emphasis is placed on regulations in the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes. Namely, on the territory of the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes there were six different legal areas: Serbian, Montenegrin, Vojvodina (with *Međimurje* and *Prekomurje*), Slovenian-Dalmatian, Croatian-Slavonian and Bosnian-Herzegovinian. In each of these areas, separate legislation as well as civil codes were applied. However, regardless of the application of different civil codes in these areas, the Austrian General Civil Code (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch - ABGB*), which was applied in the Slovenian-Dalmatian legal area in its original form, in the Croatian-Slavonic area with amendments, in the Bosnian- Herzegovinian area, partly in Montenegrin (in *Boka*), the Serbian Civil Code that was applied in the area of Serbia and Old and Southern Serbia, the General Property Code for Montenegro, which regulated the legal rules of civil law for the Montenegrin legal area, and the *Medjela*, which was valid in Bosnia -Herzegovina area, there was a common denominator for all of them. It is Roman law as the basis for all the mentioned civil codes. That is why the legal rules relating to consensual contracts are

regulated in a similar way in the areas of the six mentioned legal areas.

Scientific
Field:

Juridical Sciences

Scientific
Discipline:

History of law

Key Words:

Roman law, consensual contracts, law of the Kingdom of Serbs,
Croats and Slovenes, six legal areas

UDC:

347.440.32(37+497.1)"1918/1929"

CERIF

Classification:

H 300

Creative
Commons
License Type:

CC BY-NC-ND

САДРЖАЈ

1. УВОД	12
1.1. Вредност и значај консенсуалних уговора и досадашња истраживања	12
1.2. Предмет и циљ истраживања	17
1.3. Основне хипотезе истраживања	17
1.4. Методи истраживања	19
2. КОНСЕНСУАЛНИ КОНТРАКТИ У РИМСКОМ ПРАВУ	20
2.1. Корени консенсуалних уговора у Старом Истоку и Старој Грчкој	20
2.1.1. Билаламов законик	20
2.1.2. Хамурабијев законик	23
2.1.3. Законодавство Старе Грчке	30
2.2. Консенсуални уговори у римском праву	35
2.2.1. Уговор о купопродаји (<i>emptio-venditio</i>) у римском праву	35
2.2.1.1. <i>Emptio-venditio</i> у старом римском праву (<i>ius civile</i>)	36
2.2.1.2. <i>Emptio-venditio</i> у класичном римском праву	39
2.2.1.2.1. Предмет (<i>merx</i>) као битан елемент уговора о купопродаји	39
2.2.1.2.2. Цена (<i>pretium</i>) као битан елемент уговора о купопродаји	41
2.2.1.2.3. Капара (<i>arrha</i>)	43
2.2.1.2.4. Дејство уговора о купопродаји	43
2.2.1.2.5. Права и обавезе уговорних страна	44
2.2.1.2.6. Процедурална средства за заштиту права уговорних страна	50
2.2.1.2.7. Додатна пакта (<i>pacta adiecta</i>) код уговора о купопродаји	50
2.2.1.3. <i>Emptio-venditio</i> у посткласичном римском праву	53
2.2.2. Уговор о закупу (<i>locatio-conductio</i>) у римском праву	57
2.2.2.1. <i>Locatio-conductio</i> у предкласичном римском праву	58
2.2.2.2. <i>Locatio-conductio</i> у класичном римском праву	60
2.2.2.2.1. Уговор о закупу ствари (<i>locatio-conductio rei</i>)	60
2.2.2.2.1.1. Предмет уговора (<i>res</i>)	61
2.2.2.2.1.2. Закупнина (<i>merces</i>)	62
2.2.2.2.1.3. Дејство уговора	63
2.2.2.2.1.4. Права и обавезе уговорних страна	63
2.2.2.2.1.5. Процедурална средства	65
2.2.2.2.1.6. Неке посебне врсте уговора о закупу	67
2.2.2.2.2. Уговор о најму радне снаге (<i>locatio-conductio operarum</i>) у класичном римском праву	69
2.2.2.2.2.1. Предмет уговора (<i>operae</i>)	70
2.2.2.2.2.2. Најамнина (<i>merces</i>)	70
2.2.2.2.2.3. Дејства уговора	70
2.2.2.2.2.4. Права и обавезе уговорних страна	71
2.2.2.2.2.5. Процедурална средства	71

2.2.2.2.3. Уговор о делу (<i>locatio-conductio operis faciendi</i>) у класичном римском праву.....	72
2.2.2.2.3.1. Предмет уговора (<i>opus</i>)	73
2.2.2.2.3.2. Накнада (<i>merces</i>)	75
2.2.2.2.3.3. Дејство уговора	77
2.2.2.2.3.4. Права и обавезе уговорних страна	77
2.2.2.2.3.5. Процедурална средства	79
2.2.2.2.3.6. Посебне врсте уговора о делу	79
2.2.2.3. <i>Locatio-conductio</i> у посткласичном римском праву	87
2.2.3. Уговор о ортаклуку (<i>societas</i>) у римском праву	90
2.2.3.1. <i>Societas</i> у предкласичном римском праву	90
2.2.3.2. <i>Societas</i> у класичном римском праву.....	92
2.2.3.2.1. Предмет уговора.....	93
2.2.3.2.2. Дејство уговора	94
2.2.3.2.3. Права и обавезе уговорних страна	94
2.2.3.2.4. Процедурална средства	97
2.2.3.2.5. Престанак ортаклука.....	100
2.2.3.2.6. Посебне врсте удруживања.....	103
2.2.3.3. <i>Societas</i> у посткласичном римском праву	107
2.2.4. Уговор о налогу (<i>mandatum</i>) у римском праву	111
2.2.4.1. <i>Mandatum</i> у предкласичном римском праву.....	112
2.2.4.2. <i>Mandatum</i> у класичном римском праву.....	121
2.2.4.2.1. Предмет уговора.....	122
2.2.4.2.2. Дејство уговора	123
2.2.4.2.3. Права и обавезе уговорних страна	127
2.2.4.2.4. Процедурална средства	134
2.2.4.2.5. Престанак уговора	134
2.2.4.2.6. Посебни облици уговора	140
2.2.4.3. <i>Mandatum</i> у посткласичном римском праву	142
3. РИМСКО ПРАВО-ТЕМЕЉ ПРАВНИХ СИСТЕМА	
ЈУЖНОСЛОВЕНСКИХ ПРОСТОРА	148
3.1. Римска империја и њено правно наслеђе на Балкану	148
3.2. Римско приватно право – основа грађанског права код Јужних Словена	151
3.3. Правни систем Краљевине Срба Хрвата и Словенаца.....	155
3.4. Шестојануарска диктатура и покушај унификације права у Краљевини Југославији	158
4. КОНСЕНСУАЛНИ УГОВОРИ У ПРАВУ КРАЉЕВИНЕ	
СРБА, ХРВАТА И СЛОВЕНАЦА	163
4.1. Шест правних подручја.....	163
4.2. Консенсуални уговори на подручју примене Аустријског грађанског законика.....	174
4.2.1. Општи преглед.....	174

4.2.2. О уговору куповине.....	176
4.2.3. О уговорима закупа.....	191
4.2.4. Уговор о заједници добара.....	220
4.2.5. Уговор о опуномоћавању и другим врстама деловодства.....	229
4.3. Консенсуални уговори на подручју примене Српског грађанског законика.....	240
4.3.1. Општи преглед.....	240
4.3.2. Уговор о продаји и куповини.....	242
4.3.2. Уговор о закупу.....	261
4.3.4. Уговор о ортаклуку.....	277
4.3.5. Уговор у пуномоћству и деловодству.....	285
4.4. Општи имовински законик за Црну Гору.....	293
4.4.1. Општи преглед.....	293
4.4.2. Уговор о куповини.....	296
4.4.3. Уговор о закупу.....	309
4.4.4. Уговор о простој удрузи.....	347
4.4.5. Уговор о повјери или пуномоћју.....	358
4.5. Консенсуални уговори на подручју примене Мецеле.....	370
4.5.1. Општи преглед.....	370
4.5.2. Уговор о купопродаји.....	373
4.5.3. Уговор о закупу.....	387
5. РИМСКИ КОНСЕНСУАЛНИ УГОВОРИ И РЕФЛЕКСИЈЕ У САВРЕМЕНОМ ПРАВУ.....	406
5.1. Социјалистичка Федеративна Република Југославија.....	406
5.2. Грађанско право у СФРЈ.....	410
5.3. Размишљања о постојећим и новим решењима.....	414
ЗАКЉУЧАК.....	417
ЛИТЕРАТУРА.....	429

1. УВОД

1.1. Вредност и значај консенсуалних уговора и досадашња истраживања

У савременом праву један од основних принципа уговорног права јесте принцип консенсуализма, по коме се уговори закључују простом сагласношћу изјављених воља (*solo consensu*). То значи да закључење уговора не подлеже никаквој форми, осим ако је законом друкчије одређено и да проста сагласност изјављених воља може да производи правна дејства. Ово начело не значи да правни посао нема форму, већ да правни посао може да се закључи у било којој форми.

Полазећи од овог принципа, аутори Закона о облигационим односима из 1978. Републике Србије¹ су традиционално реалне уговоре регулисали као консенсуалне имајући у виду предности које доноси консенсуална форма уговора. Данас су уговори (схваћени римским појмом консенсуалних уговора) веома распорстрањени и једни од најчешће закључиваних у пракси.

У савременом праву консенсуални уговори, утемељени и дефинисани у оквирима римског права, су веома распрострањени и најчешће се примењују се у пракси.

У римском праву развојем правне свести и настанком потребе за убрзаним развојем правноекономског промета дошло је до појаве консенсуалних уговора. Консенсуализам, (сагласност воља уговорних страна) је постојао још од најранијег периода настанка римске државе, али није био довољан да би правни посао произвео дејство. Било је неопходно да поред сагласне изјаве боља уговорних страна постоји и предузимање неких других активности, као што су изговарање свечаних речи – *verbis* (код вербалних контраката), испуњење писмене форме – *litteris* (код литерарних контраката), предаја ствари – *re* (код реалних контраката).² И код ових уговора постојао је споразум (*consensus*) уговорних страна, али је био у другом плану и у сенци акта које је старо римско право (*ius civile*) предвиђало као услов за стицање права на тужбу (*actio*).

¹ Закон о облигационим односима Републике Србије „Сл. гласник“, бр. "Sl. list SFRJ", br. 29/78, 39/85, 45/89 - odluka USJ i 57/89, "Sl. list SRJ", br. 31/93, "Sl. list SCG", br. 1/2003 - Ustavna povelja i "Sl. glasnik RS", br. 18/2020

² У старом римском праву, правна веза (*iuris vinculum*) и основ за настанак облигационих односа били су одређени поступци страна тј. изговарање свечаних речи и формула са магијским деловањем, симболични гестови или изјаве дате у присуству сведока. зато су вербални контракти, прва група контракта која је настала у римском праву, свој основ имали у датој речи

Међутим, дата реч није представљала сагласност воља, већ свечано потврђивање претходно склољеног споразума. Могли би се рећи да је постојао консензус, али је остајао у другом плану. Код литералних контраката,³ другој групи контракта насталој након вербалних, постојао је консенсус страна о битним елементима уговора, али је било потребно да он буде изражен уписом у пословну књигу или друго писмено. С обзиром да су вербални и литерални контракти били строго формални и апстрактни правни послови *stricti iuris* и да је њихово закључивање отежавало правни промет, било је неопходно да се нађу нова решења и нове форме правних послова. Зато су уведени реални и консенсуални контракти. Сагласност воље уговорних страна и даље је постојала код реалних контракта⁴ али је била у сенци материјалног акта, предаје ствари (*re contrahitur*).

Свест о томе да је проста сагласности воља уговорних страна довољна за пуноважно закључење уговора развила се у периоду након пунских ратова када је дошло до свеопштег просперитета римског друштва. Разлог настанка консенсуалне форме контраката лежи у оквиру ограниченог домена права *ius gentium*-а. Ширењем римске државе и развојем трговачког промета, посебно између Римљана и странаца и немогућности странаца да се користе свечаним формама старог цивилног права приликом склапања правних послова са Римљанима, настала је потреба за увођењем консенсуалне форме којом би се превазишле препреке и регулисали новонастали друштвени односи.⁵

³ Експенсилација (*expensilatio*) је једини литерални, изворно римски, контракт. Настаје уписивањем дуга у благајничку књигу повериоца (*codex accepti et et expensi*) уз присзамак дужника. По Гају су постојала два облика таквих уписа: *nomina arcaria* и *nomina transscripticia*. У литералне контракте спадала су и два, преузета из грчког права: *chirographum* и *syngraphae*. *Chirographum* је исправа коју својеручно саставља и потпусује дужник и потом је предаје повериоцу. *Syngraphae* је писани документ који саставља треће лице у присуству сведока, којим се потврђује да неко дугује другом лицу одређену суму новца, без навођења правног основа.

⁴ У реалне контракте су спадали *fiducia*, *pignis*, *mutuum*, *depositum* и *commodatum*. *Fiducia* је реални уговор *bonae fidei* код кога једна страна (фидуцијант) преноси ствар у својину другог лица (фидуцијара), а прибавилац се обавезује да ће после уговореног рока или испуњења услова вратити ствар и пренети својину раније власнику или трећем лицу. *Pignus* је реални контракт *bonae fidei*, који настаје тако што једна страна (заложни дужник, залогодавац) предаје другој страни (заложном повериоцу залогопримцу) у државину неку покретну или непокретну ствар ради обезбеђења потраживања, а ова се обавезује да ће је вратити по испуњењу основног дуга. *Mutuum* је реални контракт *stricti iuris* код кога једна страна (зајмодавац) даје бесплатно у својину одређену количину заменљивих ствари другој страни (зајмопримцу), а ова се обавезује да ће у уговореном року вратити исту количину исте врсте ствари. *Depositum* је реални контракт *bonae fidei* који настаје када једна страна (оставодавац, депонент) поверава другој (оставопримцу, депозитару) покретну ствар на бесплатно чување уз обавезу да је на захтев оставодавца или после уговореног рока врати. *Commodatum* је реални контракт *bonae fidei* који настаје када једна страна (послугодавац, конодант) предаје другој страни (послугопримцу, комодатару) индивидуално одређену ствар на бесплатно коришћење, уз обавезу да је после употребе или уговореног рока врати неоштећену.

⁵ Увођење консенсуализма није значило нестанак форме нао битног елемента уговора, у случају да су се

Консенсуални уговори постизали су дејство у тренутку када су уговорне стране постигле сагласност о битним елементима уговора, чиме је неформални споразум (*pactum*) био уздигнут у ред контраката. За склапање консенсуалних контраката није била потребна никаква форма, ни предаја ствари, односно извршење неке чинидбе као код реалних контраката. Обавеза је настала за обе уговорне стране већ самим постигнутим споразумом (*consensus*) о склапању правног посла. споразум се могао постићи на било који начин: међу присутнима и одсутнима, усмено и писмено, изричитом вољом и ћутањем, лично или по гласнику.⁶ На тај начин је поједностављен и олакшан поступак склапања правних послова са странцима. у исто време могућност склапања правних послова у консенсуалној форми постојала је само за одређене правне послове (купопродају – *emptio-venditio*, уговор о закупу – *locatio-conductio*, ортаклук – *societas* и заступништво – *mandatum*), јер се склапањем ових правних послова излазило у сусрет потребама развијеног правноекономског промета римске државе.

Простор Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца⁷ следи традицију римског права још од најранијих времена. Конституисањем заједничке државе три народа, ни државници, а ни ондашњи савременици нису били свесни проблема који ће се јавити у области грађанског права са поступком унификације правних правила. С кривичном правом, ситуација је донекле била лакша у погледу унификације јер није било потребе да се води рачуна о различитим околностима, о којима је нужно било потребе приликом доношења правних прописа у области грађанског права (различити обичаји, конфесије, различита правна подручја).

Зато и стварањем јединствене односно унитарне Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца нису унификована правна правила у области грађанског права. Одмах по уједињењу појавио се и проблем изједначавања закона и правосудног система с обзиром на различитост правних подручја, а све то због разноликости како историјских околности у којима су се развијала ова правна подручја тако и друштвеног контекста и посебности сваког од њих.

уговорне стране договориле да закључе уговор у усменој, писменој или реалној форми, њихов уговор није производио правно дејство уколико није био испуњен услов форме. с друге стране, увођењем консенсуализма уведено је и потпуно супротно правило од правила старог римског облигационог права које је предвиђало да прост споразум не рађа облигацију (*ex nudo pacto obligatio non nascitur*). У класичном римском праву консенсуална форма имала је улогу да употпуни слободу воље уговорних страна приликом склапања правних послова. види: Игњатовић, М. – Римско право, Ниш, 2022., стр. 327.

⁶ О томе: Horvat, M. – *Rimsko pravo*, Zagreb, 1998, str. 267.

⁷ У даљем тексту: СХС.

Србијанско правно подручје наследило је правне прописе Краљевине Србије и у области грађанског права с тим што и оно није било унификовано. У деловима некадашње Краљевине Србије (без Старе и јужне Србије)⁸ примењиван је Српски грађански законик⁹ из 1844. године. Простор Старе Србије и јужне Србије је тек 1919. године уведен у правни систем Краљевине Србије.

Црногорско правно подручје наставило је традицију Краљевине Црне Горе па је је у примени био Општи имовински грађански законик¹⁰ из 1888. године.

Ни на војвођанском правном подручју није постојала јединственост у важењу правних прописа. Углавном је важило угарско право, осим на оном делу територије који је пре рата припадао Војној граници, где је важило аустријско право. Угарско приватно право било је карактеристично по томе што је у њему обичајно право имало значајну улогу, а нарочиту правотворну функцију имала је судска пракса. На војвођанском правном подручју постојао је мешовити правни систем који је представљао синтезу судског и законског права.¹¹

И у Босни и Херцеговини је била слична ситуација. Делом је важило аустријско право, односно Аустријски грађански законик из 1811. године¹², а за припаднике муслиманске вероисповести је важило шеријатско право.

На хрватско-славонском подручју важило је новелирано аустријско право, док је на далматинско-словеначко подручју постојао конгломерат утицаја, почев од изворног

⁸ Важно је напоменути да ће бити коришћени стари називи ових територија, односно да ће бити говора о правним подручјима, а не државама из разлога што је територија једне државе подпадала под два, а негде и три различита правна система.

⁹ Српски грађански законик или пун назив Грађански законик за Кнежевину Србију је донет 11. марта 1844. године. О његовој вредности сведочи и дуг период његове примене. Био је на снази до 1945. године, а и данс је супсидијаран извор права код уговора о поклону, одбеглог роја пчела и промене власништва приликом одрона земљишта. Редактор овог законика био је Јован Хацић, писац, оснивач Матице српске, дописни члан Друштва српске словесности и Српског ученог друштва. С обзиром да је Српски грађански законик донет по угледу на Аустријски грађански законик из 1811. године, оба законика своје корене имају у римском праву.

¹⁰ Општи имовински законик за Кнежевину Црну Гору Валтазара Богишића је донет 1888. године. Валтазар Богишић био је српски историчар права, министар правде Црне Горе, професор, правник. Овај законик представља комбинацију народних обичаја и класичних римских основа исказаних на једноставан и лако разумљив начин. Величанственост овог дела упутпуњују изреке које о основи подсећају на римске сентенце, а опет су написане лаким, постичним и у потпуности одговарајућим стилем. Његов рад на овом законуку је трајао шеснаест година што сведочи о његовој темељитости и одговарању стварним потребама.

¹¹ Г. Дракић, *Грађанско право на војвођанском правном подручју у Краљевини СХС*, Зборник радова „Хармонизација грађанског права у региону“, 2013, стр. 107.

¹² *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch - ABGB*

римског права преко утицаја статута далматинских градова, права Млетачке републике, до инкорпорирања у аустријско право од 1815. године.

Шест различитих правих подручја (србијанско, црногорско, војвођанско (са међимурјем и прекомурјем), словеначко-далматинско, хрватско-славонско и босанско-херцеговачко) имали су одређене специфичности услед различитих друштвених и политичких околности, па су се самим тим и разликовала у погледу примене законских правила грађанског права. Међутим, без обзира на примену различитих грађанских законика на овим просторима, односно Аустријског општег грађанског законика (*allgemeines bürgerliches Gesetzbuch – abgb*), који се примењивао на словеначко-далматинском правном простору у изворном облику, на хрватско-славонском простору са новелама, на босанско-херцеговачком простору, делом на црногорском (у Боки), Српског грађанског законика, који се примењивао на простору Старе и јужне Србије, Општег имовинског законика за Црну Гору којим су регулисана правна правила грађанског права за простор Црне Горе и Мецеле која је важила на босанско-херцеговачком простору, постојао је заједнички именитељ за све њих, а то је римско право као основа свим наведеним грађанским законцима. Зато су правна правила која се односе на консенсуалне уговоре, који су предмет истраживања ове докторске дисертације, уређена на сличан начин на просторима шест наведених правних подручја и на неки начин представљају доказ да је и у области грађанског права било примера унификације правних правила.

Посматрањем и упоредноправном анализом уговора о купопродаји (*emptio-venditio*), уговора о закупу (*locatio-conductio*), уговора о ортаклуку (*societas*) и уговора о заступништву (*mandatum*) најпре кроз призму римског права, а потом и кроз призму шест правних подручја Краљевине СХС, анализом њихове правне природе и анализом решења из судске праксе у раду ћемо настојати да сазнамо о утицају римског права на регулисање ових уговора у праву Краљевине СХС.

Због сложености питања које ће се обрађивати у оквиру докторске дисертације, најпре ће предмет изучавања бити анализа ова четири консенсуална уговора у оквиру римског права, а потом и облигационог права на простору Краљевине СХС, а биће изложена и одређена решења из судске праксе шест различитих правних подручја.

Консенсуални уговори римског права до сада су били предмет истраживања бројних еминентних стручњака романиста, цивилиста и правних теоретичара. Међу

њима посебно су значајна сагледавања *Ruiz, Girard, Watson, Arangio-Ruiz, Shulc, Buckland, Sanfilippo, Chrost, Stain, Serrao, Powell, Zimmerman* и др.

На просторима некадашњих југословенских република анализом консенсуалних контараката бавили су се: Пухан, Станојевић, Даниловић, Хорват, Маленица, Шарац, Сич, Стојчевић, Перић и други.

Бројна истраживања упућују на то да је оправдано и актуелно разматрање овог питања са теоријског и практичног аспекта.

1.2. Предмет и циљ истраживања

Појава и развој консенсуалних уговора, најпре у оквиру римског права, а путем рецепције римског права и у праву грађанског друштва, умногоме је олакшала свакодневни правноекономски промет. захваљујући *contractus consensuales* и основама које су постављене у римском праву, а чија су правна правила реципирана од стране правних система држава европског континента, па и држава јужних словена, готово да можемо говорити о унификацији правних правила у овој области.

Докторска дисертација „*CONTRACTUS CONSENSUALES* У РИМСКОМ ПРАВУ И ПРАВУ КРАЉЕВИНЕ СХС–упоредноисторијски аспект и рефлексije у савременом праву” за предмет истраживања има како настанак консенсуалних уговора и њихову регулативу у римском праву, тако и њихову рецепцију у мањој или већој мери у праву Краљевине СХС. анализом консенсуалних уговора римског права као темеља правног система код јужних словена даје се осврт на римско правно наслеђе на Балкану.

1.3. Основне хипотезе истраживања

На основу теме докторске дисертације и основних циљева истраживања постављена је основна хипотеза истраживања.

Основна хипотеза је да је римско облигационо право универзалног карактера и да је основа савременог права, што се жели доказати анализом консенсуалних уговора у оквиру правног система Краљевине СХС.

Поред основне, у дисертацији је формулисано неколико посебних хипотеза које служе објашњењу основне хипотезе:

Посебна хипотеза 1:

Прва хипотеза, да су друштвено-историјске околности и геополитички контекст условили различит развој у основи истог дела приватног права, на просторима који су припадали постојбини класичног римског права. Ова хипотеза полази од различитости које постоје у шест правних система, а које су последица различитих друштвених, верских и политичких околности развитка србијанског, црногорског, словеначко-далматинског, хрватско-славонског, војвођанског и босанско-херцеговачког правног подручја које ће касније постати Краљевина Срба, Хрвата и Словенаца.

Посебна хипотеза 2:

Друга хипотеза, да је обичајно право имало велику улогу у обликовању норми римског приватног (уговорног) права. Ова хипотеза полази од значајне улоге коју је обичајно право имало на свим истраживаним подручјима. Наиме, Српски грађански законик који је заправо рецепирани Аустријски грађански законик садржи многе одредбе обичајног права које у интегралном тексту не постоје. Такође, Општи имовински законик за Црну Гору садржи обичајноправне норме. И за војвођанско правно подручје се може рећи исто с обзиром да је тамо важило угарско право које представља комбинацију законског и обичајног права. Слична ситуација је била и у осталим правним подручјима.

Посебна хипотеза 3:

Трећом хипотезом треба да се покаже да су разлике уствари сличности. Ова хипотеза полази од претпоставке да уочене разлике у правним системима шест правних подручја представљају заправо њихову сличност, јер ма колико одређени консенсуални уговор био другачије дефинисан, управо у том различитом дефинисању истих елемената правних института се уочава њихова сличност. Јер заједничка карактеристика, не само ових шест правних подручја, већ и подсистема који постоје унутар њих самих, јесте управо правни партикуларизам и различито правно уређење одређених института.

1.4. Методи истраживања

За остваривање циљева истраживања и проверу основне хипотезе, у раду је примењено неколико основних и посебних научно-истраживачких метода.

Правноисторијски метод је коришћен како би се сагледао један развојни узрочни ланац настанка ове групе уговора у римском праву, њиховој примени још у римској империји, као и у Краљевини СХС. Такође, овим методом и узимањем за предмет изучавања више националних права и утврђивањем веза између њих, сагледан је утицај римског права на шест правних подручја као и међусобни утицај сваког од њих на остале. коришћењем историјскоправног метода утврђено је које су основе, настале још у римском праву, опстале до данашњих дана.

Упоредноправни метод је коришћен ради добијања потпуне слике о правној регулативи консенсуалних уговора на шест различитих правних подручја односно србијанском, црногорском, хрватско-славонском, словеначко-далматинском, босанско-херцеговачком и војвођанском правном подручју. овим методом сагледани су слични или различити елементи како дефинисања ових уговора тако и решавања одређених случајева у пракси.

С обзиром да је правни однос, друштвени однос регулисан правним нормама, у раду је коришћен и социолошки метод. употребом социолошког метода дошло се до закључка колико и у којој мери су, правила настала још у римском праву, одговарала друштвеним околностима. такође, примена социолошког метода показала је узроке промена појединих правила римског права и њихове модификације на конкретном правном подручју.

Нормативним методом испитиване су норме садржане у уставним, законским и другим нормативним актима донетим у истраживаним ериодима. Реч је, пре свега, о *Lex duodecim tabularum*, *Institutiones*, *Corpus iuris civilis (digesta, institutiones)*, Аустријском грађанском законнику, Српском грађанском законнику, Општем имовинском законнику за Црну Гору, Уставу Краљевине СХС од 28. јуна 1921. године, итд. Коришћење нормативноправног метода омогућило је бољем разумевању правних прописа који су дефинисали консенсуалне уговоре (*emptio-venditio*, *locatio-conductio*, *societas*, *mandatum*) и омогућило је прецизније сагледавање уређивања свих питања која се јављају у вези са овим уговорима.

2. КОНСЕНСУАЛНИ КОНТРАКТИ У РИМСКОМ ПРАВУ

Анализа консенсуалних контраката у римском праву има велики значај са аспекта дефинисања и сагледавања њихове основне концепције (садржине, права и обавеза уговорних страна, процедуралних средстава и евентуалне накнаде штете). Такође, од великог је значаја и да се дају одређене напомене о коренима (зачецима) ових правних послова и у другим државама и правима антике.

2.1. Корени консенсуалних уговора у Старом Истоку и Старој Грчкој

Зачеци консенсуалних правних послова датирају много пре њиховог утемељења у одредбама римског права. У државама Месопотамије, први облици консенсуалних уговора срећу се у одредбама Билаламовог и Хамурабијевог законика. Са одредбама ових законика практично започиње процес формирања и развијања консенсуалних правних послова до чијег правног уобличења ће доћи са развојем римског класичног права.

2.1.1. Билаламов законик

Билаламов законик¹³ представља збирку најраније донетих прописа и судских одлука, а поједине одредбе Хамурабијевог законика нашле су свој узор управо у овом Законику. Билаламовим законом је учињен покушај у спровођењу економских реформи тиме што су прописане фиксне цене¹⁴ и закупнине¹⁵ за поједине намирнице.

Главна карактеристика Билаламовог законика, као уосталом и многих законика из старог периода људске цивилизације је казуистичност. Закон се састоји од пролога и 58 чланова и нема утврђену систематику. Ипак, могу се препознати одредбе које се

¹³ Законик града Ешнуне или познатији као Законик Билаламе, назван по владару за време чије владавине је донет, представља највероватније најстарији правни текст који је написан на акадском језику. Донет је око 1720. године п.н.е. и исписан је на две таблице од којих је једна у потпуности очувана и успешно реконструисана, док је друга већим делом оштећена. Овај Законик се налази у ирачком Музеју старина у Багдаду под бројевима 51059 и 52614. Плочице је 1948. године у близини Багдада, на локалитету Тел Абу Хамал открила Управа старина претхамурабијевог периода. Овај је Законик проучио и превео Алберт Геце са Јејл Универзитета. Билаламов или Билаламин Законик по садржају је сличан Ур-Наммуовом Законику. Поједине одредбе из чувеног Хамурабијевог законика нашле су свој узор управо у Билаламином законуку.

¹⁴ Види: чл. 1 Закона: „Један кур жита један шекел сребра; три *qa* најбољег уља један шекел сребра; један *seah* и два *qa* сезамова уља један шекел сребра; један *seah* и пет *qa* масти један шекел сребра; четири *seah* речног уља један шекел сребра; шест мина вуње један шекел сребра; један *kur* један шекел сребра, три мине бакра један шекел сребра; две мине пречишћеног бакра један шекел сребра“.

¹⁵ Види: чл. 2 Закона: „Закупнина за кола, волове и гонича износи један *rap* и четири *seah* жита“.
„ Закупнина за брод износи 2 *qa* за *kur*; закупнина за бродара износи један *seah* и један *qa*” - члан 4.

односе на облигационе односе, којима се регулишу поједини облигациони уговори као што су уговор о закупу, зајму, ортаклуку, уговор о налогу и купопродаји.

Ваља истаћи да се у овом Законнику не налазе апстрактне норме о појму уговора, битним елементима и уговорним странама које су карактеристичне за савремено право. Такође, из наведених одредби не може се закључити да Законик познаје било коју класификацију контракта.

Норме о закупу и купопродаји се односе на конкретне случајеве, вероватно оне који су били најзаступљенији у пракси.

Уговор о купопродаји је стипулисан у четири члана и то 38, 39, 40, 41. члану.

Члан 38 говори о могућности продаје заједничке имовине од стране једног брата, као и могућности куповине тог дела од стране другог. Иако се овај члан највероватније односи на продају заједничке имовине, намеће се питање да ли се овај члан посредно односи и на уговор о ортаклуку, односно продају/куповину ортачког удела. Применом правила аналогije и применом одређених каснијих правничких знања из области римског облигационог права, посебно имајући у виду уговор о ортаклуку (*societas*) који је корен имао управо у *consortium*-у, у заједници која је настајала по угледу на браћу (*ius fraternitatis*, братско право), можемо закључити да иако није стипулисан директно, Билаламин законик познаје и уговор о ортаклуку.

„Ако један од браће жели да прода свој део (као део заједничке имовине), а његов брат жели да купи, платиће...”¹⁶

Члан 39 регулише посебан случај законског права прече куповине. Такође на основу саме конструкције овог члана, посредно се може закључити о постојању уговора о налогу или заступништву јер оставља могућност давања овлашћења власнику куће за куповину исте.

„Ако је човек у невољи и продаје своју кућу, власник куће (продавац) да се овласти да је може откупити ако је купац буде препродавао.”

Члан 40 односи се на случај када тужени не може да докаже правни основ (уговор о купопродаји) држања ствари. У том случају постоји правна претпоставка да је купац лопов.

¹⁶ Види: чл. 38 Билаламин законика.

„Ако човек купи роба, робинју, говече или неко друго процењиво добро, на правно не може установити продавца, сматра се лоповом.”

Последњи члан који се односи на уговор о купопродаји (члан 41) односи се на продају тачно одређене ствари– пива и стипулише продају предмета по тржишној цени.

*„Ако *ibarum, naptarum* или *midum*¹⁷ желе да продају своје пиво, могу га продати по тржишној цени.”*

Уговор о закупу или најам је стипулисан у члановима 3, 4, 7, 8, 9, 10, 11. Билаламин законик садржи највише одредбе о закупу ствари, док је уговор о најму радне снаге стипулисан у свега два члана.

Уговор о закупу или најму ствари је регулисан кроз прописивање цена за поједине ствари. Дате су закупнине за коње, волове,¹⁸ магарце, брод,¹⁹ жетелице²⁰, дакле за ствари које су најчешће биле предмет закупа. Такође, у овим члановима су дате и закупнине за гонича и бродара, што значи да овај законик не прави теоријску разлику између уговора о закупу и уговора о најму радне снаге.

Чланови који се односе на уговор о најму радне снаге регулишу цену најамнине најамног радника као и накнаду штете коју је дужан да надокнади уколико послодавцу не стави на располагање своју радну снагу. Такође, Законик предвиђа да је најамни радник био дужан да надокнади вредност најамнине коју је примио у природи.

*„Да се најмљенику за жетву плати један *seah* сребра; ако се намљеник унајмителу не стави на располагање и ако за њега не обави жетвени посао на било којему месту, да плати десет шекела сребра. Ако је као награду за рад примио један *seah* (и пет) *qa* жита, дужан је надокнадити одређену количину жита, уља и пређе.”*

Следећи и последњи члан који се односи на овај уговор говори о цени најамнине, али предвиђа и временски оквир трајања уговора.

Прописивањем тачно одређених цена закупнине, законодавац је очигледно желео да спроведе економску реформу услед вероватно разних злоупотреба и превисоких цена које су се наметале у пракси.

¹⁷ Друштвене класе који су уживале право на одређену количину пива.

¹⁸ Закупнина за кола, волове и гонича износи један *rap* и четири *seaha* жита.

¹⁹ Закупнина за брод износи 2 *qa* за *kur*.

²⁰ Закупнина за жетелицу износи два *seaha* жита.

Билаламов законик не садржи директне одредбе о уговору о заступништву или уговору о налогу. Поједини аутори сматрају да, већ поменуте одредбе, чланови 9. и 11. о којима је било речи код уговора о закупу представљају форму деловања једног лица у корист другога.

Члан 9: *„Да се најмљенику за жетву плати један sheah сребра; ако се намљеник унајмителу не стави на располагање и ако за њега не обави жетвени посао на било којему месту, да плати десет шекела сребра. Ако је као награду за рад примио један sheah (и пет) qa жита, дужан је надокнадити одређену количину жита, уља и пређе.“*

Члан 11: *„Надница за најамљеника износи један seah сребра; његова храна стаје један пан жита; дужан је радити месец дана.“*

Имајући у виду да је уговор о налогу представљао уговор на основу којег је једна страна налагала другој страни да за њен рачун обави одређени посао који је могао бити како правни тако и фактички, долазимо до закључка да се одређене одредбе Билаламовог законика, иако се директно односе на уговор о најму радне снаге, представљају зачетке уговора о заступништву, односно зачетке деловања једног лица у корист другога.

2.1.2. Хамурабијев законик

Хамурабијев законик, назван по вавилонском цару Хамурабију током чије владавине је донет,²¹ представља један од најзначајнијих правних споменика Старог века древне Месопотамије.

Законик се састоји из три дела: пролог, нормативни део и епилог. Пролог и епилог су религиозног карактера, док је нормативни део Законика световног карактера и чине га 282 члана. Законик више подсећа на збирку судских пресуда него на зборник општих правних прописа.

У оквиру нормативног дела Законика, материја је изложена одређеним редом и чине је следеће одредбе: одредби о суђењу и судском поступку (члан 1-5), прописа о

²¹ Хамураби је био седми владар аморитске династије. Према сумерском попису краљева, дошао је на престо 1792. године п.н.е. наслеђујући свог оца Син-Мубалита. Током његове владавине (1793-1750. п.н.е, према старијој хронологији, одн. 1709-1669. п.н.е. према новијој, све више прихваћеној периодизацији), Царство је достигло свој врхунац обухватајући територију целе Месопотамије. У својим успешним освајачким походима освојио је тадашње најмоћније градове Месопотамије - Исин, Ларсу, Ашур, Ниниву, Мари, Ешнуну.

имовинским односима (6-126), о браку и породици (127-195), о кривичним делима против личности (196-220), о разноврсним правним пословима и услугама, као и одредби о накнади штете до које је долазило приликом коришћења, оштећења или крађе туђих средстава за рад (221-282).²²

Облигационо право Хамурабијевог законика, посебно уговорно право је изузетно развијено, на шта су утицали богатство Вавилонског царства, развој занатства и трговине који су условили појаву великог броја уговора у пракси. Отуда се, често у правничкој литератури, поистовећује са римским облигационим правом из времена *Lex duodecim tabularum*.²³

Према одредбама Хамурабијевог законика да би један уговор могао да произведе правно дејство било је неопходно да поседује одговарајућу форму. При том није било предвиђено да је форма уговора требало да буде посебно свечана већ таква да је на основу ње лако могла да се установи воља уговорних страна, што је у исто време и олакшавало доказивање у случају евентуалног спора.²⁴ Са друге стране, за одређене врсте уговора, законодавац је изричито захтевао поштовање прописане форме.

Сви уговори су се склапали усмено у присуству сведока или писмено на глиненим плочама. Глинене плоче, правоугаоног облика су употребљаване за писање уговора. Најчешће их је састављао професионални писар дубшар. Садржале су печате, потписе уговорних страна, потписе сведока као и самог писара. Пошто би уговор био потписан обмотаван је танким слојем глине, а на спољашњим страницама су се уписивала имена уговорних страна и предмет уговора.²⁵

Како је предмет анализе ове дисертације врста уговора који настају на основу просте сагласности воља уговорних страна, у овом делу рада посветићемо пажњу

²² О томе: Николић, Д. – *Историја права, стари и средњи век*, Ниш, 2014, стр. 52.

²³ Постоје индикације да је и сам Законик извесно утицао на Законик дванаест таблица тако што је приметан његов утицај на Тору или Петокњижје, а преко раних хеленских законика и на *Lex duodecim tabularum*.

²⁴ Дуго је постојала расправа око обавезности форме и ништавости уговора до кога је долазило услед недовољавања овом битном елементу уговора. Многи научници су сматрали да је код уговора о купопродаји непоштовање форме основа за ништавост уговора, а све због првог превода Хамурабијевог законика од стране проф. Чедомира Марковића. Касније, посматрајући преводе страних аутора, поготово Марте Пот која је свесно употребила глагол *to purchase* (прибавити) уместо глагола *to buy* (купити), постоји сагласност да форма која се тражи за склапање уговора је *forma ad probationem*, а не *forma ad solemnitatem*.

²⁵ О вавилонском писму и писању уговора, види: Contenau, G. – *Babilon i Asirija*, Naprijed, Zagreb, 1978, str. 157.

уговору о купопродаји, уговору о закупу, уговору о делу, уговору о налогу и уговору о ортаклуку у оквиру Хамурабијевог законика.²⁶

Уговор о купопродаји је стипулисан у многобројним члановима Хамурабијевог законика. Ваља напоменути да ни овде не постоје апстрактне правне норме о самом појму уговора, битним елементима и уговорним странама. Норме које се односе на овај уговор су казуистичне и непотпуне, па онда и не чуди што нема норми о обичној купопродаји.

Купопродаја се обављала уз предају ствари и исплату цене, што значи да су битни елементи контракта били предмет и цена. Предмет уговора о купопродаји биле су покретне и непокретне ствари у промету, људи и то како слободни тако и робови.

Законик посвећује пажњу и стварима ван промета – *res extra commercium* (нпр. илку имовина). Ствари ван промета, према одредбама Законика не само да нису могле да буду предмет уговора о купопродаји, већ је уговарање њихове продаје имало за последицу неважност уговора због поштовања правила *conditiones sine causa* а донекле и правила *laesio enormis*.

члан 35. „ *Ако човек од војника купи стоку или овце које је војнику дао краљ, губи свој новац.* ”

члан 36. „ *Поље, воћњак или кућа војника, лаког наоружаника, или онога који је обавезан да плаћа трибут не могу се продати.* ”

члан 37. „ *Ако човек купи поље, башту или кућу борца, лаког наоружаника или онога који је обавезан да плаћа трибут, разбиће се његова таблица о уговору куповине и он губи новац. Поље, башта и кућа враћа се сопственику.* ”

Законик не предвиђа посебна правила о цени ствари које су предмет купопродаје. С обзиром да није постојао ковани новац, углавно је метал односно сребро мерено у полугама, поред жита и уља, коришћено као новац.

Законик у члану 9 садржао је идеју о одговорности за правне недостатке ствари, односно заштиту од евикције²⁷ као и детаљан поступак који се у тој ситуацији

²⁶ Хамурабијев законик је регулисао чак осам облигационих уговора.

²⁷ О специфичним моментима код вавилонске купопродаје и заштити од евикције, више: Boyer, G. – „*Nature et la formation de la vente dans l'ancien droit babylonien*“, *Revue internationale des droits de l'antiquité*, II/1953, 45 p. 85; исти: „*Les articles 7 et 12 du Code de Hammurabi*“, II, Paris 1965, p. 15–29.

примењује. Ово је, наиме, први пут да се ова врста одговорности појављује у историји права. Уколико би неком лицу нестала нека ствар па би је он пронашао код другог лица, а то лице би изјавило да је ствар купило пред сведоцима, тада би купац био дужан да доведе сведоке који ће то потврдити. Ако би и власник нестале ствари довео сведоке који би потврдили његово право својине на несталој ствари, продавац би се сматрао лоповом и био би кажњаван смрћу, а власник нестале ствари је добијао ствар назад. Савесни купац би добијао накнаду штете од несавесног продавца.

У члановима 10, 11, 12 и 13. су регулисане различите правне ситуације које могу настати у вези са чланом 9. Уколико купац не би довео сведоке, а власник нестале ствари би их довео, онда би се купац сматрао лоповом и бивао је кажњен смрћу, а власник нестале ствари је добијао ствар. Уколико власник нестале ствари не би довео сведоке, иста правна санкција би погодила и њега. Законик је, као што је речено, детаљно уредио поступак па је тако предвиђао да уколико сведоци нису били у могућности да сведоче, суд је одређивао рок од шест месеци у којем су сведоци били дужни да дају исказ. У супротном, варалица како се то у Законнику наводи, сносио је трошкове судског поступка.

Поред правних недостатака ствари, Законик предвиђа и одговорност за материјалне недостатке ствари, конкретно одговорност продавца за скривене мане ствари: „Ако човек купи роба или робинју, и не прође ни пун месец, а снађе их бену²⁸, вратиће их продавачу, а купац ће добити новац који је дао.”

Уговору о закупу је посвећена посебна пажња у Законнику. И овде ће он бити посматран кроз призму римског *locatio-conductio*, односно уговора о закупу ствари (*locatio-conductio rei*), уговор о делу (*locatio-conductio operis faciendi*) и уговор о најму радне снаге (*locatio-conductio operarum*). Као и код уговора о купопродаји, ни овде нема апстрактних и општих правних норми.

Уговор о закупу ствари је стипулисан у многобројним одредбама. Предмет уговора биле су покретне ствари, најчешће животиње, (магаре, во, бик, крава, коза), робови, оруђе и непокретне ствари (поље, кућа, стан брод, једрењак²⁹). Закупнина је била различита у зависности да ли се радило о непокретним или покретним стварима.

²⁸ Болест, највероватније епилепсија.

²⁹ Брод и једрењак су сврстани у непокретне ствари сходно данашњем појму поимања непокретних ствари, узимајући као критеријум економску моћ, наспрам римском појму где би се ове ствари сврставале у покретне ствари..

Код закупа поља, закупнина се кретала у распону од једне трећине до једне половине добијене летине, док је код закупа воћњака она износила две трећине плода.³⁰ Хамурабијев законик садржи детаљне одредбе, односно цене закупнина за различите покретне ствари. Ове су одредбе, наиме сличне одредбама из Билаламиног законика који такође покушава да спроведе економску реформу и фиксира цене. Тако предвиђа четири *kura*³¹ жита за теглеће говече, три *kure* жита за говече за јарам, двадесет *qi* жита за вола, десет *qi* жита за магарца, један *qi* жита за козу, итд.

Законодавац прописује и закупнину за једрењак која износи три *še* на дан, као и за брод на весла два и по *še*³² на дан. Претпоставља се да је дневна цена закупнине дата за пловидбена возила из разлога ризичности самог посла као и великог значаја самих пловидбених средстава.

Што се тиче трајања уговора о закупу, законодавац наводи да уговор о закупу земљишта може бити једногодишњи и дугорочан, а предвиђа и могућност раскида уговора код закупа стана и обавезу закоподавца да закупцу врати одговарајући део до пуног износа закупнине.

*„Ако [човек изда кућу ... и] ако му купац плати пун износ сребра за годишњи најам, а онда власник куће нареди купцу да напусти кућу пре истека пуног рока закупа, нека власник куће, зато што је истерао купца из своје куће пре истека пуног рока закупа, изгуби сребро које му је купац дао.“*³³

Када је реч о одговорности уговорних страна, Законик предвиђа објективну одговорност купца, односно довољно је постојање узрочне везе између закупчеве радње и штете која је настала. Иначе, Хамурабијев законик, по први износи идеју о одговорности услед нечињења, па самим тим и накнаду штете због нечињења.

„Ако човек закупи поље за обрађивање и не побрине се да му поље донесе жита, мора се доказати да на пољу није радио, па ће власнику поља дати жита према

³⁰ „...власнику воћњака на име закупнине за воћњак дати две трећине плода, а себи задржати једну трећину.“ - члан 64.

³¹ *Kur* или *qurru*, раније писано *gur*, вавилонска мера за запремину од 74, по неким 244 литара.

³² *še*, део шекела, тежак 0,0467 грама.

³³ Неки аутори овај члан сврставају под 65 б), а неки означавају описно словом, с обзиром да су чланови 66-99 уништени и касније реконструисани.

приносу код суседа.”³⁴ Ризик за случајну пропаст ствари услед невремена сносио је закупац, који је углавном одговарао за сваку штету на закупљеној ствари.

У Законику је јако тешко повући јасну границу између уговора о делу и уговора о најму радне снаге. С обзиром да су у самом тексту регулисане различите правне ситуације које се јављају у вези са појединим занимањима, неки од њих конкретно чобан и гонич не могу се сврстати у само једну категорију. Разлог томе лежи у чињеници да, с обзиром на специфичност посла и потребе тачно одређеног знања подсећају на уговор о делу, а с обзиром на једноставност посла пре би се могли сврстати у уговор о најму радне снаге.

Уговор о делу односно о обављању тачно одређеног посла за који је потребна посебна стручност и знање је регулисан у Хамурабијевом законуку. Овај уговор је регулисан кроз прописивање накнада за одређени посао као и кроз кривичноправне одредбе³⁵ за случај неиспуњења или рђавог испуњења одређеног посла. Реч је о уговорима које закључују лекари, ветеринари, бродоградитељи, бродари, грађевинари, циглари, каменоресци, кројачи или пастири. Висина накнаде³⁶ за обављени посао, зависила је од платежне моћи наручиоца, тако да је различита за наручиоце авилуме, мушкене и робове. Извођач посла одговара за његов квалитет, што је законик конкретизовао кроз тачно одређене, често немилосрдне казне.³⁷

„Ако градитељ човеку сагради кућу, не уради је чврсто и кућа се коју је саградио сруши, па усррти власника куће, тај градитељ да се убије.”³⁸

„Ако је изазвао смрт сина власника куће, да се убије син тог градитеља.”³⁹

Уговор о најму радне снаге односно уговор где је радна снага коришћена према потребама и нахођењу унајмљивача присутан је у одредбама овог правног споменика.

³⁴ Члан 42. Поред овог члана, накнада штете настале услед нечињења помиње се и у још неколико чланова, нпр. чл. 43, 44, 53 и 251. Види: Маон, Р. – „Notes sur la responsabilité dans le Code Hammurabi“ (О одговорности у Хамурабијевом законуку), Studi in onore di Edoardo Volterra, VI, Milano, 1971, р. 491, 527.

³⁵ Хамурабијев законик не прави разлику између грађанскоправних и кривично правних одредби тако да често предвиђа кривичне санкције за неиспуњење уговорне обавезе.

³⁶ „Ако човек намерава да унајми занатлију, он ће платити, за сваки дан: за најам ..., сребра тежине пет зрна јечма; за најам ткача, сребра тежине пет зрна јечма; за најам сукнара, сребра тежине [x зрна јечма]; за најам каменоресца, сребра тежине [x зрна јечма]; за најам резбара [x зрна јечма]; за најам ковача, сребра тежине [x зрна јечма]; за најам тесара, сребра тежине четири (?) зрна јечма; за најам кожара сребра тежине [x зрна јечма]; за најам тричара сребра тежине [x зрна јечма]; за најам зидара, сребра тежине [x зрна јечма].”

³⁷ О томе: Д. Николић, *Историја права стари и средњи век*, Ниш, 2014, 55.

³⁸ Види: чл. 229.

³⁹ Овде се уочава и принцип талиона (*lex talionis*). Види: чл. 230.

Сходно томе, овај уговор је регулисан у свега два члана. Члан 253. говори о случају који се највероватније најчешће појављивао у пракси, а то је крађа ствари до које би дошло током трајања уговора о најму радне снаге од стране најмног радника. И овде је законодац предвидео кривичноправну санкцију за најмног радника и то у виду симболичног талиона.

„Ако човек унајми другог човека да се стара о његовом пољу, односно, повери му ускладиштено жито, пренесе на њега бригу о стоци, и уговори са њим обрађивање поља – ако тај човек украде семе или крмиво и то се потом пронађе код њега, они ће му одсећи руку.”

Следећи члан регулише начин плаћања надничара и то тако што прописује једну цену за првих 5 месеци радова, а другу цену за преостале месеце. Различита регулатива у погледу цене најамнине је последица природе посла која зависи од временских услова. Током првих пет месеци у месопотамијској пољопривреди постојали су интензивнији радови.

„Ако човек унајми радну снагу, он ће платити сребра у тежини шест зрна јечма за сваки дан почевши од првог дана године до (краја) петог месеца, а даће сребра у тежини пет зрна јечма за сваки дан од шестог месеца до краја године.”⁴⁰

Уговор о ортаклуку је предвиђен у само једном члану и то у оном делу који је оштећен па касније реконструисан. Осим што потврђује постојање овог уговора, овај члан говори и ортацима, ортачким уделитема као и подели добитака и губитака. На основу овог члана може се закључити да је Законик предвиђао само два лица као број ортака. Поменути члан не помиње више лица у улози ортака, што не умањује могућност, имајући на уму да је члан накнадно реконструисан, да су се у улози ортака могла јавити и више лица. Ортачки удео је био у сребру, а ортаци су међусобно делили добит и губитак по принципу једнакости.

„Ако човек да сребро другом човеку као улог у њихов ортачки ризични подухват, пред боговима нека деле на равне части било добит било губитак.”⁴¹

Уговор о налогу се спомиње у Хамурабијевом законнику. Према мишљењу професора Шаркића, сматра се да је он стипулисан у члановима 100, 101, 102, 103, 104,

⁴⁰ Види: чл. 273.

⁴¹ (S iii 3 – 7) (недостајући члан cc)

106, 107. Такође, у Законику се прави разлика између уговора о налогу између две категорије становника дамкара (банкара) и њихових агената (шамалу).⁴² Мишљење је да је реч о уговору о комисиону као подтипу уговора о налогу. Наравно, ваља одмах истаћи да овај уговор посматрамо са савременог становишта и дефиниција које су општеусвојене.⁴³ Јер уговор о комисиону је такав уговор о обављању привредних услуга у коме се једна уговорна страна- комисионар обавезује да у своје име, а за рачун свог комитента закључи правни посао, а друга уговорна страна- налогодац (комитент) се обавезује да за то плати одређену надокнаду.⁴⁴ Имајући у виду наведено, а такође и изостављање члана 99 који управо започиње тему о овој врсти уговора, као и примедбу аутора Марка Вишића да се члан 99⁴⁵ односи на трговца на мало који путујући продаје за рачун трговца на велико у чијој је служби, можемо закључити да се ипак ради о специфичној врсти уговора о налогу – уговор о комисиону. Професор Војислав Станимировић наводи да је шамал био трговачки путник односно трговачки агент који је био помоћник дамкара, али са једном разликом. Наиме, проф. Станимировић наводи да је он обављао послове у дамкарово име и за његов рачун, што наводи на закључак да је у питању заступништво или специјалан уговор о трговинском заступању. Мишљења смо да је у питању уговор о комисиону јер из члана 100. се види да трговац на мало врши правни посао у своје име, а за рачун трговца на велико, а то и је суштина уговора о комисиону.

„Ако тамо где оде оствари добит, записаће сав интерес на сав позајмљени новац, и дана кад врше обрачун исплатиће трговцу.”

2.1.3. Законодавство Старе Грчке

У законодавству Старе Грчке подаци о постојању одређених консенсуалних уговора срећу се у праву старе Атине.⁴⁶

⁴² О томе: Шаркић, С; Поповић, Д. – *Велики правни системи и кодификације*, Нови Сад, 2014, стр. 8.

⁴³ Уколико би посматрали са аспекта римског мандата, његова специфичност би била управо његова бесплатност јер су Римљани, конкретно аристократија сматрали недостојним да слободан човек врши одређене послове уз надокнаду.

⁴⁴ Види: М. Васиљевић, *Компанијско и трговинско право*, Београд, 2018, стр. 319.

⁴⁵ Детаљније: М. Вишић, *Законици древне Месопотамије*, Подгорица, 2003, стр. 155.

⁴⁶ Атињани су право схватили као део обичаја, морала и вере и можда у томе лежи објашњење зашто нису постојале кодификације и законици који се срећу на другим просторима. Чак и уколико су постојале, те оскудне кодификације су сачуване у фрагментима и најчешће се односе на јавно право. Уопштено, највише сазнања о атинском праву добијамо из беседа говорника где су се они приликом обраћања позивали на раније донете законе и судске пресуде. У Атини није постојао посебан круг људи који би се

О развоју облигационог права у старој Атини нема писаних извора, у смислу старих законских текстова, али оно што се са извесношћу може констатовати је да се развитак облигационог права у старој Атини везује за појаву приватне својине и трговине до које је дошло након грчко-персијских ратова. Тек са појавом приватне својине у старој Атини је било могуће да се одређене ствари купују, дају на зајам или удружују ради неког циља.

О томе сазнајемо на основу старих текстова грчких филозофа. Тако, Аристел разликује две врсте обавеза. Оне које настају слободном вољом-*sinlagmata hekusia* и оне принудне које настају мимо воље странака-*sinlagmata akusia*.

Првој групи припадају уговорне облигације, а другој деликти. Аристотел дефинише уговор као специјални закон који везује уговорне стране. Уговори настају чим уговорне стране постигну сагласност о битним елементима уговорима. Писана форма, присутност сведока или давање капаре су коришћени ради лакшег доказивања у случају евентуалног спора. Уговори који су се закључивали у писаној форми и који су касније били преузети и у римском праву, су синграфе и хирографе. *Chirographum* („својеручно писано”, од *heir*-рука и *grafein*-писати) су били уговори који су рађали обавезе за обе уговорне стране, док су *syngraphae* („заједничко писмено” од *sin*-са и *grafein*-писати) рађале обавезе за само једну уговорну страну која би потписивала писмено и предавала га повериоцу.

Атинско право је познавало мноштво уговора од којих ћемо ми посебну пажњу да посветимо уговору о купопродаји, уговору о закупу, уговору о најму радне снаге, уговор о делу и уговор о ортаклуку.

Уговор о купопродаји је био веома заступљен у свакодневном животу Атињана. За настанак уговора била је довољна проста сагласност воља уговорних страна о битним елементима. Предмет купопродаје биле су покретне и непокретне ствари и робови (само оне које су се налазили у својини продавца).

Продаја земље била је под посебним режимом. Продавац је морао да државном службенику најави продају земље 60 дана унапред, а овај да је јавно огласи. Тако се

бавили искључиво правом. Учени правници ће се тек појавити у Риму. У Атини је бављење правом било део свакодневног живота сваког грађанина као што је било и бављење политиком, да би се утекло епитету „идиота”. Стога, атинско право је остало несистематизовано, па се и његове гране права одређују са модерног становишта.

обезбеђивала државна контрола над прометом земљишта, и могућност заинтересованим лицима да оспоравају продају, истичићу неко своје право.

Цена је најчешће била у новцу, али је могла бити и у одређеним производима. Купац је стицао својину тек у тренутку исплате цене. Претпоставља се да је ово правило настало код продаје за готово која је била учесталија у односу на продају за кредит.

Ризик за случајну пропаст ствари прелазео је на купца у моменту склапања уговора што је у складу са римским правилом *res perit emptoris*, па неки аутори сматрају да је ово правило преузето у римско право управо из грчког права.

У погледу одговорности продавца, атинско право је познавало правну одговорност односно од заштиту од евикције, док о материјалној одговорности не постоје прецизни подаци да ли је она била општег карактера.

Када говоримо о заштити од евикције, продавац је био дужан да гарантује да ствар није у својини трећег лица и да самим тим неће бити одузета купцу.

Претпоставља се да је постојао закон који је предвиђао одговорност продавца за квалитет робе коју је продавао.

Тако у случају продаје болесног роба Платон пише:

„Ако би неко продао роба који болује од туберкулозе, од каменаца или од честог мокрења, или од такозване свете болести (епилепсије), или од неке друге дуготрајне и тешко излечиве телесне или душевне болести коју већина људи не може одмах запазити, ако је купац лекар или учитељ гимнастике- у том случају овај не може захтевати да продавац прими таквог роба натраг. То вреди и за случај да је продавац већ унапред рекао истину у погледу здравља роба. Ако сад таквог роба прода један стручњак нестручном човеку, купац га може вратити у року од шест месеци, изузев ако је у питању света болест. Ако је ова болест у питању, купац може вратити у року од једне године дана”.

Атинско право је разликовало сва три облика уговора о закупу (уговор о закупу ствари, уговор о најму радне снаге и уговор о делу) које је римско право сврставало под појам *locatio-conductio*.

Уговор о закупу о ствари (грч. *misthosis*) је био често коришћен инструмент права који је олакшавао свакодневни живот грађана, поготово најсиромашнијих који нису могли да уговором о купопродаји прибаве неопходне ствари. За пуноважност овог уговора није се захтевала посебна форма иако али су уговору о закупу земље обично закључивани у писаној форми.

Предмет уговора о закупу биле су покретне и непокретне ствари. Најчешће су закупљивани најразличитији алати, стока, робови, бродови, куће и земља. Земља која се налазила у некој од удаљенијих насебина такође је била предмет уговора о закупу.

Закупнина је најчешће била у новцу, али је постојала могућност да она буде и у натури, што је био случај код закупа земље. Закупнине су биле изузетно високе за куће и земље због велике потражње у редовима метака.⁴⁷

Закуподавац је био обавезан да преда ствар на употребу закупцу у року и одговарао је за евикцију. У уговор се уносила клаузула којом се забрањивало закуподавцу да прода ствар пре истека закупног рока. Ова клаузула није могла у потпуности да забрани закуподавцу да ствар отуђи, али је омогућавала покретање поступка *blabes* против закуподавца.

Основна обавеза закупца била је плаћање закупнине и враћање након истека уговореног рока.

Уговор о најму радне снаге је најчешће коришћен од стране тхета⁴⁸ чиме су обезбеђивали основна средства за живот. Уговор је закључиван са државом, приватним предузетницима или земљопоседницима ради ангажовања на најразноврснијим грађевинским, занатским, бродоградитељским и пољопривредним радовима. Документ из V века п.н.е. сведочи о постојању овог уговора и може се видети да је за градњу неког атинског храма, било ангажовано 35 метека, 20 грађана и 16 робова. Оно што је необично била је висина најамнине, и обичан зидар и архитекта имали су једнаке дневнице –по једну драхму.

⁴⁷ Метeci (странци) који су били трајно насељени на територији полиса нису имали право поседовања непокретности те су овај уговор најчешће користили.

⁴⁸ Солоновим реформама које су спроведене око 594. године п.н.е. извршена је нова подела становништва према годишњем приходу који остварују. За меру је узет мeдимнос (око 52 литара жита) вредан једну драхму. Прву класу (пентакосиомeдимни) чинили су они са најмање 500 мeдимноса, другу (хипеи) са најмање 300, трећу (зеугити) са најмање 200. Последњу класу су чинили они са приходом испод 200 или без икаквог прихода (тхети).

Уговор о делу је означаван термином *ergolabeia*.

О постојању овог облика уговора о закупу, тачније уговора о најму радне снаге и уговора о делу сведочи и Хомерова Илијада:

„Посејдон и Аполон су имали да служе владару Троје за договорену накнаду, по уговору на годину дана. Посејдон је био унајмљен да сазида градске зидине, а Аполон да чува стада”.

На основу наведеног текста могу се препознати два облика касније дефинисаног римског уговора о закупу – *locatio-conductio operis faciendi* и *locatio conductio operarum*.

Уговор о ортаклуку односно о удруживању средстава ортака ради остварења неког циља, а због стицања заједничке имовинске добити налазимо у писменима Аулуса Гелиуса и у Солоновом законодавству.

Тако, познати писац и граматичар Аулус Гелиус, бележи да има извесних сличности између начина на који су живели ученици Питагоре и римског *societas*.

У Солоновим законима уговор о ортаклуку није могао да буде у спротности са државним законима. Решења из Солоновог права су касније преузета у *Lex XII tabularum*.

Најчешће су оснивани трговачки, бродарски и банкарски ортаклуци. Ортаци су добит и губитак делили сразмерно величини улога, а тај принцип је преузет и у савременом праву за разлику од римског права где се добит делила подједнако независно од величине удела појединог ортака.

Уговор о заступништву је постојао у Атини. Његов развитак можемо да пратимо од Драконових реформи. Пре тога, тужилац је могао сам себе да заступа пред судом или је то могао да препусти члановима Ареопага.

Како су заступници били „гласно-говорници” тужиоца и чланови суда, недостајало им је поверење и техника коју би требало да поседује један заступник. Након Драконових реформи, тужилац је стицао право изјашњавања пред судом, тако да је могао сам да излаже своју одбрану. Уколико би се одлучио да затражи помоћ стручног лица имао је на располагању три могућности: уздржавања од говора и

препуштања говора *synergoros*-у;⁴⁹ други, странка би сама говорила пред судом, али би се позивала на једно или лице или групу људи који би дали завршну реч; и трећи начин био је да странка изрецитује упамћени текст који је за њу написао *logographos*.⁵⁰

Мора се имати у виду да овде није реч о професионалној правној помоћи где би једно лице иступало у туђе име и за туђ рачун. Уколико би се странка одлучила да говори пред судом, тај задатак је повераван логографу. Он је морао да поседује минимално знање права односно основне појмове који су се тicali предмета. Како је поверење било нужан претходни услов постојања односа између логографа и тужиоца, може се закључити да су се у Атини поставиле основе за однос поверења који је настао између адвоката и клијента.

2.2. Консенсуални уговори у римском праву

У оквиру римског права консенсуални уговори били су једини неформални уговори. За пуноважност ових уговора била је довољна само проста сагласност воље уговорних страна о битним елементима уговора (*consensus*).

У консенсуалне контракте римско право је убрајало следеће контракте: уговор о купопродаји (*emptio-venditio*), уговор о закупу (*locatio-conductio*), уговор о ортаклуку (*societas*) и уговор о заступништву (*mandatum*).

У циљу лакшег посматрања и анализе ових уговора у оквирима римског права, сваки од наведених уговора биће посматран кроз три фазе у развоју римског права: преткласично, класично и посткласично право.

2.2.1. Уговор о купопродаји (*emptio-venditio*) у римском праву

Уговор о купопродаји (*emptio-venditio*)⁵¹ у римском праву дефинисан је као двострано-обавезујући уговор код кога је основно право продавца било да захтева

⁴⁹Уколико странка није говорила пред судом, то је за њу радило лице које се називало *synergoros* или *hyperapologouteno*. С обзиром да је тешко било повући линију између *syner-goros* и *synidcos* сматрано је да су ова лица заправо били пријатељи, родбина, суседи или лица која су припада истом клубу и која су говорила у име странке.

⁵⁰ Логограф као први помоћник тужиоца имао је задатак да поступа као правни саветник и помоћник. Он, као и у римском праву, није смео да узима накнаду за свој рад.

⁵¹ Уговор о продаји, продаја, уговор о купопродаји, купопродаја у овом раду биће коришћени као синоними, будући да их поједини правноисторијски извори, као и позитивно правни прописи користе за означавања једног истог уговора.

исплату цене од купца уз истовремену обавезу да преда ствар купцу. с друге стране, право купца било је да захтева предају ствари од продавца уз обавезу да плати предату ствар. „*emptio et venditio contrahitur, cum de pretio convenenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit, ac ne arra quidem data fuerit*“.⁵²

Према својим основним карактеристикама уговор купопродаји (*emptio-venditio*) био је консенсуалан, обострано обавезујући (*contractus bilaterales aequales*), посао *bonae fidei*, орочени, теретан, комутативан и неформалан правни посао.

У оквиру све три фазе у развоју римског права уговор о купопродају био је различито заступљен, па смим тим и различито правно дефинисан.

2.2.1.1. *Emptio-venditio* у старом римском праву (*ius civile*)

Уговор о купопродаји као консенсуални контракт није постојао од најстаријих времена у развоју римског права. он је претрпео велике трансформације са променама друштвених околности па се од једног облика правног посла временом претварао у други правни посао.

Купопродаја је, највероватније је свој извор имала у трампи⁵³ или у некој врсти неформалне трансакције. Неформална трансакција је била карактеристична за период затворене кућне привреде када се производила само она количина производа која је била неопходна да задовољи свакодневне потребе. Највероватније да су комшије, блиски пријатељи од најранијих времена размењивали ствари. као средство плаћања коришћена је стока о чему сведочи и римски назив за новац *pecunia* (од *pecus*-стока) таква трансакција би се обављала из руке у руку (*a manu in manu*), па је имала реални облик. у таквим условима, није била потребна никаква правна заштита јер су се настанак и извршење уговора поклапали. чак и дигеста када почињу излагање о купопродаји започињу следећом изреком: „*origo emendi vendendique a permutationibus coepit. olim enim non ita erat nummus neque aliud merx, aliud pretium vocabatur, sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum utilibus inutilia permutabat,*

⁵² Gai, Inst. III, 139. I3, 23; D 18, 1. Купопродаја је консенсуални билатерални уговор који настаје простом сагласношћу између продавца и купца о томе да продавац у несметану државину купца пренесе робу, а купац продавцу исплати цену.

⁵³ *Permutatio* (од лат. *permutare*- заменити, мењати) уговор на основу кога стране замењују једну ствар за другу. Пермутација односно трампа ће касније постати безимени контракт (*contractus innominati*) заснован на принципу *do ut des* којим једна страна преноси својину на некој ствари другој, које се обавезе да ће узврат дати својину на некој другој ствари.

quando plerumque evenit, ut quod alteri kuperest alteri desit.” односно: „ купопродаја води порекло од трампе. наине некада није било новца, нити је једно називано ствар, а друго цена, већ је свако према потребама које је у дато време имао за одређеним стварима мењао оно што му је непотребно за оно што му је корисно, јер се често дешавало да нешто што је једноме сувишно другоме недостаје.”⁵⁴

Развојем државе и правноекономског промета дошло је до појаве новца, па се купопродаја одвијала у форми манципације.⁵⁵ Обављала се у поступку *per aes et libram*, у присуству манципанта, манципата, службеног мерача (*libripensa*) и петорице римских грађана. Стицалац би захватао руком ствар која је била предмет преноса и изговарао формулу која је по Гају гласила: „*Hunc ego hominem ex iure Quiritum meum esse aio, isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra*” - Тврдим да је овај роб по квиритском праву мој и да сам га купио овим бакром и овог бакарном вагом. Истовремено би бакреним новцем (асом) ударио у вагу и предао га преносиоцу.⁵⁶

Иако је манципација коришћена као свечани начин деривативног стицања својине на стварима *res mancipi*⁵⁷, овај начин стицања код уговора о купопродаји утицао је на формалан карактер овог уговора у старом римском праву јер је основ стицања (*iustus titulus*) био једнак начину стицања (*modus aquirendi*).

Оваквог схватања је и професор Иво Пухан. Он посматра манципацију као формалистички уговор најстаријег права који је служио за размену еквивалената. Такође, наводи да при најстаријој маципацији манципант преноси на манципатора својину на над неком дотада својм *res mancipi*, а маципатар је манципанту предавао уговорену цену. Преношење својине је било праћено горе наведеним речима. Уговор о манципацији, је према проф. Пухану двострани једнаки уговор (*contractus bilateralis aequalis*), којим је *in uno instanti* или истовремено својина над предметом манципације са манципанта прелазила на маципатора, а својина над ценом са маципатора на манципанта. Како пре самог акта манципације међу странкама нису постојали никакви правно релевантни односи, јер *pactum de contrahendo*, који је свакако претходио манципацији, није био утужив, акт манципације служио је истовремено и као

⁵⁴ О томе: О. Stanojević, О; Danilović, Ј. – *Tekstovi iz rimskog prava*, Beograd, 1993, str. 231.

⁵⁵ *Mantipatio* (од манципере- предати у руке од manus-рука сарере зграбити, стећи, примити) свечани, формалистички начин преношења власништва на стварима *res mancipi*. Они правни послови били су послови старог и строгог римског права (*stricti iuris*).

⁵⁶ Види: Romac, А. – *Riječnik rimskog prava*, Zagreb, 1983, str. 202.

⁵⁷ Gai, Inst. II, 22. „*Mancipi res vero sunt que per mancipationem ad alium transferuntur*- Ствари код којих се својина преноси на друге манципацијом, називају се *res mancipi*.”

заснивање уговора и као начин преношења својине. Сама манципација није била ништа друго него реална купопродаја, односно купопродаја која је настајала и била извршавана истовремено и у једном низу правно значајних чињеница.⁵⁸

појавом новца манципација се претворила у имагинарну продају (*imaginaria quaedam venditio*) и користила се у различите сврхе.⁵⁹ И Гај у својим Институцијама наводи исто: „*Mancipatio est imaginaria quaedam venditio.*”⁶⁰ И тада је била погодна за уговор о купопродаји, али је постала апстрактни правни посао јер се из ње није видела кауза правног посла, тј. правни основ обавезивања који је остајао у другом плану.

Даљим развојем правноекономских односа и повећањем правног промета долази до продаје ствари *res nec mancipi* уз просту сагласност воља и просту предају ствари (*traditio*) уз најразличитије модификације у погледу рокова, услова и исплате цене. Стране су се тада ослањале на добру веру (*bona fides*), а евентуалне спорове су поверавале непристрасном трећем лицу као *arbitrum boni viri*.⁶¹ Ни овде *emptio-venditio* није контракт јер нема посебних тужби којима би се штитила права страна.

Како је купопродаја постала консенсуални уговор питање је на које наука још увек није дала унификован одговор. Аутори Пернис (*Pernice*) и Хувелин (*Huvelin*) сматрају да је она настала трансформацијом реалне купопродаје. Бекер (*Bekker*) и Јеринг (*Ihering*) говоре о купопродаји као спајању две стипулације; једној, *emptio*, којом се продавац обавезивао на предају ствари и другој, *venditio* којом се купац обавезивао на исплату цене. Многи аутори виде двојан назив *emptio-venditio* управо у томе. Трећа група аутора Бехман (*Bechmann*), Којф (*Der Kauf*), Кук (*Cuq*), Мануел (*Manuel*) сматрају да је консенсуална купопродаја настала непосредно из купопродаје из руке у руку без икаквог посредног стадијума и то тако што се претходни споразум странака издвојио временски од предаје ствари и исплате цене и добио је самосталну екзистенцију.

На крају, вероватно је да је за римску купопродају одувек била довољна сагласност воља. Строг формализам, поштовање тачно предвиђене форме нису били сметња да купопродаја постане консенсуални уговор. Јер како каже Валтазар Божишић:

⁵⁸ Детаљније: Пухан, И. –*Римско право*, Београд, 1977, стр. 300.

⁵⁹ *Coemptio*- форма за закључење брака; *mancipium*-назив за купљеног роба, *matipatio familiae*- облик тестаментa, *emantipatio*-ослобођање од очинске власти.

⁶⁰ Gai, Inst. I, 119.- Манципација је привидна продаја.

⁶¹ Опширније: Стојчевић, Д. –*Римско облигационо право*, Београд, 1960, стр. 78.

„Безгранична слобода би саму себе уништила.” Проблем је био како обезбедити правну заштиту. Јер без правне заштите ни један правни, а ни друштвени, однос не би требало да постоји. До тога је дошло кад је римско друштво, убрзан правноекомски промет дошао до схватања да је могуће подићи тужбу на основу прости сагласности воља. До тога, разне заобилазне форме су коришћене у сврху добијања идеалне- начела консенсуалности.

2.2.1.2. *Emptio-venditio* у класичном римском праву

У класичном римском праву уговор о купопродаји био је *iustus titulus* за стицање права својине. да би до стицања права својине на основу уговора о купопродаји дошло било је неопходно да постоји одговарајући начин стицања (*modus acquirendi*) и то деривативни⁶²: *mancipatio, in iure cessio, traditio*.

С обзиром да је уговор о купопродаји консенсуални, закључиван је у тренутку када су уговорне стране постигле сагласност воља у погледу битних елемената уговора (*essentialia negotii*). битни елементи уговора су: предмет односно ствар (*merx*) и цена (*pretium*).

2.2.1.2.1. Предмет (*merx*) као битан елемент уговора о купопродаји

„*Merx est quidquid vendi potest.*”⁶³

Предмет (*merx*)⁶⁴ купопродаје у класичном римском праву биле су све ствари које су у правном промету (*res in commercio*). то су могле да буду телесне (*corporales*) и бестелесне ствари (*incorporales*), покретне (*res mobiles*) и непокретне (*res immobiles*), *res mancipi* и *res nec mancipi*, индивидуално одређене и оне одређене по врсти уколико су биле у питању ове последње било је потребно ближе одређење њихове количине.

С обзиром да је купопродаја консенсуални уговор, предмет је могла да буде и туђа ствар, с тим што је продавац био дужан да стекне својину на тој ствари до тренутка предаје. такође, предмет уговора су могле да буду и будуће ствари, с тим што

⁶² Деривативни начини стицања су они код којих се својина са преносиоца на стицаоца преносила „деривирала” из права претходног власника по начелу *Nemo plus iuris ad alium transffere potest quam ipse habet* (Нико не може пренети на другог више права него што сам има.)

⁶³ Роба је све што се може продати. Наведено према D. Stojčević, A. Romac, *Dicta et regulae iuris*, Beograd, 1984, 144.

⁶⁴ (*Ulpianus libro 74 ad edictum*) D. 50, 16, 66. „*Mercis appellatio ad res mobiles tantum pertinet*“

се у том случају правила разлика између две врсте правних послова; *emptio spei* (од *emptio*- куповање и *spes*- нада, очекивање), купопродаја будућих ствари и *emptio rei speratae* (*emptio*- куповина, *res*-ствар, *spes*-нада, очекивање), код које се мисли на продају будуће ствари која се очекује да ће настати.

Прва врста продаје подразумева будућу ствар која се очекује да ће настати за које уопште није сигурно да ли ће се наћи или настати (нпр. куповина улова дивљачи на неком подручју).⁶⁵ овај уговор је алеаторни⁶⁶, па ће купац бити дужан да исплати цену чак и у случају да ствар не настане. управо у томе се и огледа елемент среће, па се каже да алеа искључује лезију.

„Aliquando tamen et sine re venditio intellegitur, veluti cum quasi alea emitur. Quod fit cum captum piscium vel avium vel missilium emitur: emptio enim contrahitur etiam si nihil inciderit, quia spei emptio est.”- Који пут је продаја ваљана и без (купљене) ствари, нпр. када се купује на срећу. То се дешава кад се купује улов риба или птица или пуку бацаних ствари; купопродаја је склопљена и ако се ништа не ухвати јер се ради о куповини наде.⁶⁷

Други вид продаје будућих ствари је *emptio rei speratae* (*emptio*- куповина, *res*-ствар, *spes*-нада, очекивање). Ова врста продаје подразумева будућу ствар која се очекује да ће настати (нпр. будућа жетва, још нерођени роб и сл.)⁶⁸ Такође, овде је унапред одређено какве ствари треба да буду. Овакав вид продаје будуће ствари се сматра условним правним послом и он производи дејство само уколико ствар и настане, у супротном сматра се да уговор није ни закључен. *Venditiones conditionales tunc perficiuntur, cum impleta fuerit conditio.*⁶⁹

Пример за ову врсту правног посла наводи Помпоније када каже да будући плодови и пород могу да се купе правоваљано, па када буде дошло до порода, сматраће се да је продаја учињена тада када је посао склопљен. *„Fructus et partus futuri recte ementur, ut cum editus esset partus, iam tunc, cum contractum esset negotium, venditio facta intellegatur.”*⁷⁰

⁶⁵ А. Ромас, *Riječnik rimskog prava*, 1983, 105.

⁶⁶Од *alea*- коцка.

⁶⁷ Наведено према: Boras, М; Margetić, L. –*Rimsko pravo*, Zagreb, 1986, str. 159.

⁶⁸ О томе: Ромас, А. –*Riječnik rimskog prava*, 1983, str. 105.

⁶⁹ Ulp. D. 18, 1, 7. Уговори о купопродаји под условом, постају перфектни када се услов испуни.

⁷⁰ Pomp. D. 18, 1, 8. Наведено према: Boras, М; Margetić, L. –*Rimsko pravo*, Zagreb, 1986, str. 159.

Римски правници су сматрали да постоји купопродаја и у оном случају где продавац израђује предмет од свог материјала (нпр. златар треба да изради прстен из свог злата) премда је Касус сматрао да у таквом случају у погледу материјала постоји купопродаја, а у погледу рада најам.⁷¹

2.2.1.2.2. Цена (*pretium*) као битан елемент уговора о купопродаји

*„Pretium constitui oportet, nam nulla emptio sine pretio esse potest.”*⁷²

Према одредбама римског права да би цена (*pretium*) била битан елемент правног посла неопходно је било да је испуњавала следеће услове: да се састојала у новцу (*numerata pecunia*), да је била одређена (*pretium certum*), да је била истинита (*pretium verum*) и да је била правична (*pretium iustum*).

1. *Pretium in numerata pecunia consistere debet.* - Цену треба одредити у новцу.⁷³ Или бар претежно у новцу јер се би се у супротном сматрало да постоји трампа (*permutatio*).

Дуго времена је постојала полемика између Прокулеанаца и Сабињана о томе да ли цена ствари мора да буде у новцу или може да буде у одређеним производима. Преовладало је мишљење Прокулеанаца. Прокулеанци су сматрали да цена мора да буде изражена у новцу јер у супротном не би могла да се направи разлика између ствари која ЈЕ предата и ствари која се узима за цену, а бесмислено је било да се обе сматрју за цену и ствар.⁷⁴

*„Diversae scholae auctores dissentiunt aliudque esse existimant permutatione rerum, aliud emptionem et venditionem; alioquin non posse rem expendiri permutatis rebus, quae videatur res venisse et quae pretii nomine data esse, sed rursus utramque rem videri et venisse et utramquae pretii nomine datam esse absurdum videri.”*⁷⁵

Сабињани су сматрали да постоји уговор о купопродаји чак и уколико се даје ствар за ствар. Самим тим, они су у склопу уговора о купопродаји сврставали и трампу. Целије Сабин је рекао: „ако ствар коју ти имаш за продају, нпр. земљиште, ја примам и на име цене дам роба, земљиште се сматра за продану ствар, а роб за цену која је дата

⁷¹ Види: Horvat, M. – *Rimsko pravo*, Zagreb, 1998, str. 269.

⁷² II, 3, 23, 1. - Цена мора бити уговорена, јер без цене нема купопродаје.

⁷³ II, 3, 23, 2.

⁷⁴ Gai, *Inst.*, III, 141.

⁷⁵ *Ibidem*.

да би се добило земљиште.”⁷⁶ Као пример наводи се грчки песника Хомер и његова Илијада где она каже:

„Из тих лађа Ахејци дугокоси стану куповати вино, једни за мед, други за блиставо гвожђе, једни за говеђе коже, а други за говеда жива, једни за робље.”⁷⁷

2. Цена мора да буде одређена (*pretium certum*).—Цена је одређена уколико су се уговорне стране споразумеле о њеној висини. Међутим, она може бити и одредива уколико су стране унапред уговориле начин на који ће она бити накнадно утврђена.

„*Illud constat imperfectum esse negotium, cum emere volenti sic venditor dicit: quanti velis, quanti aequum putaveris, quanti aestimaveris, habebis emptum.*”⁷⁸

Такође, и овде је постојао спор о томе да ли цена може бити одређена од стране трећег лица, као и то да ли у том случају уопште постоји контракт. Лабео, представник Прокулеанаца је сматрао да у том случају не постоји контракт уопште. Његово мишљење је делио и Касије. Офилије и Прокул су сматрали да постоји купопродаја. Спор је решен тек у Јустинијановом праву. Уговор је сматран условним све док цена не би била одређена.

3. Цена мора бити истинита (*pretium verum*).—Цена је истинита ако су стране озбиљно мислиле да утврђену цену треба исплатити као еквивалент за примљену ствар. Уколико је уговарање цене било привидно, није постојала купопродаја, већ симуловани или фиктивни правни посао.⁷⁹ Циљ увођења овог правила је смањивање могућности коришћења недозвољених трансакција односно коришћења уговора о купопродаји како би се прикрио поклон. Ако је купопродаја само привидна, те купац не жели да плати, а ни продавац да захтева, не постоји купопродаја већ поклон уколико су испуњени услови. Ако се ствар продаје испод њене опште вредности у намери да се разлика купцу поклони (*negotium mixtum cum donatione*), правни посао ће бити ваљан као купопродаја, осим ако се не ради о брачним друговима, међу којима су такви поклони били забрањени.⁸⁰ Иначе, римљани су често користили привидну продају (*venditio nummo uno, imaginaria venditio*) како би постигли различите правне циљеве: *emantipatio, coemptio*, итд.

⁷⁶ Gai, *Inst.*, III, 141: *Sed ait Caelius Sabinus, si rem tibi venalem habenti, veluti fundum (acceperim et) pretii nomine hominem forte dederim, fundum quidem videri venisse, hominem autem pretii nomine datum esse, ut fundus acciperentur.*

⁷⁷ Ово је седмо певање Илијаде (473-476) у препеву Милоша Ђурића.

Наведено према: Danilović, J; Stanojević, O. –*Tekstovi iz rimskog prava*, Beograd, 1993, стр. 90.

⁷⁸ D. 18, 1, 35, 1. - Сигурно је да посао није склопљен кад продавац овако каже потенцијаном купцу: Нека ти буде продано за колико хоћеш, (или) за колико сматраш праведним, (или) за колико процениш.

⁷⁹ О томе: Ж. Бујуклић, *Римско приватно право*, Београд, 2014, стр. 381.

⁸⁰ Види: Horvat, M. –*Rimsko pravo*, Zagreb, 1998, str. 269-270.

4. Цена мора бити правична (*pretium iustum*).– У класичном праву, није постојао захтев за правичношћу цене, односно приближношћу њене вредности цени робе. Напротив, римско право је имало либералан став према томе, па је чак и подржавало ситније преваре. Разлог томе је била аутономија воље. Само изузетно су претори допуштале *restitutio in integrum* и то само малолетницима као и лицима која су могла доказати да су уговор закључила услед мана воље. Тако, Улпијан бележи да Помпонијеву изјаву да у цени код уговора о купопродаји, сауговарачи смеју преварити један другог.

„*Idem Pomponius ait in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire.*”⁸¹

2.2.1.2.3. Капара (*arrha*)

Као што је већ речено, уговор о купопродаји је настајао у тренутку када би стране уговорнице постигле сагласност воља у погледу битних елемената односно цене и ствари. Међутим, од најранијих времена, стране су прибегавале пракси да једна другој дају одређену суму новца или предмет у циљу обезбеђења извршења контракта. ова сума новца је називана *arrha*-капара. претпоставља се да је давање капаре преузето из грчких обичаја, иако њен назив упућује да је преузета из трговачких обичаја семитских народа. у класичном праву *arrha* или *arra* је служила као знак закључења уговора, зато је и називана *arrha confirmatoria*.

„*Quod arrhae nomine datur, argumentum est emptionis et venditionis contractae.*”⁸²

2.2.1.2.4. Дејство уговора о купопродаји

„*Emptori etiam venditoris iura prodesse, non ambiguitur.*”⁸³

С обзиром да је купопродаја обострано обавезујући контракт (двострано-теретни контракт) (*bilateralis aequalis*) из њега настају узајамна права и обавезе за уговорне стране. Обавезе купца одговарају правима продавца и обрнуто. Редослед испуњења обавеза зависио је од договора страна, у супротном, свака страна стицала је право да захтева извршење од друге тек када сама изврши своју обавезу или понуди њено испуњење.⁸⁴

⁸¹ Ulp. D. 4, 4, 16, 4.

⁸² Gai, *Inst.* 3, 139.

⁸³ С.Ј. 8, 44, 28. Нема сумње, купцу припадају права која је имао продавац.

⁸⁴ О томе: Милошевић, м. –*Римско право*, Београд, 2009, стр. 375.

2.2.1.2.5. Права и обавезе уговорних страна

Права и обавезе купца и продавца била су у корелативном односу.

Обавезе купца биле су да плати цену и преузме ствар.

Купац је био дужан да новац пренесе у својину продавца онако како је уговорено, одмах или касније, одједном или у неколико рата. И Улпијан наводи исто:

„*Emptor autem nummos venditoris facere cogitus.*”⁸⁵

Његова обавеза је *dare*. Уколико време и место исплате нису одређени, морао је исплату да изврши истовремено са предајом ствари.⁸⁶ За свако кашњење у исплати цене, проузроковано кривицом купца до висине *culpa levis in abstracto*, купац је одговарао за наканду штете, која је обухватала и *damnum emergens u lucrum cessans*.⁸⁷

Друга обавеза купца била је преузимање ствари. Морао ју је преузети од продавца иначе би падао у поверилачку доцњу (*mora creditoris*).

Један од изузетака основних начела нашао је свој израз управо код уговора о купопродаји. Наиме, у римском праву је важио принцип да ризик сноси власник ствари (*res perit domino*). Код уговора о купопродаји, ситуација је била другачија. Овде је важило правило *periculum emptoris* што значи да је купац сносио штету за случајну пропаст ствари иако му још није предата, па самим тим није ни постао власник ствари.

О пореклу овог правила постоје различите теорије. По једној оно је реликт периода када су постојали само реални контракти. По другој коју заступа др Михајло Константиновић, ово начело је грчког порекла. Проф. Обрад Станојевић оставља могућност да се овим правом можда желело да се купац подстакне да што пре преузме ствар.⁸⁸ Међутим, ово правило је важило само за индивидуално одређене ствари (*species*), а постојала је могућност да уговорне стране споразумом искључе његово дејство. Сходно начелу *genera non pereunt*⁸⁹, ово правило се није примењивало на ствари одређене по роду. Код продаје мешовито-генеричких стважари или ствари које тек треба да се одмере (*emptio ad mensuram*), ризик прелази на купца тек излучењем ствари из одређене залихе, односно њиховим мерењем. У случају да је закључен уговор о купопродаји под суспензивним условом, ризик прелази на купца тек наступањем услова. Уколико би ствар пропала *pendente condicione*, ризик би погађао продавца. Ово правило не би важило ако би ствар пропала интервенцијом државне власти, јер је ствар

⁸⁵ Ulp. D. 19, 1, 11, 2. - Купац је дужан да у својину новац продавцу.

⁸⁶ Види: Бујуклић, Ж. – *Римско приватно право*, Београд, 2014, стр. 381.

⁸⁷ О томе: Пухан, И. – *Римско право*, Београд, 1977, стр. 315.

⁸⁸ Види: Станојевић, О. – *Римско право*, Београд, 2008, стр. 295.

⁸⁹ Род не пропада.

нпр. стављена *extra commercium* или је експроприсана. У таквом случају обе стране би биле ослобођене својих обавеза.⁹⁰

Обавезе продавца биле су чување ствари и одговорност за њу до часа предаје, предаја ствари у мирну државину, одговорност за правне недостатке (заштита од евикције) и одговорност за материјалне (физичке недостатке).

Иако уговор о купопродаји има облигационоправна дејства односно купац стиче стварна права према предмету уговора тек након што му ствар буде предата, овај уговор има одређена стварноправна дејства већ од момента закључења уговора. Тако, продавац је, иако је био власник ствари до тренутка предаје, морао ствар чувати као *bonus pater familias* и одговарао је за сваку штету (*culpa levis in abstracto*) осим оне која је настала услед случаја (*casus*) или више силе (*vis maior*). С друге стране, постоје аутори који сматрају да је продавац у класичном праву одговарао и за кустодију, тј. за случајну штету (*casus minores*), осим више силе (*vis maior*). Уколико је продавац по класичном праву одговарао и за кустодију, како неки мисле, то правило је, како каже проф. Маријан Хорват, било сужено јер је у том случају на терет купца падала само пропаст ствари за вишу силу. Такође, проф. Хорват наводи и да је ово правило било диспозитивне природе и да се су стране могле и другачије споразумети.⁹¹ Дигесте цитирајући Паула наводе да продавац треба да одговара за чување ствари до предаје купцу на исти начин као и послугопримац.⁹² Имајући у виду да је послугопримац по класичном праву одговарао и за кустодију (*custodia*), можда се може закључити да је одговорност за кустодију ипак постојала.

„*Venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut eius faciat.*”⁹³

Специфичност римске купопродаје је у томе што је продавац обавезан да пренесе ствар купцу у државину, а не у својину како је то данас у савременом праву. Мирна државина (*rem habere licere, rem habere uti frui licere*)⁹⁴ подразумевала је да купцу нико не може одузети ствар редовним правним путем односно употребом посесорног интердикта. Такав пренос мирне државине у изворима је означен *vacuam possessionem tradere*. Обавеза продавца је, насупрот купца, *facere*. О разлозима оваквог решења постоје многобројне теорије. Једни сматрају да разлог настанка оваквог решења лежи у потреби изједначавања режима квинитске и преторске својине. Наиме, једино је квинитска

⁹⁰ Види: Horvat, M. – *Rimsko pravo*, Zagreb, 1998, str. 271.

⁹¹ *Ibid.* стр. 271.

⁹² D. 18, 6, 3. - *Venditor talem custodiam praestare debet, quam praestant hi quibus res commodata est.*

⁹³ D. 19, 1, 30, 1. - Продавац је обавезан да омогући купцу да ствар има, а не и да му је пренесе у власништво.

⁹⁴ D, 18, 1, 25, 1: *Qui vendidit necesse non haber fundum emptoris facere...*

својина била *dominium optimo iure*⁹⁵, док је код преторске својине протеком рока за одржај од једне године за непокретности, а две године за покретне ствари квалификовани држалац постајао власник ствари. Затим, могућношћу да се истом купопродајном формулом обухвате и провинцијска земљишта. И овде је била слична ситуација као у претходном случају јер се ни овде није могла стећи својина коју признаје *ius civile* с обзиром да је провинцијска земља спадала у *res extra commercium*. Зато је и овде постојала само државина коју су римски правници означавали као *possessio* или *ususfructus*. Други аутори сматрају да је ово правило остало из времена када римско право није познавало могућност непосредног преноса својине, него само путем одржаја. Следећа група аутора налази разлог у повећању правноекономског промета и трговине са перегринима који не могу ни прибавити, а ни пренети квинтску својину. Стицање квинтске својине је било омогућено једино пуноправним римским грађанима јер су једино они могли да користе свечане форме строго формалних правних послова. Којој год од теорија да се приклонимо долазимо да сличног закључка: олакшање и убрзање правноекономског промета као и могућност правног изједначења као и доступност овог уговора свим категоријама становништа или свим врстама ствари.

У сваком случају, купопродаја као контракт *bonae fidei* обавезује продавца да учини највише што може за обезбеђење купца: да уступи купцу своја права на ствари, па и својину путем манципације ако се ради о *res mancipi*.⁹⁶ Уколико се о *res nec mancipi*, купац ће прибавити својину самом предајом ствари без обзира на вољу продавца ако је он био власник ствари.⁹⁷ У сваком случају, обавеза продавца да преда ствар у мирну државину заједно са гаранцијом за правне недостатке (одговорност за евикцију) има исти ефекат као и да му је преносио својину.⁹⁸

Продавац је био обавезан да преда ствар купцу у оно време и на оном месту како су већ претходно одредили у уговору. Уколико време није било одређено, продавчева обавеза је настајала одмах, наравно, под условом да и купац испуни своју. У случају да купац не исплати цену, а захтева извршење уговора, продавац је могао употребити приговор *exceptio non adimpleti contractus*. Исто овлашћење имао је и купац, па је иницијатива за извршење уговора најчешће падала на ону уговорну страну која је била заинтересованија за извршење. Ако место извршења није било уговорено, важило је

⁹⁵ Најбоља и потпуна својина.

⁹⁶ Супротно: Arangio-Ruiz, *Diritto puro e diritto applicato negli obblighi del venditore romano*.

⁹⁷ О томе: Стојчевић, Д. – *Римско облигационо право*, Београд, 1960, стр. 82-83.

⁹⁸ Види: Станојевић, О. – *Римско право*, Београд, 2008, стр. 295.

правило да се непокретности предају на месту где су се налазиле, а покретне ствари у домицилу продавца.⁹⁹ Што се тиче количине и квалитета ствари, важила су иста правила, односно оно што је било предвиђено уговором. У случају да уговорне стране нису предвиле квалитет ствари, продавац је испунио обавезу уколико преда ствар средњег квалитета.

„*Venditor qui simpliciter rem esse dixerit, satis facere videtur etiamsi rem mediocrem praestat.*”¹⁰⁰

Такође, Гај каже да продавац има обавезу да преда ствар најбољег квалитета уколико тврди да је она управо тог квалитета.

„*Venditor qui optimam rem esse dixerit, optimam praestare debet.*”¹⁰¹

Већ је речено да продавац није био обавезан да пренесе својину на ствари купцу. Из тога прозилази да продавац не одговара за правне недостатке саме по себи већ одговара за евикцију. *Evictio* (од *evincere*-победити у спору) одузимање, губитак у судском спору ствари стечене купопродајом.¹⁰² Евикција подразумева одговорност продавца ако би неко треће лице путем парнице или интердикта одузео купцу ствар из државине. Притом, он неће одговарати уколико се треће лице јави као власник ствари или ималац неког другог стварног права. Ова одговорност се у римском праву развијала постепено.¹⁰³

Најстарији начин заштите купца, а средство одговорности продавца била је тужба *actio auctoritatis* у време када се код реалне купопродаје маципацијом преносила квирирска својина. *Actio auctoritatis* (од *actio*- тужба и *auctoritatis*- углед, достојанство) тужба уведена још Законом XII таблица (где се назива *usus auctoritatis*) за заштиту купца од последица евикције. Ако би се након преноса власништва купљене ствари маципацијом, купац морао бранити против *rei vindicatio* треће особе, преносилац је био дужан да му помаже у спору. Ако он то не био хтео учинити или ако би упркос његовом учествовању у парници трећа особа успела евинцирати ствар, продавац је на основу ове тужбе морао купцу надокнадити двоструку вредност ствари (*in duplum*). Ова тужба се могла користити две године за непокретности, а једну годину за покретне ствари колико траје време за одржај (*usucapio*). Уколико је била у питању ствар која се

⁹⁹ Детаљније: Пухан, И. –*Римско право*, Београд, 1977, стр. 316.

¹⁰⁰ Sec. Gai- D. 21, 1, 18, 1. Продавац који је само рекао да ће дати ствар не одређујући њен квалитет, сматра се да је испунио обавезу, ако преда ствар средњег квалитета.

¹⁰¹ Sec. Gai- D. 21, 1, 18, 1.- Продавац који би тврдио да је ствар најбољег квалитета, мора такву ствар и да преда купцу.

¹⁰² О томе: Ромас, А. –*Ријечник римског права*, Загреб, 1983, стр. 110.

¹⁰³ Аутор сматра да је због свеобухватне слике најбоље да на овом месту прикаже развој продавачеве одговорности. Тако она бити посматрана кроз призму различитих правних периода.

није могла стећи одржајем, одговорност по овој тужби није била временски ограничена.¹⁰⁴

„*Venditor si eius rei quam vendiderit dominus non sit, pretio acceptio auctoritatis manebit obnoxius.*”¹⁰⁵

Осим поменуте тужбе, исту заштиту је купац могао добити и уговарањем посебне *stipulatio*. Вероватно се и код консенсуалне купопродаје јавио обичај да продавац, стипулацијом и то конкретно *stipulatio duplae* (*rescuniae*), обезбеди заштиту против евикције. Ово је најчешће био случај код купопродаје ствари *res nec mancipi*.

У току првог века нове ере, курулски едили су својим едиктом омогућили купцу да са *actio empti* присили продавца на *stipulatio duplae*. Коначно је дошло до тога да је одговорност за евикцију већ садржана у самом купопродајном уговору. Сада је купац могао корисити основну тужбу из уговора *actio empti* којом је могао тражити пуну накнаду штете (*quanti interest rem evictam non esse*). Претпоставка одговорности продавца за евикцију било је обавештење од стране купца о парници коју је трећи започео против купца.¹⁰⁶

Продавац је био одговоран и за материјалне (физичке) недостатке ствари. Претпоставке ове одговорности су:

- да се ради о манама због којих се ствар не може уредно употребљавати или јој се битно умањује вредност,
- да су ти недостаци постојали већ у часу продаје,
- да се ради о скривеним и неупадљивим недостацима, а не о таквим који се очигледно запажају или се по неким знацима могу одмах опазити,
- да купцу те мане нису биле познате нити их је могао са уобичајеном пажњом уочити.¹⁰⁷

Развој одговорности за скривене недостатке као да је имала сличан односно паралелан пут настајања попут одговорности за правне недостатке. И овде ће, као код одговорности за евикцију, бити приказана призма развоја материјалне одговорности.

Као што је Закон XII таблица први увео тужбу за заштиту од евикције, тако је исти закон предвио правно средство за заштиту купца од материјалних недостатака ствари. То је била тужба *actio de modo agri* (од *actio*- тужба, *modus*- величина, површина

¹⁰⁴ Види: Ромас, А. –*Riječnik rimskog prava*, Zagreb, 1983, str. 6.

¹⁰⁵ Paulus-Sent. 2, 17, 1-Ако продавац не би био власник продате ствари, по пријему цене биће одговоран по *actio auctoritatis*, у случају њене евикције.

¹⁰⁶ Види: М. Horvat, *Rimsko pravo*, Zagreb, 1998, 273.

¹⁰⁷ *Ibid.*, стр. 274.

и *ager*-земљиште). Њу је могао да користи купац који је манципацијом прибавио земљиште, па је накнадно установио да је његова површина мања од оне коју је оно имала по речима продавца или је оптерећено службеностима, а продавац је тврдио да је земљиште слободно (*uti optimus maximus*). Купац је њом тражио двоструку вредност причињене штете.¹⁰⁸

Купац се и овде могао обезбедити уговаравањем *stipulatio* и то *stipulatio duplae*.

Код консенсуалне купопродаје, продавац је одговарао и без уговарања посебне стипулације. То се десило под утицајем *fidei bonae* и *doli mali* на основу самог купопродајног уговора. Купац је могао основном тужбом из уговора *actio empti* тражити накнадну штету за физичке мане и недостатке ствари, али само ако је продавац поступао долозно, односно ако је купцу свесно прикрио неке мане (*reticentia*) или би лажно приписивао својства којих она нема (*dicta in mancipio, leges mancipii*). Владајуће је мишљење да је купац могао тражити накнаду штете коју је претпео тиме што се ослањао на продавчеве изјаве и поштење, па је из тог разлога и склопио уговор.¹⁰⁹

„*Si (...) sciens reticuit et emptorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit, praestitutum ei.*”¹¹⁰

За повећање обима одговорности заслужни су курулски едили (*aediles curules*) у оквиру својих инспекцијских надлежности на пијацама и тржницама. Они су, наиме, у свом едикту увели објективну одговорност продавца за недостатке робова и животиња. Објективна одговорност се заснивала на претпоставци да свако познаје особине своје ствари. Трговци су били дужни да објаве недостатке робове и животиња које продају. За оне мане које нису објављене купац је могао захтевати гаранцију у виду стипулације (углавном *stipulatio duplae*). Уколико би ствар имала недостатак који је постојао у тренутку продаје, а купац и поред нормалне пажње није могао да примети недостатак, имао је на располагању две тужбе: *actio redhibitoria* и *actio quanti minoris*.¹¹¹ *Actio redhibitoria* (од *actio*- тужба и *redhibere*- узети натраг) тужба на основу које је купац могао тражити раскид уговора. Могао ју је подићи у року од два месеца од закључења уговора, а уколико је закључена уз стипулацију, у року од шест месеци. *Actio quanti minoris* (од *actio*- тужба, *quantum*- колико и *minor*-мањи) тужба којом је купац могао тражити умањење цене сразмерно тежини односно обиму скривених недостатака.

¹⁰⁸ О томе: Д. Стојчевић, *Римско облигационо право*, Београд, 1960, стр. 84.

¹⁰⁹ Види: Horvat, М. – *Римско право*, Zagreb, 1998, стр. 274.

¹¹⁰ Ур. Д. 19, 1, 13. рг.- Ако је свесно прикрио и преварио купца, треба да одговара за сву штету коју је имао купац из купопродаје.

¹¹¹ О томе: Милошевић, М. – *Римско право*, Београд, 2009, стр. 377.

Могао ју је подићи у року од шест месеци од закључења уговора, односно годину дана уколико је закључена стипулација.

„*Aiunt aediles: qui mancipia vendunt certiores faciant emptores, quid morbi vitiiive cuique sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit: eademque omnia, cum ea mancipia venibunt, palam recte pronuntianto, quodsi mancipium adversus ea venisset (...) iducium dabimus ut id mancipium redhibeatur.*”¹¹²

Поред ове две тужбе, купац је могао користити и основну тужбу из уговора *actio empti*. Позитивна страна те тужбе је била што она није била везана за рокове, али је имала ту негативну карактеристику, купац је морао доказати долозно поступање продавца.

Дакле, купац је сходно овим решењима имао на располагању избор између раскида уговора и снижења цене, али није могао добити и накнаду евентуалне штете која је проузрокована радњама купца.

2.2.1.2.6. Процедурална средства за заштиту права уговорних страна

Код уговора о купопродаји свака од уговорних страна имала је на располагању своју, именовану тужбу. Купцу је стајала на располагању *actio empti*, а продавцу *actio venditi*. Поред тога постојала је могућност коришћења приговора, *exceptio non adimpleti contractus* и *exceptio rei venditae ac traditae*. Први приговор је могао да користи тужени у ситуацији када тужилац није испунио део обавезе преузете уговором на основу које користи тужбу. *Exceptio rei venditae ac traditae* је користио тужени како би истакао да му је тужилац ствар продао и предао.

2.2.1.2.7. Додатна пакта (*pacta adiecta*) код уговора о купопродаји

Уз основни уговор о купопродаји било је могуће да се уговарају додатне споразуме тзв. *pacta adiecta*, који су модификовали основни уговор. Римско право разликовало је следеће модификације уговора о продаји:

1. *Lex commissoria*,
2. *In diem addictio*,

¹¹² Упр. D. 21, 1, 1, 1. Едили кажу: Они који продају робове треба да упознају купца има ли роб неку болест или ману, да ли је бегунац или скитница или је неиспоручен због ноксалне одговорности те да све оно што је у вези с продајом робова јавно и тачно прогласе. Ако би роб био продан супротно томе (тј. објављеноме), дозволићемо поступак да се тај роб врати.

3. *Pactum displicentiae (pactum degustationis)*,
4. *Pactum de retroemendo*,
5. *Pactum de retrovendendo*,
6. *Pactum protimiseos*,
7. *Pactum de non praestanda evictione*

1. *Lex commissoria*¹¹³ (од *lex*- закон, овде: договор, клаузула и *commissorius* од *committere*- предати, препустити, уступити, поверити) додатни споразум у корист продавца. Продавац је могао на основу овог споразума једнострано да раскине уговор у случају да купац није у року исплатио цену. Код римских правника преовладало је схватање да је купопродаја склопљена с негативним раскидним условом. Сва дејства купопродаје престајала су уназад (*ex tunc*) као да уговор није био ни закључен односно долазило је до повратка у пређашње стање. Зато је купац био дужан да ствар врати са свим убраним плодовима. Међутим, продавац је имао могућност и да уговор одржи на снази тиме што би захтевао плаћање цене. Помпоније наводи следећи пример, па каже да уколико продавац обавезе купца да одређеног дана исплати новац за земљиште и он то не учини, земљиште ће се сматрати непроданим. Додаје да ће таква ситуација постојати само ако продавац жели да оно буде непродано. Вероватно се и овде мисли на могућност продаца да одржи уговор на снази тиме што ће захтевати исплату цене.

„*Cum venditor fundi in lege ita caverit: si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit, ita accipitur inemptus esse fundus, si venditor inemptum eum esse velit.*”¹¹⁴

2. *In diem addictio* (од *in*- у, на; *dies*- дан, рок; *addictio*- досуђивање, овде: одређивање) је *pacta adiecta* у корист продавца. Ова врста додатног споразума је био начин да се приволи на уговор о купопродаји колебљиви купац. Њиме је продавац имао право да раскине уговор уколико би у одређеном року нашао купца који нуди повољнију цену. Купац је, са своје стране имао *facultas alternativa* односно, могао је платити цену коју нуди други купац или вратити ствар. У класичном праву било је спорно да ли се ради о контракту чија ће дејства наступити тек ако продавац у року не нађе бољег купца или дејства контракта наступају одмах, али престају уколико се у

¹¹³*Lex commissoria* је појам који познат и у заложном праву. Клаузула на основу којег заложна ствар треба да припадне повериоцу у својину ако дуг који је био осигуран том ствари не би био у року подмирен. Ова клаузула је омогућавала бројне злоупотребе и искоришћавање дужника, па је Константин забранио.

¹¹⁴ Pomp. D. 18, 3, 2.

року најје бољи купац.¹¹⁵ Паул наводи пример овог споразума и каже да *in diem addictio* постоји ако се продавац у уговору обавезе на следећи начин:

„Нека ти оно земљиште буде продано за сто, осим ако неко до будућих јануарских календа не понуди боље услове да би ствар добио од власника.”¹¹⁶

3. *Pactum displicentiae* (од *pactum*- нагодба, споразум и *displicentia*- недопадање, несвиђање; од *displicere*- по вољи), додатни споразум у корист купца. Ова „куповина на пробу” је била начин да се натера на склапање уговора превише опрезни и колебљиви купци. Њиме је купац стицао право да у одређеном року одустане од уговора ако му се купљена ствар не свиди.

„*Si convenit, ut res quae venit, si intra certum tempus displicuisset, redderetur, ex empto actio est.*”¹¹⁷

Дуго времена се сматрало да се у овом случају радило о купопродаји закљученој под условом. Неки римски правници су сматрали да се ради о резолутивном услову, док је било и оних који су сматрали да се ради о суспензивном услову.¹¹⁸ Међутим, како наводе Борас М. и Маргетић Л. у класично доба је преовладало схватање да је уговор о купопродаји склопљен безусловно уз додатни резолутивни углавак.¹¹⁹

4. *Pactum de retroemendo* (од *pactum*- нагодба, споразум; *de-* о и *retrovendere*- натраг, назад продати) купопродаја са правом откупа. Продавац је овим додатним споразумом задржавао право да по истеку одређеног рока или остварења неког услова откупи ствар од купца коме је претходно продао.

5. *Pactum de retrovendendo* (од *pactum*- нагодба, споразум; *de-*о и *vendere*- продати). Овај споразум је установљен у корист купца корелативно праву продавца наведеном у претходном примеру. Купац је, наиме, задржавао право да у оквиру одређеног рока купљену ствар прода назад продавцу. Вероватно да је важила цена из основног уговора, уколико нешто друго није било уговорено.

6. *Pactum protimiseos* (од *pactum*- нагодба, споразум; и новогрчке речи *protimisis*- предност) право прече куповине којим се намеће обавеза купцу да уколико продаје ствар, прво је понуди продавцу уз услове које нуди неко трећи. Ово је једино право из допунских споразума које није ограничено роком.

¹¹⁵ D. 41, 4, 2, 4.

¹¹⁶ Paul. D. 18, 2, 1. *In diem addictio ita fit: ille fundus centum esto tibi emptus, nisi si quis intra kalendas Ianuarias proximam meliorem condicionem fecerit, quo res a domino abeat.*

¹¹⁷ Paul. D. 18, 5, 6. Ако је уговорено да се поврати продана ствар ако се не би свиђала унутар одређеног времена, на располагању је тужба из купопродаје.

¹¹⁸ А. Ромас, *Riječnik rimskog prava*, Zagreb, 1983, str. 238.

¹¹⁹ М. Борас, Л. Маргетић, *Rimsko pravo*, Zagreb 1986, str. 163.

7. *Pactum de non praestanda evictione* (од *pactum*- нагодба, споразум; *de*- о; *non*- не; *praestare*- одговарати и *evictio*- одузимање, губитак ствари у спору) споразум на основу којег су уговорне стране приликом закључења уговора о купопродаји искључиле или ограничиле одговорност продавца за случај евикције.¹²⁰

2.2.1.3. *Emptio-venditio* у посткласичном римском праву

Дилема која се најчешће поставља у овом периоду је да ли је римска купопродаја остала консенсуална или су биле потребне неке додатне радње како би уговор био закључен. Постоје опречна мишљења међу ауторима и док једни сматрају да је консенсуалност остала главно обележје други су приклоњенији идеји о њеном приближавању реалној купопродаји.

Гај у својим Епитомама у II књизи наводи да простом сагласношћу воља настају облигације из куповине и продаје с обзиром да се више захтева сагласност од неког писмена или свечане радње, а оваква облигација може бити закључена и између одустних што није могуће у другим случајевима.

*„Consensu fiunt obligations ex emptionibus et venditionibus...; quia in huiusmodi rebus consensus magis quam scriptura aliqua aut solemnitas quareitur. In quibus rebus etiam inter absentes obligatio contrahi potest, quod in aliis rebus fieri non potest. Emptio igitur et venditio contrahitur, cum de pretio inter emptorem et venditorem fuerit definitum, etiamsi pretium non fuisset numeratum, nec pars pretii aut arra data fuerit.”*¹²¹

Теодосијев кодекс указује да је продаја захтевала писани поднесак, одговарајућу писану форму да би била ваљана.¹²²

*Cum inter emptorem ac venditorem de menciipii pretio convenerit et fuerit conscripta venditio...*¹²³

*„Res, quae proposita actione repetitur, transferi a possidente ad alterum nullis contractibus potest; neque inde aliqua fieri scriptura permittitur.”*¹²⁴

¹²⁰ *Ibid.*, стр. 238.

¹²¹ *Gaius*, Ер. 2, 9, 13–14

¹²² Детаљније: Вулетић, В. – *Настанак и развој римске продаје: тријумф начела консенсуалности*, Београд, стр. 123.

¹²³ *C. Th.*, 3,4,1

¹²⁴ *C. Th.*, 4,5,1

Ова одступања од консенсуалне продаје у посткласичном праву се тумаче као инсистирање на предаји ствари, једној врсти реалног облика што продају посткласичног периода приближава реалној, а удаљава од консенсуалне.¹²⁵

Казер сматра да уговор о продаји није закључен и не производи дејство за уговорне стране пре него што и друга страна не изврши своју обавезу. Овај аутор сматра да ово доводи продају на претходно стање јединственог акта исплате цене и предаје ствари, што је блиско реалној продаји.¹²⁶

Џоди је супротног мишљења. Он сматра да су и други консенсуални уговори, па и продаја задржали форму познату класичном праву као и да је развој контраката линеаран од класичног до Јустинијановог права.¹²⁷ Међутим, вероватно је да овај аутор није анализирао одредбе Гајевих Епитома.

Посматрајући поменути Гајев Епитомама, може се доћи до закључка да нема никакве разлике између продаје у ова два периода. Међутим, како наглашава и посебно подвлачи Вулетић, док Гај у делу посвећеном консенсуалности инсистира на простој сагласности воља, у Епитомама наводи да се сагласност више захтева од неког писмена или свечане радње. Он сматра да ово делује да консенсуалност и даље остаје најважнији, али не и једини елемент купопродаје. Користе се и писане форме као и јавне исправе.¹²⁸

Формализам је био једно од обележја овог периода у погледу продаје непокретности. О томе сведочи и одредба Теодосијевог кодекса. Из наведене одредбе се види да су део купопродајног уговора: плаћање земљишног пореза, израда писане исправе и утврђивање својине пред суседима. Потврда продавчеве својине мора бити учињена у време закључења уговора на јасан и недвосмислен начин.

„Qui comparat, censum rei comparatae cognoscat: neque liceat alicui rem sine censu vel comparare vel vendere. Inspectio autem publica vel fiscalis esse debet hac lege, ut, si aliquid sine censu venierit, et id ab alio deferetur, venditor quidem possessionem, comparator vero id, quod dedit pretium, fisco vindicante, perdat. Id etiam placuit, neminem ad venditionem rei cuiuslibet accedere, nisi eo tempore, quod inter venditorem et emptorem

¹²⁵ *Ibid.*, стр. 123.

¹²⁶ О томе: М. Kaser, *Das Römische Privatrecht, erster abschnitt (das altrömische, das vorklassische und klassische recht)*, München, 1954, p. 281.

¹²⁷ Види: Diosdi, G. – *Contract in Roman Law – From the Twelve Tables to the Glossators*, Milano 1981, p. 311.

¹²⁸ О томе: Вулетић, В. *op.cit.*, стр. 124.

contractus solemniter explicatur, certa et vera proprietas a vicinis demonstratur; usque eo legis istius cautione currente, ut, etiamsi subsellia vel, ut vulgo aiunt, scamna vendantur, ostendendae proprietatis probatio compleatur. Nec inter emptorem et venditorem solemnia in exquisitis cuniculis celebrentur, sed fraudulenta venditio penitus sepulta deperat. “¹²⁹

Из овог следи да је формална потврда својине битан елемент уговора о продаји. И Казер стоји на истом становишту. Он наводи да се уговор о продаји непокретности закључивао у присуству суседа који би били позвани да потврде продавчеву својину, а затим би купац плаћао цену, без обзира на то што експлицитно обавеза исплате цене није истакнута у фрагменту- она се подразумевала. Исти аутор даље наводи да су сви ови неопходни елементи констатовани у писаној исправи коју потписују стране уговорнице и суседи у својству сведока. Уговор који је закључен једино на овај начин је био правно ваљан.¹³⁰

У Јустинијановом периоду, консенсуализам опет добија значај какав је имао у класичном периоду па је за закључење уговора потребна сагласност воља уговорних у погледу предмета и цене у случају усменог уговора.

„Emptio et venditio contrahitur, cum de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit, ac ne arra quidem data fuerit; nam quod arrae nomine datur, argumentum est emptionis et venditionis contractae. “¹³¹

Међутим, уколико уговорне стране продају предвиде у писаној, правни ефекат уговора ће зависити од ваљаности писане исправе.

„...in his autem quae scriptura conficiuntur non aliter perfectam esse emptionem et venditionem constituimus, nisi et instrumenta emptionis fuerint conscripta vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem scripta, a contrahente autem subscripta et, si per tabellionem fiunt, nisi et completiones acceperint et fuerint partibus absoluta... “

Док је у класичном периоду било распрострањено схватање да купац купује што јефтиније, а продавац продаје што скупље, притом дозвољавајући и неке ситније преваре, правила о цени су се променила у посткласичном периоду прописујући захтев

¹²⁹ С. Th, 3, 1, 2.

¹³⁰ Види: М. Kaser, *Das Römische Privatrecht, erster abschnitt (das altrömische, das vorklassische und klassische recht)*, München, 1954, р. 199.

¹³¹ П, 3, 139: „Купопродаја се склапа чим се уговорне стране сагласе у погледу цене, иако та цена није још плаћена, те иако није дата ни капара, јер оно што се даје у име капаре служи само за потврђивање да је закључена купопродаја.”

да она мора да буде правична (*pretium iustum*). То је условила општа декаденција у држави, а нарочито у правноекономском промету. Економска и политичка криза крајем принципата и почетком домината приморала је државу да се уплиће у привредене токове. Тако је Диоклецијан, због тешких привредних услова у којима се земља налазила био принуђен да одступи од овог схватања и да у свом едикту *De pretiis rerum venalium*, одреди цене за велики број најважнијих предмета купопродаје и закупа. Међутим, у IV веку класични принцип је опет у строгој примени.¹³² Тек је Јустинијан поставио правило¹³³ да у случају купопродаје земљишта, цена не сме бити мања од половине вредности ствари, па је продавцу (и то само њему, а не и купцу), који није примио ни половину вредности земљишта (такве случајеве средњовековно право назива *laesio enormis* - оштећење преко половине) давао право да захтева раскид уговора и повраћај у пређашње стање.¹³⁴ Купац је имао на располагању *facultas alternativa*: могао је пристати на раскид или доплатити разлику цене до пуне вредности. Тек ће средњовековно право, проширити ово правило и на купца и све случајеве купопродаје. Институције предвиђају и могућност да се одређене цене повери трећем лицу (*arbitrum boni viri*) решавајући на тај начин спор који је постојао код старијих правника.

У овом периоду нема класичних захтева за традицијом, али се то не може тумачити као одустајање од предаје ствари. Она се, наиме, вршила истовремено са исплатом цене. Купац би своју обавезу извршио тек након што би продавац дошао до предмета продаје.

У Јустинијановом праву, едилска правила о одговорности продавца за скривене мане робова и животиња је проширена на све ствари. Осим тога, продавац је одговорао и без уговарања посебне стипулације и за сва неформална обећања и изјаве у погледу каквоће ствари (*dicta et promissa*), без обзира да ли је изјаве давао лажно или у доброј вери. И овде су купцу стајале на располагању обе тужбе као у претходном периоду. Међутим, ако ствар није имала својства која је продавац изјавио да има или је имала недостатака која је продавац долозно прећутао или тврдио да нема, купац је могао користити и *actio empti*. Њом је могао тражити накнаду свеукупне штете односно позитивног интереса, штете коју трпи што је уговор рђаво испуњен.

¹³² То се види из конституција које су издавали Константин, Грацијан и Валентин. (H. Monnier, *Etudes de droit byzantin*, Revue historique 1900). Неки аутори сматрају да је Диоклецијан створио установу *laesio enormis* ослањајући се на неке конституције. Међутим, новија истраживања су показала да су ове конституције интерполиране.

¹³³ Поједини аутори сматрају да је творац овог правила Диоклецијан.

¹³⁴ О томе: Стојчевић, Д. – *Римско облигационо право*, Београд, 1960, стр. 81.

У Јустинијановом праву је уведена и капара као облик одустанице- *arrha poenitentialis* (од *poenitentia*- покајање). Ова врста капаре је омогућавала да купац одустане од уговора уз препуштање датог новца, док би продавац био дужан да преда двоструки износ капаре у случају одустанка.

2.2.2. Уговор о закупу (*locatio-conductio*) у римском праву

Уговор о закупу (*locatio-conductio* - лат. *locatio* од *locare* - поставити, дати у најам и *conductio* од *conducere* - најмити, узети, одводити у најам) је консенсуални контракт римског права који је настајао тако што се једна страна обавезивала да ће за одређени износ новца препустити другој на употребу и коришћење одређену ствар, покретну или непокретну (*locatio-conductio rei* - уговор о најму односно закупу) или што јој је стављао на располагање своју радну снагу (*locatio-conductio operarum* - уговор о најму радне снаге) или тако што се обавезивала да ће да обави неки посао за другог (*locatio-conductio operis* - уговор о делу).¹³⁵

Као што се из саме дефиниције види, римски правни теоретичари су под појам *locatio-conductio* подразумевали три различите врсте уговора односно уговор о закупу или најму ствари, уговор о најму радне снаге и уговор о делу. Важно је истаћи да римски правници ову разлику нису уочавали ни теоријски нити практично.¹³⁶ Као потврда тога је и чињеница да оригинални римски текстови нису правили разлику између различитих врста уговора о закупу.¹³⁷

Они који се ипак позивају на разликовање различитих врста уговора о закупу, ослањају се само на један текст дигеста (D. 50, 15, 5, 1). Тако Паул у другој књизи коментара едикта говори о постојању уговора *locatio conductio operis*, али не прави разлику. Такође, Лабенон, кога наводи Паул, покушава да дефинише уговор о делу, али ни овде није реч о различитим врстама уговора о закупу.¹³⁸

Питање које се даље поставља јесте како је уопште та подела уговора о закупу на више врста доспела до данашњих дана. Имајући у виду претходно наведено професор Оливер Мартин је истраживао ову проблематику и сматра да она није настала у средњем веку. Посматрајући дела великих француских правника попут Потјеја и

¹³⁵ О томе: Ромас, А. – *Рјечник римског права*, Загреб, 1983, стр. 195.

¹³⁶ Види: Бујуклић, Ж. – *Римско приватно право*, Београд, 2014, стр. 385.

¹³⁷ Детаљније: Марковић, Б. – *Правни корени уговора о делу*, стр. 738.

¹³⁸ О томе: F. O. Martin, F. O. – *О поделама најма у римском праву*, стр. 421- 422.

Думе а затим и дела Винуса и Гроцијуса, Пуфендорфа и представнике целе школе природног права, не налазимо поделу *locatio conductio* на више врста.

У периоду између 1830. и 1840. француски аутори крећу са одбраном теорије о тројној деоби што даље наводи професора Оливера Мартина на закључак да се теорија појавила негде између 1675. и 1820. године. Исти аутор сматра да је њен творац писац одређених Пандекта Џон Ветус (*Voetius*) тадашњи холандски правник.¹³⁹

Ветус је поставио основе ове поделе, али одређени аутори се могу означити као његови претходници попут Матијаса Колеруса (*Mathias Colerus*) као и чувеног правника Антонија Матеуса. Матијас Колерус је још тридесетих година XVI века у својим *Decisiones Germaniae* одобрио трипартитну поделу *locatio-conductio*. Правник Антоније Матеус у својим *Disputationes de obligationibus* чини слично.

Данас је уобичајено да се сва три облика три уговора о закупу анализирају одвојено из практичних разлога: због прегледности и концизности саме материје. Због тога ће и овај уговор односно *locatio-conductio rei*, *locatio-conductio operarum* и *locatio-conductio operis faciendi* бити посматрани кроз три различита периода, предкласични, класични и посткласични период.

2.2.2.1. *Locatio-conductio* у предкласичном римском праву

О настанку уговора о закупу или најму ствари, познатом у римском праву под називом *locatio-conductio rei* нема много података па се сам начин настанка уговора може посматрати кроз претпоставке и податке о неким другим институтима.

Историјски посматрано, закуп се јавља прво код покретних ствари и то теглећих животиња и робова. Они би били излагани на Форумима (*locare*) да их уз наплату одведе (*conducere*) онај коме су потребне код нпр. жетве или других послова. Најам стоке се помиње већ у Законику XII таблица где се најмодавцу за наплату најамнине намењене за жетву даје *pignoris capio*.¹⁴⁰ У периоду кад је сваки Римљанин имао своју кућу и земљу (*heredium*) није било потребе за закупом. Међутим, почетком II века п.н.е. мењају се економске и социјалне прилике, а нарочито после Пунских ратова. Рим није више мала монолитна заједница, већ пристижу и странци услед чега настаје потреба за

¹³⁹ *Idem.*, стр. 426.

¹⁴⁰ О томе: Ромас, А. –*Rimsko pravo*, Zagreb, 1989, стр. 314.

закупом. Изграђују се најамне куће (*insulae*) у којима се изнајмљују станови (*coenacula*). Богати Римљани су, са друге стране, добијали од државе у закуп огромне површине *agri publici* које су давали даље у закуп сиромашним грађанима.

Када се говори о начину настанка друге две врсте уговора *locatio-conductio*, *locatio-conductio operarum* и *locatio-conductio operis faciendi* ситуација је донекле слична са претходном врстом овог уговора. Готово да нема података, па ће претпоставке послужити за добијање слике о развоју и постанку ових уговора. У првим данима постанка Рима, сваки човек је сам обављао своје послове. Ропство је имало патријархални карактер тако да су робови, попут укућана учествовали у расподели послова, тако да овде и не можемо да говоримо о постојању *locatio-conductio*. Међутим, тражећи најстарији помен римског *locatio conductio operarum faciendi* наилази се на једну необичност и занимљивост. У *legesregiae*,¹⁴¹ Ромулов закон каже да је он патрицијима одредио да раде „свештеничке и магистратске функције”, а плебејцима „да обрађују земљу, чувају стоку и раде надничарске послове”. Познато је да су ове одредбе, иако приписане Ромулу, вероватно настале знатно касније, што ипак наговештава да је ова врста послова обављана и раније него што се мисли.¹⁴²

Ширењем државе, настаје потреба за лицима која би с једне стране, обављала одређене грубе послове, а с друге стране, израдила или оправила неку ствар где би важан био резултат самог раада. Важно је истаћи да у овом периоду нема јасне диференцијације између *locatio-conductio operarum* и *locatio-conductio operis faciendi*. Све до Августа, нема разлике између ове две врсте уговора, па су се правници ослањали на критеријуме јавног права. Робовласнички рим, са друге стране, има негативан став према физичким пословима као и потребом за радном снагом. Професор Стојчевић наглашава да су обе врсте уговора представљале уговоре ниже врсте, а да су послове више врсте попут лекара, учитеља и адвоката сматрани *mandatum*- ом.¹⁴³

И код *locatio conductio operarum*, пресудни момент је био, управо период након Пунских ратова када није била довољна домаћа радна снага, деце и робова. То је даље

¹⁴¹*Leges regiae* (од *lex*- закон, *regius*- краљевски) збирка прописа који се, углавном односе на сакрално право, а приписују се римским краљевима Ромулу, Нуми Помпилију и њиховим наследницима. По свему судећи, збирка је настала тек почетком царства, иако су, изван сваке сумње, у њу унете и неке прастаре институције које вуку порекло из најстаријег времена тј. периода пре Закона XII таблица. Вероватно се састављач збирке служио понтификалним архивима, у којима је било података и о сакралним прописима из далеке прошлости.

¹⁴² М. Ђорђевић, *Порекло уговора о делу*, Правни живот, вол. 63. бр. 10, стр. 653.

¹⁴³ Види: Стојчевић, Д. –*Римско право*, Београд, 1983, стр. 264- 268.

условило склапање различитих *locatio conductio operarum*. Велика имања (латифундије) захтевала су велики број радника како би се посао урадио за краће време, те је због тога узимана у најам радна снага слободних сиромашних сељака.¹⁴⁴ Такође, настала је потреба и за склапањем *locatio conductio operis faciendi* како би се обављали најразличитији послови који су спадали у предмет овог уговора.

Период принципата обележава градња многобројних вишеспратних кућа за изнајмљивање. Сиротиња је становала у дашчарама, баракама (*tabernae*) у којима су биле смештене и радње трговаца и гостионичара. Брза и слаба градња, а с друге стране плитки темељи, танки зидови, дрвена конструкција са манама, довела је до рушења или пак до пожара. Из тих разлога је настала потреба за градњом много пословних просторија за домаће и стране трговце и занатске радионице. Све ово је узроковало низ правних питања и спорова којима су се бавили римски правници. Свакако је најважнији извор права из тог периода Гајеве Институције.¹⁴⁵

2.2.2.2. *Locatio-conductio* у класичном римском праву

2.2.2.2.1. Уговор о закупу ствари (*locatio-conductio rei*)

Locatio - conductio rei је консенсуални контракт којим се једна страна, закуподавац (*locator*) обавезује да преда на привремено коришћење неку своју ствар (*res*), а друга страна, закупач (*conductor*) се обавезује да за то плати одређену накнаду (*merces*).

По својим особинама, *locatio-conductio rei* је консенсуалан, обострано обавезујући (*contractus bilaterales aequales*), посао *bonae fidei*, теретан, комутативан и неформалан.

У српском праву је уобичајено да се овај уговор преводи као закуп или најам ствари. Професор М. Хорват наглашава да су најам и закуп резултат имовинске дифернцијације и класне експлоатације. Он наводи да су сиромашни најамници, нарочито сељаци беземљаши долазили у све већу зависност од велепоседника који су их експлоатисали убирањем ренте. Професор Хорват сматра да се економска зависност

¹⁴⁴ О томе: Romas, A. –*Rimsko pravo*, Zagreb, 1981, стр. 314.

¹⁴⁵ Детаљније: Мојовић, Н. –*Rimsko pravo, knjiga prva, Istorija rimskog prava*, Banja Luka, 2008, стр. 163.

код закупа (*colonus*) поспешује у царско доба и ствара зависно земљорадничко становништво у облику колоната.¹⁴⁶

Битни елементи код *locatio - conductio rei* су ствар која се узима у закуп (*res*) и закупнина односно цена закупа (*merces*). Гај наводи да се *locatio-conductio* заснива на истим законским решењима као и купопродаја, стога овај уговор настаје када уговорне стране постигну сагласност о предмету и цени закупа:

D. 19.2.2 pr. : „*Locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni isdemque iuris regulis constitit: nam ut emptio et venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit, sic et locatio et conductio contrahi intellegitur, si de mercede convenerit.*”¹⁴⁷

2.2.2.2.1.1. Предмет уговора (*res*)

Предмет престације код уговора о закупу ствари могле су да буду како непокретне (*res immobiles*) тако и покретне ствари (*res mobiles*). осим ових, предмет закупа могле су да буду и телесне ствари (*corporales*), *res mancipi* и *res nec mancipi*. Захтевало се да оне буду непотрошне (*res non consumptibiles*) и индивидуално одређене (*in species*) јер су се након одређеног временског периода враћале. уколико би се уговорио закуп потрошних ствари (*res consumptibiles*) онда би то био зајам (*mutuum*). Међутим, изузетно су предмет закупа могле да буду и потрошне ствари, али само уколико су дате *ad potram vel ostentationem* (ради излагања).¹⁴⁸ с обзиром да се уговор о закупу није закључивао због преноса права својине већ због коришћења ствари, предмет закупа могле су да буду и туђе ствари. Такође, предмет уговора су могле да буду и оне ствари које нису могле да буду предмет купопродаје, као на пример добра добијена у мираз.¹⁴⁹ с друге стране, предмет уговора о закупу није могла да буде ни сопствена ствар јер је то противно самој природи закупа.¹⁵⁰

¹⁴⁶ Види: Horvat, M. – *Rimsko pravo*, Zagreb, 1998, str. 278.

¹⁴⁷ D. 19.2.2 pr.

¹⁴⁸ О томе: Бујуклић, Ж. – *Римско приватно право*, Београд, 2014, стр. 385.

¹⁴⁹ Види: Маленица, А. – *Римско право*, Нови Сад, 2003, стр. 308.

¹⁵⁰ Упр. D.50,17,45: *Locatio rei suae consistere non potest.* - Не може се закупити властита ствар.

2.2.2.2.1.2. Закупнина (*merces*)

„*Locatio sine mercede certa contrahi non potest.*”¹⁵¹

Закупнина је представљала цену закупа. Имајући у виду да су за овај уговор важила иста правила као и за *emptio-venditio*, закупнина односно цена је морала да испуњава исте услове. Дакле, морала је да буде изражена у новцу (*numerata pecunia*), одређена (*certum*) или одредива без накнадног споразума и истинита (*verum*).

1. Закупнина је морала да буде изражена у новцу (*numerata pecunia*).¹⁵² Није било извесно да ли ће постојати уговор о закупу уколико једна страна преда другој ствар у закуп, а ова јој да неку другу ствар на употребу. Ту исту сумњу изражава и Гај:

„*Item si rem tibi utendam dederim et invicem aliam rem utendam acceperim, quaeritur, an locatio et conductio contrahitur.*”¹⁵³

2. Накнада је морала да буде одређена (*certum*) или одредива без накнадног споразума. Она је одређена уколико су се уговорне стране споразумеле о њеној висини. У супротном, уговор не постоји све док уговорне стране не постигну сагласност:

„*Locatio autem conductio similibus regulis constituitur; nisi enim merces certa statuta sit, non videtur locatio et conductio contrahi.*”¹⁵⁴

3. Накнада је морала да буде истинита (*verum*). Цена је истинита ако су стране озбиљно мислиле да утврђену цену треба исплатити као еквивалент за примљену ствар.

4. Као и код купопродаје, тек ће у посткласичном праву бити уведен и захтев за правичношћу накнаде (*iustum*). Тако и Паул наводи да као што је (код купопродаје) природно и допуштено да се оно што више вреди купује за мању цену, а што мање вреди продаје за већу, те да се тако врше узајамне обмане, тако се исто правило примењује и када се нешто изнајмљује и закупљује.

¹⁵¹ Papin. D. 24, 1, 52, pr: *Locatio conductio* без утврђене цене не може се закључити (јер је наплатив правни посао)

¹⁵² Уговори о закупу ствари при којима је закупнина одређивана у природи називали су се *colonia partitaria*. Иако их је Јустинијаново право дозвољавало није извесно да ли су овакав споразум римски правници сматрали закупом.

¹⁵³ Gai, Inst, III, 144.

¹⁵⁴ Gai, Inst. III, 142.

D. 19.2.22.3 „*Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est.*”¹⁵⁵

2.2.2.1.3. Дејство уговора

Имајући у виду синалагматичност уговора, за обе уговорне стране настајале су одређене обавезе. закуподавац (*locator*) је, с једне стране, био у обавези да преда ствар на употребу закупцу, да преда предмет у исправном стању, да сноси ризик са случајну пропаст ствари и да заштити закупца од претензија трећих лица. купац (*conductor*) је био у обавези да уредно плаћа закупнину, да предмет закупа одржава у исправном стању, да отклања све недостатке који су настали његовом кривицом и да ствар врати у исправном стању.¹⁵⁶

2.2.2.1.4. Права и обавезе уговорних страна

Закуподавац (*locator*) је био у обавези да преда ствар закупцу и омогући њено коришћење. Уколико је био у питању закуп земљишта, онда је ту спадало и преузимање плодова који су закупцу припадали самом предајом ствари. То даље да значи да су плодови закупцу припадали као да су му продати, па није било потребно посебно уговорати право на плодове. Код закупа других ствари, то се није подразумевало.¹⁵⁷

У вези са првом обавезом закуподавца је и друга. *Locator* је, из тог разлога, био у обавези да предмет закупа преда у исправном стању односно предмет закупа је, бар у просеку, морао да задржи све особине које су биле потребне за постизање циљева закупа.¹⁵⁸

То даље значи је *locator* био дужан да одржава ствар у исправном стању и да из тих разлога сноси нужне и корисне трошкове као и друге терете уздржавања ствари (нпр. јавне дажбине). Зато ће закуподавац бити дужан да накнади закупцу нужне трошкове које је овај учинио на ствар.¹⁵⁹

¹⁵⁵ D. 19.2.22.3

¹⁵⁶ О томе: Пухан, И. –*Римско право*, Београд, 1977, стр. 320.

¹⁵⁷ Види: Бујуклић, Ж. –*Римско приватно право*, Београд, 2014, стр. 385.

¹⁵⁸ Детаљније: Пухан, И; Поленак-Акимовска, М; Бучковски, В; Наумовски, Г. –*Римско право*, Скопје, 2014, стр. 302.

¹⁵⁹ Види: М. Horvat, *Rimsko pravo*, Zagreb, 1998, str. 278.

Locator је био обавезан да обезбеди *conductor*-у мирну употребу (*uti frui licere*). У случају да је закупац закупио земљиште или стан, а закуподавац је продао земљиште или зграду, *locator* треба да се побрине да се истим уговором одобри закупцу искоришћавање, а станару становање. У случају да то не учини, закупац може да покрене поступак на основу уговора о закупу.

„*Qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit, si aliqua ex causa fundum vel aedes vendat, curare debet, ut apud emptorem quoque eadem pactione et colono frui et inquilino habitare liceat: alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto.*”¹⁶⁰

Међутим, ако закуподавац прода ствар трећем и тај трећи жели да одстрани закупца, то ће бити могуће у складу са правилом *emptio tollit locatum* односно правилом да купопродаја поништава закуп.^{161 162}

Такође, биће му одговоран за штету због евикције као и због скривених мана ствари уколико их је сакрио од *conductor*-а. Одговорност за евикције је нормална последица чињенице да закупац на предатој ствари стиче само детенцију те да нема правна средства помоћу којих би могао сам да заштити себе. И Улпијан у Дигестама наводи исто:

„*Si quis domum bona fide emptam vel fundum locaverit mihi isque sit evictus sine dolo malo culpaque eius, pomponius ait nihilo minus eum teneri ex conducto ei qui conduxit, ut ei praestetur frui quod conduxit licere. plane si dominus non patitur et locator paratus sit aliam habitationem non minus commodam praestare, aequissimum esse ait absolvi locatorem.*”¹⁶³

Основна обавеза закупца (*conductor*) је плаћање закупнине. закупац је био дужан да плати уговорену закупнину једнократно или периодично у зависности од споразума уговорних страна. Већ је речено које услове мора да испуњава цена односно закупнина како би уговор производио дејства. у случају да закупац не може да користи ствар из разлога који се њему не могу преписати у кривицу (јер је пропала услед случаја или постала неподобна за употребу) неће морати да плати закуп за преостало

¹⁶⁰ D.19.2.25.1.

¹⁶¹ О томе: Boras, M; Margetic, L. –*Rimsko pravo*, Zagreb, 1986, str. 164.

¹⁶² Другачије ЗОО, члан 591/1 по којем у случају отуђења ствари дате у закуп која је предата закупцу „прибавилац ступа на место закуподавца.”

¹⁶³ D.19.2.9.(Ulp. 32 *ad ed*): Ако ми неко да у закуп кућу или земљу коју је купио *bona fide*, па му то буде евицирано без његове зле намере или нехата, Помпоније каже да ће ипак бити у облигацији из закупа ономе ко је закупио, како би му била пружена накнада за оно што је закупио, а није могао да користи.

време (*periculum est locatoris*).¹⁶⁴ Закупац је, такође, могао да тражи неплаћање односно снижење закупнине због природних непогода или елементарне непогоде.¹⁶⁵

Закупац је дужан да чува и употребљава ствар у складу са уговором. У складу са начелом *fidei bonae*, он одговара за сваки облик кривице, али не одговара за погоршање ствари које настаје редовном употребом. С друге стране, уколико би закупца на закупљеном земљишту својим радом додао нешто неопходно или корисно, а то није било уговорено, могао је да подигне *actio conducti* за накнаду учињених трошкова.¹⁶⁶

И најзад, закупца је дужан да након истека уговореног рока ствар врати закуподавцу.

2.2.2.2.1.5. Процедурална средства

Locatio conductio rei је, по правилу, био ороченог, привременог карактера. У зависности од тога да ли је уговорен рок или не, разлози за престанак уговорног односа били су следећи: истек уговореног периода или раскид уговора од стране закуподавца или закупца.

Рок (*dies*) као споредни елемент (*accidentalia negotii*) могао је да буде предвиђен у уговору о закупу. Уколико је то био случај, онда је уговор престајао истеком уговореног рока. Међутим, орочени уговор о закупу, изузетно, могао је да буде прекинут и пре протекла уговореног рока из неколико разлога: уколико су се уговорне страна тако договориле, ако је предмет закупа пропао или постао неподобан да задовољи потребе закупца, ако је предмет закупа постао неопходно потребан закуподавцу, ако је закупца предмет неправилно употребљавао и ако није уредно плаћао закупнину.¹⁶⁷

Уколико рок није био уговорен, и једна и друга страна су могле раскинути уговор када желе, под условом да не наносе штету. То је логична последица *bona fides* карактера уговора о закупу. Закуп земљишта трајао пет година.¹⁶⁸ Међутим, није могао

¹⁶⁴ Види: М. Horvat, *Rimsko pravo*, Zagreb, 1998, str. 279.

¹⁶⁵ Детаљније: М. Милошевић, *Римско право*, Београд, 2009, стр. 380.

¹⁶⁶ D.19.2.55.1: *In conducto fundo si conductor sua opera aliquid necessario vel utiliter auxerit vel aedificaverit vel instituerit, cum id non convenisset, ad recipienda ea quae impendit ex conducto cum domino fundi experiri potest.*

¹⁶⁷ О tome: Пухан, И. –Римско право, Београд, 1977, стр. 319-320.

¹⁶⁸ Трајање закупа земљишта је било у вези са периодичним цензорским пописом имовине римских грађана, *lustrum*.

бити отказан у случају да није завршен природни циклус обраде земље. Ако би протекао рок од 5 година на који је закључен уговор, и обе уговорне стране не би предузеле ништа, сматрало се да је извршено прећутно продужење уговора о закупу на исти временски период (*relocatio tacita*).¹⁶⁹ Код закупа стана претпостављени рок је био годину дана и важило је исто правило у смислу *relocatio tacita*. Закуп код кога није уговорен рок, сличан је прекаријуму, али се са њим не поистовећује.

Имајући у виду да се закуп закључивао у обостраном интересу, уговорне стране су одговарале за сваки облик кривице (*omnis culpa*).

За извршење међусобних обавеза и остварење права *locator* и *conductor* имали су на располагању *actio locati* и *actio conducti*. Првом тужбом био је заштићен закуподавац у сваком случају када је неизвршење обавезе закупца могло да се препише његовој кривици. Са друге стране, *actio conducti* је могао да користи закупца против закуподавца.¹⁷⁰ Обе тужбе спадале су *actiones bonae fidei*.

У уводу овог пасуса, наведено је да је *locatio conductio rei*, по правилу, ороченог карактера. Међутим, постојали су случајеви када је уговор о закупу закључиван на неодређени временски период и тако стицао епитет вечитог закупа. Потврду његовог постојања налазимо у Гајевим Институцијама и то у делу где се говори о сличностима *locatio-conductio* и *emptio-venditio*. Гај се оправдано пита да ли ће постојати закуп или купопродаја¹⁷¹ у случају вечитог закупа, а као пример наводи градско земљиште. Оно може бити предмет вечитог закупа под условом да не постоји право његовог одузимања нити од закупца нити од његових наследника докле год буде плаћана закупнина.¹⁷²

„Adeo autem emptio et venditio et locatio et conductio familiaritatem aliquam inter se habere videntur, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emptio et venditio contrahatur an locatio et conductio. Veluti si qua res in perpetuum locata sit, quod evenit in praediis

¹⁶⁹ Опширније: Станојевић, О. –*Римско право*, Београд, 2000, стр. 297.

¹⁷⁰ Детаљније: Пухан, И. –*Римско право*, Београд, 1977, стр. 320.

¹⁷¹ У још једном параграфу Институција, Гај се пита да ли постоји уговор о купопродаји или закупу ако једно лице да гладијаторе другом лицу под условом да ово друго лице да 20 денара за сваког који жив изађе из арене, а за сваког оног који буде убијен или осакаћен 1000 денара. Даље закључује да они који су живи враћени су предмет закупа, док су они који су убијени или осакаћени су предмет продаје. *Item quaeritur si gladiatores ea lege tibi tradiderim, ut in singulos qui integri exierint pro sudore denarii XX mihi darentur, in eos vero singulos qui occisi aut debilitati fuerint denarii mille, quaeritur utrum emptio et venditio an locatio et conductio contrahatur. Et magis placuit eorum qui integri exierint locationem et conductionem contractam videri, at eorum qui occisi aut debilitati sunt emptionem et venditionem esse; idque ex accidentibus apparet, tumquam sub condicione facta cuiusque venditione aut locatione. Iam enim non dubitatur quin sub condicione res venire aut locari possint.* Gaius, Inst. III, 146.

¹⁷² Gai, Inst. III, 145.

municipum, quae ea lege locantur, ut quamdiu (id) vectigal praestetur, neque ipsi conductori neque heredi eius praedium auferatur. Sed magis placuit locationem conductionemque esse."¹⁷³

2.2.2.2.1.6. Неке посебне врсте уговора о закупу

Sublocatio, подзакуп или пазакуп је врста уговора о закупу код којег се закупац из примарног уговора обавезује да преда на привремено коришћење неку ствар коју је он већ узео у закуп подзакупцу, а подзакупац се обавезује да за то плати уговорену цену.

Све особине које има сам *locatio conductio rei*, има и *sublocatio*, с једном разликом, посебно је морало да се уговори право закупца да издаје ствар у подзакуп.

О постојању овог уговора сведочи један фрагмент из Дигесте који говори о случају да је једно лице изнајмило читаву зграду у закуп како би издало станове у подзакуп. Након тога је власник зграде исту срушио наводећи да је она трошна. Поставило се питање на колико би требало проценити вредност спора у случају да закупац целе зграде подигне тужбу *ex conducto*. Одговор на питање зависи од тога да ли је било неопходно да се зграда сруши или не. У првом случају, вредност предмета спора треба израчунати тако што ће се од суме за коју је власник издао непокретност у закуп, израчунати део који би био плаћен у времену у коме закупци више нису могли становати. Уколико није било неопходно да се зграда сруши, већ је то учињено из неких других разлога, да би се сазидала лепша зграда, онда треба осудити власника на онолико колико износи интерес закупца да се станари не иселе.¹⁷⁴

D.19.2.30.: „*Qui insulam triginta conduxerat, singula caenacula ita conduxit, ut quadraginta ex omnibus colligerentur: dominus insulae, quia aedificia vitium facere diceret, demolierat eam: quaesitum est, quanti lis aestimari deberet, si is qui totam conduxerat ex conducto ageret. respondit, si vitiatum aedificium necessario demolitus esset, pro portione, quanti dominus praediorum locasset, quod eius temporis habitatores habitare non potuissent, rationem duci et tanti litem aestimari: sin autem non fuisset necesse demoliri, sed quia melius*

¹⁷³ Gai, Inst. III, 145.

¹⁷⁴ D.19.2.30.

*aedificare vellet, id fecisset, quanti conductoris interesset, habitatores ne migrarent, tanti condemnari oportere.*¹⁷⁵

Уговор о закупу брода је консенсуални контракт којим се једна страна, власник брода (закуподавац, *locator*) обавезује да преда на привремено коришћење брод или неки његов део (*res*), а друга страна, купац (*conductor*) се обавезује да за то плати одређену накнаду (*merces*).

По својим особинама, *locatio conductio rei* је консенсуалан, обострано обавезујући (*contractus bilaterales aequales*), посао *bonae fidei*, орочени.

Уговорне стране у овом односу су власник брода (*locator*) и купац брода (*conductor*). Купац је имао право да изда брод или неке његове делове у подзакуп *sublocatio*, а имајући у виду да су за уговор о закупу брода важила иста правила као и за *locatio conductio rei*, то право морало је бити посебно уговорено.

Битни елементи код овог уговора су брод или његов део који се даје у закуп и закупнина (*merces*).

Брод се могао означити као свака плутајућа конструкција било ког облика и величине, погодна за транспорт у морским, речним или језерским водама.

*„Accepimur igitur omnem navem, sive marinam, sive fluviatilem, sive in aliquo stagno naviget, sive schedia sit, ut in exercit.*¹⁷⁶

Закупнина је била цена за закупљени брод и морала је да испуњава исте услове као и закупнина код основног облика овог уговора. Цена за закуп брода била је одређивана према броју, тежини или мери робе која може да буде натоварена на брод односно према величини бродског товарног простора.¹⁷⁷

Уговор о закупу брода је по својим особина био консенсуални, али је вероватно да се закључивао у писаној форми и да је закључењу уговора претходило давање капаре чија је висина некад износила и половину укупне суме закупнине.¹⁷⁸ Висока капара је пропорционално сразмерна великим ризицима које је носила са собом поморска

¹⁷⁵ D.19.2.30.

¹⁷⁶ D.14.1.6.

¹⁷⁷ Детаљније: Игњатовић, М. – *Основи римског поморског права*, Ниш, 2019, стр. 133.

¹⁷⁸ Види: Zimmerman, R. *The law of obligation: Roman foundations of the civil tradition*, Oxford, 1996, p. 233.

пловидба како, с једне стране због елементарних непогода, тако и због учесталих пиратских напада.¹⁷⁹

Како је и овај подврста *locatio conductio rei*, била синалагматичног карактера, тако су за обе уговорне стране настајала узајамна права и обавезе.

Locator је био обавезан да преда брод *conductor*-у у детенцију и то у оном стању у коме би брод био погодан за употребу и коришћење. Обавеза *conductor*-а се састојала у исплати закупнине и то по завршеној услузи (*postnumerando*), осим ако уговором није било другачије одређено. Осим тога био је у обавези да након уговореног рока, брод врати закуподавцу.¹⁸⁰

2.2.2.2. Уговор о најму радне снаге (*locatio-conductio operarum*)

у класичном римском праву

Locatio conductio operarum је консенсуални контракт којим једно лице, најамни радник (*locator*), обећава да ће ставити на располагање своју радну снагу, а друга, послодавац (*conductor*) да ће за то платити одређену новчану накнаду, најамнину (*merces*).

Locatio conductio operarum је по својим особинама, консенсуалан, обострано обавезујући (*contractus bilaterales aequales*), посао *bonae fidei*, орочени и *intuitu personae*.

Уговорне стране су код уговора о најму радне снаге, најамни радник (*locator*) и послодавац (*conductor*).

За разлику од друге две подврсте, *locatio conductio operarum* није често коришћен у пракси. Разлози су бројни. Један од њих лежи у чињеници да је ова врста уговора закључивана само код грубих физичких послова (*operae quae locari solent, operae illiberales*). Они су могу да обављани од стране „кућних” робова, а уколико је било потребно користити туђе, томе је служила друга врста уговора, *locatio conductio rei* с обзиром да су робови сматрани стварима (*res*) односно били су објекат, а не субјект права. Затим, у римском робовласничком друштву владало је схватање да је најамни рад недостојан слободног човека што је даље значило да је овај уговор

¹⁷⁹ О томе: Игњатовић, М. *op.cit.* стр. 133-134.

¹⁸⁰ *Ibid.*, стр. 134-135.

представљао својеврсну деградацију на који би пристали само најсиромашнији слојеви становишта. Следећа чињеница која говори у прилог некоришћењу овог уговора је та да лице које је желело да обезбеди средства за живот могло да закључи *mandatum*. Истина, *mandatum* је био бесплатан правни посао којим формално није обезбеђивана надокнада за предмет уговора, али су ипак изналажени други начини како би се обезбедила иста путем противуслуга или исплата путем посебне стипулације. Због свега претходно наведеног, уговор је слабо коришћен.¹⁸¹ Варон¹⁸², римски писац, чак саветује *paterfamilias*-е да на нездравим местима не користе рад робова него да користе најамне раднике, јер је штета за господара да се роб разболи и умре.¹⁸³

2.2.2.2.1. Предмет уговора (*operae*)

Када се говори о раду као битном елементу важно је истаћи да је овде акценат на самом стављању на располагање радне снаге, а не на резултату рада. Зато овај уговор спада у „послове средстава”, а не „послове циља”.¹⁸⁴ Врста рада која је била предмет овог уговора се најчешће односила на грубе физичке послове где се није захтевала посебна умешност и знање.

2.2.2.2.2. Најамнина (*merces*)

Најамнина односно накнада за коришћење радних способности је одређивана уговором. Могла је да буде уговорена за цео период или на одређене делове, дневно, недељно или полумесечно. Најамнина је морала да испуњава све услове као и код претходна два уговора, морала је бити изражена у новцу, одређена и истинита.

2.2.2.2.3. Дејства уговора

И овај уговор је синалагматичног карактера што значи да за уговорне стране настају узајамна права и обавезе.

¹⁸¹ О томе: Бујуклић, Ж. –*Римско приватно право*, Београд, 2014, 386-387.

¹⁸² Варон је био римски писац чија су најпознатија дела *Расправа о језику* и *Приручник за земљорадњу*.

¹⁸³ Varon, *De rustica*, 12.17.

¹⁸⁴ Види: О. Станојевић, О. –*Римско право*, Београд, 2000, стр. 298.

2.2.2.2.4. Права и обавезе уговорних страна

Најамни радник (*locator*) је био обавезан да стави на располагање своју радну снагу. То значи да је био у обавези да дође на место где се обавља посао, да обави уговорени рад у току предвиђеног времена поштујући упутства послодавца. Из чињенице да је најамни радник само стављао на располагање своју радну снагу, произилази то да он није одговарао за резултат рада, већ је послодавац имао могућност контроле путем издавања упутстава. То даље значи да је најамни радник у подређеном положају у односу на послодавца.¹⁸⁵

Locator је био у обавези да сам рад обави брижљиво, савесно и лично. Посао је требало да обави брижљиво, као добар домаћин (*bonus paterfamilias*) и савесно у складу са начелима *bona fides*. Такође, најамни радник је посао морао да обави лично јер се ради о *intuitu personae*.

Послодавац (*conductor*) је био дужан да плати најамнину. Он је у обавези да исплати најамнину на начин и у време одређено уговором. Његова обавеза ће постојати и у случају да није могао да користи рад најамног радника због околности које се њему могу преписати у кривицу. С друге стране, његова обавеза није постојала у случају да радник није радио због болести или своје кривице.¹⁸⁶

2.2.2.2.5. Процедурална средства

Трајање уговора одређују уговорне стране својим споразумом. Имајући у виду *intuitu personae* карактер уговора, смрћу *locatora* се гаси.

Једнострано раскида уговора је следећи разлог. Уговор могу раскинути како најамни радник, тако и послодавац. Најамни радник на то има право ако му се не исплаћује најамнина или се захтева извршење послова који нису уговорени. Послодавац то може учинити због помањкања посла, недисциплине, неумешности или болести најамног радника.

Обе уговорне стране су имале на располагању тужбе за заштиту својих права. *Actio locati* је стајала на располагању најамног раднику, док је *actio conducti* могао да користи послодавац.

¹⁸⁵ О томе: Бујуклић, Ж. –*Римско приватно право*, Београд, 2014, стр. 387.

¹⁸⁶ Види: Маленица, А. –*Римско право*, Нови Сад, 2003, стр. 310.

2.2.2.2.3. Уговор о делу (*locatio-conductio operis faciendi*)

у класичном римском праву

Locatio conductio operis faciendi је консенсуални контракт којим се једна страна, извођач (*conductor*) обавезује да у уговореном року обави одређену активност, а друга страна, наручилац (*locator*) се заузврат обавезује да плати одређену суму новца.¹⁸⁷

По својим особинама, *locatio conductio operis faciendi* је консенсуалан, двостарно-обавезујући (*contractus bilaterales aequales*), орочен и посао *bonae fidei*.

Уговорне стране у овом односу су извођач (*conductor*) и наручилац (*locator*). Имајући у виду да код претходна два уговора односно *locatio conductio rei* и *locatio conductio operarum*, закуподавац односно најамни радник су *locator*, а купац и наручилац посла *conductor*, овде као да долази до привидне замене субјеката па је извођач (*conductor*), а наручилац (*locator*). До ове привидне „замене” улога долази отуда што латински назив *locatio conductio operis faciendi* не проистиче из његове економске функције (новчане исплате), већ указује на поступке којима се „лоцира” (пласира, ставља на располагање) нека ствар која ће бити предмет обраде.¹⁸⁸

Разлика између *locatio conductio operarum* и *locatio conductio operis faciendi* је управо у његовој економској суштини. Док је код првог уговора акценат на радној снази коју треба ставити на располагање, код *locatio conductio operis faciendi* је остварење самог дела, односно резултат рада. То остварење дела може бити може бити како материјалне природе (нпр. да се од неког материјала нешто направи) тако и нематеријалне (нпр. да шегрт савлада свој занат).¹⁸⁹ Појашњење разлике ова уговора дају и Дигесте наводећи:

„*Opere locato conducto*”: *his verbis labeo significari ait id opus, quod graeci apotelesma vocant, non ergon, id est ex opere facto corpus aliquod perfectum.*”¹⁹⁰

Следећа разлика је и у томе што су на овај тип уговора Римљани гледали са мање подозрења у односу на *locatio conductio operarum* с обзиром да је он коришћен за

¹⁸⁷ Види: Маленица, А. – *Римско право*, Нови Сад 2009, 367. Слично и Д. Стојчевић, *Римско приватно право*, Београд 1988, 271; О. Станојевић, *Римско право*, Београд 2003, стр. 375.

¹⁸⁸ О томе: Ж. Бујуклић, *Римско приватно право*, Београд, 2014, стр. 388.

¹⁸⁹ Види: Ђорђевић, М. – *Struktura i posebne vrste Locatio conductio operis faciendi*, *Strani pravni život*, br. 3, 2014, str. 251.

¹⁹⁰ D. 50.16.5.1 (Paul 2 ad ed.): „*Locatio- conductio operis* по речима Лабее означава оно што Грци називају апотелесима (резултат), а не ергон (рад, пројекат), него довршени производ извршеног *opus*-а.“

грубе физичке послове, а Римљани су сматрали да је најамни рад недостојан за слободног човека. Тако, *locatio conductio operis faciendi* је коришћен од стране зидара, превозника, занатлија, сликара, уметника, свирача и других.

Како је *locatio conductio operis faciendi*, као и сви претходно обрађени уговори, консенсуалан, за његов настанак потребно је да стране уговорнице постигну сагласност о битним елементима уговора, а то су *opus* односно дело које треба да настане и *merces* односно надокнада или цена за тако израђено дело.

2.2.2.2.3.1. Предмет уговора (*opus*)

Први битни елемент *locatio conductio operis faciendi* је *opus*. *Opus* би могао да се дефинише као остварење дела и/или постизање резултата материјалне или нематеријалне природе у року које су стране уговорнице уговором предвиделе, изведене од стране *conductor*. Уколико је било речи о постизању резултата материјалне природе, најразличитији су били у оптицају попут оправке, прављена или шића одређене ствари, превоза, грађења, а кад је било речи о овој другој врсти, ту су спадала разна подучавања одређеном занату, изведба одређене композиције, вршење ритуала у погребном процесу, итд. Дакле, *locator* је занимао само крајњи резултат до ког би се дошло. Такође, *locator*-у није било од значаја да ли ће *conductor* ангажовати помагаче у свом послу јер то не утиче на ваљаност самог посла. Дозвољено је било да неко друго лице из радионице обави тај посао или да користи помагаче (нпр. мајстор прави прстен и користи шегрте за грубе радове, после чега он врши фину обраду). Једино ако је уговор био *intuitu personae* (нпр. чувени вајар или сликар), *conductor* је био у обавези да сам изврши посао с обзиром на саму правну природу.¹⁹¹ У вези са посебном обавезом да се уговори да тачно одређено лице оствари резултат дела сведочи Улпијанов текст:

“Постоје широке разлике у погледу интелигенције, природе, образовања и искуства код занатлија. У складу са тиме, ако неко обећа да ће лично направити брод или кућу или ископати јарак, и то посебно уз назнаку да ће баи он својим радом то учинити, његов јемац (треће лице), ако он сазида или ископа јарак, неће (тиме) ослободити уговарача, осим уколико (овај) ума сагласност наручиоца посла.”¹⁹²

¹⁹¹ Види: Zimmermann, R.—*The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996, p. 394.

¹⁹² D.46.3.31.

Међутим, постоје дилеме и претпоставке да је овај фрагмент интерполиран од стране Јустинијанових компилатора и да је у класично време требало да лице обави посао лично. Тако, једни тврде да је у класичном праву извршење посла имало строго лични карактер, а да се у Јустинијаново време таква обавеза није подразумевала и да је требало да буде изричито уговорена.¹⁹³ С друге стране, постоје аутори који сматрају да је и у класично доба зависило од воље уговорних страна да ли ће уговор бити *intuitu personae* или не.¹⁹⁴

Посебна дилема постојала је у случају када је дело обављано на материјалу који је у целини или делимично припадао *conductor*, а у складу са правилом да *locator* даје ствар од које или на којој треба извести одређено дело. Сличну дилему износи и Гај у својим Институцијама где каже:

*„Item quaeritur, si cum aurifice mihi convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certaeque formae anulos mihi faceret et acciperet verbi gratia denarios CC, utrum emptio et venditio an locatio et conductio contrahatur. Cassius ait materiae quidem emptionem venditionemque contrahi, operarum autem locationem et conductionem. Sed plerisque placuit emptionem et venditionem contrahi. Atqui si meum aurum ei dedero, mercede pro opera constituta, convenit locationem conductionem contrahi.”*¹⁹⁵

Мишљење које преовладало је да у случају када је сав материјал дао *conductor*, реч је о купопродаји. Ако је *locator* дао материјал за израду одређеног предмета, у питању је *locatio conductio operis faciendi*.¹⁹⁶ Међутим, код грађења куће је ситуација била унеколико другачија. Чак и уколико је сав материјал припадао *conductor*-управна природа уговора је била *locatio conductio operis faciendi*.

Дилема која се такође намеће је следећа: Да ли делатности из круга *artes liberales* могу бити предмет овог уговора? Одговор на питање не може се дати једнозначно. Начелно, важило је да *artes liberales* не могу бити предмет уговора, али су ипак постојали одређени изузеци. *Watson* сматра да *artes liberales* као предмет уговора

¹⁹³ О томе: Кнежић - Поповић, D. – *Ugovor o delu u rimskom pravu*, Istočno Sarajevo, 2004, p. 133.

¹⁹⁴ Детаљније: Маленица, А. – *Римско право*, Нови Сад 2009, стр. 368.

¹⁹⁵ Gai, Inst. III,147: „Такође је неизвесно да ли је купопродаја или уговор о делу закључен ако сам са златаром уговорио да од свог злата направи прстење одређене тежине и облика и за то прими нпр. двеста денара. Касије каже да се овде материјал продаје, а да је рад предмет уговора о делу, али већина аутора сматра да је закључена купопродаја. Али, ако сам дао своје злато, а уговоримо награду за његов рад, склопљен је уговор о делу“

¹⁹⁶ Gai, Inst. III,147

locatio conductio operis faciendi није смео да се користи за слободне људи, али да су они то могли да дозволе својим робовима и ослобођеницима.¹⁹⁷

2.2.2.2.3.2. Накнада (*merces*)

Накнада је цена коју је *locator* плаћао за остварени резултат. Као и код купопродаје и она је морала да испуњава услове. Дакле, накнада је морала да буде у новцу, одређена и истинита.

1. Накнада је, пре свега, морала бити одређена (*certum*). Она је одређена уколико су се уговорне стране споразумеле о њеној висини. У супротном, уговор не постоји све док се уговорне стране о њој не споразумеју.¹⁹⁸

Gai, Inst. 3.142. :“...nisi enim merces certa statuta sit, non videtur locatio et conductio contrahi.”¹⁹⁹

Међутим, она је, као и код купопродаје могла бити и одредива уколико су стране унапред уговориле начин на који ће она бити накнадно утврђена. Међутим, и овде је као и код купопродаје постојала дилема да ли је закључен уговор ако је препуштено трећем лицу да је одреди. Гајеве Институције постављају исто питање, али не дају одговор.

Gai, Inst. 3. 143. :„Отуда се поставља питање да ли је закључен уговор о закупу или делу када је препуштено другом да процени накнаду, нпр. да Тиције одреди колика ће она бити.”²⁰⁰

Не само што Гај није дао одговор на ову дилему, већ је и међу римским правницима била доста спорења. У прилог томе говоре и Јустинијанове Институције као посткласични извор права где се наводи да је ова дилема постојала „*inter veteres*” (мисли се и на предкласичне „*veteres*”, као и на класичне правнике).²⁰¹

IJ 3.23. 1. :„У старо време („старима”) било је спорно да ли је важећа оваква продаја...”²⁰²

¹⁹⁷ Види: Watson, A. –*The Law of Obligations in Later Roman Republic*, Oxford, 1965, p. 109 – 110.

¹⁹⁸ Gai, Inst. III, 142.

¹⁹⁹ Gai, Inst. III, 142.

²⁰⁰ Gai, Inst. III, 143.

²⁰¹ О томе: М. Ђорђевић, *Struktura i posebne vrste Locatio conductio operis faciendi*, Strani pravni život, br. 3, 2014, стр. 249.

²⁰² IJ 3.23. 1.

Као и код купопродаје, дилема је разрешена тек у Јустинјаново доба што се види по конструкцији „*sed nostra decisio ita hoc constituit...*” Дозвољава се одређивање цене од стране трећег лица. Међутим, уговор неће постојати уколико то треће лице не може да одреди цену.²⁰³

2. Накнада мора бити истинита (*merces verum*). Цена је истинита ако су стране озбиљно мислиле да утврђену цену треба исплатити као еквивалент за примљену ствар.

3. Накнаду треба одредити у новцу (*numerata pecunia*). Међутим и овде је постојала дилема да ли ће у том случају постојати *locatio conductio operis faciendi*. Гај у својим Институцијама износи ову дилему која се, додуше, односи на уговор о закупу, али без проблема може бити примењена и на *locatio conductio operis faciendi*.

Gai Inst. 3. 144: „Такође, није извесно да ли постоји уговор о закупу ако теби дам ствар да је употребљаваш а заузврат добијем од тебе другу ствар на употребу.”²⁰⁴

И ова дилема је решена тек у Јустинијановим Институцијама на исти начин као и код купопродаје и трампе. У том случају не би постојао *locatio conductio operis faciendi*, већ *proprius genus contractus*.²⁰⁵

„На пример, ако се две комшије, који имају сваки по једног вола, погоде да ће узајамно узајмљивати један другоме свог вола за десет дана за извршити неку становиту радњу, па ако во једнога пропадне код другог неће се давати места ни тужби из давања нити оној из примања под најам, па ни тужби из послуге, јер послуга у том случају није бесплатна, но тужби *praescriptis verbis*“²⁰⁶

Међутим, најбољу потврду томе да је накнада морала бити у новцу да је Паул и то кроз анализу безимених контракта:

„Ако ти нешто дам да би ми узвратио чињењем, као што се поступа код *locatio*, на пример да насликаш слику, уколико ти дам новац настаје *locatio*, као у горњем

²⁰³ И. 3.23. 1.

²⁰⁴ Gai Inst. 3. 144; „*Item si rem tibi utendam dederim et invicem aliam rem utendam acceperim, quaeritur, an locatio et conductio contrahitur.*”

²⁰⁵ *Ibid.*, 249.

²⁰⁶ И. 3. 23. 2.

случају *emptio*; ако је реч о ствари, неће настати *locatio* него или *actio civilis* за оно на шта имам право, или кондикција за повраћај датог.²⁰⁷

4. Као и цена код купопродаје, тако и накнада није морала да испуњава услов правичности већ је било дозвољено да уговорна страна својом пословном умешношћу наметне више цену.

2.2.2.2.3.3. Дејство уговора

Права и обавезе сауговорача су и при овом уговору били корелативни. *Locator* је био обавезан да преда материјал потребан за извођење дела, да извођачу да сва потребна упутства како би дело било успешно израђено, као и да прими извршено дело и исплати награду. *Conductor* је био обавезан да поверене му радове савесно изврши и резултат свога деловања или готови производ у уговореном року и на уговореном месту преда *locator*-у.

2.2.2.2.3.4. Права и обавезе уговорних страна

Locator је био обавезан да преда материјал потребан за извођење дела, а материјал је морао бити таквог квалитета да омогући успешно извршење предузетих радова. Следећа обавеза наручиоца била је да извођачу да сва потребна упутства како би дело било успешно израђено. Он је био у обавези да прими извршено дело и исплати награду.²⁰⁸ Ову последњу обавезу ће бити у обавези да изврши само уколико *conductor* оствари договорени резултат. Због тога, ако је уговорено подизање зграде, па се она при крају зидања сруши, не дугује ништа извођачу. И обрнуто, уколико је до рушења дошло услед више силе или због лошег квалитета материјала који је обезбедио наручилац, онда обичан зидар није одговоран.²⁰⁹

Conductor је био обавезан да поверене му радове савесно изврши и резултат свога деловања или готови производ у уговореном року и на уговореном месту преда *locator*. Када се говори о одговорности извођача за ствар наручиоца која је била у његовој детенцији током трајања уговора, може се приметити да је она била поштрена,

²⁰⁷ D.19.5.5.2.

²⁰⁸ О томе: Пухан, И. – *Римско право*, Београд, 1977, стр. 321.

²⁰⁹ Види: Бујуклић, Ж. – *Римско приватно право*, Београд, 2014, стр. 388.

али различито степенована у зависности од конкретног *opus-* а.²¹⁰ Ако је у питању професионални занатлија, он није одговарао само за уобичајену пажњу *bonus pater familias (omnis culpa)*, већ и за штету због нестручности (*imperitia*). Тако ће вајар одговарати због прскања камена приликом клесања чак и онда када је узрок у самом материјалу, јер је он као професионалац ту ману морао запазити и пре отпочињања посла, а наручилац коју му је дао камен то не мора знати. Зато је обавеза занатлије да му надокнади штету.²¹¹ У вези са тим Улпијан наводи следеће:

D.19.2.9.5: „*Celsus etiam imperitiam culpa adnumerandam libro octavo digestorum scripsit: si quis vitulos pascendos vel sarciendum quid poliendumve conduxit, culpam eum praestare debere et quod imperitia peccavit, culpam esse: quippe ut artifex, inquit, conduxit.*”²¹²

Уколико узмемо у обзир да је у класичном праву *conductor* могао ангажовати помоћнике, он одговара и за *culpa in eligendo*²¹³ односно кривицу за лош избор.

D.19.2.25.7: „*Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit: culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset. idem scilicet intellegemus et si dolia vel tignum transportandum aliquis conduxerit: idemque etiam ad ceteras res transferri potest.*”²¹⁴

У одређеним случајевима била је предвиђена и најоштрија, објективна одговорност *custodia* која се односила на сукнаре и кројаче, вероватно због разних злоупотреба које су се јављале у пракси.

²¹⁰ Види: М. Ђорђевић, *Struktura i posebne vrste Locatio conductio operis faciendi*, Strani pravni život, br. 3, 2014, str. 254.

²¹¹ О томе: Бујуклић, Ж. – *Римско приватно право*, Београд, 2014, 389.

²¹² D.19.2.9.5: “Постоје широке разлике у погледу интелигенције, природе, образовања и искуства код занатлија. У складу са тиме, ако неко обећа да ће лично направити брод или кућу или ископати јарак, и то посебно уз назнаку да ће баш он својим радом то учинити, његов јемац (треће лице), ако он сазида или ископа јарак, неће (тиме) ослободити уговарача, осим уколико (овај) ума сагласност наручиоца посла.”

²¹³ *Culpa in eligendo*- поштрени облик одговорности особа које се при обављању одређених послова користе радом и услугама намештеника и помоћника. Овде се, наиме, узима да су послодавци криви за све штете које потичу из неспособности њима подређених особа јер су били немарни у њиховом избору за тај посао.

Наведено према: А. Ромас, *Рјечник римског права*, Загреб, 1983, str. 81.

²¹⁴ D.19.2.25.7: „Ако је неко уговорио да ће превести стуб, па се тај стуб за време док је био подизан, превожен или скидан – полагао, истоваран, поломи, он ће одговарати за тај ризик ако постоји немарност на његовој страни или код особа чијим се радом користи. Немарности нема ако је подузео све оно о чему би водио бригу веома пажљив човек. То исто тако треба схватити и у случају када је неко уговорио да ће превести бачве или греду, а може се применити и на остале ствари.“

2.2.2.2.3.5. Процедурална средства

Природан начин гашења облигације из овог уговора било је испуњење обавезе. Међутим, постојала је и могућност једностраног раскида уговора.

Што се првог начина тиче, извршење обавезе је настајало остварењем *opus*-а и предајом новца. Аутономија воље је диктирала време и место извршења обавеза, а уколико они нису били предвиђени уговором користили су се еластични стандарди попут „започето што је пре могуће”, довршено „за неко уобичајено време”²¹⁵

У вези са другим начином, једностраним раскидом уговора, *locator* је могао да раскине уговор у случају да *conductor* дело није завршио у договореном року или га је завршио, али није испоручио, као и у случају да се испостави како трошкови израде знатно превазилазе цену из предрачуна трошкова.²¹⁶

2.2.2.2.3.6. Посебне врсте уговора о делу

Locatio-conductio horrei би могао да се дефинише као подврста уговора *locatio conductio operis faciendi* са инверзијом субјеката, у коме се *locator* обавезује да ће сачувати (*opus*) неку *conductor*-ову ствар у замену за новац.²¹⁷

О постојању овог уговора сведочи Улпијанов фрагмент који је изазвао доста полемика од стране разних аутора. Полемике су настајале као последица различитих схватања којој подврсти припада овај уговор. Још већа нејасноћа је што он подсећа на *depositum*, али се од њега разликује по томе што је теретан.

D.16.3.1.9: „*Si quis servum custodiendum coniecerit forte in pistrinum, si quidem merces intervenit custodiae, puto esse actionem adversus pistrinarium ex conducto: si vero mercedem accipiebam ego pro hoc servo, quem in pistrinum accipiebat, ex locato me agere posse: quod si operae eius servi cum custodia pensabantur, quasi genus locati et conducti intervenit, sed quia pecunia non datur, praescriptis verbis datur actio: si vero nihil aliud quam cibaria praestabat nec de operis quicquam convenit, depositi actio est.*”²¹⁸

²¹⁵ О томе: Кнежић - Поповић, D. –*Уговор о делу у римском праву*, Истоčno Сарајево 2004, стр. 134.

²¹⁶ *Ibid.*, стр. 135.

²¹⁷ *Ibid.*, стр. 260.

²¹⁸ D.16.3.1.9: „Ако неко приморава роба, који је поверен на чување, да ради у млину, мислим да је могуће подићи *actio conducti* против њега, уколико је добио новац за чување. Међутим, ако сам ја примио новац за овог роба који је одведен да ради у млину, ја могу да покренем *actio locati*. Али, ако је рад овог роба

Ситуација је следећа: једно лице је дало роба млинару на чување. Улпијан поставља питање коју би тужбу могао да подигне власник роба ако би млинар почео да присиљава роба да ради у млину, а затим наводи три случаја у зависности од тога да ли и коме предат новац.

Кренућемо обрнутим редоследом па ћемо најпре размотрити трећу ситуацију о којој говори Улпијан. Он наводи да ту не може бити говора о *locatio- conductio* уколико је рад роба накнада за његово чување, већ да се може користити *actio praescriptis verbis*. Из овога се види да накнада мора бити новчана и да се рад роба не може сматрати истом. Улпијан наводи да би власник могао да користи *actio depositi* конкретно *actio depositi (directa)* да је роб добијао само храну и да ништа није договорено о његовом раду.²¹⁹ Дакле, овај пример се приближава *depositum-* у, али под њега не потпада. Да је у питању остава, млинар би извршио *furtum usus* с обзиром да је роб био присиљен да ради.²²⁰

Други случај, конкретно друга реченица поменутог фрагмента изгледа да говори о *locatio- conductio rei*. Овде је, наиме, власник примио новац за то што је млинару дао роба. Како власник може да подигне *actio locati*, то даље значи да је он *locator*, а да је млинар у том случају закупио роба за одређени износ који је исплатио власнику. Оно што је спорно у овом случају је питање зашто би власник уопште тужио млинара што га је овај натерао да ради. Да је мотив био само „чување” роба, зашто би му онда млинар, *conductor* исплаћивао било какав новац. Долази се до закључка да је овде у питању *locatio- conductio rei*, а да власник кажњава роба тиме што га даје на „чување” односно у закуп да ради. Разлог за тужбу ће онда бити било који од разлога за *actio locati*.²²¹

И коначно први случај који је свакако најзанимљивији, с обзиром да се претпоставља да је управо овде реч о *locatio-conductio horrei*. Овде једно лице плаћа другом како би му оно чувало одређену ствар за одређени временски период. Наиме, Улпијан даје власнику ствари *actio conducti*, а овде је оставодавац *conductor* што даље упућује на закључак да је овде реч управо о *locatio conductio horrei*. То што је код

накнада за његово чување, ово је налик *locatio conductio*, али пошто новац није дат, може се користити *actio praescriptis verbis*.”

²¹⁹ D.16.3.1.9.

²²⁰ Види: Ђорђевић, М. – *Struktura i posebne vrste Locatio conductio operis faciendi*, *Strani pravni život*, br. 3, 2014, str. 258.

²²¹ *Ibidem*.

locatio conductio horrei оставодавац означава у изворима као *conductor*, а *locator* је био *horrearius* навела је поједине ауторе да овај уговор сврстају под *locatio conductio rei*. Међутим, чињеница да је *locator* одговарао у овом случају за кустодију, враћа нас на терен *locatio conductio operis faciendi*.²²² Без обзира на многе сличности са другим уговорима може се закључити да је *locatio-conductio horrei* подврста управо *locatio-conductio operis faciendi*. Даље се поставља питање, зашто је код ове врсте уговора дошло до инверзије субјеката? Ако се узме у обзир етимологија речи, *locare* значи „сместити, ставити”, *conducere* може да значи и „понети са собом”, да ли би могло да се каже да једно лице доноси са собом ствар које друго лице смешта у складиште?²²³ Ово је само један од закључака до којих се може доћи. Следеће питање које би могло да се постави јесте поље и домет примене *locatio-conductio horrei*. Етимологија би поново могла да буде од помоћи. Назив овог уговора долази од *horreum* што значи остава, складиште, па би се можда овај уговор, савременим речником, могао користити за ускладиштење како га назива данас важећи Закон о облигационим односима.²²⁴ Оно што је сигурно је то да се овај уговор могао користити у разноврсним ситуацијама.

Уговор о грађењу – Иако се уговор о грађењу убрајао у *locatio - conductio operis faciendi*, разликовао се од уговора о делу због специфичне природе и значаја који је имао за стране у уговору. Специфичност уговора се односи на положај уговорних страна, форму уговора, као одређене садржинске елементе.

Код уговора о грађењу уговорне стране су биле социолошки и економски неравноправне, па се на њих није дословно примењивало правило о равноправности уговорних страна и принцип аутономије воље. Ваља истаћи да су за уговорне стране важила измењена правила која су најчешће била диктирана практичним разлозима.²²⁵

Уговор о грађењу као посебан облик *locatio - conductio operis faciendi* по форми је био консенсуалан уговор али је закључиван у писменом облику.²²⁶ Писмено

²²² О томе: Кнежић - Поповић, D. – *Ugovor o delu u rimskom pravu*, Istočno Sarajevo 2004, str. 130-131.

²²³ *Ibidem*.

²²⁴ Види: Закон о облигационим односима Републике Србије, чл. 730.

²²⁵ Још у време Августа почело се са градњом Рима и других градова у Италији која је обухватала изградњу великих кућа за издавање (*insulae*), раскошних вила и приватних купатила. Како су то били скупи радови у смислу финансија, градили су их само богати људи, патрицији и витезови. Та неравноправност могла се одразити и на одредбе уговора као и на решавање спорова, па чак и на изгрању правних правила деловањем римских правника. Датаљнић, Ј. – *Уговор о грађењу у римском класичном праву*, “Анали” Правни факултет у Београду, бр.1-3, Београд, 1991, стр. 88.

²²⁶ Текстови који говоре о овој врсти уговора, помињу и *lex locationis*, писмени уговор. То није доводило у питање консенсуалност уговора, али с обзиром на вредност уговора вероватно да је то била уобичајена пракса.

закључен уговор обавезивао је уговорне стране и производио је правно дејство како у погледу права и обавеза уговорних страна тако и у погледу уговорне одговорности.²²⁷

И код *locatio- conductio* је, као и код купородаје важило неписано правило да је допуштено и природно да уговорне стране једна другу варају како би се постигли што бољи услови. О томе сведочи Паулов текст:

*„Quem ad modum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est.”*²²⁸

Из саме дефиниције *locatio - conductio operis faciendi* произилази да је материјал који је чинио садржину предмета уговора (*opus*) требало да обезбеди *locator*.²²⁹ Међутим, код уговора о грађењу, обавеза обезбеђивања предмета уговора (грађевински материјал) била је обавеза *conductor*-а, а *locator* је, са друге стране, обезбеђивао земљу на којој ће се градити.²³⁰ О томе сведоче два текста: један у коме Помпоније цитира Сабина и други у коме Паул указује на исти изузетак који је вероватно уведен још у време Сабина.²³¹

D. 18.1.20: *„Sabinus respondit, si quam rem nobis fieri velimus etiam, veluti statuas vel vas aliquod seu vestem, ut nihil aliud quam pecuniam daremus, emptionem videri, nec posse ullam locationem esse, ubi corpus ipsum non detur ab eo cui id fieret: aliter atque si aream darem, ubi insulam aedificares, quoniam tunc a me substantia proficiscitur.”*²³²

D. 19.2.22.2: *„Cum insulam aedificandam loco, ut sua impensa conductor omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me transfert et tamen locatio est: locat enim artifex operam suam, id est faciendi necessitatem.”*²³³

Још једна од специфичности овог уговора је и састављање предрачуна. Састављање предрачуна имало је основа с обзиром да је грађење било скуп посао и да

²²⁷ Вероватно је да су закључењу уговора претходили преговори где је свака страна уговорница настојала да обезбеди што повољније услове. Види: Даниловић, Ј. *op.cit.* стр. 89.

²²⁸ D. 19.2.22.3, Paul. 34 ad ed: као што је код купопродаје природно и дозвољено да се скупље продаје и јефтиније купује, те да тако стране настоје да једна другу варају, исто тако је то допуштено и код *locatio-conductio*.

²²⁹ Gai, Inst. III, 147.

²³⁰ Види: Кнежић - Поповић, D. – *Ugovor o delu u rimskom pravu*, Istočno Sarajevo 2004, str. 124-126.

²³¹ Вероватно да је у време Паула то већ била давнашња пракса.

²³² D. 18.1.20: Сабинус каже да ако посленик ради својим материјалом, то је купопродаја, али „другачије је ако дам земљиште да на њему саградиш кућу, иако тада материјал прелази у моју својину.

²³³ D. 19.2.22.2: Када градитељ зида својим материјалом, тај материјал уграђивањем прелази у својину наручиоца, али је то ипак *localio- conductio*, а не купопродаја.

је као разлог за једнострани раскид уговора навођена околност да трошкови израде знатно превазилазе цену из предрачуна трошкова.²³⁴

Уговора о грађењу могао је да се изврши на два начина: *aversione* и *in pedes mensurasve*. Први начин (*aversione*), значио је да се нешто преузима у целини односно да је предмет уговора извршење читавог *opus*-а.²³⁵ Код уговора о грађењу то је значило да је градитељ у својој режији обављао све послове на терену коју му је назначио наручитељ укључујући и примопредају готовог објекта.²³⁶

Други начин (*in pedes mensurasve*) био је спецификум, јер је једино могао да се уговара код уговора о грађењу. Два текста су једини извори о оваквом начину преузимања и испуњења обавеза. Тумачења о овом начину извршења уговора о грађењу изазивала су бројне расправе међу правним теоретичарима. Једана од тих је и Флорентинова расправа.

D. 19.2.36: „*Opus quod aversione locatum est donec adprobetur, conductoris periculum est: quod vero ita conductum sit, ut in pedes mensurasve praestetur, eatenus conductoris periculo est, quatenus admensum non sit: et in utraque causa nociturum locatori, si per eum steterit, quo minus opus adprobetur vel admetiatur: si tamen vi maiore opus prius interciderit quam adprobaretur, locatoris periculo est, nisi si aliud actum sit: non enim amplius praestari locatori oporteat, quam quod sua cura atque opera consecutus esset.*”²³⁷

На основу саме формулације, изгледа да је обавеза преузета по деловима, па да се испоручује део по део.

Други текст који говори о обавези преузетој на овај начин је Алфенусов и може се закључити да се исплата врши по мерним јединицама:

D. 19.2.30.3: „*Qui aedem faciendam locaverat, in lege dixerat: " quoad in opus lapidis opus erit, pro lapide et manupretio dominus redemptori in pedes singulos septem dabit": quaesitum est, utrum factum opus an etiam imperfectum metiri oporteret. respondit etiam imperfectum.*”²³⁸

²³⁴ *Idem.* стр. 124-126.

²³⁵ Уговор закључен *per aversionem* се среће и код других уговора, купопродаје, уговора о превозу и код закупа. Нпр. превоз бродом у D. 14.1.1.15. и D. 14.2.19.2; закуп куће - „*insula aversione locata* у D. 19.2.35. пр. где купац целе куће за издавање после сам издаје поједине станове.

²³⁶ О томе: Даниловић, Ј. *op.cit.* стр. 93.

²³⁷ D. 19.2.36

²³⁸ D. 19.2.30.3

Оно што овај уговор издваја у односу на остале је и контрола квалитета услуга која се састојала у испитивању, провери и прегледу урађеног (*probatio*). Контрола је могла да буде позитивна (*probatio*) или негативна (*improbatio*).²³⁹ Тренутак пробације је од значаја јер је то момент када ризик правног посла прелази са *conductor*-а на *locator*-а.²⁴⁰

Најстарији сачувани уговор о грађењу који је једини у целини сачуван, закључен је 105. године п.н.е. између једног предузимача и дуовира града Путеоли.²⁴¹ У њему се најбоље види суштина овог уговора.

Премет изградње биле су градске зидине. *Conductor* се обавезао да изгради цео објекат својим материјалом, а *locator* да исплати уговорену цену, и то у две рате, на почетку и по преузимању изграђеног објекта. Предузимач је био дужан да претходно рашчисти и уреди терен. По извођењу завршних радова вршена је контрола изграђеног објекта (*probatio*) од стране комисије, коју је чинило дватесеторо чланова, која је одлучивала да ли се објекат пушта у рад. У уговору није ништа наведено о последицама за случај (*improbum*). За предузимачеву обавезу гарантовало је десет јемаца који су на крају потписивали уговор. Иако се овде ради о правном послу који је у себи садржао елемент јавности, јер се уговор закључивао са градским органима, он је значајан извор сазнања и за приватноправне уговоре пошто већ садржи многе елементе које је уговор о грађењу имао у класично доба.²⁴²

Уговор о превозу робе морем – Уговор о превозу робе морем није представљао посебан уговор римског облигационог права, већ се превоз робе морем регулисао помоћу уговора *locatio - conductio operis faciendi* коришћеног за транспорт робе морем.

Уговор о превозу робе морем се дефинисао као двострано-обавезујући уговор код кога се једна страна (*conductor*) обавезивала да за другу страну (*locator*) превезе робу са једног места на друго, а друга страна (*locator*) се обавезивао да за ту услугу плати одређену цену (*merces*). На основу дефиниције уговора види се да је реч о консенсуалном, двострано-обавезујућем, теретном, *bona fides* уговору.

²³⁹ Други начин ће настати у случају да грађевина није изграђена стручно и да не одговара захтевима из уговора.

²⁴⁰ О томе: Кнежић - Поповић, D., *op.cit.* стр. 124-126.

²⁴¹ Види: Bruns, C.G. –*Fon es iuris romani antiqui, leges et negotia*, Tubingen, 1909, br.. 170, p. 374.

²⁴² Види: Даниловић, J. *op.cit.*, стр. 87-88.

Битни елементи овог уговора били су роба која се давала на превоз и накнада која се плаћала за извршени превоз морем. Под робом су се подразумевале све покретне ствари било оне по природи потрошне или непотрошне. Уколико је било речи о покретним, а непотрошним стварима, на њима је *conductor*, по правилу, имао само детенцију. У случају покретних, а потрошних ствари, *conductor* је у тренутку пријема робе постојао њихов власник уз обавезу да по извршеном превозу врати исту количину исте врсте ствари. Цена, односно накнада за услугу требало је да буде изражена у новцу.²⁴³

Уговор се закључивао између власника робе и капетана брода који је у најстаријем периоду био и власник брода (*dominus navis*), па је самим тим и заповедао бродом и убирао накнаду за извршену услугу. Изузетно, пуноважност уговора могла је да зависи и од трећег лица.²⁴⁴ До тога је дошло касније кад су улоге власника брода и капетана биле раздвојене. Лице *alieni iuris*, роб или слободан грађанин могли су да буду постављени за *magister navis*, али је капетан брода требало да буде лице у кога је *exercitor navis* имао поверење.²⁴⁵

За обе уговорне стране су настајала одређене обавезе. *Locator* је био обавезан да укрца робу и плати цену за извршен превоз робе. Поред тога, наручилац посла био је обавезан како да обезбеди укрцавање, тако и искрцавање робе када брод безбедно пристигне у луку. Обавеза *conductor*-а била је да изврши наручени посао односно превоз робе морем. Он би добио накнаду само за резултат рада- извршени превоз мора. Осим овога, *conductor* је био дужан да обезбеди сигуран превоз робе и да према роби поступа са највећом пажњом као *bonus pater familias*.²⁴⁶

За заштиту својих права, *locator* је на располагању имао *actio locati*, а у случају крађе или оштећења робе у току превоза морем, могао је да користи *actio furti et damni adversus nautas*^{247 248} и општу тужбу *actio in factum*, а у одређеним случајевима и *actio de recepto*.

²⁴³ Детаљније: Игњатовић, М. – *Основи римског поморског права*, Ниш, 2019, стр. 129-131.

²⁴⁴ Види: Ignjatović, M; Arsić, A. – *Contract of carriage of goods by sea from the aspect of roman and contemporary law*, Ius Romanum, 2/2018, p. 225.

²⁴⁵ Види: S. Mitić, *Liability of the ship owner for legal affairs of third parties*, Ius Romanum, 2/2021, p. 358.

²⁴⁶ О томе: Игњатовић, М., *op.cit.*, стр. 130-132.

²⁴⁷ *Actio furti et damni adversus nautas, caupones et stabularios* (од *actio*- тужба, *furtum*- крађа, *damnum*- штета, *adversus*- против, *nauta*- морнар, *caupo*- гостионичар, *stabularius*- држалац штале) преторска тужба због крађе и штете против бродара, гостионичара и држалаца штале. По овој су тужби власници односно држаоци бродова, гостионица и штале одговарали за оштећења ствари. Према томе, ради се о

Овај уговор био је регулисан прописима *Lex Rhodia de iactu* (Родоски закон о избаченим стварима). Реч је о обичајним поморским правилима, преузетим вероватно од Феничана или других медитеранских народа која су уобличена у законске прописе острва Родоса.²⁴⁹ *Lex Rhodia de iactu* је предвиђао да капетан брода (*magister navis*) има право да избаци део терета у море у случају непогоде која прети да потопи брод, а у циљу спашавања брода и остатка терета. На основу правила о заједничкој или општој хаварији насталу штету сnose власник брода (*conductor*) и власници спашене робе (*locator*) и то сразмерно њиховој вредности чиме заправо настаје солидарна облигација.²⁵⁰ Ово правило је нашло своју потврду и у Дигести, па тако Паул каже:

Paul. D.14,2,1: „*Lege Rhodia cavetur, ut si levandae navis gratia iactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur quod pro omnibus datum est*”²⁵¹

Начин реализације је дат је у следећем Пауловом параграфу. Тако, власници изгубљене робе треба да покрену спор против заповедика брода са *actio locati* уколико су закључили уговор о превозу. С друге стране, заповедник брода може са *actio conducti* да покрене спор против свих осталих чија је роба спашена да би се штета сразмерно поделила на све. У овом параграфу цитиран је и Сервије који наводи да против заповедника брода треба покренути спор са *actio locati* како би он могао да задржи робу осталих путника док они не би намирили одговарајући део штете. Даље наводи да у случају да заповедник не задржи робу, и даље има право на тужбу против путника.²⁵²

одговорности за туђа дела без обзира на властиту кривицу. Ibidem.

²⁴⁸ Види: Ignjatović, M. – *Actio furti et damni adversus nautas kao oblik osiguranja putnika na brodu*, Zbornik radova sa međunarodne naučne konferencije „Suvremeni izazovi pomorske plovidbe”, Split, 29-30. septembar, 2017, str. 119-134.

²⁴⁹ Родос је био снажно, независно, поморско и трговачко острво. Између 1000–600 п.н.е. становништво са острва Родос развило је јаку трговачку флоту, која је била прва на Медитерану. То је даље утицало на развој трговачких флота дуж западне обале Италије, Француске и Шпаније. У исто време, становништво Родоса развило је законска правила за решавање практичних проблема у вези са превозом робе морем, укључујући усвајање вероватно првог закона из области поморског права, који је у савременом праву познат као *Lex Rhodia de iactu*. Детаљније: Игњатовић, М. – *Основи римског поморског права*, Ниш, 2019, стр. 67.

²⁵⁰ О томе: Бујуклић, Ж. – *Римско приватно право*, Београд, 2014, стр. 389.

²⁵¹ D.14,2,1 (*Paul 2 sent.*): Родским законом је одређено да се, ако је до бацања робе дошло ради олакшања брода, доприносом свих надокнађује оно што је учињено у корист свих. Види: Игњатовић, М., *op.cit.* стр. 72.

²⁵² D.14.2.2: *Si laborante nave iactus factus est, amissarum mercium domini, si merces vehendas locaverant, ex locato cum magistro navis agere debent: is deinde cum reliquis, quorum merces salvae sunt, ex conducto, ut detrimentum pro portione communicetur, agere potest. Servius quidem respondit ex locato agere cum magistro navis debere, ut ceterorum vectorum merces retineat, donec portionem damni praestent. Immo etsi "non" retineat merces magister, ultro ex locato habiturus est actionem cum vectoribus: quid enim si vectores sint, qui nullas sarcinas habeant? Plane commodius est, si sint, retinere eas. At si non totam navem conduxerit, ex conducto aget, sicut vectores, qui loca in navem conduxerunt: aequissimum enim est commune detrimentum fieri eorum,*

Поред претходно наведеног начина, изгледа да је постојала могућност да оштећени затражи накнаду штете и директно од лица чија је роба спасена:

D.14.2.4.1: „*Sed si navis, quae in tempestate iactu mercium unius mercatoris levata est, in alio loco summersa est et aliquorum mercatorum merces per urinatores extractae sunt data mercede, rationem haberi debere eius, cuius merces in navigatione levandae navis causa iactae sunt, ab his, qui postea sua per urinatores servaverunt, Sabinus aequae respondit. Eorum vero, qui ita servaverunt, invicem rationem haberi non debere ab eo, qui in navigatione iactum fecit, si quaedam ex his mercibus per urinatores extractae sunt: eorum enim merces non possunt videri servandae navis causa iactae esse, quae perit.*”²⁵³

2.2.2.3. *Locatio-conductio* у посткласичном римском праву

Locatio - conductio није претрпео значајне измене у последњем правном периоду римског права. Измене уговора о закупу настале у посткласичном периоду односиле су се, превасходно, на услове које је накнада (*merces*) требало да испуњава, као и на дефинисање предмета уговора (*res*). Такође, у овом периоду била је пооштрена одговорност закупадавца у смислу заштите од евикције и мана ствари и уведени су нови разлози за престанак уговора о закупу.

У периоду посткласичног права уговор о закупу дефинисао се на исти начин као и у класичном праву. И даље је то био консенсуални контракт римског права који је настајао тако што се једна страна обавезивала да ће за одређени износ новца препустити другој страни на употребу и коришћење одређену ствар, покретну или непокретну (*locatio-conductio rei*- уговор о најму односно закупу) или јој ће јој ставити на располагање своју радну снагу (*locatio-conductio operarum*- уговор о најму радне снаге) или ће за другу страну да обави одређен правни посао (*locatio-conductio operis faciendi*- уговор о делу).

На основу дефиниције уговора о закупу, може се закључити да је и у периоду посткласичног права овај уговор обухватао три различите врсте правних послова: *locatio-conductio rei*, *locatio-conductio operis faciendi* и *locatio-conductio operarum*. Све

qui propter amissas res aliorum consecuti sunt, ut merces suas salvas haberent.

²⁵³ D.14.2.4.1: „Ако је брод захваћен невременом избацио робу једног трговца да би постао лакши, али је касније потонуо на другом месту, у плићој води, па су робу осталих трговаца рониоци извадили, Сервије је сматрао да трговац чија је роба била бачена да би брод био олакшан може тражити од трговца, власника спасене робе – обештећење.“

три врсте уговора су задржале своје особине из претходног периода. Једина разлика која је постојала код *locatio-conductio operis faciendi* односи се на *intuitu personae* карактер уговора. Без обзира на дилему да ли је у класичном периоду, ова особина подразумевана или је зависила од воље уговорних страна, сигурно је да је у Јустинијаново време она морала бити изричито уговорена.

Битни елементи уговора и даље су били дефинисани на исти начин с тим, што су, донекле измењена правила о предмету уговора (*res*) и накнади (*merces*) као другом битном елементу.

Предмет уговора (*res*) је претрпео измену у делу који се односи на проширење врсте ствари које су могле да буду предмет закупа. У посткласичном периоду и бестелесне ствари (*res incorporales*)²⁵⁴ могле су да буду предмет уговора о закупу.

Накнада је поред свих претходно наведених услова у периоду посткласичног права морала да буде и правична (*iusta*), што је разумљиво будући да су и за *emptio-venditio* и *locatio-conductio* важила иста правила.²⁵⁵ Претпоставља се да је закупнина у овом периоду могла да буде и у натури (*colonia partiaria*), што је последица поновне натурализације привреде у периоду домината.

У погледу права и обавезе уговорних страна, није дошло до промена.

Код *locatio-conductio rei*, обавезе су биле следеће: *locator* је, с једне стране, био у обавези да преда ствар на употребу закупцу, да преда предмет у исправном стању, да сноси ризик са случајну пропаст ствари и да заштити закупца од претензија трећих лица. *Conductor* је био у обавези да уредно плаћа закупнину, да предмет закупа одржава у исправном стању, да отклања све недостатке који су настали његовом кривицом и да ствар врати у исправном стању.²⁵⁶

Код *locatio-conductio operis faciendi*, *locator* је био обавезан да преда материјал потребан за извођење дела, да извођачу да сва потребна упутства како би дело било успешно израђено као и да прими извршено дело и исплати награду. *Conductor* је био

²⁵⁴ Види: Бујуклић, Ж. – *Римско право*, Београд, 2014, стр. 385.

²⁵⁵ До тога је дошло због велике кризе која је настала у периоду домината када је држава морала да интервенише у привредне токове и да на тај начин ограничава слободу уговарања. Једну од таквих интервенција спровео је цар Диоклецијан 301. године када је донео чувени Едикт о ценама (*De pretiis rerum venalium*). Овим едиктом су одређене цене пољопривредних производа и прописане цене закупнине, накнаде најамних радника и занатлија. О томе: Игњатовић, М. – *Римско право*, Ниш, 2022, стр. 61.

²⁵⁶ *Idem.*, стр. 320.

обавезан да поверене му радове савесно изврши и резултат свога деловања или готови производ у уговореном року и на уговореном месту преда *locator*- у.

Код уговора *locatio-conductio operarum* обавезе уговорних страна су се састојале у следећем: најамни радник (*locator*) био је обавезан да дође на место где се обавља посао, да обави уговорени рад у току предвиђеног времена и да сам рад обави брижљиво, савесно и лично. Послодавац (*conductor*) био је дужан да плати најамнину за уговорено време, па то и у случају ако се због препрека које се њему могу преписати у кривицу, није могао да се користи радом најамног радника.

У посткласичном периоду дошло је до повећања обима одговорности уговорних страна.

У класичном периоду уговорне стране су код *locatio-conductio rei* одговарале за *omnis culpa*, а у посткласичном праву су биле одговорне и за *culpa levis in abstracto*. Пооштрена је одговорност *locator*- а тако да је он одговарао за евикцију и фактичке мане без кривице (за разлику од класичног права где је одговарао само уколико их је сакрио од *conductor*- а).²⁵⁷

У погледу престанка уговора, посткласично право је установило нове разлоге за престанак овог уговора како на страни закуподавца, тако и на страни закупца.

Закуподавац је могао да једнострано раскине уговор и пре рока уколико закупца не плати закупнину за две године или ствар не користи као добар домаћин.

Закупац, је могао једнострано да раскине уговор уколико закуподавац није извршио потребне оправке ствари или ако му је сусед зазидао просторе стана.²⁵⁸

Неки облици закупа у посткласичном периоду постали су дугорочни и добили су заштиту *erga omnes*. На тај начин су престали да имају облигационоправно дејство и уврштени су у институте стварног права (*emphyteusis, superficies, ius in agro vectigali*).²⁵⁹

²⁵⁷ Види: Милошевић, М. – *Римско право*, Београд, 2009, стр. 380.

²⁵⁸ О томе: Јосић, Л. – *Римско право*, Ниш, 1997, стр. 261.

²⁵⁹ Види: Станојевић, О. – *Римско право*, Београд, 2000, стр. 297.

2.2.3. Уговор о ортаклуку (*societas*) у римском праву

У римском праву уговор о ортаклуку се дефинисао као *bona fidei* правни посао који се закључивао између два или више лица која удружују своју имовину ради остварења неког имовинског циља.

Уговор о ортаклуку (*societas*) је био двострано-обавезујући консенсуални уговор *bonae fidei* којим су се два или више лица (*socii*) међусобно обавезивала да постигну неку заједничку сврху заједничким улагањем средстава или рада.²⁶⁰

Из дефиниције уговора произлази да је уговор о ортаклуку консенсуалан, двострано-обавезујући (*contractus bilaterales aequales*), *bonae fidei*, *intuitu personae*, теретан правни посао.

2.2.3.1. *Societas* у предкласичном римском праву

Иако у предкласичном периоду не може да се говори о уговору о ортаклуку као једном од средстава правноекономског промета, јер је развијен правноекономски промет карактеристичан за период класичног права у предкласичном периоду наилазимо на корене уговора о ортаклуку.

Још је класични правник Гај, за *consortium* - стари облик породице и заједница целокупне постојеће и будуће имовине, говорио као о некој врсти ортаклука (*genus societatis proprium civium Romanorum*).²⁶¹ Такође, оваква универзална заједница је могла да настане и између других лица „по угледу на браћу“ (*consortium ad exemplum fratrum suorum*), али је тада била потребна посебна форма у којој је учествовао магистрат (*certa legis actione*- вероватно неким обликом *in iure cessio*).²⁶²

Други извор ортаклука веже се за различита удруживања римских грађана која се јављају након Пунских ратова. Ове установе биле су доступне како римским

²⁶⁰ О томе: Boras, М.; Margetić, L. – *Rimsko pravo*, Zagreb, 1986, str. 166.

²⁶¹ Gai, Inst. III, 154a.

²⁶² Развој уговора о ортаклуку је предмет бројних теорија. Претпоставља се да су се рођаци и суседи од најранијих времена удруживали ради постизања неког циља. То је могло бити удруживање ради набавке скупочених животиња (во је коштао 100 аса, а коњ 1000), изградња система за наводњавање и сл. Сви ови послови су обављани ван правне заштите ослањајући се на *bona fides* и закључивани су према томе простом сагласношћу воља. О томе: Стојчевић, Д. – *Римско облигационо право*, Београд, 1960, стр. 92.; Закон XII таблица у VIII таблци и 26. члану одређује да је дозвољено било какво ортакло уговорање које није противно јавном поретку. Сматра се да је ова одредба преузета из Солоновог законодавства. Видети: Николић, Д; Ђорђевић, А. – Законски текстови Старог и Средњег века, Ниш, 2002, стр. 82.

грађанима тако и осталим становницима римске државе који нису имали римско грађанство.

Consortium (erctum non citum) (од *consor*-брат, братска заједница) био је стари облик породице који је био основа за настанак римске породице (*familia*). Основа овог облика је била сродничка веза, заједница живота и рада. Гајеве Институције нам пружају податке о овој заједници. По Гају, конзорцијум је заједница која настаје по смрти *pater familias*-а на основу закона и природе ствари. Гај ову заједницу назива и *ercto non cito (erctum non citum)*,²⁶³ а врло често користи и назин *societas frateli*.^{264 265}

Gai. III, 154a.: „*Est autem aliud genus societatis proprium civium romanorum. Olim enim mortuo patre familias, inter suos heredes quaedam erat legitima simul et naturalis societas, quae appellabatur ercto non cito, id est domino non diviso: erctum enim dominium est, unde erus dominus dicitur; cicere autem dividere est: unde caedere et secare et dividere dicimus.*”²⁶⁶

Док Стојчевић сматра да је ова врста ортаклука настајала у форми *in iure cessio*, дотле Вијакер у својој монографији износи другачије мишљење. Он, наиме, сматра да је, накнадно формиран или изборни конзорцијум, како га назива, настајао вештачким братимљењем тј. *adoptio in fratrem* и то објашњава положајем ортака, тврдећи да је код ове врсте заједнице примарно питање статуса, а не имовине.²⁶⁷

Конзорцијум је био и наследничка сусвојинска заједница из чијег карактера прозилази и начин њеног функционисања. У тренутку смрти *pater familias*-а сва добра

²⁶³ Етимолошки, *erctum* означава имовину, а *cicere* поделу, што би у преводу значило неподељена заједница или неподељена имовина.

²⁶⁴ Што у преводу значи ортаклук браће.

²⁶⁵ Међутим, 1933. године у Каиру су пронађени тзв. Антинопулски фрагменти Гајевих Институција (III, 154 а и б) који бацају нову сенку на порекло ортаклука и у њему се тражи праоблик његовог консесуалног облика. Гај назива ову врсту ортаклука *genus societatis*. Међутим, како тврди проф. Стојчевић, *consortium* није ортаклук већ породична заједница уређена по прописима породичног, а не облигационог права. Исти аутор тврди да разлог оваквој Гајевој тврдњи лежи у чињеници што у његово време такав породични облик није постојао, а неки његови дегенерисани облици су се претворили у неку врсту ортаклука. Он даље наводи да у ортаклуку нема заједнице живота, имовине и рада, а да се подела прихода врши према уговору или сразмерно улогу ортака. Али без обзира на то, према наводима Стојчевића, не треба негирати сваку везу конзорцијума са каснијим облицима ортаклука. О томе: Стојчевић, Д. – *Римско облигационо право*, Београд, 1960, стр. 92.; Слично: Arangio-Ruiz, *La societa in dirrito Romano*, 1950, р. 18-22.

²⁶⁶ Gai. III, 154a.

²⁶⁷ Без обзира на начин постанка, чињеница је да је блискост самих чланова *consortium*-а послужила, касније, као модел понашања самих ортака. Томе у прилог говори и братско право (*ius fraternitatis*) које је обележило и класичан и посткласичан период. Према правилима братског права чланови уговорног ортаклука требало је да се, приликом регулисања међусобних права и обавеза, односе један према другоме онако како су се односили чланови конзорцијума. Опширније: М. Полојац, М. – *Римски Societas у новијој литератури*, „Анали“, Правни факултет у Београду, година LIV, бр. 2, Београд, 2006, стр. 180.

припадала су наследницима који су чинили наследничку сусвојнску заједницу. Чланови заједнице имали су на располагању имовину коју им је оставио *pater familias* и на основу које су заједно привређивали и живели без утврђивања посебних делова.

Развојем и настанком приватне својине једино *pater familias* као лице *sui iuris* могао је да располаже добрима породичне задруге, па је због тога *consortium* постао предмет регулативе облигационоправних норми.²⁶⁸

Порастом правноекономског промета *consortium* се губи из употребе јер су браћа све чешће делила имовину користећи се тужбом *actio familiae erciscundae*.²⁶⁹ Поделом имовине између браће долазило је до престанка заједнице живота и рада, а приходи заједнице делили су се члановима заједнице по основу наследних редова и на основу уложеног рада. Подела прихода између чланова заједнице по овом последњем основу упучује да је конзорцијум старог римског права представљао прачетак уговора о ортаклуку (*societas*).

Други корен ортаклука налази се у различитим облицима удруживања римских грађана који се појављују у периоду након Пунских ратова. Удружења грађана настала у овом периоду била су неформална удружења усмерена на остварење различитих привредних циљева, попут удружења закупаца пореза и јавних радова (*societas publicanorum*), трговаца робовима (*societas venaliorum*) или банкарских услуга (*societas argentarorum*).²⁷⁰

2.2.3.2. *Societas* у класичном римском праву

У романистичкој науци постоји јединствен став да је у класичном праву за настанак *societas*-а била довољна сагласност воља најмање два лица усмерена остварењу заједничког циља. Консенсуаланост овог уговора огледа се у томе што се за пуноважност овог уговора тражи да воља буде трајна. Улпијан ту сагласност назива *affectio societati*, слично установи брака, *affectio maritalis*. Или како каже Гај у својим Институцијама: „*Manet autem societas eo usque, donec in eodem consensus*

²⁶⁸ Детаљније: Наумовски, Г. – *Влијанието на римскиот *societas* врз современиот договор за ортаклук (договор за заедница)*, магистерски труд, Скопје, 2014, стр. 15.

²⁶⁹ *Actio familiae erciscundae* је била предвиђена још Законом XII таблица и служила је за поделу заоставштине између сунаследника иницирањем легисакционог поступка.

²⁷⁰ Многи аутори тврде да је једино овакав ортаклук од почетка почивао на принципу консенсуализма.

perseverant.²⁷¹ *Affectio societati* у суштини представља вољу да се закључи ортаклук. Воља је могла да буде прећутно (*cum tacite*) или речима (*expressis verbis*).²⁷²

Уговор о ортаклуку је двострано-обавезујући, што значи да су њиме ортаци стицали одређена права али и обавезе. Сваки ортак је за своје обавезе био дужник према осталим ортацима, а заједно са осталим ортацима поверилац према сваком поједином ортаку.²⁷³ Поједини аутори истичу вишестраност ортаклука као његово обележје имајући у виду могућност да у њему учествује више од два лица. Мишљења смо да би вишестраност могла да буде само његово спољно обележје док би унутрашњи положај ортака најбоље описала управо његова синалгматична природа.

Уговор о ортаклуку је посао *bonae fidei*. Код овог правног посла стране нису супротстављене, већ је то више однос сарадње ка остварењу заједничког, допуштеног циља. „*Societas quod ammodo ius fraternitatis in se habet* “ – Ортаклук има нечега братског у себи.²⁷⁴

Уговор о ортаклуку је и правни посао *intuitu personae*. Ова особина уговора је у директној вези са једним од разлога за престанак ортаклука. Смрћу ортака престаје да постоји и ортаклук.

Уговор о ортаклуку је теретан правни посао. Њиме сваки ортак преузима обавезу уношења одређеног ортачког удела који је могао да се састоји у новцу, стварима, правима или у раду.

2.2.3.2.1. Предмет уговора

Предмет уговора о ортаклуку био је ортачки улог. Сваки од ортака уносио је одређену имовину у заједницу, односно улагао је одређени удео. Колики је био удео, ортаци су одређивали самим уговором. Улог се обично састојао у новцу, стварима, правима или некој активности. При том улог није нужно морао да буде једнак, али није смео ни да буде симболичан, јер се у том случају не би радило о ортаклуку. У ортаклук је могла да се уложи целокупна имовина ортака (*societas omnium bonorum*) или будућа имовина стечена обављањем професионалне делатности (*societas questus*).²⁷⁵

²⁷¹ Gai, Inst. III, 151: Ортаклук траје све док између страна постоји сагласност воља.

²⁷² О томе: Стојчевић, Д. – *Римско облигационо право*, Београд, 1960, стр. 93.

²⁷³ *Idem.* стр. 93.

²⁷⁴ D. (Ulp.) 17, 2, 63.

²⁷⁵ Види: Игњатовић, М. – *Римско право*, Ниш, 2022, стр. 356.

2.2.3.2.2. Дејство уговора

Уговор о ортаклуку је производио дејство за све учеснике у ортачком односу. Основно дејство овог уговора односило се на остварење циља уговора који се састојао у подели добити.²⁷⁶ Добит се делила на једнаке делове свим ортацима, осим ако уговором није било другачије предвиђено. Такође, ортаклук није производио правно дејство ако је уговорено да неко од ортака учествује само у подели губитака, а не и добити. С друге стране, могло је да се уговори да један од ортака не учествује у расподели губитака, али да учествује у расподели добити.²⁷⁷

2.2.3.2.3. Права и обавезе уговорних страна

Из уговора о ортаклуку настајала су узајамна права и обавезе ортака.

Основна обавеза ортака била је да унесе улог према уговору. Затим, сваки од ортака био је обавезан да учествује у управљању и пословању ортаклуком. *Socii* су били дужни да ставе на располагање осталим ортацима сваку добит стечену пословном активношћу. Такође, ортаци су били дужни да учествују у подели губитака.

Како су обавезе корелативне правима ортака из тога следи да је сваки ортак имао права да тражи да остали ортаци унесу у ортаклук улог према уговору; да унесу добит стечену пословном активношћу; да захтева да остали ортаци савесно испуњавају своје обавезе како би се остварио циљ ортаклука; да захтева поделу добити према унапред утврђеном договору.²⁷⁸

Како су битни елементи уговора о ортаклуку улог и циљ, једна од обавеза ортака била је да унесу улог према уговору. Улог је могла бити било каква вредност: новац, имовина, појединачне ствари, права или рад.²⁷⁹ Питање је у ком тренутку је ортак могао да унесе само рад (*operae*).²⁸⁰

²⁷⁶ Као добит сматрало се само оно што је остајало када се одбио губитак. О томе: Станковић, Е; Владетић, С. – Римско право, Крагујевац, 2020, стр. 352.

²⁷⁷ На пример: ако се ради трговине излаже ризичном путовању морем или у иностранство. *Idem*. стр. 353.

²⁷⁸ Види: Пухан,И; Поленак-Акимовцка, М.; Бучкоски, В.; Наумовски, Г. – *Римско право*, Скопје, 2014, стр. 307.

²⁷⁹ С. Ј. 4, 37,1: „*Societatem, uno pecuniam conferente, alio operam, posse contrahi, magis obtinuit*”. – Могуће је основати ортаклук у коме би једни улагали новац, а други рад.

²⁸⁰ Вероватно да је то период у ком су живели правници Квинт Муције и Сервије Сулпиције, дакле у другој половини републике. Уколико би један ортак био ослобођен сваког улога, а имао је право учешћа у добити, то био поклон, а не ортаклук. Размера улога није морало бити једнака.

Корелативно овој обавези било је и право сваког ортака да његова имовина буде унета у ортаклук.²⁸¹ Питање које се постављало јесте да ли су улози морали да буду једнаки или су могли да буду различити. Иако је постојала могућност да буду различити, ипак није смело да се ради о симболичном улогу²⁸² јер би то довело до неравномерног положаја и стварало проблеме за будуће пословање. Ако делови нису били одређени, сматрало се да су једнаки.

D. 17, 2, 29, (Ulp. 30 ad sab): „*Si non fuerint partes societati adiectae, aequas esse constat.*”²⁸³

При оснивању ортаклука, веома важно питање су стварноправни односи који су том приликом настајали. Стечена имовина ортаклука није припадала ортаклуку као целини, јер *societas* није субјект у праву. Имовина је припадала појединим члановима заједнице и она је могла да буде сусвојина ортака (*societas quoad sortem*) што је захтевало примену правила *condominium*-а. Такође, имовина је могла да се унесе само ради употребе (*societas quoad usum*). У ортаклуцима који су настајали само ради заједничког рада све што су уговорне стране унеле би улазило представљало би сусвојину, док код *societas omnium bonorum*, предмет сусвојине су биле све ствари које би ортаци имали у тренутку настанка ортаклука.²⁸⁴

Сваки ортак имао је обавезу да унесе у ортаклук приход од пословања односно пословну добит. Овај приход би био придодат укупном приходу ортаклука и сачињавао би саставни део њихове имовине. Одатле произлази право ортака да добије део од укупног добитка. Они би делили добит у складу са уговором, а уколико уговорне стране ово не би предвиделе онда би се добит делила на једнаке делове.

Ортаци имају право да учествују у подели добити и губитака. Правници Квинт Муције и Сервије Сулпиције из периода републике су имали различита мишљења о томе да ли удео појединог ортака у добити може бити различит у односу на његов удео у ризику.

Квинт Муције је сматрао да је то супротно самој природи ортаклука. Међутим, Сервије Сулпиције је сматрао да је такав ортаклук могућ у тој мери да би се чак могло

²⁸¹ *Idem.* стр. 307.

²⁸² О томе: Стојчевић, Д. – *Римско приватно право*, Београд, стр. 270.

²⁸³ D. 17, 2, 29, (Ulp. 30 ad sab).

²⁸⁴ D. 17, 2, 1, 1, (Paul. 32 ad ed): *In societate omnium bonorum omnes res quae coeuntium sunt continuo communicatur.*

уговорити тако да неко уопште не учествује у ризику, а ипак дели добит, ако је његов удео толико драгоцен да је са гледишта правичности оваква клаузула оправдана.²⁸⁵

Прихваћено је становиште Сервија Сулпиција. Он је, наиме, пошао од принципа аутономије воље и сматрао да ортаци треба да деле добит и губитак онако како је уговорено (притом су могли предвидети и да неко не учествује у ризику, а да ипак дели добит). Уколико ортаци то питање нису уговором регулисали, добит и губитак се делио на једнаке делове, без обзира на висину улога појединог ортака. Ништав је једино онај уговор о ортаклуку по којем би поједини члан сносио само губитак и уједно био искључен од добитка (*societas leonina*).²⁸⁶²⁸⁷

Управљење и руковођење ортаклуком подразумевало је вршење свих послова који су произлазили из ортаклука као и полагање рачуна за преузете послове.²⁸⁸ Сваки ортак је вршио послове у складу са природом ортаклука.

Socii су били дужни да се у обављању својих послова понашају у складу с начелом *bonae fidei*. Степен одговорности ортака је био различит у различитим периодима. У обављању заједничких послова ортаци су један другоме одговарали, у почетку само за *dolus*. Касније је одговорност проширена и на *culpa*, која се може сматрати кршењем поверења. И Улпијан је у једној од својих максима забележио да ортаци један другоме одговарају за намерно и нехато наношење штете ортаклуку.²⁸⁹ Гај је био сличног мишљења. *Socius, socio etiam culpaе nomine tenetur, id est desidiaе atquenegligentiaе* (ортак одговара ортаку и за нехат, тј. нерад и немарност).²⁹⁰ У Јустинијановом праву одговорност за *culpa* сведена је на *culpa levis in concreto*.

У Јустинијановим Дигестама се наводи живописан пример како је у пракси изгледала подела губитака. „Неки су засновали друштво за трговину оделом. Један од њих кренуо је на пут да би купио робу, па је пао у руке разбојника и изгубио је свој новац, робови су му били рањени, а он је изгубио и своје ствари. Јулијан каже да је штета заједничка, и због тога треба на основу *actio pro socio* признати половину штете

²⁸⁵ Gai, Inst. III, 149.

²⁸⁶ О томе: Boras, M.; Margetić, L. – *Rimsko pravo*, Zagreb, 1986, str. 167.

²⁸⁷ *Societas leonine* (lat. *Societas* - удружење, заједница и *leoninus* - лављи, лавовски), ортаклук код којег би уговором о оснивању било предвиђено да неки ортак сноси само губитке, а не учествује у подели добити. Овај ортаклук је добио назив по Езоповој басни где је лав покушао да наметне сличан договор осталим животињама.

²⁸⁸ Види: Varon, I. – *Institucije rimskog prava*, Zagreb, 1923, str. 240.

²⁸⁹ D. 17, 2, 52, 2. (Ulp.): “*Socios inter se dolum et culpam praestare oportet*”.

²⁹⁰ D. 17, 2, 72.

како за новац тако и за остале ствари које је ортак носио са собом, али само за оне које су ношене у вези са путовањем учињеним у циљу куповине робе за друштво. Али исто тако веома исправно одобрава Јулијан да и трошкове лекара треба признати и расподелити их према уделима ортака”.²⁹¹

2.2.3.2.4. Процедурална средства

Actio pro socio је тужба која је служила за заштиту права ортака и остваривање свих облигационоправних потраживања која су произлазила из уговора о ортаклуку, а која нису била испуњена.

Право на тужбу (*legitimatio activa*) имао је сваки ортак који је сматрао да други ортак или други ортаци не испуњавају обавезе које су произлазиле из уговора. С друге стране, сваки ортак је могао да има *legitimatio pasiva* у поступку по *actio pro socio*.

Основне карактеристике ортачке тужбе (*actio pro socio*) биле су:

- тужба је била искључиво резервисана за чланове ортаклука, односно тражило се као предуслов постојање уговорног ортаклука;
- подизање тужбе од стране било којег ортака значило је и гашење ортаклука;
- тужба се убрајала у тужбе *actiones bonae fidei* и пружала је судији широка овлашћења како приликом решавања спора тако и у односу на висину потраживања;²⁹²
- тужба је била *actio in personam* што значи да је служила за решавање потраживања која су произилазила из облигационих односа, што даље значи да се за стварноправне односе подносила друга тужба;
- тужба се подизала у формуларном поступку, односно представљала је формулу по којој је магистрат састављао писмено и достављао судији да реши спор;²⁹³

²⁹¹ D. 17. 2. 52. 4 (*Ulpianus libro trigensimo primo ad edictum*). *Quidam sagariam negotiationem coierunt: alter ex his merces comparandas profectus in latrones incidit suamque pecuniam perdidit, servi eius vulnerati sunt resque proprias perdidit. Dicit Iulius damnum esse commune ideoque actione pro socio damni partem dimidiam adgnoscerere debere tam pecuniae quam rerum ceterarum, quas secum non tulisset socius nisi ad merces communi nomine comparandas proficisceretur. Sed et si quid in medicos impensum est, pro parte socium agnoscerere debere rectissime Iulius probat.*

²⁹² О томе: Благојевић, В. – *Грађански поступак*, Београд, 1960, стр. 32.

²⁹³ *Idem.*, стр. 35.

- пресуда (*condemnatio*) по основу тужбе *actio pro socio* садржала је наредбу односно овлашћење судије да наложи осуђеном ортаку да изврши обавезу, тј. да надокнади штету;
- тужба могла је да буде кумулативно подигнута заједно са стварно-правном тужбом.

Осуда по основу ове тужбе значила је истовремено и осуду на *infamia* односно губитак части јер се сматрало да је ортак изиграо посебно поверење које је основа ортаклука тиме што није извршавао имовинскоправне обавезе које су произлазиле из закљученог уговора.²⁹⁴

С обзиром да је однос између ортака био по угледу на братски, осуђени је био дужан да плати „само онолико колико може“ (*id quod facere potest*). Ова повластица „братског права“ се називала *beneficium competentiae*²⁹⁵, а постојала је и у споровима између брачних другова.

Тужба се подизала:

- када би ортак тражио исплату добитка у случају кад је добит неравноправно распоређена;
- за уплату улога када један од ортака не би извршио своју обавезу;
- за надокнаду евентуалних трошкова које би ортак имао при извршавању заједничких послова;²⁹⁶
- за надокнаду штете коју је ортак претрпео приликом извршавања заједничких послова;
- уколико би један од ортака дао отказ у невреме.

Што се тиче последњег основа, тужба се могла подићи у сваком случају, а не само када се радило о резулативно ороченим ортаклуцима.²⁹⁷ У овом случају отказ

²⁹⁴ О томе: Romac, A. – *Rječnik rimskog prava*, Zagreb, 1983, str. 142.

²⁹⁵ *Beneficium competentiae* (од *beneficium*-добро дело, изузетно право које је неком признато и *competens*-одговарајући, примерен) назив за овлашћење судије да дужника обавезе на плаћање ограниченог дела дуваног износа уколико су између дужника и повериоца постојали одређени односи. Овај термин није преузет из римског права, већ је каснијег порекла. *Idem.*, стр.39.

²⁹⁶ Види: Eisner, B.; Horvat, M. – *Rimsko*, Zagreb, 1948, str. 434.

²⁹⁷ D. 17, 2, 14, 0 (Ulp 30 ad sab): “*Si convenerit inter socios, ne intra certum tempus communis res dividatur, non videtur convenisse, ne societate abeat. Quid tamen si hoc convenit, si tamen intempestive renuntietur societati, esse pro socio actionem. Sed et si non convenit, ne intra certum tempus societate abeat, et ante tempus renuntiavit, quia condictio quaedam, qua societas erat coita, ei non praestatur: aut quid iniuriosus et damnosus socius sit, ut non expediat eum pati*”?

ортака могао је да доведе до штетних последица и њих би трпели остали ортаци, поготово у случају неиспуњења обавеза. Без обзира на подигнуту тужбу, он је био дужан да изврши обавезе.

Actio communi dividundo (од *actio*- тужба, *commune*- оно што је заједничко и *dividere*-делити) је представљала тужбу за деобу сувласничке заједнице.²⁹⁸ Ова тужба је, наиме, могла бити подигнута у било којем случају када је била неопходна деоба сувласничке имовине. Осим што је стајала на располагању ортацима, њу су могли користити и сувласници што значи да начин настанка сувласништва није био од значаја приликом подизања тужбе. Претпоставка за подизање ове тужбе је било да су бивши ортаци претходно већ решили сва потраживања у смислу њихових права и обавеза са *actio pro socio* или је ортаклук на други начин престао да постоји.

Када се говори о правној природи ове тужбе, једни аутори је сврставају у *actiones in rem*, док су други мишљења да је у питању *actiones mixtae*. У прилог првом схватању наводи се она односи на поделу сусвојине након распада сусвојинске заједнице или ортаклука посебно наглашавајући стварноправне односе као њен предмет. Други аутори наводе да као секундарни захтеви могу да се појаве и одређена облигационоправна питања (нпр. враћање плодова) наглашавајући само природу тих тужби, однос њихов однос на међи *actiones in rem* и *actiones in personam*. Мишљења смо да преовладавајући елементи тачније стварноправни односи, конкретно сувласнички односи и подела имовине након престанка заједнице воде закључку о њеном сврставању у групу *actiones in rem*.

Ова тужба може бити поднета од стране сваког ортака који сматра да постоји правни основ за поделу имовине чак иако није поднета *actio pro socio* односно судија може да одлучи и без ове друге тужбе.²⁹⁹ Ова тужба се означава као неопходна за поделу имовине што даље значи да не може да се донесе пресуда ако се ради о личним престацијама ортака.³⁰⁰

Карактеристике *actio communi dividundo* биле су:

²⁹⁸ О томе: Romac, A. – *Rječnik rimskog prava*, Zagreb, 1983, str. 6.

²⁹⁹ D. 17, 2, 43, 0 (Ulp. 28 ad ed.). : *Si actum sit communi dividundo, non tollitur pro socio actio, quoniam pro socio et nominum rationem habet et adiudicationem non admittit. Sed si postea pro socio agatur, hoc minus ex ea actione consequitur, quam ex prima actione consecutus est.*

³⁰⁰ D. 10, 3, 1, 0 (Paul. 23 ad ed.) : *communi dividundo iducium ideo necessarium fuit, quod pro socio actio magis ad personales invicem praestationes pertinet quam ad communium rerum divisionem. Denique cessat communi dividundo iudisium, si res communis non sit.*

- стварноправна тужба (*actiones in rem*)
- подизала се у формуларном поступку и спадала је у тужбе *actiones bonae fidei*,
- користила се за поделу свих облика сусвојинских заједница, не само *societas*. Била је, дакле, општија тужба у односу на *actio pro socio*,
- пресудом је могла да буде наложена како физичка, тако и вредносна деоба ствари,
- могла је да буде поднета након гашења ортаклука ако постоји валидан правни основ за поделу ствари које су биле предмет сусвојине.
- могла је да буде поднета након гашења ортаклука при решавању спора по *actio pro socio*.

2.2.3.2.5. Престанак ортаклука

„*Nulla societatis in aeternum coitio est*”³⁰¹

Ортаклук је могао да престане на различите начине. Начини престанка су могли бити објективне природе, односно могло је да дође до остварења циља зарад којег је и основан. Са друге стране, до гашење ортаклука могло је да дође и из разлога који су се односили на саме уговорне стране, односно ортаке. За разлику од првог случаја који углавном није доводио до одређених последица, у другом случају гашење ортаклука је изазивало различите правне последице.³⁰²

Улпијан је све разлоге који се односе на престанак ортаклука сврстао у четири групе: *ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione*.³⁰³

Разлози *ex personis* се односе на личност ортака и то су: смрт ортака³⁰⁴, губитак статуса, инсолвентност.

С обзиром да је уговор о ортаклуку уговор *intuitu personae*, смрт ортака доводила је до гашења ортаклука. Гај у својим Институцијама наводи да „Ортаклук

³⁰¹ D. 17, 2, 70, 0 (Paul. 33 ad ed.) „Ни један ортаклук није закључен заувек”

³⁰² Опширније: Наумовски, Г. – *Влијанието на римскиот *societas* врз современиот договор за ортаклук (договор за заедница)*, магистерски труд, Скопје, 2014, 32.

³⁰³ D. (Ulp.) 17, 2, 63, 10. : *Societas solvitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione*.

³⁰⁴ D. (Pomp.) 17, 2, 59.pr. : *Morte socii solvitur societas, ut nec ab initio pacisci possimus, ut heres etiam succedat societati* (смрћу ортака престаје друштво па не можемо на почетку уговорити да такође и наследник улази у друштво).

престаје и смрћу ортака јер се закључује између тачно одређених лица.³⁰⁵ Ортаклук је престајао и уколико је умре само један ортак.³⁰⁶ Наследници умрлог ортака могли су да уговоре нови ортаклук, а у случају да су остали ортаци наставили са заједничким деловањем и тада се сматрало да је настао нови ортаклук. Смрћу једног од ортака његови наследници нису постајали ортаци с обзиром на лични карактер уговора. Ипак, у одређеним случајевима могло је да буде уговорено да, наследник ортака који је умро, постане ортак. Али, ово је био изузетак од општег правила да „наследник не улази у ортаклук.”³⁰⁷

Такође се сматра да је губитак статуса (*capitis deminutio maxima* и *media*) доводио до престанка ортаклука, јер се по правилима старог римског права (*ius civile*) губитак статуса изједначавао са смрћу.³⁰⁸ Неспорно је да је у случају *capitis deminutio maxima* губитак *status libertatis* значило и престанак правног субјективитета физичког лица што је даље водило и до немогућности ортака да буде титулар било којег права, па и права имовинске природе (*ius commercii*). И код *capitis deminutio media* ситуација је била иста без обзира што је лице задржавало слободу. Међутим, одређени аутори сматрају и да је *capitis deminutio minima* иако је изазивао промену *status familiae*, ипак утицао на гашење ортаклука. Анализа утицаја случаја *capitis deminutio maxima* и *capitis deminutio media* и однос са ортаклуком чији је члан лице чији се статус мења, указује на то да је положај овог лица при престанку ортаклука био неповољнији од положаја Латина и Перегринца, посебно од како им је признат *ius commercii* па самим тим и право да закључе уговор о ортаклуку. Ипак, ова недоследност у правним решењима је уклањала важност карактеристика *intuitu personae* и *bonae fidei*. Вероватно се сматрало да изменом статуса лице не поседује исте особине које је имало у тренутку закључења уговора, па је и ортаклук требало да престане.³⁰⁹

³⁰⁵ Gai. III152: *Solvitur adhuc societas etiam morte socii, quia qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit.*

³⁰⁶ D. 17, 2, 65, 9 (Paul. 32 ad ed.): *Morte unius societas dissolvitur, etsi consensu omnium coita sit, plures vero supersint, nisi in coeunda societate aliter convenerit. Nec heres socii succedit: sed quod ex re communi postea quaesitum est, item dolus et culpa in eo quod ex ante gesto pendet tam ab herede quam heredi praestandum est.*

³⁰⁷ D. 17, 2, 59, 0 (Pomp. 12 ad sab.): *Adeo morte socii solvitur societas, ut nec ab initio pacisci possimus, ut heres etiam succedat societati.*

³⁰⁸ Gai Inst., III, 153: *Dicitur etiam capitis deminutione solvi societatem, quia civili ratione capitis deminutio mortis coaequatur; sed utique si adhuc consentiant in societatem, nova videtur incipere societas.*

³⁰⁹ Види: Наумовски, Г. – *Влијанието на римскиот societas врз современиот договор за ортаклук (договор за заедница)*, магистерски труд, Скопје, 2014, 35-36.

Societas престаје *ex rebus* када дође до постизања уговореног циља или када наступи немогућност постизања истог, исцрпљивањем уложене имовине као и истеком рока на који је био уговорен.

Постизање уговореног циља је један од начина престанка ортаклука. То се најбоље види на примеру *societas unius rei*. Извршењем, односно потпуном реализацијом посла, ортаклук би престао да постоји.³¹⁰ Што се тиче *societas quaestus*, он би се гасио у случају да је престало пословање у свим областима. Гашење *societas negotiationis* је настајао у тренутку престанка специфичних трговачких делатности. На пример, подоблици овог ортаклука попут *societas publicianorum* и *societas argentarium* су се гасили са престанком вршења трговинске односно банкарске делатности.

Неиспуњење уговореног циља могло је настати немогућношћу извршења посла или пропашћу предмета због којег је и био основан ортаклук. Исцрпљивање имовине ортаклука значи и губљење његовог капитала без којег ортаклук не може да функционише. Такође, осиромашење (*egestas*) осим што доводи до неликвидности, с правне стране значи и престанак ортаклука. Исти случај би био у случају банкрота или конфискације имовине једног од ортака.³¹¹

Уколико је ортаклук био закључен на одређени временски период, односно уколико је уговором било предвиђено његово трајање, истек рока је аутоматски доводио до гашења ортаклука.³¹² У овом случају се радило о резолутивно ороченим ортаклуцима, а на сличан начин су престајале и резолутивно условне заједнице које су престајале остварењем услова.³¹³

Што се тиче разлога који се тичу воље ортака *ex voluntate*, с обзиром да је настајао споразумом ортака, споразумом ортака је могао и да престане (*contrarius dissensus*) као и једностраним отказом било којег члана (*renuntiatio*) који је могао да буде учињен у било које време осим у невреме.

³¹⁰ D. 17, 2, 65, 10 (Paul. 32 ad ed.): *Item si alicuius rei societas sit et finis negotio impositus, finitur societas: quod si integris omnibus manentibus alter decesserit, deinde tunc sequatur res, de qua societatem coierunt, tunc eadem distinctione utemur, qua in mandato, ut si quidem ignota fuerit mors alterius, valeat societas, si nota, non valeat.*

³¹¹ О томе: Ритер, А. – *Пандекте или данашње Римско право*, Београд, 1890, стр. 824.

³¹² Види: Суг, Е. – *Manuel des institutions juridiques des romains*, Paris, p. 1928,

³¹³ Види: Пухан, И.; Поленак-Акимовска, М.; Бучкоски, В.; Наумовски, Г. – *Римско право*, Скопје, 2014, стр. 307.

Први начин гашења ортаклука односи на сагласност воља свих ортака које се односе на гашење ортаклука. Њихова воља се означавала као *contrarius dissensus* следећи римски принцип паралелизма форми. С обзиром да настаје *consensus*-ом логичан след је да престаје *dissensus*-ом. Ово значи одсуство *affectio societatis* па је самим тим нецелисходно и беспредметно вођење ортаклука. Гашење ортаклука је у овом случају последица заједничког договора свих ортака да је уследио тренутак престанка ортаклука.

Ортаклук је могао да престане и једностраном изјавом воље од стране једног ортака ткз. *renuntiatio*. Таква изјава воље могла је да буде исказана изричито или да буде исказана у тужбеном захтеву који је стајао на располагању поједином ортаку. Изјава је могла да се да у било које време, осим у невреме с циљем да се спречи избегавање дужности које су самим ортаклуком прописане. Ако би остали ортаци одлучили да наставе да продуже заједничко деловање, сматрало би се да су закључили нови уговор. Али, ортак који је на тај начин прекинуо уговор ослобађао се од ортака, али је и даље био одговоран (*socium a se, non se a socioliberat*). Одговарао је другим ортацима за штету коју су претрпели ако је та штета могла да му се припише у кривицу.³¹⁴

До престанка ортаклука могло је да дође и услед подизања тужбе *ex actione*. Ортаци су могли да користе неколико различитих тужби у зависности од основа тужбног захтева (*actio pro socio, actio communi dividundo, actio furti* и *actio legis Aquiliae*).³¹⁵ су могле бити коришћење у случајевима извршења крађе или оштећења ствари које припадају имовини ортака.

2.2.3.2.6. Посебне врсте удруживања

Ортаклук (*societas*) треба разликовати од других облика удруживања, првенствено удружења или корпорације.

Universitates personarum као заједница лица повезаних ради обављања заједничке професије, добротворне, религијске или културне деланости има својство правног лица, посебну имовину и представника који заступа интересе чланова.

³¹⁴ О томе: М. Милошевић, *Римско право*, Београд, 2009, стр. 384-385.

³¹⁵ Последње две су коришћене у случају извршења крађе или оштећења ствари које су припадале имовини ортака.

Насупрот томе, *societas* нема својство субјекта у праву већ то својство имају поједини ортаци. Ортаклук се разликује и од *communio incidens*, настале случајно (*ex fortuna*, нпр. наслеђивањем), или од обичне сусвојине (нпр. ако два лица купе неку ствар ради заједничког коришћења).³¹⁶

D. 17,2,5 : „*Societates contrahuntur sive universorum bonorum sive negotiationis alicuius sive vectigalis sive etiam rei unius*”.³¹⁷

С обзиром на сврху удруживања, као и врсту имовине која се уносила у ортаклук, постојало је више врста ортаклука: *societas omnium bonorum*, *societas quaestus*, *societas unius rei* и *societas alicuius negotiationis*.

Societas omnium bonorum је представљао посебан облик ортаклука као консенсуалног уговора. Претпоставља се да је и сам *societas* настао управо на основу овог облика. Он је био заједница живота и рада тј. целокупне имовине ортака како садашње тако и будуће. Није било релеватно да ли је имовина стечена *inter vivos* или *mortis causa*. Овај ортаклук где су ортаци сувласници имао је за циљ заједничко вођење свих послова. Због тога је био у употреби и термин „*societas omnium fortunarum*”.

D 17, 2, 1, 1. : „*In societate omnium bonorum omnes res quae coeuntium sunt continuo communicantur.*”³¹⁸

Гај у својим Институцијама наводи да се ортаклук обично закључује тако да обухвата сва добра или зарад једног одређеног посла, на пример купопродаје робова.³¹⁹ Ова подела није свеобухватана јер не укључује *societas quaestus*. Дакле, овде је предвиђена подела врста ортаклука на *societas unius rei* и *societas alicuius negotiationis*. Разлог томе лежи, вероватно у чињеници да уколико уговорне стране нису посебно предвиделе врсту ортаклука, онда настаје *societas quaestus*. О свим врстама ортаклука говори Улпијанова класификација дата у Дигестама, а наведена на почетку излагања о врстама ортаклука.

Societas quaestus је представљао заједницу будуће имовине стечене пословном делатношћу ортака. Ортаци би у овај ортаклук уносили део имовине којим би заједно

³¹⁶ Види: Ж, Бујуклић, *Римско приватно право*, Београд, 2014, 390.

³¹⁷ D. 17,2,5 : „Друштва се уговарају било у погледу свих добара, било пореза, било чак и поједине ствари”.

³¹⁸ Gai, III, 148; D 17, 2, 3; D 17, 2, 1, 1.

³¹⁹ Gai, III, 148: *Societatem coire solemus aut totorum bonorum aut unius alicuius negotii, veluti mancipio rem emendorum aut vendendorum.*

управљали и све би што привредним радом стекли било би њихово. У романистичкој науци овај ортаклук је познат и под називом *societas universorum quae ex quaestu veniunt*. Изгледа да се овакав ортаклук претпостављао уколико се уговорне стране не би другачије договориле.

D 17, 2, 8.: „*Si non fuerit distinctum, videtur coita esse universorum quae ex quaestu veniunt, hoc est si quod lucrum ex emptione venditione, locatione descendit.*”³²⁰

*Societas unius rei*³²¹ био је споразум о обављању тачно одређеног посла.³²² Он се разликује од *societas alicuius negotiationis* по обиму преузетог посла. Док је код *societas unius rei* мањи обим, односно тачно опредељен, код *societas alicuius negotiationis* је делатност којом се ортаци баве у виду занимања, дакле за дужи временски период.

Привредно најважнији облик је био *societas alicuius negotiationis*, стварање удружења за трајно обављање одређене делатности. Овој врсти су припадале *societates publicanorum* (удружења публикана за закуп пореза, царина и јавних радова), *societates venaliorum* (трговачка удружења), *societates argentariorum* (удружења банкара).

Societates publicanorum односно јавна удружење су представљала друштва којима је давано у закуп сакупљане јавних дажбина.³²³ У суштини се ради о једном виду концесије преко које држава одређене јавне делатности препушта приватним лицима како би ефикасније били спроведени. Детаљну слику о овој врсти ортаклука дао је Барон.³²⁴ У овом друштву могу се уочити *manseps* односно преузимаач радова и *socii* као чланови. Преко ортака (*socii*) су издавани *partes* односно њихово финансијско учешће у капиталу друштва. Овакво постављено друштво се поклапа са данашњим акционарским друштвом. Такође, овако постављен ортаклук говори о развијеном концесионарству у тренутку кад је држава била у огромном напретку. У литератури је прихваћено схватање да је ова врста ортаклука имала форму правног лица³²⁵ па се и разликује од осталих облика консенсуалних уговора. Постојале су и форме које су биле између консенсуалног *societas* и *societas publicianorum* који су такође настајали ради

³²⁰ D 17, 2, 8; 17, 2, 71, 1.

³²¹ D, 17, 2, 5.

³²² Пример за овај ортаклук би било искоришћавање одређеног земљишта где ортаци деле плодове или набавку одређене ствари. Сличан институт постоји у енглеском праву под називом *joint venture agreement* - означава уговор који се користи када се два или више лица окупе ради извођења појединачног пословног пројекта.

³²³ О томе: Baron, I. – *Institucije rimskog prava*, Zagreb, 1923, str. 240.

³²⁴ *Idem.*, стр. 241.

³²⁵ *Idem.*, стр. 240.

извршавања консенсуалних делатности, па као пример таквог Казер наводи *societas vectigalium* чији је циљ био сакупљање закупнина.

Societates argentariorum било је удружење банкара (*argentarii*) односно лица која су обављала банкарску делатност. Њихова улога се састојала у вођењу трговачких књига које су у суштини биле регистри стања и ликвидности поверилаца и дужника, а које су морали да покажу било којој заинтересованој страни ако је то захтевано ради закључења одређеног правног посла.³²⁶ Овакав ортаклук је по многим елементима близак корпорацији (на пример, професионалном удружењу занатлија или превозника) с том разликом што је имао привредни, а не социјални или верски циљ. Могу се чути мишљења да је чланство у тој врсти удружења било преносиво и наследиво, па да су она имала статус правног лица, али је то спорно“.³²⁷

Још једна подела класичног ортаклука јесте она која произилази из Пауловог текста из Дигеста³²⁸ по којој се ортаклук може закључити *in perpetuum, ad tempus, ex tempore, sub condicione*. По овој подели, ортаклук је могао да буде неорочен и орочен, под условом или безуслован.³²⁹

Уколико је реч о ортаклуку закљученом *in perpetuum*, дакле без рока, он је трајао док је постојала воља уговорних страна и престатајао је услед отказа (*renuntiatio*). Да ли је у том случају постојала обавеза да се надокнади штета зависило је од тренутка када ја дат отказ. Уколико је отказ био дат у невреме (*renuntiatio dolosa*),³³⁰ постојала је обавеза на накнаду штете. У свим осталим ситуацијама обавеза на накнаду штете није постојала.

Ортаклук закључен на одређено време био је чест у пракси о чему говоре записи пронађени на папирусима.³³¹ Такође, постојала је могућност да се ортаклук закључи на неодређено време, али уз пакт да се уговор неће раскидати у оквиру одређеног периода (*pactum ne societate intra certum tempus abeat*). И овде је као у претходном случају постојала могућност превременог отказа уговора из важних разлога. Уговорне стране

³²⁶ *Idem.*, стр. 240.

³²⁷ Детаљније: М. Милошевић, *Римско право*, Београд, 2009, 384.

³²⁸ (D.17.2.1.pr)

³²⁹ О томе: Полојац, М. – *Римски societates у најновијој литератури*, „Анали“, Правни факултет у Београду, Београд, 2006, стр. 186

³³⁰ *Renuntiatio intempestiva*, D.17.2.65.5 и D.17.2.17.2.

³³¹ Вид: Zimmermann, R. – *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996; p. 575; Digesta (D.17.2.1.pr).

су могле да се осигурају од превременог и/или неоправданог отказа стипулацијом која би имала улогу уговорне казне.³³²

Условни ортаклук је по речима аустријског аутора Мајсла³³³ постојао упркос „непријатељству” исказаном према услови од стране класичних правника. Ову неодомица решена је тек за време владавине Јустинијана где је царском конституцијом (C.4.37.6) било дозвољено закључивање ортаклука *sub condicione*.

Следећа подела, коју Мајсл додаје претходној, базира се на Модестиновом фрагменту Дигеста по ком је ортаклук могао да настане путем *re, verbis* или *per nuntium*.³³⁴ Ови начини се односе на различите могућности изражавања консенсуса.³³⁵

2.2.3.3. *Societas* у посткласичном римском праву

Посткласични период није донео многобројне новина у погледу регулисања ортаклука као врсте консенсуалног уговора, али оне које су настале сматрају се јако важним у правничкој литератури јер су постављени темељи за даљи развој овог уговора у условима савременог права.

Посткласични период је било време када је нестала разлика између *ius civile* и *ius gentium*. Ово је био период када су царске конституције (*leges*) биле једини извор права. Тако да је основни правни извор који говори о ортаклуку у овом периоду Јустинијанова кодификација (*Corpus Iuris Civilis*).³³⁶

Сазнања о уговору о ортаклуку из времена посткласичног периода садрже *Codex* и *Institutiones* као саставни делови Јустинијановог зборника права.

У *Codex Iustinianus* обрађена су традиционална, али изузетно важна питања ортаклука, попут уношења рада као улога, принципа сагласности воља као и међусобног поверења као основе уговора о ортаклуку.

³³² О томе: Полојац, М. *op.cit.* стр. 186.

³³³ Види: Meissel, F. S.– *Societas. Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrages*, Frankfurt, 2004, р. 343.

³³⁴ D.17.2.4

³³⁵ Тако, нпр ге треба тумачити као изражавање консенсуса конклуентом радњом. Слично тумачење дао је Аранђио Руиз.

³³⁶ *Corpus Iuris Civilis* (од *corpus*- тело, целина; *ius*- право; *civilis*- грађански) назив под којим је *Dionisius Gothofredus* (1549-1622), угледни правник и представник француске школе, тзв. елегантне јуриспруденције, 1583. године издао сва четири дела Јустинијанове кодификације (Кодекс, Институције, Дигеста и Новеле) која дотле нису била позната под заједничким именом. Наведено према: Romas, A. – *Riječnik rimskog prava*, Zagreb, 1983, str. 79.

У Кодексу је коначно расветљено питање да ли рад може бити унет као улог у ортаклук. Тако, Кодекс одређује не само да рад може бити унет на име улога, већ да уговор о ортаклуку може да се закључи ако један уноси новац, други ради, односно уноси дело.³³⁷

Даље, Кодекс потврђује принцип сагласности воља као битан елемент уговора. Овом одредбом изражена је афирмација слободне воље и забрана принудног ступања у ортаклук. Тачније, наводи се да престанак сагласности воља његових чланова значи и гашење ортаклука.³³⁸

У истом правном извору се посебно истиче потпуно поверење ортака као основ уговора. Ово правило је одолело вековима, настало још у старом *consortium*-у, преко *ius fraternitatis* улази и у *Codex*. Тако, једна од одредби говори да у ортаклуку треба да влада потпуно поверење међу ортацима.

С. 4, 37, 3, 0 (Diocl.): „*Cum in societatis contractibus fides exuberet conveniatque aequitatis rationibus etiam compendia aequaliter inter socios dividi, praeses provinciae, si patrem tuum salinarum societatem participasse et non recepta communis compendii portione rebus humanis exemptum esse reppererit, commodum societatis, quod deberi iuxta fidem veri constiterit, restitui tibi praecepit.*”³³⁹

Други извор који пружа значајне податке о ортаклуку у посткласичном периоду су Институције. Оне регулишу сагласност воља као најважнији елемент ортаклука, затим отказ (*renuntiatio*) и последице.

У Институцијама се везује трајање ортаклука за постојање сагласности воља међу ортацима. Такође, предвиђа се могућност *renuntiatio* на страни једног од ортака као разлог престанка ортаклука. Исти члан наводи и последице изигравања поверења. Наиме, уколико би један од ортака био именован наследником у случају *societas omnium bonorum*, па би дао отказ с циљем добијања дела наследства, односно да не би имовину унео у ортаклук, такав ортак би био принуђен да добијени део наследства унесе у имовину ортаклука. С друге стране, оно што би добио након отказа, као и онај

³³⁷ С. 4, 37, 1, 0 Diocl. /Maxim. AA. ET CC Aurelio. < A 293 D. III non mai. aa. cons. >: Societatem uno pecuniam conferente alio operam posse contrahi magis obtinuit.

³³⁸ С. 4, 37, 1, 0 Diocl. /Maxim. AA. ET CC Aurelio Theodoro: Tamdiu societas durat, quamdiu consensus partium integer perseverat. Proinde si iam tibi pro socio nata est actio, eam inferre apud eum, cuius super ea re notio est, non prohiberis.

³³⁹ С. 4, 37, 3, 0 Diocl. /Maxim. AA. ET CC Aurelio Victorino Mil.

део који би добио пре отказа, а није био обухваћен уговором, могао би да присвоји.³⁴⁰ Дакле, о овом случају би била подигнута тужба, не као у класичном периоду у циљу гашења ортаклука, већ ради испуњења обавеза.

У оквиру Институција се разматра и стари спор о (не) сразмерној подела добити и губитака. Институције регулишу и традиционална питања попут одговорности ортака, гашење ортаклука, имовину ортаклука, положај ортака, а на крају је дат осврт и на тужбе.

У класичном праву, основни принцип који се односио на расподелу добити и губитака, поред принципа аутономије воље, био је и принцип сразмерне поделе добити и губитака. Такође, дуговековна дилема о томе да ли добит и штета треба да буду несразмерно подељени, односно да ли може један ортак да трпи већу штету, а да други добија већу добит, нучни предмет Институција. У Институцијама се предвиђа да је могућно да један ортак да трпи већу штету, а да други добија већу добит само ако је то предвиђено уговором. У супротном, примењиван је принцип класичног права: добит и губици дељени су по принципу једнаких делова.³⁴¹ Решење садржано у Институцијама је суштини конкретан одговор на спор који је настао још у време класичног права, када је дошло до мимоилажање у научном размишљању Сцеволе и Руфуса.

Извесни Тиције и Сеј су склопили уговор по којој су две трећине добити припадале Тицијусу, а две трећине штете падале би на терет Сеја. Сцевола је сматрао да је овакав договор противан самој природи ортаклука и да је стога ништаван, док је Руфус имао другачије мишљење. Његово мишљење је и прихваћено у Институцијама. Он се залагао за признавање оваквог ортаклука јер већи улог једног од ортала треба да му обезбеди и повољнији положај.³⁴²

³⁴⁰ II. 3, 25, 4: *Manet autem societas eo usque, donec in eodem consensu perseveraverint: at cum aliquis renuntiaverit societati, solvitur societas. Sed plane si quis callide in hoc renuntiaverit societati, ut obvenies aliquid lucrum solus habeat, veluti si totorum bonorum socius, cum ab aliquo heres esset relictus, in hoc renuntiaverit societati, ut hereditatem solus lucrifaceret, cogitur hoc lucrum communicare: si quid vero aliud lucrifaceret, quod non captaverit, ad ipsum solum pertinet: ei vero, cui renuntiatum est, quidquid omnino post renuntiatam societatem acquiritur, soli conceditur.*

³⁴¹ II. 3, 25, 1: *Et quidem si nihil de partibus lucri et damni nominatim convenerit, aequales scilicet partes et in lucro et in damno spectantur. Quod si expressae fuerint partes, hae servari debent: nec enim umquam dubium fuit, quin valeat conventio, si duo inter se pacti sunt, ut ad unum quidem duae partes et damni et lucri pertineant, ad alium tertia.*

³⁴² II. 3, 25, 2: *De illa sane conventione quaesitum est, si titius et seius inter se pacti sunt, ut ad titium lucri duae partes pertineant, damni tertia, ad seium duae partes damni, lucri tertia, an rata debet haberi conventio? Quintus Mucius contra naturam societatis talem pactionem esse existimavit et ob id non esse ratam habendam. Servius Sulpicius, cuius sententia praevaluit, contra sentiti, quia saepe quorundam ita pretiosa est opera in*

Права и обавезе ортака (*socii*) су иста као из периода класичног права. Ортаци су, и према одредбама посткласичног права, дужни да се у обављању заједничких послова односе са пажњом коју уобичајено имају када извршавају своје послове (*diligentia quam in suis rebus*).³⁴³ Ортаци су поред одговорности за *dolus*, одговорни и за *culpa levis in concreto* (а не за *culpa levis in abstracto*). Овакво решење супротно класичном, образлаже се тиме да је избор таквог ортака резултат непромишљености онога ко га је одабрао, слично одговорности *pater familias* за лица која под свој кров прима.³⁴⁴

Што се тиче гашења ортаклука, Институције потврђују разлоге за престанак ортаклука *ex personis*, што значи да смрт ортака, као и *capitis deminutio* доводе до престанка ортаклука.

Тако, ортаклук се гаси уколико умре један од ортака јер закључивањем уговора се исти односио на тачно одређену особу. Чак и уколико је ортаклук основан између више од два лица, он ће престати да постоји смрћу једног ортака.³⁴⁵ Може да се закључи да су Институције преузеле класична решења у погледу овог питања.

Када посматрамо други начин престанка, односно *capitis deminutio*, Институције имају у виду само *capitis deminutio maxima* и *media* што је резултат вероватно свеукупне либерализације статусног права, које је наравно, утицало и саме облигационоправне односе.

Једна од најзначајнијих промена у посткласичном праву односи се на имовину ортаклука у погледу спољашњег пословања, што на неки начин приближава ортаклук савременом трговачком друштву.

societate, ut eos iustum sit meliore conditione in societatem admitti: nam et ita coiri posse societatem non dubitatur; ut alter pecuniam conferat, alter nono conferat et tamen lucrum inter eos commune sit, quia saepe opera alicuius pro pecunia valet. Et adeo contra quinti mucii sententiam optinuit, ut illud quoque constiterit posse convenire, ut quis lucri partem ferat, damno non teneatur, quod et ipsum servius convenienter sibi existimavit: quod tamen ita intellegi oportet, ut, si in aliqua lucrum, in aliqua damnum allatum sit, compensatione facta solum quod superest intellegatur lucri esse.

³⁴³ IJ. 3, 25, 9: *Socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actione, si quid dolo commiserit, sicut is qui deponi apud se passum est, an etiam culpa, id est desidiae atque negligentiae nomine, quaesitum est: praevaluit tamen etiam culpa nomine teneri eum. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit enim talem diligentiam in communibus rebus adhibere socium, qualem suid rebus adhibere solet. Nam qui parum diligentem socium sibi adsumit, de se queri debet.*

³⁴⁴ О томе: Игњатовић, М. – *Основи римског поморског права*, Ниш, 2019, стр. 141.

³⁴⁵ IJ. 3, 25, 5: *Solvitur adhuc societas etiam morte socii, quia qui societatem contrahit certam personam sibi elegit. Sed et si consensu plurium societas coita sit, morte unius socii solvitur; etsi plures supersint, nisi si in coeunda societate aliter convenerit.*

Ортаци су могли уговором да предвиде да ће ортаклук наставити да постоји у случају да један од ортака умре. Оваква могућност је постојала, само ако је била предвиђена у тренутку склапања уговора.

Ортаци су могли да гарантују за преузете правне послове према трећим лицима, што указује на почетак заступништва. С друге стране, ово значи да је карактеристика *intuitu personae* остала карактеристика и у овом периоду.

Проширивањем садржине *actio pro socio*, односно отварањем могућности за њеним подношењем и остваривањем права и према трећим лицима, заокружен је систем новина у посткласичном периоду.

Имајући у виду речено, долазимо до неколико важних закључака:

Ортаклук у посткласичном периоду био је регулисан на основама постављеним још у класичном периоду. Извори права посткласичног периода дају потпунију слику о чисто класичним институтима. То се најбоље види кроз *Corpus Iuris Civilis* који иначе пружа значајне податке и о класичном праву, а самим тим и класичном *societas*. Већина правних решења остала је иста и у овом периоду захваљујући добро постављеним основама које су могле бити примењиване и другачијим условима.

Посткласично право је показало тенденцију хармонизације правних прописа *ius* и *leges* која је постигнута доношењем Јустинијанове кодификације. С тим у вези, посебан значај овог периода је и решавање многих правних проблема и недоумица везаних за одређене елементе овог уговора који су били предмет опсежних расправа. Посткласично римско право је одговорило на ова питања и неутралисало недоумице које су пратиле овај правни посао још из периода класичног римског права.

На крају, посткласично право је дало нови изглед ортаклуку, тако што је ортаклук приближило савременом трговачком друштву.

2.2.4. Уговор о налогу (*mandatum*) у римском праву

Уговор о пуномоћју је био уговор којим је пуномоћник (*mandatar*) у своје име и за рачун властодавца (*mandata*) бесплатно обаљао неки правни посао. По својој природи овај уговор се такође убрајао у консенсуалне уговоре римског облигационог права.

Карактеристике уговора о мандату су: консенсуални контракт *bona fidei, bilaterales inaequalis, intuitu personae* и добродин правни посао.

У римском праву уговор о налогу (*mandatum*) прешао је дуг развојни пут од времена предкласичног римског права у коме је важило правило да нико не може да обавезује за другог (*alteri stipuulari nemo potest*) до периода класичног права у коме је налог по форми дефинисан као консенсуалан правни посао.

Ваља истаћи да је римски појам уговора о мандату немогуће подвести под савремене називе „заступништво” или „пуномоћство” из најмање два разлога. Прво, јер уговор о пуномоћству подразумева, обављање искључиво правних послова, а римски појам уговора се односи и на фактичке односно материјалне акте. И друго, пуномоћство подразумева обављање правних послова у име и за рачун другог лица, док римски појам уговора о мандату подразумева преузимање правних послова у своје име, а за туђи рачун.³⁴⁶ Зато ће у овом раду бити коришћен назив уговор о налогу који највише одговара римском појму уговора о мандату.

2.2.4.1. *Mandatum* у предкласичном римском праву

У старом римском праву владало је правило да сваки човек мора сам да обавља правне послове. Услед неразвијеног правноекономског промета није постојала потреба за пружањем правне помоћи другим лицима прилоком закључивања правних послова јер су се правни послови склапали између лица која су се међусобно познавала. С друге стране, облигациони односи настајали су изговарањем свечаних речи у строго предвиђеној форми³⁴⁷ и производили су дејство само она лица која су склапала правни посао (*alteri stipuulari nemo potest*). Међутим, још од најранијег периода предкласичног римског права настала је потреба за предузимањем правних послова од стране другог, у ситуацијама када лице није било у могућности да закључи правни посао из најразличитијих разлога.

Развојем друштва и различитих животних потреба проналажени су разни начини и форме како би се омогућило склапање правних послова у своје име а за рачун

³⁴⁶ Сличног мишљења су и аутори: Д. Стојчевић, Ж. Бујуклић, М. Милошевић, М. Борас и Ј. Маргетић.

³⁴⁷ О томе: Arangio-Ruiz –*Istituzioni di diritto romano*, Napoli 1937, 296-301; М. Horvat, *Bona fides u razvoju rimskoga obveznoga prava*, Zagreb, 1939, p. 39; Cuq, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, Paris 1928, p. 389-390; Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris 1929, p. 443-503; D.45.1.38.17; I.3.19.19.

властодавца. На овај начин је решено питање потпуне пословне неспособности лица *sui iuris* и лица која због својих недостатака нису могла сама да управљају својом имовином и склапају правне послове. Такође, политички прогањана лица су на овај начин поверавала управљање својом имовином пријатељима. Те особе су биле заштићене институтом туторства, старатељства и посебном врстом фидуције (*fiducia cum amico*).³⁴⁸

Туторство (*tutela*)³⁴⁹ је установа римског права која се уводила над малолетним лицима³⁵⁰ мушког пола (*impuberes*) и женама које нису биле под очинском влашћу ни у *manus* браку без обзира на године.³⁵¹ У почетку, основни задатак татора био је брига и управљање имовином пупиле у интересу татора, а не штићеника јер је татор сматран вероватним наследником.³⁵² Татор је морао да управља имовином као *bonus pater familias* и одговарао је за *culpa levis in concreto*.³⁵³ Важно је напоменути да се татор у свим пословима појављивао као титулар, а не заступник јер је аутоматски постајао власник имовине којом је требало управљати.³⁵⁴ Самим тим, он је могао да располажем тим добрима.

Развојем права ограничено је право управљања и располагања пупилиним стварима, а све више је признавано право заступања. Током II века татор је могао да стиче имовину за пупилу, па самим тим и власништво. Па тако, захваљујући *actiones utiles* све тужбе које је подизао татор или које су против њега подигнуте прелазе су на пупилу.³⁵⁵ Такође, захваљујући делатности претора, татор је могао да користити приговор којим би одбио тужбу из послова које закључио за рачун пупиле, а након престанка туторства. Пупила је до тада могла да презуме обавезе само цесијом или новацијом, а то је зависило од воље татора. С друге стране, и за татора су могле да настану нежељене последице у смислу присиле за извршавањем обавеза које се још „воде” на њега, а он је претходно предао пупили имовину.

³⁴⁸ О томе: Šarac, M. – *Mandatum u rimskom pravu*, Split, 2011, str. 26.

³⁴⁹ , (Paul. pr.) D. 26, 1, 1.: „*Tutela est vic ac potestas (in capite libero) ad tuendum eum, qui propter aetatem suam sponte se defendere nequit*“.

³⁵⁰ Малолетници су се делили на децу млађу од 7 година (*infantes*) и на старије малолетнике (*impuberes*). Пунолетне особе (*puberes*) су стицале то својство, дечаци са 14 година, а девојчице са 12.

³⁵¹ Ulp. Reg. 11.1; G.1.144-147; D.26.1.18; C.5.35.1-2; C.5.30. ; Детаљније: Игњатовић М. – Старатељство над малолетницима –некад и сад, Задужбина Андрејевић, Београд, 2007.

³⁵² D.26.4.1pr.; D.26.1.1pr.

³⁵³ D.26.7.33pr; D.26.7.57pr

³⁵⁴ G.1.155; Ulp. Reg.11.3; 11.4; D.26.4.6; D.26.2.1pr; D.26.2.20.1.

³⁵⁵ D.41.1.13.1; D.41.2.1.20; D.26.7.9pr.; D.26.7.2.

Преторовом делатношћу је на тај начин омогућено штићенику да без цесије и новације преузме имовину на самостално управљање, а са друге стране тотор се ослобађао обавеза које је преузео склапајући правне послове и управљајући њеном имовином.³⁵⁶ На овај начин, облигациони однос обавезивао је само заступаног, а тотор заступник се ослобађао обавезе.

Старатељство је била установа која се уводила у ситуацијама када лице *sui iuris* услед одређених недостатака није било у стању да се само стара о имовини, па је било неопходно да то за њега чини неко други. Још је Закон XII таблица предвидео старатељство над умоболним и расипним лицима. Према одредбама Закона управљање имовином код ових лица поверавано је агнатима и гентилима,³⁵⁷ јер је Закон забрањивао да ова лица самостално управљају својом имовином јер нису била свесна њене економске вредности.³⁵⁸

У предкласичном праву старатељи су имали власт не само над лицем које се стављало под старатељство, већ и над његовом имовином. Касније је улога старатеља ограничена на управљање имовином, с тим да је посебно било ограничено само располагање имовином.

Постојали су случајеви када је и пословно способна особа морала да уступи управљање имовином неком другом лицу. При одласку у рат лица које нема одрасле чланове породице, као и у време прогона Маријевих и Сулиних, грађани који су били у страху од конфискације били су приморани да оставе имовину пријатељу који би чувао, управљао њоме и предузимао правне послове у вези са њом. Та особа је била особа од посебног поверења. Тако је и настао назив овог уговора *fiducia cum amico*.

Gai, Inst., II, 60.: „*Sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum sint; et si quidem cum amico contracta sit fiducia, sane omni modo competit usus receptio.*”³⁵⁹

Код пријатељске фидуције фидуцијант је преносио у својину имовину фидуцијару уз фидуцијарову обавезу да је чува и врати неоштећену.³⁶⁰ Основ овог

³⁵⁶ О томе: Buckland, *The Main Institutions of Roman Private Law*, Cambridge 1931, p. 73-80.

³⁵⁷ *Lex duodecim tabularum*, Tab. V.7a: *Si furiosus escit, adgnatum gentilumque in eo pecunia eius potestas esto.*

³⁵⁸ Опширније: Игњатовић М. *op.cit.* стр. 20.

³⁵⁹ Gai, *Inst.*, II, 60. Будући да се фидуција склапа или с повериоцем због залоге или с пријатељем ради осигурања наше имовине код њега, у случају фидуције с пријатељем увек је могућа узурецепција.

³⁶⁰ Види: Šarac, М. –*Mandatum u rimskom pravu*, Split, 2011, str. 29.

уговора била је савесност и поштење, тако да је овакав однос био правно незаштићен, ослоњао се једино на поверење стицаоца својине. Током времена уведена је правна заштита, па је преносилац својине могао да употреби тужбу *actio fiduciae directa* која је имала карактер тужбе *bona fides*. Осуђеног је уз то, стизала и *infamia*.³⁶¹

У наведеном случају се радило о некој врсти заступања, а једна од њих је *mantipatio familiae* где се први пут и помиње реч *mandare*.³⁶²

Mantipatio familiae је настао како би се елиминисали недостаци најстаријег римског тестаментa (*testamentum calatis comitiis*).³⁶³ Старешина породице је још за живота могао особи од поверења (*familiae emptor*) да прода целокупну имовину у форми маџипације, уз обавезу да он ту имовину преда лицу коме овај одреди. После смрти оставиоца, пријатељ (*familiae emptor*) је био дужан да имовину пренесе у својину лицу коме је овај одредио. Он је то чинио у истој (паралелној) форми, дакле у форми *per aes et libram* Правни посао склопљен на овај начин представљао је правни посао *inter vivos*, па и није био прави тестамент јер је недостајало *institutio heredis*. Како је временом положај *familiae emptor*- а слабио тако је он постојао од правог власника формални власник. То је даље значило да је он постајао мандатар и да је имао положај извршиоца тестаментa.³⁶⁴ У самој формули се види да фиктивни купац преузимао на себе обавезу да се стара и да чува поверену имовину. Иако је овде реч о деловању у корист другог лица, то још увек није представљало пуномоћје у правом смислу те речи.

Развојем правноекономског промета у периоду након Пунских ратова, чему је посебно допринело ослобађање трговине од строгог формализма до тада израженог кроз форму *mancipatio*, дошло је до сужавања обима правне способности *pater familias*-а, а у корист лица *alieni iuris* и робовова. Активношћу претора уведене су тужбе *actiones adiecticiae qualitatis*³⁶⁵ уз помоћ којих је омогућено лицима *alieni iuris* и

³⁶¹ О томе: Romac, A. – *Rječnik rimskog prava*, Zagreb, 1983, str. 119.

³⁶² Етимолошки, ова реч долази од кованице *manus* (рука) и *dare* (дати) која је највероватније означавала пружање руке односно руковање које је код Римљана било знак посебне блискости. С друге стране, *manus* је могло да има и пренесено значење „власт”, па се називом овог уговора указивало на његову садржину, преношење овлашћења на другога. Више: Arangio-Ruiz – *Il mandato in diritto romano*, Napoli 1965, p. 5.

³⁶³ *Testamentum calatis comitiis* (пред сазваном скупштином) био је најстарија врста тестаментa коју је предвиђао већ Закон XII таблица. Назив је добио по томе јер је састављен пред посебно сазваном скупштином која се састајала само два пута годишње. Следећа негативна карактеристика је била чињеница да су се такве скупштине сазивале само у Риму, јавно и без присуства жена и плебејаца. Зато је и настао *mantipatio familiae*.

³⁶⁴ Gai, Inst. II, 104: *Familia pecuniaque tua endo mandatelam custodelamque meam, quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc aere, et ut quidam adiciunt aeneaque libra, esto mihi empti*.

³⁶⁵ *Actiones adiecticiae qualitatis* (од *actio*- тужба, *adiecticius*- додат и *qualitas*- особина) назив који је настао

робовима да склапају правне послове у своје име, а за рачун *pater familias*-а и то у тачно одређеним ситуацијама. На овај начин направљен је изузетак од правила *inter partes* и пооштрена је уговорна одговорност *pater familias*-а који до тада није одговарао за радње својих укућана.³⁶⁶

Сужавање обима правне способности значило је да су лица *alieni iuris* и робови могли да иступају у правном промету по налогу *pater familias*-а и да закључују правне послове, а *pater familias* се сматрао власником ствари.

Gai, Inst. II, 86.: „*Adquiritur autem nobis non solum per nosmet ipsos, sed etism per eos quos in potestate manu mancipiove habemus; item per eos servos, in quibus usum fructum habemus; item per homines liberos et servos alienos quos bona fide possidemus. De quibus singulis diligenter dispiciamus.*”³⁶⁷

И Улпијан у Књизи Регула говори о стицању *pater familias*-а од стране особа које су биле под његовом *patria potestas*:

Ulp. Reg. 19.18.: „*Adquiritur autem nobis etiam per eas personas, quas in potestate, manu mancipione habemus. Itaque si quid mancipio puta acceperint, aut traditum eis sit, vel stipulati fuerint, ad nos pertinet.*”³⁶⁸

Међутим, иступање лица *alieni iuris* и робова у правном промету за рачун *pater familias*-а у пракси је изазвало правну несигурност, јер нико није желео да склапа правне послове са лицима *alieni iuris* јер они нису имали своју имовину, а ако је правни посао закључио роб, такав правни посао није производио правно дејство, јер роб није био субјекат права, па смим тим правни посао није обавезивао *paterfamilias*-а. *Pater familias* је могао да испуни оно на шта би се особа под његовом влашћу обавезала, али није био дужан јер је била у питању природна облигација (*obligationes naturales*).³⁶⁹ Одговорност за правне радње других није постојала због важења начела *alteri stipuulari nemo potest*).

тек у доба глосатора под којима се подразумева скуп тужби које су уводили претори с циљем да за обавезе које предузму особе *alieni iuris* буду одговорни њихови имаоци власти (*paterfamilialis* и господар). Наведено према: Ромас, А. – *Рјечник римског права*, Zagreb, 1983, str. 13.

³⁶⁶ Опширније: Игњатовић, М. – Одговорност за штету причињену туђим радњама у римском праву, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 79, Ниш, 2018, стр. 402.

³⁶⁷ Gai, Inst. II, 86.

³⁶⁸ Ulp. Reg. 19.18.

³⁶⁹ *Obligaciones naturales* –неутуживе, али наплативе облигације.

Да би се превазишло наведено ограничење и спречило кочење правноекономског развоја до кога је дошло услед непостојања одговорности за радње других лица, претор је увео шест нових тужби (*actiones adiecticiae qualitatis*): *actio quod iussu*, *actio institoria*, *actio exercitoria*, *actio de peculio* и *actio de tributoria*. На тај начин одговорност је била на ономе које је наредио склапање правног посла, дакле на *paterfamilias*- у. Претор је у постојећој тужби мењао имена субјеката тако што је у интенцији формуле навођено име сина или роба који је закључио правни посао, док је кондеминација била уперена против *paterfamilias*- а.³⁷⁰

Actio quod iussu (од *actio*- тужба, *quod*- с обзиром на и *iussum*- наредба, наређење) преторска тужба која се могла подићи против имаоца власти (оца или господара) ради испуњења обавеза насталих закључивањем правних послова од стране подређених лица (сина или роба) с трећима, ако су те треће особе у такве односе ступале по наређењу, налогу, односно са знањем имаоца власти. Одговорност оца односно господара је била неограничена.³⁷¹

Actio institoria (од *actio*- тужба и *institorius*- који се односи на пословођу, од *institor*-трговац на мало, пословођа и *stare*- поставити) преторска тужба против трговца за обавезе које је с трећим лицима закључио његов пословођа, било да је на ту дужност постављена слободна особа *sui iuris*, *filius familias* или роб. И овде је одговорност била неограничена.³⁷²

Actio exercitoria (од *actio*- тужба и *exercitorius*- који се односи на пословање, од *exercere*- обављати, предузимати неки посао) преторска тужба на основу које је поверилац из уговора закљученог с лицем *alieni iuris*- било да се ради о *filius familias*, робу или намештенику- који је био постављен за заповедника брода (*magister navis*) могао да тужи оца или господара- власника брода (*exercitor navis*) за обавезе које су предузеле особе под његовом влашћу. И ова тужба, као и претходне две, била је неограничена односно отац или господар је одговарао неограничено.³⁷³

Actio de peculio (од *actio*- тужба, *de*- о, *peculium*- лична имовина којом не располаже *paterfamilias* од *pecus*- стадо) преторска тужба којом је отац одговарао за обавезе сина или роба преузете према трећим лицима. *Paterfamilias* је део имовине

³⁷⁰ *Idem.*, str. 46.

³⁷¹ О томе: Romac, A. *op.cit.* str. 13.

³⁷² *Idem.*, стр. 9.

³⁷³ *Idem.*, стр. 8.

препуштао сину или робу на самостално коришћење и управљање од чијег је пословања и он имао корист.³⁷⁴ Он је одговарао до висине пекулијума у моменту изрицања пресуде, с тим што до те висине није одговарао само стварима пекулијума, већ и својом имовином.³⁷⁵

Actio de tributoria (од *actio*- тужба, *tributorius*- који се односи на давање, додељивање, овде: намирење, од *tribuere*- дати, доделити) преторска тужба против имаоца власти (оца или господара) за сразмерно намирење повериочевих тражбина које су настале из пословних односа с подређеним особама (сином, робом) у случајевима кад су те особе у споразуму с имаоцем власти водиле неки трговачки посао, па су се при томе презадужиле. И овде је одговорност била до висине пекулијума.

У истом временском периоду настала је и потреба за деловањем за другог и у поступку пред судом. И у поступку пред судом важило је правило да је свака странка морала самостално да учествује у поступку и да самостално предузима процесне радње (*nemo alieno nomine lege agere potest*). Међутим, већ у периоду важења легисакционог поступка било је одступања од наведеног правила. Тако, у споровима око слободe (*causa liberalis*) грађанин који се умешао у спор да би заштитио интересе роба (*adsertor libertatis*) водио је поступак *alieno nomine*, као нека врста заступника. Формуларни поступак познаје заступника у спору *cognitoria* кога једна странка именује свечаним речима у присуству друге странке.³⁷⁶ Такође, јавља се и *procurator*. То је било лице које је добило једно општије овлашћење да штити нечије интересе, у првом реду на суду. Пресуда у случају спора са прокуратором обично је била са промењеним субјектима (*per transpositionem*).³⁷⁷

Као што је у погледу правних послова важило правило *alteri stipulari nemo potest*, тако је и у првим данима настанка грађанског судског поступка важило правило да је свака странка морала самостално да учествује у поступку и да самостално предузима процесне радње (*nemo alieno nomine lege agere potest*).

Међутим, као што су измењење друштвеноекономске прилике утицале на ублажавање начела да нико не може својим радњама да обавезе друго лице, тако је временом дошло до одступања од начела да свака странка мора сама и лично да

³⁷⁴ О томе: Ромас, А. *op.cit.* стр. 247.

³⁷⁵ Види: М. Horvat, М. – *Римско право*, Загреб, 2002, стр. 104.

³⁷⁶ О томе: Д. Стојчевић, Д. – *Римско облигационо право*, Београд, 1960, стр. 96.

³⁷⁷ Види: Станојевић, О. – *Римско право*, Београд, 2000, стр. 301.

учествује у поступку и да самостално предузима процесне радње. То се дешавало из већ поменутих разлога, попут одласка у војни поход или неке друге врсте спречености.

И Гај у својим Институцијама наводи да се спор може водити или у своје име или у туђе име као нпр. когнитор, прокуратор, тутор, старатељ. Он даље наводи да некада док су легисакције биле у употреби, није било могуће водити спор у туђе име, осим у неким одређеним ситуацијама.³⁷⁸

Анализа ове одредбе, не пружа могућност да се са сигурношћу утврди у којим ситуацијама је било могуће да се учествује у парници у туђе име. Могуће је да се мисли на спорове слободе (*causa liberalis*) када се грађанин умешао у спор да би заштитио интересе роба (*adsertor libertatis*). У том случају, грађанин је водио поступак *alieno nomine*, као нека врста заступника. Сличан такав положај имао је и грађанин који би водио поступак *pro populo* (код *actiones populares*), као и тутор који би водио парницу делимично пословно способних особа (*pubertati proximi*).³⁷⁹

У формуларном поступку већ је било могуће сазступање странка у поступку пред судом, а у улози заступника јављали су се *cognitor* и *procurator*.

Податке о овој врсти заступника нам даје Гај у свом делу Институције. *Cognitor* је био заступник у парници који је постављан свечаним речима у присуству друге странке. Тужилац и тужени су имали право да поставе један другом когнитора. При том било је без значаја да ли је одређено лице присутно или не. У овом другом случају, лице је постајао когнитор уколико је сазнало и прихватило се дужности когнитора.³⁸⁰

Gai, Inst. IV, 83. : „Тужилац овако поставља когнитора: *Како те тужим због (примера ради) земљишта, у том спору одређујем ти Л. Тиција за когнитора. А тужени би овако одговорио: Пошто ме тужиш за земљиште, у том спору одређујем ти П. Мевија за когнитора, а тужени може и овако: пошто хоћеш да ме тужиш, у том спору одређујем ти когнитора.*”³⁸¹

³⁷⁸Gai, Inst. IV, .82: „*Nunc admonendi sumus agere nos aut nostro nomine aut alieno, veluti cognitorio, procuratorio, tutorio, curatorio, cum olim, quo tempore legis actiones in usu fuissent, alieno nomine agere non liceret, praeterquam ex certis causis*”.

³⁷⁹ Види: М. Šarac, *op.cit.* str. 31 – 32.

³⁸⁰ Gai, Inst. IV, 83.

³⁸¹ Gai, Inst. IV, 83. : *Cognitor autem certis verbis in litem coram adversario substituitur. Nam actor ita cognitorem dat quod ego a te verbi gratia fundum peto, in eam rem Lucium Titium tibi cognitorem do; adversarius ita quia tu a me fundum petis, in eam rem tibi Publium Mevium cognitorem do, adversusu ita: Quia tu mecum egere vis, in eam rem cognitorem do.*

Након именовања когнатора, тужилац није могао да се предомисли у смислу подизања нове тужбе, јер је његова тужба конзумирана когнаторовом литисконтентацијом. С друге стране, свечано издавање пуномоћи му је ту могућност онемогућавало.³⁸² У тужбеном захтеву се наводило име заступаног, а кондемнација је гласила на когнатора.³⁸³ Уколико се радило о својинској тужби, заступник је у интенцији морао утврдити да ствар припада квиритском власнику, а у кондемнацији је стављано име когнатора.³⁸⁴

Уколико је когнатор наступао на страни туженог, ситуација је била другачија. Овде се у интенцији наводило име тужиоца односно заступаног (*dominus litis*), док је кондемнација гласила на име когнатора. Дакле, тужилац је могао *actio iudicati* подићи само против когнатора.³⁸⁵ Ово је било могуће захваљујући претору и формулама са промењеним субјектима (*per transpositionem*). Уколико је била у питању својинска тужба, у захтеву се није наводило име онога са којим се води спор, него се једино тврдило да ствар припада тужиоцу.³⁸⁶ Проблем који се могао појавити за тужиоца, с обзиром на чиницу да је кондемнација увек гласила против когнатора, био је уколико би когнатор био без имовине. Како се тужилац само из ње могао наплатити јер због извршене литисконтестације није могао накнадно тужити и заступаног, могао је захтевати од туженог којег је заступао когнатор *satisfactio iudicatum solvi* односно обећање јемаца да ће они извршити осуду која буде изречена против когнатора. Касније, извршење пресуде (*actio iudicati*) је давано директно заступнику (*dominus litis*).³⁸⁷

Према Паулу заступник се одређивао за вођење парнице, за обављање свих послова, једног дела посла или управљање целокупном имовином (*procurator aut ad litem aut ad omne negotium aut ad partem negotii aut ad res administrandas datur*).³⁸⁸

На основу Паулове сентенце можемо разликовати неколико врста прокуратора: *procurator ad litem*, *procurator in rem suam*, *procurator unius rei* и *procurator omnium rerum (bonorum)*.

³⁸² Gai, Inst. IV, 98.

³⁸³ Gai, Inst. IV, 86.

³⁸⁴ *Ibidem*.

³⁸⁵ Gai, Inst. IV, 87.

³⁸⁶ *Ibidem*.

³⁸⁷ Види: М. Ђарас, *op.cit.* стр. 33.

³⁸⁸ P.S. 1.3.2: Заступник се одређује за вођење парнице, обављање свих послова, једног дела посла или управљање целокупном имовином.

Procurator ad litem, за разлику од когнатора, није се постављао са одређеним речима суду, већ је он то постајао на основу самог мандата, без присуства и знања друге парничне странке.³⁸⁹ Разлози увођења били су исправљање оних недостатака које су постојале на страни когнатора где је због формализма странка била потпуно спречена да дође у везу са другом странком, а уз то је губила сваку могућност контроле над активношћу заступника, или појединих субјеката који због своје процесне неспособности нису могли да се појаве пред магистратом.³⁹⁰ По окончању парнице, прокуратор је морао да положи рачун заступаном³⁹¹, а имао је право и на надокнаду трошкова које је претрпео током парнице.³⁹²

Procurator in rem suam, као што сам назив говори, означава лице које је могло да узме учешће у већ покренутој парници ради сопствене користи и у своје име је могло да подигне тужбу *actiones utiles*. Овде се заправо радило о цесији тужбе, а прокуратор је био фиктивни заступник, цесионар који је тужио у име досадашњег повериоца.

Procurator unius rei. Ова врста прокуратора је углавном имала овлашћење за извршење неког материјалног или правног акта. То је могло бити чишћење одеда, куповина одређених ствари, јемчење за мандантов дуг или изговарање адвокатске одбране.

Procurator omnium rerum је било лице које је постављано за управљање целокупном имовином и пословима или само делом имовине за рачун потпуно пословно неспособних грађана.

2.2.4.2. *Mandatum* у класичном римском праву

У класичном римском праву уговор о налогу (*mandatum*) добио је форму консенсуалних уговора и настајао је простом сагласношћу воља (*consensus*) уговорних страна о битним елементима уговора (*essentialia negotii*).

D. 17. 1. 1 pr: „*Obligatio mandati consensu contrahentim consistit.*”³⁹³

³⁸⁹ Gai, Inst. IV, 84.: *Procurator vero nullis certis verbis in litem substituitur, sed ex solo mandato et absente et ignorante adversario constituitur.*

³⁹⁰ Види: М. Šarac, *op.cit.* str. 35.

³⁹¹ D.3.3.46.4

³⁹² D.3.3.46.6

³⁹³ D. 17. 1. 1 pr

Уговорне стране су код овог уговора су: налогодавац (*mandant, mandator, dominus negotii*) и налогопримац (*mandatar*).

Уговорне стране су сагласност воља могле да изразе на разне начине: усмено, писмено, али и прећутно помоћу конклюдентних радњи. Једино је било важно да воља буде изражена недвосмислено. Дакле, није било потребно предузимање других радњи да би уговор о мандату настао.

2.2.4.2.1. Предмет уговора

Предмет уговора о налогу могао је да буде правни посао (да налогопримац закључи уговор са другим лицем, заступа у поступку пред судом, купује или продаје, и сл.) или фактички посао (да нешто да. лечи, подучава).³⁹⁴ Посао који је преузимао налогопримац, морао је бити дозвољен.³⁹⁵ Дакле, из уговора о мандату настајала је облигација на *facere*.

Ако се радило о правном послу (куповина или продаја одређене ствари³⁹⁶, закључење уговора, заступање пред судом) мандатар је имао положај посредног заступника, све акте је преузимао у своје име, али за туђ рачун. То је даље значило да су ефекти правног посла погађали директно њега, али је са друге стране био дужан да их пренесе мандату или трећем лицу. Уколико је нпр. добио налог за куповину одређене ствари, мандатар је постао власник, али је накнадно био дужан да је пренесе у својину манданту.³⁹⁷

Уколико је реч о физичком послу, он је могао бити мануелни (*operae illiberales*) попут окопавања земљишта, оправке одређене ствари, шића одела³⁹⁸, итд, могло је да се ради и интелектуалном послу (*operae liberales*) као што је нпр. подучавање одређеној вештини, услуге лекара итд.

³⁹⁴ Види: Игњатовић, М. – Римско право, Ниш, 2022, стр. 356.

³⁹⁵ Л. 3, 26, 7. : *Mandatum non est obligatorium, quod contra bonos mores est.*

³⁹⁶ У *Дигестама*, књига 17, наслов 1 приказује много примера: дајем ти мандат да купиш за мене имовину, дајем ти мандант да купиш за мене роба, дајем ти мандат да купиш за мене тракт земље, итд.

³⁹⁷ Види: М. Милошевић, М. – Римско право, Београд, 2009, стр. 385.

³⁹⁸ Сви они послови који могу бити предмет *locatio-conductio operis* ако се обављају бесплатно могу бити предмет овог уговора.

2.2.4.2.2. Дејство уговора

Уговор о налогу могао је да буде закључен како у интересу налогодавца, у интересу манданта и мандатара, тако и у интересу неког трећег лица.³⁹⁹ Међутим, уколико би посао био у искључивом интересу мандатара, онда неће постојати уговор о мандату, већ обичан савет (*consilium*).

Гај, у Институцијама наводи сликовит пример где каже да уколико једно лице да налог другом да оно изврши нешто у свом интересу, то лице не треба да ради по његовом налогу, већ по свом личном нахођењу. Даље наводи да уколико једно лице наговори друго да новац који држи неупотребљен у кући да некоме на зајам са каматом, а то лице касније не успе да га поврати, неће моћи да га тужи на основу мандата. Исто правило важи и случају наговора једног лица да друго купи ствар која му не користи.⁴⁰⁰ Питање које се постављало са овако закљученим правним послом било је да ли уопште постоји правна обавеза односно настаје ли право на накнаду штете. Институције говоре у прилог позитвном одговору. Разлог томе лежи у чињеници да без наговора тог лица не би ни дошло до преузимања посла.⁴⁰¹ Уколико је савет дат у злој намери, оштећена страна је могла подићи тужбу због преваре (*actio doli*).

Mandatum је *contractus bilaterales inaequalis* односно двострано неједнако обавезујући уговор јер је у тренутку закључења уговора настајала само једна обавеза, обавеза налогопримца да обави посао који му је наложен на основу уговора. Међутим, могло је да се догоди да у току трајања уговора настане обавеза и за налогодавца. То је био случај ако је мандатар имао трошкове око извршења посла или ако је извршавајући посао примио неке обавезе на себе. У том случају мандант је био у обавези да му надокнади све учињене трошкове, ослободи примљених обавеза и надокнади штету коју је евентуално претрпео његовом кривицом.⁴⁰²

Неки аутори⁴⁰³ сматрају да је *mandatum* у класичном римском праву био *contractus bilateralis aequalis*. Они то закључују на основу Гајевих Институција и текста који говори о консенсуалним контрактима уопште. Наводи се да код ове врсте уговора, уговорне стране се једна другој обавезују на оно што међусобно дугују на основу

³⁹⁹ Gai, Inst. III, 155.

⁴⁰⁰ Gai, Inst. III, 156.

⁴⁰¹ Gai, Inst. III, 156.

⁴⁰² О томе: Stojčević, D. –*Rimsko pravo, knjiga II, sveska 2, Obligaciono pravo*, Beograd, 1960, str. 97.

⁴⁰³ Више: Donatuti, *Contributi alla teoria del mandato*, 1927- v. Arangio-Ruiz, p. 84.

принципа правичности и једнакости (*bonum et aequum*).⁴⁰⁴ У прилог таквом схватању је и одредба која се односи на уговор о мандату, а која гласи:

Gai, Inst. III, 155: „Мандат се закључује било ради извршења неког нашег посла или туђег. Тако ће настати обавеза из мандата ако уговоримо, да обавиш неки мој посао или посао неког трећег лица и отуда смо један другом обавезни на оно што ја теби или ти мени према начелу савесности (*bona fides*) дугујемо.”⁴⁰⁵

Без обзира на супротна мишљења, уговор о мандату у класичном праву је био двострано неједнако обавезујући. Такво схватање је утемељено на основу самог чина склапања правног посла у ком тренутку је настајале обавеза само за једну уговорну страну. Настајала је обавеза за мандатара да бесплатно обави правни или фактички посао за манданта. То што би евентуално касније могла да настане одређена обавеза за налогопримца, не би се могло тумачити као двострано једнако обавезујући уговор. Јер и уговор о купопродаји је двострано једнако обавезујући што значи да у тренутку закључења уговора настаје обавеза за обе уговорне стране, а ипак у току самог трајања уговора могу настати неке додатне обавезе.

Још једна од карактеристика мандата која га разликује од осталих уговора је његова бесплатност. С обзиром да је уговор свој основ имао у пријатељству и поверењу, још од најранијих времена, бесплатност је његово обележје. С друге стране, у римском друштву, посебно аристократији је владало схватање да је плаћање за обављени рад понижење за слободног човека.

Још је и Цицерон истицао бесплатност мандата.⁴⁰⁶ Међутим, Јаволен је био први правник који је формално прокламовао принцип бесплатности, а то начело су касније преузели класични правници Гај и Паул.⁴⁰⁷

Занимљива је ситуација која се помиње у Дигестама, а говори о мандатару који се обавезао да ће купити земљиште на којем је он један од сувласника.⁴⁰⁸ Овде се

⁴⁰⁴ Gai, Inst. III, 137 : *Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet...*

⁴⁰⁵ Gai, Inst. III, 155: *Mandatum consistit, sive nostra gratia mandemus sive aliena. Itaque sive ut mea negotia geras, sive ut alterius, mandaverim, contrahitur mandati obligatio, et invicem alter alteri tenebimur in id, quod vel me tibi vel te mihi bona fide praestare oportet.*

⁴⁰⁶ У свом говору *pro Roscio Amerino* 38.111 говори о бесплатности мандата због чињенице да почива на осећају дужности и пријатељства, а у *De officiis* 1.42.150 да се не може уговорати *merces* у интересу мандатара приликом склапања овог уговора.

⁴⁰⁷ О томе: A. Watson, A. – *Contract of mandat in Roman Law*, Oxford, 1984, p. 104.

⁴⁰⁸ D.17.1.36.1 (*Iav. 7 ex Cassio*): *Simili modo et in illa specie ubi certo pretio tibi emere mandavi et aliarum*

поставља питање, шта ће се десити уколико купац одреди цену за цело земљиште, а остали сувласници продају своје уделе по нижој цени. Другим речима, да ли има мандатар право да тражи да се вишак од постигнуте цене урачуна у његов део односно може ли да наплати своју услугу и извући корист из налога? Јаволен сматра да је то противно самој природи уговора и да би се на тај начин оглушио у једно од основних начела уговора о налогу.⁴⁰⁹

И Гај је сличног мишљења. Штавише наводи да свака радња која може бити предмет уговора о најму, а извршилац дела или најамни радник се обавезу да је изврше бесплатно, постаје заправо предмет мандата.⁴¹⁰ Остаје питање, зашто би се неко обавезивао на извршење посла без надокнаде. Једна група аутора⁴¹¹ сматра да би тиме обе уговорне стране имале користи у смислу избегавања одговорности за *custodia* од стране радника или појачане одговорности од стране радника јер би путем мандата он одговарао и за грешке настале приликом извршења дела. Друга група аутора⁴¹² сматра да Гај у овим наводима мисли на *operae liberti*, те да би разлог бесплатног обавезивања лежао у односу ослобођеног роба и бившег господара.

Гајево мишљење дели и Паул који наводи да је мандат ништав ако није бесплатан јер води порекло из дужности и пријатељства. Даље наводи сличну констатацију Гајевој да би, уколико дође до давања новца, ствар пре спадала у *locatio u conductio*.⁴¹³

Међутим, док су једноставније радње остале бесплатне, где је притом постојала и забрана уговорања додатних стипулација, Римљани су пронашли начин за награђивање лица који су предузимали сложеније радње. То су чинили путем *salarium* и *honor*.

partium nomine commode negotium gessisti et vilius emeris, pro tua parte tantum tibi praestatur quanti interest tua, dummodo intra id pretium quod mandato continetur. Quid enim fiet si exiguo pretio hi, cum quibus tibi communis fundus erat, rem abicere vel necessitate rei familiaris vel alia causa coregentur? Non etiam tu ad idem dispendium deduceres, sed nec lucrum tibi ex hac causa acquirere debes, cum mandatum gratuitum esse debet. Neque enim tibi concedendum est propter hoc venditionem impedire quod animosiores eius rei emptorem esse quam tibi mandatum est cognoveris.

⁴⁰⁹ Види: М. Шарас, *op.cit.* str. 54.

⁴¹⁰ Gai, Inst, III,162: *In summa sciendum est, quotiens aliquid gratis faciendum dederim, quo nomine, si mercedem statuissem, locatio et conductio contraheretur, mandati esse actionem.*

⁴¹¹ О томе: Dumont – *La gratuité du mandat en droit romain*, Studi Arangio-Ruiz II (1952), p. 310-311.

⁴¹² Види: Michel – *Gratuité en droit romain*, Bruxelles 1962, p. 176.

⁴¹³ D.17.1.1.4 (Paul. 31 ad ed.): *Mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit.*

Salarium је предствљао периодичне суме новца које би биле исплаћивање прокураторима. Имајући у виду да су прокуратори најчешће били *procurator omnium bonorum* односно да им је било поверење управљање целокупном имовином и да су том приликом улагали већи труд и активност за обаљање тих послова, логично је да требало наћи и начина за награђивање тих лица.⁴¹⁴ Прокуратор је судску заштиту у случају неисплаћивања могао добити једино у поступку *extra ordinem*. С друге стране, постоји схватање да се *salarium* могао дати и *procurator ad litem*.⁴¹⁵ Али је у тој ситуацији требало водити рачуна да се иза допуштеног правног посла не крије уговор којим би прокуратор себи осигуравао суму новца добијену од туженика на име новчане казне. И Папинијан је био свестан те могућности па наводи да, ако би покушао да тражи плату одређену прокуратору у поступку *extra ordinem*, онда би требало испитати да ли је властодавац хтео да награди тај посао или је прокуратор откупио успех парнице по вишој цени противно добрим обичајима.⁴¹⁶

Дакле, накнада се могла тражити само у поступку *extra ordinem* и није могла бити предмет *actio mandati*.

C.4.35.1: „*Adversus eum, cuius negotia gesta sunt, de pecunia, quam de propriis opibus vel ab aliis mutuo acceptam erogasti, mandati actione pro sorte et usuris potes experiri: de salario quod promisit a praeside provinciae cognitio praebebitur.*”⁴¹⁷

С друге стране, Улпијана наводи да ако се част додељује на бази надокнаде, онда ће мандат бити предмет тужбе.⁴¹⁸ Дакле, упоређивањем ових текстова, можемо доћи до несагласности о овом питању. Међутим, Аранђио Руиз сматра је немогућа неподударност такве врсте из простог разлога што је Улпијан био Папинијанов ученик, па не би толико одступио од мишљења свог ментора. Он даље сматра да је Улпијанов текст D.17.1.6.7 који говори о *salarium* у складу са доктрином његовом времена, а да је у посткласичном праву нестала разлика између *ordo iudiciorum* и *extraordinaria cognitio* што је вероватно довело до брисања изворног Улпинијановог текста.⁴¹⁹

Текст који је изазвао доста полемика и коментара је Паулов текст:

⁴¹⁴ *Idem.*, стр. 58.

⁴¹⁵ О томе: Arangio-Ruiz –*Il mandato in diritto romano*, Napoli 1965, p. 116-117.

⁴¹⁶ D.17.1.7 (*Pap. 3 resp.*): *Salarium procuratori constitutum si extra ordinem peti coeperit, considerandum erit, laborem dominus remunerare voluerit (atque ideo fidem adhiberi placitis oporteat) an eventum litium maioris pecuniae praemio contra bonos mores procurator redemerit.*

⁴¹⁷ C.4.35.1

⁴¹⁸ D.17.1.6пр.: (*Ulp. 31 ad ed.*)

⁴¹⁹ *Idem.*, стр. 116-117.

На захтев једног од својих пријатеља, ковач је купио роба за десет (хиљада сестерција) и поучио га свом занату. Затим га је продао за суму од двадесет (хиљада сестерција), на коју је био осуђен на основи тужбе из мандата, да плати (манданту). Али, ускоро је био осуђен у корист купца јер роб није био без мане. Мела каже да мандант неће морати платити износ казне, осим ако је мандатар часно купио роба док тај још није стекао ману. Али, ако га је поучио на мандантов захтев, биће друкчије: тада ће ковач имати право на своју плату и на трошкове уздржавања, осим ако се није обавезао учити га бесплатно.⁴²⁰

Главно питање које се овде поставља је: да ли је мандант обавезан да надокнади мандатару суму новца коју је он требало да плати купцу? Мела одговара да није осим ако је роб имао ману у моменту када је мандатар купио или уколико се мандатар није понашао долозно (*sine dolo malo*). Овакво решење је у складу са доктрином класичног права где је мандатар, по правилу, одговарао само за *dolus*. Али, куповина роба са маном или чињење да роб накнадно оболи доводе до тога да ће *dolus* постојати код мандаревог налогодавца.⁴²¹

2.2.4.2.3. Права и обавезе уговорних страна

С обзиром да је уговор о налогу контракт на основу кога се мандатар обавезује да изврши неки правни или фактички посао за манданта, тако у самом тренутку закључења уговора настају обавезе само за мандатара. Главна обавеза јесте извршење повереног посла савесно у складу са *bona fidei* у границама добијених овлашћења и налога добијених од манданта.⁴²² Имајући у виду да је мандатар преузимао обавезе у своје име, а за туђ рачун мандатара је био у обавези да ефекте правних послова које је предузео пренесе на налогодавца.⁴²³

⁴²⁰ D.17.1.26.8 (*Paul. 32 ad ed.*): *Faber mandatu amici sui emit servum decem et fabricam docuit, deinde vendidit eam viginti, quos mandati iudicio coactus est solvere: mox quasi homo non erat sanus, emptori damnatus est: Mela ait non praestaturum id ei mandatorem, nisi posteaquam emisset sine dolo malo hoc vitium habere coeperit servus, sed si iussu mandatoris eum docuerit, contra fore: tunc enim et mercedem et cibaria consecuturum, nisi si ut gratis doceret rogatus sit.*

⁴²¹ Види: Michel – *Gratuité en droit romain*, Bruxelles 1962, p. 183-184

⁴²² G.3.161; D.17.1.3-5; D.17.1.8.3; D.17.1.10.6; D.17.1.20pr.; D.17.1.27.2; D.17.1.33; D.17.1.45.1; D.3.5.28; D.43.24.6; D.44.3.15.2; D.46.3.31; D.49.1.4.5; C.2.12.8; C.2.12.11; EG 2.9.20; P.S. 2.15.3; I.3.26.8

⁴²³ О томе: Arangio-Ruiz, *Il mandato in diritto romano*, Napoli 1965, 159-165; Donatuti, *Contributi alla teoria del mandato in diritto romano I*, Annali della R. Univ. di Perugia, 1927; isti, *Mandatum incertum*, BIDR 33 (1923), 181; Levy, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, Weimar 1956, p. 292-295; Longo, *Sul mandato incerto*, Scritti Ferrini II, Milano 1947, p. 138; Pringsheim, *Noch einmal Gai, Inst. III, 161. und Inst. Iust. 3, 26, 8*, ZSS 27 (1955), 54; Sanfilippo, *Esecuzione del mandato mediante sostituto*, Annali Semin. giur.

Сликовит пример свих обавеза мандатара даје један текст Дигеста:

D.17.1.8.10: „*Proinde si tibi mandavi, ut hominem emeris, tuque emisti, teneberis mihi, ut restituas. Sed et si dolo emere neglexisti (forte enim pecunia accepta alii cessisti ut emeret) aut si lata culpa (forte si gratia ductus passus es alium emere), teneberis. Sed et si servus quem emisti fugit, si quidem dolo tuo, teneberis, si dolus non intervenit nec culpa, non teneberis nisi ad hoc, ut caveas, si in potestatem tuam pervenerit, te restitutum. sed et si restituas, et tradere debes. et si cautum est de evictione vel potes desiderare, ut tibi caveatur, puto sufficere, si mihi hac actione cedas, ut procuratorem me in rem meam facias, nec amplius praestes quam consecuturus sis*”.⁴²⁴

Налогопримац је био обавезан да изврши посао у границама добијених овлашћења и савесно. Или како Гај каже:

Gai, Inst. III, 156: „*Mandatarius terminos sibi positos transgredi non potest.*”⁴²⁵

О овој проблематици, представници школа Сабинијана и Прокулеанаца су имале различита мишљења.

Гај наводи мишљење Сабинијанске школе и разматра ситуацију до које може доћи када мандатар изврши посао под условима другачијим него што је мандант одредио. Гај каже да уколико налогопримац добије налог и пређе границе истог, може се подићи тужба из мандата ако је налогодавцу стало до његовог испуњења и ако је оно могуће. Док, налогопримац нема право на тужбу из мандата. Наводи сликовит пример куповине земљишта и ситуације у којој налогопримац купи исто за већи износ од одређеног. У том случају, налопримац неће моћи да подигне тужбу против налогодавца, а неће чак бити ни дужан да прими земљиште за већ одређени износ. У

Catania I, (1946-7), p. 5.

⁴²⁴ D.17.1.8.10: Према томе, ако ти дам налог да купиш роба за мене, а ти то учиниш, бићеш одговоран да ми га доставиш. Али ако лажеш да си пропустио прилику да га купиш, или си можда примио новац у ту сврху, или си га дао другоме који би могао да изврши куповину уместо тебе, или си пропустио да купиш роба, или си био заведен на основу неке услуге и неко други га је купио уместо тебе, сматраће се да си одговоран. Ако роб којег купиш побегне, такође подлежеш одговорности, уколико се утврди да си га намерно пустио да оде. Међутм, ако не постоји лоша намера или пропуст, твоја одговорност је једино у томе да доставиш купљеног роба. Заједно са робом мораћеш да ми доставиш и право да га поседује; ако је стављена гаранција на његово враћање протеривањем, биће довољно да пренесеш право тужбе на мене и на тај начин ме назначиш за свог пуномоћника, да ја могу да поступама за своје потребе и послове, а ти више нећеш бити обавезан да ми чиниш добро више од овог што си учинио за мене.

⁴²⁵ Gai, Inst. III, 156: Мандатар не може прећи границе које су му одређене.

супротној ситуацији, уколико би купио земљиште за мањи износ, налогопримац би имао право на тужбу против налогодавца.⁴²⁶

Став Прокулеанске школе био је супротан. Представници ове школе сматрали су да је мандант мора прихватити извршени посао у границама датих овлашћења уколико би мандатар намирио разлику између предвиђене и остварене цене. Такво решење прихваћено је тек у посткласичном периоду.

Чим би прихватио налог који је у складу са добрим обичајима⁴²⁷, морао је да га изврши јер је свако слободан да одбије налог.⁴²⁸ Налог је, ипак, могао бити одбивен и у току трајања мандата, уколико би мандатар за то имао оправдан разлог. Паул наводи пример где каже да налогопримац не треба да се тужи са налогодавцем, у чије име је и прихватио налог, јер ће се парница односити на налогодавца.⁴²⁹

С друге стране, у одређеним случајевима, мандатар је био у обавези да настави са предузимањем одређених радњи и након обављеног посла. То ће се десити зато што након извршеног посла могу настати последице које из формалних разлога може да преузме само мандатар. У овој ситуацији не настаје нови мандат него се сматра да је то наставак претходног. Уколико мандатар одбије извршење мандата, мандант може подићи *actio mandati* Улпијан наводи пример такве ситуације:

*„Ако наложим некоме да му се Тиције обвезе стипулацијом, могу тужити из мандата онога коме сам наложио зато што је опростио дуг Тицију, или, ако то радије хоћу, могу тужити за то да га он упуту да се обвезе мени, или било којем трећем. У истој књизи Папинијан даље пише: ако је мајка осигурала мираз својој кћерки и по кћеркином налогу стипулацијом са зетом осигурала његов поврат, или одмах или касније, онда одговара из налога иако је она била та која је осигурала мираз.“*⁴³⁰

⁴²⁶ Gai, Inst. III, 161: *Cum autem is cui recte mandaverim egressus fuerit mandatum, ego quidem eatenus cum eo habeo mandati actionem, quatenus mea interest implese eum mandatum, si modo implere potuerit; at ille tecum agere non potest. Itaque si mandaverim tibi, ut verbi gratia fundum mihi sestertiis C emeris; tu sestertiis CL emeris, non habebis tecum mandati actionem, etiamsi tanti velis mihi dare fundum, quanti emendum tibi mandassem; idque maxime Sabino et Cassio placuit. Quod si minoris emeris habebis tecum scilicet actionem, quia qui mandat, ut C milibus emeretur, is utique mandare intellegitur, uti minoris, si posset emeretur*

⁴²⁷ JI. 3, 26, 7: *Mandatum non est obligatorium, quod contra bonos mores est.*

⁴²⁸ JI. 3, 26, 11: *Mandatum non suscipere cuilibet liberum est, susceptum autem consummandum est.*

⁴²⁹ D.17.1.45.1 (Paul. 5 ad Plautium): *Sed si mandatu meo iudicium suscepisti, manente iudicio sine iusta causa non debes tecum agere, ut transferatur iudicium in me; nondum enim perfecisti mandatum.*

⁴³⁰ D.17.1.10.6 (Ulp. 31 ad ed.): *Si cui mandavero, ut a Titio stipuletur, potero cum eo cui mandavi agere mandati, ut eum accepto liberet, si hoc velim: vel, si malim, in hoc agam, ut eum delegat mihi vel si cui alii voluero. Et Papinianus libro eodem scribit, si mater pro filia dotem dederit eamque mandante filia vel ilico*

Следеће питање које се постављало било је, може ли мандатар именовати себи заменика односно субмандатара.

Општеприхваћено мишљење које заступају и Аранђио Руиз и Ватсон је да мандатар може поверити посао заменику, али би у том случају сносио све последице тако повереног посла. Једино у случају када је мандатар изабран због његових стручних способности и знања, то не би било могуће.⁴³¹ Супротног мишљења је Донатути. Он, наиме, сматра да је мандатар дужан да се држи добијеног налога и да не може посао поверити заменику односно субмандатару уколико није за то посебно овлашћен.⁴³² Основу таквог мишљења дали су му текстови D.44.3.15.2⁴³³ и D.43.24.6.⁴³⁴

У првом случају, Донатути сматра да мандатар није смео да овласти другу особу и да је због тога та делегација ништава. Међутим, његовом мишљењу се супротставља Сан Филипо који сматра да се поменути текст односи на дисконтинуитет поседа односно *accessio possessionis y interdictum utrobi*.⁴³⁵ Аранђио Руиз није, такође, сагласан са оваквим мишљењем сматрајући текстове које Донатути посматра исквареним. Он је такође мишљења да би такво решење било крајње непрактично, поготово мишљење да се мандат тада сматра неизвршеним. Јер шта радити у ситуацији када би мандант тужио мандата за неизвршење обавеза, а мандатар презентује резултате свом налогодавцу.

Други текст на који се позива Данатути где сматра да мандат извршен од друге особе на захтев мандатара заправо не представља извршење првог.⁴³⁶ Наведени текст се односи на интердикт *quod vi aut clam*, а поставља се питање да ли је власник земљишта у обавези када је извршен *novum opus*, не од лица које треба да изврши налог, већ од субмандатара. Аранђио Руиз одговара позитивно.⁴³⁷ На крају, текст који говори о могућности постављања субмандатара је D.3.5.27. Овде је Тиције дао мандат некој

stipulata sit vel etiam postea, mandati eam teneri, quamvis ipsa sit, quae dotem dederit.

⁴³¹ О томе: Arangio-Ruiz, *Il mandato in diritto romano*, Napoli 1965, 161; A. Watson, *Contract of mandat in Roman Law*, Oxford, 1984, 179.

⁴³² Види: Donatuti – *Contributi alla teoria del mandato*, p. 68

⁴³³ D.44.3.15.2 (Venul. 5 interdict.): *Item adiciendum est, unde emisti, aut unde is emit, cui tu emendum mandaveras, et quod apud eum, qui vendendum mandavit. Quod si is quoque, cui mandatum erat, alii vendendum mandaverit, non aliter huius, qui postea mandaverat, dandam accessionem Labeo ait, quam si id ipsum dominus ei permiserit.*

⁴³⁴ D.43.24.6 (Paul. 67 ad ed.): *Si ego tibi mandavero opus novum facere, tu alii, non potest videri meo iussu factum: teneberis ergo tu et ille: an et ergo teneor videamus. Et magis est et me qui initium rei praestiterim, teneri: sed uno ex his satisfaciente ceteri liberantur.*

⁴³⁵ Више: Sanfilippo – *Esecuzione del mandato mediante sostituto*, Annali Semin. giur. Catania I, (1946-7), p. 167-178.

⁴³⁶ Детаљније: Donatuti – *Mandatum incertum*, BIDR, 1923, p. 180.

⁴³⁷ О томе: Arangio-Ruiz, *Il mandato in diritto romano*, Napoli 1965, p. 163.

другој особи да води послове за Сеја. Тиције има право на тужбу против заменика, а пресуда ће бити процењена према његовом интересу који има да се изврши мандат. Другим речима, интерес мора бити у функцији његових обавеза према Сеју, било да је од њега добио налог, било да је интервенисао као *negotiorum gestor*.⁴³⁸

„*Ex mandato apud eum qui mandatum suscepit nihil remanere oportet, sicuti nec damnum pati debet, si exigere faeneratam pecuniam non potuit*”⁴³⁹

Као што наводи Паул, обавеза мандатара била је све ефекте правног посла пренесе на манданта, односно он није смео задржати никакву корист из извршеног мандата. Даље се износи да налогопримац не треба да сноси штету преузимајући мандат.

Одговорност мандатара

О обиму одговорности мандатара у класичном периоду постоје различита мишљења. Она се могу поделити у три групе:

а) мандатар је у класичном периоду одговарао само за *dolus*⁴⁴⁰;

б) у раном класичном праву мандатар је одговоран само за *dolus*, а у касном класичном праву његова одговорност је проширена на *culpa levis*;

в) обим одговорности је варирао, па је мандатар у одређеним случајевима одговарао само за *dolus*, а у неким и за *culpa*.⁴⁴¹

а) Аранђио Руиз, који је мишљења да је мандатар одговарао само за *dolus*, своје схватање базира на три чињенице, уговор *bona fides*, бесплатност и на томе да је *actio mandati* повлачила инфамију. Имајући у виду да је уговор о мандату заснован на *bona fides* за овог аутора то аутоматски значи да је мандатар одговоран само за долозно

⁴³⁸ D.3.5.27 (Iavol. 8 ex Cass.): *Si quis mandatu Titii negotia Seii gessit, Titio mandati tenetur lisque aestimari debet, quanto Seii et Titii interest: Titii autem interest, quantum is Seio praestare debet, cui vel mandati vel negotiorum gestorum nomine obligatus est. Titio autem actio competit cum eo, cui mandavit aliena negotia gerenda, et antequam ipse quicquam domino praestet, quia id ei abesse videtur, in quo obligatus est.*

⁴³⁹ D.17.1.20pr

⁴⁴⁰ *Dolus* (превара, варка, лукавост). Према дефиницији коју износи Лабео, *dolus* јесте свако лукаво и преварно поступање учињено у настојању да неко буде оштећен у имовини. Овај израз се употребљава и у смислу степена кривице код повреде уговорних односа, па се узима да је страна која је намерно и свесно онемогућила испуњење обавезе-поступала долозно. Наведено према: Ромас, А. –Рјечник римског права, Загреб, 1983, стр. 96.

⁴⁴¹ Детаљније: Шарас, М. – *Mandatum u rimskom pravu*, Split, 2011, стр. 90.

понашање. Своје мишљење поткрепљује Улпијановим текстовима⁴⁴² где се између осталог говори о мандатару који је добио налог за куповину роба, а овај је побегао. Оно што, по мишљењу овог аутора, опредељује мандареву одговорност је: да ли је роб побегао због мандатаревог *dolus*- а или не. Овај аутор сматра да ће он бити одговоран само у првом случају јер нема друге обавезе до *praestare bonam fidem*.⁴⁴³ Даље, он сматра да је *mandatum* као и *depositum* бесплатан уговор, па да мандатар као и депозитар треба да буде одговоран само *ad dolus*.⁴⁴⁴ Трећа претпоставка на којој заснива одговорност мандатара односи се на чиницу да је *actio mandati* била инфамирајућа и да је мандатар изворно одговарао само за *dolus*, а да се то проширило и на класични период. Своје схватање подупире текстом из Гајевих Институција: „*Quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum; item pro socio, fiduciae, tutelae, mandati, depositi*”, па сматра да је инфамија могла да настане само у случајевима долозног извршења уговора.⁴⁴⁵ На крају кључну потпору својој теорији налази у Модестиновом тексту *Collatio legum mosaicarum et romanarum 10.2.3 (2 differentiarum)*⁴⁴⁶ и у једном рескрипту Александра Севера из 227. године уврштеном С.2.12(13).10.⁴⁴⁷

б) Друга група аутора која сматра да је у раном класичном праву одговорност била сведена на *dolus*, а да је у касном класичном праву одговорност проширена на *culpa levis* своје аргументе базирају на мишљењу да је у раном класичном праву уговор о мандату био бесплатан, док је у касном класичном праву она била само формална.⁴⁴⁸ Аутори који засупају ово гледиште су *Mitteis* и *Buckland*. *Mitteis* сматра да је до проширења одговорности дошло пре Диоклецијана, а потпору његовом мишљењу налази у Дигестама.

⁴⁴² D.50.17.152.3 (69 ad edictum): *In contractibus, quibus doli praestatio vel bona fides inest, heres in solidum tenetur: i D.17.1.8.10 u vezi s D.17.1.10pr: (31 ad edictum): sed et si servus quem emisti fugit, si quidem dolo tuo, teneberis; si dolus non intervenit nec culpa, non teneberis nisi ad hoc, ut caveas, si in potestatem tuam pervenerit, te restitutum... nihil enim amplius quam bonam fidem praestare eum oportet qui procurat.*

⁴⁴³ Види: Arangio-Ruiz –*Responsabilità*, Napoli, 1958, p. 33-36.

⁴⁴⁴ *Idem.*, str. 46-40.

⁴⁴⁵ *Idem.*, str. 38-39.

⁴⁴⁶ *Collatio legum mosaicarum et romanarum 10.2.3 (2 differentiarum): In mandati vero iudicium dolus, non etiam culpa deducitur.*

⁴⁴⁷ *Imp. Alexander A. Castriciae. Si procurator ad unam speciem constitutus officium mandati egressus est, id quod gessit nullum domino praeiudicium facere potuit. Quod si plenam potestatem agendi habuit, rem iudicatam rescindi non oportet, cum, si quid fraude vel dolo egit, convenire eum more iudiciorum non prohiberis.*

⁴⁴⁸ Види: *Mitteis –Römisches Privatrecht*, Leipzig 1908, p. 327; *Buckland, A Text-book of Roman Law from Augustus to Justinian*, Cambridge 1932, 516;

в) Аутор који сматра да је одговорност варијала у зависности од положаја уговорних страна и обима посла је *Watson*.⁴⁴⁹ Он је мишљења да, иако то није прокломавано, је врло вероватно из прости чињенице да је мандат био повезан са толико различитих односа да једна врста одговорности не би могла да задовољи практичне потребе. С друге стране, спајање прокуре са мандатом не би могло да се изврши на једноставан начин да је одговорност почивала само на *dolus*.

Обавезе манданта

С обзиром да је уговор о налогу *contractus bilaterales inaequales*, обавезе из овог уговора настају само за мандатара. Међутим, у току трајања уговора могу настати и одређене обавезе за манданта. Обавезе настале за манданта последица су начела да нико не би смео претрпети штету из обавезе преузете у туђем интересу⁴⁵⁰ као начела утилитета по којем из уговора теже одговара она страна у чијем је интересу уговор закључен.

Мандант је морао надокнадити трошкове које мандатар имао приликом извршења мандата.

D.17.1.27.4: „*Sive, cum frumentum deberetur, fideiussor Africum dedit, sive quid ex necessitate solvendi plus impendit quam est pretium solutae rei, sive Stichum solvit isque decessit aut debilitate flagitiove ad nullum pretium sui redactus est, id mandati iudicio consequeretur.*”⁴⁵¹

Мандант је био дужан да ослободи мандатара преузетих обавеза и терета. Паул у свом тексту истиче да мандатар не сме задржати никакву корист коју је стекао извршавајући поверени му налог. Мандатар је обавезан по завршетку посла да пренесе све што је стекао извршавајући налог. Паул, даље сматра да како мандатар није стекао никакву корист, не треба ни да сноси штету.⁴⁵²

⁴⁴⁹ О томе: *Watson, A. –Contract of mandat in Roman Law, Oxford, 1984, p. 198*

⁴⁵⁰ *Gai Inst. III, 23.3: Periculum eius esse debet, cuius est commodum.*

⁴⁵¹ D.17.1.27.4. Трошкови који су се појавили за време извршавања мандата, ако су направљени добром вољом, свакако да би требало да буду исплаћени; нема разлике између оног који има мандат и плати мање него да сам води бизнис.

⁴⁵² D.17.1.20.pr.-1. (*Paul. II ad Sab.*): *Ex mandato apud eum qui mandatum suscepit nihil remanere oportet, sicuti nec damnum pati debet, si exigere faeneratam pecuniam non potuit. 1. Fideiussori negotiorum gestorum est actio, si pro absente fideiusserit: nam mandati actio non potest competere, cum non antecesserit mandatum.*

2.2.4.2.4. Процедурална средства

Actio mandati је била посебна тужба предвиђена за заштиту односа који су произлазили из уговора о мандату. Она је имала два облика *actio mandati directa* и *actio mandati contraria*.

Actio mandati directa је била на располагању манданту и повлачила је инфамију.

Actio mandati contraria је била тужба за заштиту права мандатара.

Међутим спорно је да ли је ова друга врста тужбе постојала још у класичном римском праву.

Највероватније је да је у класично доба постојала јединствена *actio mandati* која је имала *intentio* за обе стране.⁴⁵³ То потврђује и наредни текст Дигеста:

D.17.1.41.: „*Potest ab una dumtaxat parte mandati iudicium dari: nam si is qui mandatum suscepit egressus fuerit mandatum, ipsi quidem mandati iudicium non competit, at ei qui mandaverit adversus eum competit.*”⁴⁵⁴

2.2.4.2.5. Престанак уговора

Уговор о налогу могао је да престане на различите начине. Најчешће, *mandatum* је престајао извршењем налога или истеком рока. Као уговорни однос *intuitu personae* престајао и смрћу било које уговорне стране. Осим тога, могао је да престане и једнострано, опозовом манданта (*revocatio*) и отказом мандатара (*renuntiatio*).

С обзиром да је облигациони однос настајао да би био испуњен, један од начина престанка уговора о налогу био је извршење налога. Налог је требало да буде извршен онако како су уговорне стране предвиделе и у границама овлашћења датих у самом налогу. Такође, мандат је могао престати и истеком рока односно временског периода на који је склопљен.

Следећи разлог престанка је смрт једне или друге уговорне стране. Ово је логична последица личног карактера уговора (*intuitu personae*). Међутим, различите

⁴⁵³ О томе: Buckland, W. W. –, *A text-book of Roman law from Augustus to Justinian*. Cambridge, 1921, p. 515.

⁴⁵⁴ D.17.1.41. : Тужба на основу дејства мандата некад може бити дозвољена само за једну страну: ако страна која је преузела извршење мандата напусти дужност мандата, неће имати право тужбе на основу дејства мандата.

последнице су произилазиле у зависности од ситуације да ли је умро мандатар или мандант. У сваком случају, мандат се гасио смрћу. Ако је умро мандатар, оно што је мандант наложио односно његови захтеви садржани у мандату нису прелазили на његове наследнике. С друге стране, како наводи Гај у Институцијама, уколико се деси да умре налогодавац, а налогопримац из незнања изврши мандат, имаће право на тужбу из мандата (*actio mandati*) и то из разлога корисности.⁴⁵⁵ Дакле, према Гају, уговор би престајао смрћу било које стране само ако се није приступило извршењу повереног посла, односно ако је налог био још увек *integrum*.⁴⁵⁶

Дигесте наводе Паулов текст који гласи:

D.17.1.26.pr.: „*Inter causas omittendi mandati etiam mors mandatoris est: nam mandatum solvitur morte. Si tamen per ignorantionem impletum est competere actionem utilitatis causa dicitur. Iulianus quoque scripsit mandatoris morte solvi mandatum, sed obligationem aliquando durare.*”⁴⁵⁷

У првом делу Пауловог текста може се уочити слична констатација као у Гајевом: смрт мандатора гаси ортаклук, а ако је испуњен из незнања постоји право на тужбу *utilis causa*. Оно што ствара забуну је другу део текста где се наводи да је Јулијан писао да се смрћу мандата разрешева мандат, али да облигација траје и даље.⁴⁵⁸ Овде се вероватно мисли на преостале захтеве који су могли настати у току трајања мандата, а након смрти мандатора. Вероватно је правна сигурност налагала да и они треба да буду испуњени.

Питање опозива мандата од стране манданта изазвало је бројне недоумице у смислу његовог права на опозив.

Гај сматра да се пуноважно закључени уговор о налогу може опозвати уколико још није дошло до његовог извршења. Притом одређује границе тог овлашћења, док акт или радња још није започета.⁴⁵⁹ Опозивање лежи у промењеној вољи налогодавца да

⁴⁵⁵ Gai, Inst. III, 160. *Item si adhuc integro mandato mors alterutrius alicuius interueniat, id est uel eius, qui mandarit, uel eius, qui mandatum suscepit, soluitur mandatum; sed utilitatis causa receptum est, ut si mortuo eo, qui mihi mandauerit, ignorans eum decessisse exsecutus fuero mandatum, posse me agere mandati actione...*

⁴⁵⁶ Gai, Inst. III, 160

⁴⁵⁷ D.17.1.26.pr.

⁴⁵⁸ D.17.1.26.pr.

⁴⁵⁹ Gai, Inst. III, 159: *Sed recte quoque consummatum mandatum si, dum adhuc integra res sit, revocatum fuerit, evanescit.*

одређени посао предузме изабрано лице. Разуме се, опозивањем мандант не сме да нанесе било какву штету дотадашњем мандатару.

Овај кратак текст довео је до великих спорења између аутора и различитог тумачења. Аранђо Руиз⁴⁶⁰ и *Watson*⁴⁶¹ сматрају да је мандант није имао право да откаже уговор уколико је мандатар већ започео са извршењем налога. *Watson* даље наводи да Јулијанов текст D.17.1.30 (13 dig.)⁴⁶² ствара одређене нејасноће у смислу налогодавчевог права на опозив. Тумачењем самог текста, сматра *Watson*, могло би да се дође до закључка да је његово право на отказ ограничено. Међутим, исти аутор сматра да би такав закључак био погрешан с обзиром да се сам текст односи вероватно на *fiducia*. То правда тиме што Јулијан у 13. књизи Дигесте говори о *fiducia*, а у 14. о мандату. *Watson* закључује да се уговор може опозвати уколико је још *res integra*.⁴⁶³

С друге стране, *Meylan* сматра да навод о могућности опозива уговора о налогу не постоји ако је мандатар већ започео са извршењем налога, је погрешан и да такву заблуду која честа у литератури треба исправити. Он је мишљења да је чудно што Аранђо Руиз своди захтев за *res integra* на мандантову обавезу да у потпуности обештети мандатара уколико је налог опозвао након што је мандатар започео са његовим извршењем. *Meylan* сматра да Гајев циљ није био да се манданту одузме право на опозив налогу у току самог извршења већ да мандантово право призилази из саме природе посла, с обзиром да је он господар посла, и треба му дати могућност да га повуче у било које време, уз услов да преузме ефекте посла и надокнади евентуалну штету.

Randazzo критикује *Meylan*-ово схватање *Watsona* и *Ruiz*-а наглашавајући да ови аутори нису мишљења да Гај негира манданту право отказа уговора о налогу током његовог извршења. Заправо, Аранђо Руиз наводи да мандант уз обештећење мандатара могао да га опозове иако је већ започето с његовим извршењем. *Watson*, такође признаје манданту пуно право опозива, а ограничења о којима се говори односе се на могућност отказа уговора о налогу од стране мандатара.

⁴⁶⁰ Види: Arangio-Ruiz – *Instituzioni di diritto romano*, Napoli 1937, p. 134.

⁴⁶¹ Види: Watson, A. - *Contract of mandat in Roman Law*, Oxford, 1984, p. 70.

⁴⁶² *Si hominem tibi dederō, ut eum manumitteres, et postea procurator meus prohibuerit, ne manumitteres, an mandati agere possim, si tu eum manumitteres? respondi, si procurator iustam causam habuit interpellandi manumissionem servi, quem in hoc solum acceperam, ut manumitterem, veluti si compererit eum postea falsas rationes confecisse, insidias vitae prioris domini struxisse, tenebor nisi denuntiationi procuratoris parvero: si vero nulla iusta causa procuratori fuit denuntiandi, ne servus manumitteretur, non poterit tecum agi, quamvis ad libertatem eum perduxerim.*

⁴⁶³ Види: Watson, A., *op.cit.* p. 70.

Даље, ваља упоредити Гајев текст III. 159 с Пауловим фрагментом D.17.1.15.⁴⁶⁴ И овде се може закључити да је мандант имао право на опозив манданта. Јер како се из самог текста види, мандант је опозвао налог о куповини земљишта пре него што је мандатар то сазнао, али мандатар је незнавши за то ипак купио земљиште. У даљем тексту стоји да без обзира на ту чињеницу односно куповину земљишта од стране мандатара, мандант ће бити у обавези да преузме ефекте тог правног посла.

Гајево и Паулово мишљење деле и Марцел и Улпијан. То се може видети из текста D.17.1.12.16.⁴⁶⁵ У наведеном тексту се говори о уговору о налогу где је мандант дао налог да се тражи новац, а потом је променио мишљење. Поставља се питања да ли постоји право на тужбу из мандата, манданту или његовим наследницима. Марцел одговора да нема места тужби јер се мандат гаси када престане мандантова воља.⁴⁶⁶

На основу наведеног може да се закључи да је налогодавац имао право да опозове издати налог. Питање које се поставља је да ли је он то могао учинити у било ком стадијуму извршења уговора или само уколико са извршењем није започето. Имајући у виду да је налогодавац господар посла односно да он издаје налог, природно је дозволити му то право у било којем стадијуму. Наравно, последице датог опозива ће бити другачије. Уколико је опозив учињен, а да није била преузета ни једна радња, уговор о мандату ће се једноставно угасити. С друге стране, уколико је опозив учињен када су већ преузете одређене радње, налогодавац ће бити дужан да надокнади евентуалну штету налогопримцу као и да преузме ефекте правног посла. Уколико је, налогопримац рецимо, извршио одређену куповину, налогодавац ће бити дужан да „прими” пренос својине.

Отказ мандата од мандатара и питање да ли је таква могућност уопште постојала у класичном праву, као и уколико јесте, када је мандатар то могао да учини, поделила је ауторе у две групе. Мишљења се крећу од тога да отказ уопште није био могућ уколико је мандатар почео са извршењем налога до тога да су обе уговорне стране имале ту могућност.

⁴⁶⁴ D.17.1.15 (2 ad Sab.): *Si mandassem tibi, ut fundum emereres, postea scripsisses, ne emereres, tu, antequam scias me vetuisse, emisses, mandati tibi obligatus ero, ne damno adficiatur is qui suscipit mandatum.*

⁴⁶⁵ D.17.1.12.16 (Ulp. 16 ad ed.): *Si mandavero exigendam pecuniam, deinde voluntatem mutavero, an sit mandati actio vel mihi vel heredi meo? et ait Marcellus cessare mandati actionem quia extinctum est mandatum finita voluntate.*

⁴⁶⁶ D.17.1.12.16 (Ulp. 16 ad ed.)

Аутори који сматрају да отказ уговора о налогу уопште није био могућ у току класичног периода, наводе за своје мишљење налазе у G.3.159, G.3.161 и D.17.1.27.2. Навешћемо наведене текстове ради боље компарације.

Gai, Inst. III, 159: „Правилно је схватање да ће бити раскинут пуноважно закључен мандант ако је опозван пре него што је дошло до његовом извршења.”⁴⁶⁷

Gai. Inst. III, 161.: „Кад неком дам ваљани налог и он пријеђе границе налога, против њега имам утолико право на тужбу из мандата, колико ми је стало да он испуни налог ако је његово извршење било могуће. А он мене не може тужити. Тако, ако ти наложим да, примера ради, купиш земљиште за сто (хиљада сестерција), а ти купиш за стопедесет, нећеш моћи тужити ме тужбом из мандата, чак и ако желиш уступити ми земљиште за онолико колико сам ти наложио да купиш. Такво је у првом реду било мишљење Сабина и Касија. А ако купиш ствар за мањи износ, имат ћеш свакако право на тужбу против мене, јер се сматра да налог да се купи за сто, подразумијева да се купи, ако је могуће, за мању суму.”⁴⁶⁸

D.17.1.27.2 (Gai. 9-10 ad ed. prov.): „Онај ко је прихватио мандат не сме да напусти преузети посао уколико је у могућности да га изврши иначе ће бити осуђен да накнади штету коју мандант претрпи. Ако, пак, увиди да он такав посао не може обавити, онда мора што је могуће пре обавестити манданта, да би се тај, уколико жели, могао послужити услугом другог; ако је пропустио обавестити га, онда је обавезан накнадити штету; ако је из било ког разлога пропустио то учинити, није обавезан.”⁴⁶⁹

Наиме, Гај у овим текстовима као да ћути о постојању такве могућности. По њиховом схватању, мандатар је морао испунити налог који већ прихватио, а у случају да је испуњење мандата постало немогуће, морао је о томе да обавести манданта. При

⁴⁶⁷ Gai, Inst. III, 159: *Sed recte quoque consummatum mandatum si, dum adhuc integra res sit, revocatum fuerit, evanescit.*

⁴⁶⁸ Gai. Inst. III, 161. *Cum autem is, cui recte mandaverim, egressus fuerit mandatum, ego quidem eatenus cum eo habeo mandati actionem, quatenus mea inter-est inplere eum mandatum, si modo implere potuerit; at ille tecum agere non potest. Itaque si mandaverim tibi, ut verbi gratia fundum mihi sestertiis C emeris, tu sestertiis CL emeris, non habebis tecum || mandati actionem, etiamsi tanti velis mihi dare fundum, quanti emen-dum tibi mandassem; idque maxime Sabino et Cassio placuit. Quod si minoris emeris, habebis tecum scilicet actionem, quia qui mandat, ut C milibus emeretur, is utique mandare intellegitur, uti minoris, si pos-set, emeretur.*

⁴⁶⁹ D.17.1.27.2 (Gai. 9-10 ad ed. prov.): *Qui mandatum suscepit, si potest id explere, deserere promissum officium non debet, alioquin quanti mandatoris interest damnabitur: si vero intellegit explere se id officium non posse, id ipsum cum primum poterit debet mandatori nuntiare, ut is si velit alterius opera utatur: quod si, cum possit nuntiare, cessaverit, quanti mandatoris intersit tenebitur: si aliqua ex causa non poterit nuntiare, securus erit.*

том, уколико су околности биле исте као у време прихватања налога, он никако није могао да откаже мандат. Једино ако су касније наступиле околности које га онемогућавају у испуњењу налога. Мандатар је преузео обавезу слободно и бесплатно, засновану на поверењу и пријатељству и из тог разлога не може да откаже уговор о налогу када га је једном преузео.⁴⁷⁰

Re integra је била претпоставка за отказ од стране мандатара и за опозив манданта. Акти или радње које већ биле предузете или је пак пропуштено да се предузме, нису могли једностраним актом да буду поништени. Ако мандант опозове налог, а мандатар у целости или делимично испуни налог оно што је извршено остаје на снази. Такође, уколико мандатар накнадно откаже налог, то ће неће поништити последице неиспуњења или рђавог испуњења мандата (*re non integra*).⁴⁷¹

Ruiz сматра да је уговор о налогу могао бити отказан и да у класичном праву *iusta causa* није била предвиђена.⁴⁷² Сличног мишљења је и Касер који наглашава бесплатност мандата и његову личну природу. *Watson* и *Michel* су другачијег мишљења. *Watson* истиче Гајев негативан став према отказу од стране мандатара. Ипак, позивајући се на основну карактеристику мандата, бесплатност, сматра да су обе уговорне стране могле раскинути уговор. *Meylan*, пак, сматра да се мандантово право да располаже предметом мандата ни на који начин не може изједначити са мандатаревим отказом. Мандатар је изабран, прихватио је обавезу и зато је не може једнострано угасити осим ако није дошло до промењених околности.

На основу наведеног могло би се закључити да је мандатар имао право да откаже налог.

Ваља размотрити могућност отказа мандата уколико није предузета ни једна радња у вези са налогом. Тада можемо поставити питање, зашто би мандатар уопште пристао на извршење налога уколико сматра да је његово извршење отежано или немогуће. У тој ситуацији могло би, можда да се говори о промењеним околностима или евентуално касније исказаним потешкоћама. Наравно, у том случају мандатар би био обавезан да одмах обавести манданта о немогућности испуњења или отежаном испуњењу налога. На то је дужан, у осталом, због правног посла *bona fidei*.

⁴⁷⁰ Види: Šarac, M; Macanović, M. – *Revocatio i Renuntiatio, izvorni znanstveni rad*, 2010, str. 14.

⁴⁷¹ *Idem.*, str. 14.

⁴⁷² Види: Arangio-Ruiz – *Il mandato in diritto romano*, Napoli 1965, p. 138.

С друге стране, уколико су већ преузете одређене радње, мишљење је да и тада мандатар има право на отказ. С тим што и ту можемо да разликујемо две ситуације. Једна од њих би било отказивање које би манданту проузроковало штету. У том случају мандатар би био дужан да је надокнади, склоно начелу да свака нанета штета треба да се надокнади.

Друга ситуација би била да је мандатар предузео одређене радње, али да је касније односно наредно предузимамње радњи немогуће или отежено. Тада, мандатар би био дужан да обавести манданта о немогућности или отежаном испуњењу обавезе, као и да ефекте већ преузетог правног посла пренесе на манданта. И ово је последица правне природе уговора о налогу који свој основ има у пријатељству и савесности. Овде је мало вероватно да би уговорне стране подизале тужбу једна против друге и због тога се сматра да би уговор о налогу могао да буде отказан уз горе наведене обавезе.

2.2.4.2.6. Посебни облици уговора

Уговор о налогу имао је неколико својих врста.

Једна од подела мандата учињена је с обзиром на лице у чију је корист налог преузет. Седamnaеста књига Дигесте говоре у прилог да је мандант могао да буде предузет у корист манданта, затим у корист неког трећег лица, у корист манданта и неког трећег лица. Осим тога, уговор о налогу је могао бити закључен и интересу манданта и мандатра као и интересу мандатра и неког трећег лица.⁴⁷³

Друга класификација уговора о налогу извршена је у односу на сам предмет налога, па се тако разликују: *mandatum generale*, *mandatum speciale* и *mandatum pecunia creditae*.

Уговор о налогу је могао бити закључен у интересу манданта. То је био уједно основни облик и вероватно највише закључаван облик. Као што се из дефиниције види, посао је могао бити фактички или правни. Сличан пример илуструје текст из Дигеста:

⁴⁷³ D. 17.1.2.1; D.17.1.2.2.; D.17.1.2.3.; D.17.1.2.4.; D.17.1.2.5..

D. 17.1.2.1.: „*Mea tantum gratia intervenit mandatum, veluti si tibi mandem, ut negotia mea geras vel ut fundum mihi emeris vel ut pro me fideiubeas.*”⁴⁷⁴

Како сам текст наводи, уговор о налогу је могао бити закључен у корист налогодавца. Овде се *exempli causa* наводи да то може бити целокупан посао, куповина земље, преузимање или у функцији у гаранције.

Пример налога који је преузет искључиво у корист трећег лица је:

D.17.1.2.2.: „*Aliena tantum, veluti si tibi mandem, ut titii negotia gereres vel ut fundum ei emeris vel ut pro eo fideiubeas.*”⁴⁷⁵

Као што може *prima faciae* да види, реченична конструкција је остала иста као претходна, само што се овде посао предузима у искључивом интересу трећег. Примери су задржани из претходног текста, па се радња предузима у циљу вођења туђег посла, куповине земље или у функцији гаранције.

Осим претходне две врсте, мандант је могао да се предузме у интересу манданта и неког трећег лица.

D.17.1.2.3.: „*Mea et aliena, veluti si tibi mandem, ut mea et titii negotia gereres vel ut mihi et titio fundum emeris vel ut pro me et titio fideiubeas.*”⁴⁷⁶

Наведени текст се односи на случајаве када уговор о налогу може да буде закључен у корист два лица, у овом случају налогодавца и неког трећег. Притом, Дигесте сликовито задржавају исте примере како би читаоцу било олакшано разумевање суштине.

Мандант може дати налог мандатару ради извршења неког посла од којег би обојица имали користи односно посао који је предузет у интересу манданта и мандатра. Овде мандант даје налог поводом неког њиховог заједничког посла, с циљем давања зајма са каматом:

D.17.1.2.4.: „*Tua et mea, veluti si mandem tibi, ut sub usuris crederes ei, qui in rem meam mutuaretur.*”⁴⁷⁷

⁴⁷⁴ D. 17.1.2.1.

⁴⁷⁵ D.17.1.2.2.

⁴⁷⁶ D.17.1.2.3.

⁴⁷⁷ D.17.1.2.4.

Уговор је могао бити предузет и у интересу налогопримца и неког трећег лица. Дигесте наводе пример где мандант даје налог мандатару да овај да трећем лицу новац у зајам са каматом:

D.17.1.2.5.: „*Tua et aliena, veluti si tibi mandem, ut titio sub usuris crederes: quod si, ut sine usuris crederes, aliena tantum gratia intervenit mandatum.*”⁴⁷⁸

Важно је било да налог био није закључен у искључивом интересу налогопримца јер би се онда сматрало да не постоји налог, већ обичан савет. Следећи пример то сликовито приказује:

„*Tua autem gratia intervenit mandatum, veluti si mandem tibi, ut pecunias tuas potius in emptiones praediorum colloques quam faeneres, vel ex diverso ut faeneres potius quam in emptiones praediorum colloques: cuius generis mandatum magis consilium est quam mandatum et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei cui datur, quia liberum est cuique apud se explorare, an expediat sibi consilium.*”⁴⁷⁹

2.2.4.3. *Mandatum* у посткласичном римском праву

Уговор о налогу у посткласичном периоду задржао је основне карактеристике класичног периода, али је добио и неке нове.

И у посткласичном периоду уговор о налогу се дефинисао као двострано неједнако обавезујући консенсуални уговор којим се мандатар обавезује да у своје име, а за рачун манданта изврши бесплатно одређени материјални или правни посао.

Консенсуалност је и даље остала битна карактеристика уговора о налогу, односно уговор је настајао чим би уговорне стране постигле сагласност воља у погледу битних елемента, конкретног посла који се склапао. За разлику од класичног периода у посткласичном праву сагласност воља уговорних страна могла је да буде исказана и у писменој форми чиме се обезбеђивала већа правна сигурност у случају евентуалног

⁴⁷⁸ D.17.1.2.5..

⁴⁷⁹ „Облигација мандата је уговорена у твоју корист само ако ти дам, на пример, налог да уместо да потрошиш свој новац за куповину земље исти даш као зајам са каматом. Или, са друге стране, боље да их даш на зајам са каматом, него да их инвестираш у куповину земље. Овај вид трошка односно говорећи више значи савет него мандат, и за овај рачун није облигаторан, јер нико није обавезан за савет чак иако нема добит за страну којој се даје савет.”

спора. Ова форма је била форма *ad probationem* што значи да је служила као доказно средство. Уговорне стране су могле да дају изјаву у записник пред чиновником, затим су могле саме да саставе писмену исправу и да је потпишу или да писмену исправу саставе пред сведоцима коју би оверио јавни бележник.

Бесплатност уговора о налогу као доминантно начело класичног периода остало је и у Јустинијаново време макар у формалном контексту. О томе сведоче Јустинијанове Институције. Оне наводе да уколико мандат није бесплатан онда спада у другу категорију правних послова и да уколико се уговори плата онда се ради о уговору о најму. Уопштено, како се наводи у истом правном извору, уколико није предвиђена плата односно надокнада, ради се о *mandatum* или *depositum*, а уколико јесте, онда је у питању *locatio-conductio*. Затим се наводи пример где се занатлији даје одећа на бојење и чишћење или кројачу зарад крпљења, а да притом никаква надокнада није уговорена нити обећана. Институције наводе да се у том случају може користити тужба из мандата.⁴⁸⁰

Ј. 3.26.13: „*In summa sciendum est mandatum, nisi gratuitum sit, in aliam formam negotii cadere. Nam mercede constituta incipit locatio et conductio esse, et, ut generaliter dixerimus, quibus casibus sine mercede suscepto officio mandati aut depositi contrahitur negotium, his casibus interveniente mercede locatio et conductio contrahi intellegitur. Et ideo si fulloni polienda curandave vestimenta dederis aut sarcinatori sarcienda, nulla mercede constituta neque promissa, mandati competit actio.*”⁴⁸¹

С обзиром на саму реченичну конструкцију овог текста као и понављање одређених реченица може се доћи до закључка да је овај текст настао спајањем одломка 3.162 из Гајевих Институција, Гајевог текста D.19.5.22 и Пауловог D.17.1.1.4. Разлог овоме, вероватно лежи у чињеници да у пракси бесплатност мандата није поштована, па је било потребно да се то посебно нагласи, а нарочито имајући у виду могућност тражења надокнаде у екстраординарном поступку.

Када се говори о правима и обавезама уговорних страна може се закључити да је готово све остало исто као у класичном праву. Дакле, обавезе су настајале само за једну уговорну страну, мандатара. Он је преузимао обавезу да изврши поверени посао, било правне или материјалне природе. С обзиром да римско право није познавало

⁴⁸⁰ Ј. 3.26.13

⁴⁸¹ Ј. 3.26.13

непосредно заступање, он је све радње преузимао као посредни заступник, у своје име, а за рачун манданта. Зато је и имао обавезу да ефекте преузетог посла пренесе на манданта. Такође, није смео да задржи корист из обављеног посла јер би то било у супротности са бесплатним карактером уговора о налогу. Имајући у виду да је мандатар постајао носилац права из преузетог посла могло се догодити да и након престанка манданта буде обавезан да преузима радње у интересу манданта. Оне су сматрне продужењем старог мандата па мандатар није могао да их одбије. Мандатар је поверени посао извршавао у границама примљених овлашћења.

Највећу дилему у науци је изазвало питање да ли је мандант био дужан да прими ефекте правног посла уколико га је мандатар извршио под условима тежим од предвиђених. Док је у класичном праву владало мишљење базирано на Гајевим Институцијама, где преовладава схватање школе Сабињана, према којем мандант ни под каквим условима није морао да прихвати посао извршен под условима тежим од оних који су предвиђени налогом, крајем класичног периода се тај став променио и Јустинијановом праву је прихваћено мишљење школе Прокулеанаца. Према овој школи мандант је морао да прихвати извршени посао у границама датих овлашћења уколико би мандатар намирио разлику између предвиђене и остварене цене.⁴⁸²

Када се говори о одговорности мандатара у посткласичном праву, може се приметити да је дошло до одређених промена. О одговорности мандатара у класичном праву мишљења научника су се кретала од одговорности само за *dolus*, преко мишљења да је у раном класичном праву мандатар био одговоран само за *dolus*, а у касном класичном праву да је његова одговорност проширена на *culpa levis* до мишљења да је обим одговорности варирао, па је мандатар у одређеним случајевима одговарао само за *dolus*, а у неким и за *culpa*. У Јустинијановом праву одговорност мандатара је *culpa levis in abstracto* јер је уговор о налогу могао бити склопљен и у његовом интересу.

Када се говори о разлозима за гашење уговора о налогу, може се приметити да су они остали исти као у класичном периоду: уговор о налогу се гасио испуњењем обавезе или истеком рока, смрћу једне од страна, опозивом или отказом.

У класичном праву је владало схватање да смрт једне уговорне стране, а имајући у виду карактер уговора *intuitu personae*, уговор о налогу се гасио. Последице су биле другачије у зависности смрти манданта или мандатора у погледу права на тужбу.

⁴⁸² О томе: Šarac, M. – *Mandatum u rimskom pravu*, Split, 2011, str. 88-89.

Свакако, према Гају, уговор би престајао смрћу било које стране само ако се није приступило извршењу повереног посла, односно ако је налог био још увек *integrum*.⁴⁸³ Изгледа да се у посткласичном периоду гледало флексибилније на смрт, као природни начин гашења облигација. Текст који је изазвао много недоумица, у погледу могућности продужења мандата након смрти које од уговорних страна садржан је у Дигестама:

D.17.1.58. „*Si praecedente mandato Titium defenderas quamvis mortuo eo, cum hoc ignorares, ego puto mandati actionem adversus heredem Titii competere, quia mandatum morte mandatoris, non etiam mandati actio solvitur. Quod si sine mandatu defensionem suscepisti, negotium quodammodo defuncti gerere institueras, et quemadmodum, si illum liberasses, competeret tibi negotiorum gestorum actio, ita potest dici et heredem eius eadem actione teneri.*”⁴⁸⁴

Наведени текст, у првом делу говори о смрти налогодавца и предузимању радњи од стране налогопримца након смрти налогодавца, а пре него што је налогопримац сазнао за ту чињеницу. У овој ситуацији, налогопримац би имао право на тужбу из мандата против његових наследника, зато што како сам текст каже: „мандат престаје смрћу мандатора, али његово дејство не.” У другом делу се говори о одбрани без мандата, односно о некој врсти пословодства без налога. У том случају, лице које би преузело обавезу без уговора о налогу, почиње да води послове за преминулог и имаће право на тужбу управо на основу *negotiorum gestio*. Овај текст је, као што је наведено, изазвао доста полемика. *Watson* сматра да уколико наступи смрт уговорне стране, мандат престаје.⁴⁸⁵ *Buckland* показује извесну дозу сумње у односу на то да ли се мандат завршава смрћу.⁴⁸⁶ Ово даље отвара питање ваљаности и уопште могућности уговарања *mandatum post mortem*. Свакако, оно што је извесно је да Јустинијаново право стоји на становишту да се уговор о налогу гаси смрћу једне од страна само ако мандатар није започео са извршењем налога.⁴⁸⁷ Дакле, уколико би извршење мандата било у току, а мандант је умро пре него што би мандатар обавио поверени посао, мандатар би био обавезан уговором, односно требало је да изврши налог до краја. Овде је реч о *mandatu trans mortem mandatoris* који постоји у случају када испуњење налога започне за живота

⁴⁸³ Gai. Inst. III, 160.

⁴⁸⁴ D.17.1.58.

⁴⁸⁵ О томе: Watson, A. – *Contract of mandate in Roman law*, Oxford, p. 1984.

⁴⁸⁶ Види: Buckland, – *A text-book of Roman law from Augustus to Justinian*, Cambridge, 1921, p. 515.

⁴⁸⁷ JI.3.26.10.

манданта, а са чијим би извршењем требало да се настави након његове смрти.⁴⁸⁸ Питање које је споменуто на почетку овог излагања је да ли може да се уговори налог где би мандатар започео са извршењем мандата тек након мандантове смрти, односно да ли може да се уговори и је ли ваљан *mandatum post mortem*.

Mandatum post mortem и питање његове ваљаности, попут многих других питања, поделила су ауторе. У старој римској науци могле су се препознати три струје односно три различита мишљења о потпуној ништавости таквог мандата, преко релативне ништавости до потпуне ваљаности овакве врсте уговора о налогу. С друге стране, новија романистичка наука сматра овакву врсту мандата неваљаним.

Група аутора сматра да *mandatum post mortem* не производи дејство. Један од њих је *Noodt* који сматра да је *mandatum post mortem* ништав, али допушта изузетке уколико је мандатар обавезан да подигне споменик или организује погреб након мандантове смрти. Као потврду таквом становишту наводи изворе D.17.1.13. D.17.1.12.17.⁴⁸⁹

D.17.1.13.: „*Idem est et si mandavi tibi, ut post mortem meam heredibus meis emeris fundum.*”⁴⁹⁰

D.17.1.12.17.: „*Idem Marcellus scribit, si, ut post mortem sibi monumentum fieret, quis mandavit, heres eius poterit mandati agere. illum vero qui mandatum suscepit, si sua pecunia fecit, puto agere mandati, si non ita ei mandatum est, ut sua pecunia faceret monumentum. potuit enim agere etiam cum eo qui mandavit, ut sibi pecuniam daret, ad faciendum, maxime si iam quaedam ad faciendum paravit.*”⁴⁹¹

Gesterding се позива на D.17.1.26.p где је као један од разлога за гашење ортаклука предвиђена смрт манданта.

D.17.1.26.p : „*Inter causas omittendi mandati etiam mors mandatoris est: nam mandatum solvitur morte. si tamen per ignorantiam impletum est, competere actionem*

⁴⁸⁸ Више: Šarac, M. *op.cit.* str. 178.

⁴⁸⁹ О томе: Noodt, *Opera omnia, Lugduni Batavorum*, MDCCLXVII, lib.II, cap. 3, p. 269.

⁴⁹⁰ D.17.1.13.: Исто је правило и кад сам вам дао налог о куповини тракта земљишта од мојих наследника после моје смрти.

⁴⁹¹ D.17.1.12.17.: Марцелус такође каже да ако неко да директиву да му споменик буде подигнут након његове смрти, његов наследник може да настави са испуњењем мандата. Али ако страна која је добила мандат подигне споменик сопственим новцем, мислим да он може да покрене тужбу на основу мандата, чак и ако није био задужен да тај споменик подигне својим новцем.

utilitatis causa dicitur. iulianus quoque scripsit mandatoris morte solvi mandatum, sed obligationem aliquando durare.”⁴⁹²

Zimmerman као представник теорије релативне ништавости наводи да је у Јустинијаново време модификовано начело *mandatum morte solvitur* тако што је призната ваљаност мандату који је требало да буде извршен након смрти манданта.⁴⁹³

Glück је аутор који припада групи аутора који сматрају да *mandatum post mortem* производи дејство. Он сматра да се уговор о налогу гаси смрћу манданта уколико испуњење мандата није започето те да је такав налог требало извршити док је мандант био у животу, а да је мандатар сазнао за мандантову смрт. Уколико се не ради о *re integra* онда је заснована облигација и може се утужити. Он даље наводи да уговор о налогу није више *integrum* са становишта манданта и његових наследника ако је започето с његовим извршењем. Извршење треба да буде такво да мандатови наследници не би могли сами, без веће штете да испуне налог или га повере трећем лицу.⁴⁹⁴ Исти аутор се позива на изворе С.4.11 и D.24.1.3.10 и тако образлаже своје ставове, посебно наглашавајући чињеницу да је развијено римско право тежиште управљало ка вољи странака. Ако је налог био тако специфичан, наводи овај аутор, који је требало да буде извршен тек након мандатове смрти, он се не би гасио мандантовом смрћу.⁴⁹⁵

У новијој романистичкој науци, преовладава мишљење да је *mandatum post mortem* и то како *mandatum post mortem mandatarii* тако и *mandatum post mortem mandataris* у класичном праву био ништав.

⁴⁹² D.17.1.26.pr : Један од разлога за гашење мандата је смрт манданта, јер се мандат гаси смрћу. Ако се, међутим, ненамерно изврши, каже се да радња припада сврсисходности. Јулијан је написао и да се мандат ослобађа смрћу повереника, али да обавеза понекад траје.

⁴⁹³ Види: *Zimmerman, R. – Über den nach des Mandators Tode zu vollziehenden Auftrag*, AcP 4, 1821, p. 240.

⁴⁹⁴ О томе: *Glück, Ausführliche Erläuterungen der Pandekten. Kommentar*, 15. Teil, Erlangen 1813, p. 333

⁴⁹⁵ *Idem.*, стр. 333-336.

3. РИМСКО ПРАВО-ТЕМЕЉ ПРАВНИХ СИСТЕМА ЈУЖНОСЛОВЕНСКИХ ПРОСТОРА

3.1. Римска империја и њено правно наслеђе на Балкану

Проучавање и анализирање римског правног наслеђа на Балкану представља не само полазну основу за даљи развој права на нашим просторима, већ и прилику да се проговори о римском праву и да се одреди његова улога и значај у овом процесу, као и да се дају одговори на многа питања, почев од оних који се односе на значење римског права у правној терминологији Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца,⁴⁹⁶ применљивости института римског права у условима савремене тржишне економије, као и да се укаже на утицај римских консенсуалних уговора на консенсуалне уговоре шест различитих правних подручја у оквиру јединствене Краљевине СХС.

Иако је римско право важило у једној етапи развоја људске цивилизације, оно се вековима изучавало на различите начине. Потреба за изучавањем римског права постоји и данас јер је римско право због своје садржине, правнотехничке обраде правних правила, практичног и универзалног карактера постојало и остало важан елемент темеља модерне цивилизације.⁴⁹⁷ Отуда је римско право извршило утицај на даљи развој права како у земљама Европе, тако и осталог дела света, у првом реду, преко рецепције римског права и грађанских законика донетим у периоду грађанских друштва. У грађанским законцима не само да је очувана бит римског права, већ се слободно може рећи да су законици донети у периоду грађанских друштва утемељени на одредбама римског права садржаним у оквиру Јустинијанове кодификације (*Corpus Iuris Civilis*). Грађански законици прате систематизацију Јустинијановог зборника, па се зато у правничкој књижевности називају „природним наставаком римског права“. На тај начин је римско право и након пропасти римске државе наставило да живи најпре преко одредаба Француског грађанског законика (*Code Civil*),⁴⁹⁸ а онада и осталих европских грађанских законика који свој правни узор имају у Француском грађанском законик у (Аустријски, Српски, Општи имовински, Швајцарски, Немачки грађански законик). Утицај римског права се даље рефлектује и на шеријатско право, за чије изучавање се интересовање јавило настанком колонијалних поседа у Азији и Африци, у

⁴⁹⁶ У даљем тексту: Краљевина СХС.

⁴⁹⁷ Види: Игњатовић, М. – Римско право, Ниш, 2022, стр. 18 – 19.

⁴⁹⁸ Детаљније: Игњатовић, М. – Римско право и *Code Civil*, Зборник радова „Двестотине година од доношења Француског грађанског законика, Ниш, 2006, стр. 303 – 317.

земљама са муслиманским становништвом. Европски научници су изучавајући шеријатско право дошли до сазнања да је на развој овог права велики утицај имало римско и византијско право.⁴⁹⁹ У новије доба све се више чују мишљења и о утицају римског права и на права осталих земаља света које у римском праву виде узор и чија решења преузимају у форми правних трансплантата приликом уређења материје приватног права.⁵⁰⁰

Римско правно наслеђе на просторима бивших југословенских држава баштиници су јужнословенски народи који су стварали своје државе на темељима византијске традиције, односно, римске државне и правне традиције.⁵⁰¹

Падом Западног римског царства простор Балкана, без обзира на етничке специфичности и обичајне посебности, био је везан за византијску (ромејску) правну традицију. Међу западним историчарима неретко се пад Западног римског царства сматра нестанком Римском империје са историјске позорнице. Али вишевековно трајање Источног римског царства (Ромејског царства, или популарно названог Византије), са свим својим наслеђем демантује овако круте историјске ставове.

Не само да је Римско царство формално трајало до пада Цариграда 1453. године, већ је око себе створило повезани свет, који је Димитрије Оболенски назвао Византијским комонвелтом. Средиште тог света било је на Балканском полуострву у домовини Грка, Бугара и Срба. У IX и X веку у ову заједницу ушла је Русија, а пред крај средњег века и румунске земље. Треба истаћи да је током неколико векова византијска цивилизација имала фундаментални утицај са обе стране Дунава (Чешка, Моравска, Угарска, касније Румунија). Тај утицај, иако у сталном сукобу са утицајем папства и Рима, био је јако изражен и на Јадранском приморју и у средњовековној Босни са свим њеним правним и политичким специфичностима.

⁴⁹⁹ Опширније: Беговић, М. – „Да ли је римско право утицао на шеријатско право“, *„Balcanica“*, Српска академија наука у Београду, Београд, 1970, стр. 1–9.

⁵⁰⁰ Тако су редактори приликом доношења Јапанског грађанског законика (1896.) проучавали и користили, у првом реду, Француски грађански законик, али и многе друге законике, пре свега европских земаља, до којих су могли да дођу. Међу њима, за стручну јавност са наших простора свакако је најинтересантнији пример угледања на Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору из 1888. Опширније: Šikanić, М. – *Primena teorije pravnih transplatanata na prenošenje prava u Japanu tokom međi restauracije*, *Strani pravni život*, god. LXIV, br. 1/2020, str. 130.

⁵⁰¹ Сами Византици су себе називали „Ромејима“, тј. Римљанима, а своју државу „Ромејским царством“. Иако је грчки језик од самог почетка Царства био преовлађујући језик, који је од VII века постао и државни, међу историчарима нема сумње да је Византија била директан наставак Римског царства. Види: Игњатовић, М. – *Основи римског поморског права*, Ниш, 2019, стр. 172.

Посредством односа које су ови народи успоставили са Византијским царством у средњем веку, како каже Оболенски, њихови владајући и образовани слојеви примили су карактеристике византијске цивилизације. Елементи те традиције били су заједничка вероисповест, прихватање примата цариградске цркве и до одређене мере (када је то политички било опортуно) прихватање примата византијског цара над целокупним православним хришћанским светом. Посебно је значајно прихватање норми римско-византијског права и убеђење да књижевни стандарди и уметничке технике које су неговане у византијским школама, манастирима и радионицама имају универзалну вредност.

Посебан значај за прихватање и ширење римске традиције има прихватање права РOMEЈСКОГ царства. Према Оболенском, прихватање византијског права у земљама источноевропске заједнице може се посматрати „у контексту две шире историјске појаве: ширење византијске цивилизације у тим земљама и прихватања римског права у целој средњовековној Европи“.⁵⁰² Наслеђе у земљама западне Европе, конкретно Италије, Шпаније и јужне Француске, као и оно из источне Европе, има свој основ у византијском праву, које свој основ има у Јустинијановој кодификацији. Према професору Паулу Виноградову, „док је на Западу, након пада Рима, историја тог права фантомска прича, његово одржавање и ширење у источној Европи осигуравало је Источно римско царство, чија политичка и административна традиција није никада изгубила везу са својим римским пореклом“.⁵⁰³

Пропашћу РOMEЈСКОГ царства и отоманском доминацијом, која је представљала цивилизацијски удар и тектонску промену у државним и друштвеним односима на нашим просторима није дошло до коначног раскида са римско-византијском традицијом. Отоманска империја је тежила да постане глобално царство. Свака империја са таквом тенденцијом, ако жели свој дуготрајни опстанак, никада не може да буде цивилизацијски унификатор, већ само цивилизацијски сукцесор. Зато су отомански владари видели себе као наследнике римских царева, а самим тим и наследнике до тада ствараног права.⁵⁰⁴ Део отоманске елите схватао је нужност

⁵⁰² Опширније: Vinogradoff, P. – *Roman Law in Mediaeval Europe*, London, 1909, p. 18-19.

⁵⁰³ *Ibidem*.

⁵⁰⁴ И прва административна подела Османског царства, указивала је на то. Била је најпре подељена на Румелијски и Анадолијски беглербеглук. Све европске територије насељене хришћанима, које је освојила нова империја, носиле су најпре назив Румелија (од турске транскрипције појма Рим и Ромеји, односно Ромејско царство). Отомански систем милета, који је признавао милетску организацију народа књиге (хришћани, муслимани, Јевреји) указивао је на тенденцију неговања византијске традиције. Цариградски

европеизације царства. Тај процес (познат и као Танзимат) подразумевао је и европеизацију отоманског права, преко рецепције римског права и кроз увођења института европских грађанских законика.

Простор Балкана ма колико био турско подручје где су се мењали утицаји разних култура, система, успостављени од стране разних царстава, никада није напустио свој цивилизацијски нуклеус, који је настао у старом Риму. Распад Римске империје и нови цивилизацијски токови нису представљали кривуљу успона и падова на простору Балкана, већ затворен круг, односно стално враћање тековинама римског права.

3.2. Римско приватно право – основа грађанског права код Јужних Словена

Простор на коме је настала Краљевина СХС по многим својим одликама није само територија на којој се примењивало римско право, већ се слободно може рећи да је та територија била и постојбина римског права.

„У нас се мало водило рачуна о томе да је сав наш историјски живот протекао у класичној домовини римскога права и да смо, што се тиче правних идеја, једнако живели под утицајем и управо под господовањем римскога права. Још кад смо се населили на земљиште Балканскога полуострва, ми смо се населили управо у Римско царство у коме у оно време прва реч није баш сасвим припадала Грцима. Римљани су се још држали на престолу цариградском у половини VI и VII века, којим се временом бележи сеоба наша. Источно римско царство било је у то време једино Римско царство, јер се Западно римско царство било већ растурило. Последња, славна и меродавна за потоња времена кодификација римскога права под Јустинијаном (527-533) извршена је у Цариграду, престолом граду нашега полуострва. Ту је дат коначни облик и институцијама и дигестима (пандектама) и Јустинијановом зборнику (Codex Iustinianus) и Јустинијановим новелама (који су наши стари преводили: nova). Из ова је четири саставна дела склопљен познати Зборник римскога права (Corpus iuris civilis)”

патријарх третиран је као великодостојник самог врха империје. Теократске одлике Отоманског царства темељиле су се на фаворизовању ислама и муслимана као привилеговане верске заједнице, али је само функционисање целог друштвеног система и специфичног вида феудализма као темељ имало посебан вид верске толеранције, гарантовања права припадника других милета, а посебно гарантовање својинских права. Читава хришћанска популација у Царству носила је, у почетку, назив Рум-милет (*rum millet, millet-i Rûm*) или преведено у европске појмовне облике - римска нација.

- каже у својој знаменитој студији бард српске историјске и правне мисли, академик и државник Стојан Новаковић.

Први државни облици Јужних Словена базирали су се на темељима обичајног права примењиваног још у времену родовско-племенског уређења. Развој тих држава захтевао је комплексан и свеобухватан правни систем који ће се заснивати на писаном праву. Ограничена самосталност тих настајућих држава неминовно је доводила до све већег уплива постојећег, дакле римског права суседне Византије, али и утицаја окружења које је, такође, за основу постојања имало римско право.

Рана држава карантанских Словена (већим делом на територији данашње Републике Словеније), рано је изгубила своје видове самосталности. Губитком самосталности остала је под утицајем франачког права, са свим одликама рецепције римског права (сегмент средњовековног миљеа римског наслеђа).

Хрватска је у свом развоју дошла до нивоа ранофеудалне државе, но губитком самосталности 1102. године, није изашла из већ помињаних оквира правног наслеђа. Тај процес је кроз однос према угарским краљевима, према Венецији (у далматинским крајевима), све до потпуног укључења у састав Хабзбуршког царства, пратио низ утицаја класичног римског права на све поменуте државе и друштва. Посебно је важно направити осврт на далматинске градове, који су због свог географског положаја, али и низа политичких околности, имали не тако чврсту везу са централним млетачким властима. О томе сведоче статуте тих градова, као релативно аутономни правни акти. Разумљиво је да су се грађанско-правни односи ослањали на римско право. Након Наполеонових ратова, Далмација је коначно припала Хабзбуршкој круни, па ће тако скоро све територије насељене Хрватима унети у новостворену државу Краљевину СХС наслеђе аустријског права и грађанско-правне односе регулисане Аустријским грађанским закоником.

Босанска средњовековна држава, тада, као и сада, представљала је правни и политички спецификум. Њено дужи трајање и достизање стадијума државе развијеног феудализма представљало је са комбинацију обичајног и угарског права као и византијског правног наслеђа. Пад под отоманску власт, специфичности исламизације и примена шеријатског права, ипак нису сасвим одвојили ово подручје од поменутог наслеђа, што је нарочито дошло до изражаја након Берлинског конгреса и постепеног укључивања Босне и Херцеговине у аустроугарски правни систем.

Оно што је одлика традиције римског права кроз примену права РOMEЈСКОГ царства у средњовековној Србији, захтева једну опсежну студију. Али за целисходну илустрацију ових утицаја може се рећи да је довољно направити осврт на већ цитирану студију Стојана Новаковића. Наиме, четврти део студије Стојан Новаковић почиње питањем: „Како су ови правни и законодавни послови Византијског царства из средишта државе и из средишта цркве нашли пут у новообразоване словенске државе на Балканском полуострву?”

Као увод у рад Светог Саве на превођењу и прилагођавању византијских законских текстова за потребе српске државе, Новаковић каже: *„Потреба византијске државне и црквене организације у Србији настала је у XIII веку после смрти Немањине за његових синова. У жупанијама ранијег времена, пре 1018. није те потребе ни било. Оно што је рађено за Бугарско и за Маћедонско (Самуилово) царство вредело је и за њих. У Зетској краљевини оријентација се није толико тражила на истоку колико на западу. Истом је Свети Сава српску оријентацију упутио искључиво пут византијског истока, мада је и он краљевску круну за свога брата Стефана тражио из Рима“*.⁵⁰⁵

Боравак Светог Саве у Nikeји због рукоположења за архиепископа аутокефалне српске цркве, донео је и потребне преводе и компилације, али и оригинална законска решења, неопходна српској држави. Новаковић истиче да је основа Савиног рада био Фотијев Номоканон, са редакцијама, скраћењима и објашњењима Аристинским и Зонариним. Са овим преводом и објашњењима, по Новаковићу, уведени су у српско право и многи римски прописи из Јустинијанове кодификације. Као пример даје избор из Јустинијанових „Новела“, „Новела цара Алексија Комнина“, потом цео Приручни или градски закон и његових 40 глава у којима се говори о веридби, залози при веридби, веридбеним даровима, миразу, разводу брака, купопродаји, сађењу, дугу и залози, најму, остави, ортаклуку, тестаменту, наследству и другима институтима грађанског права. Али и наглашава да су основу чинили црквени закони, и да су „кроз црквене византијске законе у Србији увођени римски правни појмови, макар и путем грчко-византијских превода”. Истичући улогу цркве, Стојан Новаковић закључује да у средњовековној Србији почетке законодавног рада није вршила световна власт, већ црква, односно „закони су вредели као саставни део вере и силом њене дисциплине и њених општих закона“.⁵⁰⁶

⁵⁰⁵ Види: Novaković, S. – Vaskrs државе српске, Beograd, 1986, str. 250.

⁵⁰⁶ О томе: Randelović, N.; Đorđević, A. – *Roman law and medieval Serbian law according to Stojan Novaković, Ius Romanum/ Imperator Caesar divi filius Augustus*, Sofia, br. 2/2017, 2017, str. 1–10.

У контексту утицаја римског права на цивилно право Јужних Словена треба се осврнути на најважнији писани правни споменик српског средњовековног права – Душанов законик у коме се налази и одговор на ово питање.

Анализа текста Душановог законика указује на намеру законодавца да регулише и учврсти друштвене односе у новонасталој српској држави. Како су средњовековну Србију чинили различити ентитети (грчки, српски и бугарски), решење у регулисању приватно-правних односа српски законодавац је видео у примени правних решења римског права.⁵⁰⁷ Отуда није имао потребу да на нов начин регулише новонастале приватно-правне односе, већ је решење у регулисању српског средњовековног приватног права видео у прилагођавању правних решења римског права на српско приватно право. Зато Душанов законик нема нову систематизацију правних правила приватног права, већ следи систематизацију постављену Јустинијановом кодификацијом („Законом благовернога цара Јустинијана“). У том контексту погрешно је сматрати да су грађанско-правни, нарочито облигационо-правни односи у српској средњовековној држави били до те мере неразвијени да није било потребе да се регулишу. Ови односи су били развијени и детаљно регулисани применом одредаба Јустинијанове кодификације која је била узор за регулисање приватно-правних односа средњевеквне Србије јер су је чинили народи различитог ентитета.

Пад српских средњовековних држава и крајева под вишевековну отоманску власт, није прекинуо континуитет римског правног утицаја на просторима средњевеквне Србије. Само Отоманско царство, као територијални, али по много чему и правни, па и културолошки сукцесор Ромејског царства, чувало је бит римског правног наслеђа.

⁵⁰⁷ Појашњења ради, прилике у српском средњевеквном праву могу се упоредити са приликама римске државе у доба просперитета и географског ширења државе, када су састав римске државе чинили народи различитог ентитета. Шаренолики састав народа који су чинили становништво римске државе, условио је појаву два правна система: *ius civile* (традиционално римско право – право римског грађанина) и *ius gentium* (право околних народа – право народа). И цар Душан, као претендент на ромејско наслеђе, владар који себе назива царем Срба и Грка, као и римски владари, није имао намеру да намеће унификацију правног система новонастале државе. С друге стране тако нешто није било ни изводљиво посебно ако се има у виду да су приморски градови и новоосвојени грчки градови припадали далеко развијенијим правним системима. О томе сведече и следећи чланови Законика. У члану 176. Душановог законика стоји: „За све градове по земљи царства ми важе у свему закони из времена ранијих царева. За све међусобне спорове градови ће се судити пред владалцима градским и пред црквеним судом. Уколико је неки жупљанин у спору са грађанином, тужиће га пред владалцем градским, и пред црквом, и пред свеиштеством, а судиће се по закону“. Сличну одредбу садржи и члан 124: „Градовима грчким које је пре овог сабора запосео господин цар и о њиховим правима издао им хрисовуље и простагме, сва тако стечена права и даље су им сигурна и нико им не сме ништа од њих закинути“.

Васкрсле српске државе вратиле су се римском наслеђу у XIX веку.⁵⁰⁸

3.3. Правни систем Краљевине Срба Хрвата и Словенаца

Краљевина СХС у декларацијама и политичким програмима означена као исход „вековне тежње Јужних Словена да живе у заједничкој држави”, била је више плод изнуђених тежњи политичких околности мегаломанских аспирација и неостварених очекивања. Жељена од многих политичара (од неких из нужности, а од неких из заблуда) и доброг дела народних елита, та држава је „на миздраке” дочекана.

Стварање нове државе оптерећивало је то што је она била конгломерат различитости, које по свим карактеристикама нису имале правни и државотворни капацитет да чине једно јединствено државно тело.⁵⁰⁹ Та држава је носила са собом терет различитости шест различитих правих подручја, која су, по много чему, означавала немогућност инкорпорирања у један јединствени правни систем.

Колико год се Србија времена Милана Обреновића трудила да вестернизацијом приближи свој систем западним вредностима (од довођења Немачкара још у време Милоша Обреновића, па до актуелних времена либералног устава), цивилизацијске супротности су оптерећивале и саму Србију. Таква Србија постала је нуклеус заједничке државе, у којој су етницитет и заједнички језик били пресуднији разлог уједињења, од правничког рација, који је указивао на неодрживост количине различитости правних подручја, која су ушла у заједничку државу.

Поставља се питање шта је тачка сажимања правног живота те државе, који није чинилац јавног права гледано кроз конституанту, већ истинског правног промета међу грађанима, који су према наведеним атрибутима постали сународници?

⁵⁰⁸ Ваља подсетити на покушаје враћања на „наслеђе цара Јустинијана“ приликом законодавног покушаја проте Матеје Ненадовића у српској устаничкој држави, на Српски грађански законик 1844. године, или на Општи имовински законик за Црну Гору 1888. године.

⁵⁰⁹ Ако се осврнемо на сличне примере у европској историји XIX века, можемо да видимо да су верски и етнички елемент били не тако тешка препрека као цивилизацијски елемент, који је осликавао спој неспојивог, кроз судар истока и запада, уз специфичности балканског галиматијаса неодрживих историјских противречности. Белгија јесте настала као спој франкофонских Валонаца и етнички низоземских Фламанца, спојених припадношћу католичкој конфесији, али је тај спој био далеко лакши због припадности вредностима западне цивилизације, која је могла да буде, после Вестфалског мира спој католичанства и протестантизма. Балкански простори, кроз своју миленијумску историју слали су другачије поруке. Семјуел Хентингтон, у знаменитом делу „Сукоб цивилизација” оштрицу сучељавања цивилизација ставља у глобалне оквире. И тај сукоб цивилизација даје слику неодрживости, али ипак постојања глобалне цивилизације, која опстаје кроз миленијуме. Сукоб цивилизација нигде није показао такву оштрицу као на Балкану који је 1918. године изнедрио заједничку државу Јужних Словена.

Та тачка сажимања је традиција римског приватног права која је постојала и постоји на овим просторима кроз традицију Западног и Источног римског царства, ромејску Византију, и чак кроз традицију Отоманске империје која је уз све различитости била наследник Византијског царства.

Већ кроз Провизоријум настао након Прводецембарских аката показало се каква ће природа проблема оптерећивати увођење читавог државног тела у јединствени правни систем. Почев од питања федерализам или унитаризам, преко конкретних проблема различитости правосудних и правних система, па до политичких проблема са којима се суочила Конституанта, заједничка држава Јужних Словена је те проблеме носила све до тренутка свог распада.

Први корак ка успостављању јединственог правног система био је Видовдански устав. Видовдански устав у првој глави дефинише државу и њене основне атрибуте. Држава носи службени назив: Краљевина Срба, Хрвата и Словенаца и она је уставна, парламентарна и наследна монархија. Како би се показао унитаризам, а са друге стране постојање троименог народа, грб државе је двоглави бели орао, а на прсима орла се налазе српски, хрватски и словеначки грбови. Службени језик је према слову Устава српско-хрватско-словеначки.

Када је, с друге стране, реч о управи у Краљевини односно административној подели, држава је подељена на области, округе, срезове и општине. На челу области је велики жупан кога поставља краљ. Устав је предвидео и органе самоуправе, али је њихова надлежност била ограничена. Иако у делу о судској власти није директно стипулисано постојање различитих правосудних система, Устав предвиђа посебне државне шеријатске судије за породичне и наследне послове Муслимана. Међутим, у глави која носи назив: „Прелазна наређења”, Видовдански устав је предвидео краћи поступак за изједначење законодавства и управе што је директна потврда постојања правног партикуларизма, а уједно и почетна тачка одакле се кренуло у ову, ни мало, једноставну процедуру.

Истини за вољу, ако се осврнемо на нацрте Устава са којима се суочила Конституанта (јер је усвојен владин предлог), може се видети и далековидост неких предлача који су, залажући се за благи федерализам, покушали да дају решење за целисходније превазилажење различитости правних система. Вреди поменути Нацрт Устава Јосипа Смодлаке који је, уместо дотадашњих државно-правних целина, за које

се залагао Анте Трумбић, предлагао поделу на дванаест покрајина, према економским и географско-прометним критеријумима, које би имале аутономију, а делом би биле подвргнуте централној државној власти.

Занимљиво је поменути и Нацрт Стојана Протића који је, за разлику од својих колега из Радикалне странке, имао другачије гледиште далековидо предвиђајући будуће сукобе. Он се такође залагао за неки облик покрајинског уређења.

Федералистички приступ уређењу државе имао је и Нацрт Народног клуба. Држава би по овом нацрту имала шест покрајина: Србија с Македонијом, Црна Гора, Војводина (Банат, Бачка и Барања), Босна и Херцеговина, Хрватска, Славонија и Далмација и Словенија. Државни послови би били подељени између државе и покрајина, као и органи власти.

Након усвајања Видовданског устава деловало је да је главни проблем у конституисању државе решен. Конституанта, проблеми око усаглашавања текста Устава и њихово решавање уз несугласице и „танку“ парламентарну већину, упућивали су на то да су проблеми дубоки, али решиви. Устав, међутим, јесте био темељ, али сам по себи недовољан за решавање фундаменталних проблема у унификавању читавог правног система.

Област јавног права и првенствено кривичног права била је лакши део посла који је стајао пред правницима и законописцима. Ову област, као и све области права у новој држави, карактерисао је партикуларизам, али објекти заштите (првенствено држава и безбедносна сигурност) указивали су да ће се брже и лакше наћи јединствена решења.

Област грађанског права, међутим, садржала је много нагомиланих проблема и разлика, таложених вековима. Шаренило прописа, условљено територијалном припадношћу разних делова нове државе различитим државама, културама и цивилизацијским наслеђима, чинило је немогућом унификацију правних прописа.⁵¹⁰

Како истиче професор Марко Павловић, *„грађанскоправни федерализам имао је за последицу то да је пуноважност и дејство великог дела правних послова зависила једино од географске ширине и дужине“*. То је давало могућност и за избегавање, а

⁵¹⁰ Нарочито је у томе предњачило подручје Босне и Херцеговине, које ни Аустроугарска током четрдесетогодишње владавине није успела да обједини у законодавном, али и у сваком другом смислу.

често и за злоупотребу различитости које су имала правна подручја. Настали спорови отворили су питање сукоба закона, што је, опет, донело несагласност у схватању начина решавања насталих и долазећих проблема овакве природе. Посебно су „пречански судови“ овај проблем схватили као сукоб закона у међународном приватном праву. Тако би, на пример, Панчево или Земун, такорећи спојени са Београдом, у смислу примене грађанског права схватани као иностранство у односу на Београд. Србијански правници су су ово мишљење сматрали као нетачно (иако је са аспекта правне ефикасности и прагматизма било нужно прихватљиво), истичући да се међународни сукоб закона решава са становишта државног суверенитета, а међупокрајински „са становишта једног суверенитета под којим се налазе правна подручја“.

По питању сукоба закона између различитих правних подручја формирала су се два гледишта. По једном је сукобе закона требало превазићи хитним доношењем Закона о међупокрајинском сукобу закона, а по другом је требало сачекати доношење заједничког грађанског законика. О комплексности овог питања (али и о томе да држава оптерећена политичким проблемима тешко решава законе који се тичу егзистенције појединца), говори чињеница да јединствени грађански законик није донет све до нестанка Краљевине Југославије са политичке и историјске сцене.

3.4. Шестојануарска диктатура и покушај унификације права у Краљевини Југославији

Логичан след политичких догађаја, атентат у скупштини и криза парламентаризма довео је до краљеве одлуке да уведе диктатуру и његовог прогласа од 6. јануара 1929. године. Уз подршку, посебно британске и француске дипломатије и тврдњу да сарадња са парламентом више није могућа, краљ се одлучио на увођење диктатуре. Претходно је обезбедио подршку војске, православне цркве и експонената крупног капитала. Сходно својој одлуци, краљ је 6. јануара 1929. донео службени проглас у коме каже: „Наступио је час када између краља и народа не може и не сме бити више посредника“. „Парламентарни рад“, стајало је даље у прогласу, „услед политичких страсти постао је сметња за државу“. У сврху очувања народног јединства и државне целине краљ је укинуо Видовдански устав и распустио Народну скупштину

истичући да „*сви земаљски закони остају у важности, док се према потребама мојим указом не укину*“.⁵¹¹

До владавине права дошло је ванправним путем. Закони који су се показали ефикасним, донети су мимо уобичајене скупштинске процедуре, односно октроисани су и проглашени. Уместо организованог нејединства у држави, силом принуде је наметнуто јединство.^{512 513}

Јасну слику законодавства у диктатури дали су аутори студије о уставној историји југословенских народа, професори Бартуловић и Ранђеловић: „*Истог дана, када је проглашена диктатура или непосредно после проглашења, донето је неколико унапред припремљених закона (што сведочи о томе да је увођење личног режима унапред добро припремљено). Најважнији закони које је краљ донео били су: Закон о краљевској власти и врховној државној управи од 6. јануара, Закон о заштити јавне безбедности и поретка у држави (Закон о заштити државе) од 6. јануара, Закон о државном суду за заштиту државе од 8. јануара, Закон о изменама Закона о општинама и обласним самоуправама од 11. јануара, Закон о називу и подели Краљевине на управна подручја од 3. октобра и Закон о банској управи. Закон о краљевској власти и врховној државној управи укинуо је троедебе власти. По овом закону, краљ је „носилац све власти“. Он доноси законе указима, именује себи одговорну владу, поставља чиновнике и судије, врховни је заповедник војске, проглашава рат и мир, даје амнестију и помиловања. Законом о заштити јавне*

⁵¹¹ То је био почетак „Шестојануарске диктатуре“, која је трајала све до октроисања „Септембарског устава“, 3. септембра 1931. године. Диктатура краља Александра Карађорђевића може се препознати у скоро свим наведеним оквирима настанка и спровођења оваквог режима, са специфичностима које носе место и околности. Краљ Александар јесте имао ослонац на апарат силе у држави: војску и полицију, али диктатуру није увео голим насиљем. Напротив. Диктатура је уведена након неподношљиве политичке кризе и насиља у Скупштини. На насиље се одговорило ауторитарним режимом. Диктатура је укинула демократију и парламентаризам, али је довела до смивања политичке ситуације у земљи и стварања ефикаснијег система решавања нагомиланих политичких и државно-правних проблема. Као и свака диктатура, али као и сваки други, па и демократски режим, и ова диктатура је имала своје парадоксе и наличја.

⁵¹² Овако сагледана, диктатура може изгледати као далеко бољи режим од неефикасне демократије која му је претходила. Наличја диктатуре, међутим, говоре и о њеној тамној страни: о прогону неистомишљеника, о кршењу права, о ограниченом трајању и осећању потребе враћања у уставне оквире од стране самих вршилаца власти.

⁵¹³ Са свим лицима и наличјима, „Шестојануарска диктатура“ је била режим доношења закона и ефикасног устројавања хетерогених правних система у Краљевини. Промена имена државе у „Краљевина Југославија“ имала је првенствено политичке атрибуте, који указују на национално јединство државе, недељивост троименог народа (три племена, српско, хрватско и словеначко, једног истог југословенског народа) и недељивост државе као целине. Оно што је краљу препоручио Радић, остварено је самим чином формирања владе у диктатури. Председништво владе је поверено генералу Петру Живковићу, а владар је настојао да владу чине министри чије доминантно обележје није ранија партијска припадност и који су били чврсто југословенски оријентисани.

безбедности и поретка у држави (Закон о заштити државе) по садржини је био поопштрени закон из 1921. године. Њиме су забрањена и распуштена сва удружења и политичке странке које су против поретка и које носе „обележје верско или племенско“, а кажњиво је било чак и стварање јавног мњења супротног режиму. Законом о државном суду за заштиту државе установљен је посебан суд при Касационом суду. Овај суд је судио превасходно противницима режима, нарочито комунистима. На смрт је осуђено или убијено више од 300, а на затворске казне око 1.500 лица. Символ борбе против комуниста и суђења по овом закону био је београдски затвор Главњача. Законом о изменама Закона о општинама и обласним самоуправама разрешени су дужности изабрани општински, котарски и обласни органи, а декретом великих жупана именоване су нове управе од приврженика режима. По Закону о називу и подели Краљевине на управна подручја, држава је добила назив Краљевина Југославија и подељена је на 9 бановина, уместо 33 области. Назив „обележава пуно државно и народно јединство“, односно интегрални југословенски унитаризам. У функцији такве идеје била је и нова управна подела на бановине, чије су границе одређене према географским, а не националним и историјским критеријумима. Изузетак је била Словенија у оквирима Дравске бановине. По овом закону установљене су: Дравска бановина – обухватала је углавном Словенију (седиште у Љубљани); Савска - северозападна Хрватска и Приморје (седиште у Загребу); Врбаска - западна Босна (седиште у Бања Луци); Приморска - северна и средња Далмација и југозапад Босне и Херцеговине (седиште у Сплиту); Дринска - средња и источна Босна и Херцеговина и западна Србија (седиште у Сарајеву); Зетска – Црна Гора, део Херцеговине, јужне Далмације и део јужне Србије (седиште на Цетињу); Дунавска - Банат, Бачка и Барања, Срем и северна Србија (седиште у Новом Саду); Моравска – већи део Србије (седиште у Нишу) и Вардарска – Македонија и део јужне Србије (седиште у Скопљу). Град Београд са Земуном и Панчевом био је посебно управно подручје. Закон о банској управи дефинисао је бановину као управну и самоуправну јединицу са малим самоуправним овлашћењима. На челу бановине је бан кога именује краљ на предлог председника владе. Бан представља државну власт и одговоран је краљу и влади. Краљ именује и више чиновнике у бановини, а остале чиновнике бан. Бановинска управа и њени одсеци одговорни су министарствима. Бановинско веће требало је да буде представништво самоуправе. Она, међутим, није имала своје посебне ресурсе.“

Овај цитат представља одговор на питања о ефикасности државног уређења. Шест правних подручја, са својим различитостима, представљала су камен спотицања у функционисању правосуђа и државне управе, што је отежавало и економске токове у држави. Сету октроисаних системских закона припада и Закон о уређењу редовних судова за Краљевину Југославију, донет већ 18. јануара 1929. године. Брзина његовог доношења говори о томе да је овако комплексан закон још пре диктатуре дуго припреман и да је његово доношење, у склопу изједначавања правосудних система и законодавства у различитим правним подручјима, у ствари, чекало само прави политички тренутак. Ваља поменути и Закон о државном тужиоштву, који није сврстан у сет закона донетих непосредно након увеђења диктатуре. Овим законом је коначно раздвојена тужилачка од судске функције, што је правосудни систем учинило ефикаснијим.

Поступак изједначавања закона током диктатуре и унификације правних система, очигледно је указивао на интенцију законодавца да основу овог процеса треба да чини јавноправна регулатива, првенствено материја уставноправне природе и организације правосуђа, као изнуђено законодавство које се тицало заштите државе, односно превенције појава које су условиле кризу парламентаризма и увођење диктатуре.

Са оваквим сетом октроисаних закона (који су очигледно добро припремани пре увођења диктатуре), створена је основа за припремање повратка државе у уставно стање. Уставно стање враћено је октроисањем устава 3. септембра 1931. године, познатог под називом „Септембарски устав“, или „Октроисани устав“. Устав је представљао превођење тековина Шестојануарске диктатуре у уставне оквире. Приликом припрема за повратак уставног стања постојале су идеје за другачија уставна решења од оних закона за које се определио краљ Александар. Како је тежња да се кохезиони резултати диктатуре преточе у уставну категорију била руководеће опредељење за повратак уставности, решења за која се определио краљ била су разумљива. Сама краткоћа Устава и упућивање да се нека од важних питања реше посебним законима, говори о намери владара да се држави врати уставност, али не и парламентаризам. Таква је била и садржина Устава.

За разлику од „Видовданског устава“, по Прелазним нарађењима, која се састоје од само три кратка члана (Чл. 117-119), видело се да је уставотворац сматрао да је

процес унификације и изједначавања закона и правосудног система био скоро приведен крају. Показало се, међутим, у пракси да је стање другачије. Оно што је у области јавног права било релативно брзо изводљиво, у области грађанског права је наилазило на потешкоће. Кривично право је, на пример, унификовано, али је Краљевина Југославија остала без јединственог грађанског законика све до свог нестанка. Знаменити покушаји угледних правника и професора права и у Краљевни Срба, Хрвата и Словенаца, и у држави и државама наследницама Краљевине остали су, и поред своје високе правничке вредности, у домену научних и стручних расправа.

4. КОНСЕНСУАЛНИ УГОВОРИ У ПРАВУ КРАЉЕВИНЕ СРБА, ХРВАТА И СЛОВЕНАЦА

4.1. Шест правних подручја

Подручје Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца није било јединствено, већ је у унитарној држави постојао конгомерат разних правних система и законодавства.⁵¹⁴ Њу је сачињавало шест правних подручја: србијанско, црногорско, војвођанско (са Међумурјем и Прекомурјем), словеначко-далматинско, хрватско-славонско и босанско херцеговачко.

Одмах по уједињењу појавио се и проблем изједначавања закона и правосудног система с обзиром на различитост правних подручја, а све то због разноликости како историјских околности у којима су се развијала ова правна подручја тако и друштвеног контекста и посебности сваког од њих.

Србијанско правно подручје обухватало је у судско-административном смислу надлежност Касационог суда у Београду и апелационих судова у Београду и Скопљу. Правни прописи некадашње Краљевине Србије важили су уколико нису били измењени одредбама прописа који су донети у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца.⁵¹⁵

Проблем правног парткикуларизма донекле је постојао и у Србији. Србија је ушла у Краљевину Срба, Хрвата и Словенаца са правним стањем какво је имала пре рата јер је законодавна делатност српске Народне скупштине за време Првог светског рата остала иста. То значи да је снази био Устав из 1903. године и пратеће законодавство које је из њега проистекло или је делимично, али не и у потпуности прилагођено.⁵¹⁶ Неки од закона били су: Закон о јавној безбедности из 1905. године, Закон о радњама из 1910. године, Закон о стечају и ванстечајном судском равнању из 1911. године.

Грађанскоправна област била је уређена Српским грађанским закоником који је 1911. године претрпео незнатне измене усмерене ка бољој заштити имовине од

⁵¹⁴ Овде се подразумевају територије које су до уједињења у заједничку државу односно до 1918. године улазиле у састав три државе: Аустро-Угарске, Краљевине Србије и Краљевине Црне Горе.

⁵¹⁵ Види: Дракић, Г. – *Грађанско право на војвођанском правном подручју у Краљевини СХС*, Зборник радова „Хармонизација грађанског права у региону“, 2013, стр. 108.

⁵¹⁶ Види: Ранђеловић, Н. – *Историја права II, основи српске историје права*, Ниш, 2012, стр. 163.

насавесних поступака. Исте године донет је и Закон о изменама и допунама Закона о грађанском судском поступку.⁵¹⁷

Много већи проблем представљале су Стара и јужна Србија које су биле присаједињене након Балканских ратова, а које због Првог светског рата нису биле у потпуности уведене у правни поредак Краљевине Србије. Парадокс је што су ова подручја тек 1919. године када је већ била формирана Краљевина Срба, Хрвата и Словенаца уведена у правни поредак Краљевине Србије. Посебним законским актом укинута је привремено стање и утврђено да „сви закони раније Краљевине Србије ступају на снагу и важе за округе: кумановски, скопски, битољски, охридски, тиквешки, брегалнички, тетовски, призренски, звечански, косовски, рашки, пријепољски, пљеваљски, белопољски, берански и метохијски и тада престају важити све специјалне Уредбе и прописи издани за ослобођене и присаједињене области после балканских ратова.”⁵¹⁸

Црногорско правно подручје је у судско-административном смислу било подручје надлежности Великог суда у Подгорици.⁵¹⁹ Дакле, на њему је примењивано некадашње законодавство Краљевине Црне Горе.

Познато је, а и већ навођено, да је на подручју Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца владао правни партикуларизам, као и да ни поједино правно подручје није било правно унификовано. Слична ситуација је била и у Црној Гори.

Када је реч о грађанском праву, примењиван је Општи имовински законик за Црну Гору. То мишљење је општеприхваћено. Међутим, то није био једини извор права који је примењиван на црногорском правном подручју. Грађа Историјског архива у Котору показује да је на подручје Боке након 1918. године био у примени Аустријски Општи имовински законик. Разлог томе лежи у чињеници да је Бока до 1918. године била део аустријске административне јединице Краљевине Далмације.⁵²⁰

Другачија регулатива постојала је и на просторима који су присаједињени Црној Гори након Балканских ратова. На тим просторима примењивани су домаће

⁵¹⁷*Idem*, стр. 135.

⁵¹⁸*Idem*, стр. 163.

⁵¹⁹ О томе: Мариновић, В.С.; Вукотић, Р.; М. Дакић, Г. – *Црногорско судство кроз историју*, Цетиње 1998, стр. 567 – 612.

⁵²⁰ О томе: Sirotković, H.; Margetić, L. – *Povijest država i prava naroda SFR Jugoslavije*, Zagreb 1988, str. 172.

обичајно право, турско законодавство, а тек посредно прописи црногорске државе.⁵²¹ Посредна примена црногорског законодавства није значила и непосредну примену Општег имовинског законика. Она се односила на поштовање инструкција црногорске власти поводом расправљања брачних и имовинских спорова међу православним становништвом. Осим тога, постојале су наредбе да се приликом куповине земље у новооснованим крајевима не примењују правила Општег имовинског законика. Наредба Министарства правде прописује да тамошњи судови нису меродавни да дају потврде за купопродајне уговоре одмах након ослобођења.⁵²² С друге стране, постоје подаци да је у овим крајевима једно време било у примени србијанско законодавство. То су области које су након уједињења 1918. године биле административно у Ужичкој области.⁵²³

Војвођанско, односно правно подручје Војводине са Међумурјем било је у судско-административном смислу у надлежности Касационог суда Одељења Б у Новом Саду. На овом подручју, важило је углавном угарско право. Оно се примењивало под условом да није било у супротности са прописима законодавства нове државе. На оном делу територије Војводине који је пре развојачења припадао Војној граници, важило је аустријско право под истим условима као угарско. То је било подручје надлежности Окружног суда у Панчеву и среских судова у Банатском Карловцу, Белој Цркви, Ковину, Тителу и Жабљу.⁵²⁴

И на војвођанском правном подручју је постојао правни партикуларизам. Када је реч о грађанском праву, начелно је важило мађарско право, осим оног дела територије који је пре развојачења припадао Војној граници где се примењивао Аустријски општи грађански законик. Значајну улогу у угарском приватном праву имало је обичајно право, као и судска пракса. То се превасходно односи на децизије односно пресуде највиших угарских судских инстанци тзв. Краљевских курија. На војвођанском правном подручју је највиша судска инстанца у заједничкој држави било Одељење Б Касационог суда у Новом Саду. Његове одлуке или децизије нису имале карактер закона, али су се судови и грађани придржавали тих правила претпостављајући да ће конкретан спор бити решен управо на основу њих. Наравно, примена угарског

⁵²¹ Види: Стојановић, П., 1987, 61-62, фн. 100.

⁵²² Детаљније: Пејовић Ђ. – Аграрна политика црногорске владе у крајевима ослобођеним у Балканском рату 1912 године, Цетиње 1955, стр. 232.

⁵²³ Види: Стојановић, П., 1987, 61-62, фн. 100.

⁵²⁴ Опширније: Čulinović F. - *Državna pravna historija jugoslavenskih zemalja XIX i XX vijeka II*, Zagreb 1959, str. 311.

законодавства била је могућа само уколико исти нису били у супротности са законима Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца.⁵²⁵

Дакле, на овом подручју је постојао посебан мешовити правни систем који је настајао кроз рад законодавних органи (елементи законског права) као и кроз праксу Касационог суда (елементи судског права).

Пример правног партикуларизма, у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца, поготово у области грађанског права, даје стање које је постојало у материји брачног права. Закон о браку из 1894. године – XXXI Законски чланак од године 1894, који је ступио на снагу 1. октобра 1895. године прописивао је обавезну форму грађанског брака као једину признату. На свим осталим правним подручјима био је признат искључиво црквени брак. Црквени брак је био склапан према правилима цркве којој су припада брачни другови. Тако је, једна од сметњи за закључење брака била и разлика у вери. На подручју Војводине, то није био случај јер је обавезна грађанска форма требало да олакша склапање брака између припадника различитих вероисповести.⁵²⁶ Дакле, према Закону из 1894. године, брак је сматран непостојећим у случају када су два лица закључила брак по прописима своје цркве пред свештеником уколико претходно није склопљен грађански брак. Пример овога показује и одлука Касационог суда Одељења Б у Новом Саду која је донета у току 1928. године. Суд је, наиме сматрао, да се не може решити бракоразводна парница ако у списима не постоји доказ (извод) да је брак склопљен пред државним матичарем, чак ни онда ако постоји доказ да је склопљен црквени брак.⁵²⁷ У конкретном предмету, странке су приложиле извод на основу кога је утврђено да су склопиле црквени брак, али је доказ о закључења брака пред грађанским чиновником изостао. Стога је суд у складу са Законом о браку заузео став да без доказа не може бити ни говора о разводу брака јер брак ни не постоји ако није склопљен пред надлежним државним матичарем.⁵²⁸

Различитости у брачним прописима доводиле су до бројних проблема. Као што је речено на осталим правним подручјима осим на војвођанском је био обавезан црквени брак. Примера ради, брак који би један Србијанац закључио у цркви са једном

⁵²⁵ Види: Пишкулић З.; Ђерђ И. - *Основи приватнога права у Војводини*, Београд 1924, стр. 8.

⁵²⁶ Опширније: Дракић Г. - *Грађанско право на војвођанском правном подручју у Краљевини СХС*, Зборник радова „Хармонизација грађанског права у региону“, 2013, стр. 113-114.

⁵²⁷ Збирка одлука виших судова бр. VIII из 1928, случај бр. 191. Наведено према Цвејић-Јанчић О. - *Брачно право у Војводини између два светска рата*“, Зборник Матице српске за друштвене науке 2008, стр. 38.

⁵²⁸ *Idem*.

Србијанком сматран је важећим и пуноважним на србијанском правном подручју, док је на подручју Војводине сматран неважећим. Уколико би се такав брачни пар доселио у Војводину, из чињенице да је њихов брак неважећи настајали су многобројни проблеми. Деца из такве заједнице су сматрана за ванбрачну, па су такав статус имала и приликом наслеђивања. Затим је могло да се постави и питање пословне способности Србијанке удате пуноважно и грађански и црквено у Војводини за Србијанца. Удата пунолетна Војвођанка била је у погледу пословне способности изједначена са пунолетним мушкарцем.⁵²⁹

Словеначко-далматинско правно подручје обухватало је Далмацију са острвима Пагом, Рабом и Крком, те подручје котара Кастав и Словенију.

Словенија и Далмација су пре Аустро-Угарске нагодбе из 1867. године припадале Аустрији, а након тога је већи део овог правног подручја припао аустријском делу Двојне Монархије.

На овом правном подручју је постојао конгломерат утицаја, почев од изворног римског права преко утицаја статута далматинских градова, права Млетачке републике, до инкорпорирања у аустријско право од 1815. године. Кратко време је био у употреби француски *Code Civil*. Након тога се у области грађанског права примењивао Аустријски општи грађански законик.

Аустријски општи грађански законик је новелиран три пута (1914, 1915. и 1916. године) како би се одређене одредбе прилагодили новостворених друштвеним и економских приликама. На словеначко-далматинском правном подручју је важио Општи грађански законик са новелама.

Хрватско-славонско подручје обухватало је територију бивше Краљевине Хрватске, Славоније и Далмације, без Далмације, Истре и Међумурја. Сходно судско-административној подели, то је било подручје надлежности Одељења Б Стола седморице у Загребу и апелационих судова у Сплиту и Љубљани. На овом подручју, важило је новелирано аустријско право.⁵³⁰

⁵²⁹ *Ibidem*.

⁵³⁰ Види: Дракић, Г. – *Грађанско право на војвођанском правном подручју у Краљевини СХС*, Зборник радова „Хармонизација грађанског права у региону“, 2013, стр. 108.

На хрватско-славонском подручју важили су прописи које су до 1918. године донели хрватско-угарски сабор и Хрватски сабор као и закони аустријског права који су преузети за време Баховог апсолутизма.⁵³¹

Хрватска и Славонија су припадале Аустрији до 1867. године односно до Аустро-Угарске нагодбе када припадају Аустро-Угарској, односно угарском делу Двојне монархије. На овом подручју важило је новелирано аустријско право.

Аустријски општи грађански законик уведен је у Хрватској 1852. године царским патентом за време Баховог апсолутизма, али је тек након пада апсолутизма 1860. године у Хрватској почео да се развија независно од аустријског права. Зато су се временом појавиле разлике између аустријског и хрватског текста Општег грађанског законика.⁵³² Општи грађански законик је новелиран три пута, 1914, 1915. и 1916. године. Међутим, на хрватско-славонском правном подручју је и даље примењиван стари законик.

Босанско-херцеговачко правно подручје обухватало је територију Босне и Херцеговине, односно територију надлежности Врховног суда у Сарајеву. На овом подручју, једним делом важило је аустријско право, док је за муслимане у области брачног права важило искључиво шеријатско право.⁵³³

Босна и Херцеговина је прошла кроз два пројекта модернизације у периоду између 1839. и 1918. године. Први пројекат био је Танзимат који је спровођен у периоду од 1839. године до 1876. године. Циљ танзимата био је модернизација војске, државне управе, права, економије и образовања.⁵³⁴ Други пројекат је предузела Аустро-Угарска Монархија у периоду од 1878. године до 1918. године. Циљ овог пројекта било је изграђивање Босне и Херцеговине као модерне европске земље унутар Двојне Монархије.⁵³⁵

У оба случаја пројекат модернизације је укључивао трансформацију правног система. За време Танзимата на Босну и Херцеговину је протегнуто важење Мецеле *Mecelle-i ahkjam-i adliyye*. Уз Мецелу су у БиХ проглашени и други танзиматски

⁵³¹ Опширније: Крешић М.- *Javno bilježništvo na hrvatsko-slavonskom pravnom području 1859-1941*, Časopis za suvremenu povijest, Zagreb, 2010, стр. 92.

⁵³² Види: Balta, I. – *Nagodbeno ustrojstvo Austro-Ugarske i recepcija austrijskog opšteg građanskog prava*, Zbornik radova znanstvenog skupa, Tuzla, 2014, стр. 122.

⁵³³ *Idem*, 108.

⁵³⁴ Види: Карчић, Ф. - *Bošnjaci i izazovi modernosti: kasni osmanlijski i habsburški period*, Sarajevo, 2004, 156.

⁵³⁵ *Idem*, стр. 157.

закони: Закон од 7. рамазана 1274. (21. априла 1858.) и Закон од 17. мухарема 1284. (21. маја 1867.). У току аустроугарског пројекта модернизације, извршена је фактичка рецепција Аустријског општег грађанског законика.

Период од 1878-1918. године је за нас од посебног значаја јер је са таквим стањем законодавства, Босна и Херцеговина ушла у заједничку државу, Краљевину Срба, Хрвата и Словенаца.

*“Ваши се закони и уређења неће самовољно укинути, Ваши се обичаји и наваде имају сачувати. Не смије се ништа измијенити силом без помнога уважења тога, што је Вама нужно. Стари закони имају вриједност док се не издаду нови.”*⁵³⁶

Царском прокламацијом за народ у Босни и Херцеговини је отпочела окупација Аустро-Угарске. Непосредно након тога, донети су и други акти који су били сличне садржине, а у истом циљу као и претходни. Наредба царског и краљевског заједничког министарства у Бечу број 645/Б. Х од 39. децембра 1878. године⁵³⁷ је прописивала да се до издавања нових правних прописа на подручју приватног права судови морају држати законодавства које фактички постоји у земљи, а уколико уопште не постоји, или се не може применити због нових промењених прилика или је непотпуно, треба у парничним и ванпарничним односима поступати по аналогiji закона који су били на снази у Аустро-Угарској Монархији. Према томе, од османског законодавства се могло одступити у три случаја: ако оно не постоји у одређеном питању, ако је непотпуно и ако се није могло применити због нових измењених околности.⁵³⁸

С друге стране, аустроугарске судије нису могле да користе Мецелу, пре свега због непознавања турског језика. Примерак француског превода важнијих османских закона⁵³⁹ је био послат из Беча. Такође, наредбом Земаљске владе Мецела је преведена 1890.⁵⁴⁰ године на српско-хрватски језик. Међутим, нити је то био службени превод нити је Мецела званично проглашена за законик у Босни и Херцеговини.⁵⁴¹

⁵³⁶ Опширније: Zobkow, M. – *Primjenjivanje austrijskog općeg građanskog zakonika u Bosni i Hercegovini*, Мјесећник, vol. 47, br. 8, 1921, str. 314.

⁵³⁷ Naredba Carskog i kraljevskog zajedničkog ministarstva u Beču broj 645/B. H. od 29. decembra 1878., Glasnik zakona i naredaba za Bosnu i Hercegovinu, sv. II, 1878. – 1880., str. 9.

⁵³⁸ Види: Karčić, F. – *Opšti građanski zakonik u Bosni i Hercegovini: kodifikacija kao sredstvo transformacije pravnog sistema*, Sarajevo, 2012, str. 1030.

⁵³⁹ *Legislation ottomane par. Aristarchi Bey*, Constantinople, 1874.

⁵⁴⁰ Делови Мецеле који су преведени и уврштени у Зборник закона и наредби од 1881. године били су само прописи о залогу из Четврте књиге (чл. 701. до 761.) и прописи о извршењу на покретним и непокретним стварима приватног (мулк) власништва из Девете књиге (чл. 998. до 1002.). Тако су 1883.

Из тог разлога отпочело се са фактичком применом Општег грађанског законика. Процес примене ОГЗ је имао две карактеристике. С једне стране, ОГЗ је имао карактер допунског извора грађанског права, а с друге стране рецепција ОГЗ је била модификована у одређеним подручјима грађанског права где су постојале норме домаћег (османског права). Ваља напоменути да ОГЗ није примењиван у наследноправним и породичноправним питањима муслимана јер је за њих важило шеријатско право, као ни у истим питањима јевреја и хришћана где је важило конфесионално право. Наравно, највећу примену ОГЗ је имао у области облигационог права. Међутим, и овде су поједини посебни институти коригоривали примену ОИЗ попут правне и пословне способности (где су постојала разлике ОГЗ и османског права), начела османског права да купопродаја не укида најам што је противно ОГЗ, итд.⁵⁴²

Правни основ за примену ОГЗ уместо Мецеле, судови су нашли у бројним наредбама и инструкцијама. Наредба Заједничког министарства о уређењу правосудне управе од 29. децембра 1878. године, затим Наредба Заједничког министарства о организацији и дјелокругу провизорних судова за Босну и Херцеговину од 1. јануара 1879. године, те Инструкција за Врховни суд објављена у Наредби Земаљске владе од 17. јула 1879. године. Дакле, нормативи су прописивали аналогну примену „закона који су на снази у Монархији” у свим случајевима непримењивости домаћег (османско-босанског) права или правних празнина односно примену Аустријског општег грађанског законика.⁵⁴³⁵⁴⁴Одређеним *lex specialis* реципиране су неке одредбе ОГЗ-а,

године преведени прописи о праву избора код уговора о најму и закупу (чл. 497–521.) Наредбом од 25. фебруара 1886. године судовима су достављени и преводи прописа о праву прече куповине (чл. 950–956. и 1008–1044.) и одређених прописа о купопродаји (чл. 109, 320, 337, 364.) Наредбом од 21. маја 1887. године Земаљска влада је Врховном суду доставила преводе одредби о *laesio enormis Gabni fahiš* (чл. 165.), о склапању купопродајног уговора (чл. 167.), о “закидању” и превари код купопродаје (чл. 356–358.), о последицама купопродаје (чл. 369.), те о неопозивој (*nafiz*) купопродаји (чл. 375. и 113–115.) Исте године су Врховном суду достављени преводи прописа о застаревању (чл. 1660. и 1674.) и престанку заједнице (чл. 1045–1447.) Наредбом од 14. маја 1889. године, Врховном суду су достављени преводи прописа о битним елементима купопродаје (чл. 167–176.), о одређивању цене и предмета после склапања купопродајног уговора (чл. 252. и 253.) и о редоследу испуњења купопродајног уговора (чл. 262.). Исте године су Врховном суду достављени преводи прописа о ослобађању и признању дуга (чл. 1568. и 1610.) о престанку, предмету и дозвољеним и недозвољеним предметима купопродаје (чл. 190–216.), те о условима и ваљаности купопродаје (чл. 361–363.)

Наведено према: Већић М. - *Primjena Medželle u postsmanskoj Bosni i Hercegovini*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, LVII – 2014, str. 57-58.

⁵⁴¹ Опширније: Карџић, Ф. – *Studije o šerijatskom pravu i institucijama*, Sarajevo, 2011, str. 150.

⁵⁴² Види: Карџић, Ф. – *Opšti građanski zakonik u Bosni i Hercegovini: kodifikacija kao sredstvo transformacije pravnog sistema*, Sarajevo, 2012, str. 1032.

⁵⁴³ Опширније: Већић, М. – *Primjena Medželle u postsmanskoj Bosni i Hercegovini*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, LVII – 2014, str. 58-59.

⁵⁴⁴ О правној основаности аналогне примене ОГЗ-а у Босни и Херцеговини, види: Већић М. - *Historijska i*

поред фактичке рецепције. Рударски закон од 14. маја 1881. године, Трговачки закон од 7. јуна 1883. године и Грунтовни закон од 13. септембра 1884. године упућују на примену ОГЗ уместо Мецеле.⁵⁴⁵

Паралелна примена домаћег права уз факитчку рецепцију ОГЗ и рецепцију путем *lex specialis* довела је до тога да су се различити судови, позивали на различите изворе права. Илустрацију таквог стања пружа изрека да у Босни и Херцеговини котарски судови суде по здравом разуму, окружни по Аустријском општем грађанском законнику, а Врховни суд у Сарајеву по Мецели.⁵⁴⁶ То је такође допринело и правној несигурности. Још један пример овог проблема даје извештај адвокатске коморе из 1909. године. У њему се наводи да је неприхватљиво да и тридесет година након окупације доношење одлука се у грађанским стварима базира на примени османских прописа, а само у случају непримењивости или правних празнина се примењују прописи који су на снази у Монархији. Такође се наводи да народ има право да зна које је право на снази, те да највећу забуну узрокује паралелна примера ОГЗ и Мецеле поготово што се у појединим случајевима приликом просуђивања једног правног посла нешто узима од једног, а нешто од другог законика. Из тих разлога, адвокати и клијенти не знају шта ће судија у сваком конкретном случају узети уз османског, а шта из аустријског права.⁵⁴⁷

Решење је могло да се нађе у потпуној рецепцији ОГЗ. Међутим, потпуна рецепција није могла да буде спроведена имајући у виду новоуспостављени уставноправни поредак 1910. године, а посебно структуру становништва, као и особеност социјално-економских прилика у земљи. Из тих разлога управа се одлучила за парцијалну кодификацију грађанског права у Босни и Херцеговини, а не за потпуно рецепцију ОГЗ.⁵⁴⁸ Мецела је и даље формално остала на снази, али се судска пракса фактички удаљавала од Мецеле. Судска пракса водила је рачуна само о одређеним и специфичним правним институтима који нису били познати аустријском приватном

pravna osnovanost primjene Općeg građanskog zakonika u Bosni i Hercegovini nakon okupacije 1878. godine, Sarajevo, 2011, str. 63–79.

⁵⁴⁵ Види: Sladović E. - *Islamsko pravo u Bosni i Hercegovini*, Beograd, 1926, str. 30.

⁵⁴⁶ Види: Zobkow, M. – *Primjenjivanje austrijskog općeg gradjanskog zakonika u Bosni i Hercegovini*, Mjesečnik, vol. 47, br. 8, 1921, str. 315.

⁵⁴⁷ Види: Pilar, I. – *Entwicklungsgang der Rezeption des österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches in Bosnien und der Herzegowina unter besonderer Berücksichtigung der Immobilienrechtes*, Festschrift zur Jahrhundertfeier des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches 1. Juni 1911, Wien, 1911, str. 724.

⁵⁴⁸ *Idem*, стр. 725–726.

праву, а које су били регулисани Мецелом до краја аустроугарске управе у Босни и Херцеговини. На такве институте и правне односе примењивани су, у начелу, прописи Мецеле.⁵⁴⁹

Убрзо након проглашења уједињења појавиле су се две правничке групације, припадници „пречанског фронта” и припадници „србијанског фронта.” Свака од ових група имала је своје виђење какво би законодавство требало да буде у новој држави. „Пречани” су били правници из бивше Аустро-Угарске, док су правници са простора бивше Краљевине Србије иступали као представници „србијанског фронта”.⁵⁵⁰ Пречански правници су сматрали да би требало законодавство аустро-угарске да се прошири на остале крајеве државе у којима оно није важило, односно на територију Србије, Црне Горе, Војводине и донекле Босне и Херцеговине. С друге стране, србијански правници су наводили да Србија има своју историју и еволуцију стару преко сто година и из тог разлога су заговарали примену еkleктичке методе. Она је подразумевала да би требало да се задрже они правни институти који су дали позитивне резултате, а да се из аустријског права преузму они институти који нису уведени у право у Краљевине Србије, а који су требало да буду преузети одавно, као и да се узме у обзир право осталих европских држава.⁵⁵¹ Професор Живојин Перић је наглашавао да је једна од карактеристика хрватских и словеначких интелектуалаца, као и оних Срба из бивше Аустро-Угарске, то што се њихов начин мишљења и менталитет не разликује од аустријско-немачког мишљења у правном погледу, као да и примају без сваке дискусије и као догму све што им дође од стране аустријско-немачке правне науке.⁵⁵²

Управо због постојања шест правних подручја, рад на изједначењу права је отпочео већ у току прве године постојања нове државе, Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца. Пословима изједначавања права, бавила су се два министарства, Министарство правде⁵⁵³ и Министарство припреме за уставотворну скупштину и изједначење закона који је након доношења Видовданског устава променило назив у

⁵⁴⁹ Види: Bečić, M. – *Primjena Medželle u postosmanskoj Bosni i Hercegovini*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, LVII – 2014, str. 61.

⁵⁵⁰ Perić, Ž. – *Svedoci kao dokazno sredstvo u novom jugoslovenskom građanskom sudskom postupku*, Beograd, 1934, str. 14 – 15.

⁵⁵¹ Види: Pavlović, M. – *Problem izjednačenja zakona u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca/ Jugoslaviji*, pregledni znanstveni rad, 2008, str. 494.

⁵⁵² Опширније: Nedeljković, B. – *Primena novog građanskog parn. postupka*, Arhiv za pravne i društvene nauke, knj. XXX (XLVII), br. 2, Beograd, 1935, str. 207 – 208.

⁵⁵³ Организација Министарства правде била је регулисана Уредбом о уређењу Министарства правде. Уредба о уређењу Министарства правде Краљевине СХС, Сл. новине Краљевине СХС, бр. 168/19.

Министарство за изједначење закона. Министарство правде је у свом саставу имало четири одељења. Одељење за израду законских пројеката, било је једно од њих, чији је задатак био да се бави проучавањем законских текстова и давање мишљења министру правде о томе које би законске одредбе требало исправити. Такође, вршило је упоредноправно проучавање закона, поготово оних који су се тicali судства како би указивало министру правде која законска решења треба имплементирати у домаће законодавство.⁵⁵⁴ Такође је при Министарству правде основан и Стални законодавни савет чији је циљ био израда нацрта закона као и непрекидни рад на усавршавању постојећег законодавства. Стални законодавни савет је имао три одсека: приватноправни, кривичноправни и јавноправни. Формиран је његов ужи одбор који је доносио одлуку о томе које нацрте закона је потребно припремити.⁵⁵⁵

Видовдански устав је у прелазним одредбама предвиђао формирање Законодавног одбора Народне скупштине на који је требало да буде пренесен већи део законодавне надлежности. Његов примарни задатак је било спровођење ликвидације правног провизоријума тако што је требало да укине, измени или пак остави у важности привремене законе, уредбе, правилнике и решења које су владе доносиле за време трајања провизоријума. Такође, члан 130. Устава је предвиђао да се мањи део тих прописа могао изменити искључиво законодавном процедуром. То се односило на привремене законе, уредбе, правилнике и решења који су за предмет имали: аграрне односе у држави, Народну банку Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, ликвидацију мораторног стања и ликвидацију правног стања створеног ратом и накнаду штете причињење ратом, државне зајмове, као и убрзање рада и поступака код судова.⁵⁵⁶ С друге стране, Устав је предвиђао за већи број привремених закона, уредаба и решења, поступак испитивања као и озакоњења у Законодавном одбору Народне скупштине. Према члану 130. Устава Влада је била дужна да све поменуте прописе упути Законодавном одбору након чега би их он прегледао у року од пет месеци и донео одлуку који ће од њих остати на снази без измена, а које би требало изменити или укинути. Његове одлуке су приглашаване као закони и објављиване у Службеним новинама Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца. Уколико Законодавни одбор не би

⁵⁵⁴ Види: Дракић, Г. – *Грађанско право на војвођанском правном подручју у Краљевини СХС*, Зборник радова „Хармонизација грађанског права у региону“, 2013, стр. 109.

⁵⁵⁵ Види: Дракић, Г. – *Грађанско право на војвођанском правном подручју у Краљевини СХС*, Зборник радова „Хармонизација грађанског права у региону“, 2013, стр. 109.

⁵⁵⁶ Устав Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, Сл. новине Краљевине СХС, бр. 142 А/21.

донео одлуку у предвиђеном року, прописи би важили и даље, али би убудуће могли да буде измењени само редовном законодавном процедуром. Сви привремени закони, уредбе, правилници и решења, које влада није поднела Законодавном одбору на преглед у остављеном року од месец дана, престајали су да важе.

Законодавни одбор је имао још једну делатност у својој надлежности. Она се састојала у претресању и усвајању законодавних предлога који су се односили на изједначење законодавства у држави. Члан 133. Устава је предвиђао скраћени поступак за изједначење законодавства и управе у држави. Поступак је подразумевао да сви законски предлози који су имали за предмет изједначење законодавства и управе, без обзира на то да ли су поднесени од стране владе или појединих посланика, упуте Законодавном одбору посредством Председништва Народне скупштине. Извештај законодавног одбора заједно са предлогом упућивао се Народној скупштини на решавање. Народна скупштина се изјашњавала о поднесем законским предлозима поименичним гласањем једанпут и у целини (о томе да ли их прима или одбацује). Пре гласања о предлогу, по један представник сваке парламентарне групе могао је да да кратку изјаву. Устав је предвиђао да се краћи поступак за изједначавање законодавства и управе могао применити у року од пет година од ступња на снагу Устава, али да се тај рок законом могао продужити.

Процес изједначавања закона није текао брзо, а ни са лакоћом. Највећи проблем је представљало грађанско право где је било потребно изнаћи најбоља решења имајући у виду различиту структуру становништва као и друштвено-економске, па и верске прилике.

4.2. Консенсуални уговори на подручју примене Аустријског грађанског законика

4.2.1. Општи преглед

Аустријски општи грађански законик (нем. *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch-ABGB*) донет је 1. јуна 1811. године, а ступио је на снагу 1. јануара 1812. године. Законик је назван општим јер је формално важио за све сталеже уместо до тада важећих сталешких диференцијација.

Рад на кодификацији започео је у време царице Марије Терезије. Она је, наиме, 1753. године образовала комисију за израду законика у Брну на чијем челу је био

прашки професор Ациони, кога ће наследити Ценкер. Њихов рад је резултирао настанком *Codex Theresianus* из 1766. године. *Codex Theresianus* није ступио на снагу јер је био преобиман и више је личио на уџбеник него на законик. Цар Леополд II је задужио бечког професора Карл фон Мартинија да побољша Терезијански кодекс. Мартини је био представник школе природног права. Рад на Кодексу је завршио 1796. године, а након његове смрти рад на кодексу наставља Франц фон Цајлер који ће и окончати рад на законнику. Аустријски општи грађански законик донет је 1. јуна 1811. године, а ступио је на снагу 1. јануара 1812. године.⁵⁵⁷

Законик свој основ има у римском праву. Део утицаја канонског права највише се огледа у црквеном браку. На Општи грађански законик је мањим делом утицало и германско обичјано право као и природно право које се темељи на схватању да право мора да буде правично и да је право само по себи урођени део човека.

Општи грађански законик је подељен на три дела у складу са Гајевим системом трипартиције⁵⁵⁸ датим у Институцијама: I део (параграфи 1-308) регулишу лично и породично право, II део (параграфи 309-530) стварно и наследно право (параграфи 531-858) облигационо право (параграфи 859-1341) и III део (параграфи 1342-1502) садрже опште одрдбе за лична права и права на ствари.⁵⁵⁹

Значај Аустријског општег грађанског законика је велики. И данас важи као позитивно право, а примењивао се и на простору Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца. Такође, послужио је Јовану Хацићу као изворник за писање Српског грађанског законика.

Аустријски грађански законик уведен је као нови пропис Царским патентом од 1. јуна 1811. године, а ступио је на снагу 1. јануара 1812 године у аустријским наследним земљама: Доњој и Горњој Аустрији, Чешкој, Моравској, Шлеској, Буковини, Галицији, Владимирији, Штајерској, округу Клагенфурт и у Војној Крајини. Након Бечког конгреса и територијалног проширења Аустрије ступио је на снагу 1. јануара 1812. године у Војној граници, делу који није био под француском окупацијом, односно у делу који је био саставу Монархије, 1. јула 1814. године у Карловачкој и Банској Крајини, 1. октобра 1815. године у Истри и Ријеци, 1. јануара 1816. године у

⁵⁵⁷ Види: Петровић, М. - *Увод у велике правне системе*, Ниш, 2011, стр. 49.

⁵⁵⁸ *Omne autem ius quo utimur vel ad presonas, vel ad res, vel ad actiones pertinet.*

⁵⁵⁹ Опширније: Balta, I. – *Nagodbeno ustrojstvo Austro-Ugarske i recepcija austrijskog opšteg građanskog prava*, Zbornik radova znanstvenog skupa, Tuzla, 2014, str. 121.

краљевини Далмацији, 1. октобра 1816. године на острвима у Далмацији, Колочеп, Корчула, Вис, Лопуд, Шипан, Мљет и Ластово, 1. јануара 1820. године у карловачком окружју, делу који је био у Краљевини Илирији, 29. новембра 1852. године уведен је у Хрватску и Славонију, а ступио је на снагу 1. маја 1853. године.⁵⁶⁰

Аустријски општи грађански законик регулише схваћене римских појмом консенсуалних уговора: уговор о куповини, уговор о закупу, уговор о најму, уговор о делу, уговор о заједници добара и уговор о опуномућавању и другим врстама деловодства.

4.2.2. О уговору куповине

Уговор куповине регулисан је у двадесет четвртој глави који назив „О уговору куповине” и обухвата чланове 1053-1089 Аустријског општег грађанског законика.⁵⁶¹ Такође, одређене одредбе се могу наћи и у другим деловима Законика.

Законодавац је, за разлику од римског двојног назива, као и назива који је одређен СГЗ, задржао само први део па је овај уговор назвао просто куповином.⁵⁶² Уговор о куповини је стога такав уговор којим се нека ствар уступа другоме за одређену суму новца.⁵⁶³

На основу саме дефиниције и израза који је употребљен „уступа другоме” могло би се закључити да је уговор реалан. Међутим, овај израз би требало тумачити као обавезу једног лица, продавца да пренесе другом лицу, купцу у својину одређену ствар или право. Такође, одредба која говори у прилог томе да је овај уговор консенсуалан је она која одређује дужности продавца. Тако, продавац је у обавезан да ствар брижљиво чува до тренутка предаје. Дакле, уговор о куповини је консенсуалан.

АГЗ не говори о форми уговора у делу где регулише овај уговор. Одредбе о форми уговора могу се наћи у општем делу о уговорима. Уговор може бити закључен у било којој форми, писмено или усмено, пред судом или ван суда.⁵⁶⁴ Међутим, уколико

⁵⁶⁰Види: Vrbošić, J. - *Osnovne napomene o prilikama u kraljevini Hrvatskoj, Slavoniji i Dalmaciji u vrijeme stupanja na snagu Općeg austrijskog građanskog zakonika*, Zbornik radova znanstvenog skupa, Tuzla, 2014, str. 127.

⁵⁶¹ У даљем тексту: АГЗ.

⁵⁶² Исти назив постоји и у ОИЗ.

⁵⁶³ Члан 1053.

⁵⁶⁴ Члан 883.

су уговорне стране предвиделе одређену форму као обавезну, она мора бити испоштована.⁵⁶⁵ Дакле, уговор је неформалан.

Уговор о куповини је прави обострано обавезујући јер за обе стране уговорнице, односно продавца и купца настају права и обавезе. Главна обавеза продавца састоји се у брижљивом чувању ствари до предаје и предаја ствари купцу.⁵⁶⁶ Купац је са друге стране, обавезан да прими ствар и исплати куповну цену.⁵⁶⁷

Комутативност је следеће обележја овог уговора што значи да су при самом закључењу уговора, обавезе уговарача одређене или извесне. Из тога разлога, уговор може бити поништен због оштећења преко половине (*laesio enormis*).⁵⁶⁸ Међутим, АГЗ дозвољава закључење уговора о куповини и као алеаторни правни посао.⁵⁶⁹

Уговор о куповини је теретан јер купац за добијену ствар даје одређену суму новца, а продавац за добијени новчани износ као накнаду даје одређену ствар.

Дакле, уговор о куповини је консенсуалан, неформалан, прави обострано обавезујући, комутативан и теретан што значи да је остао на основама које је поставило римско право код *emptio-venditio*.

Уговор о куповини прозиводи само облигациона дејства што значи да је он само *iustus titulus*. До преноса својине доћи ће тек предајом ствари од стране продавца одговарајућим *modus acquirendi*. До предаје ствари, продавац задржава право својине.⁵⁷⁰

Битни елементи

На основу саме дефиниције уговора, битни елементи уговора о куповини су ствар која се продаје и цена која се плаћа за ствар.

Ствар

АГЗ је дефинисао ствар као све оно што није лице, а служи за употребу људима.⁵⁷¹ Предмет уговора о куповини су ствари у промету. Стари текст и члан 878.

⁵⁶⁵ Члан 884.

⁵⁶⁶ Члан 1061.

⁵⁶⁷ Члан 1062.

⁵⁶⁸ Члан 934.

⁵⁶⁹ Члан 1065.

⁵⁷⁰ Члан 1053.

наводи да предмет уговора о куповини не може бити оно што се не може учинити, што је немогуће или недопуштено.⁵⁷² Исти члан новог текста говори само о немогућим предметима уговора.⁵⁷³ Према томе, то су покретне и непокретне ствари⁵⁷⁴, телесне и бестелесне, потрошне и непотрошне⁵⁷⁵, индивидуално одређене или генерички одређене.

Како је уговор о куповини само *iustus titulus* за стицање права својине, предмет уговора о куповини могу бити и туђе ствари. У том случају, продавац ће бити у обавези да прибави својину на ствари пре предаје купцу. Истина, АГЗ не садржи одредбу која непосредно прописује овакву могућност, али имајући у виду одредбу која упућује да се, сва питања која нису регулисана у делу уговора у куповини, у том случају примењују опште одредбе о уговорима.⁵⁷⁶

Предмет уговора могу бити и будуће ствари. АГЗ садржи упућујућу одредбу која прописује да уколико се купују ствари о којима се неко нада да се тада примењују прописи о уговорима на срећу.⁵⁷⁷ При томе, прави разлику између две врсте уговора: *emptio rei speratae* и *emptio spei*. Код прве врсте, има се у виду будућа ствар која се очекује да ће настати па се самим тим и примењују правила уговора о куповини у смислу могућности коришћења захтева *laesio enormis*.

*„Ко за одређену цену количину будућег прихода обећава сразмерну цену, тај закључује обичан уговор о куповини.“*⁵⁷⁸

Код друге врсте, законодавац наводи куповину будуће користи од којих су неке ствари ђутуре или куповину наде по одређеној цени. Овакав уговор је алеаторан, па самим тим купац нема права на оштећење преко половине због правила да алеа искључује лезију.

И бестелесне ствари односно права могу бити предмет уговора о куповини. Ова врста ствари не може бити предмет у апсолутном смислу јер нису сва права преносива. Тако, предмет уговора о куповини могу бити стварне службености. Наравно, оне ће

⁵⁷¹ Члан 285.

⁵⁷² Члан 878.

⁵⁷³ Члан 878.

⁵⁷⁴ Члан 293.

⁵⁷⁵ Члан 301.

⁵⁷⁶ Члан 1066.

⁵⁷⁷ Члан 1065.

⁵⁷⁸ Члан 1275.

бити предмет уговора само ако се утуђују уз повласно добро имајући у виду да су од њега неодвојиве. Од личних службености вероватно да је право плодуживања могло бити предмет уговора о куповини.

Облигациона права се могу у начелу продати односно уступити (цесија).⁵⁷⁹ Није могућа продаја облигационих права која су непреносива.

Ствари које не могу бити предмет уговора о куповини су у првом реду ствари ван промета. То су оне ствари које сви могу употребљавати попут друмова, река, морских пристаништа и обала односно општа или јавна добра.⁵⁸⁰

Од личних службености, Законодавац је предвидео да је право употребе (*usus*) непреносиво.⁵⁸¹ Право становања (*habitatio*) сматра се личним правом, па је стога и оно непреносиво. Такође, предмет уговора не може бити ни наследство или легат које се од неког трећег лица очекује.⁵⁸² Такође, предмет уговора о куповини не може бити све оно што је противно закону и јавном поретку.

Посматрајући појам ствари (*res*) која је била предмет уговора *emptio-venditio* и појам ствари регулисан АГЗ долази се до запажања да је АГЗ преузео римскоправна решења.

Цена

Цена као противвредност за добијени предмет, морала је да испуњава одређене услове да би постојао уговор о куповини.

1. Цена мора бити изражена у новцу. АГЗ изричито то прописује. Међутим, постојала је могућност да она буде делимично изражена у новцу, а делимично у некој другој ствари. У том случају постојаће уговор о куповини само уколико је вредност новца већа или једнака вредности ствари која се даје заједно са новцем. У супротном, постојаће уговор о трампи.

„Ако се једна ствар од чести за новац, а од чести за другу ствар отуђује, онда се уговор убројава у куповину или промену све по томе: да ли је вредност у новцу већа

⁵⁷⁹ Члан 1392.

⁵⁸⁰ Члан 287.

⁵⁸¹ Члан 507.

⁵⁸² Члан 879. став 3.

или мања од обичне вредности дате ствари, а ако је вредност новца и дате ствари подједнака, онда је куповина.”⁵⁸³

2. Цена мора бити одређена. Како је потребно да се уговорне стране сагласе о битним елементима уговора, тако купац и продавац одређују цену. Осим самих уговорних страна, цену може одредити и држава. То ће најчешће бити или они производи које сама држава производи или они који имају посебну важност за њу.⁵⁸⁴

Цена може бити и одредива. Цена је одредива кад су уговорне стране прецизирале начин њеног одређења. АГЗ наводи да се одређење цене може препустити и трећем лицу- *arbitrum boni viri*. Осим једног лица и већи број њих може одредити цену. Такође, за одређење цене може се искористити и цена из неког ранијег купопродајног уговора исте ствари или обичајна тржишна цена.

Купац и продавац могу одређење цене поверити трећем лицу. Уколико ово лице у уговореном року не одреди цену или ако једна уговорна страна жели пре одређивања цене да одступи у случају када никакав рок није уговорен, онда уговор о куповини није ни закључен.⁵⁸⁵ Одређивање цене може се поверити и неколицини лица. У том случају, цена ће бити одређена већином гласова. Међутим, поменути члан не говори ништа о већини која је потребна за одлучивање. *Dr. M. v. Stubenrauch* тражи апсолутно већину приликом одређивања цене. Уколико су гласови лица тако различити да се не може добити већина гласова, онда уговор о куповини није ни закључен.⁵⁸⁶ У вези са овим начинима одређивања цене поставља се питање у ком моменту се уговор сматра закљученим: моменат када су уговорне стране уговориле да ће цену одредити треће лице или моменат одређивања цене. Како горе наведене одредбе прописује да нема уговора без одређене цене, тако се моменат одређивања цене од стране трећег/трећих лица сматра моментом закључења уговора.

За одређивање цене може се користити и вредност која је, при закључењу претходног уговора о куповини, била уговорена. Такође, обичајна тржишна цена може

⁵⁸³ Члан 1055.

⁵⁸⁴ За време Француске револуције, конкретно у септембру 1793. године, Конвент је законом одредио максималну цену за све врсте хране. У питању су закони познати под именом: *les lois du maximum*.

⁵⁸⁵ Члан 1056.

⁵⁸⁶ Члан 1057.

бити узета као основ за одређивање цене. У том случају важиће средња тржишна цена оног места и времена где и када се уговор има извршити.⁵⁸⁷

3. Последњи услов који је поставио АГЗ односи се на захтев да цена мора да буде законита. Приликом одређивања овог услова, Законодавац је имао на уму две ситуације. Прва се односи на ствари за које одређена такса. У случају да је цена већа од прописане таксе онда је она противзаконита па купац може тражити надокнаду штете.⁵⁸⁸ Други случај се односи на оштећење преко половине (*laesio enormis*) које стоје на располагању како купцу, тако и продавцу.⁵⁸⁹ Наиме, ако у двострано обавезујућим пословима једна страна није примила ни половину обичне вредности онога што је дала другој страни, онда оштећена страна има право да захтева раскид уговора и повраћај у пређашње стање. Међутим, друга страна може одржати правни посао на снази тиме што ће накнадити недостатак до обичне вредности. Несразмера вредности се одређује у тренутку закључења посла. Тужба се може користити и у случају да је треће лице одређивало цену.⁵⁹⁰ Дакле, иако АГЗ није изричито прописао да цена мора да буде правична, на основу ове одредбе може се закључити да је законодавац баш то имао у виду.

Законодавац такође није предвидео да цена треба да буде истинита. Цена је истинита ако су стране озбиљно мислиле да утврђену цену треба исплатити као еквивалент за примљену ствар. Међутим, имајући у виду одредбе које се односе на симуловане послове, може дасе закључити да је цена морала да испуњава услов истинитости.

Дејство уговора

На основу уговора о куповини настају права и обавезе за купца и продавца. Основна обавеза продавца се састоји у пажљивом чувању ствари до тренутка предаје као и сама предаја ствари.⁵⁹¹ Купац је, са друге стране, у обавези да прими ствар одмах или у уговорено време као и да у истом тренутку исплати цену.⁵⁹²

⁵⁸⁷ Члан 1058.

⁵⁸⁸ Члан 1059.

⁵⁸⁹ Члан 1060.

⁵⁹⁰ Члан 1060.

⁵⁹¹ Члан 1061.

⁵⁹² Члан 1062.

Права и обавезе уговорних страна

Обавезе продавца

Законодавац је посветио једну одредбу дужностима продавца. Продавац је у обавези да брижљиво чува ствар до тренутка предаје и да је преда купцу. АГЗ упућује на сходну примену прописа који важе за уговор о трампи када је реч о самој предаји.⁵⁹³ Односни члан прописује да су уговорне стране у обавези да предају ствари у слободну државину као и да приме са њиховим саставним деловима и прираштајима у време, на месту, и у оном стању у коме су се оне налазиле у време закључења уговора.⁵⁹⁴ Такође, разлог постојања само једне одредбе лежи у чињеници да се одредбе о предаји налазе у другим деловима Законика конкретно у петој глави која говори о прибављању својине предајом.

Обавеза продавца на предају ствари је обавеза *in faciendo* јер продавац треба да учини купца власником ствари. Али како се ово постиже предајом ствари, његова обавеза се јавља и као обавеза *in dando*. Начин предаје ствари зависи од врсте ствари односно да ли су у питању покретне или непокретне ствари. Основни начин предаје покретних ствари је традиција а *manu in manu* или „телесна предаја” како је АГЗ назива.⁵⁹⁵ Оне покретне ствари које због своје природе или из неких других разлога не могу, непосредно, физички да се предају, користиће се *traditio longa manu* односно предаја знацима којима лице исказује своју жељу за предајом ствари.⁵⁹⁶ Трећи начин предаје је *constitutum possessorium* односно предаја изјавом. Лице које је ствар раније држало као власник, дакле *pro se*, сада ствар држи за другога, *pro alio*.⁵⁹⁷ Непокретне ствари се предају уписом у јавне књиге. Овакав упис се назива укњижавање (интабулација).⁵⁹⁸ Законодавац је предвидео услове који су неопходни за упис. Па тако, потребно је саставити оверену исправу у форми прописаној за важност посла или јавну исправу.⁵⁹⁹ Законик предвиђа садржину исправе: означање лица, непокретности заједно са прираштајима, правни основ, место и време закључења уговора, и изјава преносиоца о одобрењу преноса.⁶⁰⁰ У случају преноса својине на непокретностима које нису

⁵⁹³ Члан 1061.

⁵⁹⁴ Члан 1047.

⁵⁹⁵ Члан 426.

⁵⁹⁶ Члан 427.

⁵⁹⁷ Члан 428.

⁵⁹⁸ Члан 431.

⁵⁹⁹ Члан 432.

⁶⁰⁰ Члан 433.

уписане у земљишну књугу, потребно је положити исправу која садржи претходно поменуте услове. Уместо укњижавања изјаве преносиоца ступа изјава одобрења за полагање исправе.⁶⁰¹ Иста правила важе и за преношење својине на грађевинама које су подигнуте на туђем земљишту у намери да ту не остану увек, уколико оне нису припадак права на грађење.⁶⁰²

Место предаје ствари није прописано у делу који се односи на уговор о куповини већ у општем делу које се односи на уговоре. Имајући у виду да је АГЗ новелиран као и конкретна одредба, размотриће се оба члана. Оба члана стоје на становишту да се место предаје ствари одређује, првенствено, уговором. Такође, оба члана прописују да уколико место предаје није могуће одредити ни из уговора онда ће се место испуњења ценити према природи или циљу посла. Међутим, уколико ни на један од претходно наведених начина није могуће одредити место предаје, онда ће се оне предати, по старом члану у месту где се непокретне ствари налазе, а покретне на месту где је обећање учињено⁶⁰³, односно по новелираном члану, у месту где је дужник у време закључења уговора имао своје пребивалиште или уколико је обавеза настала у обављању занатског или пословног предузећа дужника, у месту где се радња налазила.⁶⁰⁴ Оба члана прописују да мера, тежина и врста новца одређују у складу са местом испуњења. Новелирани члан прописује да ће новчана плаћања у случају сумње бити послана о свом ризик и о свом трошку, повериоцу у место његовог пребивалишта односно радње. Уколико су ова места промењена по настанку тражбине, онда поверилац сноси повећање опасности и трошкова.⁶⁰⁵

Време предаје ствари је такође важно питање јер тај тренутак одређује коме иду користи од купљене ствари. Она ће припасти продавцу пре предаје ствари, а купцу након рока за предају. Стари члан, који у општим уговорним одредбама прописује ово правило, одређује да се уговор има испунити у месту и на начин како су уговорне стране предвиделе у самом уговору. Законик је прописао да се двадесет и четири сата рачунају као један дан, тридесет дана као један месец и триста шездесет и пет дана за једну годину.⁶⁰⁶ Новелирани члан такође предност даје уговору и закону и одређује

⁶⁰¹ Члан 434.

⁶⁰² Члан 435.

⁶⁰³ Стари члан 905.

⁶⁰⁴ Новелирани члан 905. став 1.

⁶⁰⁵ Новелирани члан 905. став 2.

⁶⁰⁶ Стари члан 902.

начин рачунања рокова.⁶⁰⁷ Међутим, када ће продавац бити у обавези да преда ствар када време испуњења није предвиђено уговором нити на неки други начин? У том случају продавац ће бити у обавези да преда ствар онда када је опоменут од стране купца.⁶⁰⁸ То даље значи да купац може одмах тражити предају. То уосталом потврђује и члан који прописује да у случају када није одређено време испуњења уговора, онда се испуњење може захтевати одмах. Међутим, уколико је дужник, у нашем случају продавац задржао за себе право да одреди време испуњења, онда купцу стоје на располагању различите могућности у зависности од тога да ли се ради о преносивим или личним обавезама. У првом случају, купац мора да сачека на смрт продаца па захтевати своје потраживање односно предају ствари док у другом случају, судија одређује време испуњења на основу правичности.⁶⁰⁹

Законодавац је одговорност за продату, а још непредату ствар регулисао тако што је упутио на сходну примену чланова уговора о трампи. У случају када је уговорено време када предаја треба да се изврши, а у међувремену ствар постане *extra commercium* или пропадне у потпуности или делимично онда се сматра да уговор о куповини није ни закључен.⁶¹⁰ Остала случајна погоршања ствари падају на терет држаоца, дакле продавца. Уколико су предмет уговора „ствари ђутуре” онда купац сноси случајну пропаст појединих делова само ако није оштећено више од половине вредности саме ствари.⁶¹¹

Када је с друге стране реч о користима од продате, а непредате ствари, они припадају држаоцу, дакле продавцу до уговореног рока за предају. Од тог тренутка оне припадају купцу заједно са прираштајима чак и када ствар није предата.⁶¹² Ако време за предају ствари није уговорено, а ни једној уговорној страни се то не може приписати у кривицу, онда ће се претходно наведена правила применити на сам тренутак предаје уколико уговорне стране нису предвиделе нешто друго.⁶¹³

Законодавац није рекао ништа одговорности продавца за материјалне недостатке ствари у делу који се односи на овај уговор. Међутим, она се може наћи у општим уговорним одредбама. Занимљиво је да одговорност продавца за материјалне и правне

⁶⁰⁷ Новелирани члан 902.

⁶⁰⁸ Члан 1417.

⁶⁰⁹ Члан 905.

⁶¹⁰ Члан 1048.

⁶¹¹ Члан 1049.

⁶¹² Члан 1050.

⁶¹³ Члан 1051.

недостатке ствари регулисана у истом поднаслову које у преводу носи назив „Јемчење”, као и осим терета који се налазе на самој ствари односно парцијалној евикцији, осталих одредби о евикцији нема.

АГЗ наводи да лице које преноси ствар другом лицу уз накнаду, јемчи да ствар има она својства која су изричито уговорена или се уобичајено претпостављају, као да је лице може користити према природи посла или према учињеном договору.⁶¹⁴ У осталим члановима су прописани „случајеви јемчења”, па се прописује:

„Ко дакле придаје ствари она својства која нема, а која су изречно или прећутно уговорена, ко њене необичне недостатке или бремена прећуткује, ко ствар која више не постоји или туђу ствар као своју отуђује, ко лажно наводи, да је ствар погодна ради какве употребе, или да она нема ни обичне мане ни бремена, тај је за то одговоран, ако се противно покаже.”⁶¹⁵

АГЗ наводи да недостаци ствари који су видљиви или ако се стварноправни терети могу видети из јавних књига, онда нема места одговорности осим у случају злонамерног прећуткивања или изричитог обећања да ствар нема никаквих мана ни терета.⁶¹⁶ Такође, неће постојати одговорност односно јемчење уколико је лице свесно прибавило туђу ствар или се изричито одрекло тог права⁶¹⁷, као и у случају када се ствари продају „ђутуре” односно од ока. Када је о последњем случају реч, постојаће одговорност ако тим стварима недостају таква својства која је њима продавац лажно приписивао или је купац уговорио.⁶¹⁸

Уколико се покаже да је мана таква да се не може уклонити и да смета њеној редовној употреби, онда купац може захтевати раскид уговора. Уколико мана не смета редовној употреби или је отклоњива, онда се може тражити сразмерно снижење цене или поправка ствари или накнада до њене пуне вредности. Продавац одговора у свим случајевима на основу кривице.⁶¹⁹

У осталим одредбама се прописује одговорност за животињу. Законик прописује да ће посебна уредба одредити наступање правне претпоставке о болести животиње пре

⁶¹⁴ Члан 922.

⁶¹⁵ Члан 923.

⁶¹⁶ Члан 928.

⁶¹⁷ Члан 929.

⁶¹⁸ Члан 930.

⁶¹⁹ Члан 932.

њене предаје, а ако се у одређеном року појаве извесне болести и мане.⁶²⁰ За време парнице о раскиду уговора због мане стоке, суд може по предлогу једне странке, наложити судску продају животиње и депоновање суме у судски депозит.⁶²¹

Када је реч о условима, Законик прописује да прималац, који „чини употребу од јемчења” због претензија трећег лица на ствар, мора обавестити свог правног претходника. У случају да га не обавести, он не губи право на накнаду штете, али у том случају његов претходник може користити све приговоре које могао користити трећи и на тај начин ослободити се од накнаде у оној мери у којој би они довели до другачије одлуке да их је треће лице употребило.⁶²²

АГЗ наводи да лице које жели да истакне захтев мора своје право судским путем да оствари у преклузивним роковима који су различити у зависности од врсте ствари. Када је реч о непокретностима онда је рок три године, покретне ствари за шест месеци, а мане стоке за шест недеља. Рок почиње да тече од дана предаје ствари, а за мане стоке код којих постоји рок претпоставке, од дана када се он завршава, а за јемчења где треће лице истиче претензије према ствари, од дана када је потраживање било познато прибавиоцу.⁶²³

Обавезе које има продавац у примском праву и обавезе продвца по АГЗ су, уз минимална одступања, истоветне. Одступања се односе на обавезу предаје у мирну државину, док по АГЗ продавац има обавезу предаје у својину. Ово одступање је последица различитих друштвеноекономских околности настајања *empito-venditio* у римском праву и жељом да што већи број лица може доћи у посед ствари. Ово одступање није суштинске природе.

Обавезе купца

Законодавац је посветио само два члана обавезама купца у делу који се односи на овај уговор. Међутим, одредбе главе које се односе на престанак права и обавеза подробније уређују ову материју. Прва обавеза купца се састоји у плаћању цене.⁶²⁴ Купац је дужан да плати одређену суму новца, одговарајућом монетом, на начин, у време и на месту која су предвиђена уговором.

⁶²⁰ Члан 925.

⁶²¹ Члан 932. а.

⁶²² Члан 931.

⁶²³ Члан 933.

⁶²⁴ Члан 1062.

Обавеза плаћања одређене суме новца је главно обележје које разликује овај уговор од друге врсте уговора, пре свега промене односно трампе. АГЗ наводи да се поверилац против своје воље не може принудити да прими нешто друго уместо онога што има право да захтева, у овом случају неку другу противвредност уместо суме новца.⁶²⁵ Међутим, оваква могућност ће постојати уколико су се тако споразумели поверилац и дужник или је исплата постала немогућа.⁶²⁶ *Datio in solutum*, назив који је носио у римском праву, се састоји у томе да дужник, по пристанку повериоца овоме, а у циљу измирења дуга, да нешто друго, а не оно што је дуговао. Без обзира на овакав споразум између купца и продавца, уговор остаје и даље исти, с тим што купац долази у још једну обавезу наспрам продавца, обавезу заштите за правне и материјалне недостатке ствари дате на име цене.

Купац ће исплатити цену у уговореној монети. Дакле, као и код других питања и овде ће се прво бити консултоване одредбе уговора. Уколико су уговорне стране предвиделе плаћање одговарајућом монетом, купац мора да је исплати у истој, односно нема права да нуди продавцу плаћање у некој другој. Воља уговорних страна може бити ограничена једино актима јавне власти односно установом јавног поретка.

Купац је у обавези да плати цену онако како је уговорено. Уколико уговорне стране нису предвиделе начин плаћања цене, она треба да се исплати одједном. То произилази правног схватања да је обавеза плаћања цене од стране купца корелативна продавчевој обавези предаје ствари. На то упућује и члан који прописује да продавац није дужан да пристане да се дуг исплаћује у деловима или да се отплаћује.⁶²⁷

Купац је у обавези да плати куповну цену на време. Правило је да купац исплаћује цену истовремено са предајом ствари, али уговорне стране могу и другачије решење да одреде. Уколико је уговором одређено време плаћања цене односно уколико је за исплату цене одређен извесан рок, док то није случај са предајом ствари, тада је продавац дужан да своју обавезу да предаје ствари изврши одмах, а нема права да тражи од купца цену пре уговореног рока. У овом случају, својина прелази одмах на купца. АГЗ је овакву ситуацију назвао куповином на почек.

⁶²⁵ Члан 1413.

⁶²⁶ Члан 1414

⁶²⁷ Члан 1415.

„Ако је продавац предао ствар купцу, не добивши куповну цену, онда је ствар продата на почек, и својина ствари прелази одмах на купца.”⁶²⁸

Уколико рок није предвиђен ни уговором нити се на други начин може одредити, онда ће купац бити у обавези да исплати цену оног дана када буде опоменут. То даље значи да продавац може тражити исплату цене од купца одмах, а купац може захтевати предају ствари од продавца одмах. Али важно је напоменути да ни продавац, ни купац, не могу захтевати испуњење обавезе од противне стране уколико своју обавезу нису испунили, нити понудили њено испуњење.

Купац је у обавези да плати цену на оном месту које је уговорено. Продавац није дужан да прими исплату цене на неком другом месту, осим уколико на то није накнадно пристао. Уколико уговорне стране нису ово питање предвиделе уговором нити је могуће одредити према природи или циљу посла, онда ће купац платити по старом члану у месту где се непокретне ствари налазе, а покретне на месту где је обећање учињено⁶²⁹, односно по новелираном члану, у месту где је дужник у време закључења уговора имао своје пребивалиште или уколико је обавеза настала у обављању занатског или пословног предузећа дужника, у месту где се радња налазила.⁶³⁰

Друга обавеза купца се састоји у пријему ствари од стране продавца. Он ће бити у обавези да је прими одмах или у уговорено време.⁶³¹

Дакле, купац је имао исте обавезе по АГЗ као и обавезе *emptor*-а у римском праву: обавезу плаћања цене и пријема ствари.

Додатни споразуми уз уговор о куповини

АГЗ је предвидео неколико додатних споразума који су могли да буду склопљени уз уговор о куповини. То су *pactum de retroemendo*, *pactum de retrovendendo*, *pactum protimiseos*, *pactum displicentiae*, *in diem addictio*, *aestimatum*.⁶³²

Pactum de retroemendo односно продаја са правом откупа у корист продавца. Продавац који је на овај начин продао ствар купцу, задржавао је право да у одређеном

⁶²⁸ Члан 1063.

⁶²⁹ Стари члан 905.

⁶³⁰ Новелирани члан 905. став 1.

⁶³¹ Члан 1062.

⁶³² Члан 1067.

року откупи ствар од купца коме ју је претходно продао. У том случају, купац ће у уговорено време предати ствар купцу у оном стању у којем ју је примио, дакле без физичких недостатака, а продавац ће купцу вратити положену суму новца. Користи које су у међувремену настале из новца и ствари задржава свака страна за себе, па се оне на овај начин узајмно пребијају.⁶³³ Уколико је купац купљену ствар побољшао о свом трошку или је имао ванредне издатке ради њеног одржавања, онда он има право на накнаду. С друге стране, купац одговара ако се вредност ствари због његове кривице променила или је враћање осујећено.⁶³⁴ Задржавање права на откуп је ограничено у корист непокретних ствари и припада продавцу само за живота. Право на откуп је лично право јер се не преноси на наследнике. Ако је уписано у јавне књиге може се истицати и према трећем, с тим што ће се процењивати његова савесност.⁶³⁵

Pactum de retrovendendo. Законодавац је предвидео да се одредбе које се односе на право откупа од стране продавца примњују и на „повратну продају” од стране купца као и ограничења која су наведена.⁶³⁶

Pactum protimiseos односно право прече куповине или право прекупа како га назива АГЗ. Овај додатни споразум подразумева да купац у случају продаје ствари мора да је понуди прво продавцу.⁶³⁷ Право прече куповине је лично право и зато се не може преносити на трећа лица ни на наследнике.⁶³⁸ Уписивањем у јавне књиге постаје стварно право.⁶³⁹ Такође, ово право се не може распространити на друге начине отуђивања осим ако је то нарочито било уговорено.⁶⁴⁰ Титуларево право прече куповине је преклузивног карактера те оно престаје за двадесет и четири сата када су у питању покретне ствари и тридесет дана за непокретне ствари.⁶⁴¹ У случају судске продаје ствари која је оптерећена овим правом, титулар права чије је право уписано у јавне књиге мора да буде позвано на судску продају. То уједно и једино дејство у овом случају.⁶⁴² Титулар права прече куповине мора да плати потпуно цену коју је треће лице понудило осим ако није другачије уговорено. Законодавац је предвидео да право прече куповине неће постојати уколико титулар овог права не би могао да испуни споредне

⁶³³ Члан 1068.

⁶³⁴ Члан 1069.

⁶³⁵ Члан 1070.

⁶³⁶ Члан 1071.

⁶³⁷ Члан 1072.

⁶³⁸ Члан 1074.

⁶³⁹ Члан 1073.

⁶⁴⁰ Члан 1078.

⁶⁴¹ Члан 1075.

⁶⁴² Члан 1076.

услове који су одређени уз обичну цену и ако се услови не би могли изравнати процењивањем вредности.⁶⁴³ Уколико купац не понуди продавца већ прода ствар, онда ће бити у обавези да сву штету надокнади. У случају када је право прече куповине стварно право, продата ствар се може захтевати натраг од трећег лица уз процену његове савесности.⁶⁴⁴

Pactum displicentie односно куповина на пробу. Законодавац је одредио да је куповина на пробу закључена под условом који зависи од воље купца да ствар прима. У случају сумње, АГЗ је одредио да се ради о одложном услову. Купац није везан уговором пре него што изјави да прима ствар, а продавац неће бити обавезан у случају да се купац не изјасни да прима ствар до истека рока за пробу.⁶⁴⁵⁶⁴⁶ У случају када је ствар у циљу разгледања или пробе већ предата, онда се ћутање купца до истека рока за пробу сматра конкудентном радњом и примањем исте.⁶⁴⁷⁶⁴⁸ Време пробе се одређује уговором. Законодавац је прописао рок за случај када уговорне стране нису ово питање регулисале: три дана за покретне ствари и годину дана за непокретности.⁶⁴⁹

In diem addictio. Продаја са задржавањем права да се нађе бољи купац постоји ако је уговорена куповина под условом да се у одређеном року јави бољи купац. Законодавц прави разлику између ситуације када предмет куповине није предат и када јесте. Уколико купљена ствар није предата онда је уговор закључен под одложним условом.⁶⁵⁰ С друге стране, ако је ствар предата, онда је уговор закључен под раскидним условом. АГЗ је предвидео да у случају када рок није одређен, претпоставља се рок који постоји код куповине на пробу.⁶⁵¹ Поставља се питање ко одлучује ко је бољи купац? Законик одређује да је то продавац, па да може чак и одлучити да је бољи купац онај који нуди мањи новчани износ. При раскиду уговора пребијају се користи од ствари и новца међусобно. Када је реч о побољшањима или погоршањима ствари онда се према купцу поступа као према савесном држаоцу.⁶⁵²

⁶⁴³ Члан 1077.

⁶⁴⁴ Члан 1079.

⁶⁴⁵ Члан 1080.

⁶⁴⁶ Стари текст члана 1080: „При куповини на пробу предмет куповине не прелази у својину купчеву пре исплате цене. Купац се за време пробе сматра као узималац ствари на послугу; по истеку овога времена куповина се сматра за безусловну закључену, а купац као сопственик купљенога предмета.”

⁶⁴⁷ Члан 1081.

⁶⁴⁸ Стари текст члана 1081: „Ако је купац платио цену за примљени предмет куповине, онда му одмах припада право својине, али он може пре истека времена пробе од куповине одустати.”

⁶⁴⁹ Члан 1082.

⁶⁵⁰ Члан 1083.

⁶⁵¹ Члан 1084.

⁶⁵² Члан 1085.

Aestimatum односно продајни налог је уговорен када неко предаје покретну ствар другој да је овај прода у одређеном року под условом да по истеку рока или ствар врати или плати цену. Лице које предаје ствар нема права да тражи ствар назад пре истека рока, а пријемник мора да плати одређену куповну цену по истеку рока.⁶⁵³ Лице које предаје ствар остаје власник док не истекне утврђени рок. Пријемник, пак, одговара за штету коју је својом кривицом проузроковао и њему ће бити накнађени само они трошкови који су корисно учињени по лице које предаје ствар.⁶⁵⁴ Пријемник се има сматрати пуномћником ако је ствар непокретна или ако цена или рок плаћања нису одређени. Ствар се не може тражити назад од трећег лица које ју је „поштеним начином” од пријемника прибавио.⁶⁵⁵

Законодавац је на крају излагања овог уговора прописао да правила која важе за уговоре уопште, а посебно правила за уговор о куповини и трампи важе и за судску продају уколико АГЗ или правила судског поступка не одређују нешто друго.

Од додатних споразума, једино *lex commissoria* није директно предвиђена у Законику док су остали додатни споразуми исти као у римском праву. Међутим, на основу других одредби би можда могло да се говори о постојању неког њеног облика.

4.2.3. О уговорима закупа

АГЗ је регулисао уговор о закупу у XXV глави где су поред овог уговора регулисани и наследни закуп као и наследне дажбине. Поменута глава насловљена је: „О уговорима закупа, наследног закупа и наследних дажбина”.

Законодавац је дефинисао уопштено уговор о закупу као уговор којим неко лице добија на употребу непотрошну ствар за извесно време и одређену цену.⁶⁵⁶

Законик разликује закуп у ужем и ширем смислу. Када је реч о закупу у ужем смислу, разликују се уговор о кирији и закуп односно аренда. Уговор о кирији постоји уколико се ствар дата у закуп може употребљавати без даљег обрађивања, а уговор о закупу односно аренди ће постојати уколико ствар дата на употребу може да се ужива једино уколико се одређена врста рада уложи. Уговор о закупу у ширем смислу ће

⁶⁵³ Члан 1086.

⁶⁵⁴ Члан 1087.

⁶⁵⁵ Члан 1088.

⁶⁵⁶ Члан 1090.

постојати уколико су једним уговором дате у закуп ствари и једне и друге врсте. У том случају, правна природа уговора ће зависити од својства главне ствари.⁶⁵⁷

Уговорне стране код овог уговора су купац и кираџија, а када је реч о другој уговорној страни, законодавац користи термине закупавац, власник и давалац по кирију и закуп.

Уговор о закупу је консенсуалан. То се види из одредбе која прописује битне елементе уговора, па ће се тако уговор сматрати закљученим када се уговорне стране сагласе о ствари и цени закупа.⁶⁵⁸

Уговор је прави обострано обавезујући (*contractus bilaterales aequales*) јер за обе уговорне стране настају одређене обавезе. Закупавац је обавезан да преда ствар закупцу, да је одржава у исправном стању и да одговара за материјалне недостатке ствари. Купац је дужан да закупљену ствар чува као добар домаћин, употребљава је у складу са уговором и плати закупнину.

Следеће обележје уговора је његова неформалност. Наиме, законодавац не одређује обавезну форму уговора, већ су уговорне стране слободне да закључе уговор у било којој форми.

Уговор о закупу је комутативан јер је у тренутку закључења одређен положај уговорача, односно њихова међусобна права и обавезе. Такође је одређен и узајамни однос чинидби које уговорачи дугују један другоме.

Уговор о закупу је теретан јер свака страна за своју чинидбу добија одговарајућу накнаду. Закупавац добија закупнину за ствар коју даје другоме на употребу и коришћење, а купац за закупнину добија ствар.

Дефиниција *locatio-conductio rei* и уговора о закупу су у својим елементима исте: непотрошна ствар која се даје другоме на коришћење и употребу уз плаћање надокнаде. Док су у римском праву уобичајени називи *locatio* закупаваца, а *conductio* за купца, АГЗ разликује купца или кириџију, а за означавање закупаваца користи термине закупавац, давалац по закуп и кирију као и власник ствари. Када се упореди римски *locatio-conductio rei* и закуп у АГЗ може се уочити да су особине овог уговора остале у домену римског права, консенсуалан, обострано обавезујући (*contractus*

⁶⁵⁷ Члан 1091.

⁶⁵⁸ Члан 1094.

bilaterales aequales), теретан, комутативан и неформалан. Оно што издваја АГЗ је разликовање термина закупа и кирије у зависности од врсте ствари која се даје у закуп односно од тога да ли се она може употребљавати простим узимањем у државину или је потребно улагање одређеног напора. На тај начин је АГЗ направио разлику између два уговора, која су у римском праву означавана термином *locatio-conductio rei*. Занимљиво је да АГЗ, као и Гај у својим Институцијама, прописујући да се уговор о закупу и кирији могу закључити о истим стварима и на исти начин као и уговор куповине, посредно одредио примену правила о куповини на овај уговор.

Битни елементи

АГЗ у посебном члану прописује битне елементе уговора, наводећи да, сагласношћу воља уговорних страна у погледу ствари и цене, настаје уговор о закупу:

*„Кад се уговорне стране сложје о битним састојцима кирије или закупа, то јест о ствари и цени, онда се сматра да је уговор потпуно закључен и употреба ствари купљена.”*⁶⁵⁹

Ствар

Законодавац је одредио да предмет закупа и кирије могу бити исте оне ствари које могу бити предмет уговора о куповини.⁶⁶⁰ То значи да предмет закупа могу бити ствари у промету, покретне и непокретне⁶⁶¹, телесне и бестелесне, индивидуално одређене или генеричке. Наравно, услов је, како и сама дефиниција уговора наглашава, да су непотрошне. Следећи члан наводи да власник ствари може дати под кирију и закуп како своје покретне и непокретне ствари, тако и своја права. Занимљив је наставак истог члана који прописује да власник може узети у закуп или кирију употребу сопствене ствари ако употреба припада трећем лицу.⁶⁶² Дакле, уколико треће лице има личну службеност *usus*, власник ствари је можете узети у закуп што је супротно римском начелу да се своја ствар не може узети у закуп.

⁶⁵⁹ Члан 1094.

⁶⁶⁰ Члан 1092.

⁶⁶¹ Члан 293.

⁶⁶² Члан 1093.

Ствар као битан елемент у АГЗ и *res* у римском праву имају доста сличности. И једно и друго право, поставиле су услов да ствар као предмет закупа мора да буде непотрошна. Док је римско право познавало могућност да предмет закупа буду потрошне ствари, али само *ad potram vel ostentationem* (ради излагања), АГЗ није задржао то решење. Када је о другим врстама ствари реч, оне су преузете из римског права, осим *res mancipi* које су својствене само римском праву. Занимљиво је да АГЗ не помиње људе као предмет закупа, за разлику од римског права где је закуп робова обављан управо преко овог уговора. АГЗ садржи и закуп своје ствари, које римско право директно забрањује максимумом *locatio rei suae consistere non potest*.⁶⁶³

Цена

АГЗ користи два термина за означавање цене закупа, сходно разликовању два појма уговора, кирију и закупнину. Притом је прописано да се кирија и закупнина плаћају као и куповна цена ако није другачије уговорено.⁶⁶⁴ То даље значи да закупнина и кирија као цена која се плаћа за употребу ствари треба да испуњава исте оне услове које треба да испуњава цена код куповине. Ти услови се односе на то да је изражена у новцу или барем претежно у новцу, да је одређена или одредива, и да је законита. Када је реч о могућности да се закупнина плати у плодовима или делом у плодовима, АГЗ је прописао да тада неће постојати уговор о закупу, већ уговор о ортаклуку:

*„Ако власник своје добро уступа под условом, да прималац исто обрађује, и да предавачу даје један део плодова, који се односи на сву корист, на пр. трећину или половину, онда не постаје уговор о закупу, већ уговор о ортаклуку, о коме се суди по правилима, која су о томе прописана.“*⁶⁶⁵

Законодавац је прописао да се закупнина плаћа у складу са уговором. Уколико уговорне стране нису уредиле ово питање или није другачије предвиђено месним обичајем закупнина ће се плаћати у зависности од времена на које је ствар узета у закуп. Уколико је ствар узета у закуп на период од годину или више година, онда ће се закупнина плаћати полугодишње, а у случају да је закуп закључен на краћи временски

⁶⁶³ Ulpianus-D.50,17,45.

⁶⁶⁴ Члан 1092.

⁶⁶⁵ Члан 1103.

период, онда ће се плаћати по истеку тог периода.⁶⁶⁶ Такође, постоји могућност плаћања закупнине унапред уколико је таква могућност предвиђена уговором.⁶⁶⁷

Други битан елемент који је у АГЗ одређен терминима закупнина и кирија и *merces* су постављени готово истоветно. АГЗ је прописао да се закупнина и кирија плаћају исто као и цена код уговора о куповини што је решење преузето из римског права које прописује да је закупнина заправо цена употребе и да сходно томе треба да испуњава исте услове. Иако је АГЗ као услове које би требало цена да испуњава одредио да је неопходно да она буде у новцу, одређена и законита, анализом услова може се уочити да су то они исти услови које је прописало римско право имајући у виду њихову суштину. Попут римског права односно римских правника који су имали различите ставове о томе да ли цена може да буде изражена у плодовима, АГЗ прописује да ће у том случају постојати уговор о ортаклуку, а не закуп.

Дејство уговора

С обзиром да је уговор прави обострано обавезујући, за обе уговорне стране настају одговарајућа права и обавезе. Закуподавац је обавезан да преда ствар закупцу, да је одржава у исправном стању и да одговара за материјалне недостатке ствари. Закупац је дужан да закупљену ствар чува као добар домаћин, употребљава је у складу са уговором и плати закупнину.

Права и обавезе уговорних страна

Обавезе закуподавца

Закуподавац односно давалац под закуп и кирију, обавезан је да преда ствар. Ствар мора да преда у употребљивом стању и да је о свом трошку у таквом стању одржава. ⁶⁶⁸ ⁶⁶⁹ То значи да је закуподавац у обавези да сноси све трошкове око

⁶⁶⁶ Члан 1100.

⁶⁶⁷ Члан 1102.

⁶⁶⁸ Члан 1096. став 1.

⁶⁶⁹ Стари текст члана 1096: „Даваоци под кирију и закуп обавезни су да ствар, дату под кирију и закуп, о свом трошку и у употребљивом стању предаду и одржавају, и кирајцију и закупца у уговореној употреби или уживању да не узнемиравају. Обичне поправке зграда на закупљеном добру вршиће самкупац само у толико, у колико се ове поправке могу извршити грађом са добра (и службама, које је он по својству

одржавања ствари како оне које настају редовном употребом, тако и ванредне трошкове. Такође, закуподавац је у обавези да сноси и све терете ствари која је дата у закуп односно јавне дажбине које се плаћају за ствар.

Закуподавац је у обавези да не узнемирава закупца и кирајцију у уговореној употреби или уживању.⁶⁷⁰

Када је реч о одговорности за материјалне недостатке, законодавац је ово питање регулисао тако што је прописао да су купац или кирајција ослобођени плаћања закупнине за време трајања неупотребљивости и у мери те неупотребљивости. Овде се имају у виду како мане које постоје приликом саме предаје, тако и мане које настану за време трајања уговора о закупу, наравно, без кривице закупца и кирајције. Одрцање унапред од овог права не важе када је реч о непокретностима.⁶⁷¹

Занимљиве су одредбе које пружају закуподавцу, тачније даваоцу под кирију законско заложно право. Наиме, закуподавац непокретне ствари има законско заложно право на унесено покућство и покретне ствари које припадају кирајцији или члановима његове породице који живе са њим у заједничкој кућној заједници ради обезбеђења закупнине. Услов је да те ствари нису уопште изузете од пописа. Заложно право престаје уколико предмети буду уклоњени пре извршеног пописа од стране власти осим ако се то деси услед судске одлуке или ако закуподавац у току од три дана по извршењу своје право пријави суду.⁶⁷² У случају када се кирајција исели или се ствари изнесу, а закупнина није ни плаћена ни обезбеђена, онда закуподавац може на своју одговорност ствари да задржи, али ипак мора у року од три дана да захтева попис власти или издавање ствари.⁶⁷³ Исто право има и закуподавац земљишта на стоку, пољопривредне справе и плодове који се налазе на предмету закупа.⁶⁷⁴⁶⁷⁵

добра овлашћен тражити), а о осталим поправкама известиће даваоца под закуп, да се о њима постари."

Став у заградама постао је беспредметан од како је укинута потчињеност сељака спахијама.

⁶⁷⁰ Члан 1096. став 1.

⁶⁷¹ Члан 1096. став 1.

⁶⁷² Члан 1101. став 1.

⁶⁷³ Члан 1101. став 2.

⁶⁷⁴ Члан 1101. став 3.

⁶⁷⁵ Стари текст члана 1101: „Ради обезбеђења кирије или закупнине давалац стана под кирију има заложно право на унесено покућанство и покретне ствари кирајције или подкирајције, било сопствене било од трећих њима поверене које се у време тужбе још у стану налазе. Но подкирајција одговара само по сразмери кирије коју он плаћа, али он не може чинити приговор, да је главном кирајцији у напред платио. Онај који је дао под закуп земљиште има право на стоку, која се на закупљеном добру налази, и на пољопривредне справе и на плодове, који се још на добру налазе.”

Како је наведени члан изазивао различита тумачења у пракси, донета су два декрета која су појаснила суштину наведеног члана.

Декрет од 5. новембра 1819. године прописује да се наведеним чланом даваоцу под кирију или закуп даје право да судским путем по предаји тужбе одмах попише ствари кирајције или закупца, не чекајући да се одређује рочиште, осим ако се појаве неки нарочити разлози, који би то захтевали.

Декрет од 10. априла 1837. година наводи да законско заложно право на покуство и покретне ствари, признато наведеним чланом, настаје већ самим њиховим уношењем у стан који је узет под кирију. С обзиром да ово право од тог тренутка има важност, оно се може истаћи и према оним повериоцима кирајције који су на унесене ствари стекли заложно право пре но што је давалац под кирију предао тужбу за кирију или пре но што је он тражио попис покуства и ствари.

Обавезе *locatora* и закуподавца на предају ствари у исправном стању, одржавању у исправном стању као и заштити од материјалних недостатака су сличне. Међутим, док римско право инсистира на заштити закупца од претензија трећих, у АГЗ нема помена. Законодавац је, када је реч о правној одговорности односно заштити од евикције, споменуо једино дужност закуподавца да он лично не узнемирава закупца или кирајцију од узнемиравања. АГЗ не помиње трећа лица као ни шта ће се десити уколико треће лице узнемирава закупца у коришћењу ствари. Заштиту од евикције односно могућности да треће лице одузме ствар судским путем закупцу и на тај начин спречи у коришћењу, такође није прописана. Поједине одредбе би могле да се нађу у општем делу облигационог права, али ни тамо нема довољно података на основу којих би могла да се дефинише ова врста одговорности.

Обавезе кирајције и закупца

Главна обавеза ове уговорне стране је плаћање закупнине. АГЗ прописује да се кирија и закупнина плаћа исто као и цена код уговора о куповини ако нешто друго није предвиђено уговором.⁶⁷⁶ То значи да ће се одредбе о месту, времену и начину плаћања примењивати и у случају закупнине и кирије. Осим ове, још једна одредба се односи на ову обавезу кирајције и закупца. Кирија и закупнина се плаћају у складу са уговором или месним обичајима. У случају да ни уговор ни обичаји не одређују начин плаћања,

⁶⁷⁶ Члан 1092.

рокови ће бити другачији у зависности да ли је ствар узета у закуп за једну или више година или на краће време. У првом случају, закупнина ће се плаћати на временски период од 6 месеци односно полугодишње, а уколико је уговор закључен на краћи временски период, по истеку тог времена.⁶⁷⁷⁶⁷⁸

Законодавац је предвидео посебне случајеве и услове за снижавање или уопште неплаћање закупнине и кирије.

Киријција и закупац неће бити у обавези да плате кирију и закупнину уколико се ствар узета у закуп уопште не може употребити или уживати услед околности које могу означити као *vis maior*. Законодавац је навео следеће случајеве више силе: пожар, рат или болест, поплава, град, или потпуна неродица. У том случају закуподавац није у обавези да успостави пређашње стање.⁶⁷⁹⁶⁸⁰ Међутим, уколико киријција и поред таквог случаја задржи ограничену употребу ствари узете под кирију, онда ће му се и сразмерни део кирије снизити. Закупац, са друге стране, има право на снижење закупнине ако су услед ванредних околности, користи од ствари закупљене на годину дана, пале испод половине обичног прихода. Закупнина ће бити снижена за толико колико услед овог подбацивања недостаје за закупнину.⁶⁸¹⁶⁸² Киријција и закупац су могли уговором да преузму на себе одговорност за *vis maior*. У том случају се претпоставља да ће они сносити одговорност само за штету од ватре, воде и непогоде. Други ванредни случајеви не спадају под њихову одговорност. АГЗ наводи да се, и у случају да су се закупац или киријција изричито обавезали да сnose одговорност и за друге несрећне случајеве, и тада не претпоставља да су желели да одговорају и за случајну пропаст целе ствари.⁶⁸³ Киријција и закупац ће бити у обавези да сnose штету као и да кирију и закупнину плате у случају када су употреба или уживање ствари осујећене, не због оштећења или неупотребљивости, већ због препрека или несрећног

⁶⁷⁷ Члан 1100.

⁶⁷⁸ Стари текст члана 1100: „Кад није нарочито уговорено о плаћању кирије или закупнине, онда се ова плаћа полугодишње, ако је ствар узета под кирију или закуп за једну или више година, а ако је узета за краће време, по истеку истога.”

⁶⁷⁹ Члан 1104.

⁶⁸⁰ Стари текст члана 1104: „Ако се под кирију или закуп узета ствар због изванредних случајева, као: пожара, рата, болести, због великих поплава, града или због потпуне неродице, никако не може употребити или уживати, онда се не плаћа никаква кирија нити закупнина.”

⁶⁸¹ Члан 1105.

⁶⁸² Стари текст члана 1105: „Ако је киријција у употреби ствари узете под кирију само делимично спречен, онда ће му се сразмеран део кирије отпустити. Закупац има право на отпуст закупнине, ако су услед изванредних случајева, користи од добра, закупљеног само за годину дана, спале испод половине обичног прихода. Давалац под закуп дужан је толико отпустити, колико услед овога подбацивања за закупнину недостаје.”

⁶⁸³ Члан 1106.

случаја који се десио киријцији или закупцу или ако су у време оштећења плодови већ били одвојени од земљишта. Такође, закуподавац мора да урачуна уштеђени трошак као користи које добија тиме што на други начин искоришћава предмет кирије или закупа.⁶⁸⁴⁶⁸⁵ Уколико закупца тврди да има право на неплаћање или снижавање закупнине, да ли по уговору или закону, онда он мора одмах обавестити закуподавца о несрећном случају који се догодио. У случају да исти није општепознат у земљи онда ће се судским увиђајем или двојицом вештака константовати стање ствари. У супротном, изјава закупца неће имати никакву вредност.⁶⁸⁶ Такође, киријција и закупца ће бити у потпуности ослобођени плаћања закупнине ако је ствар при предаји била са таквим манама или ако постане таква без кривице ове уговорне стране, да није погодна за уговорену употребу. Унапред одрицање од права на ослобођење нема значај код уговор о кирији непокретних ствари.⁶⁸⁷

Закупац нема обавезу да сноси ни обичне поправке већ оне падају на закуподавца. Закупац ће једино сносити обичне поправке зграда за привреду само уколико се оне могу извршити грађом са добра и службама које је он по својству добра овлашћен тражити.⁶⁸⁸ Али зато, закупца има обавезу обавештавања закуподавца о поправкама које падају на његов терет под претњом надоканде штете од стране закупца у случају необавештавања. Закупац ће имати положај пословође без налога, ако је око предмета закупа имао трошак који пада на закуподавца⁶⁸⁹ или користан трошак⁶⁹⁰. Он мора надокнаду да захтева судским путем у преклузивном року од шест месеци.⁶⁹¹ Већ је наглашено код обавеза закуподавца да он сноси све јавне дажбине. Једино уколико је уговор закључен ђутуре: *„прима закупца на себе, изузимајући уписане хипотекарне терете, све остале, али ако је закуп по процени закупљених ствари закључен, онда он*

⁶⁸⁴ Члан 1107.

⁶⁸⁵ Стари текст члана 1105: *„Ако се употреба или уживање ствари, узете под кирију или закуп, осујетила не због оштећења ствари нити због иначе наступеле неупотребљивости, већ због препреке или несрећног случаја, који се догодио кирајцији или закупцу, или ако су у време оштећења плодови од земљишта већ били одвојени, онда штету сноси сам кирајција или закупца. Он пак мора кирију или закупнину платити.“*

⁶⁸⁶ Члан 1108.

⁶⁸⁷ Члан 1096. став 1.

⁶⁸⁸ Члан 1096. став 2.

⁶⁸⁹ Члан 1036.

⁶⁹⁰ Члан 1037.

⁶⁹¹ Члан 1097.

сноси оне терете, који су од дохотка одбивени, или који се само од плодова, а не од самог земљишта, морају платити."⁶⁹²

Закупац и киријџија имају обавезу повраћаја ствари које су биле предмет закупа. Начин враћања ствари зависи од тога да ли је био састављен попис ствари или не. У првом случају, ствари ће бити враћене у складу са пописом, а уколико није, онда у стању у ком је ствар примљена.⁶⁹³ У овом другом случају, дакле уколико није био начињен попис односно списак ствари важи иста претпоставка као и при плодоуживању.⁶⁹⁴ Претпоставља се да је закупца примио ствар са свим припацама потребним за редовну употребу ствари, у средње употребљивом стању.⁶⁹⁵ Земљишта се враћају у складу са годишњим добом у коме је уговор о закупу завршен, у, како вели законодавац: „*обичном стању обрађености*”.⁶⁹⁶ АГЗ је предвидео и разлоге којима не може да се служи закупца и тако не врати ствари. У питању су следећи разлози: право задржавања, приговор о пребијању и раније право власништва.⁶⁹⁷⁶⁹⁸

Обавезе *conductor*-а које је прописало римско право и обавезе закупца или киријџије које се односе на плаћање закупнине као и на повраћај ствари након престанка уговора су слично дефинисане. АГЗ, са друге стране, за разлику од римског права није директно прописао обавезу закупца на чување и употребљавање ствари у складу са уговором. Међутим, део који је посвећен начинима престанка уговора даје право закуподавцу или даваоцу под кирију право да раскине уговор уколико је закупца употребљава на његову штету. На тај начин и та обавеза постоји у АГЗ . Са друге стране, право закупца да захтева снижавања или неплаћање закупнине постављено у римском праву, преузето је и у АГЗ.

⁶⁹² Члан 1099.

⁶⁹³ Члан 1109.

⁶⁹⁴ Члан 1110.

⁶⁹⁵ Члан 518.

⁶⁹⁶ Члан 1109.

⁶⁹⁷ Члан 1109.

⁶⁹⁸ Стари текст члана 1109: „*По истеку одређеног рока за кирију или закуп, киријџија или закупца мора вратити ствар по списку пописа, ако је овај био начињен, или пак у стању, у коме ју је примио; закупљена земљишта враћају се, с обзиром на доба годишња, у коме је закуп свршен, у обичном стању обрађености. Ни приговор о пребијању нити о ранијем праву својине не може му служити као разлог да ствар не врати.*”

Престанак уговора

Уговор о закупу је могао престати на разне начине. Пропаст ствари, протек времена, непродужавање уговора, отказ, отуђивање ствари и раскид уговора су разлози које АГЗ прописао.

Пропаст ствари. Уговор о закупу престаје *ipso iure* у случају пропасти закупљене ствари. Пропаст ствари кривицом једне или друге уговорне стране доводи до накнаде штете услед кривице једне од страна. Уколико ствар пропадне услед „несрећног случаја” онда ни једна страна није одговорна.⁶⁹⁹

Протек времена. Уговор може престати изричито, истеком рока на који је закључен или прећутно или ценом одређеном за одређени временски период односно у року. Када је реч о овом последњем разлогу, АГЗ је *exempli causa* предвидео закуп на дане, недеље, месеце. Такође, законодавац је овде уврстио и изјављену вољу киријџије или закупаца као намеру која се схвата на основу околности случаја.⁷⁰⁰

Необнављање уговора. Уговор престаје истеком времена на које закључен. Међутим, он може бити обновљен како изричито, тако и прећутно. Различите правне последице произилазе у зависности од тога да ли је уговорено отказивање или не. У првом случају, сматра се да је уговор прећутно обновљен ако се не откаже. Ако отказ није уговорен, уговор се прећутно обнавља када киријџија или закупац наставе са употребом ствари по истеку рока, а закуподавац или давалац по кирију се томе не противе.⁷⁰¹ У случају да уговор буде прећутно обновљен, он ће бити обновљен под истим условима као и претходни. Прећутно обнављање уговора о закупу ограничено је на временски период од годину дана, али у случају да се ствар може употребљавати и у каснијем временском периоду, уговор ће бити продужен за то време. Уговор о кирији који се плаћа по истеку рока од годину или пола године, а прећутно се обнавља на пола године. Уколико је уговор о кирији закључен на краћи временски период, онда се они прећутно обнављају за тај краћи временски период на који су закључени. О могућности поновног обнављања уговора, важе претходно наведена правила.⁷⁰²

⁶⁹⁹ Члан 1112.

⁷⁰⁰ Члан 1113.

⁷⁰¹ Члан 1114.

⁷⁰² Члан 1115.

Отказ. Уговор о закупу може бити закључен на неодређени временски период. Дакле, ако трајање уговора о кирији или закупу није одређено ни изричито ни прећутно, као ни посебним законским прописима, уговор престаје отказом једне стране другој. Законодавац је прописао разлилите отказне рокове у зависности од врсте ствари која је предмет уговора. Уговор о закупу мора се отказати шест месеци раније. Када је реч о уговор о кирији, различити су рокови за непокретне и покретне ствари. Уговор о кирији непокретних ствари се отказује четрнаест дана унапред, а за покретне ствари тај рок је двадесет и четири сата раније.⁷⁰³ Законик је предвидео и случајеве када кирајџија и купац могу да одустану од уговора без отказа односно и пре истека уговореног рока. Таква могућност долази у обзир ако је: ствар предата у таквом стању или је она постала без кривице куподавца или даваоца под кирију неподесна за уговорену употребу или је знатан део случајем за дуже време одузет или постао неупотребљив. Киријџија има ово право чак и када се одрекао овог права или је стање просторија при закључењу уговора знао. Ово последње право киријџија има када је у питању разлог штетности по здравље.⁷⁰⁴⁷⁰⁵

Куподавац или давалац под кирију могу да раскину уговор и раније ако купац или киријџија употребљавају ствар на начин који наноси штету куподавцу или даваоцу под кирију. Исто право ће постојати на страни куподавца или даваоца под кирију у случају да купац или киријџија и након опомене за плаћање кирије или закупнине тако заостају, да по истеку рока заосталу кирију или закупнину нису у потпуности исплатили или у случају када би зграда дата под кирију морала изнова да се зида. Кирајџија није дужан да допусти грађење већег обима ако би му то проузроковало штету, али би требало да допусти нужне поправке.⁷⁰⁶ С овим последњим у вези, Законик даје право киријџији на „одмерену накнаду за употребу” које се лишава. Он ће имати право на њу ако је даваоцу под кирију морала бити позната потреба за ново зидање зграде или су поправке које изискују више времена потребне због невођења рачуна о мањим поправкама.⁷⁰⁷

⁷⁰³ Члан 1116.

⁷⁰⁴ Члан 1117.

⁷⁰⁵ Стари текст члана 1117: „Кирајџија или купац може и пре истека изречно или прећутно уговоренога времена од уговора одустати, ако под кирију или закуп узета ствар због својих мана не подноси за редовну употребу; ако је случајем лишен за дуже време знатног дела закупљене ствари, или ако исти део постане неупотребљив, или ако давалац ствари под кирију или закуп не одржава више ствар у употребљиву стању.”

⁷⁰⁶ Члан 1118.

⁷⁰⁷ Члан 1119.

Законодавац је предвидео да смрћу једног од уговарача не престаје уговор о закупу, али предвиђа различите правне последице у зависности од тога која уговорна страна умре. У случају смрти киријције, АГЗ прописује да уговор о кирији станова могу раскинути како наследници киријције тако и давалац по кирију, али је потребно поштовање правила о отказним роковима.⁷⁰⁸

Отуђење ствари. Уговор о закупу и кирији престаје отуђењем ствари од стране закуподавца или даваоца под кирију и то само у случају када право није уписано у јавне књиге. Закупац и киријција морају да предају ствар новом држаоцау након уредног отказа. Они, са друге стране, имају право да траже потпуно задовољење односно како претрпљену штету тако и измаклу корист.⁷⁰⁹ У случају судске продаје поступиће се са правом на кирију и закуп исто као и са службеношћу, ако је оно у јавне књиге уписано. Уколико купац није обавезан на трпљење права кирије или закупа, онда киријција или купац мора одступити након пуноважног отказа.⁷¹⁰⁷¹¹

Разлози за гашење уговора о закупу постављени у римском праву, задржани су и у АГЗ. Уговор о закупу престаје истеком уговореног рока. Римско право и АГЗ дозвољавају прекид уговора о закупу пре рока из истих разлога: пропаст предмета закупа, продаја закупљене ствари, употреба противно уговору, итд. Такође, био је могућ раскид уговора и у римском праву и према АГЗ. Оно што се разликује од римског права је могућност отказа. Дуго је постојала полемика да ли може да се откаже уговор о закупу у римском праву. С друге стране, АГЗ то дозвољава и одређује отказне рокове у зависности од врсте ствари.

Подзакуп

АГЗ је регулисао ову подврсту уговора у свега два члана. Уговор о подзакупу може бити закључен као уговор о подкирији и уговор о подзакупу. Подзакуп је могао да буде закључен под додатним условима ако то не би нанело штету власнику и ако то није нигде у уговору изричито забрањено. Други члан који се односи на подзакуп

⁷⁰⁸ Члан 1116. а

⁷⁰⁹ Члан 1120.

⁷¹⁰ Члан 1121.

⁷¹¹ Стари текст члана 1121: „При нужној, судској продаји мора киријција или купац уступити пред новим купцем баш и у случају, када је његово право као стварно право уписано. Само односно накнаде штете он задржава своје право првенства.”

регулисан је кроз одговорност закупца и киријџије. Одговарају на основу кривице како за своју, тако и за ону подзакупца и подкиријџије и то како за предају оштећене ствари, тако за погоршање ствари које настане рђавом употребом. Не одговарају за *casus*. Закуподавац или давалац по кирију надокнаду мора захтевати судским путем у преклузивном року од годину дана.⁷¹²

АГЗ је регулисао у истој глави где и уговор о закупу и наследне закупе, уговоре о наследној дажбини као и поднину. Како ови односи више спадају у материју наследног права, неће бити предмет анализе у овом раду.

Уговор о најму радне снаге и уговор о делу

Уговор о најму радне снаге

Уговор о најму је регулисан у XXVI глави која носи назив „*О уговорима о службама за које се даје накнада*”. Дакле, осим уговора о најму, у овој глави је регулисан и уговор о делу.

АГЗ назива овај уговор најмом.⁷¹³ На почетку излагања дат је поднаслов који одређује назив и дефиницију уговора. Законодавац је, наиме, у истој одредби дефинисао уговор о најму и уговор о делу како би учинио дистинкцију једног од другог. Занимљиво је да овај уговор по својим особинама делом подсећа на уговор о најму, а делом на уговор о раду. То и не зачуђује ако се има у виду да је уговор о најму претеча уговора о раду, али посебно су занимљиве одредбе које се односе на одмор, боловање као и дужности послодавца у случају болести радника што га онда сврстава у уговор у раду. Без обзира на, могло би се рећи, мешовиту правну природу овог уговора, он ће бити обрађен у овој глави јер се на његовом примеру може видети правноисторијски пут развоја, што није случај у другим законцима.

Уговор о најму је такав уговор где се једно лице обавезује да за одређени временски период стави на располгање своју радну снагу.⁷¹⁴ Овако дата дефиниција није потпуна јер нема ни помена о другој уговорној страни и њеном обавезивању.

⁷¹² Члан 1111.

⁷¹³ Занимљиво је да превод проф. др Д. Аранђеловића садржи посебни поднаслов, као и одредбе које се односе на овај уговор, односно обрађује уговор о најму и уговор о делу, док други превод садржи само уводну дефиницију и онда оба уговора регулише заједно.

⁷¹⁴ Члан 1151.

Уосталом, тенденција АГЗ је дефинише уговоре само у односу на једну уговорну страну. Уговорне стране код овог уговора су најамник и послодавац.

Уговор о најму је консенсуалан. То се види из саме дефиниције уговора која јасно показује да је једино сагласна изјава воље неопходна како би уговор настао.⁷¹⁵

Уговор о најму је неформалан јер АГЗ није предвидео посебну форму за овај уговор. Уговор може бити закључен у било којој форми, писмено или усмено, пред судом или ван суда.⁷¹⁶

Уговор је теретан. Међутим, поднаслов који носи назив: „Прећутни уговор о најму” прописује да у случају када није одређена награда, а није уговорена ни бесплатност уговора, онда се сматра да је уговорена одмерена награда. Сама конструкција овог члана оставља простор за размишљање о доброчином карактеру овог уговора, па самим и тим и могућности таквог уговарања. Али, уколико се има у виду и сам назив главе („Уговори о службама за које се даје накандада), као и остале одредбе посвећене овом уговору, онда се може закључити да је овај уговор ипак теретан.

Последња особина овог уговора је његова комутативност јер је у тренутку закључења одређен положај уговарача, што су дефинитивно утврђена њихова права и обавезе, па самим тим и међусобни положај дугованих чинидби.

Када се упореде особине *locatio-conductio operarum* и уговора о најму може се приметити да су оне исте, осим *intuitu personae* особине уговора. АГЗ наводи да је најамни радник дужан да лично обави посао и да се не може преносити на друго лице уколико уговор или из околности не произилази нешто другачије. Дакле, АГЗ је оставио је могућност уговорним страна да у уговору предвиде другачија решења. Разлог оваквог решења је нејасан. Вероватно да је у пракси уговор ипак закључиван као *intuitu personae* управо због саме суштине овог уговора.

Битни елементи

Битни елементи код уговора су врста рада који се ставља на располагање и најамнина која се плаћа за обављени рад.

⁷¹⁵ Члан 1151.

⁷¹⁶ Члан 883.

Врста рада

Законодавац није прописао посебна правила о врсти рада који може бити предмет овог уговора. Једино у делу где говори о престанку уговора конкретно о отказу и отказним роковима помиње послове вишег и нижег реда. Међутим, ни овде нема ближег појашњења о којим је пословима реч. Једино код послова вишег реда наговештава да они могу д обухватају и привредну делатност најамног радника. Када је, са друге стране, реч о пословима нижег реда помиње се само накнада која може бити одређена по мањим јединицама.

Најамнина

Као што нису предвиђена врста рада која може да буде предмет уговора о најму, исто тако нису предвиђени услови које би најамнина требало да испуњава. Законодавац је посветио много више одредби начину исплате најамнине који ће бити обрађени приликом прописивања обавеза послодавца.

Без обзира што АГЗ није ближе уредио битне елементи, они су исти као и код *locatio-conductio operarum*, врста рада и најамнина. Остаје нејасно зашто законодавац није ближе уредио ова питања.

Права и обавезе уговорних страна

Обавезе послодавца

Обавеза исплате најамнине (награде)

Основна обавеза послодавца је да плати накнаду за обављени рад. Награду ће послодавац исплатити на начин који је предвиђен уговором. Уколико уговором није предвиђен начин плаћања или обичаји не одређују нешто друго, послодавац ће исплатити награду по завршетку посла.⁷¹⁷ Законодавац је предвидео и правила у случају када је награда одређена у краћим и дужим временским размацама, као и награду која се плаћа по сату, комаду или према поједином послу. У случају када је награда одређена месечно или у краћим временским размацама, послодавац ће је исплатити на крају појединих рокова, а када је одређена у дужим размацама, онда ће се плаћање

⁷¹⁷ Члан 1154. став 1.

извршити на крају сваког календарског месеца. Послодавац ће исплатити награду која је одређена на сат, по комаду или према појединим пословима, за већ учињене послове на крају сваке календарске недеље, а ако су у питању послови вишег реда на крају сваког календарског месеца.⁷¹⁸⁷¹⁹ У сваком случају, награда доспева чим се заврши „однос службе”⁷²⁰

Послодавац је у обавези да исплати најамном раднику награду и за послове који нису извршени, уколико је најамни радник био спреман да изврши посао и у томе је био спречен околностима који леже на страни послодавца. Притом, послодавац ће урачунати део који је најамни радник уштедео услед изостанка посла или стекао употребљавајући другде своју радну нагу или део који је намерно пропустио да стекне.⁷²¹

Послодавац ће бити у обавези да надокнади штету коју је најамни радник претрпео губитком времена при вршењу посла.⁷²²⁷²³

Обавеза послодавца у случају болести најамног радника

Обавеза послодавца у случају болести најамног радника прописана је под тачно одређеним условима који се односе на тип делатности, временски период који је најамни радник провео вршећи послове као и начин проузроковања болести.

Први услов односи на тип делатности. Овај услов се односи само на најамног радника који је у делатности привређивања у кућној заједници са послодавцем.

Други услов односи се начин проузроковања болести. Потребно је да болест није проузрокована намерно нити грубом непажњом.⁷²⁴

⁷¹⁸ Члан 1154. став 2.

⁷¹⁹ Стари текст члана 1154: „Ако посленик због своје кривице не испуни обећање у уговорено време, онда наручитељ није више дужан да наручену ствар прими; он може и накнаду за штету, која је услед тога постала. Али ако наручитељ с плаћањем награде одуговлачи, онда је и он обавезан дати посленику потпуно наканду за штету.”

⁷²⁰ Члан 1154. став 3.

⁷²¹ Члан 1155. став 1.

⁷²² Члан 1155. став 2.

⁷²³ Стари текст члана 1155: „Посленику припада одмерена накнада и за службе и радове, који нису извршени, ако је он био готов да посао сврши, па је у том кривицом наручитеља или услед случаја, који се овоме десио, био спречен, или је у опште оштећен услед дангубе.”

⁷²⁴ Члан 1156. став 1.

Трећи услов односи на временски период и дефинисан је негативно. Потребно је да послови нису уговорени за време „неке пролазне потребе” и нису ни месец дана трајали.⁷²⁵

Уколико су испуњени наведени услови, послодавац је дужан да поред плате у новцу пружи најамном раднику и потребну негу, лекара и лекове и у то временском периоду од 14 дана, у случају када је извршавање послова трајало већ 14 дана, а може да траје до четири недеље ако је трајало пола године.⁷²⁶ Осим овог начина, могућ је и пријем у болницу или с његових пристанком и смештање код трећих лица. Најамни радник може захтевати пријем у болницу ако је то неопходно имајући у виду природу његове болести.⁷²⁷ АГЗ оставља могућност пребијања односно компензације, издатака у готовом за лекара, лекове и неговање у болници или код трећих лица, са платом најамном радника за време боловања.⁷²⁸ Законодававац је дозволио још једну врсту пребијања:

„Суме, које најамнику припадају за време болести на основу јавног правног осигурања, смеју се пребити са платом са оним делом који одговара односу фактичког прилагања послодавца према целокупном давању за осигурање. Остале, у члану 1156. означене, обавезе послодавца отпадају у толико, у колико су најамнику на основу неког осигурања иста давања додељена.”⁷²⁹

Законодавац је предвидео да горе наведе обавезе послодавца престају ако најамни однос престане услед истека рока на који је уговорен или отказа или отпуштања које није прузроковано болешћу или другим важним разлозима. У случају да је најамни радник отпуштен или му је дат отказ за време спречености, онда то не утиче на наведена потраживања.⁷³⁰

Обавеза насловљена „старање послодавца”

Ова обавеза послодавца се односи на заштиту живота и здравља најамног радника за време трајања најамног односа. То значи да је послодавац дужан да уреди просторије и справе које ће бити коришћене за извршавање уговора о најму радне снаге

⁷²⁵ Члан 1156. став 3.

⁷²⁶ Члан 1156. став 1.

⁷²⁷ Члан 1156. став 2.

⁷²⁸ Члан 1156. а. став 1.

⁷²⁹ Члан 1156. а. став 2.

⁷³⁰ Члан 1156. б.

тако да живот и здравље најамног радника буду заштићени колико је то могуће према природи посла.⁷³¹

Послодавац код кога је најамни радник у кућној заједници, такође има одговарајуће обавезе. Он треба да се стара да простор за становање и спавање, исхрана, радно време и одмор буду у складу са моралом, здрављем као и религијом најамног радника.⁷³²

Основна обавезе *conductora*-а предвиђена је у АГЗ, исплата најамнине. Међутим, АГЗ је отишао и даље па је детаљно прописао обавезе послодавца у случају болести најамног радника као и обавезе које се односе на заштиту здравља најамног радника. Овакве одредбе и њихово место су логична последица имајући у виду да се у том тренутку потреба за радницима све више повећава што ће касније и довести до настанка посебног уговора, уговора о раду.

Обавезе најамног радника

Основна обавеза најамног радника састоји се састоји у стављању на располгање своје радне снаге. АГЗ наводи да је најамни радник дужан да лично обави посао и да се не може преносити на друго лице уколико уговор или из околности не произилази нешто другачије. Начин и обим посла одређују се уговором, а ако у уговору нема одредби о томе, онда ће се посао извршити „одмерено према околностима”.⁷³³⁷³⁴ Осим ове одребе, нема одредби које директно говоре о обавезама најамног радника.

Како је само у једном члану прописана обавеза најамног радника, тако један члан говори о његовим правима.

Једна одредба односи се на право најамног радника, који добија награду по комаду или према појединим пословима, да и пре доспелости захтева предужање награде сразмеран учињеном послу и његовим издацима.⁷³⁵

⁷³¹ Члан 1157. став 1.

⁷³² Члан 1157. став 2.

⁷³³ Члан 1153.

⁷³⁴ Стари текст члана: „Ако дело има битне мане, услед којих је незгодно за употребу, или је противно изреченом услову, наручилац има право одустати од уговора. Ако он ово неће, или ако мане нису битне, нити противне изреченом услову, онда он може захтевати да се дело поправи или да му се даде одмерена накнада за штету, и тога ради може и сразмеран део награде задржати.”

⁷³⁵ Члан 1154. а.

Друга се односи на право најамног радника на исплату накнаде чак и ако буде спречен у вршењу посла болешћу или несрећним случајем за сразмерно кратко време, које не износи више од недељу дана. Услов је да болест није проузрокована намерно или великом непажњом и да је обављање посла трајало најмање четрнаест дана. Он ће имати право на накнаду и ако је спречен у вршењу посла без своје кривице, другим важним узроцима који се тичу његове личности.⁷³⁶

Ове обавезе престају ако најамни однос престане услед протекла рока за који је уговорен или услед отказа или отпуштања које нису проузроковане болешћу или другим важним узроцима у смислу горе наведеног члана. У случају када је најамни радник отпуштен⁷³⁷ због спречености или ако је за време спречености добио отказ, онда тиме проузрокован завршетак не узима се у обзир у погледу означених потраживања.⁷³⁸

Основна обавеза *locator*-а је нашла место у АГЗ. Најамни радник био је у обавези да стави на располагање радну снагу. Много више одредби је посвећену праву најамног радника.

Престанак уговора

Уговор може престати: протеклом рока, раскидом, отказом, стечајом. Осим ових предвиђа се и привремени раскид као један од начина престанка.

Служење престаје протеклом рока за које је уговорено.⁷³⁹

Служење уговорено само на пробу или само за време пролазне потребе може свака страна раскинути уговор у току првог месеца и то у било којем тренутку.⁷⁴⁰⁷⁴¹ Служење уговорено док буде у животу једна уговорна страна или за временски период од пет година, најамни радник може раскинути после истека рока од 5 година. Отказни рок износи шест месеци.⁷⁴²

⁷³⁶ Члан 1154. б.

⁷³⁷ Превод АГЗ на више места користи термине отпустити и отказати, али у различитом значењу. Управо се и овде огледа социјални елемент, тачније другачија правна природа уговора и она тачкамповезивања где више подсећа на уговор о раду него уговор о најму радне снаге.

⁷³⁸ Члан 1156. б

⁷³⁹ Члан 1159 а. став 1

⁷⁴⁰ Члан 1159 а. став 2

⁷⁴¹ Стари текст члана 1158; „Кад се појави сумња да ли наруџбина каквог рада ваља сматрати за уговор о куповини или уговор о најму, претпоставља се: да је онај, који је градиво за рад дао, радника најмио. Али ако је радник дао градиво, онда се претпоставља да је куповина“.

⁷⁴² Члан 1159 а. став 3.

Служење уговорено или продужено на неодређени временски период, може се раскинути отказом. Законодавац прави разлику између послови вишег и нишег реда и у зависности од тога предвиђа различите отказне рокове. Уколико су у питању послови вишег реда који обухватају и привредну делатност најамног радника, а уговор је трајао три месеца у том случају је отказни рок од најмање четири недеље. Код послова нижег реда где је награда одмерена по сатима или дневно, по комаду или према појединим пословима, онда се отказ може учинити у билом тренутку за наредни дан. У случају када послови обухватају нарочито привредну делатност најамног радника или ако је награда одмерено недељно, рок је први радни дан на крају календарске недеље. Дејство отказа не наступа у случају награде по комаду или према појединим пословима ни у ком случају пре завршетка посла отпочетког у време отказа.⁷⁴³⁷⁴⁴ У осталим случајевима, отказни рок је најмање 14 дана.⁷⁴⁵Отказни рокови морају бити једнаки за обе уговорне стране. У случају неједнаких рокова, важи дужи рок за обе стране.⁷⁴⁶

Стечај као разлог престанка уговора одређен је упућујућом одредбу на закон о стечајном поступку који ће одредити какво дејство има отварања стечаја над имовином послодавца на однос службе.⁷⁴⁷⁷⁴⁸

Привремено раскидање. Однос може свака уговорна страна раскинути из важних разлога. Уколико је уговор закључен на одређени временски период, онда он може бити раскинут и пре истека рока, а иначе без обзира на отказни рок.⁷⁴⁹У случају да најамни радник раскине уговор пре истека рока, без важног разлога, онда послодавац има право да захтева враћање на рад и накнаду штете или накнаду штете због неиспуњења. Најамни радник ће бити дужан да надокнади штету због неиспуњења уговора ако буде отпуштен због своје кривице пре истека времена. За тако већ извршене послове, најамни радник ће имати право на одговарајући део награде само у случају да оне за послодавца нису већим делом и сасвим изгубиле вредност превременим раскинућем.⁷⁵⁰

⁷⁴³ Члан 1159.

⁷⁴⁴ Стари текст члана 1159 „Ако с уговором о најму буду везани још и други споредни уговори, онда се мора пазити на законске прописе, који су за сваки од њих одређени“.

⁷⁴⁵ Члан 1159 б.

⁷⁴⁶ Члан 1159 ц.

⁷⁴⁷ Члана 1161.

⁷⁴⁸ Стари текст члана 1161: „Само у особитим преким околностима може погођени радник или мајстор поверени му посао другоме поверити, али у овоме случају он одговара за кривицу у избору лица“.

⁷⁴⁹ Члан 1162.

⁷⁵⁰ Члан 1162 а.

Престанак уговора у АГЗ највише одступа од римских решења. То је последица различитих околности у којима су настајали ови уговори. Док је римски *locatio-conductio operarum* коришћен у ретким случајевима и посматран је као уговор деградирајуће карактеристике, дотле се уговор о најму појављује у тренутку када државе креће да гарантује извесна права најамних радника кроз обавезе послодавца и на тај начин отвара велика врата за регулисање и самог уговора о раду.

Уговор о делу

Уговор о делу је регулисан у XXVI глави АГЗ која носи назив „Уговори о службама за које се даје накнада”. Осим тога, поједине одредбе могу се наћи и у XVII глави која говори о уговорима уопште као и у другим деловима Законика.

Законодавац је дефинисао уговор о делу и уговор о најму радне у истом чланом чинећи дистинкцију једног о другом. Уговор о делу настаје обавезивањем једног лица да изради одређено дело уз наканду за друго лице.⁷⁵¹ Уговорне стране код овог уговора су предузимач или посленик односно лице које се обавезује да изради одређено дело и наручилац односно лице које се обавезује да плати наканду за израђено дело.

Уговор о делу је консенсуалан. То се може видети из саме дефиниције уговора, конкретно реченичне конструкције коју је законодавац користио „када се ко обавезе... да преузме израду каквог дела уз наплату.”⁷⁵²

Као и код уговора о куповини, АГЗ не говори о форми уговора у делу где регулише овај уговор већ се поменуте одредбе налазе у општим уговорним одредбама. Уговор може бити закључен у било којој форми, писмено или усмено, пред судом или ван суда.⁷⁵³ Уколико су уговорне стране предвиделе одређену форму као обавезну, у складу са правилом *pacta sunt servanda*, она мора бити испоштована.⁷⁵⁴ Према томе, уговор о делу је неформалан.

Уговор о делу је прави обострано-обавезујући јер њиме настају обавезе за обе уговорне стране. Главна обавеза посленика састоји се у извршавању посла односно

⁷⁵¹ Члан 1151.

⁷⁵² Члан 1151.

⁷⁵³ Члан 883.

⁷⁵⁴ Члан 884.

предаји израђене ствари наручиоцу. С друге стране, главна обавеза наручиоца састоји се у исплати надокнаде и примању рада.

Уговор о делу је теретан. Наручилац плаћа награду посленику за израђено дело, а посленик добија награду за израду дела.

Законодавац је, у делу који говори о начинима престанка овог уговора, конкретно престанка уговора о делу смрћу, прописао да уколико је уговор о делу о радовима закључен у односу на нарочита својства посленика, он престаје његовом смрћу. Иако не постоје опште одредбе о престанку уговора смрћу, вероватно да је уговор о делу могао бити закључен као *intuitu personae*. Међутим, не постоји императорна одредба у погледу ове особине већ оно зависи од воље уговорних страна.

Када је реч о називу уговора, аутори који су превели овај законик користили су термин уговор о делу зато што је и оригинал заправо превод римске кованице овог уговора. Дефиниција коју садржи АГЗ у основи одговара дефинији коју је дало римско право. И битне особине уговора остале су исте: консенсуалан, неформалан, обострано-обавезујући уговор и комутативан.

Битни елементи уговора

Законодавац није у посебној одредби стипулисао битне елементе уговора. Међутим, на основу свих одредби које се односе на овај уговор, може се приметити да су у питању дело односно посао који потребно извршити и плаћање награде.

Остварење дела

Први битан елемент овог уговора је остварење дела. Дакле, акценат је на резултату, а не самом извршавању дела. То је и оно што разликује овај уговор од уговора о најму радне снаге. Многобројне одредбе говоре у прилог томе, почев од оне која прописује да је посленик обавезан да изради дело или обави посао⁷⁵⁵ до оне која говори да се плаћање врши када посао буде обављен.⁷⁵⁶ Притом, последње споменута реченична конструкција иако може да наведе да се ради о уговору о најму радне снаге, стипулисана је на тај начин како би се, с једне стране, показало да предмет уговора

⁷⁵⁵ Члан 1165.

⁷⁵⁶ Члан 1170.

може бити како дело материјалне тако и нематеријалне природе, а са друге стране, поједине одредбе уговора о делу се примењују на уговор о најму радне. Када је реч о самом предмету уговора, законодавац није уредио ово питање. Међутим, имајући на уму претходно речено, предмет је свакако могао да буде како дело материјалне тако и нематеријалне природе. Такође, законодавац наводи у старом члану да предмет уговора о делу не може бити оно што се не може учинити, што је немогуће или недопуштено.⁷⁵⁷ Исти члан новог текста говори само о немогућим предметима уговора.⁷⁵⁸ Даље, поднаслов „Давање за недопуштени циљ” иако говори о немогућности повратка награде, посредно прописује да предмет овог уговора не могу бити немогуће или недопуштене радње.⁷⁵⁹

Када је реч о лицу које треба да изради одређено дело, законодавац наводи да је предузимач у обавези да лично изврши посао или да се посао изврши под његовом личном одговорношћу⁷⁶⁰ Једино уколико је уговор о делу закључен као *intuitu personae*, посленик ће морати лично да га обави.

АГЗ садржи одредбу која решава дилему о правној природи уговора у зависности од уговорне стране која даје материјал. Законодавац наводи да уколико се лице које се обавезало да нешто изради, даје свој материјал, онда ће постојати уговор о куповини. У супротном, постојаће уговор о делу ако наручилац даје материјал.⁷⁶¹ Занимљиво је да законодавац у овој одредби користи термин „у случају сумње” што вероватно упућује да су уговорне стране могле предвидети и другачија решења.

Први битни елемент код *locatio conductio operis faciendi, opus* у потпуности је преузет у АГЗ, како у погледу појма самог *opus*-а, тако и у погледу лица која могу да обаве поверени посао, па и код правила о правној природи уговора у зависности од стране која даје материјал за израду. *Opus*, у римском праву, као резултат материјалне или нематеријалне природе исти је и у АГЗ. И римско право, као и АГЗ допуштају да друго лице обави посао. Правило римских јуриспрудената да постоји *emptio-venditio* у случају да *conductor* даје материјал за израду је преузето и у АГЗ.

⁷⁵⁷ Члан 878.

⁷⁵⁸ Члан 878.

⁷⁵⁹ Члан 1174.

⁷⁶⁰ Члан 1165.

⁷⁶¹ Члан 1166.

Награда

Други битан елемент уговора је награда као наканда за остварено дело. Законодавац је прописао само начин плаћања награде, а не и услове које би она требало да испуњава. Одредба која се налази у делу који уопштено говори у уговору о најму прописује да уколико уговором није одређена награда, а није ни бесплатност уговорена, у том случају се сматра да постоји одмерена награда.⁷⁶² Занимљив је стари текст истог члана који гласи овако:

*„Чим ко наручи какав рад или дело, онда се узима да је пристао и на одмерену награду, ако награда није одређена уговором или законом, онда ће судија одредити.“*⁷⁶³

Поставља се питање зашто је законодавац избрисао део који се односи на одређивање цене од стране судије, као и шта значи правни стандард одмерена награда. Могуће да се овај израз односи на захтев сразмерности у смислу да награда треба да одговара оствареном делу односно да буде правична.

Када је реч о начину плаћања АГЗ је предвидео да се она исплаћује након обављеног посла. Међутим, постоји могућност исплате награде и унапред као накнаде за учињене трошкове. То ће бити случај ако је посао извршаван у деловима као и када постоје извесни издаци које посленик није примио на себе.⁷⁶⁴⁷⁶⁵ Уколико је у уговору био предвиђен предрачун трошкова са изричитим јемством за његову тачност онда посленик не може тражити повишење награде ни при непредвиђеној величини или скупocenости прорачунатих радова.⁷⁶⁶ У супротној ситуацији, односно када је за подлогу узет предрачун без јемства и ако се покаже да је прекорачење неизбежно, онда наручилац може да одустане од уговора дајући пригодну накнаду за радове извршене од стране посленика. У том случају, посленик има дужност да без одуговлачења достави наручитељу прекоречење, у супротном губи право на потраживање вишка у радовима.⁷⁶⁷

За разлику од римског права које је одредило услове које би требало накнада да испуњава, АГЗ је одредио само начин њеног плаћања. Поставља се питање зашто је АГЗ пропустио да уреди ово питање с обзиром да је прописао услове које би требало

⁷⁶² Члан 1152.

⁷⁶³ Стари члан 1152.

⁷⁶⁴ Члан 1170.

⁷⁶⁵ Стари текст члана 1170: „Када какав писац предузме израду каквог дела по датом му плану од издавача, онда он има право само на уговорену награду. Издавач има по том потпуно слободно издавачко право“.

⁷⁶⁶ Члан 1170. а

⁷⁶⁷ Члан 1170. а став 1.

цена да испуњава, а нигде није ни упутио да се одредбе о цени примењују на накнаду код уговора о делу као што чини римско право.

Дејство уговора

Како је уговор о делу прави обострано-обавезујући, тако њиме настају обавезе за обе уговорне стране. Главна обавеза посленика састоји се у извршавању посла односно предаји израђене ствари наручиоцу. С друге стране, главна обавеза наручиоца састоји се у исплати надокнаде и пријему рада.

Права и обавезе уговорних страна

Обавезе посленика

Основна обавеза посленика је остварење резултата дела на које се обавезао наручиоцу. Ова обавеза посленика се може наћи у самој дефиницији уговора коју даје АГЗ:

„...кад ко прими на себе израду каквог дела за награду, онда постаје уговор о делу.”⁷⁶⁸

Осим ове одредбе, још само једна говори о овој обавези посленика, а односи се на лице које треба да предузме посао. Законодавац је прописао да је посленик обавезан да лично обави посао или да се обави под његовом личном одговорношћу.⁷⁶⁹ То значи да и у случају да посао повери другом лицу, евентуалне последице неизвршења или рђавог испуњења ће погађати лично њега.

Занимљиво је да се стари текст истог члана, пре његовог новелирања, односио на писца и издавача, дакле на конкретано обављање посла или боље речено подврсту овог уговора. Тако је писац био у обавези да преда дело према уговору, а издавач да плати уговорену награду одмах по предавању дела.⁷⁷⁰

Посленик одговара за материјалне недостатке дела. У случају да дело има битних недостатака који га чине неупотребљивим или су противни уговору, наручилац може одустати од уговора. Ако недостаци нису битни нити су у супротности са

⁷⁶⁸ Члан 1151.

⁷⁶⁹ Члан 1165.

⁷⁷⁰ Стари текст члана 1165.

уговором, као и у случају када наручилац не жели раскид уговора, њему стоји на располагању захтев за поправку уколико она не би захтевала несразмеран трошак или сразмерно смањење награде. Уколико се наручилац одлучи за поправку, он мора да одреди рок посленику уз изјаву да по његовом протеклу одбија поправку.⁷⁷¹

И овде, као и у претходном случају, стари текст истог члана се односи на обавезе издавача. Тако је издавач био у обавези да захтева пристанак писца за свако ново издање уколико је број примерака био одређен.⁷⁷²

Посленик ће бити одговоран за штету ако посао не успе услед очигледне неваљаности материјала које је наручилац дао или услед очигледно непогодних упушта, а посленик није наручиоца на то опоменуо.⁷⁷³

Иако не постоји ни једна одредба о томе, она је логична последица самог уговора, па је посленик у обавези да преда резултат дела наручиоцу посла.

Осим ових одредби, АГЗ садржи одређена права на страни посленика. Тако, њему припада уговорена награда чак и када посао не буде извршен ако је он био спреман на извршење истог, а спречен је био да га обави услед околности које се могу преписати наручиоцу. Такође, њему припада право на надокнаду штете уколико је услед горе надених околности оштећен.

Обавезе посленика дате у АГЗ су истоветне онима постављеним у римском праву. Посленик је био у обавези да посао обави лично уколико је уговор склопљен у односу на његова лична својства, у супротном, могао је да повери посао и другом лицу. Такође, одговорност за материјалне недостатке је на сличан начин одређена као у римском праву.

Наручилац

Много више одредби је посвећено обавезама наручиоца. Основна обавеза наручиоца састоји се у исплати награде за остварење дела односно по завршеном послу. Када је реч о начину плаћања АГЗ је предвидео да се она исплаћује након обављеног посла. Међутим, постојала је могућност исплате награде и унапред као накнаде за учињене трошкове. То ће бити случај ако је посао извршаван у деловима као

⁷⁷¹ Члан 1167.

⁷⁷² Стари текст члана 1167.

⁷⁷³ Члан 1168. а.

и када постоје извесни издаци које посленик није примио на себе. Уколико је у уговору био предвиђен предрачун трошкова са изричитим јемством за његову тачност онда посленик не може тражити повишење награде ни при непредвиђеној величини или скупоцености прорачунатих радова.⁷⁷⁴ У супротној ситуацији, односно када је за подлогу узет предрачун без јемства и ако се покаже да је прекорачење неизбежно, онда наручилац може да одустане од уговора дајући пригодну накнаду за радове извршене од стране посленика. У том случају, посленик има дужност да без одуговлачења достави наручитељу прекоречење, у супротном губи право на потраживање вишка у радовима.⁷⁷⁵

И овде као и у претходним случајевима, стари текст члана се односи на писца и издавача. Писац је имао право само на уговорену награду када би преузео израду каквог дела по упутствима издавача. Издавач је са друге стране имао потпуно слободно издавачко право.⁷⁷⁶

Иако обавеза давања упутстава за израду дела није нигде непосредно стипуласана, она се може видети из одредбе која даје право посленику на одређивање рока за накнадно „суделовање” односно накнадно давање одређених упустава. Ово накнадно одређивање рока треба да буде уз изјаву да се уговор сматра раскинутим, ако рок безуспешно протекне.⁷⁷⁷ Такође, обавеза давања упутстава се може видети и из одредбе која прописује одговорност посленика за штету у случају очигледне неваљаности материјала које је наручилац предао или услед његових очигледних непогодних упустава, а ако посленик није на ово наручиоца опоменуо.⁷⁷⁸

Такође, ни обавеза на предају материјала није директно прописана, већ кроз одредбу о правној природи уговора у зависности од уговорне стране која даје материјал. Тако ће постојати уговор о делу једино у случају предаје материјала од стране наручиоца. У супротном, уговор ће посматрати као уговор о куповини.⁷⁷⁹ Горе наведена одредба о одговорности посленика за штету, такође упућује на постојање ове обавезе.

⁷⁷⁴ Члан 1170. а

⁷⁷⁵ Члан 1170. а став 1.

⁷⁷⁶ Стари текст члана 1170.

⁷⁷⁷ Члан 1168. став 2.

⁷⁷⁸ Члан 1168. став 2.

⁷⁷⁹ Члан 1166.

Као што ни обавеза предаја дела код посленика није посебно одређена, тако ни обавеза наручиоца која се састоји у пријему резултата дела није прописана, али произили из саме функције уговора.

Законодавац је прописао и једну обавезу коју је насловио као дужност старања и том приликом је упутио на одредбе члана 1157. који се односе на уговор о најму радне снаге.

Иако поједине обавезе наручиоца нису директно одређене у члановима АГЗ, оне су остале истоветне као у римском праву.

Престанак уговора

Уговор о делу престаје раскидом. Смрт ко начин престанка уговора је предвиђена само за посебну врсту уговора, уговор о делу о радовима.

Када је реч о смрти као разлогу за престанак уговор, законодавац је ово питање другачије одредио у зависности од тога која уговорна страна умре. Притом, имао је у виду само уговор о делу о радовима. Уколико је уговор о делу о радовима закључен у односу на посебна својства посленика, он престаје његовом смрћу. Његови наследници могу тражити само наплату за припремљен употребљиви материјал и део награде који одговара вредности извршеног рада. У супротној ситуацији, дакле услед смрти наручиоца, његови наследници остају везани уговором.

Уговор може престати и раскидом како од стране наручиоца, тако и од стране посленика. АГЗ је прописао следеће случајеве. Наручилац може раскинути уговор ако ствар има битних недостатака који чине дело неупотребљивим или су противни уговору. Такође, наручилац може одустати од уговора уколико је приликом одређивања награде узет прорачун без јемства и ако се покаже неизвежним знатно прекорачење трошкова. Посленик, са друге стране може раскинути уговор у случају да и ако након одређивања рока за учествовање односно давање упутсава од стране наручиоца, овај не узме учешће.

Неке врсте уговора о делу

Када је реч о посебним врстама уговора о делу, законодавац је предвидео једино уговор о издавању, док је остале врсте подвео под поднаслов: „Други уговори о службама за награду”. Такође, када је говорено о начинима престанка уговора и разлогу смрти, помињан је уговор о делу о радовима, али даља објашњења у самом тексту Законика не постоје.

Уговор о издавању је уговор којим се творац литерарног, уметничког или фотографског дела, или његов правни следбеник обавезује да другоме уступи дело ради издавања, а издавач се обавезује да дело умножи и растура.⁷⁸⁰

Занимљиво је да наведени поднаслов садржи само једну одредбу посвећену другим уговорима о службама за које се даје награда. Наведена одредба прописује да уколико уговор не предвиђа број издања, онда издавач има права на само једно издање. Творац, са друге стране, може располагати делом пре распродаје само уколико издавачу плати одмерену накнаду штете.⁷⁸¹

4.2.4. Уговор о заједници добара

АГЗ је назвао овај уговор, уговором о заједници добара.⁷⁸² Овај уговор је регулисан у XXVII глави, а поједине одредбе могу се наћи у XVII која садржи опште уговорне одредбе, као и у глави XXVIII која говори о брачним уговорима. Такође, одређене одредбе могу се наћи и у XVI глави која носи назив: „О заједници својине и других стварних права”.

Законодавац је дефинисао уговор о ортаклуку као консенсуални уговор који настаје сагласношћу воља два или више лица која удружују свој рад или и своје ствари ради остварења заједничке користи.⁷⁸³

На основу саме дефиниције, а и из осталих одредби, може се закључити да је уговор о ортаклуку консенсуалан јер настаје сагласношћу воља уговорних страна.

⁷⁸⁰ Члан 1172.

⁷⁸¹ Члан 1173.

⁷⁸² У раду ће бити коришћен, одомаћени термин ортаклук.

⁷⁸³ Члан 1175.

Законодавац је одредио да су ортачки уговори, који се односе само на садашње или само на будуће имање, ништавни ако ствар која је уложена није описана и назначена.⁷⁸⁴ Да ли то онда значи да је уговор формалан? На уговор о заједници целокупне имовине како садашње, тако и будуће, биће примењиване одредбе о брачним уговорима.⁷⁸⁵ Како поменуте одредбе не пружају никаквих података, вероватно је да писана форма није била облигаторна. Такође, попис ствари који АГЗ захтева односи се само на једну врсту ортаклука, а говори о улогу, а не уговору уопште. Када је реч о трговачким ортаклуцима, АГЗ наводи да ће посебан закон ⁷⁸⁶одредити начин састављања ових уговора, као и да у случају када се само поједини послови заједнички обављају, онда је довољно уписати уговор у трговачке књиге.⁷⁸⁷ Дакле, уговор је неформалан.

Уговор о ортаклуку је прави обострано-обавезујући (*contractus bilaterales aequales*) јер сваки је ортак за своје обавезе дужник према осталим ортацима, а заједно са осталим ортацима поверилац према сваком поједином ортаку.

Уговор о ортаклуку је по правилу *intuitu personae* јер ортачка права и обавезе и не прелазе на наследнике, односно уговор се гаси смрћу. Ортаклук свакао престаје смрћу ортака уколико је састављен од само два лица. Међутим, изгледа да је постојала могућност да се уговори и супротно. То се види из одредбе која прописује право ортака да захтевају полагање и намиривање рачуна⁷⁸⁸ као и из одредбе која одређује сразмерни одбитак од удела у случају када није у стању да испуни обавезе које је покојник преузео према ортаклуку.⁷⁸⁹

Уговор о ортаклуку је теретан јер је обавеза сваког ортака да унесе улог који се може састојати у средствима и/или раду.⁷⁹⁰ Ортаци уносе ортачки удео у главницу ортаклука и тако истовремено стичу и право удела у заједничкој главници односно подели постигнуте добити.

И најзад уговор о ортаклуку је дуготрајан. Његов главни циљ је да траје одређени временски период како би ортаци остварили заједничку имовинску добит.

⁷⁸⁴ Члан 1178.

⁷⁸⁵ Члан 1180.

⁷⁸⁶ Из тог разлога, одредбе ове главе се не примењују на трговачке ортаклуке јер је донет у међувремену посебан закон.

⁷⁸⁷ Члан 1179.

⁷⁸⁸ Члан 1206.

⁷⁸⁹ Члан 1209.

⁷⁹⁰ Члан 1175.

Дакле, уговор о ортаклуку је консенсуалан, неформалан, прави обострано-обавезујући, теретан дуготрајан и начелно *intuitu personae* што значи да је генерално задржао особине постављене у римском праву. Уговор је само начелно *intuitu personae*, јер постоји могућност да се наследници оптерете обавезама покојника. Међутим, то правило је ограниченог карактера. Већ наследници наследника нису у обавези да преузму обавезе.

Уговор о ортаклуку је само *iustus titulus* за прибављање својине. Да би до тога и дошло, потребно је одговарајући *modus acquirendi* односно предаја ствари.

Битни елементи

Битни елементи уговора о ортаклуку су улог и циљ који се жели постићи.

Улог

Улог ортака је могао да буде у стварима и раду. На то и упућује дефиниција дата на почетку излагања о уговору о ортаклуку.⁷⁹¹ Ствари као улог су могле бити различите врсте, а АГЗ помиње новац, потрошне и непотрошне ствари.⁷⁹² Када је реч о раду као врсти улога, вероватно да је он могао бити како интелектуални, тако и мануелни односно физички. У случају да ортак уложи само рад, има право на добит, али не и на главницу.⁷⁹³ АГЗ наводи да су ортаци дужни да унесу једанак улог у ортаклук, осим ако није другачије уговорено.⁷⁹⁴

Све што ортаци унесу на име улога представља главницу ортаклука односно капитал. Законодавац прописује да све што је изричито одређено ради обављања заједничког посла, сачињава главницу ортаклука, док све оно што ортак има, представља његову одвојену својину.⁷⁹⁵ АГЗ наводи да ако се на име улога унесу новац, потрошне или непотрошне ствари у новцу процењене, онда се као заједничка својина сматрају: користи које су прибављене и главница у односу према ортацима који су је уложили.⁷⁹⁶ Улози одређени уговором о ортаклуку могу бити накнадно повећани

⁷⁹¹ Члан 1175.

⁷⁹² Члан 1183.

⁷⁹³ Члан 1183.

⁷⁹⁴ Члан 1184.

⁷⁹⁵ Члан 1182.

⁷⁹⁶ Члан 1183.

уколико би промење околности тако захтевале, односно уколико циљ уговора не би могао да се постигне са примарно одређеним уделом.⁷⁹⁷ Међутим, поставља се питање: да ли ортаци на унетим стварима стичу заједничку својину или сусвојину? Одговор ваља потражити у другом делу АГЗ који говори о праву својине, а конкретна одредба је насловљена термином „Сусвојина”:

*„Ако каква још неподељена ствар припада у исто доба неколицини лица, онда постаје заједничка својина. У односу на целину сматрају се сувласници као једно лице; уколико су им пак извесни, и ако неодвојени, делови одређени, има сваки сувласник потпуну својину свог дела.”*⁷⁹⁸

На основу ове одредбе, може се закључити да АГЗ не прави термилошку разлику између сусвојине и заједничке својине, већ користи исти термин, али даје описну одредницу, једног и другог облика својине. Међутим, сматра се да заједничка својина није карактеристика аустријском правном систему, па се претпоставља да је овде у питању сусвојина.

Када је реч о улогу као битном елементом и основама које су постављене у римском праву, може се рећи да је улог задржао римскоправна решења. Улог је, дакле, могао бити у стварима и у раду. Такође, римско правило које се односи на сразмеру улога, задржано је у АГЗ. Наиме, ортаци су били у обавези да унесу једнаке улоге, уколико уговор не би предвиђао другачије. И овде је задржана забрана о *societas leonina*. Даље, оно што би ортаци унели у ортаклук постојао би сусвојина ортака.

Циљ

АГЗ посветио је посебни поднаслов врстама ортаклука правећи разлику између случаја када ортаци на име улога унесу само поједине ствари или читав род ствари, наводећи *exempli causa* еспап, плодове, земљишта или целу имовину без изузетка. У истом члану, Законик наводи да се основу овакве диференцијације и разликују врсте ортаклука, а самим тим и права која ортаци имају.⁷⁹⁹

„По томе да ли чланови каквог друштва (ортаци) у заједницу улажу само поједине ствари или суме, или читав род ствари, на пр. сав еспап, све плодове, сва

⁷⁹⁷ Члан 1189.

⁷⁹⁸ Члан 361.

⁷⁹⁹ Члан 1176.

земљишта или најзад цело своје имање без изузетка, разликују се и врсте друштва и права истога се више или мање проширују."⁸⁰⁰

Дејство уговора

АГЗ прописује права и дужности ортака. Сваки од ортака је дужан да унесе улог према уговору. Затим, ортаци су дужни да учествују у пословању ортаклука. Ортак коме је била поверена управа над ортаклуком има обавезу да положи рачуне осталим ортацима. С друге стране, ортаци имају право да учествују у подели добити, а у случају да ње нема, ортаци учествују у подели губтика.

Права и обавезе ортака

Унос улога

Ортаци су у обавезни да унесу улог према уговору. Уколико ово питање није регулисано уговором, сваки од ортака биће у обавези да унесе једнак део у заједничку главницу.⁸⁰¹

Ортаци не могу да буду условљени да унесу већи улог од оног који је предвиђен уговором. Међутим, ако због промењених околности не би могао да се постигне заједнички циљ без увећања улога, онда ортак који на то не пристаје може да иступи из ортаклука или да буде приморан да иступи.⁸⁰²

Управљање и пословодство ортаклуком и одговорност за штету

АГЗ прописује да су сви ортаци обавезни да подједнако раде на заједничкој користи без обзира на свој већи или мањи удео.⁸⁰³ Ни један ортак нема право да учествовање у послу повери трећем лицу или да га прими у ортаклук, као ни да предузме посао који је штетан по ортаклук.⁸⁰⁴ Немогућност поверавања посла трећем лицу последица је правне природе уговора и његовог личног карактера. Одређени послови

⁸⁰⁰ Члан 1176.

⁸⁰¹ Члан 1184.

⁸⁰² Члан 1189.

⁸⁰³ Члан 1185.

⁸⁰⁴ Члан 1186.

могу да буду поверени неком од ортака у ком случају ће се он сматрати пуномоћником. Начин одлучивања о заједничким пословима уређен је у XVI глави⁸⁰⁵ која предвиђа принцип већине.⁸⁰⁶ Ортак не може да прими свог ортака у ортаклук сходно римском правилу *Socius socii mei non socius meus est*.

Дужности ортака се тачније одређују уговором. Законик прописује да ортак који је унео као улог само рад, није дужан да да улог друге врсте. С друге стране, ортак који се обавезао да да улог само у новцу или у нечем другом, нити је обавезан нити има право да на други начин учествује у заједничком прибављању.⁸⁰⁷

Када је реч о саветовању и решавању о ортаким пословима примењивеће се оно што је предвиђено уговором. Уколико ортаци ово питање нису уредили, АГЗ упућује на примену већ поменутих прописа XVI главе⁸⁰⁸ која се односи на заједницу својине.⁸⁰⁹ Поменута глава предвиђа принцип већине.

Сваки ортак одговара за штету коју је својом кривицом нанео ортаклуку. Ова штета не може да се пребије са добити коју је ортак прибавио ортаклуку. Међутим, уколико је ортак самовласним предузетим послом допринео ортаклуку с једне стране штету, а с друге стране корист, онда постоји могућност пребијања.⁸¹⁰

Подела добити и губитака

Законодавац је дефинисао добитак као имовину која преко главнице преостане након одбитка свих трошкова и претрпљене штете. Када је реч о главници, она ће бити у својини оних који су је уложили осим ако је вредност рада придодата главници и све заједно је предвиђено као заједничка својина.⁸¹¹

Добит се дели у сразмери са величином удела. Рад ортака за ортаклук се потиरे узајамно. АГЗ предвиђа да у случају када један или више ортака унесу као улог свој рад или поред унесеног улога у исто време уносе и рад, онда ће за рад, ако ништа није уговорено, а нема ни сагласности међу ортацима, одлучити суд. Суд ће одредити суму

⁸⁰⁵ Чланови 833-842.

⁸⁰⁶ Члан 1190.

⁸⁰⁷ Члан 1187.

⁸⁰⁸ Чланови 833-842.

⁸⁰⁹ Члан 1188.

⁸¹⁰ Члан 1191.

⁸¹¹ Члан 1192.

узимајући у обзир важност посла, величину уложеног труда и прибављене користи.⁸¹² У случају када се добитак не састоји у готовом новцу, већ у другим врстама користи, онда ће се подела добити вршити у складу са одредбама које су изложене у глави о заједници својине.⁸¹³⁸¹⁴ Ортаклук може одобрити ортаку већу добит него што би му по његовом улогу припао због његових „одличних својстава” или рада. Законодавац је прописао да се овакви изузеци не смеју претворити у противзаконите уговоре или оштећење осталих ортака.⁸¹⁵ АГЗ је забрањивао и *societas leonina*, а онда је та одредба укинута законом од 14. јуна 1886. Укинута члан је дефинисао такав уговор:

*„Такав против законити уговор јесте онај, којим се ко за уложни капитал с једне стране обезбеђује од сваке опасности губитка, како у погледу капитала, тако и у погледу интереса, и од сваког суделовања ослобођава, а с друге пак стране ипак уговара добитак, који прелази законски уговорни интерес.”*⁸¹⁶

Поделу губитака, АГЗ је уредио на исти начин као и поделу добити. Дакле, губитак ће бити подељен на једнаке делове, односно на исти начин како би се и добит поделила. У случају када је поједини ортак уложио само свој рад, а ортаклук послује са губитком, он ће „изгубити” рад. Овакво решење примењиваће се у случају да ортаклук изгуби главницу.⁸¹⁷

Полагање рачуна

Ортаци, којима је поверена управа, обавезни су да уредно воде и полажу рачуне о заједничкој главници као и о примањима и давањима која се тичу главнице.⁸¹⁸ Ортаци имају право да захтевају завршни рачун и поделу добити и губитака тек по завршеном послу. Ако је посао такав да траје више година и да притом годишњи приход доноси, онда ортаци могу захтевати годишњи завршни рачун као и поделу добити. Оваква могућност ће постојати само ако од оваквог начина не би било штете по главни посао. Сваки ортак има право да о свом трошку и у сваком тренутку разгледа рачуне.⁸¹⁹ Ортак који захтева само завршни рачун (биланс) или се одрекао права да тражи рачун може

⁸¹² Члан 1193.

⁸¹³ Чланови 840-843.

⁸¹⁴ Члан 1194.

⁸¹⁵ Члан 1195.

⁸¹⁶ Члан 1196, укинут чланом 6. закона од 14. јуна 1886.

⁸¹⁷ Члан 1197.

⁸¹⁸ Члан 1198.

⁸¹⁹ Члан 1199.

захтевати потпун рачун како за прошле тако и за будуће случајеве. Ово ће бити могуће уколико он докаже превару макар у једном делу управе.⁸²⁰

Однос према трећим лицима

АГЗ прописује правило да се ортаклук не може према трећем лицу обавезати без изричитог или прећутног законитог пристанка ортака или њихових пуномоћника. Када је реч о трговцима, с друге стране, право ортака на вођење фирме, датом једном или више њих, односно право потписивања свих исправа и писмена у име ортаклука, једном објављено садржи у себи и свестрано пуномоћство.⁸²¹ Овом одредбом се заправо прави разлика између ортаклука као уговорне заједнице и трговачког ортаклука које има својство правног лице.

Разлика између ове две врсте ортаклука прозилази и из одговорности која је код обичног ортаклука подељена, што се види из одредбе по којој је сваки ортак одговоран из обавезе што их предузима према трећим лицима. Код трговачког ортаклука постоји солидарна одговорност.⁸²²

Законик разликује и тзв. тајно трговачко друштво које се дефинише као ортаклук у коме су ортаци позајмили ортаклуку део главнице, али нису били проглашени ортацима и који одговарају до износа на који су дали зајам за разлику од оглашених ортака коју одговарају целом својом имовином.

Ортак који само једним делом своје имовине учествује у ортаклуку, може имати имовину одвојену од заједничке имовине и властан је њоме по својој вољи располагати. С тим у вези, права и обавезе која трећа лица имају према ортаклуку, морају се разликовати од права и обавеза према појединим ортацима.⁸²³

Престанак ортаклука

АГЗ наводи да ортаклук престаје у неколико случајева: извршењем преузетог посла или услед немогућности даљег вођења, пропашћу ортачке главнице, истеком

⁸²⁰ Члан 1200.

⁸²¹ Члан 1201.

⁸²² Члан 1203.

⁸²³ Члан 1202.

уговореног рока.⁸²⁴ Осим ових разлога, ортаклук се гаси и смрћу једног од ортака у случају када се ортаклук састоји од два лица.

Посебно су занимљиве одредбе које се односе на смрт ортака као једног од начина гашења ортаклука. Законик наводи да ортачка права и обавезе по правилу не прелазе на наследнике ортака. Наследници ортака овлашћени су да захтевају да се рачуни настали до оставиочеве смрти положе и намире ако се ортаклук с њима не продужава. Корелативно овом праву ортака стоји иста њихова обавеза.⁸²⁵

АГЗ, наиме, предвиђа различите последице у зависности од тога да ли је ортаклук састављен од два или више лица.

Ортаклук састављен од два лица, гаси се смрћу једног од њих. Уколико се састоји из више лица онда постоји претпоставка да они хоће да продуже ортаклук. Ова претпоставка важи и за наследнике трговаца.⁸²⁶ Ако ортачки уговор гласи и на њихове наследнике, онда су наследници (ако прихвате наследство) дужни да се подвргну вољи оставиоца с двоструким ограничењем: воља оставиоца се не односи на наследнике наследника и на овај начин се не може основати ортаклук који ће непрестано трајати.⁸²⁷ Наведена правила важе за „обичан ортаклук”. У случају да наследник није у стању да испуни обавезе које је покојник према ортаклуку на себе примио, онда му се мора сразмерно одбити од његовог одређеног удела.⁸²⁸

Законодавац предвиђа случајеве искључења ортака из ортаклука и пре истека времена. У питању су следећи случајеви: неиспуњавање битних услова уговора, стечај, оглашавање ортака судским путем за расипника, односно уопштено стављање под старатељство, губљење поверења због извршења одређеног кривичног дела.⁸²⁹

Уговор о ортаклуку може престати и пре истека времена на које је закључен ако је умро или иступио онај ортак од кога је извршавање пословва нарочито зависило.⁸³⁰

⁸²⁴ Члан 1205.

⁸²⁵ Члан 1206.

⁸²⁶ Члан 1207.

⁸²⁷ Члан 1208.

⁸²⁸ Члан 1209.

⁸²⁹ Члан 1210.

⁸³⁰ Члан 1211.

Ако време трајања ортаклука није изричито одређено нити се по природи посла може одредити, онда сваки ортак може уговор отказати. Отказ не сме бити дат у невреме или из зле намере.⁸³¹

Правна дејства искључења или отказа које је оспорено, а касније утврђено законитим, наступају од дана када се искључење или отказивање десило.⁸³²

Престанак трговачких ортаклука, пријем и иступање његових јавних ортака мора да се јавно огласи. По овоме суд процењује и трајање пуномоћја.⁸³³

АГЗ је регулисао је и начин поделе ортачке имовине прописујући да ће на порелу ортачке имовине применити прописи 814-843.⁸³⁴ Такође, прописи које налазе у овој глави ће се применити и на трговачке ортаклуке уколико о томе не постоје посебни прописи.⁸³⁵

4.2.5. Уговор о опуномоћавању и другим врстама деловодства

Уговор о пуномоћству и другим врстама деловодства је регулисан у XXII глави. Осим тога поједине одредбе које се односе на овај уговор се могу наћи у глави која садржи опште уговорне одредбе.

Законодавац је назвао овај уговор, уговором о опуномоћавању. Уговорне стране код уговора су пуномоћник и властодавац. На овај начин законодавац је желео вероватно да избегне назив уговор о налогу. У прилог томе говори и дефиниција која гласи:

*„Уговор о опуномоћавању зове се онај уговор, којим се ко прима наложеног му посла да га у име другог сврши.”*⁸³⁶

Занимљиво је да је законодавац само на једном користио термин налог и то код одговорности властодавца за штету коју је овај дужан да надокнади коју је

⁸³¹ Члан 1212.

⁸³² Члан 1213.

⁸³³ Члан 1214.

⁸³⁴ Члан 1215.

⁸³⁵ Члан 1216.

⁸³⁶ Члан 1002.

проузроковао својом кривицом или која је везана за испуњење налога.⁸³⁷ У свим осталим одредбама се користи термин пуномоћје.

Уговор је консенсуалан што значи да је за његов настанак довољна сагласност воља уговорних страна у погледу битних елемената.

Законодавац је одредио да само уколико је награда била уговорена изричито или се то може прећутно одредити према сталежу извршиоца посла, онда ће уговор бити теретан. У супротном, сматраће се да је добротин односно бесплатан. Дакле, законодавац даје предност добротин правном послу.⁸³⁸

АГЗ наводи да форма уговора може бити како усмена тако и писмена. Исправа коју је властодавац издао пуномоћнику се назива пуномоћје.⁸³⁹ Пуномоћје може да буде опште или посебно.⁸⁴⁰ Дакле, уговор је неформалан.

Уговор о пуномоћству може бити прави или неправи обострано-обавезујући. Особина овог уговора, односно његово сврставање у једну или другу категорију, зависи од тога да ли је уговорена накнада или не. Уколико се пуномоћник обавезе да бесплатно заступа властодавца, тада је реч о неправи обострано обавезујећем уговору. Али, ако је уговорена накнада коју властодавац треба да плати, онда ће уговор бити прави обострано обавезујући.

Уговор о пуномоћству је *intuitu personae*. То се види из одредбе која говори о начинима гашења овог уговора. АГЗ наводи да се пуномоћство гаси „по правилу” смрћу како властодавца тако и пуномоћника.

АГЗ се определио да овај уговор назове, а и по својој правној природи, одреди овај уговор као уговор о пуномоћству. Свакако да је веома близак римском *mandatum*-у, али се с њим не поистовећује из неколико разлога. Први и најважнији, био је врста посла који се предузима. Римски *mandatum* је подразумевао обављање како материјалних тако и правних послова, док је уговор о пуномоћству могао да буде закључен само за обављање правних послова. Даље, док је римски уговор о *mandatum*-у подразумевао преузимање правних послова у своје име, а за туђи рачун, правни послови према уговору из а-АГЗ се преузимају у туђе име и за туђи рачун.

⁸³⁷ Члан 1014.

⁸³⁸ Члан 1004.

⁸³⁹ Члан 1005.

⁸⁴⁰ Члан 1006.

Упоредјујући карактеристике римског *mandatum*-а и уговора о пуномоћству и деловодству у АГЗ може се уочити следеће: римски *mandatum* био је консенсуални контракт *bona fidei*, неформалан, *bilaterales inaequalis* и доброчин. АГЗ, за разлику од римског права, дозвољава да овај уговор буде и доброчин и теретан. Уколико је он доброчин, онда су карактеристике исте: консенсуални контракт *bona fidei*, неформалан, *bilaterales inaequalis* и доброчин. С друге стране, уколико је уговор теретан, онда су карактеристике другачије управо због чињенице да плаћање накнаде, осим што мења ту особнину уговора, мења још једну. Уговор онда постаје прави обострано обавезујући. Бесплатност римског *mandatum*-а нормална је последица римског робовласничког друштва где је плаћање надокнаде сматрано понижењем за слободног човека. АГЗ, такође промовише бесплатност уговора, али са друге стране дозвољава уговорање награде изричито или прећутно према сталезу извршиоца посла.

Битни елементи

Као и код других уговора, и овде је законодавац пропустио да у једној одредби одреди битне елементе. Они се могу уочити на основу дефиниције. Према томе, битни елементи овог уговора су правни посао који се преузима и евентуална накнада.

Правни посао

Пуномоћник може уговором бити овлашћен да обави један или више правних послова у име и за рачун властодавца. У складу са општим одредбама, правни посао је морао бити могућ и дозвољен. У зависности од обима правних послова и карактера овлашћења која пуномоћник добија у пуномоћју, оно може бити опште или посебно, ограничено или неограничено. Иначе, пуномоћје је исправа која властодавац издаје пуномоћнику.⁸⁴¹

Законодавац наводи да се карактер општег или посебног пуномоћја одређује у зависности од тога да ли је поверено обављање свих или само неких послова. Према томе, посебно пуномоћје је оно чији се предмет односи на судске или вансудске послове уопште или поједине послове судске или вансудске врсте.⁸⁴² Законодавац разликује две врсте посебних пуномоћја, она која морају да буду насловљена на врсту

⁸⁴¹ Члан 1005.

⁸⁴² Члан 1006.

послова које пуномоћник предузима и она која морају да буду насловљена за поједини посао. Послови који спадају у прву категорију су: правни послови око отуђења или примања ствари, давање и примање зајма, подизање новца или друге новчане вредности, покретање парнице, давање заклетве или пристанка на поравњање. Друга категорија обухвата послове који се односе на безусловно примање или одбијање наследства, закључивање уговора о ортаклуку, чињење поклона, овлашћење коме се даје да изабор судије или одрицање од добротних права.⁸⁴³

Друга подела јесте она која разликује ограничена и неограничена пуномоћја. Неограничена пуномоћја су таква где је пуномоћник овлашћен да по свом најбољем знању и свести настоји да се стара о извршењу посла. Ограничена пуномоћја су она која одређују границе и начин управљања послом.⁸⁴⁴

Пуномоћник треба да обави поверени посао сам. Међутим, уколико пуномоћник „без нужде” преда посао трећем на извршавање, одговараће као да га је сам преузео. Пуномоћник ће одговарати за *culpa in eligendo* уколико је у пуномоћју изричито допуштено поверавање посла заменику или уколико је то услед околности неизбежно.⁸⁴⁵

Између првог битног елемента постављеног у римском праву и АГЗ постоје одређене разлике. Прва разлика односи се на посао који је уговорна страна требало да предузме према уговору. Посао који је налогопримац преузимао по овом уговору, могао је да буде материјални, мануелни (*operae illiberales*) попут окопавања земљишта, оправке одређене ствари, шића одела, итд, а могло је да се ради и интелектуалном послу (*operae liberales*) као што је нпр. подучавање одређеној вештини, услуге лекара итд. Ако се радило о правном послу (куповина или продаја одређене ствари, закључење уговора, заступање пред судом) мадатар је имао положај посредног заступника, све акте је преузимао у своје име, али за туђ рачун. То је даље значило да су ефекти правног посла погађали директно њега, али је са друге стране био дужан да их пренесе мандату или трећем лицу. С друге стране, битни елемент уговора о пуномоћју у АГЗ је био правни посао. Уколико би једно лице преузело неки материјални односно мануелни посао, то би био предмет уговора о најму, јер је уговор о пуномоћју био резервисан само за правне послове. Разлика је била и у томе што је

⁸⁴³ Члан 1008.

⁸⁴⁴ Члан 1007.

⁸⁴⁵ Члан 1009.

пуномоћник по АГЗ преузимао правне послове у туђе име и за туђи рачун тако да није било потребно ефекте правног посла преносити на властодавца с обзиром да је исти ефекат био као да га је властодавац сам преузео.

Ове разлике последица су, пре свега, различите правне природе самог уговора. Римско право је овај уговор сматрало уговором о налогу, док је АГЗ одредио правну природу овог уговора као уговор о пуномоћству. Тачно је да је уговор о налогу претеча уговора о пуномоћству, али различите друштвеноекономске околности су и довеле до различитог поимања ова два уговора. Римљани, до краја постојања њихове историје нису створили установу непосредног заступања јер су сматрали да сваки човек треба сам и лично да преузима правне послове.

Награда

Законодавац је начелно прописао бесплатност овог уговора. Плаћање награде ће бити учињено само уколико је награда уговорена или изричито или прећутно то произилази из сталежа извршиоца посла односно уколико се то лице бави тиме у виду занимања.

„Ако је за свршавање туђег посла награда уговорена или изрично, или само прећутно према сталежу извршиоца посла, онда такав уговор долази у уговоре са накнадом, ван тога у уговоре без накнаде.”⁸⁴⁶

Такође, Законик прописује да пуномоћници немају права да захтевају награду за свој рад, осим горе наведеног примера. Пуномоћницима није допуштено да против воље властодавца примају од трећих лица поклоне који стоје у вези са извршавањем посла. У супротном, биће у обавези да примљене користи унесу у како вели Законик: „сиротињску касу”.⁸⁴⁷

АГЗ није прописао услове које би награда требало да испуњава.

Када је реч о другом битном елементу, или боље речено евентуалном елементу, јер је законодавац прописао да је уговор о пуномоћју начелно добротин, могло би се рећи да АГЗ донекле задржао решење римског права. Римски *mandatum* је био

⁸⁴⁶ Члан 1004.

⁸⁴⁷ Члан 1013.

бесплатан правни посао јер су Римљани, како је већ много пута наглашавано у раду, сматрали да је обављање посла за другог недостојно слободног човека. Наравно, римски јуриспруденти су веома брзо пронашкли алтернативне начине за остваривање истог циља- исплаћивање неке врсте награде мандатару. АГЗ прописује да је овај уговор начелно бесплатан и да пуномоћник нема право да тражи награду под претњом уплаћивања у „сиротињску касу” износа који би на име накнаде добио. Међутим, постоји ограда у смислу члана 1004. који прописује да ће уговор бити теретан само уколико је награда уговорена или изричито или само прећутно према сталежу извршиоца посла.

Дејство уговора

Права и обавезе уговорних страна зависе од тога да ли је уговор као закључен са накнадом или не. Уколико је уговор закључен као бесплатан односно добротин онда ће уговор бити неправо обострано-обавезујући и у том случају постојаће обавеза само за пуномоћника. Међутим, током трајања уговора може да настане обавеза и властодавца, поготово ако је пуномоћник имао трошкове око извршења посла. С друге стране, уколико је закључен као теретан биће прави обострано обавезујући уговор што значи да ће обавезе настати за обе уговорне стране. Главна обавеза пуномоћника је обављање правног посла у границама датих овлашћења, а властодавца да плати накнаду.

Права и обавезе уговорних страна

Обавезе пуномоћника

Основна обавеза пуномоћника се састоји у обављању правног посла. Посао је обавезан да изврши савесно и марљиво, у складу са уговором и пуномоћјем, као и да све користи које из посла произилазе преда властодавцу. Такође, пуномоћник, у обављању посла, има права да употреби сва средства која су по природи посла потребна или одговарају изјављеној намери властодавца чак и када има само ограничено пуномоћје. У случају да прекорачи границе овлашћења, одговора за штету.⁸⁴⁸

⁸⁴⁸ Члан 1009.

Пуномоћник је у обавези да поверени му посао изврши лично. Могућност поверавања трећем лицу односно заменику и последице истог зависиће да ли је таква могућност била предвиђена пуномоћјем или је делегирање било неизбежно. Пуномоћник ће одговарати као да је сам извршио посао уколико би поверио посао трећем лицу без нужде. Међутим, уколико је поверавање посла било неизбежно или уколико је у пуномоћју изричито предвиђена таква могућност, онда он одговара за *culpa in eligendo*.⁸⁴⁹

Властодавац може поверити извршавање посла једном пуномоћнику или више њих. Уколико је неколицини пуномоћника наложено обављање посла онда је за правоваљаност посла и обавезивање самог властодавца потребно учествовање свих. С друге стране, уколико пуномоћјем није изричито предвиђено учествовање свих, онда је ирелевантно који од пуномоћника ће обавити поверени посао.⁸⁵⁰ У случају несагласности међу њима, одлучиваће већина гласова.⁸⁵¹

Пуномоћник је дужан да надокнади властодавцу штету коју је проузроковао својом кривицом.⁸⁵² АГЗ наводи да лица која јавно обављају службу или се без нужде добровољно приме посла који захтевају нарочита стручна знања или необичну марљивост, они самим чином прихватања посла показују да имају наведене критеријуме и да због тога морају одговарати уколико тих својстава нема. С друге стране, уколико је лице које поверава посао знало или је морало знати да је употребило обичну пажњу, онда немар пада и на његов терет.⁸⁵³ Стручњак, како га назива АГЗ, одговара када из немара даје штетан савет у пословима своје вештине или науке. Ово ће бити случај само уколико се ради о теретном правном послу. Осим овога, саветник одговара само за штету коју је са знањем давањем савета проузроковао.⁸⁵⁴

Корелативно дужности пуномоћника на накнаду штете властодавцу стоји право пуномоћника да захтева надокнаду штете коју је претрпео услед случаја. Он има ово право само у случају када је уговор закључен као бесплатан. Надокнада штете ће бити обрачуната по највишој процени награде коју би добио да је посао обављао за исту.⁸⁵⁵

⁸⁴⁹ Члан 1010.

⁸⁵⁰ Члан 1011.

⁸⁵¹ Члан 838.

⁸⁵² Члан 1012.

⁸⁵³ Члан 1299.

⁸⁵⁴ Члан 1300.

⁸⁵⁵ Члан 1015.

Пуномоћник ће бити дужан да положи рачуне властодавцу уколико он то захтева.⁸⁵⁶

Законик прописује да пуномоћници немају права да захтевају награду за свој труд, осим уколико је награда уговорено или изричито или прећутно то произилази из сталежа извршиоца посла.⁸⁵⁷ Пуномоћницима није допуштено да против воље властодавца примају од трећих лица поклоне који стоје у вези са извршавањем посла. У супротном, биће у обавези да примљене користи унесу у како вели Законик: „сиротињску касу”.⁸⁵⁸

С обзиром да је уговор у римском праву био неправи обострано обавезујући, обавеза је настајала само за налогопримца. Његова главна обавеза била је извршење посла у границама датих овлашћења. АГЗ прописује исто. Међутим, док мандатар има обавезу да изврши како правни тако и материјални односно мануелни посао, пуномоћник је по АГЗ овлашћен само на предузимање правног посла. Како је мандатар преузимао правни посао у своје име, а за туђ рачун, био је у обавези да ефекте правног посла пренесе на манданта. Пуномоћник је поступао у туђе име и за туђи рачун тако да су преузети правни послови погађали непосредно властодавца. Мандатар је у римском праву могао да повери посао заменику, али би у том случају сносио све последице тако повереног посла као да га је сам извршио. Једино у случају када је мандатар изабран због његових стручних способности и знања, то не би било могуће. И АГЗ стоји на истом становишту, пуномоћник је, у начелу, дужан да поверени посао сам изврши. Уколико га пренесе на друго лице, одговараће као да је он сам радњу преузео уколико је без нужде поверио посао заменику. Међутим, уколико је поверавање посла било неизбежно или уколико је у пуномоћју изричито предвиђена таква могућност, онда он одговара за *culpa in eligendo*.

Властодавац

Властодавац је обавезан да накнади пуномоћнику све издатке који су били потребни и корисни за извршавање посла чак и у случају када посао није завршен успешно. Такође, он ће бити у обавези да на захтев пуномоћника да одређену суму новца унапред. Властодавац ће бити у обавези да надокнади сву штету која је

⁸⁵⁶ Члан 1012.

⁸⁵⁷ Члан 1004.

⁸⁵⁸ Члан 1013.

проузрокована његовом кривицом или која је везана за испуњење налога.⁸⁵⁹⁸⁶⁰ Такође, властодавац ће бити у обавези да пуномоћнику накнади штету коју је овај претрпео услед случаја. Он има ову дужност само у случају када је уговор закључен као бесплатан. Надокнада штете ће бити обрачуната по највишој процени награде коју би добио да је посао обављао за исту.⁸⁶¹

Уколико пуномоћник поступа у границама датог пуномоћја, он може обавезивати властодавца и за њега прибављати права и обавезе. Уколико је пуномоћник у границама датог овлашћења закључио уговор са трећим лицем, а треће лице је знало да пуномоћник поступа у име другог односно у границама јавног пуномоћства како наводи АГЗ, онда тиме заснована права и обавезе припадају властодавцу и трећем лицу. Пуномоћство које је тајно дато пуномоћнику нема никаква утицаја на права трећих лица.⁸⁶²

Властодавца ће обавезивати правни посао који је закључен услед прекорачења граница пуномоћја само уколико би га одобрио или би корист која произилази из тог посла за себе прибавио.⁸⁶³

Законодавац наводи да у случају када је властодавац поставио пуномоћника који је неспособан самог себе да обавезе да ће такви послови, уколико су закључени у границама датог пуномоћја, ипак обавезивати како властодавца тако и треће лице.⁸⁶⁴

Последњи члан који се односи на права и обавезе властодавца је укинут, а гласио је овако: „Ако је пуномоћник добио и примио налог, да неком трећем прибави неку корист, онда треће лице, чим о томе буде извештено од властодавца или пуномоћника, стиче право да против једнога или другог тужбу подиже.”⁸⁶⁵

Уговор о налогу је у римском праву био *contractus bilaterales inaequales*, те су обавезе из овог уговора настајале само за мандатара. Међутим, у току трајања уговора могле су настати и одређене обавезе за манданта. Те обавезе биле су: надокнада трошкова и издатака које мандатар имао приликом извршења посла, ослобађање од

⁸⁵⁹ Члан 1014.

⁸⁶⁰ Занимљиво је да законодавац само у овој одредби помиње термин налог, док у осталим одредбама користи термин пуномоћје.

⁸⁶¹ Члан 1015.

⁸⁶² Члан 1017.

⁸⁶³ Члан 1016.

⁸⁶⁴ Члан 1018.

⁸⁶⁵ Члан 1019.

преузетих обавеза и терета, надокнада штете коју је овај евентуално претрпео. Како АГЗ начелно прописује бесплатност уговора о пуномоћству, тако су обавезе властодавца сличне са обавезама манданта. Тако је властодавац у обавези да пуномоћнику накнади све издатке и трошкове које пуномоћник имао. Затим, има обавезу надокнаде штете, као и надокнаде штете коју је овај имао услед случаја. Право на надокнаду ове штете ће имати само ако је уговор закључен као бесплатан. Дакле, обавезе властодавца су остале на основама које је поставило римско право.

Престанак уговора

Законодавац је као разлоге за престанак уговора прописао опозив од стране властодавца, отказивање од стране пуномоћника, смрт и стечај. Иако законодавац није предвидео истек рока или извршење посла, они су логична последица саме природе овог уговора.

Властодавац може опозвати пуномоћје у било ком тренутку. Међутим, властодавац ће бити у обавези да надокнади пуномоћнику не само трошкове учињење до тренутка опозива и претрпљену штету већ и платити део награде која је одмерена према раду. Ова обавеза ће постојати и у случају када је извршење посла прекинуто случајем.⁸⁶⁶

И пуномоћник може отказати примљено пуномоћје. Међутим, уколико га откаже пре завршетка конкретно повереног посла или посла започетог по општем пуномоћју, онда мора надокнадити сву насталу штету осим у случају *vis maior*.⁸⁶⁷

АГЗ наводи да се пуномоћство гаси „по правилу” смрћу како властодавца тако и пуномоћника. Међутим, уколико се започети посао не може прекинути без очигледне штете по наследнике или ако се пуномоћство простире и на случај смрти властодавца, онда пуномоћник има право и дужност да посао сврши.⁸⁶⁸ Пуномоћства издата и примљена од каквог тела, престају управо гашењем тог тела што је пандан смрћу.⁸⁶⁹

⁸⁶⁶ Члан 1020.

⁸⁶⁷ Члан 1021.

⁸⁶⁸ Члан 1022.

⁸⁶⁹ Члан 1023.

Стечај властодавца и пуномоћника један је од начина гашења уговора. Ако властодавац падне под стечај, онда су без правне снаге све радње које је пуномоћник преузео по објави стечаја у име стечајног дужника. Такође, отварањем стечаја над имовином пуномоћника, престаје издато пуномоћје.⁸⁷⁰

Ако је пуномоћство престало опозивом, отказивањем или смрћу властодавца или пуномоћника, постоји обавеза вршења послова који не трпе одлагање и то све до тренутка док властодавац или његови наследници не издају друго наређење или за време за које су спречени да га дају.⁸⁷¹

Уговори који су закључени са трећим савесним лицем које није знало да је пуномоћје престало обавезиваће уговорне стране. Властодавац може тражити надокнаду штете од пуномоћника који је прећутао престанак пуномоћства.⁸⁷²

АГЗ је предвидео исте начине престанка уговора, отказ од стране пуномоћника, опозив од стране властодавца, смрт, као и истек рока или извршење посла.

Посебне врсте пуномоћја

АГЗ је регулисао случајеве „прећутног опуномоћавања послуге”, односно случајеве када лица запослена на одређеним местима заступају свог послодавца по запослењу.⁸⁷³

Такође, регулисано је „судско и законско опуномоћавање” односно права татора и старатеља да управљају имовином својих штићеника чија права настају наредбом суда. Такође, АГЗ даје овлашћење на заступање оцу и мужу да заступа жену и децу.⁸⁷⁴

У осталим одредбама је регулисано пословодство без налога (*negotiorum gestio*) као и детаљна праавила о томе.⁸⁷⁵

⁸⁷⁰ Члан 1024.

⁸⁷¹ Члан 1025.

⁸⁷² Члан 1026.

⁸⁷³ Чланови 1027-1033.

⁸⁷⁴ Члан 1035.

⁸⁷⁵ Чланови 1035-1040.

4.3. Консенсуални уговори на подручју примене Српског грађанског законика

Српски грађански законик, иако је настао редакцијом Аустријског општег грађанског законика, има одређене специфичности које су се одразиле и на уговоре. Анализом његових одредби види се у којој мери је редактор текста остао веран римским решењима.

4.3.1. Општи преглед

Законик Грађански за Књажество Србско или Грађански законик за Кнежевину Србију проглашен је 11. (25.) марта 1844. године. Српски грађански законик представља једну од првих модерних грађанских кодификација у европи у XIX веку.⁸⁷⁶

Пут ка доношењу грађанског законика није био ни мало лак. Пут првог српског, а за сада и јединог грађанског законика, кретао се од избора између француског и аустријског грађанског законика. Затим су стално мењани и преводиоци или редактори законика, од Георија Захаријадеса, преко Вука Караџића, Законоправителне комисије до Јована Хаџића.⁸⁷⁷ Занимљиво је показати доношење овог законика, јер крилатица „историја се понавља“ може да подсећа и на доношење грађанске кодификације у XXI веку.

Кнез Милош је још 1827. године на скупштини у Крагујевцу, у својој беседи поменуо како се ближи тренутак када ће српски народ осетити благодети од „слободе богослуженија и трговине, и од заведенија законика и просвештенија.“⁸⁷⁸ Иако је кнез Милош показао иницијативу, његова стварне жеље су биле другачије. Наиме, он је сматрао да је боље владати без закона, јер „онако се човек веже за артију, па не може да чини ни зла ни добра“.⁸⁷⁹ У самом доношењу законика, могуће је уочити неколико фаза или њихових неуспеха. Образована је Комисија чији је састав приказан различито у изворима, а и неколико пута је мењан. Вук Караџић пише Јернеју Копитару писмо где наводи да је још 1828. године био позван у Крагујевац ради писања закона. Даље се

⁸⁷⁶ Пре Српског грађанског законика донети су Француски *Code civil* (CC, 1804) Аустријски *Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie* (ABGB, 1811) и Холандски грађански законик (*Burgerlijk Wetboek*, BW, 1838). Такође, проф. Срђан Шаркић наводи још једну кодификацију која је мало позната, а реч је о Калимаховом кодексу односно Молдавском грађанском законнику из 1817. године.

⁸⁷⁷ О томе: Аврамовић, С. – *Српски грађански законик (1844) и правни трансплантни-копија аустријског узора или више од тога*, Српски грађански законик- 170 година, Београд, 2014, стр.15.

⁸⁷⁸ Види: Караџић, В. – *Историјски списи, Сабрана дела*, Београд, 1969, стр. 138.

⁸⁷⁹ *Idem.*, стр. 236.

наводи да је задатак био да се Наполеонов кодекс преведе од речи до речи само да се разуме, а да ће након тога Комисија одабрати оно што је за Србе, а изоставити оно што није.⁸⁸⁰ Када је Комисија започела рад, Вук Караџић је преводио неке кривичне законе, али је под изговором породичних разлога, отпутова средином децембра 1828. године у Беч.⁸⁸¹ Вук Караџић пише Јернеју Копитару о првој фази рада на законнику: „ (...) а грађанске законе послали у Шабац некоме грчком учитељу те ји превео тако да се ништа не разумије, а на многих местима цркао би човек од смија читајући тај предвод.“ Овде је речи о Георгију Захаријадису који је био ангажован за превод француског *Code Civil*-а. Године 1830. кнез поставља Вука за председника Законодателне комисије, али се његов рад завршава 1831. године када он, убрзо, одлази из Србије. Рад Законодателне комисије оживљава марта 1834. године. Књаз шаље писмо „Славној законопоправителној комисији“ где се наводи како су аустријски грађански закони краћи и разветнији од француских, те предлаже да се и они користе приликом преправке Нацрта грађанског законика.⁸⁸² Међутим, ова друга етапа рада Комисије не траје ни годину дана, јер после јануарске Скупштине 1835, рад на грађанског законнику престаје све до 1837. године када Јован Хацић⁸⁸³ долази у Србију.⁸⁸⁴ Пројекат закона је завршен 1842. године, а проглашен 11. марта 1844. године.⁸⁸⁵

Српски грађански законик представља реципирани Аустријски општи грађански законик, са знатним скраћењима. Аустријски општи грађански законик је садржао 1502 члана, а Српски грађански законик 950 чланова. Законик је писан тешким језиком јер је Јован Хацић био противник Вукове језичке реформе. Поједини аутори сматрају да је Хацић узео сувише слободе прерађивањем текста, па су због тога поједине одредбе недовољно јасне.⁸⁸⁶ Међутим, други су мишљења да скраћивање захтева креативност, велико знање и интелигенцију. По речима Симе Аврамовића: „Био је неопходан велики интелектуани напор, правничка ширина, па и инвентивност да се за једну слабије

⁸⁸⁰ Вукова преписка, књ. 1, Београд, 1907-1924, стр. 353.

⁸⁸¹ Види: Д. Николић, Д. – *Грађански законик, Кнез Милош Обреновић и Законодавна комисија у Србији 1829-1835. године*, Српски грађански законик- 170 година, Београд, 2014, стр. 67.

⁸⁸² *Порота* 1881, 303.

⁸⁸³ Јован Хацић (псеудоним Милош Светић; Сомбор, 8/19. септембар 1799 — Нови Сад, 4. мај 1869) био је српски књижевник из XIX века, који је био један од противника Вукове језичке реформе. Био је оснивач и први председник Матице српске, дописни члан Друштва српске словесности и Српског ученог друштва.

⁸⁸⁴ *Idem.*, стр. 69 .

⁸⁸⁵ Види: Н. Ранђеловић, Н. – *Историја права II, основи српске историје права*, Ниш, 2012, стр. 89.

⁸⁸⁶ *Idem.*, стр. 89.

развијену средину сачини законик који се угледа на „старијег брата“, али који мора бити прилагођен потребама и општем нивоу средине којој је намењен.“⁸⁸⁷

Без обзира на опречна мишљења, Српски грађански законик је имао велики значај. Био је на снази све до 1945. године, а чак је и данас супсидијарни извор права. Примењују се неке одредбе уговора о поклону, одбеглом роју пчела и промени власништва приликом одрона земљишта. На крају, али не мање важно, то је за сада једина кодификација грађанског права коју је Србија имала.

Српски грађански законик се састоји састоји из увода и три дела. Први део регулише лична права. Други део има два одељка, један регулише стварно и наследно право, други регулише облигационо право. Трећи део садржи четири главе.

Када је реч о облигационом праву, оно је веома развијено. Консенсуални уговори схваћени римским појмом су стипулисани у законнику: о продаји и куповини, о закупу, о најму, о ортаклуку, о пуномоћству и деловоству.

4.3.2. Уговор о продаји и куповини

Уговор о купопродаји или Уговор о продаји и куповини је смештен у главу XXIV која носи назив „О продаји и куповини“ и обухвата чланове од 641-676 Српског грађанског законика.⁸⁸⁸ Осим тога одредбе које се односе на овај уговор могу се наћи и у глави XVII која садржи основне одредбе о уговорима, као и глави IV која говори уопштено о прибављању ствари и глави VI која говори о начину прибављања ствари предајом. Осим тога, одредбе примењиве на овај уговор могу се наћи расуте по целом СГЗ. Осим СГЗ и разни акти јавних власти садрже одредбе које се односе на овај уговор. Све те одредбе су анализирани у овом одељку дајући упоредни приступ и сличности и евентуалне разлике у односу на римска правна решења.

СГЗ у члану 641. даје дефиницију уговора.

*„Продаја и куповина је такав уговор, којим се ствар каква за неку одређену плату у новцу другоме уступа.“*⁸⁸⁹

На основу саме дефиниције може се приметити да СГЗ задржао двојни назив као што је то случај и у римском праву (*emptio-venditio*). Затим на основу ове штуре

⁸⁸⁷ О томе: Аврамовић, С. – Српски грађански законик (1844) и правни транспланти-копија аустријског узора или више од тога, Српски грађански законик- 170 година, Београд, 2014, стр. 21.

⁸⁸⁸ У даљем тексту: СГЗ.

⁸⁸⁹ Члан 641.

одредбе могло би се закључити да је уговор о продаји и куповини реалан. Међутим, уколико се погледа члан 531.⁸⁹⁰ који је смештен у главу која говори о уговорима уопште и начину њиховог закључивања долазимо до закључка да је уговор консенсулан. У прилог томе говори и члан 642. који наводи да је уговор о куповини и продаји закључен чим се уговорне стране договоре о ствари која је предмет продаје и цени коју треба платити за ту ствар.

*„Како се два или више њих за ствар походе, и цену углаве, одмах је и уговор продаје свршен и закључен.“*⁸⁹¹

Уговор о куповини и продаји је прави обострано обавезујући уговор јер за обе стране уговорнице, односно продавца и купца настају права и обавезе. Главна обавеза продавца је да продату ствар добро чува и да је преда купцу у уговорено време.⁸⁹² С друге стране, главна обавеза купца је да плати цену и прими купљену ствар.⁸⁹³

Следећа особина уговора је неформалност. СГЗ не прописује обавезан начин закључења уговора. Уговор о продаји и куповини може бити закључен како у усменој форми која у СГЗ важи и за непокретности, тако и у писаној форми. Међутим, овај други начин ће бити обавезан само уколико су се уговорне стране сагласиле да уговор закључе у писаној форми. Он ће се сматрати закљученим тренутком стављања потписа на исправу.⁸⁹⁴ Исправа, пак, мора бити закључена у оној форми коју је члан 192. Грађанског судског поступка прописао за уговоре.

Уговор о куповини и продаји је теретан јер купац за добијену ствар даје одређену суму новца, а продавац за добијени новчани износ као накнаду даје одређену ствар.

Комутативност је следеће обележја овог уговора што значи да су при самом закључењу уговора, обавезе уговорача одређене или извесне. Такође, уговор о продаји

⁸⁹⁰ Члан 531: *„Уговор је закључен онда, кад једна страна што обећа, а друга то прими, или се изјасни да прима“.*

⁸⁹¹ Члан 642.

⁸⁹² Члан 651.

⁸⁹³ Члан 652.

⁸⁹⁴ Члан 541: *„Но ако се уговарајућа лица нарочито на писмени уговор сложе, онда се само са потписом као закључен сматра“.*

и куповини се може, из тог разлога, поништити због оштећења преко половине (*laesio enormis*).⁸⁹⁵ Међутим, по СГЗ, постојала је могућност закључити и алеаторни уговор.⁸⁹⁶

Дакле, на основу свега наведеног може се закључити да је уговор о продаји и куповини консенсуалан, неформалан, прави обострано обавезујући (*contractus bilaterales aequales*), теретан и комутативан. То даље значи да овај уговор остао по својим особина у оквирима које поставило римско право. Другим речима, особине римског *emptio-venditio* и уговора о продаји из СГЗ су истоветне.

Уговор о продаји и куповини производи само облигациона дејства, он је дакле само *iustus titulus*. Да би до самог преноса својине дошло за то је потребан одговарајући *modus acquirendi*.⁸⁹⁷

Битни елементи

На основу члана 642. СГЗ битни елементи уговора су, ствар која се продаје и цена.

*„Како се два или више њих за ствар погоде, и цену углаве, одмах је и уговор продаје свршен и закључен.“*⁸⁹⁸

Предмет уговора

СГЗ под појам ствари убраја све оно што није човек или лице, а служи човеку на употребу.⁸⁹⁹ Предмет уговора о продаји и куповини су ствари у промету или како Законик вели „које међу људима пролазе и које су могуће и дозвољене.“⁹⁰⁰ То су покретне и непокретне ствари⁹⁰¹, потрошне и непотрошне,⁹⁰² индивидуално или генерички одређене. Уколико је о овим последњима реч, постоје два начина на које оне могу бити продате. Један од њих је „ђутуре“ како га назива СГЗ, односно „од ока“, а други је продаја на меру и број. Уколико је у питању први начин, уговор је склопљен одмах па није потребно мерење и бројање ствари. Код продаје на меру и број, ако је

⁸⁹⁵ Члан 559. СГЗ.

⁸⁹⁶ Члан 659.

⁸⁹⁷ Члан 226. „За свако законо прибављање ствари једне изискује се пуноважан основ и закони начин“.

⁸⁹⁸ Члан 642.

⁸⁹⁹ Члан 182. „Под именом ствари разуме се у законом смислу све оно, што није човек, или није лице, и на потребу човеку служи“.

⁹⁰⁰ Члан 538. „Уговор се може само о оним стварима учинити, које међу људима пролазе, и које су могуће и дозвољене“.

⁹⁰¹ Члан 185.

⁹⁰² Члан 192.

уговор склопљен под условом, он неће ни настати док год се ствари не изброје и не премере. Купац има право да захтева од продавца да овај услов испуни.⁹⁰³

С обзиром да уговор прозводи само облигациона дејства, предмет уговора могу бити и туђе ствари. Предмет уговора о продаји и куповини су могле бити и будуће ствари. Притом, за разлику од римског права где су постојале две врсте правних послова које том приликом настају, СГЗ садржи само *emptio spei*. То је продаја будућих ствари за које уопште није сигурно да ли ће се наћи или настати. Он је по својој правној природи алеаторан, па ће купац бити у обавези да исплати цену и ако ствар не настаје. Такође, неће моћи да користи захтев *leaseio enormis*, јер *alea* искључује лезију.

Имајући у виду да Законик подводи права под покретне ствари и она могу бити предмет продаје. Питање које се овде поставља јесте: Која су то права погодна да буду предмет овог уговора? Предмет продаје и куповине могу бити и службености под условом да су преносиве. Стварне службености могу бити предмет овог уговора само ако се утуђују уз повласно добро имајући у виду да су од њега неодвојиве. Од личних службености једино би плододживање могло бити предмет уговора јер то ни један законски пропис из тог времена то не забрањује. Једино се забрањује пренос путем наслеђа. Ово ће бити алеаторни правни посао јер ће се угасити код купца смрћу продавца, а имајући у виду начело *neto plus iuris* које садржи и СГЗ.⁹⁰⁴

Облигациона права се могу у начелу продати односно уступити (цесија). Није могућа продаја облигационих права која су непреносива попут права алиментације.⁹⁰⁵

*„Ко право своје првашње тако преиначи, да га другоме уступи, да му је слободно то чинити и за наплату и без наплате.“*⁹⁰⁶

С друге стране, предмет продаје и куповине не могу бити ствари ван промета имајући да поменути члан прописује да се уговор може закључити само о оним стварима „које међу људима пролазе.“⁹⁰⁷ То су, како их СГЗ назива свачије ствари попут друмова, путева, река и обале реке.

⁹⁰³ Члан 645.

⁹⁰⁴ Члан 29. „Што ко сам нема, оно не може ни другоме дати; и тако нико не може другоме више права уступити, него колико сам има; као ни туђе“.

⁹⁰⁵ Члан 127. „Родитељи немају права од деце накнаду трошкова, на васпитање њихово учињених, искати ако би деца доцније имања себи прибавила. Али ако би родитељи у немоћ или оскудност пали, деца су дужна њих пристојно издржавати и са потребама снабдевати“.

⁹⁰⁶ Члан 864.

⁹⁰⁷ Члан 538. „Уговор се може само о оним стварима учинити, које међу људима пролазе, и које су могуће и дозвољене“.

„Ствари, које сви употребити могу, и нико никога искључити од њих не може, зову се свачије, као друмови, путеви, реке, обале реке. Што је за општу потребу народну опредељено, оно је народно добро.”⁹⁰⁸

Предмет уговора о продаји и куповини не могу бити службености које су везане за личност попут права употребе, права становања. Затим, наслеђе и легат такође није могуће продати ни купити. Јавња звања не могу бити предмет овог уговора јер би то било противно јавном поретку.

На основу наведеног долази се до закључка да је ствар која се продаје битни елемент уговора као и *res* у римском праву. Затим, исте врсте ствари су могле да буду предмет овог уговора, првенствено ствари у промету, покретне, непокретне, телесне, бестелесне. Једина разлика, можда је боље рећи модификација у погледу ствари су *res mancipi* и *res nec mancipi*. Ова подела која је настала у римском праву с обзиром на начин стицања својине, постојала је само у римском праву. У погледу ствари које не могу да буду предмет уговора, важила су иста правила као и у римском праву.

Цена

„Без опредељене цене не може ни продаје бити.”⁹⁰⁹

Цена је износ новца који се плаћа за одређену ствар. И она мора испуњавати одређене услове да би постојао уговор о продаји и куповини.

1. Она мора бити изражена у новцу. То се види из члана 641. у коме стоји да се одређена ствар уступа другоме за одређену плату у новцу. Поставља се питање да ли цена мора бити у целости изражена у новцу или је могуће да се поред новца преда и нека друга ствар? Законодавац наводи да уколико се поред новца даје и нека ствар, да је уговор онда мешовит и да се састоји из трампе (промене) и продаје и куповине. Међутим, већ у другој реченици се наводи да ће се тип уговора одредити у зависности од размере новца и ствари која се даје другоме у надокнаду. Уколико је вредност новца већа или једнака од ствари, у том случају ће постојати продаја и куповина. У супротном, биће промена (трампа).

⁹⁰⁸ Члан 195.

⁹⁰⁹ Члан 646.

*„Ако се ствар једна тако продаје, да осим новаца још и ствар друга се да, онда је овај уговор смешан из промене и продаје. И ако је већа вредност ствари него новца, онда је промена, ако ли је већа или једнака вредност новаца, онда је продаја и куповина.“*⁹¹⁰

2. Цена мора бити одређена. И овде се поставља питање ко има право да одреди цену? У члану 647. стоји да то право припада продавцу чија је ствар.⁹¹¹ Да ли то онда значи да је одређиване цене „монопол“ на страни продавца, односно да купац нема никакво право приликом одређивања цене? Одговор је негативан јер и члан 642. који одређује битне елементе уговора прописује да је потребно да два или више лица постигну сагласност око ствари које се продаје и њене цене. То даље значи да и продавац и купац имају право одређивања цене.

Осим самих уговорних страна, цену може одредити и држава. То ће најчешће бити или они производи које држава сама производи или они који имају посебну важност за њу. Тако у члану 97. Закона о Општинама стоји да општински суд као општинска власт има право да прописује цене за одређене производе:

*„Прописује да одбором таксе механске и хлебарске односно пића, хране и станова људских и сточних, а које одобрава надлежна надзорна власт.“*⁹¹²

Међутим, цена може бити и одредива. Цена је одредива кад су уговорне стране прецизирале начин њеног одређења. СГЗ говори о одређивању цене од стране трећег лица, као и одређивање цене у складу са тржишном ценом на дан продаје.

По слову закона, купац и продавац могу препустити трећем лицу да цену одреде. Такође, постојала је могућност да више лица одреде цену и то већином њихових гласова. Ова одредба је на неки начин штура јер се не предвиђа већина потребна за одлучивање као и у ком моменту је уговор закључен. Када је реч о одговору на прво питање, а имајући у виду да постоје апсолутна и релативна већина, као и то да нема прописа у нашем праву, не би било лоше послужити се упоредноправним решењима. Аустријски општи грађански законик садржи у члану 1057. исту овакву одредбу, па је она била предмет бројних полемика. *Dr. M. v. Stubenrauch* тражи апсолутно већину приликом одређивања цене. Мишљења смо да је

⁹¹⁰ Члан 643.

⁹¹¹ Члан 647.

⁹¹² Члан 97. Закона о Општинама од 5. јуна 1903. год са каснијим изменама и допунама.

овакво тумачење исправно. Када је реч о одговору на друго питање, два момента долазе у обзир, моменат када су уговорне стране уговориле да ће цену одредити треће лице или моменат одређивања цене. Како уговора нема док се цена не одреди (члан 646.) то се моменат одређивања цене од стране трећег лица може узети као моменат закључења уговора.

С друге стране, уговорне стране су цену ствари могле одредити по тржишној цени („обична царшијска“) и то средњој тржишној цени (средња цена царшијска) на дан продаје, у месту где се уговор о продаји и куповини закључује.

3. Цена мора бити истинита. Цена је истинита ако су стране озбиљно мислиле да утврђену цену треба исплатити као еквивалент за примљену ствар. Уколико је уговарање цене било привидно, није постојала купопродаја, већ симуловани или фиктивни правни посао. Професор Живојин Перић наводи сликовити пример једне такве ситуације. Отац жели да противно чл. 477 и 565. лиши сина законског дела у наслеђу поклоном учињеним за живота. Како није могуће да то учини „редовним“ правним послом, он то чини преко фиктивне продаје и куповине. Ако син након отварања наслеђа докаже да је у питању симуловани поклон, а не продаја и куповина, поклон би се у корист сина-наследника поништио.⁹¹³

4. Имајући у виду да члан 559. као и 649. дају могућност уговорној страни, која није примила ни пола обичне вредности онога што је другој страни дала, да захтева да се уговор раскине и врати у пређашње стање, онда је јасно да је цена морала да испуњава услов правичности. Друга страна је имала на располагању *facultas alternativa*: могла је пристати на раскид или доплатити разлику цене до пуне вредности.⁹¹⁴ Наравно, ово је могуће уколико страна није са нарочитим знањем пристала на то.⁹¹⁵

На основу услова које поставља СГЗ које цена мора да испуни може да се закључи да су они истоветни. И у римском праву и у СГЗ услови су: *numerata, certa, vera* и *iustum*.

Када се говори у првом услову и у римском праву и у СГЗ она је морала да буде изражена у новцу. Затим, СГЗ остао је у домену римском права када је реч о

⁹¹³ Види: Ж. Перић, Ж. – *О уговору о продаји и куповини I*, Београд, 1920, стр. 28.

⁹¹⁴ Члан 559.

⁹¹⁵ Члан 649.

могућности да она буде изражена делом у новцу, дело у некој другој ствари, наравно уколико је вредност новца већа од саме ствари.

Цена је у оба правна система морала да буде одређена или макар одредива с једном минорном разликом, али се уопште и може говорити о разлици. Док је у римском класичном праву постојало супротстављено мишљење Прокулеанаца и Сабињана о томе да ли да ли цена може бити одређена од стране трећег лица, као и да је тек Јустинијаново право решило овај спор и дало такву могућност трећем лицу, с тим да је уговор сматран условним док год треће лице није одредило цену, СГЗ је такву могућност допуштао.

Услов у погледу истините цене постављен у римском праву налази своје месту и СГЗ.

Услов који се односи на правичност цене није постојао у римском класичном праву, па су дозвољаване ситније преваре у том циљу. Он је дефинисан тек у посткласичном праву, а СГЗ га је преузео.

Капара

СЗГ је регулисао капару у глави XVII која садржи основне одредбе о уговорима. По СГЗ постоје две врсте капаре, капара као знак закључења уговора и капара као одустаница.

Прву врсту капаре регулише члан 550. чији је циљ знак закључења уговора и сигурност за његово извршење. Зато ни једна страна не може одустати од уговора зато што је дала капару. Невина страна има право, не само да тражи принудно извршење уговора по члану 553. већ и да тражи раскид уговора задржавајући примљену капару, или ако ју је она дала да прими двоструку вредност назад. Услов да би страна имала право на капару је да је крива што је пропустила да изврши уговор.⁹¹⁶

⁹¹⁶ Члан 550: „Ако се при закључењу уговора за знак тврђе уговора и за сигурност извршења капара да, па се кривицом једне стране уговарајуће уговор не би испунио, онда невина страна може задржати капару, или ако је ова дала капару, има право по својој вољи искати, или да крива страна капару удвојену врати; или воли, да се изврши уговор, или, ако те не може бити, накнаду да учини“.

Уколико се уговор закључи уз одустаницу, страна која одустане уговора пре његовог извршења треба или да одржи уговор на снази или да плати одустаницу.⁹¹⁷

У класичном праву, капара, *arrha confirmatoria*, такође је био само знак да је уговор закључен, с том разликом што у римском класичном праву, страна која је дала капару, обично купац, није имала право да одустане од уговора губећи капару, нити да она страна која је примила капару дублирајући износ то исто уради. Дакле, капара прописана у СГЗ и у римском праву су имале исти циљ, али док је у СГЗ невина страна ипак имала право да одустане од уговора, у римском праву то није било могуће.

Капара као одустаница *arrha poenitentialis*, уведена тек у посткласичном периоду, омогућавала је да купац одустане од уговора уз препуштање датог новца, док би продавац био дужан да преда двоструки износ капаре у случају одустанка. Може се приметити да је капара као одустаница одређена у СГЗ имала исти циљ као *arrha poenitentialis*, с том разликом што СГЗ не помиње једноструки односно двоструки износ који су уговорне стране дужне да плате.

Дејство уговора

С обзиром да је уговор о продаји и куповини прави обострано обавезујући (*contractus bilaterales aequales*), за обе уговорне стране настају одређена права и обавезе. Продавац има обавезу да ствар преда купцу и чува је до предаје као и да га одговара за правне и материјалне недостатке продате ствари. Купац има обавезу да плати уговорену цену и прими ствар коју је купио.

Права и обавезе уговорних страна

Обавезе продавца

Продавац је обавезан да преда ствар купцу. О тој његовој обавези постоји само један члан у СГЗ.

⁹¹⁷ Члан 551: „Ако се уговор закључи на одустаницу, или пишманлук, то јест, ако се определи нешто, које онај платити има, који би пре извршења одустао од уговора, т. ј. који би се попишманио, онда такав мора или држати уговор, или пишманлук платити“.

„Продавац дужан је продату ствар добро чувати, и на одређено време купцу предати невредимо.“⁹¹⁸

Разлог томе лежи у чињеници да се одредбе о предаји налазе у другим деловима Законика. Начин предаје ствари зависи од тога да ли су у питању покретне или непокретне ствари. Основни начин предаје покретних ствари је традиција *a manu in manu*.⁹¹⁹ Оне покретне ствари које због своје природе или из неких других разлога не могу, непосредно, физички да се предају, користиће се *traditio longa manu* односно симболични гестови којима лице исказује своју жељу за предајом ствари.⁹²⁰ Трећи начин предаје је *constitutum possessorium*. Лице које ствар раније држало као сопственик, дакле *pro se*, сада ствар држи за другога, *pro alio*.⁹²¹ Када је реч о непокретним стварима, законодавац је одредио следеће:

„Као што је опредељено, да се непокретне ствари у књиге баштинске код судова окружних уводе, тако ће се при свакој промени господара морати на новог баштиника исто непокретно добро пренети и уписати.“⁹²²

„Са увођењем новог господара у књиге јавне баштинске он и закону државину добија, која се по обичају и получава.“⁹²³

Дакле, уговор о продаји и куповини је само *iustus titulus*, а да би купац стекао својину, потребно је да продавац убаштини купца тј. да га уведе у баштинске књиге као *modus acquirendi*. Међутим, како по Решењу од 13. јула 1850. године више не постоје баштинске књиге, ту улогу сада врше тапије. У истом решењу се додаје да судска потврђена тапија, као и судске потврде других уговора о преносу права, имају исту ону важност коју и убаштињење по члановима 292. и 299.⁹²⁴ То даље значи да продавац предаје купцу продато добро на тај начин што му издаје тапију.⁹²⁵ Од тог момента купац постаје власник.

Продавац ће купцу предати ствар у месту одређеном у уговору. Уколико место предаје није одређено, треба се осврнути на одредбе СГЗ. Место предаје ствари

⁹¹⁸ Члан 651.

⁹¹⁹ Члан 287.

⁹²⁰ Члан 288.

⁹²¹ Члан 289.

⁹²² Члан 292.

⁹²³ Члан 299.

⁹²⁴ Број 1197, Збор V, стр. 259 код члана 292. Грађанског законика.

⁹²⁵ Начин издавања тапије може се наћи у Расписима Министарства Правде од 11. јуна 1849. бр. 2288, од 2. новембра 1862. бр. 5322. и од 12. фебруара 1883. бр. 745.

продавца купцу није одређено у делу који се односи на уговор о продаји и куповини. Законик само прописује да је продавац дужан да продату ствар чува добро и у уговорено време преда купцу ствар без недостатака.⁹²⁶ Одговор на ово питање наћи ћемо на основу члана 660. који упућује на Главу XVII и опште одредбе које се односе на уговоре.⁹²⁷ Одредба на коју је поменути члан упутио је члан 548. који одређује да кад место предаје ствари није одређено уговором, онда треба место одредити по природи посла, па ће непокретне ствари бити предате у месту где се непокретност налази, а покретне где је обећање учињено.⁹²⁸

Време предаје ствари је такође важно питање јер тај тренутак одређује коме иду користи од купљене ствари. Она ће припасти продавцу пре предаје ствари, а купцу након рока за предају. Члан 547. прописује да ће се уговор извршити у оно време и на оном месту како је у уговору предвиђено.⁹²⁹ Дакле, када је рок за предају одређен, продавац ће бити о доцњи самим протеком рока без потребе да га купац тужи нити опомене. То је у складу са римским правилом *Dies interpellat pro homine*. Када рок није одређен ситуација је донекле тежа. Одговор на ово питање треба потражити у трећој глави СГЗ која носи наслов: „Како престају права и обавезе” и члан 887. који гласи:

„Ако рок, кад да се дуг исплати, није опредељен, онда се разумева, да је онда рок, кад је дужник на плаћање опоменут.”⁹³⁰

Дакле, када рок није предвиђен уговором, онда се узима да је рок за испуњење обавезе моменат када је дужник помериоца опоменуо или позван да обавезу испуни.

Следећа обавеза продавца се састоји у заштити од евикције.

„Ако би купац у држању купљене ствари узнемирен био, или би се основано бојати имао, да ће узнемирен бити, он има право захтевати од продавца, да узроке узнемирења с пута уклони, или бар да добар зато стоји, и донде може да уговорену цену не плати, осим ако није он све то на себе узео.”⁹³¹

Продавац је дужан да купца заштити од евикције, уколико купац буде био узнемирен у држању купљене ствари. То значи да ће купац бити дужан да позове

⁹²⁶ Члан 651.

⁹²⁷ Члан 660.

⁹²⁸ Члан 548.

⁹²⁹ Члан 547.

⁹³⁰ Члан 887.

⁹³¹ Члан 655.

продавца у заштиту у првом спору које треће лице буде подигло против њега. Уколико га купац не позове у заштиту, губи право на накнаду штете у случају да изгуби парницу са трећим лицем.⁹³²

Да би се дошло до заштите од евикције од стране продавца потребно је, пре свега, да се деси узнемиравање купца. Кад се то деси купац може одбити плаћање цене. Међутим, поставља се питање какво узнемиравање треба да буде да би купац имао то право? Другим речима, да ли узнемиравање треба да буде правне или фактичке природе? Овде пре свега треба имати у виду подизање петиторне односно *actio rei vindicatio* од стране трећег лица када би купац, у случају да се докаже да продавац није власник ствари, морао да је врати тужиоцу као правом власнику. Затим подизањем *actio confessoria*, тј. у случају када тужилац тврди да у његову корист постоји на продатом добру каква службеност и *actio negatoria* када се тврди на дотичном добру не постоји одређена службеност. Дакле, може се закључити да је потребно правно узнемиравање да би купац имао право да не плати цену.⁹³³

Продавац је обавезан да штити купца од физичких недостатака продане ствари. Као што се види из члана 651. продавац је дужан да купцу преда ствар „невредимо” дакле без недостатака. То је једини члан који говори о овој врсти заштите у делу који се односи на уговор о продаји и куповини. Зато ће опште одредбе о уговорима и члан 554. бити од важности за ову врсту заштите. Поменути члан наводи да продавац јамчи купцу за све оне особине које су у самој ствари и које, због тога, купац и претпоставља да их ствар има, особине које ствари дају њену економску вредност, које омогућавају купцу да се, с обзиром на њену природу и намену, њоме користи.⁹³⁴ Услови који су неопходни да би купац имао право на заштиту су: невидљив недостатак, захтев у погледу врсте мане, мана треба да има такав значај да би се одговорност активирала, недостатак треба да је из времена кад је уговор закључен.

Први услов који се односи на невидљив недостатак значи да он треба да је такав да га купац није могао приметити јер члан 556 наводи:

⁹³² Види: Ж. Перић, Ж. – *О обавези заштите од евикције код уговора о продаји и куповини*, Архив за правне и друштвене науке, 1909, стр. 33.

⁹³³ Детаљније: Перић, Ж. – *О уговору о продаји и куповини II*, Београд, 1920, стр. 43-44.

⁹³⁴ Члан 554.

„За недостатке који свакоме у очи падају, није дужан нико јемствовати, осим ако је нарочито у уговору назначено, да ствар баш никаква недостатка ни бремена нема.“⁹³⁵

Следећи услов се односи на врсту мане коју треба да има ствар како би се активирала заштита. Према томе, купац има право на обична својства која, му по самом закону и без икаквог посебног споразума у том смислу гарантује продавац.⁹³⁶ Затим и на нарочита својства за која му продавац по уговору јемчи.⁹³⁷

Трећи услов одређује да мана треба да буде таквог значаја да би продавац могао да се позове на одговорност. Ствар треба да има таква својства да се она по својој природи може употребити.⁹³⁸ Дакле, ако је продата ствар у таквом стању да се може употребити на начин на који њена природа упућује, она је без мане. Ако, са друге стране, њој недостаје нешто што смета њеној употреби, она има ману и продавац је одговоран.

Последњи услов захтева да недостатак треба да датира из времена кад је уговор закључен. Једино уколико је мана из тог времена примениће се прописи о заштити (чланови 554-558.) Наравно, ово не треба схватити тако да, ако се појави мана после уговора, а пре предаје, она пада на терет купца. Како по члану 285. купац не постаје власник ствари самим закључењем уговора, већ предајом ствари од стране продавца, то даље значи да све мане које случајно настану у међувремену падају на терет продавца као власника иако тих мана није било у време закључења уговора.

Када се упореде обавезе које по римском праву и СГЗ имао продавац долазимо до закључка да су оба продавца имали обавезу да ствар чувају до тренутка предаје и да одговарају за правне и физичке недостатке продате ствари. Једина разлика је у томе што у римском праву, продавац је био дужан да преда ствар у мирну државину док је по СГЗ његова обавеза била у предаји ствари у својину купцу. Ово се, само на први поглед, може означити као разлика, пре свега због велике временске разлике у настанку правила у римском праву, као и другачијих друштвеноекономских прилика. Обавеза продавца на предају ствари у државину је сасвим разумљива имајући у виду сам настанак па како и развој римске државе, тако и права. У почетку је Рим био мала

⁹³⁵ Члан 556.

⁹³⁶ Члан 554.

⁹³⁷ Члан 555.

⁹³⁸ Члан 554.

монолитна заједница, а пуноправни римски грађани- Квирити једини су били у могућности да стекну својину на овај начин. Касније, Рим се шири надоласком многих других народа. У почетку, ово је био начин заштите самих грађана да би касније управо овом предајом у државину, било омогућено осталим категоријама становништва да и они стекну државину, а протеклом одговарајућих рокова и својину на продатим стварима.

Када се има у виду свака од наведених обавеза понаособом долази се до истог закључка. Продавац и у римском праву и у СГЗ је имао обавезу да чува ствар и одговара за њу до часа предаје, имајући у виду да је уговор у оба правна система производио само облигациона дејства, тако да је продавац до тренутка предаје био њен власник.

Затим, уколико се посматра сама предаја ствари, може се уочити истоветност правила у смислу начина, места и времена предаје уз минималне модификације попут места и начина предаје. Кад се говори о месту, оба правна система захтевала су предају ствари онде где се она налази, док је римско право налагало да покретне ствари буду предате у домицилу продавца, а по СГЗ тамо где је обећање учињено. Када је реч о начину предаје, *manipatio* и *in iure cessio* су начини стицања који су својствени само римском праву јер су и настали када је преовлађивао формализам док је *traditio* карактеристичан за оба правна система.

Када је реч о одговорности за заштиту од евикције, оба продавца су била у обавези да у случају спора помогну купцу од претензија трећих лица. Када се пак, погледају услови за заштиту од физичких недостата, долази се до закључка да су и они истоветни.

Обавезе купца

*„Купац пак дужан ће бити купљену ствар одмах, или на уречено време примити и цену положити.“*⁹³⁹

⁹³⁹ Члан 652.

Прва обавеза купца се састоји у плаћању цене. Купац је дужан да плати одређену суму новца, одговарајућом монетом, на начин, у време и на месту који су предвиђена уговором.

Обавеза плаћања одређене суме новца је и главно обележје које разликује овај уговор од друге врсте уговоре, пре свега промене односно трампе.⁹⁴⁰ Како је уговор закон за уговорне стране⁹⁴¹ и с обзиром да сваки дужник мора дати повериоцу оно што му дугује⁹⁴², тако купац нема права да продавцу нуди нешто друго уместо цене. Међутим, оваква могућност ће постојати уколико се продавац, накнадно, споразуме и сагласи са купцем да му овај уместо цене пред нешто друго. Потврду за овакво тврђење налазимо у члану 884 који одређује да се дуг може исплатити не само новцем, него и нечим другим уколико уговорне стране поступну споразум.⁹⁴³ *Datio in solutum*, назив који је носио у римском праву, се састоји у томе да дужник, по пристанку повериоца овоме, а у циљу измирења дуга, да нешто друго, а не оно што је дуговао. Без обзира на овакав споразум између купца и продавца, уговор остаје и даље исти, с тим што купац долази у још једну обавезу наспрам продавца, обавезу заштите за правне и материјалне недостатке ствари дате на име цене.

Купац ће исплатити цену у уговореној монети. Уколико је уговорена једна монета (нпр. аустријске круне), купац нема права да је плати у другој. Поставља се питање, шта ће се десити уколико монета није уговорена? Уколико ништа није уговорено требало би да се примени члан 883. СГЗ. Осим овог, можда би могао да се примени и Закон од 10. децембра 1878 по коме, у том тренутку, постоји монометализам и то монометализам злата. То даље значи да се плаћања врше, у начелу, златом.

Купац је у обавези да плати цену онако како је уговорено. Уколико уговорне стране нису предвиделе начин плаћања цене, она треба да се исплати одједном. То произилази правног схватања да је обавеза плаћања цене од стране купца корелативна продавчевој обавези предаје ствари. Уосталом, то је и у складу са чланом 885. који одређује да ако дужник не би могао да сав дуг одједном исплати, него би понудио исплату „на рате”, поверилац није дужан да такву исплату прими.⁹⁴⁴

⁹⁴⁰ Члан 632: „Промена је такав уговор, којим ко једну ствар за другу дати обећава“.

⁹⁴¹ Члан 540.

⁹⁴² Члан 883.

⁹⁴³ Члан 884.

⁹⁴⁴ Члан 885.

Купац је у обавези да плати куповну цену на време. И овде, као и у преходним случајевима ваља правити разлику између тога да ли је то питање предвиђено уговором или није. У првом случају, купац ће исплатити цену у време које означено у уговору („на уречено време.”)⁹⁴⁵ Уколико време исплате цене није предвиђено онда ће се применити члан 887. који одређује да ако рок о исплати дуга није одређен, онда ће се као рок плаћања узети тренутак када је дужник на плаћање опоменут. То даље значи да продавац може тражити исплату цене од купца одмах, а купац одмах од продавца предају ствари. Уосталом и члан 652. одређује да ће купац бити дужан да одмах или у уговорено време плати цену.⁹⁴⁶ Али важно је напоменути да ни продавац, ни купац, не могу захтевати испуњење обавезе од противне стране уколико своју обавезу није испунила, нити је понудила њено испуњење.

И место плаћања уговорне обавезе треба потражити у самом уговору. Продавац није дужан да прими исплату цене на неком другом месту, осим уколико на то није накнадно пристао. Када уговорне стране место исплате нису предвиделе треба применити члан 548. који одређује место извршења уговора по природи посла. Ако то не би било могуће, онда ће се непокретне ствари предати тамо где се налазе, а покретне тамо где је обећање учињено.⁹⁴⁷ Према томе, купац ће цену исплатити, не у месту домицила продавца нити у место сопственог домицила, већ у месту где је уговор о продаји и куповини закључен.

СГЗ је осим ових правила, предвидео и продају и куповину на почек. Она је регулисана другим ставом члана 653.

*„Но ако да на почек, онда више не може ствар по цену од купца тражити.”*⁹⁴⁸

У овом случају је уговорен одређени рок за исплату цене, док није за предају ствари. Продавац је дужан своју обавезу предаје ствари извршити одмах, а нема право од купца тражити цену пре уговореног рока јер је то противно уговору. Купац није дужан да плати камату до рока одређеног за исплату, уколико то није уговорено, управо да би продата ствар давала плодове. Купац ће бити дужан да плати камату од рока исплате или од тренутка опомене уколико рок није предвиђен. Наведени члан је предвидео куповину на почек само на страни купца, али то не значи да не би могло да

⁹⁴⁵ Члан 652.

⁹⁴⁶ Члан 652.

⁹⁴⁷ Члан 548.

⁹⁴⁸ Члан 653.

буде и обрнуто: може се уговорити одређени рок за предају ствари, а не и за исплату цене и тада купац цену мора исплатити одмах не примајући ствар које ће му касније бити предата.

Уколико купац не жели да плати цену, продавцу стоје на располагању две могућности: или да принудним путем захтева цену или да раскине уговор о продаји и куповини.⁹⁴⁹ (стр 40)

Друга обавеза купца је да прими продату ствар. Ова обавеза купца је корелативна продавчевој обавези предаје ствари.

СГЗ регулише и доцњу купца. Уколико купац не жели да прими покретне ствари и у том случају прође уговорено време, онда продавац има право да раскине уговор или да захтева да купац уговор испуни.⁹⁵⁰

Када се посматрају обавезе купца у римском праву и СГЗ може се приметити да су купци били у обавези да исплате цену и приме купљену ствар. Што се тиче исплате цене и један и други купац су били у обавези да је исплате одмах уколико другачије није било договорено. Када је реч о обавези да приме купљену ствар, јавља се једна разлика код предаје индивидуално одређених ствари. У римском праву је важило правило *periculum emptoris* што значи да је купац сносио штету за случајну пропаст ствари иако му још није предата.

Додатни споразуми уз уговор о продаји и куповини

СГЗ је предвидео неколико додатних споразума који су могли да буду склопљени уз уговор о продаји и куповини.

Pactum de retroemendo односно продаја са правом откупа у корист продавца. Продавац који је на овај начин продао ствар купцу, задржавао је право да у одређеном року откупи ствар од купца коме ју је претходно продао. У том случају, купац ће у уговорено време предати ствар купцу у оном стању у којем ју је примио, дакле без физичких недостатака, а продавац ће купцу исплатити новац.⁹⁵¹ Уколико рок није

⁹⁴⁹ Члан 656.

⁹⁵⁰ Члан. 657.

⁹⁵¹ Члан 661.

предвиђен уговором, ограничен је само за живота уговорних страна. Право на откуп је лично право јер се не преноси на наследнике.⁹⁵² Законодавац је уредио и питање користи и штете и то тако да свака уговорна страна задржава за себе сваку добит коју је имала, а такође, свако сноси сам штету коју је евентуално имао.⁹⁵³ Право на откуп не може се задржати на штету трећег лица.⁹⁵⁴

Pactum de retrovendendo. Овај споразум је установљен у корист купца корелативно праву продавца наведеном у претходном примеру. Купац је, наиме, задржавао право да у оквиру одређеног рока купљену ствар прода назад продавцу. Законодавац је даље прописао да правила која важе за продају на откуп се примењују и за куповину на откуп.⁹⁵⁵

СГЗ је регулисао и право прече куповине где се може разликовати уговорно и законско право прече куповине.

Pactum protimiseos односно право прече куповине којим се намеће обавеза купцу да уколико продаје ствар, прво је понуди продавцу. Уколико купац то не би учинио, онда ће продавац имати право да плати цену и узме ствар.⁹⁵⁶

Законодавац је одредио право прече куповине у корист три категорије лица, заједничара, најближе родбине која би имала право наследства у продатим добрима и у корист првих суседа и комшија. Међутим, Законским решењем од 14. маја 1847. године дерогирано је право прече куповине у корист суседа и комшија, тако да је ово правило важило само за заједничаре и горе поменуто родбину.⁹⁵⁷ Законодавац је одредио и редослед првенства у коришћењу овог права. Заједничари имају предност у односу на рођаке, а пре дерогације горе поменутог члана, рођаци су имали првенство у односу на суседе.⁹⁵⁸ Суд одређује ред првенства између самих суседа, узимајући у обзир близину непокретности као већу потребу сваког од њих.⁹⁵⁹⁹⁶⁰ Продавац ће бити дужан да у случају продаје непокретности обавести оне који имају право прече куповине.⁹⁶¹ Уколико продавац повреди право ових лица тиме што их не би обавестио о продаји, поменута лица имају право да купе дату непокретност у року од 30 дана од продаје. Рок

⁹⁵² Члан 662.

⁹⁵³ Члан 661.

⁹⁵⁴ Члан 663.

⁹⁵⁵ Члан 664.

⁹⁵⁶ Члан 665.

⁹⁵⁷ Законско решење од 14. маја 1847. В Но 513 Зборник IV страна 24.

⁹⁵⁸ Члан 672.

⁹⁵⁹ Члан 675.

⁹⁶⁰ Дерогиран члан Законским решењем од 14. маја 1847. В Но 513 Зборник IV страна 24.

⁹⁶¹ Члан 671.

од 30 дана је преклузиван.⁹⁶² Лице које сматра да има право прече куповине мора да положи новац у судски депозит ако жели да купи предметну некретнину. Само противљење без полагања новца нема никакву вредност. И овде је рок од 30 дана преклузиван.⁹⁶³ Право прече куповине не важи уколико је ствар продата путем судске лицитације, осим ако је под условом продата.⁹⁶⁴

In diem addictio. Овом врстом споразума продавац је имао право да раскине уговор уколико би у одређеном року нашао купца који нуди повољнију цену.⁹⁶⁵

Pactum displicentiae односно продаја и куповина на пробу. Њиме је купац стицао право да у одређеном року одустане од уговора ако му се купљена ствар не свиди. Уколико исход пробе буде негативан, купац ће вратити ствар, а добиће и новац назад ако је исплаћен. Купац је дужан да након уговореног рока обавести продавца о својој намери. У супротном, сматра се да је конклюдентном радњом, прећутно изразио своју вољу, па неће имати право на повраћај ствари након протекла тог рока.⁹⁶⁶ Ако у уговору није предвиђен рок, Законодавац је прописао рок од три дана за покретне ствари и годину дана за непокретности.⁹⁶⁷

Постоји још једна врста продаје и куповине која подсећа на куповину на пробу, али се од ње разликује по томе што се право купца на кушање, како га СГЗ назива, подразумева, док се куповина на пробу мора посебно уговорити. Овакав случај се назива продаја и куповина *ad gustum*. Оваква врста куповине и продаје је случај код оних ствари које имају релативну вредност па зависе од укуса онога који их купује. То ће бити случај са свим врстама пића, попут вина, ракије, итд. Код овакве продаје и куповине, уговор није настао самим споразумом страна, већ зависи и од кушања.⁹⁶⁸

Још једна врста споразума би могла да се уброји овде, а то је *aestimatum*- продаја са налогом из члана 669.

*„Ко покретну ствар за опредељену цену другоме преда, с тим изјашњењем, да овај за неко опредељено време њему цену одређену исплати, или ствар врати; онда онај пре опредељенога рока нема права од овога ствар натраг искати; али и овај мора на уречено време или цену платити, или ствар натраг вратити.“*⁹⁶⁹

⁹⁶² Члан 673.

⁹⁶³ Члан 674.

⁹⁶⁴ Члан 676.

⁹⁶⁵ Члан 666.

⁹⁶⁶ Члан 667.

⁹⁶⁷ Члан 668.

⁹⁶⁸ Члан 645.

⁹⁶⁹ Члан 669.

Законодавац само наводи овакав случај продаје без прецизирања да се ради о продаји са налогом. Продавац, наиме, предаје своју покретну ствар једном лицу са налогом да је овај прода за извесну цену у одређеном року. Уколико рок протекне, а лице не врати ствар продавцу, онда је мора задржати за већ опредељену цену, као купац. У међувремену, од уговора до истека рока нема продаје и куповине имајући у виду да лице коме је предата ствар није купац, а није ни извесно хоће ли то бити јер он има право да о року ствар врати продавцу. То лице, такође, није ни власник ствари и неће то ни бити све до истека рока.

И додатни споразуми уз *emptio-venditio* у римском праву, постојали су у и СГЗ. *In diem addictio*, *pactum displicentie* (*pactum degustationis*), *pactum de retroemendo*, *pactum protimiseos*. *Lex commissoria* и *pactum de non praestanda evictione* нису поименце наведени, али то не значи да не постоје. Имајући у виду да *lex commissoria* омогућавао продавцу да једнострано раскине уговор у случају да купац у року не исплати цену, а да члан 656. оставља могућност продавцу, уколико купац неће да плати, *facultas alternativa* у смислу да може или захтевати цену или једнострано раскинути уговор, онда се може говорити о таквој могућности, с тим што је на стајала на располагање продавцу без посебног уговарања.⁹⁷⁰ *Pactum de non praestanda evictione* односно споразум на основу којег су уговорне стране приликом закључења уговора о купопродаји искључиле или ограничиле одговорност продавца за случај евикције може се наћи у члану 655. који говори о заштити од евикције где се предвиђа таква могућност „осим ако није он све то на себе узео.”⁹⁷¹ Разлика се јавља у смислу куповине на пробу и куповине *ad gustum*. Док су у СГЗ постојала да два одвојена споразума и док се куповина *ad gustum* подразумевала у погледу одређених ствари, куповина на пробу се морала уговорити. С друге стране, римско право је предвиђало само један споразум такве врсте *Pactum displicentie* (*pactum degustationis*) и увек је морало да се оваква могућност посебно предвиди.

4.3.2. Уговор о закупу

Уговор о закупу ствари је смештен у главу XXV Српског грађанског законика и обухвата чланове од 677. до 705.

⁹⁷⁰ Члан 656.

⁹⁷¹ Члан 655.

Законодавац је дефинисао уговор о закупу као уговор којим се нека непотрошна ствар узима на употребу и коришћење, на одређено време, за одређену цену.⁹⁷²

Законодавац прави разлику између кирије и закупа или аренде. Под киријом се подразумева закуп ствари које могу да се употребљавају без улагања било каквог додатног рада, попут куће и покућства и других ствари подобних за то, а под закупом или арендом подразумева ствари које се улагањем додатног рада употребљавају попут њива, миљкова или стоке.⁹⁷³ Даље се наводи да, кирија и закуп, нису ништа друго него продаја употребе јер ствар која би била предмет продаје, овде се даје у закуп, а плаћа се и цена.

Занимљиво је да законодавац даје посебан назив само једној уговорној страни односно закупцу и киријцији. Када је реч о закуподавцу, њега не помиње, већ само описно наглашава да се ради о тој уговорној страни. Користи се израз: „онај који ствар под кирију или закуп даје”⁹⁷⁴, а на другим местима се помиње господар ствари.⁹⁷⁵⁹⁷⁶

СГЗ прописује да уговор настаје чим уговорне стране постигну сагласност о ствари која је предмет закупа и цени коју треба платити за закупљену ствар, из чега произилази да је уговор консенсуалан.

Уговор је прави обострано обавезујући (*contractus bilaterales aequales*) јер за обе уговорне стране настају одређене обавезе. Закуподавац је обавезан да преда ствар закупцу, да је одржава у исправном стању и да одговара за правне и материјалне недостатке ствари.⁹⁷⁷ Закупац је дужан да закупљену ствар чува као добар домаћин, употребљава је у складу са уговором и плати закупнину.⁹⁷⁸

Уговор о закупу ствари је неформалан. Иако Законодавац, у члану 689, тражи попис, нарочито ако се више различитих ствари предају, то се не може тумачити као обавезна форма уговора већ је циљ тога, како Законик вели: „да би се свака распра при свршетку и повраћају ствари закупљених избегла”.⁹⁷⁹

⁹⁷² Члан 677.

⁹⁷³ Члан 678.

⁹⁷⁴ Члан 681, 703, итд.

⁹⁷⁵ Члан 683, 688.

⁹⁷⁶ У раду ће бити коришћени уобичајени термини закуподавац икупац ради лакшег разумевања текста.

⁹⁷⁷ Члан 681.

⁹⁷⁸ Члан 687.

⁹⁷⁹ Члан 689.

Уговор о закупу је комутативан јер је у тренутку закључења одређен положај уговарача, односно њихова међусобна права и обавезе. Такође је одређен и узајамни однос чинидби које уговарачи дугују један другоме.

Уговор о закупу је теретан јер свака страна за своју чинидбу добија одговарајућу накнаду. Закуподавац добија закупнину за ствар коју даје другоме на употребу и коришћење, а закупац за закупнину добија ствар.

Дефиниција *locatio-conductio rei* и уговора о закупу су у својим елементима исте: непотрошна ствар која се даје другоме на употребу уз плаћање надокнаде. Док су у римском праву уобичајени називи *locatio* за закуподавца, а *conductio* за закупца, СГЗ разликује закупца или киријцију, а за означавање закуподавца користи израз којим описно исказује да једно лице даје ствар у закуп, а на одређеним местима користи и израз власник ствари. Када се упореди римски *locatio-conductio rei* и закуп у СГЗ може се уочити да су особине овог уговора остале у домену римског права, консенсуалан, обострано обавезујући (*contractus bilaterales aequales*), теретан, комутативан и неформалан. На самом почетку излагања о овом уговору, Законодавац је, посредно, нагласио да се правила која важе за продају и куповину могу применити и на закуп. Исто решење можемо наћи и у Гајевим Институцијама где и он прописује исто. Разлика коју СГЗ прави између кирије и закупа у односу на то која се врста ствари даје као предмет овог уговора, непозната је римском праву. Решење дато у СГЗ изгледа логично и вероватно је већ дуго утемељено у народу, а са друге стране, Аустријски општи грађански законик на основу кога је и настао СГЗ, садржи исто такво разликовање.

Битни елементи

Битни елементи уговора су ствар која се даје у закуп и закупнина.

*„Како се уговарајуће стране сложе за ствар и цену, одмах је погодба готова, и употребљење ствари купљено.“*⁹⁸⁰

Предмет уговора

Предмет закупа могу бити телесне ствари и то, како покретне, тако и непокретне ствари које су у промету или како Законик вели: „које међу људима пролазе и које су

⁹⁸⁰ Члан 680.

могуће и дозвољене.”⁹⁸¹ Услов је да буду непотрошне⁹⁸² јер се након одређеног времена морају вратити. Када је реч о покретним стварима, помиње се најчешће стока:⁹⁸³ волови⁹⁸⁴, коњи⁹⁸⁵, овце.⁹⁸⁶ Од других покретних ствари помиње се једино казан под испек.⁹⁸⁷ Законодавац је, вероватно, посебно навео закуп поменутих ствар јер су били најчешћи у пракси. С друге стране, код закупа појединих ствари, могу се видети извесне модификације у односу на општа правила. Када је реч о непокретностима разликују се ствари које се дају под кирију попут куће и покућства⁹⁸⁸ и ствари које се дају у закуп попут њива, пољских миљкова.⁹⁸⁹ Од осталих непокретних ствари помиње механу са окрутом⁹⁹⁰ односно са кафану са двориштем, дућан и зграду.⁹⁹¹

Када се посматра појам *res* у римском праву и СГЗ може се приметити да су исте врсте ствари могле бити предмет овог уговора: покретне и непокретне ствари које су у промету уз услов да су непотрошне. Међутим, римско право је дозвољавало и закуп потрошних ствари уколико су оне дате ради излагања *ad pompam vel ostentationem*. С друге стране, СГЗ не помиње ову могућност. Постоји још врста ствари која је била предмет овог уговора у римском праву, а Законик је не само, уопште не помиње, већ и посебно забрањује. Реч је о робовима. Робови су сматрани стварима у римском праву, били су, дакле, објект, а не субјект права и као такви били предмет уговора о закупу. СГЗ у делу у којем говори о основним цртама правде и правичности⁹⁹² наглашава да ропство не постоји односно да нико не може имати човека у таквој власти да с њим, својевољно, поступа и расположе као са стварима.⁹⁹³ Заправо, ропство у Србији не постоји још од времена Душановог законика.

Закупнина

Законодавац не познаје овај израз већ се у СГЗ користи уопштени назив, „цена”. Осим тога, у овом делу нису изложена правила о условима које би требало да

⁹⁸¹ Члан 538. „Уговор се може само о оним стварима учинити, које међу људима пролазе, и које су могуће и дозвољене.”

⁹⁸² Члан 677.

⁹⁸³ Члан 678.

⁹⁸⁴ Члан 691.

⁹⁸⁵ Члан 692.

⁹⁸⁶ Члан 693-694.

⁹⁸⁷ Члан 695.

⁹⁸⁸ Члан 678.

⁹⁸⁹ Члан 678.

⁹⁹⁰ Члан 690.

⁹⁹¹ Члан 696.

⁹⁹² Увод Б) Основне црте правде и правичности у законима грађанским

⁹⁹³ Члан 18.

испуњава. Међутим, члан 679. наводи да ова врста уговора није ништа друго до продаја употребе. Исти члан посредно упућује на примену правила о цени које треба да испуњава код уговора о продаји и куповини.⁹⁹⁴ Према томе, цена треба да буде изражена у новцу, одређена, истинита и правична.

За разлику од СГЗ, римско право има посебни назив за закупнину *merces*. Када је реч о условима које би закупнина требало да испуњава, СГЗ на исти начин, као и у римском праву, упућује на правила о цени из купопродаје. То, даље, такође да значи да су исти услови које би цена требало да испуњава и у римском праву и у СГЗ.

Дејство уговора

С обзиром да је уговор двострано-обавезујући, за обе уговорне стране настају одговарајућа права и обавезе. Закуподавац је обавезан да преда ствар закупцу, да је одржава у исправном стању и да одговара за правне и материјалне недостатке ствари.⁹⁹⁵ Закупац је дужан да закупљену ствар чува као добар домаћин, употребљава је у складу са уговором и плати закупнину.⁹⁹⁶

Права и обавезе уговорних страна

Обавезе закуподавца

Обавезама закуподавца је посвећен свега један члан у којем су побројане све његове обавезе. Он је у обавези да је преда купцу у употребљивом стању. Законодавац користи формулацију: „ствар својим трошком у стању употребљивом предати.” Из овога се може закључити да је закуподавац дужан да је о свом трошку одржава у таквом стању за све време трајања уговора.⁹⁹⁷ Када је реч о одговорности за правне и материјалне недостатке, СГЗ наводи штуро да је закуподавац дужан да отклони све недостатке као и да одговара за штету за њих. Међутим, и овде ће бити примењена правила о одговорности продавца за правне и материјалне недостатке продате ствари. То значи да када је реч о правним недостацима, он мора у случају претензије трећих, односно тужбе да буде уз купца у спору. Када је о материјалним недостацима реч потребно је да је невидљив недостатак одређене врсте и таквог значаја да би продавац могао да се позове на одговорност.

⁹⁹⁴ Члан 676.

⁹⁹⁵ Члан 681.

⁹⁹⁶ Члан 687.

⁹⁹⁷ Члан 681.

Закуподавац, с друге стране, има право да задржи ствари закупца и киријџије као залогу док му износ не би био плаћен.⁹⁹⁸

Када се упореде обавезе *locator*-а из *locatio-conductio rei* постављене у римском праву и закуподавца из СГЗ може се видети да су оне истоветне. Обавеза предаје ствари на употребу и коришћење, у исправном стању, сносиће нужних и корисних као и одговорност за правне и материјалне недостатке, преузети су у потпуности из римског права. Колика је истоветност, можда најбоље говори чињеница да је закуподавац био дужан да сноси исту врсту трошкова. Овде се имају у виду како нужни и корисни трошкови, тако и јавни терети. Такође, закуподавци у имали право залог на стварима закупца, и у римском праву и у СГЗ.

Киријџија и закупца

Много је више одредби које говоре о обавезама закупца. То не значи да је он по самом Законику имао више обавеза од друге уговорне стране, јер би то и реметило синалагматичност уговора, већ да су закупци, вероватно, чешће у пракси кршили или злоупотребљавали овај уговор, па је законодавац сматрао да треба детаљно да их пропише.

Закупац је дужан да плати закупнину у уговорено време.⁹⁹⁹ Уколико време плаћања није уговорено, плаћање се извршити 6 месеци унапред, уколико је ствар дата на временски период од годину и више дана, а месец дана унапред уколико је ствар дата за период од месец дана.¹⁰⁰⁰

Закупац и киријџија су дужни да ствар чувају као добар домаћин и да је одржавају за време трајања уговора.¹⁰⁰¹ Они ће бити дужни да сноси само нужне трошкове без којих ствар не би могла да се употреби. Све остале трошкове, укључујући и порез сноси закуподавац.¹⁰⁰²

Закупац је дужан да ствар употребљава у складу са уговором. Уколико би он поступио другачије или би штета услед тога настала за власника ствари, он има право да захтева од закупца да се употреба ограничи у складу са уговором или да се уговор

⁹⁹⁸ Члан 686.

⁹⁹⁹ Члан 687.

¹⁰⁰⁰ Члан 685.

¹⁰⁰¹ Члан 687.

¹⁰⁰² Члан 683.

раскине.¹⁰⁰³ Уколико би део ствари случајно пропао тако да је она и даље подобна за употребу, закупац може да тражи снижење закупнине или раскид уговора.¹⁰⁰⁴

СГЗ је, остао у домену римског права, када је реч о обавезама закупца. Најважнија обавеза је плаћање закупнине. Што се тиче начина плаћања, римско право стоји на становишту да се оно врши у складу са уговором и то на крају односно при истеку закупног периода, док СГЗ захтева да оно буде унапред. И један и други закупац су дужни да ствар чувају као добар домаћин и да је употребљавају у складу са уговором. *Conductor* је у римском праву могао да тражи снижење односно неплаћање закупнине због природних непогода или елементарне непогоде, док је закупац по СГЗ имао право на снижење или раскид уговора уколико би ствар делимично пропала.

Престанак уговора

Законодавац прописује различите начине за гашење закупа, у зависности од тога да ли је уговорен рок или не.

*„Кирија и закуп престаје онда, кад уговорени рок дође. Ако рока уговоренога нема, онда се гледа на уобичајени места рок, или на време плаћања.“*¹⁰⁰⁵

Дакле, уговор о закупу престаје истеком уговореног рока. Када рок није уговорен онда ће време трајања уговора одредити или по обичајима места где је уговор закључен или ће се одредити према времену плаћања.

Уговор може престати и пре протекла рока уколико би ствар случајно пропала као и случајну делимичне пропасти ствари на захтева закупца.¹⁰⁰⁶ Уколико закупљена ствар пропадне кривицом неке од уговорних страна, онда друга страна има право на накнаду штете.¹⁰⁰⁷

Закуп може престати и уколико закупљена ствар буде продата у складу са римским правилом *emptio tollit locatum*. То ће се десити само у случају да нешто друго није било уговорено или уколико је уговор закупа убележен у заложне јавне књиге. У

¹⁰⁰³ Члан 688.

¹⁰⁰⁴ Члан 682.

¹⁰⁰⁵ Члан 699.

¹⁰⁰⁶ Члан 682.

¹⁰⁰⁷ Члан 700.

овом случају закупац има право на потпуну накнаду штете, дакле не само *damnum emergens* већ и *lucrum cesans*.¹⁰⁰⁸

Уговор може престати пре рока и уколико једна страна другој откаже. Законодавац одређује различите отказне рокове у зависности да ли се ради о закупу пољског земљишта (6 месеци унапред), о кирији непокретности (14 дана) и покретној ствари (24 часа).¹⁰⁰⁹

Такође, СГЗ посебно наглашава када право на раскид уговора имају закупадавац и закупац.

Закупадавац има то право уколико би закупац ствар употребљавао наносећи му штету. Такође, ово право ће имати закупадавац и у случају када је закупац „како вели Законик: „тако рђав платиша” да и поред опомињања није извесно да ће платити закупнину, а не нуди ни осигурање потраживања. Следећи разлог је зидање нове зграде на место старе која је била под закупом. Закупац мора да допусти нужне поправке које, уколико трају дуже од шест недеља, му дају право да тражи надокнаду због неупотребе.¹⁰¹⁰

Закупац има право да тражи раскид само у случају да је ствар која је предмет закупа, у потпуности неупотребљива.¹⁰¹¹

Разлози за гашење уговора о закупу постављени у римском праву, задржани су и у СГЗ. Уговор о закупу престаје истеком уговореног рока. Римско право и СГЗ дозвољавају прекид уговора о закупу пре рока из истих разлога: пропаст предмета закупа, продаја закупљене ствари, ако је закупац ствар употребљавао противно уговору, итд. Такође, био је могућ раскид уговора и у римском праву и према СГЗ. Оно што се разликује од римског права је могућност отказа. Дуго је постојала полемика да ли може да се откаже уговор о закупу у римском праву. С друге стране, СГЗ то дозвољава и одређује отказне рокове у зависности од врсте ствари.

¹⁰⁰⁸ Члан 704.

¹⁰⁰⁹ Члан 701.

¹⁰¹⁰ Члан 703.

¹⁰¹¹ Члан 702.

Неке врсте закупа

Законодавац је прописао посебна правила за закуп одређених ствари. Разматрајући поједине случајеве закупа, увидеће се у којој мери одступају правила од основних и да ли је заправо реч о одступањима.

Подзакуп

СГЗ је подзакупу посвестио свега два члана, од тога, један који прописује могућности за уговарање закупа, а други одговорност код ове подврсте уговора. Законодавац даје право закупцу или киријцији да закупљену ствар дају другоме у подзакуп. Услови који су потребни да буду испуњени су: да то не наноси штету власнику ствари и да то није посебно забрањено уговором.¹⁰¹² Закупац одговара за штету коју би подзакупац проузроковао на ствари уколико би се она покварила или упропастила.¹⁰¹³

Закуп волова

Предмет овог уговора о закупу је во. Овде је у питању кирија што значи да се во користи као средство за пољопривреду. Када је реч о закупнини, Законодавац овде алтернативно одређује да она може бити или у новцу или у житу или раду посленика. Чини се да СГЗ *exempli causa* наводи временски период од пола односно годину дана, као и једно или два орања. Закупац је дужан да волове чува као добар домаћин и да их врати након истека уговореног периода у истом стању у каквом их је примио. Одговорност закупца се разликује у зависности од тога да ли је во пропао кривицом закупца или услед више силе. Уколико би во пропао кривицом закупца пропао или би услед небриге мањкао или на други начин пропад, закупца ће бити дужан да га плати или по уговореној цени или по процени вештака. Услед пропасти од више силе, нпр. грома, онда ће бити дужан само кожу да врати.¹⁰¹⁴

Закуп коња

Када је реч о овој врсти закупа, законодавац предвиђа само одговорност закупца. Уколико би коњ, који је дат у закуп за одређени временски период и одређено растојање које потребно прећи, имао неку ману и угинуо, онда ће закупца бити у

¹⁰¹² Члан 684.

¹⁰¹³ Члан 698.

¹⁰¹⁴ Члан 691.

обавези да плати само закуп (кирију), а не коња. Осим ако се не докаже да је кривицом закупца угинуо. У случају да закупца користи коња ван уговорних оквира у смислу одређеног рока и растојања, па кривицом закупца или услед случаја има ману, онда ће бити дужан да плати закупнину (кирију) и коња по уговорној цени или проценом вештака.¹⁰¹⁵

Законодавац даље наводи да уколико би коњ и во били дати на послугу без надокнаде као и у случају кад би неко самовољно узео коња или вола, онда ће одговорност постојати без обзира на кривицу, .¹⁰¹⁶

Закуп овце

Законодавац је закуп овце регулисао на следећи начин:

*„Који би овце под закуп (кесим) узео, тако, да хасну вуче, и зато награду опредељену да, или у маслу или новцу, или још и у јагањцима и т. д. а главно да врати, онај је дужан овце садржавати, с подмлатком попуњавати, и у добром стању у истој доброту и на броју вратити.“*¹⁰¹⁷

Дакле, закупца који узме овце у закуп тако да од њих добија приход где се закупнина плаћа у маслу, новцу или јагањцима, а главно (стадо које је узео у закуп) врати, дужан је овце да чува, да стадо попуњава подмлатком и врати у добром стању, квалитету и броју.¹⁰¹⁸

Ако би овце добиле метиље и то прво пролеће од предаје, штету ће онда сносити власник јер се претпоставља да су оне болест донеле. Али, уколико по враћању оваца назад власнику ствари, прво пролеће добију метиље, закупца ће бити дужан да штету надокнади јер се претпоставља да су добиле метиље кад су се налазиле у закупу.¹⁰¹⁹

Законодавац наглашава да од овог треба разликовати просто чување оваца и друге стоке, при чему се мора узети у обзир то да чувар одговара за сваку причињену штету осим ако се докаже да се она није његовом кривицом или непажњом догодила.

¹⁰¹⁵ Члан 692.

¹⁰¹⁶ Члан 692.

¹⁰¹⁷ Члан 693.

¹⁰¹⁸ Члан 693.

¹⁰¹⁹ Члан 694.

Законодавац у даљем тексту кроз посебне облике закупа наводи степен одговорности поједине уговорне стране. Тако, уколико казан под испек буде прогорео од дотрајалости, власник ствари ће бити дужан да је надокнади. У супротном, ако штета настане као последица кривица или непажње, онда ће закупац бити у обавези да је надокнади.¹⁰²⁰

СГЗ је регулисао и одговорност закупца куће, продавнице, друге просторије или зграде у случају више силе, конкретно пожара. Закупци неће бити одговорни за *vis maior*, али за кривицу и непажњу одговарају.¹⁰²¹ Уколико је више лица па се не може сазнати чијом кривицом је пожар проузрокован, сви заједнички одговарају.¹⁰²² Закупац одговара и за кривицу својих укућана, а и за подзакупце уколико се нешто поквари или упропасти.¹⁰²³

Када је реч о посебним врстама закупа, подзакуп је заједнички именоватељ за римско право и СГЗ. У римском праву је право на давање ствари у подзакуп морало посебно бити уговорено, док је по СГЗ било потребно да то не наноси штету власнику ствари и да то није било посебно забрањено уговором. Када је реч о осталим врстама, попут уговора о закупу брода, он се вероватно није користио у Књажевини Србији. Могуће да је уговор почео чешће да се користи тек стварањем Краљевине СХС када се кренуло и са разрађенијим речним, а и морским саобраћајем. Са друге стране, сасвим је јасно зашто је законодавац издвојио посебне врсте уговора о закупу који се односе на животиње. Они су најчешће коришћени у пракси, па је законодавац сматрао да и извесне модификације које постоје, треба посебно истаћи на једном месту. Римско право је све ове случајеве убрајало под *locatio-conductio rei* где су иста правила важила за све врсте уговора.

Уговор о најму радне снаге и уговор о делу

„Уговор најамни постаје онда, кад се ко обвеже, какву службу чинити (или послужити), или што начинити за опредељену награду у новцу.”¹⁰²⁴

СГЗ, као што се види из дефиниције, под појам уговора о најму подразумева два уговора, уговор о најму радне снаге и уговор о делу. Познато је да је римски *locatio-*

¹⁰²⁰ Члан 695.

¹⁰²¹ Члан 696.

¹⁰²² Члан 697.

¹⁰²³ Члан 698.

¹⁰²⁴ Члан 706.

conductio у себи сублимирао три уговора, уговор о закупу, уговор о најму радне снаге и уговор о делу. Међутим, СГЗ посебно обрађује уговор о закупу, а под појам уговора о најму подразумева преходно два поменута уговора. С друге стране, он кроз целу главу XXVI не прави разлику нити разграничава уговор о најму радне снаге и уговор о делу. За њега је то једноставно најам, а неко практично разликовање би могло да се види, уистину, у ретким случајевима, на основу глагола које је законодавац користио, чинити и начинити.

Уговорне стране код уговора о најму су посленик односно лице које обавезује да обави какав посао или оствари одређено дело и наручилац тј. лице које наручује овакав посао и плаћа за то, одређену надокнаду.

На основу саме дефиниције која наводи да уговор о најму настаје онда када се ко обавезе одређену службу чинити или што начинити за награду у новцу долази се до закључка да је и овај уговор по својим особина консенсуалан. Законодавац не тражи никакву додатну радњу осим сагласности воља уговорних страна, с једне стране о послу који треба обавити или начинити, и с друге стране о награди која се за то плаћа.

Уговор о најму може бити *intuitu personae* уколико се закључи управо због нечијих личних способности.¹⁰²⁵ Међутим, СГЗ осим што наводи да посленик мора сам извршити наручени посао, наглашава да у посебним околностима, може посао да повери другоме, али да тада одговара из извршење посла.¹⁰²⁶ Дакле, *intuitu personae* карактер уговора није био обавезан, већ је од воље уговорних страна то зависило.

Уговор је двострано-обавезујући (*contractus bilaterales aequales*). Основна обавеза посленика је да изврши какав посао „какву службу чинити (или послужити) односно да нешто направи „што начинити”. Главна обавеза наручиоца је плаћање цене односно награде.

Најам је неформалан јер законодавац ни у једном члану не захтева одговарајућу форму за овај уговор. Чак ни онде где се помиње изградња грађевине не тражи писмену форму.

Уговор о најму је теретан. Код њега сваки уговарач за корист коју стиче уговором плаћа накнаду другој страни. Наручилац за посао који је обављан и дело које

¹⁰²⁵ Члан 718.

¹⁰²⁶ Члан 717.

је настало плаћа надокнаду, док посленик добија надокнаду за посао који треба да изврши или дело да направи.

Уговор о најму је комутативан јер је у тренутку закључења одређен положај уговарача, што су дефинитивно утврђена њихова права и обавезе, па самим тим и међусобни положај дугованих чинидби.

Уколико се уговор о најму упореди са *locatio- conductio operarum* онда се може закључити да су особине исте, консенсуалан, обострано обавезујући (*contractus bilaterales aequales*) и *intuitu personae*. Међутим, имајући у виду да СГЗ не прави разлику између *locatio-conductio operarum* и *locatio-conductio operis faciendi*, у посебним околностима посао може да се повери другоме. Без обзира на појмовно неодвајање ова два уговора, може се рећи да су особине остале исте. Ако би упоредили уговор о најму са *locatio- conductio operis faciendi* могло би да се дође до истог закључка.

Битни елементи

Битни елементи уговора о најму су посао који треба обавити или дело које треба остварити и новчана надокнада односно награда како је назива СГЗ.¹⁰²⁷

Награда

Награда је цена која се плаћа за обављени посао односно остварено дело. Законодавац посебно наглашава да онај који наручи одређени посао мора да плати награду.¹⁰²⁸ Висину награде одређују стране уговором. Уколико она није предидена уговором, ни закономом, нити је, пак, опште позната, онда ће судија одредити њену висину.¹⁰²⁹ Награда се, уобичајено плаћа када се посао заврши или оствари дело. Међутим, уколико се посао обавља из делова, онда се и накнада плаћа у деловима. Уколико је потребно да се одређена свота новца потроши унапред, а која је везана за посао који треба обавити или дело остварити, а посленик није преузео на себе такву обавезу, онда ће и наплата бити пре завршеног посла.¹⁰³⁰

¹⁰²⁷ Члан 706.

¹⁰²⁸ Члан 707.

¹⁰²⁹ Члан 708.

¹⁰³⁰ Члан 712.

Посао који треба обавити или дело које треба остварити

Посао који треба обавити или дело које треба остварити морало је да испуњава одређене услове. Законодавац је предвидео шта не може бити предмет уговора о најму, а тумачењем *argumentum a contrario*, долази се до онога што може. Предмет уговора о најму није могло да буде оно што је немогуће, недозвољено, срамно или забрањено, што даље значи да је предмет уговора могло да буде оно што је могуће, дозвољено, морално и у складу са законом.¹⁰³¹ Штавише, законодавац је предвидео да страна која је дала награду за оно што не може да буде предмет уговора о најму, не може да је тражи назад, већ друга страна која ју примила може да је задржи за себе.¹⁰³²

СГЗ у неколико чланова помиње изградњу каквог објекта. Што се осталих занимања тиче, која могу да буду предмет овог уговора, законодавац је издвојио „труд и производе учених људи”, правобраниоце, заступнике, лекаре и уметнике.¹⁰³³ Занимљиво је да СГЗ дозвољава да ова занимања буду предмет уговора о најму, док се римски *locatio conductio* није користио за *artes liberales*, већ *mandatum*. Такође, законодавац је прописао да ће односи издавача и писца бити уређени посебном наредбом.¹⁰³⁴ Даље, односи господара и слугу као и сва правна питања која се јављају у вези са тим, бити регулисана, такође, посебном наредбом.¹⁰³⁵

Када је реч о лицу које треба да обави посао или изврши одређено дело, СГЗ наводи да лице које примило на себе посао, посленик, треба сам да га обави или изврши. Међутим, у изузетним околностима, он може да га повери другом лицу, с тим што ће и тада он одговарати за успешност посла.¹⁰³⁶ Које су то изузетне околности, законодавац није ништа прецизирао, па ни у једном од наредних чланова поменуо. Када је, с друге стране, посао склопљен са лицем због његових изузетних способности, он се не може пренети на друго лице. Уколико би посленик умро, уговор би се раскидао *ipso iure*. Наследници посленика имају право да захтевају сразмеран део награде за онај део посла који је обављен, као и за грађевину која је направљена. Ако би наручилац посла

¹⁰³¹ Члан 722.

¹⁰³² Члан 722.

¹⁰³³ Члан 719.

¹⁰³⁴ Члан 720.

¹⁰³⁵ Члан 721.

¹⁰³⁶ Члан 717.

умро онда то нема никакве последице по уговор, већ би његови наследници имали обавезу да уговор одрже на снази, приме посао и исплате награду сходно уговору.¹⁰³⁷

Дејство уговора

Када је о правима и обавезама уговорних страна реч, СГЗ није предвио основна права или дужности већ је прописао решења за поједине случајеве и посебно је ставио акценат на одговорност уговорних страна. Законодавац је ова правила прописао негативно односно предвидео је случајеве у којима уговорне стране нису дужне да изврше неку од својих обавеза. Одговорност наручиоца и посленика и њихова детаљнија регулатива, нормална је последица околности да ће и награда која се плаћа за дело, зависити, управо, од резултата који се остварује.

Права и обавезе уговорних страна

На основу посебних правила, могу се извести основна права и обавезе уговорних страна. Посленик је обавезан да обави поверени посао или оствари резултат дела и преда га наручиоцу, а наручилац је обавезан да плати награду и прими посао или дело.

Законодавац је предвидео случајеве у којима наручилац има право да одустане од уговора и не прими дело. То ће се десити уколико се оно што је било предмет уговора не може употребити или је противно постављеном услову. Међутим, уколико недостаци нису тако велики, наручилац има на располагању две могућности: или да захтева да исправку у складу са уговором или надокнаду штете. Притом, наручилац може и део награде задржати.¹⁰³⁸ Наручилац има право да ствар или обављени посао не прими, уколико посленик не обави посао или не оствари резултат у уговореном року. Такође, има право и на надокнаду штете. Међутим, чим наручилац прими дело, мора да исплати и награду. У противном, посленик има право на надокнаду штете.¹⁰³⁹

СГЗ посебно наглашава да када посленик прихвати наручени посао, од њега не може одустати „без важнога законом одобреног узрока.”¹⁰⁴⁰ Вероватно је законодавац

¹⁰³⁷ Члан 718.

¹⁰³⁸ Члан 709.

¹⁰³⁹ Члан 710.

¹⁰⁴⁰ Члан 716.

овде мислио на негативне услове: недозвољени, срамни или забрањени послови. Посленик није дужан да овакве послове обави, штавише има право да задржи награду, а наручилац је не може тражити назад.¹⁰⁴¹ Исто правило важи и за наручиоца. И он не може одустати од посла. Уколико би посао стао, онда обе уговорне стране одговарају по принципу субјективне одговорности, али не одговарају за случај.¹⁰⁴²

Посленик који би радио, али због кривице наручиоца не би завршио започети посао, нема право на уговорено награду. Међутим, има право на надокнаду штете коју је претрпео радећи.¹⁰⁴³

Када је реч о материјалу за изградњу и питању ко даје исту, СГЗ наводи да обе уговорне стране могу дати материјал за изградњу.¹⁰⁴⁴

Уколико грађевина случајно пропадне пре завршетка посла, штету ће сносити оно лице које је дало материјал. С друге стране, ако је грађевина пропала кривицом једног од њих, штету ће сносити страна чијом кривицом је дошло до тога.¹⁰⁴⁵

Уколико би, како вели Законик: „посао зло испао” зато што је наручилац дао лош материјал, наручилац ће бити крив и сносити штету. СГЗ наводи да је посленик дужан да опомене наручиоца да је потребно да бољи материјал. Уколико то не би учинио, биће одговоран, а такође ће бити дужан да посао обави без награде уколико би наручилац дао други бољи материјал.¹⁰⁴⁶

Дакле, СГЗ говори у глави XXVI само о најму. На основу дефиниције, може се приметити да под појам овог уговора улазе уговори који су у римском праву потпадали под појам уговора о најму радне снаге и уговора о делу. Међутим, у СГЗ не постоји теоријско разликовање ова два појма. Иако се, на основу поменуте дефиниције, може приметити постојање ова два уговора, и то на основу глагола које законодавац користи, у осталим одредбама не постоји оваква диференцијација. Напротив, СГЗ најчешће помиње оба „уговора” заједно. То се види, на пример, из одредбе која говори о плаћању награде где се прописује да се она плаћа „кад се наруџбина или посао сврши.”¹⁰⁴⁷ На појединим местима се говори само о послу, па се можда може претпоставити да се

¹⁰⁴¹ Члан 722.

¹⁰⁴² Члан 716.

¹⁰⁴³ Члан 711.

¹⁰⁴⁴ Члан 713.

¹⁰⁴⁵ Члан 714.

¹⁰⁴⁶ Члан 715.

¹⁰⁴⁷ Члан 712.

мисли на диференцијацију у смислу уговора о најму радне снаге. Међутим, законодавац је само користио општу формулацију, а уколико се одредбе тумаче посматрајући суштину, може се видети да се ипак односи на оба уговора, односно да су одредбе тако испреплетане да је тешко приклонити се јединственом ставу. С друге стране, називи уговорних страна посленик и наручилац говоре у прилог уговора о дела. Такође, одређене одредбе попут оних које говоре о лицу које даје материјал за израду одређене ствари сведоче о уговору о делу. Уколико се посматра глава двадесет шеста Аустријског општег грађанског законика (ABGB) на основу којег је и настао СГЗ, који говори о Уговорима о службама за које се даје накнада и наслов „Уговор о служби и делу”, види се да је законодавац ова два уговора не само теоријски препознао, већ и диференцирао. Поставља се питање зашто Јован Хацић приликом рецепције Аустријског грађанског законика није и ове одредбе уредио по узору на поменути Законик. Разлози су највероватније практичне природе. Вероватно је, да у народу, уговор о најму радне и уговор о делу нису били препознатљиви, већ се једно лице обавезивало да изврши одређени посао за одређену цену. Како је Јовану Хацићу, један од циљева, приликом израде СГЗ, био да буде разумљив и обичном човеку, онда је могуће ово недиференцирање подвести под овај разлог. С друге стране, можда су утицали и лични разлози. На овај начин, он је могао да избегне многе тешкоће приликом дефинисања и уређивања, два различита, а веома слична института. Можда се, баш код овог уговора може видети пример једног квазитрансплата.

4.3.4. Уговор о ортаклуку

Уговор о ортаклуку регулисан је у глави XXVII од 723-758. члана и у глави XIV где је обрађена заједница имовине која настаје недељењем наследства. Такође, одредбе расуте по целом тексту Законика могу у одређеним случајевима да буде примењене и на ортаклук.

Хацић је за назив овог уговора узео турску варијанту речи како би посебно истакао заједнички подухват с циљем стицања добити. Турска реч, ортаклук, могла би да буде замењена српском, тековинско друштво.¹⁰⁴⁸

¹⁰⁴⁸ Види: Аранђеловић, Д. –Аустријски грађански законик-превод, *Архив за правне и друштвене науке*, Београд, 1906, стр. 153.

СГЗ дефинише ортаклук као консенсуални уговор који настаје сагласношћу воља два или више лица о удруживању рада и/или ствари ради остварења заједничке користи коју би међу собом делили.

„Уговор ортачки бива онда, кад се два или више њих лица сложе, да свој труд, или и ствари своје уложе на то, да корист, која се отуд добије, међу собом деле.“¹⁰⁴⁹

Уговор о ортаклуку је прави обострано-обавезујући уговор (*contractus bilaterales aequales*) јер сваки је ортак за своје обавезе дужник према осталим ортацима, а заједно са осталим ортацима поверилац према сваком поједином ортаку.

Члан 752. прописује да ортачка права и дужности, у начелу, не прелазе на наследнике и да наследници једино имају право да траже рачун.¹⁰⁵⁰ Из овога произилази особина *intuitu personae* уговора о ортаклуку. Међутим, оно што уноси забуну и наводи, можда, на супротно мишљење јесте следећи став истог члана који наводи да уколико би наследници остали у ортаклуку, они би били дужни да положе рачуне.¹⁰⁵¹ Још већу забуну уноси члан 754. који прописује да уколико наследник умрлог ортака не би могао да испуни дужности умрлога, онда ће му се од његовог дела нешто одбити.¹⁰⁵² Али вратимо се на почетни члан који наводи да права и дужности ортака не прелазе на наследнике и римску претпоставку да у случају смрти једног ортака, ортаклук се гаси, као и да ортаци могу уговорити нови ортаклук. Могуће да се овде мисли управо на ту ситуацију када ортаци уговорају нови ортаклук, а један или више њих је један од насленика.

Ортаклук је теретни прави посао. То се може закључити из обавезе ортака да унесу улог који се може састојати у средствима и/или раду.¹⁰⁵³ Ортаци уносе ортачки удео у главницу ортаклука и тако истовремено стичу и право удела у заједничкој главници односно подели постигнуте добити.¹⁰⁵⁴

И најзад уговор о ортаклуку је дуготрајан. Без обзира да ли се односи *societas unius* („само на једну особиту ствар или опредељену суму“)¹⁰⁵⁵ или на *societas omnium*

¹⁰⁴⁹ Законик Грађански за Књажество Србско, Књигопечатња Књажества Србског, Београд, 1844.

¹⁰⁵⁰ Члан 752.

¹⁰⁵¹ Члан 752.

¹⁰⁵² Члан 754.

¹⁰⁵³ Члан 723.

¹⁰⁵⁴ Члан 727.

¹⁰⁵⁵ Члан 724.

bonorum („може на сва добра без разлике и изузећа”)¹⁰⁵⁶ или пак на *societas quaestus* („ако би било изражено будуће имање”)¹⁰⁵⁷, циљ ортаклука је да траје одређени временски период како би ортаци остварили заједничку имовинску добит.

Дакле, уговор о ортаклуку по СГЗ је консенсуалан, обострано обавезујући (*contractus bilaterales aequales*), *intuitu personae*, теретан и дуготрајан што значи да је задржао особине које је имао *societas* у римском праву.

Битни елементи

Битни елементи уговора о ортаклуку су улог и циљ који се жели постићи.¹⁰⁵⁸

Улог

Улог ортака је могао да буде у стварима и раду. На то и упућује дефиниција дата на почетку излагања о уговору о ортаклуку.¹⁰⁵⁹ Када је реч о стварима као улогу, то могу најразличитије ствари, новац, индивидуално одређене ствари, као и генеричке ствари или како законодавац наводи да се предмет уговора односи: „на сва добра без разлике и изузећа”.¹⁰⁶⁰ *Exepli causa* су наведени миљкови, еснап и плодови.¹⁰⁶¹ Када је реч о раду, изгледа да је он могао бити како физички, тако и интелектуални. У дефиницији, законодавац наводи само труд, који би по етимологији требало да означава интелектуални рад, али касније када говори о подели добити помиње и радњу што значи да је физички рад могао да буде предмет улога.¹⁰⁶² Сваки ортака дужан је да унесе једнак део у ортаклук, осим ако није другачије уговорено.¹⁰⁶³

СГЗ наводи да је потребно да се ортачки удели запишу како би се знало ко је шта уложио и то у случају када је „уговор само на садашње или само на будуће имање ограничен.”¹⁰⁶⁴ Уколико то није случај, онда ће се одредбе о задрузи применити.¹⁰⁶⁵ Оно што су ортаци унели на име улога сачињава главницу ортаклука и како вели

¹⁰⁵⁶ Члан 724.

¹⁰⁵⁷ Члан 725.

¹⁰⁵⁸ Неки аутори сматрају да је улог битан елемент уговора о ортаклуку, а циљ излажу у делу који прописује врсте ортаклука.

¹⁰⁵⁹ Члан 723.

¹⁰⁶⁰ Члан 724.

¹⁰⁶¹ Члан 724.

¹⁰⁶² Члан 739-740.

¹⁰⁶³ Члан 729.

¹⁰⁶⁴ Члан 726.

¹⁰⁶⁵ Члан 726.

законодавац, „принадлежи свима заједнички.”¹⁰⁶⁶ Поставље се питање да ли то значи да ортаци стичу заједничку својину на унетим стварима или евентуално сусвојину? На основу саме реченичне контрукције, могло би се за закључити да је у питању заједничка својина. Међутим, да ли је то тако? Уколико се обрати пажња на члан 494, може да се дође до супротног закључка.

*„Ово јединство живота и имања ако се оснива на уговору, принадлежаће од чести к смесништву имања или ортаклука, од чести пак к одношајима задруге, и по томе ће се мерити и судити.”*¹⁰⁶⁷

То значи да ортаклук може настати између осталог и недељењем наследства. Начин на који је формулисан параграф указује да се смесништво имања и ортаклук овде узимају као синоними. Такође, претпоставља се да је Јован Хацић овде употребио реч лаички како би текст Законика био размљив и обичном човеку.¹⁰⁶⁸ Такође, могуће је да је Хацић просто превео текст Аустријског општег грађанског законика где се помиње заједничка својина. Наиме, аустријско право није направило потпуно диференцијацију између заједничке својине и сусвојине, па је из тог разлога оваква одредба у СГЗ. Међутим, када је о ортаклуку реч и АГЗ стоји на становишту да се ради о сусвојини.

Улози одређени уговором о ортаклуку могу бити накнадно повећани уколико би околности тако захтевале, односно уколико циљ уговора не би могао да се постигне са примарно одређеним уделом.¹⁰⁶⁹

Улог као битан елемент остао је на основама које је поставило римско право, како у погледу ствари које могу бити унете као улог, тако и у погледу врсте својине која настаје на унетим стварима.

Циљ

Други битан елемент уговора о ортаклуку је циљ који се хтео постићи.

¹⁰⁶⁶ Члан 726.

¹⁰⁶⁷ Члан 494.

¹⁰⁶⁸ О томе: М. Полојац, М. – *Ортаклук као заједница имовине у Српском грађанском законнику- историјски осврт на члан 727*, Српски грађански законик- 170 година, Београд, 2014, стр. 270.

¹⁰⁶⁹ Члан 726.

Дејство уговора

Када је реч о дејству уговора, СГЗ је у потпуности реципирао правилима римског права.

Уговор о ортаклуку се закључивао простом сагласношћу воља ортака, израженом прећутно или изричито. Приликом закључења уговора сваки од ортака уносио је одређену имовину у заједницу, односно улагао је одређени удео. Колики је удео био, ортаци су одређивали самим уговором.

Права и обавезе уговорних страна

Наиме, сваки од ортака је био дужан да уложи једнак део, осим ако није било другачије уговорено. Ортак који би уложио само рад, имао је права само на деобу добити, а не и на главницу.

Поделу добити, СГЗ је уопштено одредио на следећи начин:

*„Деоба користи треба на задовољство свију ортака да испадне; и ту висина гласова не пресуђује, но треба онако да буде, као што деобе у опште бивају.“*¹⁰⁷⁰

И овде се добит дели према висини улога. У осталим члановима се детаљно одређује начин поделе добити када је улог само у раду, начин поделе добити која се не састоји у новцу, као и решење када постоји само губитак, а не и добит.

СГЗ говори о одговорности ортака само у једном члану и регулише је на општи начин.

*„ Сваки ортак одговара за штету, коју би својом кривицом прозроковао, и дужан је накнадити.“*¹⁰⁷¹ У наставку истог члана говори о (не)могућности компензације штете коју би ортак причинио и користи коју би постигао за ортаклук. Ту могућност СГЗ допушта само уколико би ортак надокнадио штету новим послом и уједно и добит остварио.

Заједничко обављање послова, СГЗ поверава заступнику.

¹⁰⁷⁰ *Ibidem.*

¹⁰⁷¹ *Ibidem.*

„Онај, коме би се деловодство поверило, био ортак, или стран, један или више њих, сматраће се као пуномоћник.“¹⁰⁷²

За разлику од римског права где је *mandatar* био обавезан да ефекте правних послова пренесе на остале ортаке, овде је заступник обављао послове на основу пуномоћја које би му дали сви ортаци. Пуномоћник је могао да буде како један од ортака тако и треће лице. Такође, послове пуномоћника је могло да обавља једно лице или више њих. Пуномоћника су по СГЗ бирали сви ортаци, већином гласова. Ортак који би обављао послове пуномоћника био је дужан да води пословне књиге и да их покаже осталим ортацима када они затраже. Ортакско друштво је могло да се обавезе према трећима само на основу пуномоћја.

Престанак уговора

Разлозима престанка ортаклука, СГЗ је поверио осам чланова. Ортаклук се гаси из следећих разлога: извршењем посла, исцрпљивањем ортачке главнице, истеком времена, стечајем, падањем под старатељство, иступањем, смрћу.

Ортаклук, најпре престаје када се уговорени посао заврши, услед немогућности настављања започетог посла, исцрпљивањем ортачке главнице као и када је уговорено време трајања ортаклука истекло.

Ортачки уговор може престати и пре времена уколико неки од ортака умре или иступи. Али Законик наглашава да ће се то десити једино уколико умре или иступи ортак од чије је способности зависило руковођење ортаклуком. Уколико ортакско друштво броји само два ортака, смрћу једног од њих престаје уговор о ортаклуку. Као и у римском праву, ортачка права и дужности не прелазе на наследнике.

Такође, ортаклук престаје пре времена и кад неко од ортака не испуњава уговорене услове, падањем под стечај, проглашењем од стране суда за расипника, падањем под старатељство, губитком поверења. Уколико време трајања ортаклука није одређено нити то произилази из природе посла, сваки ортак може да иступи када хоће, само не у невреме.

¹⁰⁷² Члан 737.

Разлози за престанак ортаклука који су подељени у три групе у римском праву, могу се уочити и у СГЗ.

Неке посебне врсте ортаклука

Када се говори о врстама ортаклука, СГЗ стипулише три врсте: *societas omnium bonorum*, *societas unius rei* и *societas quaestus*. Ове три врсте немају свој посебан назив већ се описно изражава њихова суштина.

Societas omnium bonorum је одређен у члану 724. То је таква врста ортаклука која настаје обједињавањем целокупне садашње и будуће имовине. До закључка да се ради о овој врсти, долази се тумачењем односног члана који наводи да се ортачки уговор може односити: „на сва добра без разлике и изузећа...”¹⁰⁷³

И *societas unius rei* је заступљен у СГЗ. Законодавац га описује у само једном члану где наводи да се: „ортачки уговор може односити на једну особиту ствар или опредељену суму”.¹⁰⁷⁴

Када је у питању *societas quaestus* тек посредним начином се може доћи до закључка да и њега препознаје СГЗ. Члан 725. одређује:

„...Ако би неопредељено било речено све имање, опет се не разумева будуће имање но садашње; ако би изражено било и будуће имање, опет се не разумева оно што ће се наследити, но само оно, што ће се добавити“¹⁰⁷⁵.

Дакле, Законодавац одређује ову врсту прописујући да ортаклук може да се односи на будућу имовину коју ће ортаци стећи својом делатношћу што и јесте суштина ове врсте ортаклука.

Занимљиво је напоменути и породичну задругу. СГЗ је задругу или задружну кућу дефинисао скуп више пунолетних лица који сами или са својом потомством су у заједници живота.¹⁰⁷⁶ Питање које се овде поставља је: да ли задруга има уговорни карактер? Јер уколико има онда се може сматрати једном врстом ортаклука. Један од главних заговорника њене уговорне природе био је професор Живојин Перић који је

¹⁰⁷³ Члан 724.

¹⁰⁷⁴ Члан 724.

¹⁰⁷⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁷⁶ Члан 57.

уговорни карактер задруге објаснио поставивши питање да ли ће се сматрати да постоји задруга или ортаклук уколико се наследници по смрти *de cuius*-а не изјасне. Он одговара да ће постојати задруга из разлога што законодавац заједницу имања, живота и рада између сродника сматра задругом што се види из чланова 57. и 507. СГЗ. Он даље наводи да законодавац претпоставља задругу зато што у њој види најсавршенију заједницу. Проф. Перић наглашава да задруга и почива на престанку заједничара што значи да је једна врста уговора. Наводи и да је задруга посебни облик ортаклука, ортаклук којег законодавац привилегује. Имајући у виду да је у њој сваки господар својих права то није ништа друго већ једна врста ортаклука, с тим што је потребно да буду испуњени услови из члана 507.¹⁰⁷⁷

Имајући у виду ову поделу о врстама ортаклука, може се приметити да од четири врсте постављене у римском праву: *Societas omnium bonorum*, *societas unius rei*, *societas quaestus* и *societas alicuius negotiationis*, у СГЗ постоје само први три и један подоблик *societas alicuius negotiationis*. Реч је о *societates venaliorum* (трговачка удружења). Постојање неког подоблика овог ортаклука, може се пронаћи у делу који говори о обавезивању према трећем¹⁰⁷⁸, односно пуномоћју за обавезивање целог ортаклука, затим одредба о тајним ортацима¹⁰⁷⁹ и у делу о разлозима за престанак ортаклука.¹⁰⁸⁰ Вероватно су ове штуре одредбе и довеле до доношења Српског трговачког законика из 1860. године¹⁰⁸¹ који ја сва недостајајућа питања прописао и уредио. Када је реч о преостала два *societates publicanorum* и *societates argentariorum* јасно је зашто своје место нису нашла у СГЗ. Док је у Риму било уобичајено да држава приватним лицима даје концесију за обављање одређених државних послова, какво је било сакупљање јавних дажбина од стране публикана, порез је, од доношења СГЗ, вршила држава те стога и нема ове врсте ортаклука. Када је реч о *societates argentariorum* односно удружење банкара, лица коју су вршила банкарску делатност, јасно је зашто та врста не постоји у СГЗ. Прва банка је била основана тек 1884. године под називом „Привилегована народна банка Краљевине Србије” као акционарско друштво, а 1920. године је прерасла у Народну банку Краљевине Срба, Хрвата и

¹⁰⁷⁷ О томе: Ж. М. Перић, Ж. – *Задружно право по Грађанском законнику Краљевине Србије* (Коментар гл. XV. Другог Дела Грађ. Законика, односно 507-529), Издавачка књижарница Геце Кона, Београд, 1924, стр. 97.

¹⁰⁷⁸ Члан 748.

¹⁰⁷⁹ Члан 750.

¹⁰⁸⁰ Члан 758.

¹⁰⁸¹ Законик трговачки за Књажество Србију представљао је најважнији извор права у овој области. Донет је јануара 1860. године и садржао је седам глава и 140 параграфа који су били подељени у два дела.

Словенаца. Како ово спада у опсег трговинског права, неће бити даљег излагања о томе.

Када је реч о подели, насталој у римском праву, на орочене и неорочене као и на условне и безусловне, СГЗ говори једино о првој подели и то у делу који се односи на престанак ортаклука. Имајући у виду одредбу која одређује да се ортаклук гаси уколико протекне рок на који је закључен, може се посведочити о ороченом ортаклуку,¹⁰⁸² а у делу који наводи начин и време иступања ортака из ортаклука када није одређен рок, о неороченом ортаклуку.¹⁰⁸³

4.3.5. Уговор у пуномоћству и деловодству

Уговор о пуномоћју је смештен у главу XXII која носи назив „*О пуномоћству и деловодству*”. Осим тога, поједине одредбе примењиве на овај уговор могу се наћи у глави XVII која садржи основне одредбе о уговорима.

*„Уговор пуномоћства јест такав уговор, којим ко власт добија, у име другог и за другог што чинити пуноважно.”*¹⁰⁸⁴

Дакле, уговор о пуномоћју је такав уговор којим једно лице поверава другом обављање једног или више послова.¹⁰⁸⁵ Или у духу савремене правничке терминологије то је такав уговор којим се пуномоћник обавезује да на основу овлашћења властодавца, у његово име и за његов рачун, обави одређене правне послове, уз накнаду или бесплатно.

Уговорне стране код овог уговора су властодавац односно лице које даје овлашћење и пуномоћник, лице коме се овлашћење даје. Овлашћење за заступање који властодавац даје пуномоћнику, назива се пуномоћје.¹⁰⁸⁶

Уговор о пуномоћју је консенсуалан. Законодавац ни на једном месту није напоменуо да је уговор о пуномоћју консенсуалан, нити то може да се примети на основу неке друге реченичне конструкције. Међутим, имајући у виду општу одредбу о томе када је уговор закључен, као и чињеницу да никаква друга радња осим

¹⁰⁸² Члан 751.

¹⁰⁸³ Члан 757.

¹⁰⁸⁴ Члан 609.

¹⁰⁸⁵ Члан 609.

¹⁰⁸⁶ Члан 610.

сагласности воље није потребна да би овај уговор настао, може се закључити да је консенсуалност, ипак, битно обележје овог уговора.

Уговор о пуномоћству је неформалан. Иако законодавац у члану 610. наводи да „власт та написмено стављена” је пуномоћје, нигде се не предвиђа обавезна форма. Писмено израђено пуномоћје треба да олакша, првенствено, пуномоћнику да се он заиста и покаже као такав, као и да поступа пред органима. Пуномоћнику пуномоћје служи као путоказ у обављању правних послова. С друге стране, пуномоћје „штити” властодавца од могућих злоупотреба од стране пуномоћника.

Уговор о пуномоћству је прави или неправо обострано-обавезујући. Особина овог уговора, односно његово сврставање у једну или другу категорију, зависи од тога да ли је уговорена накнада или не. Уколико се пуномоћник обавезе да бесплатно заступа властодавца, тада је реч о неправо обострано обавезујућем уговору. Али, ако је уговорена накнада коју властодавац треба да плати, онда ће уговор бити обострано обавезујући.

Уговор о пуномоћству је добротан или теретан. Уколико је властодавац дужан да плати одговарајућу надокнаду, онда је уговор теретан, а ако такве обавезе нема, онда је добротан. То се види из члана 619. који говори о праву пуномоћника на накнаду штете, предвиђајући да је он имати право на накнаду само уколико је бесплатно преузео на себе обавезу, у супротном, уколико је накнада уговорен, он нема право на њу.

Уговор о пуномоћству и деловодству из СГЗ је најближи римском *mandatum*-у, али се с њим не поистовећује из неколико разлога. Први и најважнији, био је врста посла који се предузима. Римски *mandatum* подразумевао је обављање како материјалних тако и правних послова, док је уговор о пуномоћству могао да буде закључен само за обављање правних послова. Даље, док је римски уговор о мандату подразумевао преузимање правних послова у своје име, а за туђи рачун јер Римљани нису познавали установу непосредног заступања, правни послови према уговору из СГЗ се преузимају у туђе име и за туђи рачун.

Упоређујући карактеристике римског *mandatum*-а и уговора о пуномоћству и деловодству у СГЗ може се уочити следеће: римски *mandatum* био је консенсуални контракт *bona fidei*, неформалан, *bilaterales inaequalis* и добротан. СГЗ, за разлику од

римског права, дозвољава да овај уговор буде и доброчин и теретан. Уколико је он доброчин, онда су карактеристике исте: консенсуални контракт *bona fidei*, неформалан, *bilaterales inaequalis* и доброчин. С друге стране, уколико је уговор теретан, онда су карактеристике другачије управо због чињенице да плаћање накнаде, осим што мења ту особину уговора, мења још једну. Уговор онда постаје прави обострано обавезујући. Бесплатност римског *mandatum*-а нормална је последица римског робовласничког друштва где је плаћање надокнаде сматрано понижењем за слободног човека. С друге стране, у Кнежевини Србији, а касније и Краљевини СХС давање надокнаде за ову врсту правног посла било је, не само нормално, већ и уобичајено. Без обзира на то, постојала је могућност да се правни посао и бесплатно што је касније преузето и у Закону о облигационим односима.

Битни елементи

Законодавац није ни у једном члану поменуо битне елементе уговора у смислу одређивања њих као таквих. Међутим, на основу свих одредби о овом уговору, може се закључити да су то: правни посао који пуномоћник треба да преузме у име и за рачун властодавца и накнада за заступање уколико је уговорена.

Правни посао

Пуномоћник може уговором бити овлашћен да обави један или више правних послова у име и за рачун властодавца. Разуме се да је правни посао морао да буде могућ и дозвољен.¹⁰⁸⁷ Имајући на уму обим правних послова и карактер овлашћења која пуномоћник добија у пуномоћју, оно може бити опште и посебно. СГЗ је предвидео низ правних послова који су морали да буду поименце наведени у пуномоћју како би пуномоћник могао да предузме исте. Реч је о продаји туђе ствари у име другог, наплати одређеног потраживања, задуживање властодавца, подизање туђег новца, вођење парнице, давање заклетве и поравњање.¹⁰⁸⁸ Разлог настајања ове одредбе је у могућој злоупотреби од стране пуномоћника, поготово у случају када он има опште и неограничено пуномоћје, па самим тим може да преузме правне радње које могу да имају значајне, а нежељене последице за властодавца. Из тих разлога, пуномоћник, који

¹⁰⁸⁷ Члан 538.

¹⁰⁸⁸ Члан 613.

има опште и неограничени пуномоћје, не може преузети наведене радње, већ мора имати пуномоћје а) о свакој поједној радњи, или б) о више међусобно повезаних послова, односно посебно пуномоћје и в) опште пуномоћје с напоменом на који се правни посао односи.¹⁰⁸⁹ Следећи члан је занимљив јер личи на претходни, али се ипак разликују:

„Да ко у име другога наследство прими или одбаци; да ортачки уговор закључи; или поклон учини; или поравнатељног судију изабере; или ненаплатно право какво уступи; изискује се особито само на те послове гласеће пуномоћје.”¹⁰⁹⁰

Дакле, овде није довољно да се у пуномоћју означи правна радња или само да се спомене да се уопште наслеђе може примити или одбити, ортачки уговор закључити, поклон учинити, итд, него се мора тачно навести, чије наслеђе може да се прими или одбије, са ким се закључује ортачки уговор, коме се поклон чини итд.

Када је реч о првом битном елементу, постоје разлике између римског *mandatum* и пуномоћја у СГЗ. Прво, битни елемент римског *mandatum*-а је била бесплатна услуга. О бесплатности као особини *mandatum*-а биће касније речи. Посао који је налогопримац преузимао по овом уговору, могао је да буде материјални, мануелни (*operae illiberales*) попут окопавања земљишта, оправке одређене ствари, шића одела, итд, а могло је да се ради и интелектуалном послу (*operae liberales*) као што је нпр. подучавање одређеној вештини, услуге лекара итд. Ако се радило о правном послу (куповина или продаја одређене ствари, закључење уговора, заступање пред судом) мандатар је имао положај посредног заступника, све акте је преузимао у своје име, али за туђ рачун. То је даље значило да су ефекти правног посла погађали директно њега, али је са друге стране био дужан да их пренесе мандату или трећем лицу. С друге стране, битни елемент уговора о пуномоћју у СГЗ је био правни посао. Уколико би једно лице преузело неки материјални односно мануелни посао, то би био предмет уговора о најму, јер је уговор о пуномоћју био резервисан само за правне послове. Разлика је била и у томе што је пуномоћник по СГЗ преузимао правне послове у туђе име и за туђи рачун тако да није било потребно ефекте правног посла преносити на властодавца с обзиром да је исти ефекат био као да га је властодавац сам преузео.

¹⁰⁸⁹ Види: Матић, Д. – *Објашњење грађанског законика за Књажевство Србско I-III*, Београд, 1851, стр. 827.

¹⁰⁹⁰ Члан 614.

Без обзира на ове разлике које су, итекако евидентне, може се рећи да су оне, пре последица различитих друштвено-економских околности у којима су ови уговори настајали, него да су суштинске природе. Римљани, који су у почетку схватили да сваки човек мора сам и лично да преузима правне послове, нису до краја римске историје, створили установу непосредног заступања. С друге стране, управо из римског *mandatum*-а је настао уговор о пуномоћству, рецепцијом и уобличавањем, у Аустријском, преко Српског грађанског законика све до савременог Закона о облигационим односима. Јер говорећи о разликама између ова два уговора, било би исто као да говоримо о разликама којота и шакала, једног који настањује Северну Америку, другог који настањује Африку, Азију и Европу, а обојица постичу из истог царства, колена, разреда и рода, а њихове разлике су последица управо различитих, између осталог, климатско-географских фактора настајања.

Накнада

Уколико је уговор закључен као теретан, накнада је његов битан елемент. СГЗ говори о накнади у једном члану када говори о праву пуномоћника на накнаду штете, предвиђајући да ће имати право на накнаду само уколико је бесплатно преузео на себе обавезу, у супротном, уколико је накнада уговорена, он нема право на њу. Осталих одредби нема. Нема ни одредби о висини, као ни условима које она треба да испуњава. Оно што је сигурно је да су уговорне стране одређивале накнаду споразумно. Како накнада није ништа до цена која се плаћа за заступање, вероватно је и она морала да испуњава услове који су важили код продаје и куповине. Морала је да буде у новцу, одређена или одредива, истинита и правична.

Када је реч о накнади као битном елементу, СГЗ стоји на становишту да она може да буде уговорена, а и не мора, што значи да оставља аутономију уговорним страна. То даље значи да по СГЗ уговор може да буде како доброчин, тако и теретан. Римско право је, с друге стране, прокламовало бесплатност мандата. Бесплатност мандата почивала је на римском схватању да је рад за накнду недостостојан слободан човека. То је било у складу са римским робовласничким друштвом и коришћењем јефтине радне снаге, пре свега преко *locatio-conductio operarum*. Међутим, иако се два уговора разликују по том битном елементу и римљани су врло рано изналазили различите начине за постизање овог циља путем *salarium* и *honor*.

Дејство уговора

Права и обавезе уговорних страна зависе од тога да ли је уговор као закључен са накнадом или не. У првом случају, биће прави обострано обавезујући што значи да ће обавезе настати за обе уговорне стране. Главна обавеза пуномоћника је обављање правног посла у границама датих овлашћења, а властодавца да плати накнаду. Уколико је уговор закључен без надокнаде онда ће он бити неправо обострано обавезујући јер ће постојати обавеза само за пуномоћника. Међутим, током трајања уговора може да настане обавеза и за властодавца, поготово ако је пуномоћник имао трошкове око извршења посла.

Права и обавезе уговорних страна

Обавеза пуномоћника

Основна обавеза пуномоћника је обављање правног посла. Он је дужан да поверени посао обави у границама датих овлашћења. Законодавац наводи да је из тог разлога потребно да границе буду тачно одређене како их не би прекорачио. Уколико се то деси, онда како Законик вели: „за сва следства одговарати мора.”¹⁰⁹¹ Уколико никакве границе нису назначене, онда он мора поступати по свом нахођењу, као у својим сопственим пословима, по својој процени и то тако да посао испадне најбоље за властодавца.¹⁰⁹² Пуномоћник је дужан да сходно свом обећању¹⁰⁹³ којим је примио сва права и дужности, посао поштено и ваљано изврши и да добит пренесе на властодавца.¹⁰⁹⁴ То произилази из чињенице да пуномоћник поступа у туђе име и за туђи рачун. Па тако, све послове које преузме пуномоћник са трећим лицем, у складу са пуномоћјем, има исте ефекте као и да их је властодавац сам преузео.¹⁰⁹⁵ Пуномоћник је, у начелу, дужан да поверени посао сам изврши. Уколико га пренесе на друго лице, одговараће као да је он сам радњу преузео, осим уколико није изричито уговорено да може да га пренесе на друго лице. Међутим, и тада је дужан да води рачуна на кога преноси пуномоћје, у супротном одговараће за кривицу.¹⁰⁹⁶ Уколико пуномоћник за време трајања уговора претрпи штету, он може захтевати наканду само уколико је

¹⁰⁹¹ Члан 611.

¹⁰⁹² Члан 612.

¹⁰⁹³ Члан 531.

¹⁰⁹⁴ Члан 615.

¹⁰⁹⁵ Члан 620.

¹⁰⁹⁶ Члан 616.

уговор склопљен без накнаде. У супротном, нема права на накнаду штете.¹⁰⁹⁷ Пуномоћник који причини штету властодавцу, биће дужан да је надокнади.¹⁰⁹⁸ Такође, он ће бити дужан да по завршетку правног посла положи рачун властодавцу.¹⁰⁹⁹

У римском праву је обавеза настајала само за налогопримца, с обзиром да је уговором био неправи обострано обавезујући. Његова главна обавеза била је извршење посла у границама датих овлашћења. И у СГЗ пуномоћник има исту обавезу. Међутим, док мандатар има обавезу да изврши како правни тако и материјални односно мануелни посао, пуномоћник је овлашћен на предузимање правног посла. Како је мандатар преузимао правни посао у своје име, а за туђ рачун, био је у обавези да ефекте правног посла пренесе на манданта. Пуномоћник је поступао у туђе име и за туђи рачун тако да су преузети правни послови погађали непосредно властодавца. Мандатар је у римском праву могао да повери посао заменику, али би у том случају сносио све последице тако повереног посла. Једино у случају када је мандатар изабран због његових стручних способности и знања, то не би било могуће. И СГЗ стоји на истом становишту, пуномоћник је, у начелу, дужан да поверени посао сам изврши. Уколико га пренесе на друго лице, одговараће као да је он сам радњу преузео, осим уколико није изричито уговорено да може да га пренесе на друго лице. Међутим, и тада је дужан да води рачуна на кога преноси пуномоћје, у супротном одговараће за кривицу.

Властодавац

Властодавац је дужан да плати предујам трошкова. Уколико би његовим кривицом била нанета штета пуномоћнику, дужан је да је надокнади.¹¹⁰⁰ Такође, уколико је уговор закључен као теретан, онда је дужан да плати одговарајућу надокнаду.

Уговор о налогу у римском праву био је *contractus bilaterales inaequales*, те су обавезе из овог уговора настајале само за мандатара. Међутим, у току трајања уговора могле су настати и одређене обавезе за манданта. Те обавезе биле су: надокнада трошкова и издатака које мандатар имао приликом извршења посла, ослобађање од преузетих обавеза и терета, надокнада штете коју је овај евентуално претрпео. Уколико се уговор о пуномоћству посматра као добротин, па самим тим и неправно обострано

¹⁰⁹⁷ Члан 619.

¹⁰⁹⁸ Члан 617.

¹⁰⁹⁹ Члан 617.

¹¹⁰⁰ Члан 618.

обавезујући, обавезе из овог уговора, настајале су само за пуномоћника. Додуше, властодавац је по СГЗ, такође, био дужан да накнадати трошкове које је овај имао и надокнади штету уколико би је пуномоћник претрпео. Са друге стране уколико се овај уговор посматра као прави обострано обавезујући, онда је властодавац имао обавезу плаћања надокнаде. Римски уговор о мандату је био увек бесплатан, те ова обавеза није постојала, макар формално, иако су римљани врло рано нашли друге начине за постизање ове сврхе.

Престанак уговора

Уговор о пуномоћству је престајао на различите начине. Разлози престанка били су бројни. Истек рока, извршење посла или наступање неког извесног догађаја су само неки од њих. Уговор је могао престати и опозивом од стране властодавца као и отказом од стране пуномоћника. Смрћу једне или друге уговорне стране, такође може престати уговор, као и падањем под стечај.

Уговорне стране су слободне да одреде време трајања уговора. Оно је могло да буде одређено календарски, наступањем неког извесног догађаја или извршењем посла.

Међутим, уговор може престати и пре рока опозивом од стране властодавца. У том случају, оно што би пуномоћник у име властодавца чинио, нема правно дејство.¹¹⁰¹ Међутим, опозив делује према трећим лицима тек кад сазнају за њега. СГЗ прописује да опозивање нема дејство према трећем лицу уколико оно није знало нити је морало знати да је пуномоћје опозвано. У том случају властодавац има право да тражи накнаду штете од пуномоћника.¹¹⁰² Разлози правне сигурности налажу заштиту трећих савесних лица.

Уговор може престати и отказом од стране пуномоћника. Отказ не сме да буде дат у невреме или на штету властодавца, у супротном ће пуномоћник бити дужан да је надокнади.¹¹⁰³ Међутим, пуномоћник ће и након отказа, бити дужан да обавља оне послове који не трпе одлагање док год властодавац не би преузео бригу о њима.¹¹⁰⁴

¹¹⁰¹ Члан 622.

¹¹⁰² Члан 627.

¹¹⁰³ Члан 623.

¹¹⁰⁴ Члан 626.

Смрћу пуномоћника или властодавца, престаје уговор о пуномоћју уколико пуномоћје не гласи на наследнике или ако не би штета настала за њих. Наследници пуномоћника дужни су да обавесте властодавца о његовој смрти.¹¹⁰⁵

Уговор о пуномоћју престаје и стечајем. СГЗ наводи да чим одређено лице падне под стечај одмах престаје и пуномоћје тог лица. Штавише, све радње које би пуномоћник након тога преузео, немају правно дејство.

Када се упореде разлози престанка *mandatum*-а и уговора у пуномоћству, може се приметити да су они исти: извршење посла или истек рока, смрт које уговорне стране, опозивом и отказом.

Смрћу једне или друге уговорне стране, римски *mandatum* је престајао имајући у виду *intuitu personae* карактер уговора. Међутим, различите последице су произилазиле у зависности од ситуације да ли је умро мандатар или мандант. У сваком случају, мандат се гаси смрћу. Ако умре мандатар, оно што је мандант наложио односно његови захтеви садржани у мандату не прелазе на његове наследнике. У СГЗ, уговор је престајао из овог разлога само уколико он не би гласио на наследнике или ако за њих не би настала штета с обзиром да је он није морао по слову закона бити *intuitu personae*.

4.4. Општи имовински законик за Црну Гору

Општи имовински законик је најоригиналнија кодификација како на нашим просторима, тако и у светским оквирима. Решења која садржи Општи имовински законик су на јединствени, оригиналан и креативан начин изражена. Анализа његових одредби, конкретно уговора показује колико је његов творац, Валтазар Богишић остао доследан римским решењима.

4.4.1. Општи преглед

Општи имовински законик за Црну Гору представља један од најзначајних, ако не и најзначајнији, али сигурно најоригиналнији имовински законик који је дело чувеног Валтазара Богишића. Донет је на црквени празник Благовести 25. марта 1888. године.

¹¹⁰⁵ Члан 625.

Рад на Општем имовинском законуку започео је 1873. године. на захтев књаза Николе. Наиме, како је до тада важећи Данилов законик постао непримењљив због нових односа и потреба, књаз Никола је увидео да је Црној Гори неопходан нови законик. Соловјеј наводи да су иницијативу за избор Валтазара Богишића као писца, дали руски генерални конзул у Дубровнику Јонин и најутицајнији Дубровчанин Нико Пуцић Велики. Тако је пред сам крај 1872. године, Богишић обавештен да је руски император Александар II дао сагласност да се он упути у Црну Гору и помогне књазу и земљаској влади у састављању земаљског законика.¹¹⁰⁶ Валтазар је писмо примио¹¹⁰⁷ у Одеси где је предавао на Правном факултету.

Валтазар Богишић је био свестан тешкоћа које се могу појавити при изради овог законика, зато и не изненађује чињеница да је рад на законуку трајао шеснаест година. Већ 1873. године обављени су први разговори са књазом Николом где је постигнута сагласност да сви органи земаљске власти узму учешће у примремама. Такође је дато упуство свим државним институцијама да професору ставе на располагање све архиве,¹¹⁰⁸ а да институције не смеју да ставе ван увида ни један документ.¹¹⁰⁹ Како би законик одговарао народу и био прилагођен захтевима времена Богишић је израдио Упитник који је бројао око 2000 питања како би разназао обичаје и друштвени живот Црногораца, Албанаца и Херцеговаца.¹¹¹⁰ Процењивао је да добијени одговори на Упитник и сва сакупљена грађа, морају и те како да воде рачуна да будући црногорски законик мора да води рачуна о „схватањима која господаре у науци европских држава и свијета” и „легислативној пракси” европских старих и нових држава. Такође, није смело да се изгуби из вида „специфичност законодавног субјекта” односно Црне Горе и Црногораца. Богишић је и присуствовао седницима Сената по књажевом одобрењу. Како је изразио жељу да обиђе седиште судова, омогућене су му посете у седиштима свих 45 капетанских канцеларија. Колико је и сам књаз Никола био свестан како важности Богишићевог задатка, тако и саме његове личности, омогућен му је третман какав ни један странац, иако југосленског порекла, до тада није имао.¹¹¹¹

¹¹⁰⁶ О томе: V. Bogišić, *Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru, Izabrana dela, Tom I*, Podgorica, 2004, str. 14.

¹¹⁰⁷ У том тренутку, Валтазар Богишић је имао понуду да ради на престижном факултету у Варшави.

¹¹⁰⁸ Пре одласка на Цетиње, Богишић је провео време у Царској библиотеци у Бечу, као и Венецији где је у њиховим богатим архивима претраживао све оно што је сматрао значајним за сам рад на кодификацији.

¹¹⁰⁹ *Idem.*, стр. 17.

¹¹¹⁰ Више о томе: V. Bogišić, *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji, Izabrana dela, Tom III*, Podgorica, 2004.

¹¹¹¹ *Idem.*, *cmp.* 18.

Због тога овај законик представља комбинацију народних обичаја и класичних римских основа исказаних на једноставан и лако разумљив начин. Величанственост овог дела упутпуњују изреке које о основи подсећају на римске сентенце, а опет су написане лаким, поетичним и у потпуности одговарајућим стилем.¹¹¹² Из тог разлога је сматрао да научна и кодификаторска начела морају бити тесно везана за непосредну стварност словенских и југословенских земаља. Сматрао је да не постоје такве опште институције које би могле одговарати свим друштвима и срединама као и да снага закона нити сме нити може да потиче из снаге и голе моћи законодавца, већ из снаге народног живота и датих услова сваког времена.¹¹¹³

Значај Општег имовинског законика показује и чињеница да је након проглашења преведен на пет страних језика (француски, немачки, руски, италијански и шпански)¹¹¹⁴, а поводом 120 година од првог, односно 110 година од другог издања Законика, објављен је његов превод на енглески језик.¹¹¹⁵

Такође, могу се уочити одређене сличности између Мецеле и Општег имовинског законика. Те сличност се тичу систематике самог законика, терминологије и решења која су освојена за одређене правне институције. Када је реч о систематици, Општи имовински законик, као ни Мецела, не садржи наследно и породично право.¹¹¹⁶ Такође, оба законика садрже правне изреке. Иако се Валтазар Богишић трудио да употребљава домаће изразе и оне који одговарају датом институту у потпуности, у Општем имовинском законуку се налазе турски изрази као што су аманет (остава), чл. 390, 882, кесим (закуп стоке) чл. 322-327, кирија (закупнина) чл. 878, ортаклук (удруга) чл. 885. Између Мецеле и Општег имовинског законика постоје такође и сличности ро садржини, које се огледају и запажају у извесним установама као што су: натапање земаља, подлог, закуп земаља, кесим и аманет.¹¹¹⁷

Структура Законика је следећа:

¹¹¹² О томе: Митић, С. – Уговор о ортаклуку у римском праву, Српском грађанском законуку и Општем имовинском законуку за Црну Гору, Пешчаник, година XX, број 23, Ниш, 2022, стр. 259-269.

¹¹¹³ Види: Т. Никчевић, Т. – Општи имовински законик са Књажевину Црну Гору. Цетиње, 1980, стр. 8.

¹¹¹⁴ Види: Даниловић, Ј. – Живот и рад Валтазара Богишића-Поводом 150-годишњице рођења, Правни живот, бр. 1/1985, Београд, 1985, стр. 73

¹¹¹⁵ *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.

¹¹¹⁶ О томе: V. Bogisic, *O položaju porodice i nasljedstva u pravnoj sistemu*, Beograd 1893, str. 27.

¹¹¹⁷ Више о томе: М. Веговић, *Sličnosti i razlike između Mexele i Opšteg imovinskog zakonika za Crnu Goru*, Sarajevo, 1955.

1. Уводна правила и наређења- норме о важењу закона, о субјектима у праву, о имовини и њеној заштити и државини;
2. О власттини и о другим врстама права укоријењених у ствари- стварно право;
3. О куповини и о другим главнијим врстама уговора- облигационо право;
4. О уговорима у опште, као и о другим пословима, дјелима, приликама од којих дугови потјечу;
5. О човјеку и о другим имаоницима, као и о својевласти и у опште о располгању у имовинским пословима;
6. Објашњења, одређења и допуне.

Када је реч о консенсуалним уговорима схваћенх појмом римског права, Законик обрађује уговор о куповини, уговор о најму где се посебно обрађују и најам или закуп земаља, животиња дата у наполицу и под кесим, најам службе и радње, радња и помоћ на узајмицу и без узајмице, најам радње одсјеком, повјера или пуномоћје, проста удруга.

4.4.2. Уговор о куповини

Уговор о куповини је регулисан у трећем делу Општег имовинског законика¹¹¹⁸, у првом разделу. Осим тога одредбе о овом уговору се налазе и у четвртном делу Законика који говори уопштено о уговорима, као и у шестом делу где се налазе објашњења, одређења и допуне. Такође, одредбе које се могу применити на овај уговор се могу наћи и у осталим деловима Законика.

Законодавац овај уговор назива куповином и једино у делу, који носи назив: „Поглавито ка куповини и к другим главнијим врстама уговора”, и где дефинише сам уговор, поред назива куповина, наглашава да се ради о куповини и продаји.

ОИЗ је дефинисао уговор о куповини у делу где се налазе објашњења, одређења и допуне. То је такав уговор којим се једна уговорна страна обавезује да ће предати

¹¹¹⁸ У даљем тексту: ОИЗ.

другој у својину ствар, а друга страна да ће платити уговорену цену.¹¹¹⁹ На основу саме дефиниције и формулације коју је Богишић користио, може се приметити да је уговор о куповини консенсуалан. То се види и из одредбе која прописује да је „куповина завршена” чим се купац и продавац договоре о ствари која се продаје и цени која се за њу плаћа.¹¹²⁰

Уговор о куповини је неформалан јер може бити закључен у било којој форми. Међутим, уколико су уговорне стране одредиле да уговор треба да буде закључен у писменој форми или сам закон прописује писмену форму за поједине врсте куповине, уговор настаје тек када уговорне стране потпишу исправу.¹¹²¹¹¹²² Уговорне стране су слободне да предвиде одређену форму уговора и када закон то не захтева. У том случају, уговор је закључен тек када буде испуњена форма. Ако су предвиделе писмену форму, уговор ће прозиводити дејство тек када уговорне стране својеручно потпишу исправу или ставе знак (белег).¹¹²³ Законска форма мора да буде испоштована било да је законодавац предвидео да уговор треба да буде у писаној форми или да потписи буду оверени у суду. У супротом, уговор ће бити ништав.¹¹²⁴ Законодавац је предвидео и правила за случај да уговорне стране не знају да пишу.¹¹²⁵

Законодавац наводи да док купац не плати цену или не буде спреман да је плати, продавац има право да му не преда ствар осим ако се не ради о куповини на почек.¹¹²⁶ Из овог произилази да је главна обавеза продавца да преда ствар купцу у својину, а да је купчева главна обавеза плаћање цене. То даље значи да је уговор о куповини прави обострано обавезујући.

Како купац плаћа цену за ствар коју добија, а продавац добија цену за ствар коју купцу даје у својину, то је уговор о куповини теретан.

Овај најчешће коришћен уговор у правном промету носи назив уговор о куповини и тек на једном месту, и то више као објашњење, назива овај уговор као

¹¹¹⁹ Члан 872.

¹¹²⁰ Члан 222 став 1.

¹¹²¹ Члан 222 став 2.

¹¹²² Једна од предности ОИЗ је то што поједини чланови упућују на сходну примену других чланова који с њима у вези. Тако и овде члан 222. став.2 упућује на примену чланова 498-500.

¹¹²³ Члан 500.

¹¹²⁴ Члан 498.

¹¹²⁵ Члан 499: „Ко од њих писати не зна, треба да, умјесто потписа, начини на исправи какав својеручни билег (на пр. крст); кад се билег прави, треба да су при томе два свједока који ће се, у име свједоџбе, и потписати на исправи.”

¹¹²⁶ Члан 224.

продају и куповину. То значи да уговор није задржао римски, двојни назив. Разлог томе је вероватно у обичајима и већ одомаћеној употреби у народу. Могуће је и да разлог томе лежи у чињеници да се Валтазар Богишић послужио Аустријским општим имовинским закоником јер и он садржи исти назив. Када је реч о особинама римског *emptio-venditio* и уговора о куповини, може се рећи да су особине остале исте. Комутативност је, такође обележје овог уговора, али се нигде не помиње установа оштећења преко половине.

Битни елементи

*„Тек када се уговорници сложје и погоде битним страна посла о коме се договарају, уговор се сматра да је углављен.“*¹¹²⁷

Дакле, уговор настаје када уговорне стране постигну сагласност о битним елементима. Законик наводи да уговор о куповини настаје чим купац и продавац постигну сагласност у погледу ствари и цене.¹¹²⁸

Ствар

Законодавац не прописује, у делу у коме говори о куповини, каква ствар треба да буде. Одредбе о ствари се налазе у општем делу који садржи одредбе о настајању и предмету уговора. ОИЗ је негативно одредио предмет уговора, па ће тако уговор бити ништав¹¹²⁹ ако је његов предмет нешто што је немогуће¹¹³⁰, није у правном промету, забрањено законом или је противно моралу и добрим обичајима.¹¹³¹¹¹³² То даље значи да предмет уговора о куповини треба да је могућ, дозвољен, у правном промету и у складу са добрим обичајима. Ствари које могу бити предмет овог уговора могу бити непокретне¹¹³³, покретне¹¹³⁴, ствари одређене по врсти¹¹³⁵ и индивидуално одређене¹¹³⁶.

¹¹²⁷ Члан 494, став 1.

¹¹²⁸ Члан 222.

¹¹²⁹ Члан 917, 918.

¹¹³⁰ Члан 914.

¹¹³¹ Члан 915.

¹¹³² Члан 513.

¹¹³³ Члан 802.

¹¹³⁴ Члан 807.

¹¹³⁵ Члан 810, став 1.

¹¹³⁶ Члан 810, став 2.

Цена

Када је реч о цени као другом битном елементу, законодавац није предвидео услове које би она требало да испуњава. Једина одредба која се односи на цену прописује да уколико цена није одређена, узима се средња тржишна цена у време када је ствар наручена и у месту у које је наруџбина послата, осим ако је она прописана или околности не налажу нешто друго.¹¹³⁷

ОИЗ преузима битне елементе постављене у римском праву, а то су ствар и цена. Када је реч о првом битном елементу уговора, он је у потпуности преузет из римског права. Цена и услове које би она требало да испуњава, ОИЗ није детаљно прописао. Дакле, нема одредби да је неопходно да се она састоји у новцу¹¹³⁸, да је истинита, правична, док је предвидео правила уколико цена није одређена. Разлог непредвиђања наведена три услова лежи вероватно у чињиници да су они били предвиђени обичајним правом и као такви општепознати свима, па није било неопходно детаљно регулисање ових услова.

Капара

Капару је законодавац регулисао у делу који носи назив: „О особитим одредбама или углавцима који могу бити у уговору” као и у делу који даје објашњења, одређења и допуне, а који се односи на горе поменуте елементе уговора.

ОИЗ прописује да се капара или „задавак” даје као знак да је уговор закључен, а уједно као и осигурање да ће уговор бити извршен.¹¹³⁹ Законодавац је прописао да се капара враћа како када уговор буде извршен, тако и у случају његовог извршења.¹¹⁴⁰ Поставља се питање који су то случајеви? Капара се враћа након извршења уговора, уколико уговорне стране нису предвиделе другачије или ако закон или обичај не прописује другачије за поједине случајеве.¹¹⁴¹ Она се враћа и случају да уговор не буде извршен. Међутим, то ће се десити само ако до извршења не дође вољом оба

¹¹³⁷ Члан 223.

¹¹³⁸ Црна Гора до 1906. године није имала сопствену монету. На њеној територији у промету је био новац других држава, пре свега аустријски талијер, односно фиорин, а сви обрачуни вршени су у аустријској монети. Након Берлинског конгреса 1878. године, осим ове, коришћени су и златни амерички долари, златни француски наполеондори, италијанске златне лире, енглеске златне фунте, турске златне лире, итд.

¹¹³⁹ Члан 934.

¹¹⁴⁰ Члан 550.

¹¹⁴¹ Члан 550. став 1.

уговорника или због каквог узрока у коме не постоји кривица ни једне ни друге уговорне стране.¹¹⁴² Уколико уговор није извршен кривицом стране која је дала капару, она губи право на њен повраћај. С друге стране, уколико уговор није извршен кривицом стране која је примила капару, тада ће она бити дужна да преда њен двоструки износ ако није другачије уговорено.¹¹⁴³ Ако је приликом неизвршења уговора настала штета која премашује износ „просте капапре” како је ОИЗ назива, као њен двоструки износ, онда страна која је претрпела штету има право да захтева да се тај износ надокнади.¹¹⁴⁴

Одустаница је сума новца коју једна страна уговорница обећава да ће платити уколико одустане од уговора под условом да је одустанак законит.¹¹⁴⁵ Када се уговори овај елемент уговора, уговорна страна слободно може да изабере хоће ли уговор да изврши или да плати одустаницу и одустане од уговора.¹¹⁴⁶ Међутим, уколико уговорна страна која има право на одустаницу започне са извршењем или прими започето извршење од друге стране, она не може више одступити од уговора, ако друга уговорна страна на то не пристане. Такође, уколико је изјавила да ће платити одустаницу, друга уговорна страна нема право да захтева извршење уговора. Ова правила важе уколико уговорне стране нису нешто друго предвиделе.¹¹⁴⁷

У класичном праву, капара, *arra confirmatoria*, била је само знак да је уговор закључен, с том разликом што у римском класичном праву, страна која је дала капару, обично купац није имала право да одустане од уговора губећи капару, нити да она страна која је примила капару дублирајући износ то исто уради. Капара предвиђена у ОИЗ има функцију потврде закључења уговора као осигурања извршења истог. Из тог разлога се и предвиђају правила о једноструком односно двоструком повраћају капаре.

Капара као одустаница *arra poenitentialis*, уведена тек у посткласичном периоду, омогућавала је да купац одустане од уговора уз препуштање датог новца, док би продавац био дужан да преда двоструки износ капаре у случају одустанка. Ова врста капаре је другачије постављена у ОИЗ и предвиђа да страна може просто да одустане од уговора препуштајући износ капаре.

¹¹⁴² Члан 550. став 2.

¹¹⁴³ Члан 551. став 1.

¹¹⁴⁴ Члан 551. став 2.

¹¹⁴⁵ Члан 935.

¹¹⁴⁶ Члан 552. став 1.

¹¹⁴⁷ Члан 552. став 2.

Разлике које се могу уочити у капари и одустаници леже у чињеници да је римско право, првенствено, инсистирало на одржању уговора на снази и чињеници да је *arrha poenitentialis* уведена тек у посткласичном периоду, као и да је *arrha confirmatoria*, својим постепеним развитком како допринела настанку ове друге, тако и њеном приближавању.

Дејство уговора

Законодавац је много више одредби посветио правима и обавезама уговорних страна и њиховој одговорности.

Права и обавезе уговорних страна

Обавезе купца

Законодавац наводи да док купац не плати цену или не буде спреман да је плати, продавац има право да му не преда ствар осим ако се не ради о куповини на почек.¹¹⁴⁸ Из овог произилази да је главна обавеза купца плаћање цене. Купац треба да плати цену у року, на месту и на начин („у ономе мјесту, онда и онако“) како је уговорено или уобичајено.¹¹⁴⁹ Уколико место плаћања није одређено, то ће бити место где се ствар купцу предаје.¹¹⁵⁰ Уколико је купац у доцњи¹¹⁵¹ са плаћањем, када је у питању куповина за готово или је уговором предвиђено плаћање унапред ризикује да продавац одустане од уговора и захтева надокнаду штете. Продавац има то право и без остављања додатног рока.¹¹⁵²¹¹⁵³

Друга обавеза купца састоји се у пријему ствари. Купац прима ствар на начин како је у уговору одређено.¹¹⁵⁴ Све док купац не плати цену или не буде спреман да је плати, продавац има право да му не преда ствар, осим уколико је реч о куповини на почек. Чак и тада продавац има право да му не преда ствар уколико није извесно хоће ли бити у могућности да је исплати или постоји опасност да ли ће цену да плати без већег ризика, штете и тешкоћа. У том случају, купац не може захтевати од продавца

¹¹⁴⁸ Члан 224.

¹¹⁴⁹ Члан 227. став 1.

¹¹⁵⁰ Члан 227. став 2.

¹¹⁵¹ Члан 922.

¹¹⁵² Члан 548.

¹¹⁵³ Члан 228.

¹¹⁵⁴ Члан 227.

предају ствари уколико не зајемчи да ће испунити своју обавезу.¹¹⁵⁵ Купац је дужан да сноси трошкове преноса ствари, уколико уговор или обичаји не одређују нешто друго.¹¹⁵⁶ Купац сноси ризик за случајну пропаст ствари у тренутку преласка права својине са продавца на купца. Такође, од тренутка купац има право и на плодове. Ова правила важе уколико уговором није другачије предвиђено.¹¹⁵⁷ Међутим, у случају када је купац крив што му ствар није предата на време, одговара за случајну пропаст или оштећење ствари за време трајања доцње.¹¹⁵⁸ Када је немогуће одредити време када се случајна пропаст или оштећење догодило, односно пре или након преласка права својине на купца или би због посебних околности било очигледно неправедно да штету сноси продавац или купац, суд може досудити штету „на равне части” или како би у датом случају било оправдано.¹¹⁵⁹

Купац је и у римском праву и у ОИЗ имао обавезу да плати цену и презуме ствар. Док је у римском праву важило правило *periculum emptoris* што значи да је купац сносио штету за случајну пропаст ствари иако му још није предата, па самим тим није ни постао власник ствари, у ОИЗ као и у СГЗ купац сноси ризик за случајну пропаст ствари у тренутку преласка права својине са продавца на купца. Разлика у правилу могуће да је последица схватања законодавца о неправичности решења где би купац сносио ризик за случајну пропаст ствари, а да му она није ни предата.

Обавезе продавца

Главна обавеза продавца је да преда ствар купцу. Продавац има право да не преда ствар купцу док он не плати цену или не буде спреман да је плати, осим ако је куповина на почек.¹¹⁶⁰ Мерење продате ствари и остали трошкови око предаје из руку у руку дужан је да сноси продавац.¹¹⁶¹ Продавац одговара за штету која настане на ствари пре предаје и то услед његовог немара. Он, такође одговара за штету која настане услед непажљивог опремања продате ствари и то без ралике да ли је сам или неко други у његово име то учинио.¹¹⁶² Уколико продавац не преда ствар на време, па буде у доцњи,

¹¹⁵⁵ Члан 224.

¹¹⁵⁶ Члан 225.

¹¹⁵⁷ Члан 229.

¹¹⁵⁸ Члан 230. став 2.

¹¹⁵⁹ Члан 231.

¹¹⁶⁰ Члан 224.

¹¹⁶¹ Члан 225.

¹¹⁶² Члан 226.

сноси ризик случајне пропасти или оштећења ствари.¹¹⁶³ Када је немогуће одредити време када се случајна пропаст или оштећење догодило, односно пре или након преласка права својине на купца или би због посебних околности било очигледно неправедно да штету сноси продавац или купац, суд може досудити да штету снесе обе уговорне стране или како би у датом случају било оправдано.¹¹⁶⁴

Продавац је одговоран и за материјалне недостатке продате ствари. Законодавац наводи да је продавац одговоран за све скривене, обимније мане или недостатке који се нађу у самој ствари чак и уколико уговором то није било предвиђено. Продавац је одговоран и када је ствар лошијег квалитета од уговореног или од онога што је уобичајено за ту врсту ствари уколико јој то умањује општу или посебну вредност због које је и купљена, а продавцу је то било познато.¹¹⁶⁵ Продавац неће одговорати за недостатке који су купцу били познати или нису могли остати непознати при уобичајеног пажњи, осим ако га је продавац уверавао да ствар нема таквих недостатака. Ако продавац, при уговарању, сакрије недостатке ствари, одговараће и када је уговором био ослобођен такве одговорности.¹¹⁶⁶ Такође, продавац неће одговорати уколико купац, при уговарању и након пријема не би прегледао ствар са потребном пажњом, а имао је прилике да то уради. Када није одређен рок у коме купац треба да прегледа ствар, сматра се да је то уобичајени рок који је према приликама потребан. Продавчева одговорност не престаје уколико је ствар такве врсте да недостаци нису могли да се открију до одређеног времена или у уобичајено време него се они открију тек касније. Да би одговорност продавца постојала, неопходно је да купац обавести продавца чим их открије. Уколико се продавац користио преваром биће одговоран и када купац не би на време ствар прегледао.¹¹⁶⁷

Уколико је ствар послата купцу из другог места, а она, по његовом мишљењу, има недостатака за које је продавац одговоран, треба одмах након пријема да осведочи стање ствари. Законодавац наглашава да купац не сме да врати ствар продавцу без, како вели Законик: „опсвједоцбе тога стања незина.”¹¹⁶⁸ Ако је ствар која је послата купцу таква, да се може лако покварити, купац је дужан да одмах након „опсвједоцбе” извести продавца и тражи упутство, а у међувремену да учини све што је у његовој

¹¹⁶³ Члан 230. став 1.

¹¹⁶⁴ Члан 231.

¹¹⁶⁵ Члан 232.

¹¹⁶⁶ Члан

¹¹⁶⁷ Члан 234.

¹¹⁶⁸ Члан 235.

моћи да сачува ствар од квара. Када то не би било могуће, нити би могло да се чека упутство од продавца, купац је дужан да са допуштењем месних власти или саветом двојице поштених људи (тамо где нема месне власти) који немају интереса у том правном послу, прода ствар на начин који је најкориснији за продавца. Купац ће одговорати за штету уколико немаром или лукавством учини или пропусти да учини горе поменуте радње на штету продавца.¹¹⁶⁹

Уколико ствар има недостатак купцу стоје на располагању две алтернативне могућности: или да раскине уговор или да захтева сразмерно снижење цене. Уколико су у питању генеричке ствари, купац може захтевати ствар исте врсте и исте количине. И продавац може заменити ствар истом врстом и истом количином, али он то мора учинити одмах.¹¹⁷⁰ Уколико купац тражи раскид уговора, а суд процени да би то било очигледно претешко за продавца, може наложити да уговор остане на снази, а да се цена сразмерно снизи.¹¹⁷¹ Када се раскине уговор, купац враћа ствар са свим „приложјем” (прираштајем, припатком и споредним правима), а продавац враћа цену са каматом. Суд може одлучити да се плодови или добитак са ствари и камата пребију.¹¹⁷² Правила о враћању ствари зависи од тога да ли је држалац савестан или не. У првом случају, савесни држалац нити враћа нити накнађује плодове и добит које је примио са ствари. Плодови који нису одвојени се враћају заједно са ствари.¹¹⁷³ Несавестан држалац враћа све плодове, чак и оне који су потрошени, па чак и оне која би ствар дала.¹¹⁷⁴ И у случају раскида уговора и снижења цене, продавац је дужан да накнади купцу све трошкове као и штету коју је овај имао због рђавог испуњења.¹¹⁷⁵

Законодавац је предвидео и рок застарелости потраживања због недостатака проданих ствари и то за непокретне ствари годину дана од судске потврде, а за покретне ствари три месеца од дана када је ствар предата, уколико дужи или краћи рок није изричито био уговорен. Уколико се продавац користио преваром, застарелост тече од момента сазнања за превару.¹¹⁷⁶

¹¹⁶⁹ Члан 236.

¹¹⁷⁰ Члан 237.

¹¹⁷¹ Члан 238.

¹¹⁷² Члан 239.

¹¹⁷³ Члан 22.

¹¹⁷⁴ Члан 23.

¹¹⁷⁵ Члан 240.

¹¹⁷⁶ Члан 241.

У последњем члану који говори о овој врсти одговорности, Законодавац прописује да ће Министарство правде у договору са Државним саветом прописати посебна правила о одговорности за недостатке брера, говеда и коња.¹¹⁷⁷

Продавац је дужан да гарантује заштиту од евикције. ОИЗ регулише ову врсту одговорности у делу који назива: „О одузму”. ОИЗ дефинише „одузам” као парницом одузимање ствари од купца ради узрока који је имао свој законити основ пре куповине о коме купац при уговорању није знао.¹¹⁷⁸ У следећем ставу наводи да „одузам” настаје и кад се купцу не одузме цела ствар него само њен део или му се смањује право на купљеној ствари или се она оптерети теретима.¹¹⁷⁹ Законодавац наглашава да продавац јамчи купцу и без нарочитог споразума да му ствар неће бити одузета због каквог законитог узрока који купцу није био познат при склапању уговора.¹¹⁸⁰ Уговорници могу одговорност продавца како појачати, тако и олакшати. Штавише, могу предвити да продавац неће одговарати уопште. Међутим, ово ослобођење од одговорности неће имати никаквог значаја, уколико се продавац служио лукавством или преваром како би сакрио право стање ствари и навео купца да га унапред ослободи одговорности.¹¹⁸¹

Уколико неко подигне тужбу против купца, продавац треба да се умеша у парницу или ступи на његово место. Ако он то не учини, биће дужан да надокнади штету у случају да купац изгуби парницу, осим ако докаже да губитак парнице последица купчевог немара или лукавства. Да би продавац могао да пружи адекватну заштиту, купац треба да обавести продавца одмах судским путем да постоји озбиљна опасност да ће му ствар бити евицирана. Уколико купац не би обавестио продавца, већ би се сам упустио у парницу, продавац се ни тада не ослобођа одговорности. Он се може ослободити одговорности само ако докаже да би парницу заиста и добио или да би се она завршила повољније по купца да је он узео учешћа.¹¹⁸²

Када се деси да цела ствар буде купцу евицирана, сматра се да је уговор раскинут и продавац треба да надокнади купцу вредност ствари коју је она имала када

¹¹⁷⁷ Члан 242.

¹¹⁷⁸ Члан 874. став 1.

¹¹⁷⁹ Члан 874. став 2.

¹¹⁸⁰ Члан 243.

¹¹⁸¹ Члан 244.

¹¹⁸² Члан 247.

је евицирана. Осим тога, треба да надокнади штету. Уколико је продавац злонамерно затајио узроке који су довели до евикције, дугује потпуну накнаду штете.¹¹⁸³

Уколико се деси делимична евикција или се само умањује купчево право на ствари, уговор неће бити раскинут него продавац треба да надокнади умањену вредност, а штета се намирује према правилима изложеним у претходном параграфу. Основа процене мање вредности је оно чему би ствар без евикције служила.¹¹⁸⁴ Уколико ствар након евикције, не може да служи сврси због које је купљена или је купац не би купио да је знао да може бити евицирана, као и у претходно поменутом случају, купац може тражити раскид уговора. Рок за раскид уговора је месец дана након евикције. Уколико дође до раскида уговора, процена ствари и штете, као и накнада, цени се према правилима изложеним у члану 248.¹¹⁸⁵

Посматрајући обавезе продавца и основе постављене у римском праву и ОИЗ може се приметити да су оне истоветне. Продавац је имао обавезу предаје ствари, с познатом разликом да је по римском праву, он предавао ствар у државину и та је особеност објашњена у делу где се говори о продаји и куповини у СГЗ. Када је реч о чувању ствари до предаје, ОИЗ је задржао решења из римског права. Продавац је у римском праву, као и у ОИЗ одговарао за материјалне и правне недостатке ствари. У прилог томе, ваља нагласити величанственост ОИЗ у погледу регулисања продавчеве одговорности како за материјалне, тако и правне недостатке ствари као и детаљна правила која регулишу поменути проблематику. Валтазар Богишић се побринуо да одговорност продавца постави ваљано, као и да различите последице и проблематику које том приликом настану детаљно регулише што заправо чини основ модерне одговорности, па се многе одредбе готово непромењене налазе у данас важећем ЗОО.

Додатни споразуми

Pactum displicentie и куповина *ad gustum*. Законодавац је, за разлику од СГЗ регулисао куповину на пробу и куповину *ad gustum* као јединствени институт. Када се склопи уговор уз овај додатни споразум, уговор веже продавца чим пристане на њега, док ће за купца производити правно дејство тек када проба ствар или како ОИЗ вели:

¹¹⁸³ Члан 248.

¹¹⁸⁴ Члан 249.

¹¹⁸⁵ Члан 250.

„окуша”, те кад јави продавцу да му се ствари допада. Уколико рок за изјаву није одређен ни уговором ни обичајем, продавац може купцу одредити рок.¹¹⁸⁶ Истек рока производи различите последице у зависности тога да ли је ствар предата купцу или не. Уколико је ствар предата купцу, а он није дао изјаву о одустанку од уговора, сматра се да уговор производи правно дејство. У супротној ситуацији, након истека рок, уговор не производи правно дејство ни за продавца.¹¹⁸⁷

Куповина према узорку или моделу. Уколико су се уговорне стране споразумеле да ће ствар бити продата према узорку или моделу, а ствар не буде у складу са додатним споразумом, купац има на располагању три алтернативне могућности. Једна од њих је да узме ствар од продавца, а одбије од цене умањену вредност ствари. Затим, купац може вратити ствар продавцу и тражити другу која ће бити у складу са узорком и моделом. Притом, има право и на накнаду трошкова и штете. Последња могућност се односи на право купца да одустане уговора и тражи повраћај цене ако је платио, и накнаду штете. Продавац може да захтева да се купац одлучи за једну од поменутих опција и једном извршен одабир не подлеже промени чак иако би продавац на то пристао.¹¹⁸⁸

In diem addictio. Када је склопљена ова врста додатног споразума где продавац ж може раскинути уговор уколико нађе „бољег” купца, биће дужан да чим се такав купац јави обавести „старог” купца без одлагања. Купац је могао ово да спречи уколико одмах изјави да ће повисити цену и тако је изједначити са ценом другог купца. У супротном, продавац може раскинути уговор и продати ствар другом купцу.¹¹⁸⁹

Pactum protimiseos. ОИЗ дефинише право прече куповине, као право једног лица да, на основу уговора или закона, захтева да власник ствари који жели да прода ствар, прво је понуди том лицу за исту цену.¹¹⁹⁰ Ова врста споразума предвиђа да уколико купац продаје ствар, треба да је прво понуди продавцу. Законодавац је одредио преклузивни рок за размишљање продавца, на два дана за покретне ствари и недељу дана за непокретне ствари. Рок почиње да тече од дана учињене понуде. Да би ово право постојало, потребно је да споразум буде у писменој форми. Уколико је предмет права прече куповине непокретна ствар, а уговор је оверен у суду, онда уговорно право

¹¹⁸⁶ Члан 251. став 1.

¹¹⁸⁷ Члан 251. став 2.

¹¹⁸⁸ Члан 252.

¹¹⁸⁹ Члан 253.

¹¹⁹⁰ Члан 873.

прече куповине има предност у односу на законско.¹¹⁹¹ Занимљиво је решење које прописује да, уколико купац не испоштује право прече куповине, продавац може узети ствар назад од новог купца ако плати цену коју је овај платио за ствар. Ово право ће продавац моћи да користи само уколико је нови купац знао за право прече куповине продавца. Када су питању непокретне ствари довољно је да уговор у суду правилно оверен. У сваком случају, ималац права прече куповине има право на накнаду штете у случају када је његово право осујећено.¹¹⁹² Уговорно право прече куповине може трајати највише педесет година од кад је уговор закључен, чак и када су уговорне стране одредиле дужи рок. Када уговорне стране нису предвиделе рок, уговорно право прече куповине престаје након тридесет година од кад је уговор закључен.¹¹⁹³

Када је реч о додатним споразумима, ОИЗ није предвидео од додатних споразума *lex commissoria*, *pactum de retroemendo* и *pactum de retrovendendo*. *Lex commissoria* није нашао своје место непосредно у Законнику, али имајући у виду право уговорне стране да одустане од уговора уколико друга уговорна страна одуговлачи са извршењем, па и након остављања додатног рока, онда се може говорити о истој функцији дате уговорне одредбе.¹¹⁹⁴ Поставља се питање зашто законодавац није предвидео право откупа у корист продавца и купца, када је, рецимо, СГЗ предвидео и ову врсту додатног споразума. Међутим, имајући у виду аутономију воље, односно да се уговор може закључити уколико је његов предмет могућ, дозвољен, у правном промету и у складу са добрим обичајима, онда је оваква врста споразума могла да постоји у пракси. Неиндентификовање ове две врсте споразума поименце, можда и значи да они нису често коришћени у пракси. С друге стране, занимљиво је да ОИЗ за разлику од СГЗ регулише једништено *pactum displicentie* и куповину *ad gustum*. Док су у СГЗ постојала да два одвојена споразума и док се куповина *ad gustum* подразумевала у погледу одређених ствари, куповина на пробу се морала уговорити. С друге стране, римско право је предвиђало само један споразум такве врсте *pactum displicentie* (*pactum degustationis*) и увек је морало да се оваква могућност посебно предвиди. Још једна особеност коју ОИЗ предвиђа, за разлику од римског права, је куповина према узорку и моделу. Ово је још једна потврда да је ОИЗ био испред свог времена, јер се ова врста споразума налази у данас важећем ЗОО.

¹¹⁹¹ Члан 254.

¹¹⁹² Члан 255.

¹¹⁹³ Члан 256.

¹¹⁹⁴ Члан 548.

4.4.3. Уговор о закупу

Уговор о закупу ствари је регулисан у трећем делу, петом разделу који говори о најму ствари уопште. Шести раздео говори о најму или закупу земаља, а седми о животињи даној у наполицу, под кесим и на изор. Такође, одређене одредбе могу се наћи у шестом делу, трећем разделу који садржи објашњења, одређена и допуне. Осим ових, одредбе које се односе на овај уговор могу се наћи у расути у читавом тексту Законика.

Законодавац назива овај уговор најмом и одређује да се реч најам користи за давање ствари уопште, као и да кирија има исто значење.¹¹⁹⁵ Реч закуп, ОИЗ користи за означавање уговора где је предмет земља и друге ствари које дају плодове.¹¹⁹⁶ Назив уговора који се користио у пракси подудара се за законским терминима. У актима суда, најчешће је коришћен назив уговор о најму,¹¹⁹⁷ а понекад је коришћен и термин закуп стана.¹¹⁹⁸ Када је са друге стране реч о терминима који су употребљавани у народу, најчешће се среће кирија,¹¹⁹⁹ а понекад и термин офит или афит¹²⁰⁰ који је био искварени облик италијанске речи *affito*.¹²⁰¹

Уговорне стране код овог уговора су давалац у најам и узималац у најам.¹²⁰² Међутим, законски термини су се у пракси сретали изузетно што је доказ да пуки превод латинског термина није одговарао народном језику. У грађи су се налазили различити називи: најмодавалац и најмопрималац¹²⁰³, издавалац и закупник¹²⁰⁴, издавалац стана и закупац стана,¹²⁰⁵ а поред тога изузетно је постојало и описно изражавање: најмилац – власник куће и прималац куће под најам.¹²⁰⁶

¹¹⁹⁵ Члан 877. став 1.

¹¹⁹⁶ Члан 878. став 1.

¹¹⁹⁷ 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.

¹¹⁹⁸ ОСЦ, IV- 1934-74, бр. 292, ф. 529, 3. јануара 1935. године, Цетиње.

¹¹⁹⁹ ОСЦ, ф. 81, Тужба Рег. Бр. 150,13.06.1919.г., Цетиње.

¹²⁰⁰ 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.

¹²⁰¹ О томе: Р. Пековић, Р. – *Облигациони односи у Општем имовинском законнику за Књажевину Црну Гору и њихова примјена између два свјетска рата (1918-1941. године), докторска дисертација*, Београд, 2016, стр. 252.

¹²⁰² Члан 877. став 3.

¹²⁰³ 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.

¹²⁰⁴ СОЦ, ф. 47, Уговор бр. 608, 23. августа 1920 године, Цетиње.

¹²⁰⁵ ОСЦ, ф. 474, Уговор склопљен између Милана Делића и Ива Мартиновића од 1. августа 1932. године,

ОИЗ је дефинисао уговор о најму у делу где се налазе објашњења, одређења и допуне. Према томе, уговор о најму је такав уговор где једна уговорна страна даје неку ствар другој на употребу, а друга уговорна страна плаћа одређену цену за ту употребу.¹²⁰⁷ На основу саме реченичне конструкције коју је употребио Валтазар Божишић могло би се закључити да је уговор о најму по својим особинама реалан. Међутим, уколико се погледа члан 271. који говори о главној дужности најмодавца односно „даваоца у најам”¹²⁰⁸ како га назива ОИЗ, која се огледа у предаји ствари на време најмопримцу тј. „узимаоцу у најам”¹²⁰⁹¹²¹⁰, долази се до закључка да је уговор о најму консенсуалан.

Уговор о најму је неформалан јер законодавац није предвидео форму у којој би требало да буде закључен. Међутим, уговорне стране су могле предвидети да уговор буде закључен у писменој форми. Вероватно да је уговор закључиван у писаној форми када је једна уговорна страна била држава односно државни органи који су, као субјекти приватног права, закључивали уговоре о закупу државних добара са физичким лицима.¹²¹¹ Из сачуваних уговора из Пљеваља којима су издавана вакуфска добра, може се приметити да су формулари уговора били прописани од Вакуфско – Маерифске Дирекције у Скопљу.¹²¹²

Уговор о најму је теретан. Код њега сваки уговарач за корист коју стиче уговором плаћа накнаду другој страни. Најмопримац добија цену за ствар коју даје другоме на употребу и коришћење, а најмопримац плаћа цену како би добио ствар.

Уговор о најму је прави обострано обавезујући зато што обавези најмодавца да преда ствар стоји обавеза најмопримца да употребу ствари плати.

Уговор о најму је комутативан јер је у тренутку закључења одређен положај уговарача, односно њихова међусобна права и обавезе. Такође је одређен и узајамни однос чинидби које уговарачи дугују један другоме.

Цетиње.

¹²⁰⁶ ОСЦ, Уговор бр. 304/1921, 8.3.1921.г., Цетиње.

¹²⁰⁷ Члан 877. став 2.

¹²⁰⁸ У овом раду биће коришћен савремени термин најмодавац ради лакшег разумевања.

¹²⁰⁹ Члан 271.

¹²¹⁰ Термин најмопримац ће бити коришћен у овом поглављу.

¹²¹¹ СОЦ, ф. 47, Уговор бр. 608, склопљен 23. августа 1920. године између Управе државних добара као „издаваоца“ и Филипа Самарцића као „закупника“.

¹²¹² Вакуфско – Маерифско Повјеренство Плевље, ф. 11, Уговор бр. 8972, закључен 25. новембра 1932. године; Уговор бр. 6714, 31. децембра 1935.

Када је реч о самом називу овог уговора најам, може се приметити да је ОИЗ следећи римску традицију оличену у *locatio-conductio*, под овај појам убрајао као и његов римски пандан, сва три уговора. Док римски *locatio- conductio rei* на јединствени начин регулише свако давање ствари на употребу другоме, ОИЗ користи различите изразе, имајући у виду давање ствари уопште, када се користи најам или кирија, а закуп употребљава када је у питању земља и плодноне ствари. Уговорне стране *locator* и *conductor* нашле су своје место у ОИЗ с обзиром да су називи „давалац у најам” и „узималац у најам” преводи римских термина. Дефиниција уговора следи дефиницију постављену у римском праву, али је у ОИЗ дата непотпуно у смислу непомињања непотрошне ствари. Особине римског *locatio- conductio rei* су у потпуности преузете и у ОИЗ, па је уговор о најму по својим особинама консунсуалан, неформалан, теретан, прави обострано обавезујући и комутативан.

Битни елементи

За разлику од уговора о продаји где је законодавац у посебном члану предвидео и нагласио битне елементе, овде такве одредбе нема. Међутим, на основу саме дефиниције може се закључити да су битни елементи ствар и цена која се плаћа.¹²¹³

Ствар

ОИЗ наводи да предмет најма могу да буду: „куће, дућани, живо, итд.”¹²¹⁴ Осим ових, законодавац наводи и земљу и плодноне ствари. Као посебну врсту, наводи и животиње и друге плодноне ствари. Свакако, предмет је морао испуњавати услов из члана 513. што значи да је могућ, дозвољен, у правном промету и у складу са добрим обичајима.¹²¹⁵ То даље значи да ствари које су предмет овог уговора могу бити непокретне¹²¹⁶, покретне¹²¹⁷ и индивидуално одређене¹²¹⁸. Иако законодавац нигде не помиње непотрошне ствари, које су не само битно обележје овог уговора већ и главна разлика у односу на друге врсте уговора, може се приметити, имајући у виду друге одредбе, да је ова врста ствари била предмет уговора о најму. У прилог томе говоре и

¹²¹³ Члан 877. став 2.

¹²¹⁴ Члан 877. став 1.

¹²¹⁵ Члан 513.

¹²¹⁶ Члан 802.

¹²¹⁷ Члан 807.

¹²¹⁸ Члан 810, став 2.

друге врсте уговора које за свој предмет имају другу врсту ствари, попут заменљивих. Такође, непомињање непотрошних ствари могуће да је било последица Богишићеве замисли о општепознатости те карактеристике, с обзиром да се ствар након одређеног временског периода враћа.

Када се посматра појам *res* у римском праву и ОИЗ може се приметити да су исте врсте ствари могле бити предмет овог уговора: покретне и непокретне ствари које су у промету. Док је услов који се односи на непотрошне ствари истицан у римском праву, ОИЗ их не помиње у делу који се односи на ово врсту уговора. Разлог томе можда лежи у чињеници да члан који се односи на предмет најма говори о најму као генеричном појму и за уговор о најму, уговор о закупу ствари, уговор о најму радне снаге и уговору о делу. Такође, могуће да је законодавац сматрао да не треба посебно наглашавати ово својство ствари с обзиром да је код других врста уговора који за предмет имају ствар већ наглашено која је врста у питању. Римско право је дозвољавало и закуп потрошних ствари уколико су оне дате ради излагања *ad promtam vel ostentationem*. С друге стране, ОИЗ као ни СГЗ не помиње ову могућност. Ово је последица различитих друштвеноекономских прилика у којима су римски *locatio-conductio rei* и уговор о најму настали. Постоји још врста ствари која је била предмет овог уговора у римском праву, а Законик је уопште не помиње. Реч је о робовима. Робови су сматрани стварима у римском праву, били су, дакле, објект, а не субјект права и као такви били предмет уговора о закупу. ОИЗ помиње људе као предмет најма, али не у том контексту већ у смислу уговора о најму радне снаге или уговора о делу.

Цена

ОИЗ, као и код уговора о куповини не помиње услове које би цена требало да испуњава. Једини члан где се помиње цена најма је онај који говори о дужности најмопримца на плаћање најмовине. Овај члан одређује да је обавезан да плаћа уговорену или иначе назначену најмовину у року који је одређен уговором, законом или обичајем.¹²¹⁹ Када је реч о термину који се користио у пракси, и овде је, као и за уговор коришћено више назива, почев од термина кирија,¹²²⁰ најмовина¹²²¹ или закупнина.¹²²²

¹²¹⁹ Члан 282.

¹²²⁰ 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 реч кирија потиче из турског језика и означава управо најамнину за просторије, станарину, Речник

Када је реч о другом битном елементу који се у римском праву означавао појмом *merces* у ОИЗ носи назив најмовина. Као што смо видели, у пракси је фигурирало више израза за означавање овог битног елемента. Када је реч о условима које је поставило римско право, њих нема, као што их нема ни код уговора о куповини.

Дејство уговора

Права и обавезе уговорних страна

Обавезе најмодавца

ОИЗ је превидео више обавеза које су стајале на страни најмодавца. Основна обавеза најмодавца била је да преда ствар у државину најмопримцу. Осим ове, најмодавац је имао и обавезу одржавања ствари у исправном стању као и обавезу заштите од правних и материјалних недостатака.

Обавеза предаје ствари

Законодавац наводи да је главна обавеза најмодавца предаја ствари најмопримцу.

Он је дужан да је преда у уговореном року другој уговорној страни. Време се најчешће одређивало календарски¹²²³, али постоје подаци о споразумима где се будући најмопримац уселјавао након иселења пређашњег.¹²²⁴ Уколико најмодавац не би на време предао ствар најмопримцу, могао је бити судским путем принуђен да изврши предају. Међутим, како не постоје подаци о споровима по овом питању, вероватно је да су најмодавци извршавали обавезу предају ствари. Могуће је и да су били мотивисани чињеницом да су право на најмовину стицали тек након предаје ствари најмопримцу.¹²²⁵

српскохрватског књижевног језика, Нови Сад, Загреб 1982., , 911

¹²²¹ АСЈ, ф. 3, бр. 1701-IV-1931-184, 14. април 1932., Цетиње.

¹²²² ОСЦ, ф. 474, Уговор склопљен између Милана Делића и Ива Мартиновића од 1. августа 1932. године, Цетиње.

¹²²³ АСЈ 2, IV-1932-280, бр. 2478, 12. септембра 1932.г., Цетиње.

¹²²⁴ СОЦ, бр. 12294, 30. септембра 1930.г., ф. 386, Цетиње.

¹²²⁵ Види: Пековић, Р. – Облигациони односи у Општем имовинском законикау за Књажевину Црну Гору и

Начин предаје зависио је од врсте ствари. Најчешћи начин био је *a manu in manu* односно предаја ствари „из руке у руку”. Осим овог, постоје подаци о „предаји кратке руке” *traditio brevi manu*.¹²²⁶

Када је реч о стању ствари у коме је требало да буде предата важило је оно што су уговорне стране предвиделе самим уговором или оно што обичај одређује, а тек уколико ово питање није регулисано ни уговором ни обичајем онда је предаја требало да буде у оном стању у коме може да служи за посао за који је намењена.¹²²⁷

Обавеза одржавања ствари

ОИЗ наводи да је најмодавац дужан да одржава ствар у исправном стању за време трајања најма. Према томе, он је обавезан да врши све веће/обимније поправке уколико по уговору или обичају то није обавеза најмопримца и ако најмопримац није како вели Законик: „сам узрок потреби тих поправака”.¹²²⁸ Уколико најмодавац не би одржавао ствар или због других узрока где не постоји кривица најмопримца, најмопримац не би могао да користи ствар у потпуности или делимично, има право да тражи снижење најмовнине. Осим тога, има право да тражи и раскид уговора.¹²²⁹

Законодавац је предвидео посебна правила око одржавања ствари када је у питању кућа или каква друга грађевина с циљем прецизирања уговорне стране и њене обавезе одржавања ствари: „...*треба да чини, бива, да узималац на своје трошкове: бијели зидове, чисти јаме, водовање, жљебове, димњаке и врши све ситније радње које требају за чистоћи и за уредност куће.*”¹²³⁰ Сви остали трошкови око одржавања саме грађевине сноси најмодавац.¹²³¹

Када је реч о јавним издацима и порезима који се плаћају за најамљену ствари и они падају на терет најмодавца. Уколико би их платио најмопримац, има право да

њихова примјена између два свјетска рата (1918-1941. године), докторска дисертација, Београд, 2016, 262.

¹²²⁶ Тако је некадашњи власник куће наставио да живи у њој и након јавне продаје (ОСЦ, IV-1931- 53, бр. 677, 29. маја 1931., Цетиње).

¹²²⁷ Члан 271.

¹²²⁸ Члан 273

¹²²⁹ Члан 274

¹²³⁰ Члан 275.

¹²³¹ Члан 275.

износ плаћених дажбина одбије од најмовнине или да тражи да му их најмодавац регресира.¹²³²

Обе уговорне стране су могле да укажу на потребу поправке ствари. Када је најмодавац сматрао да постоји „пријека“ потреба да се ствар поправи, најмопримац је био дужан да му дозволи поправку чак и кад би му поправљање у потпуности ометало коришћење ствари. Уколико то ометање достигне велике мере или је сам најмодавац узрок поправки, најмопримац може тражити снижење најмовнине или раскид уговора.¹²³³ Најмопримац је, с друге стране био дужан да обавести најмодавца о хитним поправкама иначе ће одговорати за штету. Обавеза обавештавања најмодавца неће постојати уколико је он већ знао за неопходне поправке.¹²³⁴ Поправке је могао да изврши и најмопримац који је тада имао положај *negotiorum gestor*-а.

Обавеза заштите од материјалних и правних недостатака

Најмодавац је био дужан да гарантује за материјалне и правне недостатке предате ствари.

Уколико би ствар имала такве недостатке услед којих најмопримац није могао да користи ствар на уговорени начин, имао је право да захтева раскид уговора ако за те недостатке није знао, нити је могао знати.¹²³⁵ Најмодавац је био дужан да надокнади најмопримцу сву штету коју је претрпео услед недостатака ако је знао за недостатке, односно ако је био крив што су они настали.¹²³⁶ Ако се упореди одговорност продавца код уговора о куповини и најмодавца код уговора о најму, може се приметити да је одговорност продавца била под тежим условима јер није било релевантно знање продавца о недостацима. Ово је вероватно последица чињенице да се код продаје преноси својина док се код уговора о најму уступа коришћење ствари.

Одговорност најмодавца за правне недостатке ствари се активирала када би треће лице, истичући неки правни основ, покушало да одузме ствар или узнемиравало најмопримца приликом употребе. Услов је био да најмопримац обавести о томе

¹²³² Члан 276.

¹²³³ Члан 280.

¹²³⁴ Члан 281.

¹²³⁵ Члан 272. став 1.

¹²³⁶ Члан 272. став 2.

најмодавца. Најмодавац је у том случају био дужан да га заштити пред судом, у супротном био је дужан да најмопримцу надокнади насталу штету.¹²³⁷

Правила о одговорности за материјалне и правне недостатке су диспозитивне природе па су уговорне стране могле да предвиде другачија правила.

Када се погледају обавезе које *locator* има у римском праву: предаја ствари закупцу и омогућавање њеног коришћења, одржавање ствари у исправном стању и сношење нужних и корисних трошкова и других терета попут јавних дажбина, одговорност због евикције као и због скривених мана ствари уколико их је сакрио од *conductor*-а и обавеза најмодавца према ОИЗ, може се приметити да су оне у потпуности истоветне. Обавезе ове уговорне стране су у потпуности реципиране из римског права што се посебно види код одговорности за материјалне недостатке ствари где се тражи знање најмодавца о њима.

Обавезе најмопримца

Основна обавеза најмопримца састоји се у исплати најмовнине за коришћење ствари. Осим тога, имао је обавезу да ствар чува и да је употребљава у складу са уговором, односно према њеној природи. Како су предмет најма биле непотрошне ствари које су након одређеног временског периода враћане, обавеза најмопримца је била враћање ствари.

Обавеза плаћања најмовнине

Најмопримац је био дужан да плати најмовнину за употребу ствари. Висину најамнине одређују уговорне стране или је она иначе прописана за поједине ствари. Рок плаћања најмовнине одређен је уговором, законом или обичајем.¹²³⁸ Уколико рок није одређен на један од претходно наведених начина, најмопримац ће бити дужан да плаћа најмовнину (*postnumerando*) тј. исплата се вршила по истеку рока плаћања, уназад.^{На} пример, уколико је најмовнина одређена на временски период од годину дана, плаћање ће бити извршено након истека назначене године, ако је на месец дана, онда након

¹²³⁷ Члан 277.

¹²³⁸ Члан 282. став 1.

навршеног месеца.¹²³⁹ Међутим, стране су некада уговарале да се најамнина исплаћује почетком месеца, уз ближе одређивање крајњег датума исплате.¹²⁴⁰ Суд ће одредити најмовнину ако она није одређена на други начин.¹²⁴¹

Најмопримац је дужан да плаћа најмовнину док год му је ствар у рукама и у случају када због своје кривице или каквих догађаја који се њега лично тичу не би могао употребљавати ствар.¹²⁴²

Уколико најмопримац одуговлачи са плаћањем најмовнине, најмодавац може ако није нешто друго предвиђено, назначити му путем суда рок с опоменом да ће уговор бити раскинут, а ствар узета назад ако до тог рока не плати.¹²⁴³ Такође, најмодавац куће или неке друге грађевине имао је законско заложно право на покретним стварима најмопримца које су биле унете у кућу ради обезбеђења исплате дуговане најамнине.¹²⁴⁴

У погледу места исплате најамнине Законик није садржао посебна решења, па су сходно томе важила општа правила исплате потраживања.

Висину најамнине одређивале су стране својом вољом. ОИЗ је оставио широк простор аутономији воље јер је штитио приватну иницијативу. У новој држави, након Првог светског рата је дошло до поремећаја у понуди и тражњи станова услед ратних дешавања и прилива сељаштва у градска насеља. Држава је била принуђена да реагује у виду различитих мера,¹²⁴⁵ међу којима се истицала мера одређивања висине најамнине.¹²⁴⁶ 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

¹²³⁹ Члан 282. став 2.

¹²⁴⁰ ВМПП, 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.“

¹²⁴¹ Члан 282. став 3.

¹²⁴² Члан 283,

¹²⁴³ Члан 284.

¹²⁴⁴ Члан 285.

¹²⁴⁵ Дакле, као прва међу тим мерама истиче се мера законског одређивања најамнине Затим, одређено је да се време закупа не одређује роковима, већ се закупцима дала могућност да у стану остану док желе. Трећа мера је била у виду реквизиције вишка стамбеног простора и његове прерасподеле онима који нису имали стан. В. Ратимир Лучић, одредница Станарско право у: Енциклопедија имовинског права и удруженог рада, 147.

¹²⁴⁶ Свакако, ове мере су пратила и одговарајућа образложења, као на пример следеће: „Пуна слобода уговарања закупних цена 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.

зачеци нове гране права, станарског права, која је теоријски и историјски проистицала из уговора о закупу.¹²⁴⁷

Обавеза употребе ствари према њеној намени

Ова обавеза најмопримца регулисана је у члану 278. као право најмопримца да се најамљеном ствари служи према њеној природи и врсти. Међутим, овај члан регулише још једну обавезу најмопримца. У питању је обавеза чувања ствари као добар домаћин. У супротном одговараће за штету која из тога проистекне.¹²⁴⁸ Како је ОИЗ обе обавезе регулисао заједно, тако ће и овде бити објашњење.

Обавеза најмопримца на употребу ствари у складу са њеном наменом важна је јер даје право најмодавцу на раскид уговора уколико би је најмопримац употребљавао противно уговору или би постојала опасност да ће начин на који се употребљава довести до значајније штете. Уколико је реч о овом другом случају, да би уговор био раскинут потребна је опомена најмодавца као и непоступање по њој најмопримца.¹²⁴⁹

Обавеза враћања ствари

С обзиром да се уговором о најму ствар давала на одређени временски период ради употребе, након истека рока, најмопримац је био дужан да је врати. Он је обавезан да је врати најмодавцу у истом стању као што ју је и примио уколико она није изгубила својства услед времена, редовне употребе или случајем. Уколико се не зна каква је ствар била када је узета, постоји законска претпоставка да је била таква да је могла да служи послу ком је била намењена.¹²⁵⁰

ОИЗ је, остао у домену римског права, када је реч о обавезама најмопримца. Најважнија обавеза је плаћање најмовнине. Што се тиче начина плаћања, римско право стоји на становишту да се оно врши у складу са уговором и то на крају односно при истеку закупног периода што је принцип и у ОИЗ. И један и други најмопримац су дужни да чувају ствар као добар домаћин и да је употребљавају у складу са уговором. *Conductor* је у римском праву могао да тражи снижење односно неплаћање закупнине због природних непогода или елементарне непогоде, док је најмопримац по ОИЗ имао

¹²⁴⁷ *Ibid.*

¹²⁴⁸ Члан 278.

¹²⁴⁹ Члан 279.

¹²⁵⁰ Члан 293.

право на снижење или раскид уговора уколико најмодавац не би одржавао ствар или због других узрока где не постоји кривица најмопримца, најмопримац не би могао да користи ствар у потпуности или делимично.

Престанак уговора

Уговор о најму може да буде закључен на неодређено или одређено време у зависности од воље уговорних страна. За разлику од других грађанских законика, попут рецимо, АГЗ и СГЗ који одређују максимално трајање уговора о закупу, ОИЗ не садржи такве одредбе, па би онда могло да се говори и о вечним закупима.

Када уговорне стране не предвиде трајање уговора, нити се по природи посла коме је ствар намењена може одредити време трајања уговора, он може престати отказом било које уговорне стране. Законодавац захтева да, изјава воље у смислу престанка уговора односно отказа, како би он имао правно дејство, треба да буде дата на време.¹²⁵¹ ОИЗ наводи да уколико ни уговор, ни закон, а ни обичај не прописују правила о давању отказа, потребно је да уговорна страна да отказ према следећим правилима у зависности да ли је реч о непокретним или покретним стварима.¹²⁵² Ако је реч о непокретним стварима где се најамнина плаћа сваке године, потребно је да отказ буде учињен најмање шест месеци пре краја текуће године, а уколико су рокови краћи, потребно је да отказ буде учињен пре него што истекне претпоследњи рок плаћању.¹²⁵³ Законодавац је предвидео краће рокове када је реч о покретним стварима, па је тако неопходно да отказ буде учињен три дана пре престанка уговора о најму.¹²⁵⁴

Када је реч о овом начину престанка уговора о најму и поступка који је вођен у вези са тим, ваља напоменути да је он спадао у посебне поступке који су били регулисани Закоником о судском поступку у грађанским парницама за Књажевину Црну Гору из 1905. године (чл. 305 – 312).¹²⁵⁵ Овај Законик се у члану 305. позива на одредбе ОИЗ о благовремености отказа (чл. 286) и отказним роковима (чл. 287 и чл. 305). У Краљевини СХС донет је Законик о судском поступку у грађанским

¹²⁵¹ Члан 286

¹²⁵² Члан 287 став 1.

¹²⁵³ Члан 287. став 2.

¹²⁵⁴ Члан 287. став 3.

¹²⁵⁵ Законик о судском поступку у грађанским парницама за Књажевину Црну Гору, Цетиње, Државна Штампарија, 1905.

парницама за Краљевину Срба, Хрвата и Словенаца како би се извршила унификација права. И овај Законик предвиђа посебан поступак за спорове „који проистичу из порабних уговора“ и то од § 655 - § 672.¹²⁵⁶ Без обзира на доношење новог законика, извори показују да се Црној Гори примењивао стари законик и парнични поступак који је он регулисао.¹²⁵⁷

Следећи разлог престанка уговора је истек времена на који је склопљен. Законодавац помиње овај разлог престанка када говори о прећутном продужењу уговора. Наиме, уколико најмопримац наставља да држи ствар у најму са знањем и без противљења најмодавца, тада се уговор прећутно продужава под претходно дефинисаним условима. Прећутно продужени уговор траје све до отказа једне уговоре стране и то према правилима утврђеним у уговору, а ако правила нема онда према правилима из члана 286. и 287.¹²⁵⁸

Када је реч о смрти као начину престанка уговора, ОИЗ предвиђа да смрт најмодавца или најмопримца нема никакво дејство на уговор. Смрт ће довести до престанка уговора једино уколико су уговорне стране тако предвиделе у уговору.¹²⁵⁹

Продаја ствари као начин престанка најма регулисана је другачије у зависности да ли је реч о непокретним или покретним стварима. У првом случају, ако власник пренесе својину на непокретној ствари или је суд прода у поступку извршења, уговор о најму не престаје уз услов да је уговор сачињен у писаном облику и као такав оверен од стране суда. Ово важи, наравно, уколико нешто друго није било предвиђено у уговору. С друге стране, ако не постоји судска овера уговора, нови власник може отказати уговор о најму кад год жели, с тим што мора да поштује правила која се односе на отказ и отказне рокове.¹²⁶⁰ Напред наведена правила важе и кад су у питању покретне ствари само што се овде уместо судске овере уговора захтева да је нови власник купујући ствар знао или је могао знати да је ствар предмет уговора о најму и временско трајање

¹²⁵⁶ 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.

¹²⁵⁷ 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

¹²⁵⁸ Члан 288.

¹²⁵⁹ Члан 289.

¹²⁶⁰ Члан 290.

истог.¹²⁶¹ Уколико се деси да нови власник откаже најам најмопримцу, он може од свог првог најмодавца захтевати накнаду штете због неизвршења уговора.¹²⁶²

Осим ових, уговор о најму је могао да буде раскинут од стране најмодавца уколико би је најмопримац употребљавао противно уговору или је постојала опасност да ће начин на који се употребљава довести до значајније штете. Уколико је реч о овом другом случају, да би уговор био раскинут потребно је да је постојала опомена најмодавца као и непоступање по њој најмопримца.¹²⁶³

Дакле, разлози за престанак уговора о најму по ОИЗ су отказ, истек рока, продаја ствари и раскид уговора од стране најмодавца. Док је у римском праву постојало много теорија и полемика о томе да ли може уговор да буде отказан, ОИЗ садржи детаљна правила о давању отказа као и отказним роковима. И у римском праву и ОИЗ уговор престаје истеком рока, а и једно и друго право дозвољавају прећутно продужење уговора. Такође, римско право и ОИЗ дозвољавају прекид уговора о закупу пре рока из истих разлога: употреба ствари противно уговору, пропаст предмета и продаја закупљене ствари. Међутим када је о последњој врсти реч, ОИЗ ипак штити најмопримца непокретне ствари чији је писани уговор оверен од стране суда дозвољавајући важење уговора, док је за покретну ствар довољно да је купац знао или могао знати да је ствар предмет најма. Дакле, ОИЗ пружа већу могућност за трајање уговора о најму у односу на римско право.

Законодавац је уредио рокове застарелости, па тако предвиђа да сва потраживања изузимајући најмовнину, која потичу из уговора о најму застаревају у року од годину дана од престанка најма.¹²⁶⁴

Неке посебне врсте уговора о закупу

Законодавац је одредио да се термин закуп односи на најам ствари или кирију, али да се користи и за означавање најма земље и других плодноносних ствари.¹²⁶⁵

¹²⁶¹ Члан 291.

¹²⁶² Члан 292.

¹²⁶³ Члан 279.

¹²⁶⁴ Члан 296.

¹²⁶⁵ Члан 878. став 1.

На истом месту одређује и називе уговорних страна, па је закупник,¹²⁶⁶ лице које узима у закуп земљу или неку другу плодносну ствар, а давалац у закуп,¹²⁶⁷ лице које уступа ствар другој на употребу.¹²⁶⁸

У шестом разделу ОИЗ говори о закупу земаља где прави разлику између земље где је годишња закупнина одређена одсеком и земљама датим у наполицу, на трећину или за неки део рода.

„О земљама који је годишња закупнина одсеком одређена”

Законодавац наводи да ће се општа правила уговора о најму примењивати и на уговор о закупу уколико одредбе уговора о закупу земаља не одређују нешто друго, уговорници не предвиде другачије или „особита природа закупа земаља што друго собом не доноси.”¹²⁶⁹

Битни елементи овог уговора су ствар, односно земља и друге плодносне ствари и цена односно закупнина која се плаћа за употребу ствари.

Дејство уговора односно права и обавезе уговорних страна према овом уговору, регулисане су кроз обавезе закупца. Тако, купац има обавезу плаћања закупнине. Обавеза одржавања ствари, коју у неким случајевима има купац, а негде куподавац су, такође, регулисане кроз изражавање обавезе закупца. Осим ових, купац има и обавезу чувања ствари, као и обавезу враћања предмета закупа након престанка уговора. Разлог оваквог регулисања могуће да лежи у важности предмета закупа, односно земље, па самим тим и „већих” обавеза на страни ове уговорне стране.

Купац је у обавези да плати закупнину у року који је одређен уговором или обичајем. Када рок није одређен, Законик прописује годишње, те да истиче крајем сваке године рачунајући од дана када је уговор закључен. Уколико купац закасни са плаћањем две рате, купац може захтевати раскид уговора и уклањање закупца са предмета закупа.¹²⁷⁰ Законодавац дозвољава снижење закупнине ако купац не би имао трећину обичног рода услед каквог „непредвиђеног узрока” односно *vis maior*

¹²⁶⁶ Користиће се савремени термин купац.

¹²⁶⁷ Користиће се термин куподавац.

¹²⁶⁸ Члан 878. став 2.

¹²⁶⁹ Члан 297.

¹²⁷⁰ Члан 302.

попут града, рата, опште неродице.¹²⁷¹ Међутим, ово правило не важи за поплаву (уколико је та земља иначе подложна поплавама) или у случају нерода ако настане услед узрока који су се лако могли предвити.¹²⁷²

Законодавац наглашава да ако је закуподавац уз земљу дао на употребу алат, оруђе или животиње, закупац не само да има право да их користи за све време трајања закупа, већ и неће бити у обавези да плаћа употребу тих ствари осим уколико није другачије предвиђено уговором.¹²⁷³ То је у складу са римским правилом *accessorium sequitur principale*. Након престанка закупа, закупац је обавезан да те ствари врати, у супротном биће обавезан да надокнади штету уколико би поједине ствари недостајале или би његовом кривицом биле покварене.¹²⁷⁴

Када је реч о обавези одржавања ствари и с тим у вези вршењем потребних поправки, уговор о закупу у једном домену остао у складу са општим правилима уговора о најму, а у одређеним одредбама предвиђа одступања. Одредбе које су у складу са општим правилима уговора о најму везане су за поправку куће или других зграда које су дате заједно са земљом. ОИЗ наводи да „обичне” односно поправке које настају услед свакодневне употребе сноси закупац, а „главније” закуподавац. Исти члан наводи да закупац заједно са децом и осталим члановима треба да помогне закуподавцу приликом вршења поправки уколико је то у складу са обичајима.¹²⁷⁵ Одредбе које на неки начин одступају од општих правила уговора о најму или боље речено, специфичне су за уговор о закупу односе се на поправке које су наведене *exempli causa* попут поправки на стазама, пролазима, међама, оградама, плотовима. Занимљиво је да све поправке које се односе на поменуте ствари сноси закупац.¹²⁷⁶ Такође, сви јавни издаци и порези, „као и служба која се ради ње чини општини, племену или држави” падају на терет закупца осим ако другачије није одређено уговором.¹²⁷⁷ Ако је земљиште оптерећено хипотеком, њу плаћа власник земљишта.¹²⁷⁸ Остаје нејасно зашто је Богишић предвидео поменута одступања и на тај начин „погоршао” положај закупца односно оптеретио га појединим трошковима. Могуће да разлог томе лежи у важности земље и потребе њеног одржавања у употребљивом стању.

¹²⁷¹ Члан 303. став 1.

¹²⁷² Члан 303. став 2.

¹²⁷³ Члан 304. став 1.

¹²⁷⁴ Члан 304. став 2.

¹²⁷⁵ Члан 300.

¹²⁷⁶ Члан 299.

¹²⁷⁷ Члан 301. став 1.

¹²⁷⁸ Члан 301. став 2.

Закупац је обавезан да чува предмет закупаодносно земљу „*како сваки уредан домаћин своју пази; особито пак чувати је, све што боље може, да је вода не уноси или да иначе не пропада.*”¹²⁷⁹ ОИЗ је употребио израз „како сваки уредан домаћин своју пази” где се могу приметити две врсте одговорности, одговорност *bonus pater familias* и одговорност као у сопственим пословима. Могуће да је Богишић желео да појача одговорност закупца имајући у виду важност предмета закупа односно земље за тадашње односе.

Закупац није смео да мења културу земљишта (нпр. од винограда направи ораницу, од оранице ливаду), осим уколико би закуподавац на то пристао.¹²⁸⁰ Уколико би закупца радио или пропустио да ради против наведених правила, биће одговоран за штету. Осим тога, „у крупнијим случајевима” како вели Законик, а које суд по свом нахођењу одређује, закуподавац може захтевати раскид уговора и склањање закупца са земље.¹²⁸¹

Закупац је у обавези да врати ствар (земљу) након престанка закупа. Земља мора да буде у таквом стању да без штете и одуговлачења могу да се наставе послови у вези са земљорадњом.¹²⁸²

Трајање уговор одређују уговорне стране или обичај. У случају да рок није одређен, уговор о закупу престаје отказом једне стране другој и то након што се сакупи род у години када је отказ дат. Међутим, законодавац предвиђа отказни рок од два месеца пре сакупљања последњег рода са земље. Уколико ово не би било испоштовано, сматрало би се да је закуп продужен за још годину дана.¹²⁸³

Када рок који је одређен уговором или обичајем истекне, а закупца остане на земљи и томе се не противи закуподавац, уговор се прећутно продужава уговор на период од годину дана уколико у року од месец дана од истека уговора, једна уговорна стране не обавести другу да не жели да продужи трајање уговора. Овакво прећутно продужавање уговора је могуће из године у годину.¹²⁸⁴

¹²⁷⁹ Члан 298. став 1.

¹²⁸⁰ Члан 298. став 2.

¹²⁸¹ Члан 298. став 3.

¹²⁸² Члан 307-

¹²⁸³ Члан 305.

¹²⁸⁴ Члан 306.

Закуподавац, као и најмодавац има законско заложно право у смислу задржавања рода са земље, као и свих ствари закупца док год он не изврши све обавезе које су у вези са закупом или не обезбеди њихово извршење.¹²⁸⁵

„О земљама даним у наполицу, на трећину и у опште за неки дио рода”

Осим уговор о закупа земље где се закупнина плаћала у новцу, законодавац прописује и такву врсту закупа где закупнина може бити плаћена другом врстама ствари, конкретно родом са земље.

Битни елементи уговора су земља која се обрађује и закупнина. Закупнина је овде специфична по томе што се плаћа у делу рода.

Дејство уговора је, и код подврсте, приказано кроз призму обавеза закупца. Тако је он обавезан да плати закупнину у делу плодова. Сходно овој обавези, купац је обавезан да обавести закуподавца, кога ОИЗ назива власником земље, о сакупљању рода. Када је реч о обавези одржавања ствари, Законик предвиђа да су обе уговорне стране у обавези да плате јавне издатке сразмерно висини удела у плодовима. Обавеза чувања ствари изражена је кроз одговорност закупца и обрађивању исте као пажњом уредног земљорадника.

ОИЗ дозвољава да купац на име закупнине преда закуподавцу пола рода односно наполицу, трећину или неку други део рода. Притом, наглашава да треба да се примењују правила из члана 297.¹²⁸⁶ који прописује да се на уговор о закупу земље примењују опште одредбе уговора о најму уколико уговорници или посебна природа закупа не одређује нешто друго или овај подраздео не предвиђа другачија решења.¹²⁸⁷

Купац је у обавези да обавести власника земље на време о сакупљању рода. Такође, обавезан је да му преда његов део рода „без икаква одбитка” на онај начин и у оном месту који су одређени обичајем, ако уговором нешто друго није одређено.¹²⁸⁸

Када је реч о плаћању пореза и других јавних дажбина, ОИЗ одређује да купац и закуподавац ове плаћају заједнички и то сваки према уделу рода који прима од земље уколико није другачије одређено.¹²⁸⁹

¹²⁸⁵ Члан 308.

¹²⁸⁶ Члан 297.

¹²⁸⁷ Члан 309.

¹²⁸⁸ Члан 311.

Закупац је дужан да обрађује земљу као што сваки уредан земљорадник обрађује своју.¹²⁹⁰

„О животињи даној у наполицу, под кесим, на изор”

Предмет уговора о закупу може да буде и животиња.

Законодавац је прописао решење за случај да је животиња дата „у наполицу”, а није закључен посебан уговор. Закупнина се плаћа у половини плодова. Закупац ће истог разлога бити дужан да да пола припаше закуподавцу. Иста правила важе када је предмет уговора стока, конкретно овца. „Наполичар” задржава ђубриво и рад животиње.¹²⁹¹ Када је реч о млеку које наполичар добија од животиње, наполичар ће бити дужан да да власнику прозиводе: сир или млечне масти или новац у висини која је предвиђена обичајем осим уколико уговор не предвиђа нешто друго.¹²⁹²

„Наполичар није властан, без договора са власником, располагати ниједном главом животиње, ни од главнога ни од припаше. Власник пак не може располагати ниједном главом од припаше, без договора с наполичарем; од главнога, напротив, може и без тога, али само у јесен. То све, ипак, ако уговор што друго не одређује.”¹²⁹³

Када је у питању животиња за шишање, наполичар има право да сам изврши тај посао без икаквог договора са власником, само је обавезан да његову половину вуне чува и да му је преда онако како обичај налаже.¹²⁹⁴

Наполичар има обавезу да храни животињу, издржава је и стара се о њој са пажњом *bonus pater familias*-а. Уколико би наступила штета за коју је одговоран наполичар или лица која су под његовим надзором (укућани, слуге), биће дужан да је надокнади.¹²⁹⁵ Када је реч о штети која настане случајем, члан 318. упућује на примену члана 543. који прописује да се дужник може ослободити одговорности уколико докаже да би ствар пропала у потпуности или делимично и да је у одређено време предао другој страни.¹²⁹⁶

¹²⁸⁹ Члан 312.

¹²⁹⁰ Члан 310.

¹²⁹¹ Члан 313.

¹²⁹² Члан 314.

¹²⁹³ Члан 315.

¹²⁹⁴ Члан 316.

¹²⁹⁵ Члан 318.

¹²⁹⁶ Члан 543.

Трајање уговора о наполици одређују уговорне стране споразумно, а ако трајање није одређено, наполица престаје три месеца након отказа. Отказ могу учинити и једна и друга уговорна страна, а занимљиво је да законодавац не предвиђа отказне рокове, осим што прописује да он не сме да буде дат у невреме. Да ли је отказ дат у невреме, суд цени према околностима конкретног случаја.¹²⁹⁷

Чак и када је уговором одређено време трајања уговора, власник може да раскине уговор и пре истека рока уколико наполичар не испуњава обавезе.¹²⁹⁸

Када је реч о престанку уговора и повраћају ствари, ОИЗ прописује следеће:

*„Кад наполица престане, а није што друго уговором или обичајем одређено, давалац, прије свега, узимље натраг све главе животиње које су од главнога још на сриједи; недостиж се припашом не допуња, него се цијела припаша дијели, међу даваоцем и наполичарем, управ по пола.“*¹²⁹⁹

Животиња може да буде дата под кесим или у непогиб односно у закуп. Закупац одговара за свако назадовање стоке, па и случај. По престанку уговора, закупца је дужан да поврати власнику онолико стоке колико је од њега примио.¹³⁰⁰

Законик прописује да цела припаша и свака друга добит од стоке припадају закупцу.¹³⁰¹ Закупац је обававезан да даје власнику стоке део масла, сира или новца у року, на месту и на начин који су одређени уговором или обичајем.¹³⁰²

Законодавац упућује на сходно примену правила из члана 319. и 320. када је у питању трајање уговора.¹³⁰³ Поменуте одредбе предвиђају да уговорне стране споразумно одређују трајање уговора, а ако трајање није одређено, наполица престаје три месеца након отказа. Отказ могу учинити и једна и друга уговорна страна, а занимљиво је да законодавац не предвиђа отказне рокове, осим да он не буде дат у невреме. Каа да ће то бити случај, суд цени према околностима конкретног случаја.¹³⁰⁴ Чак и када је уговором одређено време трајања уговора, власник може да раскине

¹²⁹⁷ Члан 319.

¹²⁹⁸ Члан 320.

¹²⁹⁹ Члан 321.

¹³⁰⁰ Члан 322.

¹³⁰¹ Члан 323.

¹³⁰² Члан 324.

¹³⁰³ Члан 325.

¹³⁰⁴ Члан 319.

уговор и пре истека рока уколико наполичар не извршава на време и савесно обавезе.¹³⁰⁵

Након престанка уговора, закупац је дужан је врати животињу у броју и стању каква је била приликом склапања уговора. Поптуно је ирелавантно која је цена била при закључењу, а која при престанку уговора.¹³⁰⁶

Уколико је предмет закупа во који служи за орање онда је закупац у обавези да га храни и стара се о њему као уредан домаћин. Цену одређују уговорне стране уговором. Ако цена није одређена уговором, она ће бити одређена према месном обичају.¹³⁰⁷ Закупац је обавезан да након престанка уговора врати вола у добром стању, односно након једног или више орања.¹³⁰⁸

Обавезу плаћања јавних дажбина законодавац је регулисао тако да за животињу у наполици плаћају наполичар и власник по пола, за животињу под кесим, плаћа сам закупац, а за вола за орање његов власник.¹³⁰⁹

Уговор о најму службе и радње

Другу врсту римског *locatio-conductio* односно уговор о најму радне снаге, ОИЗ регулише под називом „О најму службе и радње”. Затим, одређене одредбе могу се наћи у шестом делу, трећем разделу који садржи објашњења, одређена и допуне. Осим ових, одредбе које се односе на овај уговор могу се наћи расуте у читавом тексту Законика.

Законик назива овај уговор најмом службе и радње, а уговорне стране код овог уговора су најамник или радник¹³¹⁰ односно лице које обавља радњу и најмилац или наручилац радње¹³¹¹ односно лице за која се обавља радња.¹³¹² ОИЗ за разлику од СГЗ прави разлику између уговора о најму радне снаге и уговора о делу. Уговор о најму службе и радње могао је да се користи за најразноврсније послове. Шта више, једна

¹³⁰⁵ Члан 320.

¹³⁰⁶ Члан 326.

¹³⁰⁷ Члан 327. став 2.

¹³⁰⁸ Члан 327. став 1.

¹³⁰⁹ Члан 328.

¹³¹⁰ У раду ће бити коришћен термин најамни радник.

¹³¹¹ У раду ће бити коришћен термин послодавац.

¹³¹² Члан 879.

радња могла је бити предмет како уговора о најму службе и радње (*locatio conductio operarum*) тако и уговора о најму радње одсејком (*locatio conductio operis*). А Рушнов наводи пример тапетирања где једно лице наручује тапетара да му за одређено време тапетира стан према његовим упутствима онда то представља уговор о најму радне снаге. Уколико би ово лице изјавило да стан треба да се тапетира тако да одговара сврси за коју жели да га употреби, онда постоји уговор о делу.¹³¹³

ОИЗ дефинише ову врсту уговора као уговор којим се једна уговорна страна обавезује да ће за рачун друге стране обавити одређени посао или радњу, а друга уговорна страна се обавезује да ће ту радњу платити или на други начин накнадити.¹³¹⁴ На основу саме реченичне конструкције коју је користио Богишић, а имајући у виду и друге одредбе које се односе на овај уговор, може се приметити да је уговор о најму службе и радње консенсуалан.

Уговор о најму службе и радње је неформалан јер законодавац не предвиђа форму која је неопходна за овај уговор. Штавише, претпоставља се да је овај уговор најчешће закључиван усмено.

Законик прописује да свака служба и радња, па и она која се мери временом треба да се плати или иначе накнади.¹³¹⁵ То значи да је уговор о најму радње и службетеретан. Једини изузетак постоји код радњи, које у датим околностима јасно показују да се врше без накнаде.¹³¹⁶ То ће бити у случају када се договоре села или братства да помогну удовици, сиромашном, лицу које је несрећним случајем изгубило имовину или другој особи којој је потреба помоћ. Законодавац прописује да лице коме се помаже није у обавези да храни, плаћа или узвраћа чинидбу чак и када се радња предузима нерадним данима.¹³¹⁷ Осим одређења особине овог уговора, поменути члан даје и појмовно одређење радног односа као фактичког односа који је постојао независно од тога да ли је био закључен уговор. То даље значи да је најамни радник могао да оствари право на накнаду на основу саме чињенице да је обавио посао. И ово један од показатеља квалитета ОИЗ јер други законици нису познавали оваква решења.

¹³¹³ О томе: Rušnov, A. -Tumač Općem austrijanskom zakoniku, knj 2, Zagreb, 1891, str. 563.

¹³¹⁴ Члан 879.

¹³¹⁵ Члан 329. став 1.

¹³¹⁶ Члан 329. став 2.

¹³¹⁷ Члан 347.

Уговор о најму службе и радње је прави обострано обавезујући зато што обавези најамног радника обављање посла стоји обавеза послодавца да исти плати.

Последња особина овог уговора односи се на комутативност. У тренутку закључења уговора одређен је положај уговарача, дефинитивно утврђена њихова права и обавезе, па самим тим и међусобни положај дугованих чинидби.

Римски двојни назив уговора *locatio-conductio* као да је најпотпуније изражен управо кроз назив уговор о најму службе и радње. Иако превод римског назива не одговара називу овог уговора датог у ОИЗ, као да показује намеру законодавца да и овај уговор регулише на основама римског права. Код уговора о најму односно закупу ствари, законодавац је једноставно превео римске термине, док је код уговора о најму радне снаге употребио називе најамник или радник и најмилац или наручилац радње. Ваља напоменути да ОИЗ за разлику од СГЗ предвиђа и уговор о најму радне снаге и уговор о делу. Такође, ОИЗ је отишао и корак даље, па је разлику од других законика из тог периода, заштитио фактички однос рада и радника који ради на овај начин. И римски *locatio- conductio operarum* и уговор о најму службе и радње нису много коришћени у пракси. Први уговор се није користио из многобројних разлога. Један од њих је коришћење сопствених робова. Разлог некоришћења другог уговора односи се на такву друштвену структуру где нису постојали у професионални најамни радници који су искључиво могли да живе од продаје своје радне снаге. Када је реч о особинама постављеним у римском праву може се приметити да су оне остале исте и у ОИЗ, уговор је консенсуалан, неформалан, обострано-обавезујући, комутативан и теретан. Када је о овом последњем својству реч, једнина неподударност се односи на могућност да одређени послови буду добротини што је последица обичајних правила и широко распрострањеној дужности колектива да помаже слабијима у најширем смислу речи. Са друге стране, ОИЗ дозвољава да се обављена радња исплати истом противуслугом што у римском праву није било могуће, јер је ово спадало у другу групу контракта, безимене контракте.

Битни елементи уговора

Битни елементи овог уговора били су служба или радња коју је требало обавити и накнада односно цена која се плаћа за обављену службу или радњу. Занимљиво је да

законодавац користи израз: „*треба да се плати или иначе накнади*” што указује да је цена могла да буде исплаћена у некој другој јединици. Овде се мисли на следећи одељак који говори о специфичној врсти уговора о најму радне где се за обављену радњу плаћањем исте противуслуге.

Цена (накнада)

Законик означава цену различитим терминима, па су тако у употреби термини најмовина¹³¹⁸ и плата¹³¹⁹, док судска пракса доноси термине попут најмовне цене¹³²⁰ и најамне плате.¹³²¹ Најчешће је у употреби био први термин, док се други користио кад су биле у питању накнаде из државне службе.¹³²²

Најамнине су најчешће биле изражене у новцу. Међутим, уколико је слуга становао у кући послодавца, део најамнине се исплаћивао и у натури. ОИЗ наводи да се део који се исплаћује у натури односи на стан и храну, док се одећа или обућа исплаћују само уколико је то предвиђено уговором или обичајем.¹³²³ Такође, постојала је могућност да се обављање радње плати узвраћењем исте противуслуге о чему ће касније бити речи.

Цену одређују стране уговорнице споразумно. Уколико цена није одређена на овај начин, онда се радња или служба плаћају или према обичају или законској такси. Ако цена није одређена ни на овај начин, суд ће је одредити у складу са околностима случаја.¹³²⁴ Када је реч о начину плаћања законодавац прописује да се радња или служба обично не плаћају унапред, него тек након завршетка посла. Уколико је временско трајање уговора дуже, плаћање ће се вршити након истека временског периода који је потребан за одређену службу или радњу. *Exempli causa* су наведени недеља, месец и година. Наведена правила ће важити само ако уговором или обичајем није другачије предвиђено.¹³²⁵

¹³¹⁸ Члан 336.

¹³¹⁹ Члан 332, 340.

¹³²⁰ ОСЦ, број 179-IV-1922-46, 30. јуна 1923.г., Цетиње.

¹³²¹ ОСЦ, IV-1931-192, бр. 1308, ф. 412, 8. маја 1931. Цетиње.

¹³²² ОСЦ, IV- 1933-354, бр. 3573,ф. 478, 18. децембра 1933. Цетиње.

¹³²³ Члан 332.

¹³²⁴ Члан 330.

¹³²⁵ Члан 331.

Радња или служба

Предмет овог уговора могли су да буду најразличитији послови. Као што је у уводу наведено, један исти посао могао је у зависности од околности конкретног случаја да буде и предмет уговора о делу. Законодавац посредно одређује предмет уговора када наводи да послодавац нема права да захтева од радника обављавање посла који је противан закону или моралу, као ни оно што превазилази његову снагу.¹³²⁶ На основу расположивих извора, а и у складу са одредбама овог Законика може се приметити да је ова врста уговора најчешће коришћена за најам слугу.

Битни елементи одређени у римском праву, рад и накнада, задржани су у ОИЗ. Једина разлика која постоји код накнаде последица је различитих обичајних правила и уопште друштвено економских услова.

Права и обавезе уговорних страна

Обавезе послодавца

Обавеза исплате најмине

Основна обавеза послодавца је да плати накнаду за обављени рад. Најмине су најчешће биле изражене у новцу, а поред тога су могле бити у натури или су се састојале од противуслуге. Од доношења ОИЗ па све до 1937. године када је ступила на снагу Уредба о минималним надницама, нису постојала ограничења у вези са висином најмине. Висину најмине су одређивале уговорне стране у складу са начелом аутономије воље. Уговорне стране су цену одређивале споразумно, а уколико то питање нису предвиделе, плаћање је вршено према обичају, законској такси или је суд одређивао у складу са околностима конкретног случаја.¹³²⁷ Када је реч о начину плаћања законодавац прописује да се радња или служба обично не плаћају унапред, него тек након завршетка посла. Уколико је временско трајање уговора дуже, плаћање ће се вршити снакон истека времена које је потребно за одређену службу или радњу.

¹³²⁶ Члан 334.

¹³²⁷ Члан 330.

Exempli causa су наведени недеља, месец и година. Наведена правила ће важити само ако уговором или обичајем није другачије предвиђено.¹³²⁸

ОИЗ наводи да се плаћање у натури односи на стан и храну, док се одећа или обућа исплаћују само уколико је то предвиђено уговором или обичајем.¹³²⁹ Такође, постојала је могућност да се обављање радње плати узвраћењем исте противуслуге.

Послодавац је био обавезан да исплати накнаду и када је најамни радник био спречен да врши службу услед кише или других препрека које се нису могле приписати у кривицу ни једној уговорној страни под условом да је спреченост трајала мање од четвртине дневног радног времена. У супротном, послодавац је имао право да одбије најамном раднику плату у сразмери са временом за које није радио, ако нешто други није било предвиђено уговором. Када је реч о храни, послодавац је био дужан да је даје најамном раднику ако је она била уговорена или обичајем предвиђена и то као да је радио све време.¹³³⁰

Обавеза послодавца у случају болести најамног радника

Законодавац је предвидео обавезу послодавца у случају болести најамног радника (који је становао у кући послодавца) који се разболео приликом обављања посла у кући и то без своје кривице. Дакле, овај члан се односи само на категорију најамних радника који живе у кући са послодавцем односно на слуге. У том случају послодавац нема право да отпусти радника. Овде се има у виду ткз. привремена спреченост за рад. Такође, послодавац је био у обавези да лечи најамног радника као и друге чланове његове породице за време од месец дана. Ако би болест трајала дуже од месец дана, а уговорне стране нису предвиделе спорна питања, суд би одлучио према околностима конкретног случаја.¹³³¹

Основна обавеза *conductor*-а, плаћање закупнине, нашла је место у ОИЗ. Док је у римском праву обавезивала *conductor*-а на плаћање у новцу, Законик дозвољава да буде делом у натури уколико најамни радник живи са послодавцем у кући као и узвраћањем истоветне услуге. Друга обавеза је последица обичајних правила која су своје место

¹³²⁸ Члан 331.

¹³²⁹ Члан 332.

¹³³⁰ Члан 340.

¹³³¹ Члан 335.

нашла у члановима ОИЗ, а односи се на болест најамног радника и обавезу послодавца да га лечи и немогућност давања отказа из тих разлога. Уређењем ових обавеза, ОИЗ је заштитио радника и показао да може буде камен темељац за уређење будућих односа у Европи тог времена.

Обавезе најамног радника

Обавезе најамног радника се, такође, односе на најам слуга што је био најчешћа, али не и једина врста уговора о најму службе и радње.

Првенствено, најамни радник је био у обавези да стави своју радну снагу на располагање што значи да је био дужан да у уговорено време дође на уговорено место. Он је био дужан да обави посао који је предвиђен уговором или обичајем куће у којој ради. Најамни радник је био у обавези да посао обави као савестан и добар радник. Притом, одговарао би за штету проузроковану немаром или злом намером.¹³³²

Најамни радник није био у обавези да ради ако је радња коју је предузимао била противна закону или моралу. Такође, најамни радник није био у обавези да обавља послове који су превазилазили његове капацитете и радну снагу.¹³³³ Овде се вероватно мисли на заштиту појединих категорија најамних радника попут деце и жена.

Locator је у римском праву био обавезан да стави своју радну снагу на располагање *conductor*-и што је главна обавеза најамног радника према ОИЗ. Обавезе ове уговорне стране остале су оквирима постављеним у римском праву.

Престанак уговора

Уговор о најму службе и радње је могао бити закључен на одређено или неодређено време. То значи да уговор закључен на одређено време престаје када време одређено у уговору истекне. У Анкети се наводи да су одређене категорије радника попут слугу и момака узимани за временски период од годину дана, док су се послови око земљорадње обично уговорали на дан. Занимљиво је да на основу расположивих извора нема података о уговорима који су закључивани на одређено време. Уговор

¹³³² Члан 333.

¹³³³ Члан 334.

закључен на одређено време може да престане пре рока, односно како Законодавац наводи „господар може отпустити најамљеника” из неколико разлога. Разлози који послодавцу дају такво право су: непослушност, несавесно вршење дужности, неверност и други већи порок. Са друге стране, најамни радник је могао отказати уговор „службу оставити” уколико послодавац не извршава своје дужности према њему.¹³³⁴ Законодавац је предвидео и отказне рокове, те уговор о најму службе или радње престаје петнаест дана након отказа, ако се најмовина плаћа годишње или пет дана након отказа ако се мери краћим роком.¹³³⁵

И овде је постојала могућност прећутног продужења ороченог уговора. То ће се десити када најамни радник остане на служби, а послодавац се томе не противи. У том случају ће важити услови из претходно закљученог уговора. Уколико су постојали различити услови у различитим временским периодима, важиће последњи.¹³³⁶ Уговор који се на овај начин продужи, сматра се да је закључен на неодређено време.¹³³⁷

ОИЗ је предвидео и престанак уговора надничара и других радника који се узимају на краћи временски период. И послодавац и најамни радници могу отказати посао након само једне наднице и нису дужни да образложе отказ, као ни да дају накнаду. Ово ће важити само ако уговор не одређује нешто друго.¹³³⁸

Уговор закључен на неодређено време престаје отказом било које стране уговорнице. Иако законодавац предвиђа да су уговорне стране слободне да дају отказ у било ком тренутку, напомиње да треба поштовати правила члана о отказним роковима.¹³³⁹

Римско право је као разлоге за престанак уговора предвиђало истек времена, смрт и једнострани раскид уговора од стране једне или друге уговорне стране. Када је реч о првом начину, он постоји и у ОИЗ као логична последица уговора са одређеним временом трајања. Смрт није предвиђена као начин гашења уговора о најму службе и радње као што се ни не помиње *intuitu personae* карактер уговора. Једнострани раскид који је стајао на располагању уговорном странама и разлози за исти како на страни послодавца тако и на страни најамног радника могу се поистоветити са разлозима за

¹³³⁴ Члан 336. став 1.

¹³³⁵ Члан 336. став 2.

¹³³⁶ Члан 338. став 1.

¹³³⁷ Члан 338. став 2.

¹³³⁸ Члан 339.

¹³³⁹ Члан 337.

отказ који су стајали на располагању уговорним страна по ОИЗ. Међутим, ОИЗ наводи различите разлоге за отказ у зависности од тога да ли је у питању уговор закључен на одређено или неодређено време.

„О радњи и помоћи на узајмицу и без узајмице”

ОИЗ регулише и једну врсту уговора о најму која је преко обичајних правила доспела у Законик, а реч је о врсти најма радње где се најамнина исплаћује „на узајмицу” или „без узајмице”. У првом случају, лице исплаћује надокнаду узвраћањем услуге у смислу обављања одређене радње, а другом случају таква „противуслуга” изостаје. Овде постоје две уговорне стране, једна којој се помаже, „поможени” односно помогнути и радници односно лица која помажу.

Лице које позове једног или више радника како би му помогли „на узајмицу” односно лице које се обавезује да ће и оно помоћи лицима која му помажу када буде било потребе, има обавезу да храни раднике и животиње које су повели са собом у том циљу, складу са обичајима. Његова обавеза се, дакле састоји давању хране, а накнаду није дужан да исплати јер ће он узвратити истом таквом радњом.¹³⁴⁰ Његова обавеза није на *dare*, већ на *facere*.

Ако се лице којем је помогнуто не одазове на позив пређашњег помоћника, а објективно је могао, пређашњи радник има право да захтева вредност невраћене радње, а поред тога и штету уколико је настала.¹³⁴¹

Помоћник нема права да захтева обављање радње код другог лица, већ само код њега. Уколико он то ипак учини, настаје *obligationes naturales*, те овај не може тражити накнаду ни у радњи ни у новцу.¹³⁴²

Лица која незвана дођу на обављање посла у случају да прихваћени, само добиће храну. Радња се не плаћа ни не враћа.¹³⁴³

Потраживање застарева у року од годину дана од како помогнути последњу помоћ прими радњом тако да он није више дужан ни одрађивати.¹³⁴⁴

¹³⁴⁰ Члан 341.

¹³⁴¹ Члан 342.

¹³⁴² Члан 343.

¹³⁴³ Члан 346.

Следећи члан уређује мобу односно ситуацију када комшилук или цело село помаже једном домаћину у великим пољопривредним радовима. Када неко лице позове на мобу има једину обавезу да храни раднике према обичају. Он није обавезан да им плати наканду за радњу нити да се одазове на мобу код тих лица.¹³⁴⁵

Регулисан је договор села или братства о пружању помоћи удовици, сиромашном лицу, лицу које је несрећним случајем изгубило имовину или другој особи којој је потреба помоћи. Законодавац одређује да помогнуто лице нема обавезу да плаћа помагаче нити да враћа услугу.”¹³⁴⁶

Уговор о најму радње одсјеком

ОИЗ регулише и трећу врсту римског *location-conductio* односно *location-conductio operis faciendi* или савременим речником- уговор о делу. Одредбе које се односе на овај уговор налазе се у делу који је насловљен „О најму радње одсјеком”, одмах након излагања о најму уопште као и најму службе и радње. Као и код претходна два уговора, одређене одредбе се налазе у шестом делу, трећем разделу који садржи објашњења, одређена и допуне као и у читавом тексту Законика.

Законодавац је назвао овај уговор уговором о најму радње одсјеком (или на уцјен) како би направио дистинкцију у односу на претходна два уговора. За разлику од њих, ОИЗ не даје имена уговорним страна и појам сваког од њих, али у тексту користи термине „подузетник”¹³⁴⁷ и „наручитељ”.¹³⁴⁸

Према дефиницији која је дата, уговор о најму радње одсјеком (или на уцјен) је такође најам радње, али је овде споразумом предвиђена укупна цена за сву радњу или њен производ као за какву јединицу или целину независно од тога колико је радник или подузетник у њу времена или трошка уложио.¹³⁴⁹

Уговор о најму радње одсјеком је консенсуалан што значи да је за његов настанак довољна сагласност воља уговорних страна о његовим битним елементима. То

¹³⁴⁴ Члан 344.

¹³⁴⁵ Члан 345.

¹³⁴⁶ Члан 347.

¹³⁴⁷ У раду ће бити коришћен термин извођач.

¹³⁴⁸ У раду ће бити коришћен термин наручилац.

¹³⁴⁹ Члан 880.

се види из многобројних одредби које су дате у самом тексту Законика, попут оних које говоре о начину исплате цене заједно са предајом ствари.

Уговор о најму радње одсјеком је неформалан јер законодавац није предвидео форму у којој би требало да буде закључен. Могуће да је су уговорне стране састављале писани уговор када је било реч о грађевинским радовима.

Затим, уговор о најму радње одсјеком је теретан јер ОИЗ садржи детаљна правила која прописују начин одређивања цене, њене исплате, снижење и повећање, итд.

Уговор о најму радње је обострано обавезујући јер правима извођача радова одговарају обавезе наручиоца и обрнуто.

Када се упореде римски *location-conductio operis faciendi* и уговор о најму радње одсјеком може се приметити да је код оба уговора акценат стављен на остварењу дела односно на радњу или њен производ што даље значи да су у питању исти уговори. Када је реч о називу уговора, без обзира што уговор о најму радње одсјеком има домаћи термин, може се рећи да он ипак следи традицију римског *location-conductio* на тај начин што задржава општи термин (најам), а затим као римски појам додаје реч која ће означити дистинкцију у односу на претходна два уговора. Особине римског *location-conductio operis faciendi*, уговор о најму радње одсјеком је у потпуности преузео, па је тако он консенсуалан, неформалан, теретан и обострано обавезујући.

Битни елементи

ОИЗ није прописао у посебном члану битне елементе уговора, али на основу дефиниције која је дата може се закључити да су у питању накнада односно „укупна плата” и остварење дела односно „одређена радња или њезин производ”.

Накнада

Као и код уговора о куповини и осталих консенсуалних уговора, законодавац није предвидео услове које би требало цена да испуњава, али су прописана детаљна правила о времену, начину плаћања, (не)могућности повишавања или снижавања цене, итд.

Висину накнаде одређују уговорне стране споразумно. Уколико цена није унапред одређена или је само одредива, а уговорне стране не постигну сагласност о њој, суд ће наредити процену вредности радње.¹³⁵⁰ Овом одредбом, ОИЗ настоји да одржи уговор на снази дајући суду могућност процене њене вредности.

Када је реч о времену исплате законодавац, у складу са начелом аутономије воље, препушта уговорним странама могућност предвиђања овог питања уговором. Ако уговорне стране не предвиде време исплате, плаћање се врши након оствареног дела односно „тек пошто се сврши” и то заједно са предајом ствари. Уколико је реч о таквом делу које се предаје у деловима, исплата се врши при завршетку сваког дела који се предаје.¹³⁵¹

Наручилац нема право да снизи цену, као што ни извођач дела не може да је повиси уколико је она била унапред одређена уговором, због тога што је цена робе или уопште обављања предметне радње пала или скочила.¹³⁵² Међитим, суд може да повиси или снизи цену услед ратног стања које се није могло предвидети. Ово ће бити могуће само ако је ратно стању било непредвидиво и уколико је довело до ванредних повишица у цени радње, стварима или до посебних потешкоћа у вођењу трговачких друштава.¹³⁵³ Дакле, суд има ову могућност само на основу ратног стања и то не сваког, већ оног који има карактер *vis maior*.

Уколико би трошкови израде превазишли границе које су у почетку биле одређене, а наручилац није разлог повећања, он може да не прими ствар или радњу и да раскине уговор.¹³⁵⁴

Римско право је поставило услове које је цена требало да испуњава код уговора о купопродаји, а аналогном применом то правило се примењивало и код *location-conductio operis faciendi*. Цена као накнада која се плаћа за одређени резултат морала је да буде одређена или одредива, истинита, правична и да се састоји у новцу. ОИЗ није предвидео ове услове ни код уговора о куповини, па их тако нема ни код уговора о најму, а ни код уговора о најму радње одсејком. Једино се помиње услов одређености цене односно накнаде. У римском праву, уговор неће настати док уговорне стране не

¹³⁵⁰ Члан 360. став 1.

¹³⁵¹ Члан 358.

¹³⁵² Члан 359. став 1.

¹³⁵³ Члан 359. став 2.

¹³⁵⁴ Члан 360. став 2.

одреде цену. ОИЗ, наиме „допушта” да цена не буде одређена дајући суду могућност да процени вредност радње и тако одржи уговор на снази. И овакво решење показује колико је ОИЗ био испред свог времена и тежио одржавању на снази уговора. Остали услови се не помињу, али је врло вероватно да је накнада била у новцу јер уговор о најму радње и помоћи на узајмицу и без да буде истинита, јер уговор не би ни настао уколико постоје мане воље (члан 518-523). Имајући у виду наведено, може се приметити да су *merces* и накнада постављене на исти начин.

Остварење дела

Када је реч о другом битном елементу овог уговора ваља се осврнути још једном на дефиницију овог уговора који гласи:

*„Уговор о радњи одсјеком (или на ујен) такође најам радње, али је овђе већ погодбом одсјечена укупна плата за сву одређену радњу или њезин производ, као за какву јединицу или цијелину, ма колико радник или подузетник у њу времена или трошка уложио.”*¹³⁵⁵

На основу конструкције коју је законодавац употребио „одређену радњу или њезин производ” може се приметити да је акценат стављен на остварење дела. Иако ни на једном месту не помиње шта може бити предмет уговора, иста реченична конструкција говори да у обзир долазе како радње материјалне природе, тако и оне нематеријалне природе. Свакако, уговор је морао да има могућ предмет, који је у складу са законом и моралом¹³⁵⁶, у супротном, био би ништав.¹³⁵⁷¹³⁵⁸

Извођач дела ће радњу извршити самостално или је лично надгледати њено извршење, уколико је уговор био *intuitu personae*. Уколико то није био случај, извођач дела је може поверити другом лицу, али одговара за *culpa in eligendo*.¹³⁵⁹

Основи које је римско правило поставило у односу на други битан елемент овог уговора односно остварење дела, нашао је своје место и у ОИЗ. И једно и друго право одређују да дело може бити како материјалне тако и нематеријалне природе. Без обзира на спорења које се односе на правну природу овог уговора, конкретно *intuitu personae*,

¹³⁵⁵ Члан 880.

¹³⁵⁶ Члан 914, 915.

¹³⁵⁷ Члан 513.

¹³⁵⁸ Члан 917, 918.

¹³⁵⁹ Члан 351.

која су постојала у римском класичном праву, уговор о најму радње одсјеком је задржао решење да правна природа овог уговора зависи од воља уговорних страна. Па тако, уколико је уговор био *intuitu personae*, извођач дела је био у обавези да лично обави радњу, а ако то није био случај могао је поверити другом лицу и као у римском праву одговарао је *culpa in eligendo*. Тако је и други битан елемент преузет из римског права.

Права и обавезе уговорних страна

Обавеза извођача дела

ОИЗ прописује да се извођач обавезује да ће радња бити у оном стању које је предвиђено уговором или се претпоставља у односу на саму ствар као и да ће је предати у року који је предвиђен уговором, врстом радње или другим приликама.¹³⁶⁰ Дакле, извођач дела је имао обавезу да савесно изврши радове као и да резултат свог деловања преда наручиоцу. Када је реч о лицу које треба да предузме радњу, ОИЗ наводи да уговор може бити склопљен како *intuitu personae*, тако и без тог својства. Извођач дела ће радњу извршити самостално или је лично надгледати њено извршење, уколико је уговор био *intuitu personae*. Уколико то није био случај, извођач дела је може поверити другом лицу, али одговара за *culpa in eligendo*.¹³⁶¹ Ово су уједно једине одредбе које се односи на обавезу извођача радова. Законодавац је, наиме, посветио много више одредби случајевима када извођач оклева са отпочињањем радње, као и случајевима када је радњу преузео противно самом уговору или природи посла.

Када извођач дела оклева са отпочињањем или вршењем радова без основаних разлога тако да се очигледно види да неће моћи на време да је заврши, ОИЗ упућује на примену чланова 548. и 545. у вези права наручиоца која има на располагању и пре истека рока.¹³⁶² Члан 548. прописује да у узајамним уговорима уколико једна уговорна страна одвлачи с извршењем, друга може да јој назначи судским путем приличан рок, с изјавом да тог рока не обави, друга уговорна страна може да одустане уговора. Страна која одустаје од уговора, има право да захтева да јој друга поврати све што је примила

¹³⁶⁰ Члан 348.

¹³⁶¹ Члан 351.

¹³⁶² Члан 349.

на основу уговора, као и накнаду штете.¹³⁶³ Одређивање рока није потребно уколико због одуговлачења дужника, извршење уговора постане очигледно немогуће или кад су уговорне стране предвиделе или се може примитети намера уговорника да извршење уговора треба да буде до одређеног рока или за одређено време.¹³⁶⁴

Уколико би извођач радова отпочету радњу предузео противно уговору, природи посла или рђаво, наручилац може одредити преко суда одређени рок како би ускладио радове с горе поменутиим начинима. У супротном, законодавац даје наручиоцу права из члана 542.¹³⁶⁵¹³⁶⁶

ОИЗ је регулисао и одговорност извођача радова, па је тако он дужан да се брине о успеху посла као и свакој другој користи за наручиоца са пажњом уредног домаћина. Посебно, извођач радова је у обавези да чува од квара и пропадања материјал који наручилац посла даје, као и да је штеди што је више у његовој моћи, а вишак да савесно врати наручиоцу.¹³⁶⁷ Осим тога, извођач радова је одговоран за стање ствари које сам бира и за радњу употребљава. Ако их сам даје одговара као продавац за материјалне недостатке¹³⁶⁸ ствари као и за „одузам”¹³⁶⁹ односно гарантује заштиту од евикције.¹³⁷⁰

Извођач радова је обавези да обавести наручиоца о недостацима који би се појавили у ствари, материјалу или у чему другом, а који би могли да пређу и на саму ствар. Иста обавеза ће постојати уколико би треће лице ометало извршење посла истичући какво право на ствар. Уколико извођач радова не би обавестио наручиоца одговарао би за штету.¹³⁷¹

Conductor је у римском праву био обавезан да поверене радове савесно изврши и резултат свога деловања или готови производ у уговореном року и на уговореном месту преда *locator*-у. ОИЗ је у потпуности преузео основне обавезе извођача. Када је реч о

¹³⁶³ Члан 548. став 1.

¹³⁶⁴ Члан 545.

¹³⁶⁵ Члан 350.

¹³⁶⁶ Члан 542: „Ако је дужник уговором везан да изврши неку радњу, или да даде какве суврсте ствари, дужитељ може, у мјесто што би тражио накнаду за штету због неизвршења по уговору, да на дужникове трошкове наручи коме другоме извршење онога, што је требало да дужник учини. Ако ли се дужник обвезао био да нешто неће учинити, па учини, тада дужитељ може искати, да се на дужникове трошкове уништи оно што је против уговора урадио. У случајевима обје врсте, дужитељ може још, кад би имао какве штете од тога замјеничког извршења, искати да му и то дужник намири.

¹³⁶⁷ Члан 352.

¹³⁶⁸ Чланови 232-241.

¹³⁶⁹ Члан 243-250.

¹³⁷⁰ Члан 354.

¹³⁷¹ Члан 353.

одговорности *conductor*-а може се приметити да је била поштрона, али различито степенована у зависности од конкретног *opus*. Ако је у питању професионални занатлија, он није одговарао само за уоничајену пажњу *bonus pater familias (omnis culpa)*, већ и за штету због нестручности (*imperitia*). Може се приметити да је извођач радова такође одговарао као уредан домаћин, али ОИЗ не помиње штету због нестручности. Међутим, уколико се има на уму обавеза извођача радова у смислу обавештавања наручиоца о недостацима који би се појавили у материјалу или на самој ствари као и његова одговорност за штету уколико не би поступио на наведени начин, онда се можда може говорити о неком виду овакве одговорности. Када је, с друге стране, реч о одговорности за *culpa in eligendo*, она је на исти начин постављена као и у римском праву. Такође, ОИЗ прописује још једну врсту одговорности извођача радова, а ради се о његовој одговорности за материјалне недостатке ствари као и за „одузам” односно гаранцију од евикције. Оваква одговорност није постојала у римском праву јер је наручилац био у обавези да преда материјал, а уколико би извођач радио на свом материјалу сматрало се да постоји купопродаја. Без обзира на посебност која постоји у погледу ове одговорности, обавезе као и одговорност извођача остала је на основама постављеним у римском праву.

Обавезе наручиоца

Наручилац има обавезу да исплати накнаду за остварени резултат и прими дело након његовог завршетка.

Када је реч о плаћању накнаде, она се плаћа онако како је уговором предвиђено. Ако уговорне стране не предвиде време исплате, плаћање се врши након оствареног дела односно „тек пошто се сврши” и то заједно са предајом ствари. Уколико је реч о таквом делу које се предаје у деловима, исплата се врши при завршетку сваког од дела који се предаје.¹³⁷²

Законодавац је предвидео да наручилац не може да снизи накнаду која је унапред била одређена, као ни да извођач радова не може да је повиси због тога што је цена робе или уопште обављања предметне радње пала или скочила.¹³⁷³ Међитим, суд

¹³⁷² Члан 358.

¹³⁷³ Члан 359. став 1.

може да повиси или снизи цену услед ратног стања које се није могло предвидети. Ово ће бити могуће само ако је ратно стање било непредвидиво и уколико је довело до ванредних повишица у цени радње, стварима или до посебних потешкоћа у вођењу трговачких друштава.¹³⁷⁴

Висину накнаде одређују уговорне стране споразумно. Уколико цена није унапред одређена или је само одредива, а уговорне стране не постигну сагласност о њој, суд ће наредити процену вредности радње.¹³⁷⁵

Законодавац није ништа рекао о обичном пријему ствари већ је предвидео правила када наручилац није у обавези да прими ствар односно радњу како је назива. Први такав случај односи се на повећање трошкова далеко више од предвиђених. У том случају, наручилац може да радњу или ствар не прими, а такође може и да раскине уговор. Ово ће бити могуће уколико наручилац није крив за повећање трошкова.¹³⁷⁶

Следећа ситуација односи на недостатке које израђена ствар или неки њен део има у тренутку предаје, а који су отклоњиви. У том случају, наручилац може захтевати поправку ствари. Уколико извођач радова за одређено време не поправи ствар, наручилац има *facultas alternativa*: може одбити од цене, како вели Законик „колико се нађе да је право” или дати ствар на поправку о трошку извођача радова.¹³⁷⁷ С друге стране, уколико ствар има таквих недостатака да се без већих тешкоћа или трошкова уклонити не могу, а такође, не одговара одредбама уговора, нити може служити послу коме је намењена, наручилац има право да је уопште не прими и да раскине уговор.¹³⁷⁸ Даље, ако се радња односила на грађење које се вршило на наручиочевој земљи тако да по самој природи посла и због великих трошкова није могуће уговор раскинути, тада наручилац има права из члана 361, а она се односе на *facultas alternativa*: одбијање од цене или давање ствари на поправку о трошку извођача радова.¹³⁷⁹ Свакако, наручилац има право на накнаду штете због непотпуног извршења уговора.¹³⁸⁰ Међутим, извођач радова ће бити ослобођен одговорности уколико он није крив за недостатке, већ наручилац. То ће бити случај када наручилац да лоша упутства (нпр. да лошу робу или материјал). Али, извођач радова се не ослобађа одговорности ако на време није

¹³⁷⁴ Члан 359. став 2.

¹³⁷⁵ Члан 360. став 1.

¹³⁷⁶ Члан 360. став 2.

¹³⁷⁷ Члан 361.

¹³⁷⁸ Члан 362. став 1.

¹³⁷⁹ Члан 362. став 2.

¹³⁸⁰ Члан 363.

предочио наручиоцу последице које могу настати услед лоших упуштава, уколико је извођачу радова то било или могло бити познато.¹³⁸¹

ОИЗ је предвидео да правила која односе на купца (стипулисана су у члану 234.¹³⁸²) примњују се и на наручиоца приликом пријема ствари.¹³⁸³

Locator је у римском праву био обавезан да преда материјал потребан за извођење дела, а предани материјал је морао бити таквог квалитета да омогући успешно извршење предузетих радова. Оваква обавеза не постоји у ОИЗ већ извођач може остварити дело и на сопственом материјалу. *Locator* и наручилац били су у обавези да исплате накнаду за остварено дело тек након његовог завршетка односно након оствареног резултата.

Престанак уговора

Законодавац је предвидео разлоге за гашење уговора о најму радње одсјеком. Смрт, губитак способности, пропаст ствари и једностранни раскида уговора, били су разлози за престанак уговора. Док се прва два начина односе на престанак уговора уколико је он склопљен у односу на личне способности извођача, остали начини су универзално дати. Иако ОИЗ не помиње испуњење обавезе као начин престанка уговора, он се претпоставља имајући у виду циљ уговора, а то је управо његово испуњење.

Један од разлога за престанак уговора је смрт извођача. Законик је у истом члану предвидео да уговор о најму радње одсјеком престаје и услед губитка способности односно уколико он „тијелом, умом или иначе” западне у такво стање да није могуће да изврши оно што је предвиђено уговором.¹³⁸⁴ Наравно, уговор ће престати на овај начин само ако је склопљен с обзиром на личне способности извођача. Међутим, уколико уговор није *intuitu personae*, наследници или укућани могу преузети започети посао. На

¹³⁸¹ Члан 364.

¹³⁸² Члан 234: „Ствар коју купац при уговорању није колико је доста разгледао био, па, како је прими, њене недостатке не сагледа те јој не забави, а могао је, продавац не одговара више. За прегледање и забаву, кад томе рока одређено није, оставља се онолико времена колико је за то према приликама потребно. Ако ли је ствар такве врсте, да јој се недостаци нијесу могли открити у одређено или обично вријеме, него тек позније, одговор продавчев не престаје, ако купац о њима одмах јави чим их открије. Кад је пак у послу продаје било каква зла лукавства продавчева, он одговара и кад купац не би ствари на вријеме забавио.”

¹³⁸³ Члан 365.

¹³⁸⁴ Члан 356. став 1.

тај начин, они ступају у сва права и дужности извођача радова.¹³⁸⁵ Када уговор престане због смрти извођача радова, наручилац је у обавези да плати његовим наследницима све што је он већ предао, а не наплатио. Даље, наручилац треба да прими и плати све што је завршено, а није предато и то уколико може да се служи сврхом или циљем на који се мислило приликом склапања уговора.¹³⁸⁶

Када је реч о пропасти ствари као начину престанка уговора, ОИЗ разликује две врсте, пропаст ствари кривицом једне или друге уговорне стране и пропаст ствари случајем. Наравно, овде се има у виду пропаст ствари пре предаје. Уколико ствар пропадне кривицом једне или друге уговорне стране, страна која је крива, не само што губи ствар и оно што је уложила, већ треба да другој уговорној страни надокнади штету.¹³⁸⁷ Уколико би ствар пропала услед случаја, једна уговорна страна другој не би одговарала него би свака страна губила оно што је у њу уложила, осим уколико је било одуговлачења у предаји или у примању.¹³⁸⁸ Законодавац је и овде упутио на примену чланова 543.¹³⁸⁹ и 546.¹³⁹⁰ који садрже одредбе о оваквим случајевима.

ОИЗ је предвидео два случаја када наручилац има право да раскине уговор. У случају да ствар има таквих недостатака да се без већих тешкоћа или трошкова не могу уклонити, а остварено дело не одговара одредбама уговора, нити може служити послу коме је намењено, наручилац има право да раскине уговор. Други случај се односи на повећање трошкова далеко више од предвиђених. У том случају, наручилац може да не прими ствар, а такође може и да раскине уговор. Ово ће бити могуће уколико наручилац није крив за повећање трошкова.

Разлози за престанак *locatio-conductio operis faciendi* који су постављени у римском праву, смрт уколико је уговор склопљен *intuitu personae*, испуњење обавезе и једнострани раскид уговора, предвиђени су и у ОИЗ. Када је реч о последњем начину, римско право је предвиђало да *locator* има право да раскине уговор у случају да

¹³⁸⁵ Члан 356. став 2.

¹³⁸⁶ Члан 356. став 3.

¹³⁸⁷ Члан 357. став 1.

¹³⁸⁸ Члан 357. став 2.

¹³⁸⁹ Члан 543: „Када дужник својом кривицом одвлачи извршење уговора, на ња пада и ризик сваке случајне штете. Тога се може ослободити тек ако докаже, да би ствар исто пропала била или се покварила, и кад би је у одређено вријеме другој страни предао био.”

¹³⁹⁰ Члан 546: „Кад дужитељ без узрока одбија ово извршење, на које је дужник према уговору готов, или на какав други начин чини да је намирење не могуће, тад, од дана те дужитељеве одвлаке, на ња пада свака штета која би отуда потекла. Он штетује, такође, и сам случајни квар или пропад ствари, об штетује и кад би извршење због каква случаја постало немогуће. Ако по уговору дужник треба добит да плаћа, течај те добити престаје даном којим почиње та дужитељева одвлака”.

conductor дело није завршио у договореном року или га је завршио, али није испоручио, као и у случају да се испостави да трошкови израде знатно превазилазе цену из предрачуна трошкова. ОИЗ не помиње раскид уговора у случају да извођач не изврши дело у договореном року из разлога што законодавац оставља могућност суду да извођачу одреди приличан рок. Тек уколико у новом року извођач не изврши радњу или обави посао, наручилац може да одустане уговора. Посматрајући разлоге за престанак уговора, може се приметити да су они преузети из римског права.

4.4.4. Уговор о простој удрузи

ОИЗ је одредбе посвећене овом уговору сместио у XIV раздео трећег дела као и у III раздео шестог дела где се налазе објашњења, одређења и допуне. XIV раздео одређује састав ортаклука, међусобни однос ортака и однос ортаклука према трећим лицима, и престанак ортаклука. Приметно је, да разлику од других уговора (осим повјере), сва напред наведена питања имају своје посебне поднасловне, док ортаклук нема. Могуће да разлог лежи у чињеници каснијег записивања одредби Такође, део који садржи објашњења, одређења и допуне је знатно обимнији у односу на остале уговоре имајући у виду да су у том делу биле предвиђене само дефиниције и уговорне стране, док овај део регулише и улог, одговорност ортака, итд.

Законодавац на почетку одређује назив уговора констатујући да је удружење или удруга оно што народ назива „туђом рјечју” ортаклуком односно оно што се „домаћом ријечју” назива друштво или дружина.¹³⁹¹ У још једном члану који се односи на назив уговора, ОИЗ објашњава зашто је уговор назвао термином удружење. Као и код осталих појмова, Богишић користи термине који су одомаћени у свакодневном говору и који су народу разумљиви. Разлог коришћења термина удружење, осим претходно наведеног, је у циљу разликовања од сличних појмова попут трговачког друштва и правног лица које је било субјекат права различит од физичког лица, и на крају од свих осталих удружења непрофитног карактера.¹³⁹² У томе се и огледа величанственост овог Законика, попут римских сентенци који су на оригиналан и сваком разумљив начин приказани на крају Законика. Такође, исти у члан у следећем ставу наводи да се правила

¹³⁹¹ Члан 885. став 1.

¹³⁹² Члан 886. став 1.

о простој удрузи примењују и на удружења коју састављена из неког другог циља, а не ради стицања материјалних добара.¹³⁹³

Удруга¹³⁹⁴ је дефинисана као уговор којим се два или више лица обавезују, један према другоме, да ће удружити свој рад и старање, новац или друге ствари имовинске природе у циљу остврења заједничке имовинске добити.¹³⁹⁵ Уговорне стране код овог уговора, законодавац назива удруженицима, удругарима, друговима или скупно дружином.¹³⁹⁶¹³⁹⁷

На основу саме дефиније као и реченичне конструкције коју је ОИЗ употребио „којим се двојица или више њих везују” може се уочити да је уговор о простој удрузи консенсуалан.

Уговор о простој удрузи је неформалан јер законодавац није предвидео посебну форму у којој би требало да буде закључен.

Како је сваки од ортака дужан да унесе улог у ортаклук, који може да буде у раду, новцу или другој имовинској вредности, то је уговор о простој удрузи теретан.

Уговор о ортаклуку је прави обострано-обавезујући (*contractus bilaterales aequales*) јер сваки је ортак за своје обавезе дужник према осталим ортацима, а заједно са осталим ортацима поверилац према сваком поједином ортаку.¹³⁹⁸

Законодавац је предвидео да уговор о ортаклуку престаје смрћу ортака или губитком пословне способности. У даљем тексту превиђено да ово правило важи само уколико уговорне стране нису у самом уговору предвиделе нешто друго. Дакле, уговорне стране су могле предвидети да уговор не престаје смрћу једног од њих.

Уговор о ортаклуку је дуготрајан јер је циљ ортаклука да траје одређени временски период како би ортаци остварили заједничку имовинску добит.

Дефиниција римског ортаклука је у потпуности преузета у ОИЗ: консенсуални контракт којим се два или више лица обавезују да унесу средства и/или рад ради постизања материјалне користи. Када је реч о називу уговора, Богишић је користио

¹³⁹³ Члан 886. став 2.

¹³⁹⁴ У раду ће бити коришћен термин ортаклук.

¹³⁹⁵ Члан 885. став 2.

¹³⁹⁶ Члан 885. став 2.

¹³⁹⁷ У раду ће бити коришћен назив ортаци.

¹³⁹⁸ Члан 432.

народни термин, иако доступни извори показују да је турски израз ортаклук био одомаћен. Без обзира на правну регулативу у Законику, термин није успео да заживи у пракси. Када је реч о битним особинама, проста удруга је задржала карактеристике римског *societas*: консенсуални, неформални уговор, теретан, прави обострано-обавезујући уговор.

Битни елементи

Улог

Законодавац је дефинисао „удругарски улог” као све оно што ортак улаже односно уноси у заједничку главницу, а то може бити у новцу¹³⁹⁹, другим стварима или раду.¹⁴⁰⁰¹⁴⁰¹ Када је реч о раду као улогу, уговорне стране се могу споразумети да поједини ортак уложи и свој интелектуални рад, а да притом не унесе улог друге врсте. У том случају, такав ортак може имати потпуно право на добитак које оствари ортаклук као и сва права која остали ортаци имају. Шта више, он може имати и право које остали ортаци немају.¹⁴⁰² Дакле, поред физичког рада као улога, ортак може унети и свој интелектуални рад.

Ортак је дужан да унесе улог који је одређен уговором, обичајем или врстом посла који ортаци предузимају.¹⁴⁰³ Улог појединог ортака може бити различити и по врсти и по вредности. Постоји законска претпоставка да су улози ортака једнаки уколико уговор, обичај или циљ ортаклука не одређује нешто друго.¹⁴⁰⁴

Када је реч о улогу као битном елементу уговора о ортаклуку и основама које су постављене у римском праву, такође се може приметити да су рецепирани. Улог је могао бити и у стварима и у раду, како у римском праву, тако и у ОИЗ.

¹³⁹⁹ 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, IV125-1923, 9. фебруара 1923.г., Цетиње); Затим и ОСЦ, IV-1919-271, 17. јула 1919.г., Цетиње.

¹⁴⁰⁰ Интересантан је ортаклук склопљен ради изградње водовода у којем је „улог другара био њихов труд“, ОСН, IV-1931-682, 10. јуна 1932.г., Никшић.

¹⁴⁰¹ Члан 888. став 1.

¹⁴⁰² Члан 889.

¹⁴⁰³ Члан 418.

¹⁴⁰⁴ Члан 419.

Циљ ортаклука

У самој дефиницији ортаклука дат је и његов општи циљ, а то је стицање имовинске добити. У другом члану, ОИЗ је забранио ортаклуке који су састављани због каквог забрањеног посла или дела. Како вели: „закон му је, као што и треба да буде, најљући противник.”¹⁴⁰⁵ У прилог томе говори и члан који наводи да се два или више лица удружују ради законитог стицања материјаних добара.¹⁴⁰⁶ У општем делу у коме су регулисани облигациони односи Законик прописује да су ништави сви уговори управљени на испуњење немогућег или законом и обичајима забрањеног предмета.¹⁴⁰⁷ Разлог оваквог понављања лежи у чињеници да су лопови и четници имали својеврсно организовање па су чак имали устројство, међусобна права и обавезе па су на неки начин и били посматрани као привредне делатности.

На основу појединих циљева могу се извести и врсте ортаклука које, уистиниу, нису предвиђене у самом тексту Законика, већ се могу уочити на основу судске праксе.

Дејство

Дејство уговора о ортаклуку може се посматрати кроз међусобне односе ортака и односима ортаклука са спољним светом. Свакако да је основна обавеза ортака било уношење улога према уговору, а неће бити посебно обрађено у овом делу јер је већ наведено код битних елемената.

Права и обавезе уговорних страна

Законодавац је посветио посебан поднаслов „О вези удруженика међу се”, међусобном односу ортака. Овај поднаслов регулише учествовање ортака у послу, управљање ортаклуком, као и одговорност за штету.

Управљање и пословодство ортаклуком и одговорност за штету

У складу са римском сентенцом да ортаклук има нечега братског у себи¹⁴⁰⁸, ОИЗ прописује да је ортаклук попут браће (*ius fraternitatis*) и да из тог разлога треба да влада потпуна верност, поштење и искреност међу ортацима.¹⁴⁰⁹

¹⁴⁰⁵ Члан 887.

¹⁴⁰⁶ Члан 418.

¹⁴⁰⁷ Члан 513.

¹⁴⁰⁸ „*Societas quodammodo ius fraternitatis in se habet*“

ОИЗ наводи да је сваки ортак дужан да се стара о свакој користи ортаклука. С тим у вези, законодавац регулише и сукоб интереса прописујући да ортак не сме да се бави послом који може да нанесе штету ортаклуку без посебног одобрења или споразума.¹⁴¹⁰

За разлику од СГЗ који одређује да ортаци учествују у заједничком пословању сходно свом улогу,¹⁴¹¹ ОИЗ стоји на становишту да сви ортаци треба да учествују подједнако независно од величине њихових удела. Ортаци управљају заједнички пословима који спадају у редовно пословање уколико нешто друго није предвиђено уговором.¹⁴¹² Одлуке које спадају у редовно пословање су доносе обичном већином гласова ортака. Када је реч о пословима који превазилаце редовно управљање, потребна је двотрећинска већина гласова ортака да би одлука била законита. Међутим, уколико је у питању посао који не трпи одлагање и има обележје хитног посла, одлука ће бити донета обичном већином гласова.¹⁴¹³ Занимљиво је да је првобитна верзија Законика предвиђала сагласност свих ортака. Међутим, на захтев Одбора за усвајање Законика промењена је одредба. „У другу тачку мјесто једногласја сва господа чланови мисле да је немогуће те највише да се одреде двије трећине за послове изванредне.” Овакво решење је омогућило једноставнију управу над ортаклуком, као и пословање.¹⁴¹⁴

Ортаци могу поверити управу и вршење ортачких послова и једном или више ортака. У том случају ће бити примењена правила о повјери односно правила уговора у пуномоћству имајући у виду њихову одговорност, „али, с погледом на природу саме друштвене везе, најстрожијим начином.”¹⁴¹⁵

Пренос управљања на једног или више ортака могао је бити предвиђен уговором, а постојала је и могућност да се то учини и у току трајања уговора. Ортаци могу простом/обичном већином гласова одузети управу поједином ортаку који је био задужен за одређени ортачки посао.¹⁴¹⁶ Ортаку коме би била поверена управа самим уговором може бити одузета због озбиљних узрока у било ком тренутку када већина ортака сматра да је потребно. Ово је могуће и у случају када би уговором било

¹⁴⁰⁹ Члан 890.

¹⁴¹⁰ Члан 421.

¹⁴¹¹ Члан 730. Српског грађанског законика.

¹⁴¹² Члан 422. став 1.

¹⁴¹³ Члан 422. став 2.

¹⁴¹⁴ Записници, Сједница XV, 23. децембра 1881, Цетиње

¹⁴¹⁵ Члан 423.

¹⁴¹⁶ Члан 424. став 1.

предвиђено нешто друго. С обзиром да би озбиљан узрок био правни стандард, законодавац је навео шта сматра под тим појмом. Према томе, озбиљан узрок постоји када ортак почне да обавља посао тако да својим радњама проузрокује велику штету ортаклуку или иначе изневерује њене интересе односно обавезу на верност, искреност и поштење,¹⁴¹⁷ или западне у такво стање да објективно није могуће да обавља поверене послове.¹⁴¹⁸

Када неки од ортака управља одређеним ортачким послом, а није на то овлашћен или прекорачи границе овлашћења тада ће се на преузете послове примењивати правила о незваном вршењу туђих послова.¹⁴¹⁹¹⁴²⁰

Обавезе које су *socii* имали у римском праву: обавеза уноса улога према уговору, обавеза уноса прихода од пословања и обавеза управљања и пословодство ортаклуком, задржани су и у ОИЗ. Када је реч о првој обавези, улог је у оба права могао бити како у средствима тако и у раду. И римско право, као и ОИЗ претпоставља да су улози једнаки, уколико другачије није уговорено. Док су у римском праву ортаци управљали ортаклуком у завиности од његове природе, ортаци по ОИЗ треба да учествују подједнако независно од величине њихових удела. ОИЗ је предвидео и детаљна правила у смислу већине која је потребна за доношење одлука. Уколико би ортаци поверили вршење послова поједином ортаку, у римском праву су примењивана правила уговора о мандату, док су по ОИЗ примењивана правила уговора о пуномоћству. Дакле, између обавеза које су имали *socii* и обавеза удругара по ОИЗ могао би да се стави знак једнакости.

Међусобна одговорност ортака

Сваки је ортак за своје обавезе дужник према осталим ортацима, а заједно са осталим ортацима поверилац према сваком поједином ортаку.

Ортаци су дужни да обављају послове ортаклука са оноликом пажњом са којом обављају и своје послове.¹⁴²¹ Ортак ће бити дужан да надокнади штету коју нанесе обављајући послове без претходно наведене пажње.¹⁴²² Уколико би ортак употребио

¹⁴¹⁷ Члан 890.

¹⁴¹⁸ Члан 424. став 2.

¹⁴¹⁹ Члан 587-594.

¹⁴²⁰ Члан 425.

¹⁴²¹ Члан 890. став 2.

¹⁴²² Члан 426. став 1.

ортачки новац или друге ствари биће у обавези не само да поврати оно што је потрошио већ и да плати камату од 10% рачунајући од дана када их је узео до дана повратка. Он ће бити у обавези и да надокнади штету уколико ју је проузроковао.¹⁴²³

Ортаклук треба да надокнади трошкове које је поједини ортак имао приликом вршења послова управе или неког другог посла. Осим обавезе на накнаду трошкова, ортаци имају и обавезу надокнаде штете коју је ортак без своје кривице том приликом имао. Уколико је ортак трошио свој новац, остали ортаци треба да му плате обичну законску камату од 8%.¹⁴²⁴

Сваки ортак, па и онај коме није поверено вршење управе или ортачких послова, има право да тражи увид у пословање ортаклука. Ради остварења тог права, он може у било ком тренутку да прегледа ортачке записе, рачуне и књиге. Чак и да је уговором предвиђено одрицање од права надзора, такав споразум губи праву снагу уколико се покаже основана сумња да је у обављању послова било „каква непоштења или зла лукавства.”

Довољно је, дакле, да ортак покаже у односу према заједничким стварима такву пажњу какву показује у односу према својим стварима. „Ако неко изабере себи за ортака неког недовољно пажљивог, треба то да припише сам себи“¹⁴²⁵, у потпуности је преузета од стране Богишића у ОИЗ. Такође, преузета је и обавеза на надокнаду штете коју је ортак био дужан да надокнади непоступајући у складу са овом врстом одговорности. Даље, сваки од ортака у римском праву је имао право надзор над пословањем ортаклука и сходно томе увид у пословне књиге и осталу документацију ортаклука, па је и ово право рецепирано у ОИЗ. ОИЗ је предвидео и низ правила, као и одговарајућу законску камату коју је требало да плати ортак који је користио новац ортаклука за сопствене потребе.

Подела добити и губитака

Законодавац је предвидео и правила о подели добити и губитака. Подела добити се врши након завршетка пословања ортаклука и када престане ортачки уговор.¹⁴²⁶ Уколико је ортаклук склопљен на дужи временски период, сваке године ће бити

¹⁴²³ Члан 426. став 2.

¹⁴²⁴ Члан 427.

¹⁴²⁵ D.17.2.72 (Gai, *libro secundo cottidianarum rerum*): *Sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quia qui parum diligentem sibi socium adquiret, de se queri debet.*

¹⁴²⁶ Члан 429. став 1.

прављени рачуни и ортаци ће бити исплаћени. Ова правила ће важити ако уговор или врста ортаклука не одређују нешто друго.¹⁴²⁷

Начин поделе добити одређује се уговором. Уколико ово питање није било предвиђено уговором, сви ортаци би делили добит на сразмерне делове чак и уколико су им улози како по врсти тако и по тржишној вредности били неједнаки.¹⁴²⁸

Ортаци деле губитак на начин предвиђен уговором. Ако су ортаци пропустили да поделу губитака предвиде уговором, онда ће и губици, сходно правилима о подели добити, бити дељени на једнаке делове.¹⁴²⁹

ОИЗ је и овде преузео римскоправна решења, с једним одступањем. Како је римско право предвиђало да ортаци деле добит према уговору, тако је и ОИЗ предвидео исто правило. Уколико уговор није садржао одредбу такве природе, добит се и по римском праву и по ОИЗ делиле на једнаке делове. Када је реч о подели губитака, римски правило оличено у томе да се и губитак онако како је уговорено (притом су могли предвидети и да неко не учествује у ризику, а да ипак дели добит), прихваћено је и у ОИЗ. Ако нема уговорне одредбе онда се и губитак дели на једнаке делове. Римско право је забрањивало лавовске ортаклуке (*societas leonina*) где би поједини члан сносио само губитак и уједно био искључен од добитка. Међутим, ОИЗ је оставио аутономоју воље уговорним страна и на тај начин отворио врата за неке врсте лавовских ортаклука били они схваћени у ужем или ширем смислу.

Однос ортака према трећим лицима

Законодавац је у овом поднаслову који носи назив: „О везама и додирима с осталим свијетом” регулисао односе који настају поводом заступања, као и одговорност ортака за дугове ортаклука.

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.¹⁴³⁰

¹⁴²⁷ Члан 429. став 2.

¹⁴²⁸ Члан 430.

¹⁴²⁹ Члан 431.

¹⁴³⁰ Члан 432.

Ортаци су могли да у уговор о ортаклуку унесу одредбу којом се поједином ортаку забрањивало да склапа одређене послове за рачун ортаклука. Таква одредба би производила правно дејство према трећем лицу само уколико је ограничење било правилно оглашено или ако би ортаклук доказао да је треће лице имало сазнања о томе.¹⁴³¹ Како је уговор за трећа лица био *res inter alios acta*, у случају да треће лице није знало за ограничења овлашћења заступања, ортаци су били дужни да преузму обавезе.

Сви ортаци имају право на добит коју ортаклук стекне. С друге стране, они солидарно одговарају за сваки дуг, и својом имовином уколико ортачка имовина није довољна за намирење. Ова правила ће важити уколико уговор са трећим лицем није предвиђао нешто друго.¹⁴³²

Промене у ортачком друштву или престанак постојања нису утицале на имовинске односе са трећим лицем којим потичу из ортачких послова.¹⁴³³

Римско правило о солидарној одговорности ортаклука је нашло место и ОИЗ. Када је реч о режиму својине, ОИЗ није предвидео односна правила.

Престанак ортаклука

Уговор о ортаклуку према ОИЗ може престати из две групе разлога: вољом ортака (*ex voluntate*), и услед личности ортака (*ex personis*).

Разлози који се односе на прву групу разлога су раскид уговора и иступање ортака.

Ортаклук који је био закључен на одређено време или чије се трајања одређује врстом ортачког посла могао је бити раскинут судским путем уколико су постојали озбиљни разлози.¹⁴³⁴ Суд је процењивао да ли су постојали озбиљни разлози узимајући у обзир чињенице и околности конкретног случаја.¹⁴³⁵ Ортаклук закључен на одређено време могао је прећутно да буде продужен уколико би ортаци наставили на исти начин

¹⁴³¹ Члан 433.

¹⁴³² Члан 434.

¹⁴³³ Члан 435.

¹⁴³⁴ Члан 436. став 1.

¹⁴³⁵ Члан 436. став 1.

да обављају послове. На такав ортаклук примењиваће се правила старог уговора.¹⁴³⁶ Дакле, на овај начин се ортаклук закључен на одређено време трансформисао у ортаклук са неограниченим трајањем.

Ортаклук закључен на неодређено време могао је да буде једнострано раскинут од стране једног од ортака. С обзиром на братски однос међу ортацима, није смео да буде раскинут у невреме или у циљу преваре. У супротном, ортак би био дужан да надокнади штету.¹⁴³⁷ Сматра се да је уговор закључен на неодређено време уколико је ортаклук основан „вазда”, или док је жив један или више ортака или у случају се да се поједини ортак одрекао права на раскид уговора.¹⁴³⁸ Процена да ли је раскид био у невреме или у циљу преваре зависиће од околности конкретног случаја. Законодавац је навео *exempli causa* иступање у невреме: смањивање добити ортаклуку или наношење замашније штете ортаклуку. Приликом процене да ли је било у циљу преваре, посматра се какву корист или олакшицу има ортак који иступа и штету трпе ортаци.¹⁴³⁹

Ортаклук је могао да престане и иступањем само једног ортака било у случају раскида ортаклука са ограниченим или неограниченим трајањем.¹⁴⁴⁰ Уколико преостали ортаци желе да наставе са пословањем, сматра се да су основали нови ортаклук.¹⁴⁴¹

Разлози који су везани за личност ортака односе се на смрт или губитак пословне способности појединог ортака. Смрћу ортака, ортаклук је престајао осим уколико су уговорне стране предвиделе нешто друго.¹⁴⁴² Међутим, у следећем ставу предвиђа изузетак који постоји када је преминули члан ортаклука имао својство правног лица. У том случају, кућа ће бити у обавези да преда друго лице које ће умрло заменити.¹⁴⁴³

Улпијан је све разлоге који се односе на престанак ортаклука сврстао у четири групе: *ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione*.¹⁴⁴⁴

¹⁴³⁶ Члан 437.

¹⁴³⁷ Члан 438.

¹⁴³⁸ Члан 440.

¹⁴³⁹ Члан 891.

¹⁴⁴⁰ Члан 439. став 1.

¹⁴⁴¹ Члан 439. став 2.

¹⁴⁴² Члан 441. став 1.

¹⁴⁴³ Члан 441. став 2.

¹⁴⁴⁴ D. Ulp.17, 2, 63, 10.

Када је реч о разлозима *ex voluntate* они су исти као у римском праву: раскид уговора и иступање појединог ортака који нису смели да буду у невреме. Разлози *ex personis* су у римском праву били смрт ортака¹⁴⁴⁵, губитак статуса, инсолвентност. Када је реч о првој врсти, ОИЗ је преузео римско решење, осим у случају кућне заједнице која је била својствена нашим просторима, па зато и постоји другачија регулатива. Римско право је предвиђало губитак статуса који се односио превасходно на правну, па самим тим и пословну способност, ОИЗ предвиђа губитак пословне способности. Имајући у виду специфичне друштвене прилике у Риму губитак статуса би на неки начин могао да се поистовети и са губитком пословне способности коју налазимо у ОИЗ. ОИЗ, с друге стране, не помиње инсолвентност као разлог престанка уговора о ортакулуку.

Разлози *ex rebus* се уопште не помињу у ОИЗ, док разлози *ex actione* се не помињу изричито већ би о њиховом постојању могло да се закључи на основу других одредби које говоре о праву сваког појединца на заштиту његових права пред судом.

Врсте ортаклука

На основу доступних извора може се примити да су постојали *societas unius rei* и *societas alicuius negotiationis*.

Societas unius rei је била таква врста ортаклука коју су ортаци закључивали ради обављања тачно одређеног посла. Доступни извори показују да се ова врста ортаклука закључивала за различите врсте послова. Предмет једног уговора била је куповина стоке,¹⁴⁴⁶ други је за предмет имао израдњу водовода¹⁴⁴⁷. Следећи пример показује да је циљ тако закљученог ортаклука био пријем ствари у Котору код Италијанске војне команде и превоз до Цетиња у циљу продаје.¹⁴⁴⁸

Societas alicuius negotiationis врста ортаклука који је служила за трајно обављање одређене делатности. Најчешће је закључиван између лица која су се бавила истом професијом. Па тако, постоји податак о закључењу уговора о ортаклука између два

¹⁴⁴⁵ Pomp. D. 17, 2, 59.pr. *Morte socii solvitur societas, ut nec ab initio pacisci possimus, ut heres etiam succedat societati* (смрћу ортака престаје друштво па не можемо на почетку уговорити да такође и наследник улази у друштво).

¹⁴⁴⁶ 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.“

¹⁴⁴⁷ ОСН, IV-1931-628, 10. јуна 1932.г., Никшић.

¹⁴⁴⁸ ОСЦ, IV-1919-271, 17. јула 1919.г., Цетиње.

месара након чега су приступили заједничкој куповини стоке.¹⁴⁴⁹ Такође, потврду постајања овог облика ортаклука показује захтев који је упутио ортак, а његов предмет је било о изјашњавање о постојању „заједничких ортаклука” везаних за закуп више пољопривредних добара.¹⁴⁵⁰

Изненађује да се међу изворима не појављује *societas omnium bonorum* као ортаклук свих добара. Поготово што је у друштву постојала кућа као заједница живота, рада и имовине њених чланова. Међутим, имајући у виду да је систем одговорности куће према трећим лицима био другачији од ортаклука, као и то да је кућна заједница имала својство правног лица, а ортаклук не,¹⁴⁵¹ онда је јасно зашто ове врсте ортаклука нема.

Дакле, од четири врсте које је познавало римско право, пракса познаје само две, *societas unius rei*, *societas alicuius negotiationis*. Већ је објашњење из којих разлога не постоји *societas omnium bonorum*. Када је реч о подврстама *societas alicuius negotiationis*, не чуди зашто не постоји *societates argentariorum*. Прва банка је основана у Црној Гори 1906. године као акционарско друштво, а настанком Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, укључена је у њен банкарски систем. *Societates venaliorum* нису постојала у изворном облику у смислу постојања трговачких удружења, јер су се трговци удруживали у друге правне форме које су им биле погодније за обављање њихових делатности. Када је реч о *societates publicanorum* имајући у виду да је порез у време доношења ОИЗ држава сакупљала порез, а да је у Риму било уобичајено да држава приватним лицима даје концесију за обављање одређених државних послова, какво је било сакупљање јавних дажбина од стране публикана, јасно је зашто нема ове врсте ортаклука.

4.4.5. Уговор о повјери или пуномоћју

Законодавац је искористио алтернативни назив „повјера или пуномоћје”. Термин „повјера”, имајући у виду етимолошко порекло речи, од речи вера, што значи да се неком лицу даје поверење за предузимање одређене радње. С друге стране, овај термин је можда употребљен како би се тим термином означили послови које је једно лице

¹⁴⁴⁹ ОСЦ, IV-1926-220, број 5966, 12. новембра 1926. Цетиње.

¹⁴⁵⁰ ОСБ, II-1926- 6172, 6. јун 1926.г., Бар.

¹⁴⁵¹ Штавише, позитивноправни прописи у Црној Гори који уређују материју ортаклука прописују да ортаклук нема својство правног лица. ЗОЦГ, чл. 716, ст. 2.

предузимало за друго, а који су били добродоног карактера. Када се говори о другом термину „пуномоћје” овде је јасно да је законодавац имао на уму предузимање одређених правних послова.

ОИЗ је дефинисао повјеру или пуномоћје као уговор којим једно лице даје налог другом лицу како би оно предузело посао који има у имовинском смислу законске последице.¹⁴⁵² Законодавац је, према томе, одредио овај уговор као уговор о налогу. Међутим, ОИЗ наводи да „повјера” настаје и онда када једно лице да другоме лицу обичан налог, па *exerpli causa* наводи продају плодова. Тада, како наводи Законик, лице коме се даје налог постаје заступник онога ко му је издао налог и све што то лице предузме у границама датог налога везује и лице које му је дало налог.¹⁴⁵³ Док у делу где се наводе допуне и објашњења користи термин налог, у делу где регулише овај уговор, законодавац користи термин повјера што би био синоним за пуномоћје. Ова термилошка разлика је могућа последица различитих временских интервала у којима су настали ови одељци. У прилог томе говори чињеница да је Богишић радио на овом законнику пуних шеснаест година.

Уговорне стране код овог уговора су „повјеритељ”¹⁴⁵⁴ односно лице које даје налог и „повјереник”¹⁴⁵⁵ лице које прима налог.¹⁴⁵⁶

Законик ни у једној одредби није одредио уговор као консенсуалан. Међутим, имајући у виду да део који говори о прихватању обавезе од стране пуномоћника, не захтева ни један додатни акт. Због тога се сврстава у консенсуалне.¹⁴⁵⁷

ОИЗ наводи да за овај уговор није потребна никаква посебна форма ако закон за одређену врсту посла не одређује нешто друго.¹⁴⁵⁸ Дакле, уговор о повјери је неформалан.

Законодавац наводи да се вршење повереног посла плаћа само уколико је то предвиђено уговором или ако лица која обављају конкретан посао се баве њиме у виду занимања. Према томе, овај уговор је начелно добродоно, али може бити и теретан из горе наведених разлога.

¹⁴⁵² Члан 883. став 1.

¹⁴⁵³ Члан 884. став 2.

¹⁴⁵⁴ У раду ће бити коришћен термин властодавац.

¹⁴⁵⁵ У раду ће бити коришћен термин пуномоћник.

¹⁴⁵⁶ Члан 883. став 2.

¹⁴⁵⁷ Члан 396.

¹⁴⁵⁸ Члан 884. став 1.

Уговор о повјери је прави или неправи обострано-обавезујући. Особина овог уговора, односно његово сврставање у једну или другу категорију, зависи од тога да ли је уговорена накнада или не. Уколико се пуномоћник обавезао да бесплатно заступа властодавца, тада је реч о неправу обострано обавезујећем уговору. Али, ако је уговорена накнада коју властодавац треба да плати, онда ће уговор бити прави обострано обавезујући.

Законодавац наводи да пуномоћник треба да преузме послове сам лично, у супротном одговара за сваку радњу коју преузме његов заменик и то као да је он преузео. У осталим члановима прописује правила које односе на његовог заменика. Међутим, у делу где се прописују разлози за престанак мандата помиње смрт властодавца или пуномоћника као разлоге за престанак. Такође, у истом делу и наводи да наследници могу преузети радње које не трпе одлагање. Дакле, уговор ће бити *intuitu personae* уколико је закључен због личних особина пуномоћника, у супротном могуће је и ангажовање других лица.

Упоређујући назив римског *mandatum*-а и уговорамо повјери или пуномоћју, може се приметити да етимолошки оба назива имају свој корен у поверењу. Када је реч о дефиницији коју налазимо у римском праву и овој која је дата у ОИЗ, могу се уочити разлике које су последица различитих услова и друштвених околности. Римљанима је било непознато непосредно заступање, док је ОИЗ познавао такву могућност.

Упоређујући карактеристике римског *mandatum*-а и уговора о поверји и пуномоћју у ОИЗ може се уочити следеће: римски *mandatum* био је консенсуални контракт *bona fidei*, неформалан, *bilaterales inaequalis* и доброчин. ОИЗ, за разлику од римског права, дозвољава да овај уговор буде и доброчин и теретан. Уколико је он доброчин, онда су карактеристике исте: консенсуални контракт *bona fidei*, неформалан, *bilaterales inaequalis* и доброчин. С друге стране, уколико је уговор теретан, онда су карактеристике другачије управо због чињенице да плаћање накнаде, осим што мења ту особнину уговора, мења још једну. Уговор онда постаје прави обострано обавезујући. Када је реч о бесплатности римског *mandatum*-а, он је последица римског робовласничког друштва где је плаћени рад сматран недостојан за слободног човека. С друге стране, ОИЗ такође пропагира принцип бесплатности, али наводи да уколико је то предвиђено уговором или ако се лица која обављају конкретан посао баве зиме у виду занимања, онда ће бити теретан. Уговор ће бити *intuitu personae*, уколико су

уговорне стране приликом уговорања имале на уму личне способности уговорне стране. Исто решење прихваћено је и у ОИЗ. На крају, без обзира на минорну разлику која је последица горе наведених разлога, почев од назива уговора преко његових битних елемената, може се уочити да је ОИЗ остао у домену римског права.

Битни елементи

Битни елемент код овог уговора је правни посао који предузима налогопримац. Међутим, уколико је уговорено или лице иначе врши ову врсту послова као занимање, онда је други битан елемент накнада која се плаћа за обављени правни посао.

Правни посао

Пуномоћник може уговором бити овлашћен да обави један или више правних послова у име и за рачун властодавца. Разуме се да је посао морао бити могућ, дозвољен и у складу са добрим обичајима.¹⁴⁵⁹ Имајући на уму обим правних послова и карактер овлашћења која пуномоћник добија у пуномоћју, оно може бити опште и посебно. Уколико границе пуномоћја нису предвиђене у уговору, обим овлашћења ће се ценити према околностима, природи и врсти посла.¹⁴⁶⁰ Међутим, законодавац је предвидео послове које пуномоћник не може преузети уколико није посебно овлашћен односно ако нема специјално пуномоћје. Ради се о пословима који подразумевају: продају или уступање непокретне ствари, давање непокретне ствари у хипотеку или стављање под неки други стварни терет попут службености, давање у најам непокретне ствари, чињење поклона у виду покретних ствари, задуживање властодавца, подизање тужбе, постизање поравњања или постизање неке врсте арбитражног споразума, стицање непокретне ствари за властодавца осим ако је то стицање бесплатно.¹⁴⁶¹ Може се приметити да су правни послови које пуномоћник не може да предузме без специјалног пуномоћја исти као и у Српском грађанском законнику.¹⁴⁶²

Као и у СГЗ, тако и ОИЗ постоје разлике између римског *mandatum* и повјере. Прва разлика односи се посебно правну природу коју је римски *mandatum* имао у римском праву. Као уговор о налогу, он је претпостављао предузимање како правних тако и материјалних послова. ОИЗ под појам овог уговора сврстава само правне

¹⁴⁵⁹ Члан 513.

¹⁴⁶⁰ Члан 400. став 1.

¹⁴⁶¹ Члан 400. став 2.

¹⁴⁶² СГЗ чл. 613.

послове. С друге стране, правне послове је мандатар преузимао у своје име, а за туђ рачун, па је тако ефекте правног посла био дужан да пренесе мандату или трећем лицу. ОИЗ познаје установу непосредног заступања, па тако правне послове које пуномоћник предузме имају исто дејство као да их је властодавац сам преузео. Ове разлике које постоје, као што је наведено и у излагању о СГЗ, последица су различитих друштвено економских околности настајања ових уговора. Римљани до краја римске историје нису успели да створе установу непосредног заступања. С друге стране, неколико хиљада године касније, преузимање правних послова у туђе име за туђи рачун били су нормална и штавише свакодневна појава.

Накнада

Као што је у делу који се односи на правну природу уговора речено, уговор о повјери може бити како добротин, тако и теретан. У овом другом случају, може се говорити о накнади за извршени правни посао као његовом другом битном елементу.

Законодавац је ово својство, односно други битан елемент поменуо само у једном члану одређујући да се накнада за вршење повереног посла плаћа само ако је то било уговорено или ако лице које предузима посао иначе ту врсту послова обавља као занимање. Када је реч о овом другом случају, а не постоји ни обичајна као ни законска такса, онда накнаду одређује суд према околностима у случају да саме уговорне стране не споразумеју.¹⁴⁶³

Римски *mandatum* садржао је само један *essentialia negotii* јер је римско право прокламовало бесплатност мандата. Римско робовласничко друштво почивало је на идеји да је рад за накнаду недостојан слободан човека. С друге стране као и да ОИЗ прокламује добротиност уговора о повјера односно наглашава да се за вршење правног посла плаћа накнада само уколико је била предвиђена уговором или лице које предузима правни посао иначе обавља такву врсту послова у виду занимања. Иако је римско право садржало само један битан елемент, римски правници су врло рано нашли алтернативне начине за плаћање накнаде у виду *salarium u honor*.

¹⁴⁶³ Члан 405. став 1.

Дејство уговора

Права и обавезе уговорних страна зависе од тога да ли је уговор закључен као теретан или добротин. У првом случају, биће прави обострано обавезујући што значи да ће обавезе настати за обе уговорне стране. Главна обавеза пуномоћника је обављање правног посла у границама датих овлашћења, а властодавца плаћање накнаде. Уколико је уговор закључен као добротин онда ће он бити неправно обострано обавезујући јер ће постојати обавеза само за пуномоћника у виду извршења једног или више правног посла. Међутим, током трајања уговора може да настане обавеза и властодавца, поготово ако је пуномоћник имао трошкове око извршења посла.

Права и обавезе уговорних страна

Обавезе пуномоћника

Главна обавеза пуномоћника је да обави поверени правни посао. Извршавајући поверени посао, он је у обавези да води рачуна о „користи свога повјеритеља, као што би и за сама себе чинио”.¹⁴⁶⁴ Притом, он треба да обави поверени посао у складу са жељама властодавца.¹⁴⁶⁵ То значи да је он у обавези да поступа у границама датих овлашћења односно како вели Законик: „он се без питања не може од ње одаљити.”¹⁴⁶⁶ Законодавац дозвољава само изузетно поступање изван граница датих овлашћења односно одступање од упутства добијених од властодавца. То ће бити у случају када због посебних околности посао не би могао да се изврши у складу са границама пуномоћја без знатне штете, као и када извршење посла не би могло да се одложи. Овакво поступање ће бити могуће само ако би се у датим околностима могло претпоставити да би и сам властодавац одустао од својих првобитних упутстава.¹⁴⁶⁷ Уколико би пуномоћник поверени посао обавио под условима мање корисним од оних које је властодавац одредио, а на то не би био присиљен претходно наведеним околностима, на тако преузет посао биће примењена правила о незваном вршењу туђих

¹⁴⁶⁴ Члан 397.

¹⁴⁶⁵ Члан 396.

¹⁴⁶⁶ Члан 398. став 1.

¹⁴⁶⁷ Члан 398. став 2.

послова (*negotiorum gestio*)¹⁴⁶⁸ осим уколико би властодавац потврдио већ завршен посао.¹⁴⁶⁹

Пуномоћник треба да поверени посао изврши лично. Уколико узме заменика без овлашћења властодавца, а да притом на то није натеран преком потребом, одговара за свако његово дело. Иначе, неће бити одговаран, већ ће само одговорати за *culpa in eligendo*, наравно ако је у томе слободну вољу имао.¹⁴⁷⁰ Законодавац наводи да пуномоћник може тражити надокнаду штете од свог заменика уколико је он крив за штету.¹⁴⁷¹

Пуномоћник је обавезан да све што прими по основу посла заједно са трошковима у одређено време преда властодавцу. Властодавац је, са друге стране, овлашћен да трошкове захтева и пре одређеног рока.¹⁴⁷²

ОИЗ наводи да у случају да се новац властодавца налазио код пуномоћника и да га је користио за сопствене потребе, пуномоћник ће бити у обавези да плати највећу добит коју Законик допушта.¹⁴⁷³ Када је о добити реч, ОИЗ упућује на примену члана 262. који прописује да се добит плаћа у складу са уговором, а да не сме прећи највишу законску меру од 10%. Уколико пак, она није одређена, тада се узима да је она 8%.¹⁴⁷⁴ С друге стране, уколико је пуномоћник немаром оставио новац да како вели Законик: „бесплодно леже” те је тиме повредио дужност старања о свакој добити властодавца, биће у обавези да накнади добит од 8%.¹⁴⁷⁵ Уколико пуномоћник прими надокнаду за обављен посао, одговара и за последице омањег немара.¹⁴⁷⁶

Мандатар је у римском праву имао обавезу да изврши поверени налог у границама датих овлашћења с тим што је посао који је преузимао могао бити како правне тако и материјалне природе. И пуномоћник је по ОИЗ имао исту обавезу, с том разликом да је он преузимао правни посао у складу са границама одређеним у пуномоћју. Како је мандатар преузимао посао у своје име за туђ рачун, тако је и био у обавези да ефекте посла пренесе на манданта. Логично је да ова обавеза пуномоћника у

¹⁴⁶⁸ Члан 587-594.

¹⁴⁶⁹ Члан 399.

¹⁴⁷⁰ Члан 401.

¹⁴⁷¹ Члан 402. став 1.

¹⁴⁷² Члан 403.

¹⁴⁷³ Члан 404. став 1.

¹⁴⁷⁴ Члан 262.

¹⁴⁷⁵ Члан 404. став 2.

¹⁴⁷⁶ Члан 405. став 2.

ОИЗ изостаје јер он правне послове предузима у туђе име и за туђи рачун. У римском праву су дуго постојала спорења о томе да ли мандатар има право да именује себи заменика, па је самим тим настала и дилема о правној природи самог уговора. Као што већина романиста сматра, мандатар је могао да именује себи заменика уколико уговор није склопљен с обзиром на посебно својства мандатара. Исто решење преузео је и ОИЗ. Дакле, без обзира на разлике које примарно постоје у погледу правне природе уговора, обавезе пуномоћника су одређене у складу са основама које је поставило римско право.

Обавеза властодавца

Уколико је уговор закључен као добротин онда ће он бити неправно обострано обавезујући јер ће постојати обавеза само за пуномоћника. Међутим, током трајања уговора може да настане обавеза и властодавца, поготово ако је пуномоћник имао трошкове око извршења посла. Тако, ОИЗ наводи да је властодавац дужан да намири трошкове које пуномоћник имао обављајући поверени посао. Осим надокнаде трошкова, он је у обавези да плати пуномоћнику добит за готов новац који је уложио.¹⁴⁷⁷ Властодавац је у обавези да плати надокнаду пуномоћнику чак и када он није довршио поверени посао или није довршио са оним успехом како се претпостављало. Наравно, он ће имати ову обавезу само ако до недовршавања посла дође без пуномоћникове кривице.¹⁴⁷⁸

Уколико је уговор закључен као теретан, имаће карактер право обострано обавезујућег уговора што значи да ће обавезе настати за обе уговорне стране. Главна обавеза властодавца је плаћање надокнаде. Његова обавеза ће постојати само ако је то било уговорено или ако лице које предузима посао иначе ту врсту послова врши као занимање. Када је реч о овом другом случају, а не постоји ни обичајна као ни законска такса, онда накнаду одређује суд према околностима у случају да саме уговорне стране не споразумеју.¹⁴⁷⁹

Mandatum је у римском праву био *contractus bilaterales inaequales*, те су обавезе из овог уговора настајале само за мандатара. Међутим, у току трајања уговора могле су настати и одређене обавезе за манданта. Те обавезе биле су: надокнада трошкова и

¹⁴⁷⁷ Члан 406. став 1.

¹⁴⁷⁸ Члан 406. став 2.

¹⁴⁷⁹ Члан 405. став 1.

издатака које мандатар имао приликом извршења посла, ослобађање од преузетих обавеза и терета, надокнади штете коју је овај евентуално претрпео. Уколико се уговор о повјери посматра као добротин, обавеза настаје само за пуномоћника, али у току трајања уговора могу настати и обавезе за властодавца. ОИЗ је преузео римскоправна решења по овом питању, али донео и једну новину. Властодавац је, наиме, имао обавезу да плати надокнаду трошкова пуномоћнику чак и када он није довршио поверени посао или није довршио са оним успехом како се претпостављало. С друге стране, уколико се овај уговор посматра као теретан, онда властодавац има обавезу плаћања накнаде. Римско право је прокламовало бесплатност мандата. Иако су врло рано пронађени начини за плаћање неке врсте надокнаде, не би могло да се говори као о теретном карактеру уговора.

„О дејству повјере према осталоме свијету”

Законодавац је у посебном поднаслову регулисао дејство овог уговора према трећим лицима. Па тако, властодавац постаје поверилац или дужник према трећим лица за све послове које пуномоћник за њега преузео као да их је и он лично преузео.¹⁴⁸⁰ Занимљиво је решење да ће правни посао/уговор производити дејство и када пуномоћник због малолетства или других узрока не би могао за себе преузети посао што је решење супротно данашњем.¹⁴⁸¹

Властодавац није дужан да прими ефекте правних послова које пуномоћник склопио прешавши границе пуномоћја или поступајући без истог, осим уколико касније не потврди исте изјавом или конклюдентом радњом.¹⁴⁸²

Када властодавац смањи границе овлашћења или сасвим опозове пуномоћје, а треће лице не зна нити је према приликама то могло знати, тада и властодавац и пуномоћник одговарају трећем лицу, свако према својој кривици. У ситуацији када су обојица одговорни њихов дуг је солидаран.¹⁴⁸³

Уколико настане спор између властодавца и пуномоћника о садржини и пуноважности пуномоћја, а треће лице је већ склопило правни посао са пуномоћником, оно може тражити да властодавац потврди посао и судским путем му одредити рок.

¹⁴⁸⁰ Члан 413. став 1.

¹⁴⁸¹ Члан 413. став 2.

¹⁴⁸² Члан 414.

¹⁴⁸³ Члан 415. став 1.

Уколико у том временском периоду пуномоћник не потврди посао, уговор неће производити дејство према трећем лицу.¹⁴⁸⁴ Уколико треће лице претрпи штету на овај начин, исту ће надокнадити она страна која је томе узрок.¹⁴⁸⁵

Уколико пуномоћник склапајући уговор не изјави да поступа у име другог лица, властодавац не постаје тиме ни дужник ни поверилац све док се ефекти правног посла не пренесу на њега. Преношење ефеката правног посла може изостати уколико је треће лице из конкретних околности могло схватити да пуномоћник поступа у име другог лица и у име кога поступа.¹⁴⁸⁶

Престанак уговора

ОИЗ је посветио посебан поднаслов престанку уговора о повјери. Законодавац наводи да уговор о повјери уопштено престаје из одређених разлога осим ако уговор или природа повереног посла не одређује нешто друго. Разлози за гашење уговора су следећи: опозив од стране властодавца, отказ од стране пуномоћника, смрт властодавца или пуномоћника. Последњи разлог престанка уговора је изражен описно, па тако уговор престаје ако властодавац или пуномоћник упадне у такво стање да по закону не може ни својим сопственим пословима управљати.¹⁴⁸⁷

Опозив

Властодавац може опозвати пуномоћје у било ком тренутку. Штавише, није потребно да образлаже разлоге опозива. Законодавац наводи да уколико би уговор садржао било какво ограничавање слободе опозива, опозив не би производио дејство.¹⁴⁸⁸ Уговор о повјери би у том случају престао чим би пуномоћник био обавештен о опозиву пуномоћја од стране пуномоћника.¹⁴⁸⁹

Отказ

Корелативно праву властодавца на опозив пуномоћја стоји право пуномоћника на отказ пуномоћја. ОИЗ наводи да пуномоћник има право на отказ и да он производи дејство чим властодавац о томе буде обавештен. Међутим, Законик поставља услов да

¹⁴⁸⁴ Члан 415. став 1.

¹⁴⁸⁵ Члан 415. став 2.

¹⁴⁸⁶ Члан 417.

¹⁴⁸⁷ Члан 407.

¹⁴⁸⁸ Члан 408. став 1.

¹⁴⁸⁹ Члан 408. став 2.

он не буде дат у невреме. У супротном, биће у обавези да надокнади штету коју је том приликом имао властодавац. Обавезе надокнаде штете се може ослободити уколико докаже да би он, због посебних околности, имао већу штету од даљег бављења послом.¹⁴⁹⁰

Смрт

ОИЗ је предвидео различита правила у зависности од смрти властодавца или пуномоћника.

Законодавац наводи да сваки посао који закључи пуномоћник у границама овлашћења прозиводи правно дејство. Даље прописује да ће правни посао који склопи пуномоћник производити дејство чак и када властодавац умре уколико пуномоћник не зна за чињеницу смрти.¹⁴⁹¹ Пуномоћник ће бити дужан да, и након сазнања о смрти властодавца, предузме започети посао који не трпи одлагање. Ова обавеза постоји уколико „није нарочито наредио онај, ко је по закону властан то учинити.”¹⁴⁹²

У случају смрти пуномоћника, његови наследници су дужни да о томе одмах обавесте властодавца уколико су знали за пуномоћје. Такође, наследници су дужни да, ако су у могућности, а постоји опасност у смислу чекања на наредбе властодавца, наставе започетити посао и потрудњ се да властодавац нема штете од тога.¹⁴⁹³

Губитак способности властодавца или пуномоћника

Овај последњи разлог престанка уговора, као што је наведено, Законодавац је изразио описно па тако уговор престаје ако властодавац или пуномоћник упадне у такво стање да по закону не може ни својим сопственим пословима управљати.¹⁴⁹⁴ У члану 410. ОИЗ наводи да посао који закључи пуномоћник у границама овлашћења прозиводи правно дејство чак и уколико властодавац западне у такво стање које му одузима или ограничава пословну способност, а пуномоћник за ту чињеницу још не зна.¹⁴⁹⁵ У случају када властодавац западне у такво стање да му пословна способност

¹⁴⁹⁰ Члан 409.

¹⁴⁹¹ Члан 410. став 1.

¹⁴⁹² Члан 410. став 2.

¹⁴⁹³ Члан 411. став 1.

¹⁴⁹⁴ Члан 407. тачка г).

¹⁴⁹⁵ Члан 410. став 1.

буде одузета или ограничена, законодавац упућује на сходну примену члана који прописује обавезу наследника у случају смрти пуномоћника.¹⁴⁹⁶

У случају престанка пуномоћја, а уколико пуномоћник поседује исправу, властодавац је дужан да је поврати или захтева да се преда суду. Уколико властодавац или онај ко га заступа занемаре ту своју дужност, одговараће за штету које би треће савесно лице од тога имало.¹⁴⁹⁷

Када се упореде разлози престанка *mandatum*-а и уговора о повјери, може се приметити да је већина њих иста: смрт које уговорне стране, опозив и отказ. Иако ОИЗ посебно не наводи извршење посла или истек рока, ови разлози произилазе из формулације која наводи да уговор престаје на начин како је предвиђено уговором или према врсти и природи посла.

Када се посматра смрт као разлог престанка уговора може се уочити следеће: римски *mandatum* је престајао смрћу једне или друге уговорне стране, имајући у виду *intuitu personae* карактер уговора. Међутим, различите последице су произиласиле у зависности од ситуације да ли је умро мандатар или мандант. Ако умре мандатар, оно што је мандант наложио односно његови захтеви садржани у мандату не прелазе на његове наследнике. С друге стране, уколико се деси да умре налогодавац, а налогопримац из незнања изврши мандат, имаће право на тужбу из мандата (*actio mandati*) и то из разлога корисности. И ОИЗ је предвидео различита правила у зависности од смрти властодавца или пуномоћника. У случају смрти пуномоћника, за разлику од римског права, наследници су дужни да, ако су у могућности, наставе започетити посао и потруде се да властодавац нема штете од тога. Уколико умре властодавац, пуномоћник ће бити дужан да, и након сазнања о смрти властодавца, предузме започети посао који не трпи одлагање. Дакле, иако је ОИЗ начелно прописао *intuitu personae* карактер уговора, постојали су случајеви када су наследници били дужни да предузимање појединих радњи. Ово је последица могућности закључења уговора и без тог својства.

¹⁴⁹⁶ Члан 411. став 2.

¹⁴⁹⁷ Члан 412.

4.5. Консенсуални уговори на подручју примене Мецеле

4.5.1. Општи преглед

Сама реч шеријат потиче од арапске речи *šaria'*, која означава прави пут, а у ширем смислу подразумева учење исламске вере или божијег закона као и божијег закона заснованог на Курану.¹⁴⁹⁸

Шеријатско право представља скуп правних правила везаних за религију чији је основни циљ регулисање односа у исламској заједници. Појам шеријатског права обухвата верско (*fikh*) и световно право (*kanuni*).

Извори шеријатског права могу да се поделе на опште и посебне изворе. Једна од могућих класификација је и она према њиховом рангу. Тако, следећи претходно наведени критеријум, извори шеријатског права су *Kur'an*,¹⁴⁹⁹ *Hadis (Sunnet)*,¹⁵⁰⁰ *Idžma-ul-ummet*,¹⁵⁰¹ *Kijas*,¹⁵⁰² *Adet*,¹⁵⁰³ *Er-rei*.¹⁵⁰⁴¹⁵⁰⁵

Османска држава је у другој половини XIX века спровела систем реформи који је познатији као Танзимазит или *tanzīmāt-i hayriye*. Танзимат у преводу са турског значи „благотворне уредбе”.¹⁵⁰⁶ Овај систем реформи може да се посматра и као процес позападњавања османског права, његову модернизацију, али и секуларизацију.¹⁵⁰⁷

¹⁴⁹⁸ О томе: Vujaklija, M. – *Rečnik stranih reči i izraza*, Beograd, 1985, str. 1045.

¹⁴⁹⁹ *Kur'an*-према предању представља свету књигу ислама коју је саставио Мухамед. Она садржи верске, етичке прописе и изреке, али и правне прописе. Цео текст Курана није објављен одједном. Први текст је објављен у Меки почетком VII века, а касније је допуњаван до 633. године када је позната целокупна нова верзија Курана. Коран је састављен из 114 глава или сура, а суре се деле на изреке или ајете. У Курану има око 6000 изрека. Одређене изреке су више моралног типа него правног, али има и оних чисто правних попут оне која каже да кривац мора бити кажњен ако не од земаљских власти онда од Бога на другом свету.

Наведено према: Kandić, V. – *Opšta istorija države i prava, feudalni period*, Beograd, 1996, str. 33.

¹⁵⁰⁰ *Hadis (Sunnet)* је синоним за традицију. Како је Куран зачет на једном простору и етничком корпусу који има тенденцију ширења, отуда настаје и потреба за постојањем и других извора. Суна представља усмено предање, осим тога садржи и неке писмене напомене о животу, навикама и делу пророка Мухамеда. У праву се сматра да се Суном у ствари дају додатна појашњења Курана.

¹⁵⁰¹ *Idžma-ul-ummet* представља усаглашено мишљење правника о појединим питањима основних извора шеријата Курана и Суне. То је тумачење од стране истакнутих правника као и стварање нових норми.

¹⁵⁰² *Kijas*-су нови прописи које на основу аналогије стварају судије и други функционери који примењују право. Кијас у ствари представља судски прецедент, појам скоро идентичан судском прецеденту у европском праву.

¹⁵⁰³ *Adet*-представља обичајно право које настаје дуготрајним понављањем одређеног понашања у некој ситуацији, а да притом није у супротности са претходно поменутих изворима.

¹⁵⁰⁴ *Er-rei* је решење које доноси судија на основу свог слободног судијског уверења.

¹⁵⁰⁵ О томе: Andrić, A. – *Izvori šerijatskog prava (s posebnim osvrtom na odnose između polova prema bračnim pravilima šerijatskog prava)*, Beograd, str. 100.

¹⁵⁰⁶ Види: Smailagić, N. – *Leksikon islama*, Sarajevo, 1990, str. 592.

¹⁵⁰⁷ Више: A. Rubin, *Ottoman Judicial Change in the Age of Modernity: A Reappraisal*, History Compass, Volume 7, Issue 1, 2009, p. 121–122.

Закони који су донети у овом периоду настали су као последица систематизације постојећег права које је своје основе имало у шеријату и канонском (обичајном) праву или рецепције европских закона, углавном француских.¹⁵⁰⁸ Танзимат је спроведен и како би се успоставио принцип једнакости међу османским поданицима. То је условило појаву нових редовних судова којима је био неопходан грађански законик на основу којег би они могли да поступају. На тај начин се јавља идеја и о потреби кодификације грађанског права. С друге стране, европске силе су, такође, захтевале доношење законика који би био гаранција једнаког третама свих поданика.¹⁵⁰⁹

Заједно са идејом о кодификацији јавило се и питање који извор права треба узети за основу грађанског законика. Свака од струја је имала своје визије за решавање овог правног питања. Једна коју су чинили проевропски секуларисти се залагала за рецепцију француског *Code civile*. Друга струја, која је у својим редовима имала исламске реформисте, се залагала за кодификацију прописа шеријатског имовинског права. Званична улема, је своје стране, одбацивала сваку промену традиционалног осмонско-шеријатско правног поретка, па се самим тим и противила кодификацији грађанског права. Израда грађанског законика је поверена исламским реформистима чији је задатак био да израде кодификацију грађанског права на основу шеријатског права ханефијске правне школе.¹⁵¹⁰

На челу одбора, који је формиран 1867. године, био је Ахмет Цевдет-паша,¹⁵¹¹ истакнути државник, историчар, правник и дипломата.

Грађански законик је понео службени назив *Mecelle-i ahkām-i adliyye* (Зборник праведних прописа) који је објављиван у периоду од 1869. до 1876. године. У

¹⁵⁰⁸ Види: Plagemann, G. – *Von Allahs Gesetz zur Modernisierung per Gesetz – Gesetz und Gesetzgebung im Osmanischen Reich und der Republik Türkei*, Deutsch-Türkisches Forum für Staatsrechtslehre, Lit Verlag, Berlin, 2009, p. 102–103.

¹⁵⁰⁹ Види: Karčić, F. – *Moderne pravne kodifikacije: predavanja i zakonski tekstovi*, Sarajevo, 2006, str. 95.

¹⁵¹⁰ Види: Karčić, F. – *Društveno-pravni aspekt islamskog reformizma: pokret za reformu šerijatskog prava i njegov odjek u Jugoslaviji u prvoj polovini XX vijeka*, Sarajevo, 1990, str. 53–54.

Ахмед Цевдет-Паша (22. марта 1822 - 25. маја 1895) је био османски учењак, интелектуалац, бирократа, администратор и историчар, који је био истакнута личност у танзиматским реформама Османског царства. Био је шеф комисије Мецеле која је први пут кодификовала исламско право као одговор на западњачење закона. Често га сматрају пиониром у кодификацији грађанског закона заснованог на европском правном систему. Мецела је остала нетакнута у неколико модерних арапских држава почетком и средином 20. века. Поред турског, причао је арапски, персијски, француски и бугарски језик. Написао је бројне књиге из историје, права, граматике, лингвистике, логике и астрономије. Године 1864. је надгледао спровођене танзимата у Босни и Херцеговини, а 1868. године је проглашен за министра правде.

литератури је познат и под називом Отомански грађански законик, а најчешће је у употреби скраћени назив *Medžella*.¹⁵¹²

Мецела је требало да представља кодификацију шеријатског грађанског односно имовинског права. Међутим, поред материјалноправних одредби, Законик садржи и процесноправне прописе. Редактори су, са друге стране, изоставили одредбе породичног и наследног права јер је Мецела требало да важи подједнако за све поданике без обзира на верску припадност.¹⁵¹³

Када је реч о правној природи Мецеле, постоје различити ставови аутора. Једна група аутора сматра да Мецела не представља кодификацију у смислу европских законика, већ „Дигеста прописе” шеријатског права.¹⁵¹⁴ Други сматрају да је Мецела заправо секуларна кодификација инспирисана европским идејама.¹⁵¹⁵ Међутим, највећи број аутора стоји на становишту да Мецела обухвата европске и исламске елементе.¹⁵¹⁶

Свакако, Мецела је прва службена кодификација шеријатског права у историји и због тога јој не треба умањивати значај. До доношења националних грађанских законика примењивана је у Палестини, Трансјорданији, Сирији, Либану и Ираку. У Израелу је важила све до 1972. године као „земаљско право” наслеђено из времена британског мандата и османске управе над Палестином. Важила је и на Кипру, а судови Малезије, Индије и Пакистана су је уважавали. У Босни и Херцеговини је важила за време аустро-угарске управе као „земаљско право”, а шеријатски судови је примењују до њиховог укидања 1946. године. Утицала је на кодификаторски рад египатског правника *Abdurrezaka Senhurija*. Преведена на фарски језик примењује се у Авганистану.

Мецела садржи 1851 члан и дели се на увод и шеснаест књига. У уводу се могу уочити два говора. Први даје дефиницију и поделу правне науке, а други садржи 99 правних правила исламске правне науке (*Fikh*). Књиге 1-13 садрже прописе имовинског, махом облигационог права. Регулисани су купопродаја, најам, јемство,

¹⁵¹² О томе: М. Већић, М. – *Primjena Medželle u postosmanskoj Bosni i Hercegovini*, Sarajevo, LVII – 2014, str. 53-54

¹⁵¹³ Јевреји и хришћани су уживали аутономију у брачним, породичним и наследним стварима. За сваку заједницу су важила правила њихове цркве.

¹⁵¹⁴ Види: Onar, S.S. – *The Majalla*, u: *Law in the Middle East*, Vol. 1, Origin and development of Islamic law, The Lawbook Exchange, Clark, New Jersey, 2008, p. 292–308.

¹⁵¹⁵ О томе: Schacht, J. – *An introduction to islamic law*, Oxford University Press, New York, 1982, p. 92.

¹⁵¹⁶ Види: Rubin, A. – *Legal borrowing and its impact on Ottoman legal culture in the late nineteenth century*”, *Continuity and Change*, Volume 22, Issue 02, Cambridge University Press, 2007., p. 283.

пренос дуга, залога, остава, поклон, присвајање и уништење туђих ствари, ограничење, принуда и право прече куповине, ортаклук, пуномоћство, нагодба и одрицање, признање. Књиге 14-16 регулишу процесно право. Садрже правна правила о тужбама, доказима и суђењу.¹⁵¹⁷ Осим шеријатско-правних израза где се у неким деловима може говорити о неким општим одредбама, највећи део Законика примењује казуистични метод. Зато се у Мецелама и налази велики број примера. Редактори су на тај начин желели да омогуће и лаицима разумевање његових одредби. Још једна карактеристика је несистематичност што на неки начин одговара законодавној техници Османског царства.

Када је реч о консенсуалним уговорима схваћени појмом римског права, регулисани су купопродаја, најам, пуномоћство и ортаклук.

Највећи број одредби је посвећен уговору о купопродаји, као најчешће коришћеном уговору у пракси. Такође, одредбе које се односе на уговор о купопродаји послужиле су за нормирање и других уговора. Уговор о најму, са једне стране садржи одредбе уговора о најму, а са друге стране садржи и уговор о најму особа чија правна природа није до краја нормативно заокружена. По неким елементима, могло би говорити о уговору о најму радне снаге, међутим, други елементи говоре у прилог уговора о делу.

У раду су обрађени уговор о купопродаји и уговор о најму. Наиме, превод Мецеле који је био доступан аутору 1906. године не садржи уговор о ортаклуку и уговор о заступништву. Од шеснаест књига из колико се састоји Мецела, преведе су само њих девет. Разлог томе можда лежи у чињеници што је већ тада отпочела фактичка рецепција Аустријског општег грађанског законика, па није било потребе преводити остале одредбе.

4.5.2. Уговор о купопродаји

Мецела је регулисала уговор о купопродаји у уводу и седам глава. Одредбе које се односе на овај уговор регулисане су члановима 101 – 403. Велики број чланова које регулишу овај уговор пружају слику о важности овог уговора и његовој примењивости у пракси. Такође, обимност овог уговора је и последица много примера и уопштено

¹⁵¹⁷ Medželle i ahkjami šerije (Otomanski gragjanski zakon), Bosansko-hercegovački zakoni, IV svezak, I dio, Tisak i naklada Daniela A. Kajona, Sarajevo, 1906.

казуистичности које се могу наћи у Мецели, не само за уговор о купопродаји, већ и у осталим одредбама.

У уводу су дати шеријатско-правни изрази који се односе на овај уговор. Први део се односи на само закључивање уговора и има пет глава. Прва глава говори о битним елементима купопродаје, друга глава се односи на захтев истоветности понуде и прихвата понуде, трећа глава регулише састанак који се одржава ради закључивања купопродаје, четврта глава се односи на условну купопродају, пета глава на раскид уговора. Други део садржи правила које се односе на предмет купопродаје и регулисан је у четири главе. Прва глава се односи на услове и својства која је неопходно да има предмет купопродаје, друга глава говори о стварима које могу, као и оним које не могу да буду предмет купопродаје, трећа глава се односи на начин извршења купопродаје, четврта глава регулише ствари које су без изричитог навођења садржане у уговору, као и оне које то нису. Трећи део се односи на цену, као други битан елемент и садржи две главе, прва се односи на правила која се тичу цене уопште, а друга регулише цену код купопродаје на почек. Четврти део се односи на права уговорних страна у односу на цену и предмет након склопљеног уговора и састоји се из две главе. Прва глава се односи на права продавца која он има у односу на цену и права купца у односу на предмет уговора, након склопљеног уговора, а пре пре пријема, а друга глава говори о повишењу или смањењу цене односно умножавању предмета након склапања уговора. Пети део садржи правила која се тичу предаје и пријема и регулисан је у три главе. Прва глава говори о важности предаје и пријема као и њеним начинима, друга глава право продавца да задржи предмет купопродаје, трећа о месту предаје, четврта регулише дужност предаје односно трошкове предаје, пета глава пропаст предмета. Шеста глава регулише додатне споразуме, конкретно куповину на пробу и преглед. Шести део регулише право избора у седам глава, а седми део говори о разним врстама купопродаје и њеним последицама.

Мецела дефинише купопродају (*bei*) као међусобну размену добара.¹⁵¹⁸Разлог оваквог дефинисања купопродаје лежи у другачијем поимању овог уговора од оног које се среће у претходно обрађеним грађанским законцима. Како ће се већ видети, уговор о купопродаји обухвата и друге уговоре којима је римско право наметнуло другачију правну природу, а која је својствена правним система који почивају на римском праву.

¹⁵¹⁸ Члан 105.

Занимљиво је поменути различите врсте купопродаје које је законодавац дефинисао у самом Законику имајући у виду да се оне не срећу у другим законцима.

Тако, прави се разлика између потпуне (*munakid*) и непотпуне (*ghair i munakid*) купопродаје.¹⁵¹⁹ Потпуна купопродаја (*beī munakid*) је она где постоји *inikad*.¹⁵²⁰ Она се даље дели на ваљану купопродају (*sahih*), рушљиву купопродају (*anfechtbar, fasid*), купопродају звану *beī nafiz*¹⁵²¹ и обустављену купопродају (*mevkuf*).¹⁵²² Непотпуна купопродаја (*beī ghairi munakid*) је неваљана купопродаја.¹⁵²³ Купопродаја је ваљана или дозвољена (*beīsahih, beī djaiz*) ако је њен основ и начин стицања у складу са законом.¹⁵²⁴ Рушљива купопродаја (*fasid*) је она која је ваљана у свом основу, али је начин стицања неваљан односно она која углавном потпуна, али је услед неких ванредних околности незаконита.¹⁵²⁵ Ништава купопродаја (*beī batil*) она чији основ није ваљан.¹⁵²⁶ Обустављена купопродаја (*beī mavkuf*) је она у којој постоји нека туђа власт односно она која зависи од нечије сагласности. Мецела даје и пример како би се боље разумела ова врста купопродаје. То би била продаја од невластника.¹⁵²⁷ Купопродаја *beī nafiz* је она у којој никаква туђа власт не постоји. Она може да буде стална (*lazim bindrud*) и нестална (*ghairi lazim*).¹⁵²⁸ Стална (неопозива) је она *nafiz*-купопродаја код које не постоји право одабира (*hiar*).¹⁵²⁹ Нестална купопродаја је *nafiz*-купопродаја код које постоји право одабира.¹⁵³⁰ У осталим члановима су регулисане купопродаје *beī batt, beī-bil-vefa, beī-bil-istiglal*. *Beī batt* је купопродаја која не може да се побија.¹⁵³¹ *Beī-bil-vefa* је купопродаја ствари за новац и то таква да кад продавац поврати новац, купац може да поврати ствар.¹⁵³² Међутим, по тексту Мецеле, она се сматра рушљивом (*beī fasid*) с обзиром на то да уговорне стране имају право да раскину уговор. Њена правна природа се може посматрати и као уговор о залози из разлога што купац не може да прода ствар другоме. *Beī-bil-istiglal* је таква врста продаје где

¹⁵¹⁹ *Ibidem*.

¹⁵²⁰ *Inikad* је уговор односно законита веза понуде и прихвата понуде тако да то производи законите последице.

¹⁵²¹ *Nafiz* би у преводу на српски језик означавао купопродају која је ваљана без сагласности неке треће особе. Изрази који би се могли употребити су пролазна, безприговорна или безпрекорна продаја.

¹⁵²² Члан 106.

¹⁵²³ Члан 107.

¹⁵²⁴ Члан 108.

¹⁵²⁵ Члан 109.

¹⁵²⁶ Члан 110.

¹⁵²⁷ Члан 111.

¹⁵²⁸ Члан 113.

¹⁵²⁹ Члан 114.

¹⁵³⁰ Члан 115.

¹⁵³¹ Члан 117.

¹⁵³² Члан 118.

продавац може задржати продату ствар као најмопримац. У том случају, он би плаћао најмовнину купцу.¹⁵³³

Мецеле садрже још једну врсту купопродаје. Као критеријум поделе је узета врста продате ствари. Притом разликују се *bei*, *sarf*, *bei mukajeda* и *selem*. *Bei*јесте продаја ствари од стране једног лица другом за новац.¹⁵³⁴ Ово је најчешћа и заправо обична купопродаја. *Bei mukajeda* јесте замена ствари односно трампа. Занимљиво је да трампа следи правну природу уговора о купопродаји односно да се правна правила овог уговора примењују и на трампу. Разлог овоме, вероватно лежи у настанку самог уговора о купопродаји односно њеној претечи- трампи. Међутим, занимљиво је и да АГЗ упућује на сходну примену правила уговора о трампи у појединим сегментима. Можда би овде могло да се говори о неком утицају, али је то мало вероватно. *Selem* је куповина на почек односно куповина за готов новац уз почек предаје ствари. Поседећа на једну врсту купопродаје, конкретно на продају будућих ствари.

Законодавац не предвиђа обавезну форму, па сходно томе, уговор може бити како у усменој, тако и у писменој форми. Такође, уговор може бити склопљен и показним знаком (у случају немог човека који код њега има извесно значење.) Такође, купопродаја може бити склопљена и конклюдентним радњама. Пример за то је када купац да пекару новац, а овај му преда хлеб без икаквих речи. Такође, уговор ће постојати у случају када би купац затражио одређени део меса од продавца у мери одређене своте новца, а овај би му то просто предао и узео новац за претходно поменути количину и врсту меса. Дакле, уговор је неформалан.

Уговор у купопродаји је теретан. Купац плаћа цену за ствар коју добија уговором, а продавац добија новац за ствар коју продаје.

Уговор је двострано-обавезујући јер за обе уговорне стране настају одређена права и обавезе. Основна обавеза купца састоји се у плаћању цене, док је главна обавеза продавца предаја ствари.

Комутативност би, такође, могло да буде једно од обележја уговора јер она претпоставља да су обавезе уговорача при самом закључењу уговора одређене. Без обзира на могућност која постоји у смислу повећања или снижавања цене након

¹⁵³³ Члан 119.

¹⁵³⁴ Члан 120.

закључења уговора, као неких евентуалних обавеза које могу да настану, главне обавезе су одређене као и њихов међусобни положај.

Битни елементи

Мецеле су, као што је напоменуто већ, у првом делу и његовој првој глави прописале битне елементе купопродаје. Већ је наглашено да се овај грађански законик разликује од других, тако су и битни елементи регулисани другачије у односу на већ обрађене законике.

Уговор о купопродаји настаје понудом и прихватам понуде.¹⁵³⁵ Понуда и прихват понуде изражавају се речима које се по месном обичају употребљавају за склапање уговора о купопродаји.¹⁵³⁶ Тим речима уговор правно перфектуира. Да ли то можда значи да је уговор вербални? Погледајмо остале чланове пре доношења исхитреног закључка. Занимљиво је да Мецела прописује да се за понуду и прихват понуде употребљавају глаголи у прошлом времену. *Exempli causa*: Продавац каже: „*Ja теби ову робу за 100 гроша продадох*”, а купац одговара: „*И ја њу узедох*.” Такође, купопродаја ће настати и када продавац каже: „*Ja дадох*” или „*Ja предадох у власништво*” и када купац одговори: „*Ja приволих*” или „*ја прихватих*”.¹⁵³⁷ Дакле, на основу претходно наведеног може се уочити сличност са *stipulatio*, с том разликом што се овде не тражи истоветност питања и одговора, јер свакако постоји захтев о слагању понуде и прихвата¹⁵³⁸, већ се може употребити и неки други глагол. Захтев је да он буде у прошлом времену. Делује да смо ближе закључку да је у питању вербални контракт, али наставимо даље. У вези са правилом да речи морају да буду у прошлом времену, законодавац дозвољава и употребу израза односно форме која може да служи и за садашње и за будуће време, попут „*продајем*” и „*купујем*”, али је неопходно да је намера уговорних страна везана за садашњи облик тих глагола, никако за будући. Мецела директно наглашава да се уговор не може склопити посредством речи које се употребљавају у будућем времену, попут *купићу*, *продаћу*, јер на овај начин уговорне стране дају просто обећање. Такође, уговор не може бити склопљен ни посредством заповедног начина, ако се узимајући у обзир околности употреба тог начина односи на

¹⁵³⁵ Члан 167.

¹⁵³⁶ Члан 168.

¹⁵³⁷ Члан 169.

¹⁵³⁸ Мецеле садрже посебну главу која је посвећена „слагању прихвата с понудом.” Скоро цела глава је регулисана казуистично како би била јасна и лаику.

садашност. Дакле, није могућа употреба термина „продај” и „купуј”. Али, са друге стране, долазе у обзир „узми ово добро за толико гроша”, а одговор купца: „и ја га узех”

Мецела садржи и правило које подсећа на римско правило *Lex posteriori derogat lege priori*, односно ситуацију када би се након закљученог уговора, закључио још један уговор у односу на исти предмет, али са промењеном ценом, вишом или нижом. У том случају би други уговор важио. Уколико би уговор био склопљен са ценом од 100 гроша, па би се поново закључио нови уговор, али са ценом од 110 или 90 гроша, онда би други уговор важио.¹⁵³⁹

Дакле, иако овај уговор подсећа на римску *stipulatio* и самим тим на вербални контракт, ипак не би могло да се закључи да овај уговор спада у ту групу контраката. Јер, *stipulatio* представља строго формални споразум који настаје на основу ритуалних речи које су свакако за савремене услове реликт прошлости. Следеће питање које се поставља да ли је уговор о купопродаји уопште вербалан? Како се могло видети, он поред усмене, може бити склопљен и у писаној форми, те стога, не би могло да се говори о вербалном уговору.

Иако су Мецеле прописале да су битни елементи купопродаје понуда и прихват понуде, у главама које следе су регулисана правила која се односе на ствар односно предмет и цену купопродаје што наводи на закључак да су битни елементи истоветни са битним елементима римског права.

Ствар

Отомански грађански законик садржи главу која се односи на услове и својства која се тичу предмета купопродаје. Предмет купопродаје мора постојати¹⁵⁴⁰, бити могућ¹⁵⁴¹ и имати материјалну вредност (*mali mutekavim*).¹⁵⁴² Захтева се још један услов који се односи на материјално опажање предмета од стране купца.

¹⁵³⁹ Члан 176.

¹⁵⁴⁰ Члан 197.

¹⁵⁴¹ Члан 198.

¹⁵⁴² Члан 199.

1. „Предмет купопродаје мора постојати (у часу уговора)”.¹⁵⁴³

Занимљивао је ближе анализирати ову одредбу. Прво, да ли се захтев за постојање предмета односи на тренутак закључења или тренутак испуњења уговора? Одговор на ово питање даје и одговор на питање о његовој правној природи. Уколико се односи на тренутак закључења уговора онда би могло да се говори о реалној купопродаји, а ако се односи на тренутак испуњења онда се говори о консенсуалној купопродаји. Иако се на први поглед може закључити да предмет купопродаје мора постојати у часу закључења уговора, одредбе које се односе на место предаје, као и оне које се односе на пропаст предмета пре предаје говоре у прилог томе да предмет уговора мора постојати у часу његовог испуњења. То даље води ка закључку да је уговор о консенсуалан.

Законодавац је, наиме, прописао да је ништава купопродаја ствари које не постоји. Пример за то је продаја плода дрвета који још није израстао на дрвету.¹⁵⁴⁴ То би онда значило да је купопродаја будућих ствари ништава и то конкретно *emptio spei*. Међутим, продаја збирних ствари попут воћа, цвећа, лишћа и зеленила од којих поједине не приспевају у исто време него једна за другом, у стању када је само неки део тих ствари настао, ваљана је како за делове који су настали, тако и за делове који то нису.¹⁵⁴⁵

2. Законодавац је као један од услова прописао да предмет мора да буде могућ.¹⁵⁴⁶ Ништава је купопродаја ствари које није могуће предати. Пример за то је продаја чамца који је потонуо у море па га није могуће извадити, као и продаја побегле животиње коју није могуће извадити и предати.¹⁵⁴⁷

3. Предмет купопродаје мора имати материјалну вредност, у супротном, она је ништава.¹⁵⁴⁸ Оно што оставља нејасноћу јесте наредни члан који прописује да је купопродаја рушљива у случају када неко купи неко добро за ствар која нема материјалну вредност.

¹⁵⁴³ Члан 197.

¹⁵⁴⁴ Члан 205.

¹⁵⁴⁵ Члан 207.

¹⁵⁴⁶ Члан 198.

¹⁵⁴⁷ Члан 209.

¹⁵⁴⁸ Члан 199. и 211.

4. Купац мора да буде упознат са предметом купопродаје. Потребно је, наиме, да се купац упозна са предметом купопродаје тако што ће му бити описано својство и стање ствари које ту ствар разликује од других ствари.¹⁵⁴⁹¹⁵⁵⁰ У случају када се предмет купопродаје налази на седници купопродаје, довољно је показивање руком.¹⁵⁵¹ Међутим, уколико је предмет купопродаје купцу познат од раније, онда није потребно описивање на неки од претходно наведених начина.¹⁵⁵² Такође, уколико је предмет купопродаје већ опредељен одговарајућим знаком од стране продавца, онда он не може да преда други предмет уместо показаног чак и када су они по свим карактеристикама исти. У случају купопродаје непознатих ствари иста је рушљива. Али Мецела прописује да је купопродаја неподељеног, али познатог односно опредељеног дела од сопствене непокретне имовине ваљана и пре физичке деобе.

Осим наведених услова, законодавац је предвидео да је купопродаја лешева или слободног човека ништава.¹⁵⁵³ Посредством ове одредбе може се доћи до закључка да је још један услов да предмет мора да буде у складу са моралом.

Мецела предвиђа да предмет купопродаје могу да буде земљишне службености, и то право пролаза, право црпљења воде и одвођења воде, али само заједно са земљиштем будући да су од њега неодвојиве. Такође, могућа је купопродаја воде само заједно са каналом кроз који та вода тече.

Глава насловљена „О стварима које су без изричитог навођења садржане у купопродаји и оне које нису” предвиђа правила римског права као и извесна одступања. Када је о првој групи реч, могу се приметити како *Accessorium sequitur principale*, тако и *Superficies solo cedit*. Пример начела, да припадак дели судбину главе ствари које наводи Законик, је купопродаја краве и њеног телета или браве и кључа.¹⁵⁵⁴ Друга врста односи се на ствари које су за тај предмет стално причвршћене, попут куће и браве, ормана, стазе, пута, затим ствари које су трајно посађене, итд.¹⁵⁵⁵ Такође, плодови и

¹⁵⁴⁹ Примера ради, земљиште одређене културе које има одређену површину и налази се на одређеном месту.

¹⁵⁵⁰ Члан 201.

¹⁵⁵¹ Члан 202.

¹⁵⁵² Члан 203.

¹⁵⁵³ Члан 210.

¹⁵⁵⁴ Члан 231.

¹⁵⁵⁵ Члан 232.

прираштаји припадају купцу самим закључењем уговора и пре пријема од стране купца.¹⁵⁵⁶ Дакле, принцип римског права је примењен и овде.

Цена

Цена као други битан елемент мора да испуњава услове предвиђене Закоником. Цена мора да буде одређена и позната.

Цена мора да буде одређена у часу купопродаје.¹⁵⁵⁷ Приметно је да је законодавац искористио исту конструкцију као и код предмета, па се и овде поставља питање да ли цена треба да буде одређена у часу закључења уговора или приликом испуњења. Штура одредба не пружа довољно података, али имајући у виду одредбе које се односе на могућност повећања или снижавања цене, вероватно да је у начелу било потребно да она буде одређена у часу закључења уговора.¹⁵⁵⁸ Уколико цена не би била одређена, уговор о купопродаји ће бити рушљив.¹⁵⁵⁹

Цена мора бити позната у часу продаје.¹⁵⁶⁰ Она је позната када је видљива, а уколико није, онда тако што се опише њена количина и каквоћа.¹⁵⁶¹

Мецела наводи правила у случају када се у одређеном месту кују златни или сребрни новци различите врсте, па се закључи уговор о купопродаји за неку количину златног новца уопште, без навођења његове врсте. И у том случају ће уговор бити рушљив.¹⁵⁶² Уколико је цена предвиђена у грошу, онда се може платити грошевима било које врсте под условом да исти није забрањен и да се налази у оптицају.¹⁵⁶³

Уколико је цена одређена у конкретној валути, онда мора она мора и да буде исплаћена у истој. Дакле, уколико је уговорено плаћање у енглеским лирама, француским лирама, златним мецидијама, сребрним мецидијама или ријали¹⁵⁶⁴, онда ће исплата цене морати да буде у назначеној валути.¹⁵⁶⁵ Такође, с обзиром да је реч о заменљивим стварима, цена не мора бити исплаћена у прецизно означеним апоенима,

¹⁵⁵⁶ Члан 236.

¹⁵⁵⁷ Члан 237. став 1.

¹⁵⁵⁸ Посебна глава регулише ову проблематику па је тако могуће повећање или смањење цене након закљученог уговора.

¹⁵⁵⁹ Члан 237. став 2.

¹⁵⁶⁰ Члан 238.

¹⁵⁶¹ Члан 239.

¹⁵⁶² Члан 240.

¹⁵⁶³ Члан 241.

¹⁵⁶⁴ Шпански новац.

¹⁵⁶⁵ Члан 242.

већ је могуће и предати другу исте врсте. Такође, уместо јединствене суме могуће је исплатити њене саставне делове. Притом, неопходно је водити рачуна о месним обичајима. Примера ради, уколико је као цена предвиђено плаћање у апоенима од 20 грошних мецедија, онда се уместо те мецедије могу дати њени саставни делови од 10 и 5 гроша. Ако се посматрају месни обичаји у Цариграду, онда не би могло да се уместо 20 грошних мецедија дају њени саставни делови од 40 пара и два гроша.¹⁵⁶⁶

Права и обавезе уговорних страна

Обавезе продавца

Продавац има обавезу предаје ствари и то тек након исплате цене од стране купца. Предаја ствари се обавља допуштењем продавца купцу да без препреке прими ствар.¹⁵⁶⁷ Чим дође до предаје предмета, сматра се да је у том трентку купац примио ствар.¹⁵⁶⁸ Начин предаје зависи од врсте ствари. Као и у осталим одредбама и овде је начин предаје уређен казуистично. Када би купац стајао на предметном земљишту или би исто посматрао са стране, онда ће се сматрати да је оно предато тренутком допуштања приласка од стране продавца.¹⁵⁶⁹ Предаја покретних ствари се обавља *a tati in tati* или стављањем исте у непосредну близину купца или показивањем и допуштењем да је купац узме.¹⁵⁷⁰ Осим тога, регулисан је начин предаје земљишта на којем се жито¹⁵⁷¹, воће и плодови¹⁵⁷² налазе, предаја непокретности закључане кључем,¹⁵⁷³ предаја животиње,¹⁵⁷⁴ предаја ствари које се мере,¹⁵⁷⁵ као и предаја ствари продате ђутуре које се налазе у месту затвореном кључем.¹⁵⁷⁶

Када је реч о месту предаје, ствар се предаје у месту где се предмет у време склапања уговора налазио. Примера ради ако би неко у Цариграду продао пшеницу која се налази на планини Текфурдаг, мораће продавац да преда пшеницу у Текфурдагу, а

¹⁵⁶⁶ Члан 244.

¹⁵⁶⁷ Члан 263.

¹⁵⁶⁸ Члан 264.

¹⁵⁶⁹ Члан 266.

¹⁵⁷⁰ Члан 274.

¹⁵⁷¹ Члан 267.

¹⁵⁷² Члан 269.

¹⁵⁷³ Члан 271.

¹⁵⁷⁴ Члан 272.

¹⁵⁷⁵ Члан 273.

¹⁵⁷⁶ Члан 275.

не у Цариграду.¹⁵⁷⁷ У случају да купац не зна где се налази предмет купопродаје, па сазна за то место након склопљеног уговора онда он има *facultas alternativa*: може да бира између раскида уговора или пријема ствари у месту где се налазила у време склапања.¹⁵⁷⁸ Предаја ствари која је продата под условом предаје на одређеном месту, мора да се обави у складу са условом.¹⁵⁷⁹

Трошкови предаје који се тичу ствари падају на терет продавца. На пример, цена за мерење ствари.¹⁵⁸⁰ Међутим, њих ће сносити купац уколико су ствари означене као „ђутуре”.¹⁵⁸¹

Продавац има обавезу заштите од материјалних недостатака. Законодавац је ово питање уредио у глави која носи назив: „О праву избора због мана”. Предмет купопродаје мора да буде без сваке мане. Уколико се открије „стара мана” ствари која је продата неограниченом купопродајом, онда купац има *facultas alternativa*: може да одбије пријем ствари или да прихвати и плати уговорену цену. Међутим, купац нема права да задржи предмет па да смањи цену према мани. То је *hiar-i aib* односно право избора због мана.¹⁵⁸² Али постоји *aib-mana* која се означава као мана која доноси умањење цене ствари од стране вештака.¹⁵⁸³ Занимљиво је да Меџела прописује да мана која настане након склопљеног уговора, а пре пријема ствари док се још налази код продавца производи исте последице као и „стара мана” односно пружа купцу могућност раскида уговора.¹⁵⁸⁴ Притом, услов је да купац није знао за ману. Јер уколико му је продавац предочио стање ствари, а купац то на пристао, не постоји право избора због те мане. Такође, одговорност продавца неће постојати ако се он одрекао те одговорности. Купац губи право избора ако након што је сазнао за ману, користио ствар. На пример, уколико ствар продаје иако је сазнао да она има мана.

Још једна глава регулише ову одговорност продавца која носи назив: „О праву избора које призилази из уговорених својстава предмета купопродаје”. Овде, дакле ради о својствима ствари за које је продавац тврдио да је ствар има, па се у међувремену покаже да она нема та својства. Дакле, ради се и обичним својствима, као

¹⁵⁷⁷ Члан 285.

¹⁵⁷⁸ Члан 286.

¹⁵⁷⁹ Члан 287.

¹⁵⁸⁰ Члан 288.

¹⁵⁸¹ Члан 290. став 1.

¹⁵⁸² Члан 337.

¹⁵⁸³ Члан 338

¹⁵⁸⁴ Члан 340.

и о нарочитим. Као и у претходном случају, тако и овде купац има *facultas alternativa*: може да одбије пријем ствари или да прихвати и плати уговорену цену. Овакво право избора се зове *hiar-i-vassf*, избор због својства. Примера ради, уколико је предмет купопродаје крава која је продата да би давала млеко, па се покаже да је пресушила, купац има право избора.¹⁵⁸⁵ Наведено право избора прелази на наследнике. Тако, у случају да купац умре, па се открије да ствар нема наведена својства која му је придавао купац, онда и његови наследници имају право да раскину уговор. Купац као и у претходном случају, губи право избора ако прећутно користи ствар као да је власник.¹⁵⁸⁶

Обавеза купца

Главна обавеза састоји се у исплати цене. Као што је наведено, купац је у обавези да први исплати цену, а тек након тога следи обавеза продавца у смислу предаје ствари. Осим одредби који се односе на цену као битан елемент и наведеног правила о уговорној страни која је дужна да прва испуни своју обавезу, Отомански грађански законик не садржи правила која се односе на цену. Више одредби је посвећено праву продавца¹⁵⁸⁷ да задржи предмет купопродаје у случају да купац не исплати цену.

Дакле, уколико купац не исплати цену, код купопродаје за готов новац, продавац има овлашћење да задржи ствар док му купац не исплати цену. И код продаје збирних ствари, продавац има исто овлашћење чак и када је назначио цену за сваку просту ствар. Продавац ће имати ово право и у случају да купац пружи обезбеђење потраживања у виду залогe или јемства. С друге стране, продавац неће имати право да задржи ствар уколико преда ствар купцу пре него што је примио цену. Такође, неће моћи да захтева повраћај ствари до исплате цене. Иста ситуација наступа и у случају да продавац упути треће лице да прими исплату цене од купца. Продавац неће моћи да задржи ствар ни код купопродаје на вересију него је мора одмах предати, а чекати исплату цене од стране купца до одређеног рока. Право придржаја губи продавац и у случају да након купопродаје дозволи купцу плаћање цене у одређеном року.

Друга обавеза купца се састоји у пријему ствари.

¹⁵⁸⁵ Члан 310.

¹⁵⁸⁶ Члан 312.

¹⁵⁸⁷ Наведена правила биће изложена у овом поднаслов, без обзира што се односе на овлашћење продавца.

Дакле, од почетне премисе да се ради о вербалном контракту због речи које се изговарају приликом склапања и прихватања понуде, преко могућности да се ради о реалном уговору због својства саме ствари као битног елемента, долази се до закључка да је уговор о купопродаји од свих претходно наведених, ипак консенсуални. На то упућују горе наведена разматрања, као и обавезе уговорних страна, конкретно продавца на предају ствари.

Додатни споразуми

Pactum displicentie. Мецела је куповину на пробу регулисала казуистично односно прописане су правне последице пропасти ствари у зависности од њене врсте. Дакле, куповина на пробу је таква врста споразума где купац има право да одустане од уговора у одређеном року. Законик прописује правне последице пропасти док је она у државини купца, у зависности од тога да ли је цена уговорена или не, као и од тога да ли се ради о заменљивој или индивидуално одређеној ствари. Уколико је цена уговорена за индивидуално одређену ствар и она пропадне док је у купчевој државини, купац ће бити дужан да исплати цену продавцу, а ако су у питању генеричне ствари онда ће бити у обавези да му преда исту ствар. Међутим, уколико цена није била уговорена и ствар пропадне без кривице купца, онда он неће бити одговоран за пропаст ствари. Примера ради: ако би продавац рекао: „*Овај коњ вреди 1000 гроша, одведи га и ако ти се допадне купи га*”, па би купац одвео коња са намером да га купи, он ће бити дужан да исплати вредност коња ако би он угинио. Али ако би продавац неозначивши цену рекао: „*Води, па ако ти се допадне, купи*”, па би купац одвео коња наумивши да постигне споразум касније, ако му се коњ допадне, он неће одговарати за коња ако он пропадне док је у његовој државини без његове кривице.

Мецела разликуја још једну врсту додатног споразума која личи на претходни, али док се претходна врста односи на пробу од стране купца, овде се ствар прегледа од стране купца или неког трећег лица. Овде је ирелевантно да ли је цена била уговорена или не да би се активирала одговорност уговорне стране. Купац неће одговарати за пропаст ствари која настане без његове кривице.

Купопродаја с правом повратити ствар назад (*bei-bil-vefa*). Ово је специфична врста додатног споразума код купопродаје која се не среће у обрађиваним законцима. Ваља се осврнути на дефиницију која је дата у уводним излагањима. *Bei-bil-vefa* је

купопродаја ствари за новац и то таква да у случају да продавац поврати новац, купац може да поврати ствар. Купац има право да употребљава ствар и из тога разлога је купопродаја дозвољена. Међутим, ова врста споразума ће бити рушљива јер обе уговорне стране имају право да раскину уговор. Правна природа уговора се може тумачити као уговор о залози јер купац не може продати ствар другоме. Код ове врсте додатног споразума, продавац је овлашћен да врати цену, тражи натраг предмет купопродаје, а купац када поврати предмет може да тражи правну реализацију уговора о купопродаји. Код ове врсте додатног споразума, ни једна уговорна страна не може да прода предмет уговора. У случају да се уговори да нека корист од предмета купопродаје треба да припадне купцу, тај услов треба да се одржи на снази. На пример, ако је предмет уговора грожђе, а уговорне стране су се договориле да се оно дели по пола, ваља се тога држати. Ако је вредност предмета купопродаје једнака износу дуга продавца, па би предмет пропао код купца, онда би се дуг угасио. Уколико би вредност продатог предмета била мања него дуг продавца, а предмет би пропао код купца, од дуга би био одузет износ предмета, а свота дуга која је већа него вредност предмета била би ваљана и даље. Ако је вредност предмета већа него дуг продавца, па би тај предмет код купца пропао, онда би се дуг угасио, а купац би био одговоран продавцу за износ којим вредност ствари надмашује дуг ако је ствар пропала његовом кривицом, а ако је предмет пропао случајно, купац не би одговарао. У случају смрти неке од уговорних страна, право на раскид уговора прелази на наследнике. Док купац не прими исплаћену целу тражбину од продавца, други повериоци не могу вршити никаква права на предмету купопродаје.

Куповина на почек (*selem*). Куповина на почек је овде регулисана као уговор где се одмах исплаћује цена уговора, а предаја ствари се одвија касније. *Selem* се склапа као и обична купопродаја понудом и прихватам понуде. На пример: ако би купац рекао продавцу: „*Ja ti dadox 1000 grosha selem-a*¹⁵⁸⁸ *za 100 mera psheniце.*” *Selem* је ваљан само ако се ради о оним стварима код којих може да се одреди количина и каквоћа. Овде се ради о *emptio rei speratae*. Осим ове могућности, законодавац предвиђа и супротну ситуацију, односно могућност плаћања на почек и то као ако се уговори одређени рок за плаћање цене као и оброчно плаћање.

¹⁵⁸⁸ *Selem*ће у овом случају значи: „Дадох ти 1000 гроша унапред за 100 мерица пшенице, коју ћеш ми касније предати.”

4.5.3. Уговор о закупу

Друга књига је посвећена уопштено уговору о најму (*idžarat*). Овај уговор као и римски *locatio-conductio* обухвата уговор о закупу, уговор о најму радне снаге и уговор о делу. Међутим, за разлику од римског права где јединствени појам уговора сублимира три, овде се заправо ради о две врсте уговора где се на појединим местима може видети дистинкција уговора о најму радне снаге и уговора о делу, док већи део Законика регулише ова два уговора регулише као најам особа. Притом, на појединим местима могуће је уочити особине уговора о најму радне снаге, а уговор о делу може се уочити на оним местима где је акценат стављен на резултат самог дела.

Ова књига садржи увод и осам делове. У уводу су дати изрази који се односе на овај уговор. Први део је посвећен општим правилима. Други део регулише правила која се односе на закључивање уговора и садржи четири главе. Прва глава прописује битне елементе, друга глава је посвећена условима који су неопходни за закључивање уговора, трећа глава говори о условима за његову ваљаност, а четврта глава прописије случајеве у којима уговор постаје ништав и рушљив. Трећи део је посвећен правилима која се односе на најам и садржи три главе. Прва глава се односи на предмет најма, друга на најмовнину и трећа глава говори о праву најмног радника на задржавање ствари услед неплаћања најамнине. Четврти део се односи на трајање уговора, а пети део је посвећен праву избора и садржи три главе. Прва глава регулише право избора, друга право избора код виђења, а трећа право избора због мана. Шеста глава говори о различитим врстама ствари и њиховим последицама и садржи четири главе. Прва глава се односи на непокретне ствари, друга на покретне, трећа на животиње, пета на најам особа. Седмо поглавље се односи на дужности и права најмодавца и најмопримца након закљученог уговора и садржи три главе. Прва се односи на предају ствари, друга се односи на располагање предметом уговора након закљученог уговора, а трећа на враћање предмета уговора. Осмо поглавље регулише одговорност уговорних страна и садржи три главе.

Увод, као и код купопродаје, даје објашњења израза који се односе на овај уговор.

Најмовнина (закупнина) *udžeretikira* представља замену односно еквивалент за корист која се добија од ствари. *Idžar* значи дати у најам или закуп, а *istidžar* узети у

најам или закуп.¹⁵⁸⁹ *Idžare* у најширем смислу означава најмовнину, али може да има и претходно наведено значење. Међутим, *idžare* као правнички израз означава продају употребе за цену што ће рећи дати и узети у употребу неку ствар односно продати употребу неке ствари за цену. Такође, овај израз се може тумачити и као уговор о закупу.¹⁵⁹⁰

Idžare-i-lazime представља неопозиви (стални) уговор о најму. То је такав уговор о закупу који је ваљано склопљен и код којег не постоји право избора нити оно које произилази из самог уговора, нити од мана или права избора приликом прегледања ствари. То је уговор о најму који ни једна уговорна страна не може раскинути без законитог разлога.¹⁵⁹¹

Idžare i munedžeze представља савршени уговор о најму који производи правна дејства од тренутка његовог склапања.¹⁵⁹²

Idžare i muzafe је уговор о најму који производи правна дејства од одређеног рока. На пример: ако би се изнајмила нека кућа за одређено време и цену, од почетка месеца.¹⁵⁹³

Adžir је најмодавац који предаје ствар на употребу. Још један назив је у употреби *mukiar i mudžir*, а односи се на лице које даје ствар под кирију на употребу.¹⁵⁹⁴ *Mustedžir* је најмопримац како за назива Законик, односно закупца, који узима неку ствар како би је употребљавао.¹⁵⁹⁵

Medžur је предмет најма. Предмет најма може да буде означен терминима и *mudžer* у односу на најмодавца или *mustedžer* у односу најмопримца односно закупца.¹⁵⁹⁶

Mustedžer-un-fih означава ствар коју *mustedžir* преда *edžir*-у (раднику) да овај обави на њему рад на коју се обавезао уговором о најму. На пример, чоја која се преда кројачу.¹⁵⁹⁷ *Edžir* је најамник односно лице које ставља на располагање своју радну

¹⁵⁸⁹ Члан 404.

¹⁵⁹⁰ Члан 405.

¹⁵⁹¹ Члан 406.

¹⁵⁹² Члан 407.

¹⁵⁹³ Члан 408.

¹⁵⁹⁴ Члан 409.

¹⁵⁹⁵ Члан 410.

¹⁵⁹⁶ Члан 411.

¹⁵⁹⁷ Члан 412.

снагу.¹⁵⁹⁸ *Edžri-missl* је најамна цена слике коју установљавају непристрасни вештаци. У случају да најамнина није уговорена међу уговорним странама онда је одређују вештаци узимајући у обзир најамнину која се плаћа за сличне ствари.¹⁵⁹⁹

Мецеле разликују две врсте уговора у зависности од његовог предмета.¹⁶⁰⁰

Прва врста уговора је онај уговор о најму чији је предмет уживање ствари која постоји сама за себе и од себе. Предмет ове врсте уговора зове се различито у зависности од уговорних страна. *Aini-medžur* је назив предмет уколико је дата ствар употребу, а *aini-mustedžer* уколико је ствар примљена на употребу. Ова врста уговора има три подврсте:

- а) закуп непокретности попут стана и земљишта,
- б) закуп покретних ствари попут одела и суђа,
- в) закуп животиња.

Друга врста је уговор о најму чији је предмет радна снага. Код овог уговора се ствар дата у најам зове *edžir* односно најамни радник. Као пример за ову врсту уговора се наводе радници и слуге. У ову врсту уговора спада и ситуација када се вештак или занатлија узму у најам односно њихов рад. На пример, као што се сматра наруцбином када кројач направи одело од неког свог материјала, тако се сматра уговором о најму када се кројачу да материјал да од ње направи одело.¹⁶⁰¹

Мецеле даље наводе да постоје две врсте најамника.

Edžiri-hass- најамник за једну или више одређених особа („*приватни*” како га назива Законик). То је лице која обавља посао искључиво за лице које га је узело у најам, попут слуге за плату.

Edžiri mušterek најманик („*јавни*”) на којег има право свака особа. То је лице које није везано условом у смислу да мора да ради само за лице које га је узело у најам.

¹⁵⁹⁸ Члан 413.

¹⁵⁹⁹ Члан 414.

¹⁶⁰⁰ Предмет

¹⁶⁰¹ Члан 421.

Пример за то су кројачи, сајције, кујунције, чобани. Наравно, и ова лица могу бити узета у најам за друго лице и у том случају ће и она бити *edžiri-hass*.¹⁶⁰²

Уговор о најму је консенсуалан будући да се склапа понудом и прихватам понуде. Такође, уговор је теретан јер обе уговорне стране добијају одређену противвредност за своју чинидбу.

Уговор је комутативан јер су при склапању уговора познате обавезе обе уговорне стране.

Најам је обострано-обавезујући уговор јер за обе уговорне стране настају одређене обавезе и права.

Битни елементи

Као и код купопродаје, тако се и уговор о најму склапа понудом и прихватам понуде.¹⁶⁰³ Понуда и прихват понуде се склапају оним речима који се уобичајено употребљавају попут: „*ја дадох под најам*”, „*ја дадох под кирију*” и „*ја примих под најам*”, „*ја прихватих*”.¹⁶⁰⁴ Као и код купопродаје и овде се уговор о најму склапа у прошлом времену, а не у будућем. На пример, уколико би једна уговорна страна рекла: „*ја ћу дати у најам*”, а друга: „*ја у најам примих*” или „*дај у најам*”, а друга: „*ја дадох*” у оба случаја уговор неће бити склопљен.¹⁶⁰⁵

Уговор може бити склопљен како усмено, тако и писмено, а могуће је и знаком немог човека.¹⁶⁰⁶ Уговор о најму може бити склопљен и конклюдентним радњама (*teati farikile*) као када би путник без усменог уговора ушао у пароброд или чамац или би узјахао коња. Начин плаћања зависи од тога да ли је цена одређена или не. У првом случају, биће плаћена одређена цена, у супротном, биће плаћена цена установљена од стране вештака.¹⁶⁰⁷ Осим усмене и писмене форме, као и конклюдентних радњи, уговор је могуће склопити ћутањем. Мецеле наводе сликовити пример: „*Ако би човек примио на употребу дућан за 50 гроша месечно, па пошто би неколико месеци становао у*

¹⁶⁰² Члан 422.

¹⁶⁰³ Члан 433.

¹⁶⁰⁴ Члан 434.

¹⁶⁰⁵ Члан 435.

¹⁶⁰⁶ Члан 436.

¹⁶⁰⁷ Члан 437.

њему, ако би најмодавац рекао: „ако хоћеш плаћати убудуће 60 месечно кирије за дућан, седи у њему, ако пак нећеш, изађи из дућана; ако би најмопримац неприставши на то рекао: „ја не пристајем да плаћам 60 гроша месечно” па иза тога и даље у том дућану седео, он ће бити обавезан плаћати кирије само 50 гроша месечно као и пре; ако пак најмопримац не би најмодавцу на горње речи ништа одговорио нити би из дућана изашао него би идаље у њему седео, мораће да плати 60 гроша кирије месечно.”¹⁶⁰⁸

Као и код купопродаје, и овде је садржано правило које подсећа на римско правило *Lex posteriori derogat lege priori*, односно ситуацију када би се након закљученог уговора, закључио још један уговор у односу на исти предмет, али са промењеном ценом, вишом или нижом, онда би други уговор важио.¹⁶⁰⁹

На основу одредби може се закључити да су битни елементи ствар и цена односно најмовнина.

Ствар

Услов који се односи на ствар јесте да она буде одређена. Уколико није одређен предмет уговора, односно уколико би једно лице дало на употребу један од два дућана па не би означило који дућан даје или не би препустио да најмопримац изабере који ће дућан узети у најам, уговор, онда он неће бити ваљан.¹⁶¹⁰ Такође, захтева се да корист односно уживање буде позната.¹⁶¹¹ Корист ће бити позната код куће, дућана и дојиље ако се установи трајање уговора.¹⁶¹² С друге стране, Мецела прописује да ако се ради о употреби коња треба да се одреди да ли ће он носити товар или ће служити за јахање.¹⁶¹³ Када је реч о земљишту, Законик захтева да се одреди време употребе као и детаљи око врсте садница, итд.¹⁶¹⁴ Код уговора о најму са занатлијама предмет уговора ће бити познат ако сезначи посао који треба да се обавити и на који начин.¹⁶¹⁵ Када је реч о користи онда је неопходно да је корист могућа. Тако, неће бити ваљан уговор о побеглој животињи.¹⁶¹⁶ Дакле, Законодавац је у зависности од врсте предмета

¹⁶⁰⁸ Члан 438.

¹⁶⁰⁹ Члан 439.

¹⁶¹⁰ Члан 449.

¹⁶¹¹ Члан 451.

¹⁶¹² Члан 452.

¹⁶¹³ Члан 453.

¹⁶¹⁴ Члан 454.

¹⁶¹⁵ Члан 455.

¹⁶¹⁶ Члан 457.

купопродаје прописао неке додатне услове у најширем смислу речи, а код појединих је прописан и рок као битан елемент.

Законодавац је врсте ствари које могу да буду предмет уговора регулисао тако што је прописао посебна правила која се односе на уговор о закупу некретнина, уговор о закупу покретних ствари, уговор о закупу животиња о чему ће бити речи у даљем тексту.

Најмовнина

Најмовнина није ништа друго него цена употребе. Отомански грађански законик прописује да свака ствар која може да буде цена код купопродаје, може бити и најмовнина. Осим тога, најмовнина може бити и ствар која не може да буде цена код купопродаје.

Најмовнина, такође, мора бити позната.¹⁶¹⁷ Најмовнина може да буде у новцу. У том случају је неопходно одређивање своте односно количине новца.¹⁶¹⁸ Могуће је да цена код најма буде изражена у некој другој ствари. На пример, једно лице узме у најам башту, а на име најмовнине преда животињу или кућу за становање.¹⁶¹⁹ Уколико је најмовнина изражена у роби или ствари које се мере или броје онда је неопходно поред количине одредити и каквоћу.¹⁶²⁰

Дејство уговора

Права и обавезе уговорних страна

Обавеза најмодавца

Основна обавеза најмодавца састоји се у предаји предмета уговора. Предаја се састоји у дозволи и допуштењу најмодавца да најмопримац без препрека може употребљавати предмет најма.¹⁶²¹ Када је уговор склопљен у одређеном року или на одређену даљину, онда је најмодавац дужан предати предмет најмопримцу тако да овај буде у његовој државини искључиво и непрекидно до истека времена или краја пута.

¹⁶¹⁷ Члан 450.

¹⁶¹⁸ Члан 464.

¹⁶¹⁹ Члан 463.

¹⁶²⁰ Члан 465.

¹⁶²¹ Члан 582.

На пример, предмет најма су кола на одређено време или до одређеног места. У том случају, најмопримац може употребљавати кола за то исто време или за долазак на одређено место, а власник не може у међувремену употребљавати иста у свом послу.¹⁶²² Када је реч о предаји непокретне ствари, па би се у њој налазиле ствари власника, кирија неће почети да тече док та непокретност не буде испражњена и предата, осим ако би и те ствари биле предмет уговора.¹⁶²³ У случају да је предмет уговора кућа, па најмодавац не преда једну од соба у којој је оставио своје ствари, снизиће се најмовнина за део који одговара тој соби. Када је реч о остатку куће, најмопримац има право избора између одржања уговора на снази и раскида уговора. А уколико најмодавац пре раскида уговора испразни собу и преда је, уговор ће постати сталан што даље значи да најмопримац губи право да раскине уговор.¹⁶²⁴

Када је реч о месту предаје, Законик наводи да уколико оно није одређено, она се обавља у месту где се ствар налази у случају да је она непокретна, а уколико је покретна онда се она предаје на оном месту где настаје дужност исплате најмовнине (то ће бити оно место где се ствар која се преноси има предати). Ако је предмет предаје ствар где пренос није везан за рад и трошак онда се она може предати где одреди најмодавац.¹⁶²⁵

Најмодавац има обавезу заштите од материјалних недостатака предате ствари као и код купопродаје.¹⁶²⁶ Мана која проузрокује право избора јесте таква од које нестају све намераване користи или која наноси квар тим користима. Пример за то је рушење куће и одсецање воде од ње тако да се онемогуће све намераване користи или рушење крова или једног дела куће које шкоди становању у тој кући. С друге стране, право избора неће постојати ако мане не наносе квар употреби, као кад отпадне креч с дувара једне куће тако да унутра киша и хладноћа не могу да уђу или кад се одсече реп или грива једног коња.¹⁶²⁷ Ако на ствари настане мана пре него што се крене са употребом, сматра се да је мана постојала у часу склапања уговора.¹⁶²⁸ Ако мана настане након склопљеног уговора, онда најмопримац има право избора: да употребљава ствари са маном у ком случају најмовнину мора да плати или да раскине

¹⁶²² Члан 583.

¹⁶²³ Члан 584.

¹⁶²⁴ Члан 585.

¹⁶²⁵ Члан 465. став 2.

¹⁶²⁶ Члан 513.

¹⁶²⁷ Члан 514.

¹⁶²⁸ Члан 515.

уговор о најму.¹⁶²⁹ Најмодавац може да уклони ману насталу након закљученог уговора пре него што најмопримац раскине уговор и на тај начин онемогући најмопримца у раскиду уговора. С друге стране, ако би најмопримац и након настале мане хтео да употребља ствар, најмодавац га не може у томе спречавати.¹⁶³⁰ Уколико би најмопримац хтео да раскине уговор пре отклоњења мане која је касније настала и која квари употребу, онда он може раскинути уговор само са знањем најмодавца, али никако без тога. Уколико би то ипак учинио, дакле, не обавестивши га, раскид уговора неће бити ваљан те ће се сматрати да је уговор и даље на снази. Могућност на раскид уговора без знања најмодавца могућ је када уговорене користи односно могућност употребе потпуне нестану.¹⁶³¹ Чак и уколико је мана таква да је предат мањи део ствари, најмопримац има обавезу плаћања целокупне цене најмовнине. На пример, ако би се једна соба или зид куће која је узета у најам срушио, а најмопримац не би раскинуо уговор него би наставио да станује у преосталом делу куће, онда би он морати да плати пуну цену закупнине.¹⁶³² Дакле, супротно римском решењу, заштита од материјалних недостатака се састоји се у томе да најмопримац има право на раскид уговора или наставак коришћења ствари под пуном ценом најмовнине.

Обавеза најмопримца

Основна обавеза најмопримца је плаћање најмовнине. Када је реч о начину плаћања најмовнине, законодавац прописује да се самим склапањем неограниченог (апсолутног) уговора најмовнина не мора платити одмах.¹⁶³³ Међутим, уколико се најмовнина плати унапред, то плаћање је неопозиво и најмопримац не може захтевати враћање најмовнине.¹⁶³⁴ Плаћање унапред ће бити обавезно уколико је такав начин плаћања уговорен. Дакле, уколико је уговорено плаћање најмовнине унапред, онда најмопримац мора да је исплати на тај начин било да је у најам дата ствар или радна снага. У првом случају, најмодавац може ускратити предају предмета док не прими најмовнину, а у другом, најамни радник може стати са извршењем посла док не прими

¹⁶²⁹ Члан 516.

¹⁶³⁰ Члан 517.

¹⁶³¹ Члан 518.

¹⁶³² Члан 519.

¹⁶³³ Члан 466.

¹⁶³⁴ Члан 467.

најмовнину. Најмодавац има право да раскине уговор у оба случаја, када би захтевао исплату најмовнине, а најмопримац је не би платио.¹⁶³⁵

Уколико није уговорено плаћање најмовнине унапред, онда се најмовнина плаћа тек када је добијена корист од предмета уговора односно када је ствар добијена на употребу. На пример, ако је коњ узет на употребу како би се њиме стигло до одређеног места, најмопримац ће бити дужан да је исплати тек када стигне на одређено место.¹⁶³⁶ Код ваљаног уговора обавеза плаћања најмовнине ће постојати чак и уколико најмопримац не користи ствар.¹⁶³⁷ Насупрот томе, код рушљивог уговора обавеза плаћања најмовнине настаје тек када се отпочне са употребом предмета уговора. Овде, дакле, није довољно да постоји могућност употребе, већ је потребна стварна употреба.¹⁶³⁸

Законодавац прописује да начин плаћања најмовнине треба да се поштује, у смислу да ли ће се она плаћати унапред или у неко одређено време касније.¹⁶³⁹ У случају да постоји услов да се најмовнина плати касније, онда најмодавац мора да преда предмет прво, а ако се ради о најму радне снаге, онда најамни радник треба да изврши посао унапред. Најамнина мора да се плати по доспећу рока за предају исте.¹⁶⁴⁰ Ако је уговор склопљен без услова, онда треба најмодавац да преда предмет уговора унапред, а најамни радник да обави посао унапред.¹⁶⁴¹ Плаћање најмовнине на рате односно у оброцима, као сваког месеца или године доспева по истеку тог времена. На пример, ако је месечна најмовина онда се плаћа на крају месеца, а ако је годишња по истеку године.¹⁶⁴²

Услов за плаћање закупнине је предаја предмета најма, односно плаћање најамнине се рачуна од тренутка предаје ствари. Из тог разлога најмодавац не може тражити најмовнину за време које је протекло пре предаје ствари. Уколико време истекне пре предаје ствари¹⁶⁴³ или ако употреба ствари постане немогућа,¹⁶⁴⁴ најмодавац нема права да захтева плаћање најмовнине.

¹⁶³⁵ Члан 468.

¹⁶³⁶ Члан 469.

¹⁶³⁷ Члан 470.

¹⁶³⁸ Члан 471.

¹⁶³⁹ Члан 473.

¹⁶⁴⁰ Члан 474.

¹⁶⁴¹ Члан 475.

¹⁶⁴² Члан 476.

¹⁶⁴³ Члан 477.

Друга обавеза најмопримца састоји се у враћању предмета уговора након истека времена.¹⁶⁴⁵ Након истека времена на које уговор склопљен, најмопримац не сме да употребљава предмет најма.¹⁶⁴⁶ Дакле, није могуће прећутно продужење уговора. Наиме, најмопримац није дужан да преда предмет најмодавцу већ је најмодавац дужан да оде и прими предмет.¹⁶⁴⁷ На пример, када истекне најам куће, онда је власник дужан да оде и прими предају куће. Ако предаја ствари изискује трошкове онда њих сноси најмодавац.¹⁶⁴⁸

Врсте закупа

Већ је речено да постоје две врсте закупа. Прва врста уговора је онај уговор о закупу чији је предмет уживање ствари која постоји сама за себе и од себе. Предмет ове врсте уговора зове се различито у зависности од уговорних страна. *Aini-medžur* је назив предмета уколико је ствар дата на употребу, а *aini-mustedžer* уколико је ствар примљена на употребу. Ова врста уговора има три подврсте:

- а) закуп непокретности попут стана и земљишта,
- б) закуп покретних ствари попут одела и суђа,
- в) закуп животиња.

Закуп непокретности

Предмет уговора могу да буду кућа или дућан. Уговор ће производити правно дејство чак и када се не назначе лица која ће употребљавати непокретност.¹⁶⁴⁹ У случају да се у кући или дућану налазе покретне ствари, најмодавац ће бити дужан да испразни кућу или дућан и преда на употребу предмет најма.¹⁶⁵⁰ У случају када је предмет уговора дућан или кућа, он ће бити ваљан и уколико се не наведе разлог и начин употребе. Начин употребе се одређује према месном обичају.¹⁶⁵¹ Најмопримац може сам становати у кући, дати је у поднајам, а може и своје покретне ствари да

¹⁶⁴⁴ Члан 478.

¹⁶⁴⁵ Члан 591.

¹⁶⁴⁶ Члан 593.

¹⁶⁴⁷ Члан 594.

¹⁶⁴⁸ Члан 595.

¹⁶⁴⁹ Члан 522.

¹⁶⁵⁰ Члан 523.

¹⁶⁵¹ Члан 527.

смести у њу. Такође, најмопримац може обављати посао у кући уколико он не наноси штету згради. У супротном, не може радити без дозволе власника. Када је реч о животињама и могућности држања истих, примењиваће се месни обичаји.¹⁶⁵²

Уговор ће бити рушљив уколико је предмет најма земљиште, а у уговору није одређена могућност сејања као и врста саднице. Уговор може бити оснажен уколико би најмопримац одредио врсту саднице, а најмодавац би пристао на то.¹⁶⁵³ Уговор чији је предмет закуп земљишта где је дозвољено сејање може два пута годишње да сади зимске и летње усеве.¹⁶⁵⁴ Уколико би време закупа истекло пре жетве, најмопримац може оставити усеве на земљишту док не буду доспели, с тим да мора да плати најмовнину за то време према процени вештака.¹⁶⁵⁵

Најмодавац је дужан да гради и врши поправке без којих се употреба ствари не би могла постићи. На пример, дужан је да чисти млин или поправља и одржава у употребљивом стању кућу и гради све оне ствари без којих није могуће употребљавати предмет најма. Ако власник не би предузимао грађења, онда најмопримац може да напусти предмет најма, осим уколико је он био у истом стању и најмопримац је био упознат са тим. Постоји презумпција да је он пристао на ману, па не може да напусти предмет најма из тог разлога. Супротно римском решењу, поправке које би о свом трошку предузео најмопримац, сматраће се поклоном, те најмопримац нема право да захтева надокнаду истих од најмодавца.¹⁶⁵⁶ Међутим, уколико је најмопримац предузео трошкове који се односе на одржавање ствари у добром стању и на превенцију од штете, онда он може да захтева надокнаду ових трошкова од најмодавца чак и да тако нешто није уговорено.¹⁶⁵⁷ Слично римском правилу да користи, које је најмопримац ставио на ствар и његовом праву да након гашења закупа узме натраг или тражи њихову надокнаду, и Мецела садржи слично правило, али у корист најмодавца. Најмодавац има право да или отклони постављене ствари или да их остави и плати најмопримцу њихову вредност.¹⁶⁵⁸ Најмопримац има дужност да очисти ствар од прашине и других нечистоћа које настану за време употребе.¹⁶⁵⁹ Најмодавац има право да раскине уговор у случају када би најмопримац наносио штету предмету најма.

¹⁶⁵² Члан 528.

¹⁶⁵³ Члан 524.

¹⁶⁵⁴ Члан 525.

¹⁶⁵⁵ Члан 526.

¹⁶⁵⁶ Члан 529.

¹⁶⁵⁷ Члан 530.

¹⁶⁵⁸ Члан 531.

¹⁶⁵⁹ Члан 532.

Право на раскид уговора може да оствари судским путем и то након што покуша да одврати најмопримца од радњи којима се наноси штета.¹⁶⁶⁰

Закуп покретних ствари

Предмет овог уговора су покретне ствари попут: одела и оружја. Мецела наводи да се ова врста уговора склапа на одређени временски период и за одређену најмовнину.¹⁶⁶¹ Законик се и овде држи казуистичног стила па на примеру одела показује примену овог уговора.

Пример се односи на најам одела с намером да у њему одласка на одређено место. Најмопримац ће морати да плати најмовнину чак и када не користи одело.¹⁶⁶² Најмопримац који је узео одело за себе, не може га дати другоме на употребу.¹⁶⁶³ Наведена правила важе и за накит.¹⁶⁶⁴

О закупу животиња

Мецела је ову подврсту најма, углавном регулисала на примеру коња. Предмет уговора је коњ као средство за превоз и као средство преношења терета.¹⁶⁶⁵

Захтев је да животиња буде одређена. Уговор ће бити рушљив уколико се не одреди животиња која је његов предмет. Међутим, уговор се може оснажити ако би након склапања уговора животиња била одређена и ако би најмопримац њу прихватио. Такође, уговор ће бити ваљан чак и када није одређена животиња ако је то у складу са правилима обичајног права. Законик наводи и пример: „ако би се упорабни уговор склопио према обичају с кирицијом о једном коњу (у опће) до неког одређеног мјеста, мора кириција однијети тога човјека на уговорено мјесто с коњем, каков се по обичају за то употребљује.”¹⁶⁶⁶

¹⁶⁶⁰ Члан 533.

¹⁶⁶¹ Члан 534.

¹⁶⁶² Члан 535.

¹⁶⁶³ Члан 536.

¹⁶⁶⁴ Члан 537.

¹⁶⁶⁵ Члан 538.

¹⁶⁶⁶ Члан 541.

Следећи захтев се односи на одређивање крајњег одредишта. Законодавац наводи да није довољно одредити даљину именом неког дела земље попут покрајине или округа, осим ако је обичај да се име покрајине употребљава и као име града. „Није ваљан упорабни уговор о једној животињи (коњу) рекав да се иде у Босну или у Арапску, ако се не одреди онај град, варош или село куда ће се ићи. Али ваљан ће бити уговор, ако се узме један коњ под кирију рекав до Шама јер се ова ријеч и ако значи име једног дијела земље, обично се употребљује и као име за град Дамаск.”¹⁶⁶⁷ Такође, без обзира што је као крајње одредиште одређено име града, дужност је киријције да најмопримца одведе до његове куће.¹⁶⁶⁸

Када се име крајњег одредишта употребљава за два места, кирија се плаћа према процени у које се место буде ишло. „Кад би се узео под кирију један коњ из Стамбола у Чекмеце па се не би изричито означило, је ли у мало или у велико Чекмеце, онда ће се морати платити упорабнина по процјени према даљини Чекмецета, у које се је отишло било.”¹⁶⁶⁹

У случају када је одређено место до којег лице треба да се превезе, најмопримац не може да иде даље од тог места без дозволе киријције. Ако се то деси, одговараће за коња све до његовом враћања власнику. У случају пропасти коња, одговараће за штету.¹⁶⁷⁰ Слично овоме, најмопримац не може да оде на друго место од уговореног. Последице ће бити исте у случају пропасти коња, па ће најмопримац одговорати за његову пропаст.¹⁶⁷¹ Уколико постоји више путева којим се може стићи до одредишта, најмопримац може ићи било којим путем. Међутим, уколико би власник одредио пут, а најмопримац би ишао другим путем, он ће бити одговоран за случај да коњ продадне. Његова одговорност ће постојати ако је пут био дужи или тежи од онога који је одредио власник ствари. Али ако је пут исти или лакши од оног који је одредио власник, најмопримац неће одговорати.¹⁶⁷² Најмопримац може употребљавати коња само за оно време за које је закупљен. Ако би га употребљавао након истека времена па би коњ пропао, одговарао би за штету.¹⁶⁷³

¹⁶⁶⁷ Члан 542.

¹⁶⁶⁸ Члан 544.

¹⁶⁶⁹ Члан 543.

¹⁶⁷⁰ Члан 545.

¹⁶⁷¹ Члан 546.

¹⁶⁷² Члан 547.

¹⁶⁷³ Члан 548.

Уговор може бити склопљен тако да предмет најма односно коња јаше неко одређено лице или тако да га и неко друго лице може јахати.¹⁶⁷⁴ Међутим, уколико је уговором предвиђено да ће одређено лице јахати коња, онда није могуће предати другом лицу коња на јахање. Уколико би друго лице то чинило, па би коњ пропао, он ће одговарати.¹⁶⁷⁵ Уколико је лице склопило уговор тако да га може јахати било он било неко друго лице, онда оно може само јахати или предати другоме. Узјахањем ће бити одређен јахач и након тога друго лице нема право да га користи.¹⁶⁷⁶ Уговор ће бити рушљив у случају када је његов предмет коњ ради јахања где није одређено лице које има право на то, нити је уопштено одређено право јахања. Међутим, уговор ће оснажен ако би се пре раскида уговора одредила особа која има право на јахање.¹⁶⁷⁷

Предмет уговора може бити и коњ као средство преношења терета. Месни обичај ће одредити правила које односе на самару, конопац и кесе потребне за товар.¹⁶⁷⁸ Такође, уколико количина товара није одређена уговором, онда се она одређује према обичају. Најмопримац нема права да туче животињу без дозволе власника. У супротном, одговараће за њену пропаст.¹⁶⁷⁹ У случају да власник да дозволу, онда сме да је удара само на оном месту које је уобичајено.¹⁶⁸⁰ Дозвољено је јахати на коњу који је узет као средство превоза терета.¹⁶⁸¹ Међутим, није могуће користити коња за јахање као средство за превоз терета. Уколико би услед тога коњ пропао, активирала би одговорност најмопримца, али он не би био у обавези да плаћати најмовнине.¹⁶⁸² Најмодавац је обавезан да скине товар са животиње.¹⁶⁸³ Такође, најмодавац има обавезу да храни животињу која је предмет уговора.¹⁶⁸⁴

¹⁶⁷⁴ Члан 549.

¹⁶⁷⁵ Члан 551.

¹⁶⁷⁶ Члан 552.

¹⁶⁷⁷ Члан 553.

¹⁶⁷⁸ Члан 554.

¹⁶⁷⁹ Члан 556.

¹⁶⁸⁰ Члан 557.

¹⁶⁸¹ Члан 558.

¹⁶⁸² Члан 550.

¹⁶⁸³ Члан 560.

¹⁶⁸⁴ Члан 561.

О најму особа

*„Дозвољено (ваљано) је узети у најам особу ради службе и обављања заната (радње) одрадивши вријеме или посао на неки начин, као што је то означено у одсјеку III, поглавља II.”*¹⁶⁸⁵

Дакле, имајући у виду да је главна разлика између уговора о најму радне снаге и уговора о делу управо то, да ли је акценат време за које је радна снага стављена на располагање или резултат, може се приметити да Мецела регулише оба два уговора као јединствен уговор, па ће и његове одредбе бити презентоване на исти начин.

Следећи особине уговора о најму уопште и уговор о најму особа је консенсуалан јер настаје понудом и прихватам понуде.

Уговор је теретан. Законодавац прописује да уколико најамни радник пристане да обавља службу и притом не уговори најмовнину, онда је може наплатити према процени и то само уколико се ради о оним службама које се врше за плату. У супротном, нема право на најмовнину.¹⁶⁸⁶ Уколико једно лице изјави: *„сврши ми тај и тај посао, па ћу те наградити”*, па би друго лице обавило наведени посао, онда би имало право на најмовнину према процени.¹⁶⁸⁷

Уговор може бити *intuitu personae*. Дакле, уколико је уговор о најму особа закључен с обзиром на њечије личне способности, друго лице не би могло уместо њега да обави посао. Уколико би био предат другом лицу, па би предмет пропао, то лице би било одговорно.¹⁶⁸⁸ Уговор може бити склопљен и без ограничења што значи да најамни радник може и другом лицу поверити обављање посла.¹⁶⁸⁹

Уговор је комутативан јер је при самом закључењу уговора познат положај уговорача и међусобни положај чинидби.

Такође, уговор је обострано-обавезујући јер за обе уговорне стране настају одређене обавезе и одређена права.

¹⁶⁸⁵ Члан 562.

¹⁶⁸⁶ Члан 563.

¹⁶⁸⁷ Члан 564.

¹⁶⁸⁸ Члан 571.

¹⁶⁸⁹ Члан 572.

Битни елементи

Битни елементи уговора су радна снага или резултат дела и најмовнина. Законодавац је предвидео у својим одредбама да предмет уговора може да буде радна снага или резултат дела, конкретно прописујући правна правила која се односе на раднике односно надничаре, подучавање од стране учитеља. Регулисани су и хамали, телали, жетеоци и дојиље. Најмовнина је могла да буде у новцу и другим стварима.

Како је законодавац предвидео различита правила која се односе на конкретан предмет уговора и најмовнину, то ће она бити изложена оним редоследом како је то предвидела Мецела.

Радна снага

Предмет уговора може бити и радна снага радника односно надничара. Уколико најмовнина није одређена, онда је треба платити према обичајима, а ако они нису познати онда према процени. Наведена правила ће се примењивати на раднике разних врста који су слични надничарима.¹⁶⁹⁰ Такође, најамнина може бити плаћена и неком незаменљивом ствари. Међутим, у том случају она мора да буде одређена. У супротном најамнина ће бити плаћена по процени. Мецеле наводе пример: „Ако би један човек рекао другоме дођи ми толико дана те ради, па ћу ти дати један пар волова”. У том случају, мораће да му плати најамнину према процени, а не волове. Правила су унеколико другачија када је у питању дојиља. Уколико би најамнина била плаћена у оделу, па не би било означено одело, дугује се одело средњег степена каквоће.¹⁶⁹¹ У најмовнину неће бити урачунати поклони који су најамним радницима исплатила трећа лица.¹⁶⁹²

Предмет уговора може бити и учитељ за подучавање у наукама или у занату. Овакав уговор се склапа по времену. У том случају, учитељ ће имати право на најмовнину ако је спреман за подучавање било да ученик жели да учи или не.¹⁶⁹³¹⁶⁹⁴ Када изостане време као елемент уговора, уговор ће бити рушљив. У овом случају,

¹⁶⁹⁰ Члан 565.

¹⁶⁹¹ Члан 566.

¹⁶⁹² Члан 567.

¹⁶⁹³Члан 568. став 1.

¹⁶⁹⁴ Овде се могу приметити особине уговора о најму радне снаге имајући у виду да ће најамни радник имати право на најамнину без обзира на резултат.

учитељ ће имати право на плату уколико буде подучавао ученика, инаће неће имати право на најмовнину.¹⁶⁹⁵ Даље се регулише ангажман учитеља од стране општине и занатлије.

Затим су прописана правила везана за дужности хамала, телала, жетеоце и дојиље.

Хамал¹⁶⁹⁶ има дужност уношења товара у кућу. Он неће бити у обавези да смести товар на место које је за односни предмет одређено.¹⁶⁹⁷

Телал¹⁶⁹⁸ може бити ангажован како би проносио у сврху продаје одређено добро. Уколико га не би продао, већ би власник ствари, он не би имао право на телалију.¹⁶⁹⁹ У случају када би други телал продао предмет он би имао право на телалију док би први био лишен тог права.¹⁷⁰⁰ У случају када би телал продао добро за већи износ од оног који је одредио власник ствари, он би имао право само на телалију док би вишак добио власник ствари.¹⁷⁰¹ Телал који је примио телалију, па се касније појави лице које узме продану ствар натраг од купца (евикција)или предмет купопродаје буде враћен због мане, не може обавезу враћања телалије. Може се приметити да јеуговор о налогу регулисан у оквиру уговора о најму.¹⁷⁰²

Предмет уговора могу бити и жетеоци. Ова врста радника је узимана како би за одређену количину гроша пожњали жито у њиви. Уколико би одређена количина жита била пожњана, а део би услед крупе или неким другом узроком пропао, жетеоци би имали право на најмовнину само у износу жита који је пожњан. Остатак не би могли да захтевају.¹⁷⁰³

Дојиља може да раскине уговор у случају болести. Најмопримац има право да раскине уговор из следећих разлога: болест дојиље, трудноћа, неузимање млека од стране детета као и повраћање млека од стране детета.¹⁷⁰⁴

¹⁶⁹⁵ Члан 568. став 2.

¹⁶⁹⁶ Хамал је термин који се користи у Законику за преношача.

¹⁶⁹⁷ Члан 575.

¹⁶⁹⁸ Телал је врста оглашивача. Синоними су везир, добошар, биров, трибун.

¹⁶⁹⁹ Телалија је награда телалу за оглашавање.

¹⁷⁰⁰ Члан 577.

¹⁷⁰¹ Члан 578.

¹⁷⁰² Члан 579.

¹⁷⁰³ Члан 580.

¹⁷⁰⁴ Члан 581.

Када је реч о лицу које треба да предузме радњу, законодавац прописује да уговор о најму особа који је закључен с обзиром на нечије личне способности, не може друго лице да обави уместо тог. Уколико би ипак било предато другом лицу, па би предмет пропао, био би одговоран. На пример, уколико би једно лице уговорило са кројачем шиће хаљине односно како наводе Мецеле: „ да му овај својом сашије својом руком једну хаљину за толико гроша, овај не може дати ту хаљину по другом коме сашити, него је морам сам собом сашити.”¹⁷⁰⁵ Уговор може бити склопљен и без ограничења што значи да најамни радник може и другом лицу поверити обављање посла.¹⁷⁰⁶

„Без ограничења склопљен је уговор кад би рекао најмопримац најамнику: „изврши ми тај посао”. На пример, кад би: неко склопио уговор с кројачем рекав му: „ову хаљину саши ми за толико гроша а неограничи рекав: „ти сам собом саши” па би кројач дао њу сашити по своје калфи или по другоме кројачу, имаће он право наплатити уговорену плаћу, и неће одговоран бити, ако би хаљина пропала без кривице (његове).”¹⁷⁰⁷

Дејство уговора

Основна обавеза најамника је обављање посла или остварење резултата дела, док је основна обавеза најмопримца плаћање најамнине.

Права и обавезе уговорних страна

Обавеза најамног радника

Законодавац је прописао обавезе најамног радника делом у општем делу уговора о најму, делом прописијући конкретна занимања о којима је било речи, па из тог разлога неће бити понављања. Више одредби посвећено је праву најамног радника на задржавање ствари.

¹⁷⁰⁵ Члан 571

¹⁷⁰⁶ Члан 572.

¹⁷⁰⁷ Члан 573.

Законодавац је у посебној глави регулисао право најамног радника да задржи ствар на којој се обавља нека радња у случају када му се не исплати најмовнина. Притом, прави се разлика између најамних радника у зависности од тога да ли они „остављају трага на ствари” односно да ли директно обављају неку активност ствари у смислу материјалних промена на истој.

Најамни радници који припадају првој групи попут кројача, бојација или периља рубља, имају право да задрже ствар на којој је посао извршен док им се најамнина не плати осим уколико је уговорено да ће се иста платити у неком каснијем року. У случају да задржана ствар пропадне, најамни радник неће одговарати, али са друге стране нема право ни на најмовнину.¹⁷⁰⁸

Најамни радници чији се рад не састоји у активном деловању на ствари у смислу материјалних промена на истој, попут хамала и лађара, немају право да задрже ствар због неплаћања најмовнине. Ако би ствар пропала у случају да је ипак задрже, одговарали би за пропаст ствари.¹⁷⁰⁹

Власник ствари има *facultas alternativa*: да плати најамну вредност коју би ствар имала након обављеног преноса (превоза) или да не плати најамнину, а да тражи вредност коју је она имала пре предузетог преноса.¹⁷¹⁰

Када је реч о припацама радње, месни обичај ће одредити на чији трошак падају, ако није уговорено да падају на трошак најамног радника. На пример, обичај је да трошак за конач сноси кројач.¹⁷¹¹

Најмопримац

Основна обавеза најмопримца је плаћање најмовине о којој је било речи делом у општим одредбама, а делом у поднаслову који се односи на конкретна занимања.

Најмопримац није дужан да даје оброке најамном раднику, осим ако тако нешто одређује месни обичај.¹⁷¹²

¹⁷⁰⁸ Члан 482.

¹⁷⁰⁹ Члан 483. став 1.

¹⁷¹⁰ Члан 483. став 2.

¹⁷¹¹ Члан 574.

¹⁷¹² Члан 574.

5. РИМСКИ КОНСЕНСУАЛНИ УГОВОРИ И РЕФЛЕКСИЈЕ У САВРЕМЕНОМ ПРАВУ

5.1. Социјалистичка Федеративна Република Југославија

Социјалистичка Југославија, осим имена, у јавноправном смислу није имала много додирних тачака са својом претходницом Краљевином Југославијом. Низ погрешних политичких потеза пре и после приступања Краљевине Југославије Тројном пакту, све већ помињане одлике те државе и чињеница да је држава без јаког политичког ауторитета на њеном врху ушла у вртлог светског рата довели су до њеног крвавог распада и још крвавијег грађанског рата. Легитимитет Краљевине Југославије донекле је чувала избегличка влада у Лондону. У самој земљи, догађаји који су пратили грађански рат, а и политика савезника указивали су на то да ће послератна Југославија бити посве другачија. Пораз ројалистичког антифашистичког покрета и победа антифашистичког покрета који су предводили комунисти одредили су природу будуће државе и процес доласка до ње.

Споразумом Тито-Шубашић 1944. године постављени су темељи Демократске Федеративне Југославије која је (нешто слично Провизоријуму 1919. године) за све заинтересоване стране требало да представља прелазни модел до коначног уставног и сваког другог уређивања нове државе.

Та држава је до свог распада променила четири устава. Први устав донет је 1946. године. Комунистичка партија, као водећа политичка снага у држави није се определила за тренутно и револуционарно мењање друштвеног система. На референдуму (који је по многим тадашњим политичким актерима био све, само не регуларан) одређено је републиканско уређење државе и укинута монархија. Међутим, друштвено уређење није могло одмах да се уподоби револуционарним тежњама комуниста. Много политичких разлога је натерало Јосипа Броза Тита и комунистичку врхушку на формирање широког политичког савеза названог Народни фронт у који су ушле неке грађанске партије и политичари, који, по комунистима нису били сарадници или помагачи окупатора. Због тога се комунистичка партија определила за „пузећи”

државни удар и постепено уклањање некомунистичких елемената и система власти.¹⁷¹³

Након избора за Конституанту приступило се доношењу Устава из 1946. године. Држава је добила назив Федеративна Народна Република Југославија, као „савезна народна држава републиканског облика, заједница равноправних народа који су на темељу права на самоопредељење, укључујући и право на отцепљење изразили своју вољу да живе заједно у федеративној држави.“¹⁷¹⁴

Уставом је прокламовано да је Народна Скупштина представник народног суверенитета и врховни орган власти.¹⁷¹⁵ Уставом је утврђена јака позиција Президијума народне скупштине, а нарочито Владе ФНРЈ. По својој природи, Президијум је имао одлике вршиоца функције шефа државе. Овим Уставом није формално укинут вишепартијски систем нити је формално фаворизирана водећа улога Комунистичке партије. Стање на терену, међутим, указивало је да се једном узурпирана власт не испуста из руку и да је „пузећи“ државни удар већ почео. Према професору Јовану Ђорђевићу тихо, али и неретко насилно елиминисање политичких противника условљено је било кроз оправдане „узроке појаве административног централизма, друштвено-политичке промене од 1950. до 1952. године, отклањање противречности између производних снага и постојећих односа у производњи и друштву и децентрализацију државне управе и реорганизацију политичких форма.“¹⁷¹⁶ Овим еуфемизмима објашњено је присилно стварање једнопартијског система са Комунистичком партијом на челу. Иако је овај Устав, као и сви уставни који су следили гарантовано имовинску сигурност, неповредивост стана и друге облике људских права, на терену су се одвијали другачији процеси. Комунистичка идеологија, заснована понекад на искривљеним тумачењима Марксових постулата, окренула се процесу „експропријације експропријатора“. Тај процес је носио поступке национализације и конфискације. Том процесу су, најпре подлегли велики индустријски системи, као и експлоатација рудног блага која је била под контролом страног капитала. Под плаштом кажњавања непријатеља народа, власници конфисковане имовине су осуђивани на дугогодишње затворске казне, а неретко и на смртну казну. Политика подржављења приватне имовине спустила је ове поступке касније и на ниво занатских радњи и

¹⁷¹³ Више о томе: Д. Јовановић, Ј. – *Политичке успомене*, Том 9, Београд, 2008.

¹⁷¹⁴ Устав ФНРЈ, Београд, 1946, члан 1.

¹⁷¹⁵ *Idem.*, члан 74.

¹⁷¹⁶ О томе: Ђорђевић, Ј. – *Уставно право и политички систем Југославије*, Београд, 1961, стр. 117-123.

пољопривредно земљиште (увођење земљишног максимума). У функцији убрзане индустријализације земље по комнистичким принципима, уведен је присилни откуп пољопривредних добара, а формиране су и сељачке радне задруге које су се економски показале апсолутно неефикасним, а уништиле су многа сеоска домаћинства.¹⁷¹⁷

Тако створено политичко стање у држави дало је могућност и за формалну потврду новим уставним решењима у Уставном закону Федеративне Народне Републике Југославије из 1953. године. Овим Уставним законом укинута су све одредбе Устава из 1946. године идеолошки неподобне једнопартијском систему. Озваничен је и нови облик управљања државним предузећима познат као „радничко самоуправљање” прокламован 1951. године оснивањем првог радничког савета.¹⁷¹⁸

Наредна деценија развоја Федеративне Народне Републике Југославије довела је до потребе нових уставних решења. Та нова уставна решења идеолошки су одређена првенствено идејама Едварда Кардеља који се наметнуо још 1946. године као ауторитет за писање устава. Те идеје су се првенствено тичале децентрализације и слабљења федерације као носиоца централне власти. Устав из 1963. године донео је нова решења. Назив државе је промењен у Социјалистичка Федеративна Република Југославија. На челу државе налазио се председник републике са изборним мандатом од четири године и могућношћу још једног узастопног избора. Број мандата се није односио на личност Јосипа Броза Тита.¹⁷¹⁹ Савезној влади је промењен назив у Савезно извршно веће. Посебно је занимљиво да је Савезна скупштина постала петодомна. Према Уставу Савезну скупштину сачињавају Савезно веће, као веће делегата грађана у општинама и републикама, и Привредно веће, Просветно-културно веће, Социјално-здравствено веће и Организационо-политичко веће, као већа делегата радних људи у радним заједницама.¹⁷²⁰¹⁷²¹

¹⁷¹⁷ Након сукоба са Стаљином 1948. године, Комунисти су настојали да покажу да нису скренули са пута остваривања комунистичке идеологије у свим сегментима друштва. Грешке око формирања сељачких радних задруга и уништавања малог сељачког поседа су уочене па је већ под Уставним законом из 1953. године овај процес прекинут, али је економска штета била ненадкнадива.

¹⁷¹⁸ Оваквим решењима је допринео и раскид са Стаљином и Источним блоком након Резолуције Информбироа 1948. године.

¹⁷¹⁹ Устав СФРЈ, 1963, члан 220.

¹⁷²⁰ *Idem.*, члан 165. став 1.

¹⁷²¹ Овакав начин организовања представничког тела подсећа на корпоративна решења која су у време Шестојануарске диктатуре дали у својим нацртима устава Димитрије Љотић, Војислав Маринковић и Емил Стефанович (експонент Милана Стојадиновића). Наведено према: С. Митић, С. – Уставни нацрт Војислава Маринковића из 1931. године, мастер рад, Ниш, 2019, стр. 13.

Овај Устав је по садржини и по броју чланова био обиман, јер је према писцима устава то требало да буде, не само највиши правни акт, већ и идеолошки програм друштвено-политичког бића државе. Њиме је као идеолошка основа државе прокламовано радничко самоуправљање, људска и мањинска права и широка улога друштвено-политичких заједница и организација. Такође је прокламована и друштвена својина као основа привредних и свих осталих токова у држави. Оно што је прокламовано као норма, у позадини је имало свеprisутност Савеза комуниста Југославије, и државну контролу идеолошке исправности.¹⁷²²

Амандманске промене устава које су почеле неколико година касније створиле су погодно тле за доношење новог устава 1974. године, којим је заокружено слабљење савезних власти у корист јачања република и аутономних покрајина што је посебно утицало на целовитост и нефункционалност СР Србије. Све републике и покрајине имале су законодавну, извршну и судску власт. Успостављено је Председништво СФРЈ, као колективни шеф државе, и као најјава онога што ће се догодити након смрти Јосипа Броза Тита. Пре устава, 1972. године донет је Закон о удруженом раду, којим је заокружен начин организовања и управљања предузећима и којим је доминатна улога друштвене својине добила свој коначни облик.

Законодавна власт република и покрајина довела је до тога да у појединим областима права постоје решења која нису идентична у републикама и покрајинама. Постојало је уставно ограничење да републички и покрајински закони не могу бити у супротности са савезним законима. С обзиром на чињеницу да су савезни закони врло често били само оквир могло се приступати различитим решењима у различитим деловима државе.¹⁷²³

¹⁷²² Идеолошка надградња, како су је називали комунистички идеолози, била је разлог за амандманске промене устава, од којих су оне из 1971. године најавиле коначну разградњу централних власти у држави.

¹⁷²³ Пример за то је кривично дело противприродни блуд. По члану 186. КЗ из 1951. године противприродни блуд представља свако задовољење полног прохтева на противприродан начин. У ужем смислу- задовољење полног прохтева између лица истог пола (педерастичка и трибадија.) У Југославији је постојала различито третирање овог односа. Кривични закони Босне и Херцеговине, Македоније, Србије и Косова задржавају решење које је било предвиђено у КЗ из 1951. године тј. инкриминишу добровољни противприродни блуд између лица мушког пола (педерастичка), али не и између лица женског пола (трибадија), док ову инкриминацију не садрже кривични закони Црне Горе, Словеније, Хрватске (осим ако пунолетно лице врши противприродни блуд са малолетником који је навршио 14 година) и Војводине.

5.2. Грађанско право у СФРЈ

Период 1945. године до Скице за законик о облигацијама и уговорима 1969. године није дао богате законодавне резултате. То је било условљено свим политички разлозима који су наведени у претходном поглављу.

Године 1945. године Председништво Антифашистичког већа народног ослобођења Југославије (АВНОЈ) донело је Одлуку о укидању и неважности свих правних прописа донетих од стране окупатора и њихових помагача за време окупације; о важности одлука које су за то време донете; о укидању правних прописа који су били на снази у часу непријатељске окупације.¹⁷²⁴ Овај акт је 1946. године уз извесне измене усвојен као Закон о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације.¹⁷²⁵ На тај начин су прекинуте све правне везе између Краљевине Југославије и нове државе.

Правни систем нове Југославије се развијао под утицајем совјетске правне доктрине током неколико наредних година. Започета је масовна колективизација имовине и централизације привреде. Како би се убрзали ти процеси, нова власт је уредила тзв. класна питања што је довело до значајних промена у домену грађанског права. Приватна својина је изгубила ранији значај, а поједине врсте облигационих уговора су све ређе закључивани у пракси. Процес колективизације никада није спроведен до краја у Југославији. Након раскида са Стаљином и сукоба са источноевропским социјалистима, планску привреду је почела да замењује слободна тржишна утакмица чији су последице биле видљиве и у области грађанског права. Приватна својина, самим тим што није нестала са правне сцене, поново је почела да добија на значају. Успостављена је широка слобода уговорања која је допринела оживљавању класичног уговорног права. На тај начин, правни систем Југославије био је ближи западноевропским стандардима него онима који су развијани у другим социјалистичким земљама.¹⁷²⁶

Пракса је, међутим, показала да постоје одређена грађанскоправна правила трајне вредности без којих је отежано или немогуће функционисање друштвене заједнице независно од њеног политичког и економског уређења. Законом о

¹⁷²⁴ Одлука је објављена у Сл. листу ДФЈ бр. 4/1945.

¹⁷²⁵ Закон је објављен у Сл. листу ФНРЈ бр. 86/1946.

¹⁷²⁶ Види: Д. Николић, Д. –*Два века грађанског права у обновљеној Србији (1804-2004)*, Нови Сад, 2004, стр. 299.

неважности правних прописа, прописи Краљевине Југославије су изгубили правну снагу, али су правна правила садржана у њима, могла да буду примењена и у новој држави под одређеним условима. Законом је прописано да Президијум Народне скупштине ФНРЈ и президијуми републичких скупштина могу одредити да се поједина правила примењују уз потребне измене и допуне.¹⁷²⁷ На тај начин, она би била снабдевена санкцијом нове државе и имала би обележје правне норме. Може се приметити да се овде радило о својеврсној рецепцији права. Такође, постојао је још један модалитет који је давао широка овлашћења правосуђу и који је много чешће примењиван у пракси. Прописано је да се правна правила могу применити ако се односе на односе који нису уређени важећим прописима и уколико нису у супротности са уставом, законима и осталим прописима донетим од надлежних органа нове државе као и са начелима уставног поретка.¹⁷²⁸

Иако је предност дата класним законима, ипак су у одређеним областима донети закони. Најслужнији за то био је професор Михаило Константиновић.¹⁷²⁹ Године 1949. године ступио је на снагу Основни закон о браку. Већ наредне године професор Константиновић је припремио нацрт Закона о накнади штети, који није доживео скупштинску завршницу. Конгрес правника Југославије доноси идеју о потреби кодификације грађанског права односно њене парцијалне кодификације. Требало је, дакле донети законе за сваку појединачну област који би касније били уврштени у потпуну кодификацију.¹⁷³⁰ Осим овог, аутор је нацрта Основног закона о односима родитеља и деце (1947), Основног закона о старатељству (1947), Закона о усвојењу (1947), Закона о застарелости потраживања (1953) и Закона о наслеђивању (1953). Њему је 1960. године поверена израда преднацрта законика о облигацијама.

Скица за законик о облигацијама и уговорима објављена је 1969. године. Занимљиво је да је она примењивана све до 1978. године када је донет Закон о облигационим односима. Кад год би судовили наишли на правну празнину, призивали у помоћ формулу „општих правних правила” којима је Скица била права постојбина. Скица ће одиграти веома важан извор права у судској пракси. Наравно, у пресудама

¹⁷²⁷ Закон, Сл. лист ФНРЈ бр. 86/1946.

¹⁷²⁸ *Idem.*, стр. 299-300.

¹⁷²⁹ Михаило Константиновић (Чачак, 1897 — 1982) био је српски правник, докторирао је у Лиону са темом *Le periculum rei vendite en droit roman*. Био је декан Правног факултета у Београду, оснивач и дугогодишњи главни уредник часописа „Анали Правног факултета у Београду, министар, носилац Албанске споменице. Био је члан Југословенске академије знаности и уметности, први председник Спољнотрговинске арбитраже.

¹⁷³⁰ *Idem.*, стр. 300-301.

није стајало да је конкретна спорна ствар пресуђена на основу одговарајуће одредбе Скице, већ је стајало да се она пресуђује на основу одговарајућег „правног правила” што је заправо питање технике изражавања, али не и суштине ствари.¹⁷³¹

Скица прокламује да се њеним одредбама начелно на јединствен начин регулишу односи који настају у области промета добара и услуга без обзира на различите правне статусе субјеката тог промета. То значи да се њена правила примењују на све, како за односе између физичких лица тако и за односе између правних лица, као и за међусобне односе свих ових лица. Скица предвиђа посебна правила само онда када то природа конкретног питања налаже. На тај начин, област облигационог права би била регулисана јединственим правилима.¹⁷³² У Скици су прокламовани многи принципи који су своје место нашли у Закону о облигационим односима. Ти принципи су: начело слободе уговарања, принцип консенсуалности¹⁷³³, начело једнаке вредности давања, итд.

Скица је прерасла у Закон о облигационим односима. Закон о облигационим односима је усвојен 30. марта 1978. године на седници Савезног већа Скупштине СФРЈ, а ступио је на снагу 1. октобра исте године.¹⁷³⁴ Закон регулише: 1. настанак обавеза (на основу уговора, проузроковане штете, стицања без основа, пословодства без налога и једностране изјаве воље); 2. дејство обавеза; 3. престанак обавеза; 4. посебне врсте обавеза; 5. промене повериоца или дужника у облигационом односу; 6. поједине врсте уговора у области промета роба и услуга и 7. меродавно право у случају сукоба републичких закона (колизионе нормe).

По речима професора Слободана Перовића да би постала закон „Скица је морала поднети легитимацију оданости тада светим речима једне догме која је себе видела као власника времена.”¹⁷³⁵ Потврду тога представљају уводне одредбе које су биле посвећене „условима и развоју социјалистичких самоуправних друштвено-економских односа”, као и оне које су предвиђале „морал социјалистичког самоуправног друштва” као критеријума за пресуђивање у многим правним стварима. Све одредбе које су имале политичко-идеолошко значење и којима, по природи саме

¹⁷³¹ Класици југословенског права, Михајло Константиновић, *Облигације и уговори, Скица за законик о облигацијама и уговорима*, Београд, 1996, 8.

¹⁷³² *Idem.*, стр. 11.

¹⁷³³ Уговори коју су дата по форми били реални, попут зајма, послуге (посуде или наруча), оставе и залогe, дефинисани су као консенсуални.

¹⁷³⁴ Закон је објављен у Сл. листу СФРЈ број 29/1978.

¹⁷³⁵ *Idem.*, стр. 8.

ствари, није било место у једној оваквој Кодификацији, биле су израз вредности у коме је доминирао несвојински концепт друштвене својине са његовим атрибутима самоуправног договарања и споразумевања, правом располагања друштвеним средствима, сарадњом друштвених правних лица, солидарношћу радника у удруженом раду заснованим на самоуправљању и друштвеној својини средстава за производњу и других средстава за рад.¹⁷³⁶ Занимљиво је да се Закон није примењивао у многим деловима, а то су били они који нису били дело Скице.

Устав из 1974. године предвиђао је да је савезна држава надлежна за регулисање уговорних и других облигационих односа у области промета роба и услуга, док су остала питања била у нормативној надлежности федералних јединица. Из тог разлога, Закон о облигационим односима не покрива целу материју облигационог права. Овим законом нису обухваћени неки класични правни послови као што су уговор о поклону, уговор о послузи, уговор о доживотном издржавању. Када је реч о одштетном праву, закон није регулисао одговорност за штету од животиња, одговорност за штету од грађевина. Разлог овакве (не)регулативе лежи у мишљењу стручне комисије да су ова питања у надлежности тадашњих федералних јединица. Међутим, републике нису донеле своје законе. Зато у Србији, у том делу облигационог права, постоје значајне законске празнине.¹⁷³⁷ Закон о облигационим односима је новелиран три пута. Први пут 1985. године,¹⁷³⁸ други пут 1989. године¹⁷³⁹ и трећи пут 1993. године.¹⁷⁴⁰

Када је реч о другим областима грађанског права, Закон о основним својинско-правним односима усвојен је на седници Савезног већа Скупштине СФРЈ 30. јануара 1980. године, а ступио је на снагу 1. септембра исте године.¹⁷⁴¹ Овај закон је два пута новелиран. Први пут 1990. године¹⁷⁴² и други пут 1996. године.¹⁷⁴³

¹⁷³⁶ *Idem.*, стр. 8.

¹⁷³⁷ О томе: Николић, Д. *Два века грађанског права у обновљеној Србији (1804-2004)*, Нови Сад, 2004, стр. 302-303.

¹⁷³⁸ Закон о изменама и допунама Закона о облигационим односима, Сл. лист СФРЈ, 39/1985.

¹⁷³⁹ Закон о изменама и допунама Закона о облигационим односима, Сл. лист СФРЈ, 57/1989.

Исте године Одлуком Уставног суда Југославије укинут је члан 24. Закона. Сл. лист СФРЈ, 45-1989.

¹⁷⁴⁰ Закон о изменама и допунама Закона о облигационим односима, Сл. лист СФРЈ, 31/1993.

¹⁷⁴¹ Закон о основама својинско-правних односа је објављен у Сл. листу СФРЈ бр. 6/1980. од 18. фебруара 1980. године.

¹⁷⁴² Закон о изменама и допунама Закона о основним својинско-правним односима, Сл. лист СФРЈ бр. 36/1990, од 29. јуна 1990.

¹⁷⁴³ Закон о изменама и допунама Закона о основним својинско-правним односима, Сл. лист СФРЈ бр. 29/1996. од 26. јуна 1996.

5.3. Размишљања о постојећим и новим решењима

„Моја права слава није у томе што сам добио четрдесет битки; Ватерло ће избрисати сећање на толике победе. Оно што ништа неће избрисати, оно што ће вечито живети, то је мој Грађански законик.” - Наполеон

Ова реченица више него било шта потврђује важност грађанског закона. Не само њега, већ и уопштено грађанског законодавства односно постојања грађанског законика у материјалног смислу. Питање која се поставља је која опција је сврсисходнија? Да ли је боље имати грађански законик у смислу потпуне кодификације или појединачне законе којима се уређује област грађанског права? Још боље питање је, да ли је боље имати парцијално законодавство у тренутку када законодавац „није спреман” ? Као и то, зашто је прошло од 2006. године, од када је први пут образована Комисија за израду грађанског законика, до данашњих дана, а да грађански законик није усвојен и проглашен?

Кодификација целокупног грађанског права има многобројних предности у односу на појединачно законодавство. Једна од предности је могућност регулисања целокупне грађанске области у једну кодификацију која би омогућила примену из „једног документа.” Наравно, то доноси и потешкоће у смислу стварања општих норми које могу да се примењују на појединачне случајеве, као и опасност од међусобне противуречности појединих одредби. Зато је за израду квалитетног законика потребно много времена. Валтазар Богишић је шеснаест година радио на Општем имовинском законуку за Црну Гору, а као помоћно средство користио је Упитнике односно анкете где је добијао одговоре на питања значајна за састављање законика. Затим је потребно водити рачуна о што прецизнијој конструкцији самих одредби како не би долазило до супротног тумачења. Правни празнине су увек један од потенцијалних проблема, већ због саме немогућности да право прати друштвене односе који су све бржи. Али, са друге стране, треба са овом чињеницом ући у такав подухват, јер то може да допринесе што мањој заступљености правних празнина.

Нацрт грађанског законика из 2015. године задовоља већи број критеријума који су неопходни да би грађански законик био употребљив и на јединствени начин регулисао грађанскоправне односе. Оно што се прво примети кад се отвори сам Нацрт је одлична систематичност и прегледност. Без обзира што садржи 2838 чланова, на веома лак начин је могуће и лаику да пронађе заинтересовану јединицу у садржају, где

је поред сваког наслова означен и број члана што практично омоћава претрагу на два нивоа.

Нацрт прописује јединствена правила за грађанскоправне и привредне уговоре потврђујући принцип јединственог регулисања ових уговора. Посебна законска правила су предвиђена за уговоре у привреди у релативно мањем броју случајева.

Задржано је важеће законско правило да се многобројне одредбе у уговорима сходно примењују и на друге правне послове.

Захваљујући успешно вишедецениској примени важећег Закона о облигационим односима, иновирани су одредбе следећих именованих уговора. Реч је о: купопродаји; продаји са правом прече куповине; куповини на пробу; продаји по узорку или моделу; продаји са спецификацијом; продаји са задржавањем права својине; продаји са оброчним отплатама цене; размени; продајном налогу; зајму; закупу; уговору о делу; уговору о грађењу; уговору о лиценци; превозу; остави; ускладиштењу; налогу; комисиону; уговору о трговинском заступању; посредовању; шпедицији; уговору о контроли робе; уговору о организовању путовања; посредничком уговору о путовању; уговору о ангажовању угоститељских капацитета; осигурању имовине и лица; залози; јемству; асигнацији и поравнању.¹⁷⁴⁴

Регулисање уговора који до тада нису уопште или су само парцијално регулисани у нашем правном систему, сада се налазе у Нацрту. Реч је о: продаји са правом откупа; поклону; уговору о послузи; уговору о ортаклуку; лизингу; франшизингу; уговору о дистрибуцији; издавачком уговору, уговору о сарадњи у пољопривреди; уговору о реосигурању, о осигурању од одговорности, о чувању спорне ствари, доживотној ренти и уговорима на срећу (тзв. алеаторним уговорима).¹⁷⁴⁵

С друге стране, одговор на питање да ли је боље имати парцијалне законе него целокупну кодификацију у тренутку када законодавац није спреман, даће извори који су коришћени приликом израде Нацрта грађанског законика. Област стварног права је свој основ имала у Закону о основним својинско-правним односима. Закон о облигационом односима је послужио за облигационо право. Породично право је извор нашло у Породичном законнику, а наследно право Закона о наслеђивању. Ово само

¹⁷⁴⁴ Грађански законик Републике Србије, радни текст, 2015, 688.

¹⁷⁴⁵ *Idem.*, стр. 689.

потврђује да је најбоља провера одређене одредбе која би требало да се нађе у закону, управо њена дуга примењивост. Сви ови закони су били извор права у својим областима и примењивани су најмање петнаестак година. Све то потврђује да ће они уз измену или потпуно нову регулативу уредити одређене односе.

Када је реч о трећем одговору, заиста је чудно што од 2006. године до данас, нацрт законика није доживео скупштинку завршницу. Наиме, Влада је донела Одлуку о образовању Комисије за израду Грађанског законика још 2006. године. Од тада, до данашњег дана израђена су три нацрта, Нацрт из 2011. године, 2015. године и 2019. године. Међутим, грађански законик није усвојен нити проглашен. Колики је био рад на грађанској кодификацији најбоље показују 480 алтернативних решења односно чланова чија је судбина зависила од резултата јавне расправе. Влада Републике Србије је 2019. године донела Одлуку о престанку рада Комисије и на тај начин додатно пролонгирала доношење грађанског законика. Професор Миодраг Орлић, професор на Правном факултету Универзитета у Београду, судија Врховног Касационог суда, а данас на челу Удружења правника Србије, навео је, у јуну 2020. године, да је израда нацрта готова и да је предата Влади РС која је требало да након избора одржаних исте године, проследи Народној скупштини на усвајање. Међутим, Грађански законик није стигао до скупштинске завршнице ни дан-данас.

ЗАКЉУЧАК

Анализом доступних историјских извора почев од римског права до савременог облигационог права, посебно са аспекта предмета и циља истраживања и применом различитих научних метода у циљу истраживања консенсуалних уговора римског права и њиховог утицаја на ову врсту уговора на правном подручју Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, синтетизована су одређена сазнања.

На основу свеобухватне анализе спроведене у овој докторској дисертацији дошло се до следећих закључака:

1. Настанак консенсуалних уговора везује се „колевку цивилизације“, како се назива Месопотамија. Билаламин и Хамурабијев законик регулишу уговоре које је римско право убрајало у консенсуалне. Хамурабијев законик, иако познат по принципу талиона, поставио је модерне основе за поједине уговоре. Изузетно напредан у односу на период када је донет, а са друге стране један од најстаријих законика, поставио је темеље за касније уобличавање ових уговора. Консенсуални уговори Старог Истока били су ослобођени формализма па је за њихову пуноважност било дозвољено склапање у било којој форми, осим уколико је Законик предвидео обавезну форму за поједине врсте правних послова. Хамурабијев законик је први законик у историји права који је прописао одговорност за евикцију и детаљан поступак који се у тој ситуацији примењивао. Уколико би неком лицу нестала нека ствар па би је он пронашао код другог лица, а то лице би изјавило да је ствар купило пред сведоцима, тада би купац био дужан да доведе сведоке који би то потврдили. Ако, би и власник нестале ствари довео сведоке који би потврдили његово право својине на несталој ствари, продавац би се сматрао лоповом и био би кажњен смрћу, а власник нестале ствари би добио ствар назад. Савесни купац би добио накнаду штете од несавесног продавца. Атина тачније Солоново законодавство је дало велики допринос римском ортаклуку тако што су поједине одредбе нашле своје место у Закон XII таблица (*lex XII Tabularum*). Наиме, Закон XII таблица у VIII табlici у члану 27. прописује да ортаци могу да сачине споразум какав желе, само да не буде у супротности са јавним поретком. Даље се наводи да је ово правило преузето из Солоновог законодавства.

2. Римски консенсуални уговори, уговор о купопродаји (*emptio-venditio*), уговор о закупу (*locatio–conductio*), уговор о ортаклуку (*societas*) и уговор о налогу (*mandatum*), настали у класичном праву, нису у свим периодима развоја римског права имали такву форму. Сваки од ових уговора прошао је свој пут развоја до оног тренутка када је строги формализам постао кочница правноекономског промета. Купопродаја је прошла пут од вербалне купопродаје где је строг формализам захтевао изговарање тачно одређених речи постављањем питања и давањем истоветног одговора. Уколико једна од уговорних страна не би испоштовала форму, уговор не би настао. Уговор о закупу се закључивао на римском форуму и вероватно су предмет уговора у почетку биле покретне ствари. Потреба за непокретностима јавља се након пунских ратова када се због великог ширења државе јавио велики број странаца, а самим тим потражња станова. Ортаклук настаје, највероватније, као заједница живота и рада браће услед смрти *pater familias*-а и неподељене заоставштине. Уговор о налогу је прешао дуг развојни пут од времена предкласичног римског права у коме је важило правило да нико не може да обавезује за другог (*alteri stipuulari nemo potest*) до периода класичног права у коме је налог по форми дефинисан као консенсуалан правни посао. Па ни тада римски правни теоретичари нису створили установу непосредног заступања. Налогопримац је обављао правне и материјалне послове у своје име, али за туђ рачун. Из тог разлога овај уговор и носи назив уговор о налогу, а не уговор о заступништву.

У класичном праву настаје схватање да правни посао може да настане сагласношћу воља уговорних страна у погледу битних елемената (*essentialia negotii*). Тада настају правила која се односе на битне елементе, дејства уговора односно права и обавеза уговорних страна, процедурала средства и посебне подврсте ових уговора. класични период најпродуктивнији сних

Купопродаја (*emptio-venditio*) био је консенсуални контракт *bona fidei* којим се једна уговорна страна (продавац, *venditor*) обавезивала да преда другој уговорној страни (купцу, *emptoru*) одређену ствар (*merx*), а друга уговорна страна се обавезивала да плати цену (*pretium*). Битни елементи код овог уговора били су ствар (*merx*) и цена (*pretium*). Уговор је производио права и обавезе за купца и продавца. Основна обавеза продавца састојала се у предаји ствари у мирну државину купцу, а основна обавеза купца била је плаћање цене. Римско право је поставило и детаљна правила око одговорности уговорних страна. Одређени додатни споразуми могли су да буду склопљени су уз купопродају. То су били: *lex commissoria*, *in diem addictio*, *pactum*

displicentie (pactum degustationis), pactum de retroemendo, pactum de retrovendendo, pactum protimiseos.

Locatio-conductio консенсуални контракт римског права који је настајао тако што се једна страна обавезивала да за одређени износ новца препусти другој на употребу и коришћење одређену ствар, покретну или непокретну (*locatio-conductio rei*- уговор о најму односно закупу) или се обавезивала да јој стави на располагање своју радну снагу (*locatio-conductio operarum*- уговор о најму радне снаге) или да јој изврши неко дело (*locatio-conductio operis*- уговор о делу).

Locatio-conductio rei био је консенсуални контракт којим се једна страна, закуподавац (*locator*) обавезивала да преда на привремено коришћење неку своју ствар (*res*), а друга страна, купац (*conductor*) се обавезивала да за то плати одређену накнаду (*merces*). Битни елементи код овог уговора били су ствар (*res*) и накнада (*merces*). Закуподавац је био у обавези да преда ствар и гарантује за правне и материјалне недостатке предате ствари, а купац је био у обавези да плати закупнину и врати ствар.

Locatio conductio operarum био је консенсуални контракт којим једно лице, најамни радник (*locator*), обећава да ће ставити на располагање своју радну снагу, а друга, послодавац (*conductor*) да ће за то платити одређену новчану накнаду, најамнину (*merces*). Битни елементи код овог уговора су врста рада која се стављала на располагање (*operae*) и најамнина (*merces*). Најамни радник је имао обавезу само да стави на располагање своју радну снагу, а не и да гарантује за резултат. То је уједно и главна разлика у односу на *locatio-conductio operis* односно уговор о делу. Зато је послодавац био дужан да исплати најамнину и у случају да најамни радник није радио, док би наручилац имао такву обавезу само уколико је остварен резултат дела.

Locatio conductio operis faciendi био је консенсуални контракт којим се једна страна, извођач (*conductor*) обавезивала да у уговореном року обави одређену активност, по правилу на ствари која је стављена на располагање, а друга страна, наручилац (*locator*) се заузврат обавезивала да плати одређену суму новца. Битни елементи били су дело које треба да настане (*opus*) и (*merces*) надокнада за израђено дело. Основна обавеза извођача била је остварење дела, дакле акценат је био на циљу, а не самом процесу рада, а наручилац је имао обавезу да исплати накнаду.

Уговор о ортаклуку (*societas*) био је двострано-обавезујући правни посао закључен у циљу остварења заједничке добити а на основу заједничког улагања средстава или рада. Битни елементи код овог уговора су били су улог и циљ које се желео постићи ортаклуком. Ортаци су имали обавезу уношења улога у ортаклук. Разликовало се неколико врста ортаклука *societas omnium bonorum*, *societas quaestus*, *societas unius rei* и *societas alicuius negotiationis*. Постојање различитих врста ортаклука у римском праву довела је до тога да је он био темеље савремених трговачких друштва.

Уговор о налогу (*mandatum*) био је консенсуални контракт којим се једна страна (налогопримац, *mandatar*) обавезивала да ће у своје име, а за рачун друге стране (налогодавца *mandant*, *mandator*, *dominus negotii*) бесплатно обавити неки правни или фактички посао. Битни елемент код овог уговора била је бесплатна услуга. *Mandatar* се обавезивао да обави како материјални, тако и правни посао.

3. Основе консенсуалних уговора постављене у римском праву у погледу битних елемената уговора, права и обавеза уговорних страна, заштите, начина престанка, реципиране су у грађанским законцима којима су важили на правном подручју Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца.

Подручје Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца није било јединствено, већ је у унитарној држави постојао конгломерат разних правних система и законодавства. Њу је сачињавало шест правних подручја: србијанско, црногорско, војвођанско (са Међумурјем и Прекомурјем), словеначко-далматинско, хрватско-славонско и босанско херцеговачко. Иако ово подручје није било јединствено на основу детаљних истраживања извршених у овом раду дошло се до закључка да је заједнички именитељ свих шест различитих подручја било римско право, у првом реду римско облигационо право које је у великој мери реципирано и примењивано кроз одредбе грађанских законика.

3.1. Србијанско правно подручје обухватало је у судско-административном смислу надлежност Касационог суда у Београду и апелационих судова у Београду и Скопљу. На овом подручју примењиван је Српски грађански законик. Законик је регулисао уговор о продаји и куповини, уговор о закупу, уговор о најму, уговор о ортаклуку и уговор о пуномоћству и деловодству. Може се закључити да је Српски грађански законик преузео правна решења римског права у погледу битних елемената консенсуалних уговора, права и обавеза уговорних страна, па чак и постојања додатних

споразума (*pacta adiecta*). Као пример одступања пуне рецепције римског права наводи се уговор о купопродаји где се код римске купопродаје уочава пренос ствари у несметану државину купцу, док се према СГЗ-у тај пренос врши у својину купца. Такође, приликом уговарања додатних споразума (*pacta adiecta*) у СГЗ су постојала два одвојена споразума; док се куповина *ad gustum* подразумевала у погледу одређених ствари, куповина на пробу се морала посебно уговорити. С друге стране, римско право је предвиђало само један споразум такве врсте *pactum displicentie* (*pactum degustationis*) и увек је морала оваква могућност посебно да буде предвиђена.

За разлику од римског *locatio-conductio* који је сублимирао три уговора: уговор о закупу, уговор о најму радне снаге и уговор о делу, Српски грађански законик регулише уговор о закупу и уговор о најму службе и радње чија правна природа није до краја нормативно заокружена.

Римски ортаклук је садржао све битне карактеристике и у СГЗ-у., изузев одређених одредаба о задругама које свој основ имају у обичајном праву. Задруга се једном појављује као правно лице, једном као сувласништво што је оставило последица и на уговор о ортаклуку.

Уговор о пуномоћству и деловодству, осим разлика у погледу предмета уговора (правног посла који се преузима и начина преузимања), нема великих одступања. Тачно је да је у римском праву најмопримац имао обавезу преузимања правног или фактичког посла у своје име, а за туђ рачун, док је пуномоћник преузимао искључиво правни посао у туђе име и за туђ рачун. Без обзира на ове разлике које су, итекако евидентне, може се рећи да су оне, пре последица различитих друштвено-економских околности у којима су ови уговори настајали, него да су суштинске природе.

3.2. Црногорско правно подручје је у судско-административном смислу било подручје надлежности Великог суда у Подгорици. Примењивао се Општи имовински законик за Црну Гору. У одређеним деловима, Боки је примењиван, у једном периоду, Аустријски општи грађански законик, док је део који је касније припадао Ужичкој области примењивао, такође у једном периоду српско законодавство.

Општи имовински законик регулисао је уговор о куповини, уговор о најму, уговор о најми службе и радње, уговор о најму радње одсејком, уговор о простој удрузи и уговор о повјери или пуномоћју.

Уговор о куповини је преузео дефиницију, битне карактеристике уговора, битне елементе, права и обавезе, одговорност уговорних страна и додатне пакте из римског права. Посебно је важно истаћи да је Општи имовински законик, не само преузео, већ и на извешан начин побољшао одговорност за материјалне недостатке продате ствари и заштиту од евикције. Преузимајући римскоправна решења и услове који су били неопходни да би се активирала одговорност за мане ствари, Законик је отишао корак даље па је додатно заштитио купца. У посебном поглављу који носи назив „*О одузму*” регулисао је заштиту од евикције. У том поглављу је најбољи начин показано како квалитетна основа која је постављена у римском праву може даље да утиче на изградњу и унапређење одређеног института.

Locatio-conductio је регулисан на исти начин у Законику. Не само што је задржао тројно разликовање уговора обухватајући уговор о најму, уговор о најму службе и радње и уговор о најму радње одсјеком, већ је прописао и посебне врсте најма које су последица постојања различитих обичајних правила. Тако, регулисан је најам земаља где се најамнина плаћала „*одсјеком одређена*”, „*наполицу, трећину или за неки део рода*”, најам животиња у „*наполицу, од кесим, на изор*”. Затим је у оквиру уговора о најму службе и радње односно римског *locatio conductio operarum* предвидео посебне врсте „*о радњи и помоћи на узajмицу и без узajмице*”. Уговор о простој удрузи је преузео дефиницију, особине уговора и битне елементе римског ортаклука, дејства и начине престанка ортаклука. Уговор о повјери или пуномоћју је задржао чак исти назив. Термини *mandatum* и повјера имају свој основ у поверењу. Осим главне разлике у смислу врсте посла који је могао да буде предмет *mandatum*-а и начина преузимања истог које су последица различитих друштеноекономских околности настајања уговора, у осталим карактеристикама преузет је из римског права.

3.3. Војвођанско, односно правно подручје Војводине са Међумурјем било је у судско-административном смислу у надлежности Касационог суда Одељења Б у Новом Саду. На овом подручју, важило је углавном угарско право. Оно се примењивало под условом да није било у супротности са прописима законодавства нове државе. На оном делу територије Војводине који је пре развојачења припадао Војној граници, важило је аустријско право под истим условима као угарско. То је било подручје надлежности Окружног суда у Панчеву и среских судова у Банатском Карловцу, Белој Цркви, Ковину, Тителу и Жабљу.

И на војвођанском правном подручју је постојао правни партикуларизам. Када је реч о грађанском праву, начелно је важило мађарско право, осим оног дела територије који је пре развојачења припадао Војној граници где се примењивао Аустријски општи грађански законик. Значајну улогу у угарском приватном праву имало је обичајно право, као и судска пракса. То се превасходно односи на децизије односно пресуде највиших угарских судских инстанци тзв. Краљевских курија. На војвођанском правном подручју је највиша судска инстанца у заједничкој држави било Одељење Б Касационог суда у Новом Саду. Његове одлуке или децизије нису имале карактер закона, али су се судови и грађани придржавали тих правила претпостављајући да ће конкретан спор бити решен управо на основу њих. Наравно, примена угарског законодавства била је могућа само уколико исти нису били у супротности са законима Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца. Дакле, на овом подручју је постојао посебан мешовити правни систем који је настајао кроз рад законодавних органи (елементи законског права) као и кроз праксу Касационог суда (елементи судског права).

3.4. Словеначко-далматинско правно подручје обухватало је Далмацију са острвима Пагом, Рабом и Крком, те подручје котара Кастав и Словенију. На словеначко-далматинском правном подручју је важио Општи грађански законик са новелама (Аустријски општи грађански законик је новелиран три пута 1914, 1915. и 1916. године).

3.5. Хрватско-славонско подручје обухватало је територију бивше Краљевине Хрватске, Славоније и Далмације, без Далмације, Истре и Међумурја. Сходно судско-административној подели, то је било подручје надлежности Одељења Б Стола седморице у Загребу и апелационих судова у Сплиту и Љубљани. На овом подручју, на хрватско-славонском правном подручју је и даље примењиван стари Аустријски општи грађански законик.

Аустријски општи грађански законик, који је примењиван на свим овим подручјима, регулисао је уговор о куповини, уговор о закупу, уговор о најму, уговор о делу, уговор о заједници добара и уговор о опуномоћавању и другим врстама деловодства. Уговор о куповини је преузео из римског права дефиницију, особине уговора, битне елементе, права и обавезе уговорних страна. Постојале су извесне модификације које се могу приказати на примеру услова које је цена требало да испуњава. Цена је, према одредбама Аустријског општег грађанског законика, морала

да буде изражена у новцу, да је одређена и законита. На први поглед делује да Законик није прописао услове истиности и правичности. Међутим, имајући у виду одредбе које се односе на симуловане послове, може се закључити да је цена морала да испуњава услов истинитости. Такође, иако законодавац није децидирано прописао да цена мора да правична, у склопу одредби које се односе на услов законитости цене, могу се наћи одредбе које прописују да захтев оштећења преко половине (*laesio enormis*) стоји на располагању како купцу, тако и продавцу. Дакле, овде се може говорити пре о техничким модификацијама него о суштинским. Аустријски грађански законик разликује сва три уговора: уговор о закупу, уговор о најму и уговор о делу. Занимљиве су одредбе уговора о делу. Речено је да је Аустријски грађански законик новелиран три пута, 1914, 1915. и 1916. године, као и то да се у изворном облику примењивао на хрватско-славонском подручју, док је словеначко-далматинском примењиван новелиран законик. Старе одредбе уговора о делу регулисале су подврсту уговора о делу између писца и издавача, док су новелиране одредбе прописале основна правила за уговор о делу уопште. Уговор о заједници добара је преузео дефиницију, битне елементе, дејство уговора, права и обавезе уговорних страна. Иста је ситуација и са уговором о пуномоћству и деловодству, осим до сада помињане разлике између уговора о пуномоћју и уговора о налогу.

3.6. Босанско-херцеговачко правно подручје обухватало је територију Босне и Херцеговине, односно територију надлежности Врховног суда у Сарајеву. На овом подручју, једним делом важило је аустријско право, док је за муслимане у области брачног права важило искључиво шеријатско право. На овом подручју је примењивана *Mecelle-i ahkjām-i adliyye*, а Аустријски општи грађански законик је примњениван фактичком рецепцијом о којој је било речи. Мецела је регулисала купопродају, најам, пуномоћство и ортаклук. Иако је свој основ имала у шеријатском праву ханефијске правне школе, приметни су утицаји римског права конкретно кроз утицај француског *Code Civil*-а. Мецела јесте дала нове појмове прописујући читаву подела врста купопродаје кроз муслиманско-шеријатске изразе. Међутим, основа римског права остала је иста. Мецела је прописала исте битне елементе уговора, као и основне обавезе уговорних страна. Разлика се среће у правима и обавезама продавца и купца у случају постојања мане. За разлику од римског права где је постојала могућност снижавања цене због одређених мана, Мецеле прописују да купац може или да користи предмет уговора по датој цени или да раскине уговор. Међутим, без обзира на овакве модификације, у

основним цртама може да се уочи велика, чак и зачујућа сличност са римским правом. Оно што издваја Мецелу у односу на друге законике то је право избора које имају на основу уговора уговорне стране, право избора због својства предмета, право избора ако се не плати цена, право избора између више ствари, право избора код огледа предмета купопродаје, право избора због мана. Уговорним страна се дају различите могућности у зависности од спорне ситуације, које би римским појмом могли да се назову *facultas alternativa*. Мецеле су предвиделе све три врсте уговора о најму. Међутим, за разлику од римског права где јединствени појам уговора сублимирао три, овде се заправо радило о две врсте уговора где се на појединим местима могла видети дистинкција уговора о најму радне снаге и уговора о делу, док је већи део Законика регулисао ова два уговора као најам особа. Притом, на поједним местима могуће је уочити особине уговора о најму радне снаге, а особине уговора о делу могу се уочити на оним местима где је акценат стављен на резултат самог дела. И овде се могу видети да су битни елементи као и основне обавезе уговорних страна исти као у римском праву. Мецела је, попут Општег имовинског законика, предвидела посебне врсте најма односно закупа, закуп непокретности, земљишта закуп покретних ствари, закуп животиња. Такође, приметно је да је законодавац уговор о налогу такође регулисао као једну врсту најма. Одредбе о ортаклуку и пуномоћју нису обрађене због непостојања превода Мецеле на наш језик. Разлог томе вероватно лежи у чињеници што је већ у том тренутку отпочела фактичка рецепција Аустријског грађанског законика.

Консенсуалн уговори су логична последица убрзања правоекономског промета. Консенсуални уговори су уобличени, дефинисани и правно регулисани у класичном римском праву. Иако ови уговори своје корене имају у ранијим правним системима на Старом Истоку и у Античкој Грчкој, основе консенсуалних уговора које је поставило римско право, постали су темељи изградње и развоја истих у савременом праву.

Имајући у виду све посебне закључке, може се доћи до општег закључка који и потврђује основну хипотезу постављену на почетку овог научног истраживања. Римско право је универзална и трајна категорија која не само да је утицала на развој савременог права, него и данас важи у домену облигационог права. Правна правила римског облигационог права, су добро постављена основа, која нам говори да добро постављена основа може да траје хиљадама година и да допринесе усавршавању и бољем правном уобличавању одређених института.

ИЗВОРИ И ЛИТЕРАТУРА

ИЗВОРИ

1. АСЈ, ф. 3, бр. 1701-IV-1931-184, 14. април 1932.г., Цетиње;
2. АСЈ, ф. 3, бр. 4665, 18. маја 1932.г., Цетиње;
3. Аустријски општи грађански законик;
4. С. Th;
5. С. 4, 37, 1, 0 Diocl. /Maxim. AA. ET CC Aurelio;
6. Gaius, *Institutiones*;
7. Gaius, Ep. 2, 9, 13–14;
8. Iustinianus, *Institutiones*;
9. IJ:
10. Мецела:
11. Naredba Carskog i kraljevskog zajedničkog ministarstva u Већу број 645/B. Н. од 29. децембра 1878., Glasnik zakona i naredaba za Bosnu i Hercegovinu, sv. II, 1878. – 1880;
12. Општи имовински законик за Црну Гору
13. ОСЦ, IV-1931-54, бр. 677, ф. 411, 29. маја 1931. године, Цетиње;
14. ОСЦ, IV- 1932-734, бр. 1280, ф. 456, 4. маја 1933.г., Цетиње;
15. ОСЦ, IV-1933-93, бр. 775, 15. маја 1933.године, Цетиње; ОСЦ, IV1936-268, бр. 2057, ф. 555, 24. октобра 1936. године, Цетиње;
16. ОСЦ, IV-1932-738, бр. 4482, 11. јануара 1932. Године;
17. ОСЦ, IV-1928-92, бр. 498, ф. 330, 26. априла 1928. године, Цетиње;
18. ОСЦ, IV- 1934-74, бр. 292, ф. 529, 3. јануара 1935. године, Цетиње;
19. ОСЦ, ф. 81, Тужба Рег. Бр. 150,13.06.1919.г., Цетиње;
20. 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;
21. ОСЦ, Уговор бр. 449/1918, 11.3.1918. г., Цетиње;
22. ОСЦ, IV-1928-92, бр. 498, ф. 330, 26. априла 1928. године, Цетиње; ОСЦ, IV-1920-126, бр. 1379, 21. јуна 1920. године, Цетиње;
23. ОСЦ, Уговор бр. 304/1921, 8.3.1921.г., Цетиње;
24. ОСЦ, IV-1928-92, бр. 498, ф. 330, 26. априла 1928.г., Цетиње;
25. ОСЦ,IV- 1924-23, бр. 545, ф. 195, 25 фебруара 1924.г., Цетиње;
26. ССБ, број 3004- IV-1935-185, 15. новембра 1935;

27. ОСЦ, ф. 474, Уговор склопљен између Милана Делића и Ива Мартиновића од 1. августа 1932. године, Цетиње;
28. Законик о судском поступку у грађанским парницама за Књажевину Црну Гору, Цетиње, Државна Штампарија, 1905;
29. Распис Министарства Правде од 11. јуна 1849. бр. 2288, од 2. новембра 1862. бр. 5322. и од 12. фебруара 1883. бр. 745;
30. Службене новине Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, 06. 01. 1929;
31. Службене новине Краљевине Југославије 200/1931;
32. Сл. лист ФНРЈ бр. 86/1946;
33. Сл. лист СФРЈ број 29/1978;
34. СОЦ, ф. 47, Уговор бр. 608, склопљен 23. августа 1920. године између Управе државних добара као „издаваоца“ и Филипа Самарцића као „закупника“;
35. СОЦ, ф. 47, Уговор бр. 608, 23. августа 1920 године, Цетиње;
36. Српски грађански законик;
37. ССБ, бр. 3004-IV-1935-185, 15. новембра 1935. године, Бар;
38. Уредба о уређењу Министарства правде. Уредба о уређењу Министарства правде Краљевине СХС, Сл. новине Краљевине СХС, бр. 168/19;
39. Уговор бр. 6714, 31. децембра 1935;
40. Устав Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, Сл. новине Краљевине СХС, бр. 142 А/21;
41. Устав ФНРЈ, Београд, 1946, члан 1;
42. Устав СФРЈ, 1963, члан 220;
43. Законско решење од 14. маја 1847. В Но 513 Зборник IV страна 24;
44. Закон о Општинама од 5. јуна 1903. год са каснијим изменама и допунама;
45. 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;
46. Закон о изменама и допунама Закона о облигационим односима, Сл. лист СФРЈ, 39/1985
47. Закон о изменама и допунама Закона о облигационим односима, Сл. лист СФРЈ, 57/1989.
48. Закон о изменама и допунама Закона о облигационим односима, Сл. лист СФРЈ, 31/1993.

49. Закон о основама својинско-правних односа односа је објављен у Сл. листу СФРЈ бр. 6/1980. од 18. фебруара 1980. године.
50. Закон о изменама и допунама Закона о основним својинско-правним односима, Сл. лист СФРЈ бр. 29/1996. од 26. јуна 1996.
51. Записници, Сједница XV, 23. децембра 1881, Цетиње
52. Вакуфско – Маерифско Повјеренство Плевље, ф. 11, Уговор бр. 8972, закључен 25. новембра 1932. године;

ЛИТЕРАТУРА

1. Аврамовић, С, *Српски грађански законик (1844) и правни транспланти-копија аустријског узора или више од тога*, Српски грађански законик- 170 година, Београд, 2014;
2. Andrić, М, *Izvori šerijatskog prava (s posebnim osvrtom na odnose između polova prema bračnim pravilima šerijatskog prava)*, Београд;
3. Balta, I, *Nagodbeno ustrojstvo Austro-Ugarske i recepcija austrijskog opšteg građanskog prava*, Zbornik radova znanstvenog skupa, Tuzla, 2014;
4. Balta, I, *Nagodbeno ustrojstvo Austro-Ugarske i recepcija austrijskog opšteg građanskog prava*, Zbornik radova znanstvenog skupa, Tuzla, 2014;.
5. Baron I, *Institucije rimskog prava*, Zagreb, 1923, 240;
6. Бартуловић, Ж, Ранђеловић, Н, *Основи уставне историје југословенских народа*, Ниш, 2012;
7. Бећић, М, *Historijska i pravna osnovanost primjene Općeg građanskog zakonika u Bosni i Hercegovini nakon okupacije 1878. godine*, Sarajevo, 2011;
8. Бећић, М, *Primjena Medželle u postosmanskoj Bosni i Hercegovini*, Sarajevo, LVII – 2014;
9. Бећић, М, *Primjena Medželle u postosmanskoj Bosni i Hercegovini*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, LVII – 2014;
10. Бећић, М, *Primjena Medželle u postosmanskoj Bosni i Hercegovini*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, LVII – 2014;
11. Begović, М, *Sličnosti i razlike između Mexele i Opšteg imovinskog zakonika za Crnu Goru*, Sarajevo, 1955;
12. Blagojević, В. Т, *Građanski postupak*, Београд, 1960;
13. Bogisic, V, *O položaju porodice i nasledstva u pravnoj sistemi*, Београд 1893;
14. Bogišić, V, *Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru, Izabrana dela, Tom I*, Podgorica, 2004;
15. Bogišić, V, *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji, Izabrana dela, Tom III*, Podgorica, 2004;
16. Boras, М, Margetić, L, *Rimsko pravo*, Zagreb, 1986;
17. Boyer, G, *Nature et la formation de la vente dans l'ancien droit babylonien*, Revue internationale des droits de l'antiquité, II/1953;

18. Boyer, G, *Les articles 7 et 12 du Code de Hammurabi*, Mélanges Georges Boyer, II, Paris 1965;
19. Bruns, C. G, *Fon es iuris romani antiqui, leges et negotia*, Tubingen, 1909;
20. Buckland, W.W, *A text-book of Roman law from Augustus to Justinian*. Cambridge, 1921;
21. Buckland, W.W, *A Text-book of Roman Law from Augustus to Justinian*, Cambridge 1932;
22. Buckland, W.W, *The Main Institutions of Roman Private Law*, Cambridge 1931;
23. Бујуклић, Ж, *Римско приватно право*, Београд, 2014;
24. Contenau, G, *Babilon i Asirija*, Naprijed, Zagreb, 1978;
25. Суq, Е, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, Paris 1928;
26. Суq, Е, *Manuel des institutionis juridiques des romains*, Paris, 1928;
27. Цвејић-Јанчић, О, *Брачно право у Војводини између два светска рата*, Зборник Матице српске за друштвене науке 2008;
28. Čulinović, F, *Državnopravna historija jugoslavenskih zemalja XIX i XX vijeka II*, Zagreb 1959;
29. Даниловић, Ј, *Уговор о грађењу у римском класичном праву*, АПФ, 1-3/1991;
30. Diosdi, G, *Contract in Roman Law – From the Twelve Tables to the Glossators*, Milano 1981;
31. Donatuti, *Mandatum incertum*, BIDR, 1923;
32. Donatuti, *Contributi alla teoria del mandato*, 1927;
33. Дракић, Г, *Грађанско право на војвођанском правном подручју у Краљевини СХС*, Зборник радова „Хармонизација грађанског права у региону“, 2013;
34. Dumont, *La gratuité du mandat en droit romain*, Studi Arangio-Ruiz II, 1952;
35. Ђорђевић, Ј, *Уставно право и политички систем Југославије*, Београд, 1961;
36. Ђорђевић, М, *Struktura i posebne vrste Locatio conductio operis faciendi*, Strani pravni život, br. 3,2014;
37. Ђорђевић, М, *Порекло уговора о делу*, Правни живот, вол. 63. бр. 10, 647-661;
38. Eisner, В, Horvat М. , *Rimsko pravo*, Zagreb, 1948;
39. Encyclopaedia Britannica online, Eastern Orthodoxy (Christianity);
40. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris 1911;
41. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris 1929;
42. Glück, *Ausfürliche Erläuterungen der Pandekten. Kommentar*, 15. Teil, Erlangen 1813;
43. Хентингтон, С, *Сукоб цивилизација*, Београд, 2013;
44. Horvat, М, *Rimsko pravo*, Zagreb, 1998;
45. Horvat, М, *Bona fides u razvoju rimskoga obveznoga prava*, Zagreb 1939;

46. Игњатовић, М. , *Основи римског поморског права*, Ниш, 2019, 129-131.
47. Ignjatović, М , Arsić, А , *Contract of carriage of goods by sea from the aspect of roman and contemporary law*, Ius Romanum, 2/2018;
48. Ignjatović, М, *Actio furti et damni adversus nautas kao oblik osiguranja putnika na brodu*, Zbornik radova sa međunarodne naučne konferencije „Suvremeni izazovi pomorske plovidbe”, Split, 29-30. septembar, 2017;
49. Игњатовић, М, *Основи римског поморског права*, Ниш, 2019;
50. Игњатовић М, *Римско право*, Ниш, 2022;
51. Јовановић, Д, *Политичке успомене*, Том 9, Београд, 2008;
52. Караџић, В , *Историјски списи, Сабрана дела*, Београд, 1969;
53. Kandić, V, *Opšta istorija države i prava, feudalni period*, Beograd, 1996;
54. Karčić, F ,*Društveno-pravni aspekt islamskog reformizma: pokret za reformu šerijatskog prava i njegov odjek u Jugoslaviji u prvoj polovini XX vijeka*, Sarajevo, 1990;
55. Karčić, F, *Bošnjaci i izazovi modernosti: kasni osmanlijski i habsburški period*, Sarajevo, 2004;.
56. Karčić, F, *Moderne pravne kodifikacije: predavanja i zakonski tekstovi*, Sarajevo, 2006;
57. Karčić, F, *Studije o šerijatskom pravu i institucijama*, Sarajevo, 2011;
58. Karčić, F, *Opšti građanski zakonik u Bosni i Hercegovini: kodifikacija kao sredstvo transformacije pravnog sistema*, Sarajevo, 2012;
59. Kaser, M, *Das Römische Privatrecht, erster abschnitt (das altrömische, das vorklassische und klassische recht)*, München ,1954;
60. Казимировић, В, *Србија и Југославија 1914-1945*, Књига друга, Београд, 1996;
61. Класици југословенског права, Михајло Константиновић, *Облигације и уговори, Скица за законик о облигацијама и уговорима*, Београд, 1996;
62. Кнежић - Поповић, D, *Ugovor o delu u rimskom pravu*, Istočno Sarajevo, 2004;
63. Kostrenčić, М, *Hrvatska pravna povijest- Zakonik cara Stefana Dušana*, Zagreb, 1919;
64. Krešić, М, *Javno bilježništvo na hrvatsko-slavonskom pravnom području 1859-1941*, Časopis za suvremenu povijest, Zagreb, 2010;
65. Лукић, Р, *Методологија права*, Београд, 1995;
66. Љотић, Д, *Сабрана дела*, Књига 11, Београд, 2001;
67. Маон, S. J. P, *Notes sur la responsabilité dans le Code Hammurabi*, Studi in onore di Edoardo Volterra, VI, Milano, 1971;
68. Маленица, А, *Римско право*, Нови Сад, 2003;
69. Маленица, А, *Римско право*, Нови Сад 2009;

70. Марковић, Б, *Правни корени уговора о делу*, УДК-349.2, 736-752;
71. Marković, L, *Jugoslovenska država i Hrvatsko pitanje*, Београд, 1991;
72. Матић, Д, *Објашњење грађанског законика за Књажевство Србско I-III*, Београд, 1851;
73. Meissel, F. S, *Societas. Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrages*, Frankfurt, 2004;
74. Michel, *Gratuité en droit romain*, Bruxelles, 1962;
75. Милошевић, М, *Римско право*, Београд, 2009;
76. Mitteis, *Römisches Privatrecht*, Leipzig, 1908;
77. Митић, С, *Уставни нацрт Војислава Маринковића из 1931. године, мастер рад*, Ниш, 2019;
78. Mitić, S, *Liability of the ship owner for legal affairs of third parties*, Ius romanum, 2/2021;
79. Митић С, *Уговор о ортаклуку у римском праву, Српском грађанском законнику и Општем имовинском законнику за Црну Гору, Пешчаник, година XX број 23*, 2022;
80. Мојовић, N, *Rimsko pravo, knjiga prva, Istorija rimskog prava*, Banja Luka, 2008;
81. Novaković, S, *Vaskrs države srpske*, Београд, 1986.;
82. Наумовски Г. , *Влијанието на римскиот societas врз современиот договор за ортаклук (договор за заедница), магистерски труд*, Скопје, 2014;
83. Nedeljković, B, *Primena novog građanskog parn. postupka*, Arhiv za pravne i društvene nauke, knj. XXX (XLVII), br, 2, Београд, 1935;
84. Никчевић, Т, *Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору*. Цетиње, 1980;
85. Николић, Д, *Историја права, стари и средњи век*, Ниш, 2014;
86. Николић, Д, *Два века грађанског права у обновљеној Србији (1804-2004)*, Нови Сад, 2004;
87. Noodt, *Opera omnia, Lugduni Batavorum*, MDCCLXVII, lib.II, cap.3;
88. Николић, Д, *Грађански законик, Кнез Милош Обреновић и Законодавна комисија у Србији 1829-1835. године*, Српски грађански законик- 170 година, Београд, 2014;
89. Оболенски, Д, *Византијски комонвелт*, Београд, 1991;
90. Onar S. S, *The Majalla*, u: Law in the Middle East, Vol. 1, Origin and development of Islamic law, , The Lawbook Exchange, Clark, New Jersey, 2008, 292–308;
91. Павловић, М, *Српска правна историја*, Крагујевац 2005;
92. Pavlović, M, *Problem izjednačenja zakona u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca/ Jugoslaviji*, pregledni znanstveni rad, 2008;

93. Перић, Ж, *О обавези заштите од евикције код уговора о продаји и куповини*, Архив за правне и друштвене науке, 1909;
94. Перић, Ж, *О уговору о продаји и куповини II*, Београд, 1920;
95. Перић, Ж, *О уговору о продаји и куповини I*, Београд, 1920;
96. Перић, Ж, *Задружно право по Грађанском законнику Краљевине Србије* (Коментар гл. XV. Другог Дела Грађ. Законика, односно 507-529), Издавачка књижарница Геце Кона, Београд, 1924;
97. Perić, Ž, *Svedoci kao dokazno sredstvo u novom jugoslovenskom građanskom sudskom postupku*, Beograd, 1934;
98. Петровић, М, *Увод у велике правне системе*, Ниш, 2011.
99. Pilar, I, *Entwicklungsgang der Rezeption des österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches in Bosnien und der Herzegowina unter besonderer Berücksichtigung der Immobilienrechtes*, Festschrift zur Jahrhundertfeier des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches 1. Juni 1911, Wien, 1911;
100. Пишкулић, З, Ђерђ, И, *Основи приватнога права у Војводини*, Београд 1924;.
101. Plagemann, *Von Allahs Gesetz zur Modernisierung per Gesetz – Gesetz und Gesetzgebung im Osmanischen Reich und der Republik Türkei*, Deutsch-Türkisches Forum für Staatsrechtslehre, Lit Verlag, Berlin, 2009;
102. Полојац, М, *Римски Societas у новијој литератури*, Анали, година LIV, бр. 2, 2006;
103. Полојац, М, *Ортаклук као заједница имовине у Српском грађанском законнику- историјски осврт на члан 727*, Српски грађански законик- 170 година, Београд, 2014;
104. Puhan, I, *Rimsko pravo*, Beograd, 1977;
105. Пухан И, Поленак-Акимовска М, Бучковски В, Наумовски Г, *Римско право*, Скопје, 2014;
106. Ранђеловић, Н. *Историја права II*, Ниш, 2012;
107. Randelović, N, Đorđević, A, *Roman law and medieval Serbian law according to Stojan Novaković*, U: Ius Romanum /Imperator Caesar divi filius Augustus, Sofia: Balkan Association of Roman law and Roman legal tradition, 2015. br. 2/2017, 1-10;
108. Randelović, N, Mitić, S, *Sličnosti i razlike Cresko-osorskog statuta i srpskog srednjovekovnog prava*, Otočki ljetopis Cres-Lošinj, 2023;
109. Romac, A, *Riječnik rimskog prava*, Zagreb, 1983;
110. Romac, A, *Rimsko pravo*, Zagreb, 1989;

111. Ритер, Л. А, *Пандекте или данашње Римско право*, Београд, 1890;
112. Rubin, A, *Ottoman Judicial Change in the Age of Modernity: A Reappraisal*, History Compass, Volume 7, Issue 1, 2009;
113. Ruiz, A, *Instituzioni di diritto romano*, Napoli 1937;
114. Ruiz A, *La societa in diritto Romano*, 1950;
115. Ruiz, A, *Il mandato in diritto romano*, Napoli 1965;
116. Sachers, *Zur Lehre von der Haftung des Mandatars*, ZSS 59, 1939;
117. Sanfilippo, *Esecuzione del mandato mediante sostituto*, Annali Semin. giur. Catania I, 1946-7,.
118. Schacht, J, *An introduction to islamic law*, Oxford University Press, New York, 1982;
119. Sladović, E, *Islamsko pravo u Bosni i Hercegovini*, Beograd, 1926;
120. Smailagić, N, *Leksikon islama*, Sarajevo, 1990;
121. Stanojević, O, Danilović, J, *Tekstovi iz rimskog prava*, Beograd, 1993;
122. Станојевић, О, *Римско право*, Београд, 2008;
123. Stojčević, D, *Rimsko obligaciono pravo*, Beograd, 1960;
124. Stojčević D, *Rimsko pravo, knjiga II, sveska 2, Obligaciono pravo*, Beograd, 1960.
125. Стојчевић, Д, *Римско право*, Београд, 1983;
126. Stojčević, D, Romac, Ante, *Dicta et regulae iuris*, Beograd, 1984;
127. Šarac, M, *Mandatum u rimskom pravu*, Split, 2011;
128. Šarac, M, Macanović M, *Revocatio i Renuntiatio, izvorni znanstveni rad*, UDK 347.762(37), 2010;
129. Шаркић, С, Поповић, Д, *Велики правни системи и кодификације*, Нови Сад, 2014;
130. Васиљевић, М, *Компанијско и трговинско право*, Београд, 2018;
131. Vinogradoff, P, *Roman Law in Mediaeval Europe*, London, 1909;
132. Вишић, М, *Законици древне Месопотамије*, Подгорица, 2003;
133. Vrbošić, J, *Osnovne napomene o prilikama u kraljevini Hrvatskoj, Slavoniji i Dalmaciji u vrijeme stupanja na snagu Općeg austrijskog građanskog zakonika*, Zbornik radova znanstvenog skupa, Tuzla, 2014;
134. Vuletić, V, *Nastanak i razvoj rimske prodaje: trijumf načela konsensualnosti*, UDK 347.451(37), Beograd, 109-130;
135. Vujaklija, M, *Rečnik stranih reči i izraza*, Beograd, 1985;
136. Вукова преписка, књ. 1, Београд, 1907-1924;

137. Zimmerman R., *The law of obligation: Roman foundations of the civil tradition*, Oxford, 1996;
138. Varon, *De rustica*, 12.17;
139. Zimmern, *Über den nach des Mandators Tode zu vollziehenden Auftrag*, AcP 4, 1821;
140. Zobkow, M, *Primjenjivanje austrijskog općeg građanskog zakonika u Bosni i Hercegovini*, Mjesečnik, vol. 47, br. 8, 1921;
141. Zobkow, M, *Primjenjivanje austrijskog općeg građanskog zakonika u Bosni i Hercegovini*, Mjesečnik, vol. 47, br. 8, 1921;
142. Watson, A. *The Law of Obligations in Later Roman Republic*, Oxford, 1965;
143. Watson, A, *Contract of mandat in Roman Law*, Oxford, 1984;

ИЗЈАВА О АУТОРСТВУ

Изјављујем да је докторска дисертација, под насловом

„*CONTRACTUS CONSENSUALES* У РИМСКОМ ПРАВУ И ПРАВУ КРАЉЕВИНЕ СХС- -
упоредноисторијски аспект и рефлексije у савременом праву”

- резултат сопственог истраживачког рада;
- да ову дисертацију, ни у целини, нити у деловима, нисам пријављивао/ла на другим факултетима, нити универзитетима;
- да нисам повредила ауторска права, нити злоупотребила интелектуалну својину других лица.

Дозвољавам да се објаве моји лични подаци, који су у вези са ауторством и добијањем академског звања доктора наука, као што су име и презиме, година и место рођења и датум одбране рада, и то у каталогу Библиотеке, Дигиталном репозиторијуму Универзитета у Нишу, као и у публикацијама Универзитета у Нишу.

У Нишу, 20.02.2023. године

Потпис аутора дисертације:

(Име, средње слово и презиме)

**ИЗЈАВА О ИСТОВЕТНОСТИ ЕЛЕКТРОНСКОГ И ШТАМПАНОГ ОБЛИКА
ДОКТОРСКЕ ДИСЕРТАЦИЈЕ**

Наслов дисертације: „*CONTRACTUS CONSENSUALES* У РИМСКОМ ПРАВУ И ПРАВУ КРАЉЕВИНЕ СХС- -упоредноисторијски аспект и рефлексije у савременом праву”

Изјављујем да је електронски облик моје докторске дисертације, коју сам предао/ла за уношење у **Дигитални репозиторијум Универзитета у Нишу**, истоветан штампаном облику.

У Нишу, 20.02.2023. године

Потпис аутора дисертације:

(Име, средње слово и презиме)

ИЗЈАВА О КОРИШЋЕЊУ

Овлашћујем Универзитетску библиотеку „Никола Тесла“ да у Дигитални репозиторијум Универзитета у Нишу унесе моју докторску дисертацију, под насловом:

„*CONTRACTUS CONSENSUALES* У РИМСКОМ ПРАВУ И ПРАВУ КРАЉЕВИНЕ СХС- -упоредноисторијски аспект и рефлексije у савременом праву”

Дисертацију са свим прилозима предао/ла сам у електронском облику, погодном за трајно архивирање.

Моју докторску дисертацију, унету у Дигитални репозиторијум Универзитета у Нишу, могу користити сви који поштују одредбе садржане у одабраном типу лиценце Креативне заједнице (Creative Commons), за коју сам се одлучио/ла.

1. Ауторство (CC BY)
2. Ауторство – некомерцијално (CC BY-NC)
- 3. Ауторство – некомерцијално – без прераде (CC BY-NC-ND)**
4. Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима (CC BY-NC-SA)
5. Ауторство – без прераде (CC BY-ND)
6. Ауторство – делити под истим условима (CC BY-SA)

У Нишу, 20.02.2023. године

Потпис аутора дисертације:

(Име, средње слово и презиме)

Биографија кандидата

Докторанд Сара Митић рођена је 08.02.1995. године у Нишу. У периоду од 2002. до 2010. године завршила је основну школу „Његош” у Нишу са одличним успехом, Вуковом дипломом и проглашена је за ђака генерације. У периоду од 2010-2014. године завршила је Прву нишку гимназију „Стеван Сремац” са одличним успехом и Вуковом дипломом. Основне академске студије права завршила је у периоду од 2014-2018. године са просечном оценом 10. Мастер академске студије завршила је у периоду од 2018-2019. године са просечном оценом 10, одбранивши мастер рад на тему „Уставни нацрт Војислава Маринковића из 1931. године”. У периоду од 2019. године до данас је студент докторских академских студија права где је положила све испите са просечном оценом 10. Правосудни испит положила је 2021. године.

Добитник је Признања за постигнут успех на трећој години академских студија права од стране Правног факултета Универзитета у Нишу, Плакете града Ниша за најбољег дипломираног студента у 2018. години, Признања за најбољег дипломираног студента од стране Правног факултета Универзитета у Нишу, Дипломе града Ниша за најбољег дипломираног студента, Повеље Универзитета у Нишу за најбољег дипломираног студента.

Од 2017. до 2019. године била је сарадник ван радног односа - демонстратор за ужу правноисторијску научну област. У звање асистент за ужу правноисторијску научну област на Правном факултету Универзитета у Нишу изабрана је 2021. године. Изводи вежбе из предмета Историја права, Римско право, Уставна историја Србије на Правном факултету Универзитета у Нишу.

Учесник је више научних скупова и аутор више чланака.