

**О ОБАВЕЗИ ЗАШТИТЕ**  
**У СЛУЧАЈУ ФИЗИЧКИХ НЕДОСТАКА СТВАРИ**  
**КОД УГОВОРА О ПРОДАЈИ И КУПОВИНИ**

ОДЛОМАК ИЗ ПРЕДАВАЊА НА ПРАВНОМ ФАКУЛТЕТУ

**ЖИВОЈИНА М. ПЕРИЋА**

РЕД. ПРОФ. ГРАЂ. ПРАВА НА УНИВЕРЗИТЕТУ

Уведено у нови инвентар бр. ~~1473~~  
1 јануара 1942 год.  
Београд.

(ОШТАМПАНО ИЗ АРХИВА ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ)



3310

БЕОГРАД

Штампарија Раденка Раденковића и Комп., Делиска ул. бр. 1.  
1909.

Цена 1— динар



## САДРЖАЈ

---

	СТРАНА
Увод . . . . .	3
§. I. Услови за заштиту.	
<i>Први услов</i> : Недостатак треба да буде невидљив . . . . .	5
<i>Други услов</i> : Недостатак треба да се тиче оних својстава која се код ствари обично претпостављају . . . . .	12
<i>Трећи услов</i> : Недостатак треба да има неког значаја . . . . .	14
<i>Четврти услов</i> : Недостатак треба да датира из времена када је уговор закључен . . . . .	17
§. II. Код којих продаја и куповина има места заштити	20
§. III. Дејетва заштите	
Аустриско право. Римско право. Немачко право. Француско право	23
Српско законодавство . . . . .	31
§. IV. У коме року купац има да врши заштиту	42

---



## НАПОМЕНА

---

Међу обавезама које рађа уговор о продаји и куповини најважнија је, изван сваке сумње, обавеза заштите. Та обавеза, која лежи на продавцу, двојака је: по једној обавези заштите продавац гарантује купцу за одсуство *правних недостигања*, а по другој таквој обавези за одсуство *физичких недостигања* код продате ствари.

О првој заштити говорили смо раније: у *Архиву за правне и друштвене науке* (год. 1907. и 1908.), у чланцима који су одатле после оштампани у засебну књигу под насловом: „О обавези заштите у случају евикције код уговора о продаји и куповини“, заузимљивошћу бив. нашега ученика, а сада писара судскога, г. Гојка Никетића. У овој, пак, расправи, која је, такође, најпре изишла у горе поменутом часопису (год. 1909.), реч је о заштити у случају физичких махни ствари. На тај начин, завршили смо, овим, своје излагање прописа Грађанскога Законика за Краљевину Србију о заштити код уговора о продаји и куповини.

Још ћемо напоменути само то да је и овај други део нашега рада о заштити, као и први, узет из наших предавања на Правном Факултету о уговору о продаји и куповини, са местимичним додацима.

У Београду  
Јула 1909. год..

Живојин М. Перић.

---



## О ОБАВЕЗИ ЗАШТИТЕ У СЛУЧАЈУ ФИЗИЧКИХ НЕДОСТАКА СТВАРИ КОД УГОВОРА О ПРОДАЈИ И КУПОВИНИ

Обавеза заштите која, код уговора о продаји и куповини, лежи на продавцу, јесте двојака: једна се тиче заштите коју дугује продавац купцу односно физичких махни ствари, а друга се тиче случаја потпуне или делимичне евикције.

Ми ћемо овде говорити о првом случају заштите, пошто је о заштити због евикције било раније говора у *Архиву* (год. 1907. и 1908.).<sup>1</sup>

Говорећи о цени, ми смо казали да је она новчани еквивалент продате ствари, еквивалент који, наравно, зависи од саме економске вредности ствари: што је ова већа, то је и цена већа, и купац при одређивању цене води, разуме се, рачуна о томе. Због тога све ствари, при продаји, и немају исту цену.

Али једна и иста ствар може вредети више или мање, с погледом на стање у коме се она налази. Што год је једно добро у исправнијем стању, у толико ће оно боље одговарати својој намени, у толико ће му бити већа економска вредност па и цена продајна. И купац ће, на сваки начин, имати у виду стање ствари, па ће према томе и своју цену одредити. И ако је купац купио ствар у исправном стању, продавац му је дужан ову у таквом стању и предати. Ми знамо већ за то правило; оно се налази у § 651. грађ. зак., који вели да је „Продавац дужан продату ствар добро чувати, и на одређено време купцу предати *невредимо*.“ Да приметимо да ова реч: „невредимо“

<sup>1</sup> Ту је наш бив. ученик, а сада судски писар, г. Гојко Никетић објавио наша предавања о том питању на Правном Факултету, па их, по том, оштампао у засебну књигу.



има још једно значење, које смо ми у своје време изложили. Ми смо, такође, на своме месту говорили и о томе шта ће бити, ако се, после уговора а пре предаје, ствар оштети, било случајно било кривицом продавчевом.<sup>2</sup>

Овде имамо сада да расправимо један други облик питања: у каквом стању треба продавац ствар купцу да преда. На име, ми мислимо на овај случај: ствар коју је купац купио и коју продавац предаје, истина, у оном стању у коме ју је купац купио, покаже, било пре било после предаје, извесне махне (недостатке) које јој, више или мање, њену вредност умањују. Шта ће бити тада од уговора? Да ли ће он остати у снази? А ако остане, какав ће бити положај продавца наспрам купца? Н. пр., ми смо купили једног коња код кога се открије болест звана сипња, болест која специјално коњима одузима много од њихове вредности.

Правило које целом овом материјом доминира налази се у § 554. грађ. зак. (§ 922 аустр. грађ. зак.), које се овако може формулисати: Продавац јемчи купцу за све оне особине које се обично код продате ствари налазе и које, због тога, купац код ње и претпоставља, особине које ствари дају њену економску вредност, које допуштају да се купац њоме, с погледом на њену природу и намену, може користити. Купац је зато онолику цену, коју је дао, и одредио. Иначе, он би дао мање или, можда, не би ни ступио у преговоре са продавцем. Другим речима, продавац је наспрам купца одговоран, ако се, противно овоме правилу, на ствари покажу махне или недостаци (*Die Mängel, les vices ou les défauts*) који умањују вредност ствари. Ова обавеза заштите (гарантије) зове се, у аустр. грађ. законнику, *Die Gewährleistung* а у француском *la garantie des défauts ou des vices*. Наш грађ. законик говори о овој заштити у §§ 554. à 558., који се налазе у глави XVII., у којој је реч у опште о уговорима и које ми, према § 660. истог законика, имамо да применимо и на уговор о продаји и куповини. (В. §§ 922. à 933. аустр., чл. 1642. à 1649. франц., §§ 459. à 493. нем. грађ. зак.).

<sup>2</sup> Овде се мисли на предавања наша о уговору о продаји и куповини на Правном Факултету.

Да напоменемо да је, у свесци за фебруар 1906. год. *Бранича*, оштампао своју лепу студију г. Л. Марковић: *О обавези продавца да гарантује за каквоћу ствари*, на коју, такође, упућујемо читаоце *Архива*.

Ми ћемо прво говорити о условима потребним па да има места овој обавези продавчевој, затим ћемо говорити о томе, код којих продаја не може бити а код којих не, и, напоследку, расправићемо треће и последње питање: о дејству ове заштите.

### § 1. Услови за заштиту

*Први услов:* Треба да је недостатак такав да га купац није приметио, зато што није спољашњи, видљив. Ако је противно било, тада нема место заштити: чим је недостатак био такав да га је купац могао приметити сам, продавац није био дужан извести га о њему. И не само то, већ је продавац био у праву претпоставити да је купац махну приметио и да је своју цену, и поред ње, одредио. Дакле, купац је прећутно пристао на ствар онакву каква је била, и не може доцније, због тога, правити никакав приговор. О овом услову имамо одредбу у § 556. грађ. зак., који вели: „За недостатке који свакоме у очи падају, није дужан нико јемствовати, осим итд.“... (§ 928. аустр. грађ. зак.). *Rušnov, Tumač k obćemu austrijskomu gradjanskomu zakoniku*, II., str. 384., *Planiol, Traité élémentaire de droit civil*, II, 454.

Овде има једна тешкоћа коју треба расправити. Ако је видљиву махну купац приметио, онда је сасвим разумљиво да он нема права ни на какву заштиту од стране продавца. Али *quid* ако се утврди, да купац такву махну није приметио? Аутори веле да и тада не одговара продавац, јер је купац крив што махну запазио није. Изгледа нам, да овде има нечега нетачнога. Истина је, да сваки треба да сноси последице своје кривице, али то правило не може се, чини нам се, овде применити. Купац може бити наспрам продавца у обавези само тако ако је он на ову изречно или прећутно пристао; ако, дакле, има, у том погледу, између њега и продавца уговора. Зашто, када ствар има неки спољашњи недостатак, треба купац да плати потпуну цену, и ако тај недостатак у знатној мери смањује економску вредност дотичнога добра? Зато што се узима, као што смо то већ казали, да је купац приметио недостатак, дакле зато што је он прећутно пристао да, и поред тога, да уговорену цену. Међутим, ако купац, фактички, махну приметио није, тада не можемо рећи да код њега има воље, пристанка, да плати за ствар под махном ону цену коју је понудио за њу, мислећи да она махне нема, а то је мислио зато



што недостатак приметио није. Приморати купца да, само зато што је махна била видљива, плати потпуну цену, то значи приморати га на нешто на шта он није дао пристанак свој, противно начелу аутономије воље појединаца. Та околност што је купац могао приметити махну па је то пренебрегао учинити, ни у колико не мења тај факат, да нема пристанка купчевога да плати за ствар и под махном оно што је обећао за ствар без махне, она остаје индиферентна за питање: да ли је купац обавезан или не? Тај факат има у толико значаја, што купац не може тражити од продавца никакву накнаду за штету коју је могао претрпети услед тога што махну није био приметио. Н. пр., да је знао да је ствар била под махном, он не би њу ни куповао већ другу ствар без махне, у коме би случају он више зарадио био. Дакле, за *lucrum cessans* он не може ту тражити никакву накнаду од продавца: да је био брижљивији, он би махну приметио био и штету избегао.

Осим тога, има и овај разлог: Несумњиво је, да продавац не би био од купца добио исту цену, да је овај знао за недостатак. Рећи сада да он има право од купца ту цену тражити, то значи допустити му да се, на штету другога, неправично обогати, а ово је у праву — које се ту ослања на морал — забрањено.

Дакле, и ми велимо: да, ако је махна била видљива, треба поћи од те поставке, да ју је купац могао спазити, те стога треба а priori овога наморати да сву цену плати. Али, ту поставку може купац обарати и доказати да он за ту махну, и ако је она била видљива, фактички није знао.

Има овај једини разлог који би говорио у прилог постојећег система, а против овога нашег резонувања: то је општи интерес. Овај се противи честим правним сукобима и тражи да правни послови остају дефинитивни и да не дају повода споровима. Из тога разлога могао би се речени систем, који је, видели смо у којој мери, против купца, примити: купцу треба да буде претпостављен општи интерес, тим пре што је он могао штету избећи само да је био брижљивији. В. § 460. нем. грађ. зак..

Али, и по самом позитивном праву, биће продавац, за видљиве махне, одговоран, ако је тако уговорено. Другим речима, ако је продавац казао у уговору да ствар никаквих махни

нема, биле оне видљиве или не, тада ће он одговарати и за видљиве махне. (§ 556. срп. грађ. зак.; § 928. аустр. грађ. зак.). У овом случају, ако би ствар имала какву видљиву махну, узима се, да њу купац није приметио и да је зато онолику цену понудио; а није њу приметио стога што, рачунајући на уверавања продавца, уверавања која су и у уговор унесена, није ствар брижљиво или чак никако гледао. Али *quid* ако је купац, и поред јемства продавчевога, фактички знао за махну? Да ли вреди тада уговорено јемство? Не може ли се рећи, на име, ово: продавац, овде, одговара купцу и за видљиву махну стога што се претпоставља да купац, баш због продавчевога јемства, није сматрао за потребно да ствар разгледа, услед чега му је махна остали непозната, и он, не знајући за ову, онолику цену понудио. Али, ако продавац ту претпоставку обори, ако докаже да је купац ипак, и поред његовога јемчења, ствар добро расмотрио и махну приметио, има ли купац право на заштиту? Питање се своди, као што видимо, на ово: да ли уговор о јемству овде има само у толико значаја, у колико је по њему купац ослобођен своје дужности да извиди да ли ствар нема какве спољашње махне, тако да, ако се је он овим правом по уговору користио и ствар, која је имала видљивих махни, оставио неразгледану, он ће имати право на уговорену заштиту; али да на ову заштиту купац неће имати права, ако од тога права није учинио употребу, већ је ствар разгледао и махну видео — у коме би се случају имало узети да се је купац одрекао тога права по уговору и себе метнуо у положај обичног купца, то јест онога коме продавац није обећао заштиту за видљиве махне? Или, пак, уговорена заштита има апсолутни значај, т. ј. она има дејства без обзира на то да ли је купац фактички или не знао за видљиву махну?

Stubenrauch, у своме *Commentar zum allgemeinen österreichischen bürgerlichen Gesetzbuche*, вели, код § 928., да када је продавац обећао купцу заштиту и за видљиве махне, да се је тада купац ослонио на продавца те није ствар ни разгледао. По Stubenrauch-у, дакле, одговорност продавчева оснива се на тој претпоставци да купац ствар није ни расматрао, те стога му је видљива махна и остала непозната. Али, каква је то претпоставка, *iuris et de iure* или само *iuris tantum*? То нам Stubenrauch не вели, али, изгледа, да је то по њему необо-



рива претпоставка. Изгледа да је тако и по позитивном праву. § 556. нашега грађ. зак. вели да ће продавац бити одговоран, ако је у уговору назначено да ствар баш никаква недостатка нема. Из те би се стилизације могло извести да обарање горње претпоставке није допуштено. Ово мишљење било би у складу са оним општим интересом, о коме смо мало час говорили: да правни послови не треба често да се ниште, ма да се против њега може истаћи већ учињено резонување: да уговорена заштита значи само да купац има право ствар не разгледати, и да он нема права на ову, ако је фактички знао за видљиву махну.

Апстрахујући случај видљиве махне — када, у начелу, по § 556. продавац не одговара — продавац, на основу аргумента а *contrario*, јемчи за оне махне или недостатке који нису били видљиви (*sichtbar*, *appareants*), који су, дакле, били *невидљиви*, *скривени*. Када цена одговара ствари без махне, онда не би било ни правично ни саобразно уговору, да купац плати ову потпуно, и ако су се на ствари откриле махне које јој вредност умањују и за које купац није знао. У оној мери у којој је, услед откривених недостатака, умањена вредност ствари, у тој би мери цена купчева била код продавца *sine causa*.

Продавац одговара за скривене махне стога што се узима да за њих купац није знао, а он није знао за њих зато што су оне биле скривене. Из чега излази да продавац неће јемчити ни за невидљиве недостатке, онда ако су ови купцу били познати, што се често може десити. Н. пр. и ако је сипња невидљив недостатак (узимамо случај да се она није показала у моменту уговора), купац неће имати права на гаранцију, ако је знао да је коњ сипљив. У таквом случају, он је пристао да ону цену да, и ако је ствар под махном, и вероватно би за њу и више дао био, да оне махне није имала.

Пошто се код невидљивих махни полази од претпоставке, да купац за њих није знао, то на продавцу, који тврди да су купцу те махне биле познате и који, на основу тога, хоће да са себе скине обавезу гаранције коју му намеће § 554. грађ. зак., лежи терет доказивања. И ако он у томе не успе, заштити ће бити места, ма да је, можда, у самој ствари купац знао за махну. У праву грађанском се сматра да оно што се не може да докаже и не постоји; то право се задовољава

формалном истином, оно не тражи, као кривично, истину материалну.

Као што видимо, овде важи обрнуто правило од онога које важи код видљивих недостатака. Узимајући да и код ових последњих недостатака, купац може имати право на заштиту, ако се утврди да је махна, ма да видљива, била њему непозната, имамо ову интересантну разлику између невидљивих и видљивих недостатака: у првом случају, одговорност продавчева је правило, а неодговорност изузетак — ово последње биће онда, када он утврди да је невидљива махна била позната купцу, а у другом, правило је неодговорност продавчева, а одговорност изузетак — што ће бити тада ако купац успе да докаже да му је спољашња, видљива, махна остала непозната. У првом случају, претпоставка је да купац није знао за махну, јер је била невидљива, а у другом се полази од тога да му је она, јер је била видљива, била позната. У првом случају, продавац је *actor* — увек је онај *actor* који обара претпоставку, који војује против онога *quod plerumque fit*, који доказује изузетак — а у другом је *actor* купац, што значи да, у првом случају, као што смо већ казали, терет доказивања лежи на продавцу а у другом на купцу.

Па када својство видљивости или невидљивости махне игра тако важну улогу, онда је потребно знати: које су то махне видљиве а које невидљиве. Ту се може дати само дефиниција: да је махна видљива она која је спољашња и која се, зато, при мало брижљивијем прегледу ствари да приметити, а невидљива махна је она која се, стога што је, бар већином, унутрашња, не може ни при марљивом прегледу смотрити. Ова дефиниција је само директива за судију, а у самој ствари то питање, да ли је нека махна видљива или не, јесте фактичко питање, за чије решење горња директива неће бити често пута од велике помоћи. Из овога излази да и само правно питање, које смо мало час истакли: да ли ће продавац или купац бити *actor*, да ли ће један или други сносити терет доказивања, зависи од решења тога фактичкога питања. А како је у фактичким питањима судија не у улози судије већ у улози законодавца — јер оно што он ту нађе не потпада ни под који законски пропис —, то ће онда судија ту бити суверен, а суверен има могућности да, не грешећи се ни о какво позитивно право (он ово баш и ствара), буде арбитраран. Дакле,



ово питање о видљивости или невидљивости махне јесте један од оних, не ретких, случајева у којима се судијина самовоља може, без повреде ма кога законскога текста, да испољи. Али тако мора бити, када не може друкчије, то јест када законодавац није у стању да, у једној серији прописа, поброји све видљиве и све невидљиве махне.

Пошто је ово питање чисто фактичко, то је Касациони Суд, по § 6. свога устројства (од 20. фебруара 1865. год.), надлежан да касира одлуке нижих судова (Апелационога и првостепених судова) које се односе на решење тога фактичкога питања.

Продавац одговара за невидљиву махну без обзира на то да ли је она њему била позната (Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, II, p. 455, Rušnov, *Tumač*, II, str. 380.), и ово је, с погледом на мотив његове одговорности овде, сасвим тачно. Тај факат да ли је он за махну знао, па ју је прећутао, или за њу није знао, могао би имати дејства само у погледу обима његове одговорности. На име, ако би се узело да се и на овај случај могу и имају применити §§. 818. и 819. грађ. зак., онда би одговорност онога продавца који за невидљиву махну није знао била мања, пошто је он bona fide, него онога који је за њу знао па ју је оћутао и купцу је није открио, јер је он ту био mala fide, био је у dolus-у.

Ако је, пак, продавац отишао један корак даље, па је не само невидљиву махну за коју је знао, оћутао, него је шта више тврдио купцу да ствар ту махну нема, или да она у опште никакве махне нема, тада би се његова грађанска одговорност — када би се она имала ценити по § 819. грађ. зак., јер је био у dolus-у — могла ту комплицирати са одговорношћу кривичном. Специално, могло би бити говора да ли такав продавац није крив за дело преваре предвиђено и кажњено у гл. XXV (§ 252. à 260.) крив. законика.

§ 555. грађ. зак. вели да ће продавац одговарати наспрам купца, ако би он ствари „таква својства приписивао, каквих она нема а требало би по природи или по уговору да их има; или који би особите недостатке код ствари једне прећутао, и прикривао; или који би лажно издавао, да је ствар за какву потребу способна, а није, или наводио да ни обичних недостатака нема.....“ Судаћи по том пропису, продавац не би био одговоран за невидљиве махне које би и њему самом биле не-

познате. § 555. тражи да је продавац за махну знао, па ју је само прећутао, или је још горе учинио: тврдио је да махне никакве или да дотичне махне код ствари нема. Несумњиво је да би било погрешно ослонити се само на овај параграф. Сигурно је да продавац, као што смо то већ у два три маха казали, одговара и за оне невидљиве махне које су самом њему биле непознате. То се види и из § 554. који поставља принцип и који се, као што знамо, изражава овако: „.....онда он (овде продавац) свагда и јемствује или добар стоји, ако се и не изрази, за сва она својства, која су код оне ствари уговорена, или која се обично код ње претпостављају да се по својој природи или по смислу уговора она употребити може“. Да оставимо на страну својства нарочито у уговору предвиђена: ми ћемо се тиме доцније позабавити, па се задржимо само на својствима неугвореним, то јест на онима која се обично код онаких ствари из чијега је реда продата ствар претпостављају. Дакле, као што то изречно вели § 554., продавац за та својства јемчи, и ако се није у том смислу у уговору изразио. Ово значи да је обавеза заштите једна од оних обавеза које се зову *законске* и које стоје и без нарочите уговорне одредбе о њима. Даље се вели у том параграфу, да продавац јемчи за сва својства која се код ствари претпостављају, не чинећи разлику између случаја: да продавац не зна да ствар тих својстава нема (било да је мислио и претпостављао да ствар та својства има, било да у опште о томе није ни мислио — што значи да опет није знао да ствар та својства нема, јер ми не можемо знати да нека представа не постоји, ако о њој у опште мислили нисмо) и случаја да продавац за то зна. Из овога излази да, када § 554. ту разлику не прави, не можемо је ни ми, као тумачи његови, правити, што ће рећи да по § 554. продавац одговара за све махне ствари — изузев само случај видљивих махни (§ 556. грађ. зак.) — без обзира на то да ли је њему било познато или не да ствар махне нема.

У истом смислу је, свакако, и § 556. који вели да продавац не јемчи за оне махне које у очи падају, из чега излази а *contrario* да он јемчи за све остале махне, то јест које не падају у очи, без обзира на то да ли је за њих продавац знао или не.



§ 555. нема тај значај да контрадицира оно што је законодавац, изречно или прећутно, казао у §§. 554. и 556.. Он је хтео, најпре, да прошири одговорност продавчеву, под извесним условима, и на случај одсуства својстава која се обично код продате ствари не претпостављају; а затим, у колико је реч о својствима која се код ствари претпостављају, он је, говорећи само о случају намернога прикривања недостатка тих својстава, хтео јамачно само да потенцира одговорност таквог продавца према продавцу који је био bona fide, т. ј. који није знао да ствар има махни.

*Други услов: Каква треба да је махна.*

На првом месту, продавац може одговарати само за недостатак оних својстава која се код ствари обично претпостављају, која ствари те врсте обично имају и која те ствари карактеришу (Stubenrauch, *Commentar*, II, S. 269). Ако ствар има таква својства, продавац је неодговоран, ма да она нема неких својстава која јој је купац приписивао. Н. пр. продавац једног писаћег стола не одговара за то што у њему не би било тајних преграда (фијока), јер писаћи столови обично таквих преграда немају. Али, ако писаћи сто нема никаквих преграда (фијока), тада ће продавац бити одговоран, пошто обично писаћи столови имају преграде у које се остављају хартије, канцелариски прибор и т. д.. Или, продавац неће бити одговоран, што коњ кога је он продао не зна циркусне игре, јер обично коњи то не знају, али ће бити одговоран, ако коњ неће да тегли уз брдо, пошто то својство: да тегле уз брдо, као и низ брдо, коњи обично имају. Или, још, продавац једне зграде неће бити одговоран, ако у њој нема калорифера, јер обично зграде то немају, али ће бити одговоран, ако она нема ни обичних пећи, пошто зграде, бар у хладним и у умереним појасевима, обично имају пећи.

Да ли је, пак, какво својство такво да га продата ствар треба да има, због чега је купац био у праву када је претпостављао да га она има, или то својство обично продата ствар нема, услед чега купац није имао право чинити горњу претпоставку, то, наравно, није правно питање, већ фактичко, које суверено расправљају судећи судови, т. ј. судови првостепени и Суд Апелациони. У то питање Касациони Суд не може улазити.

Али, може бити да једна ствар, осим својстава која обично ствари те врсте имају, има и неко особено својство, тако да се она изнад осталих, иначе са њом истоветних, ствари истиче, онако исто као што се и један човек може изнад осталих истицати. Неједнакост је, изгледа, опште правило природно, са којим се ми сусрећемо не само код организама већ и код анорганских бића. Н. пр. може један дуварни часовник одликовати се тиме што ће он, приликом избијања свакога часа, одсвирати и по неку арију. Ово својство није оно које обично часовници зидни имају (питање је да ли се и само избијање часова може сматрати као обично својство тих часовника), те стога један купац дуварнога часовника није у праву претпоставити да такав часовник има механизам за арије, нити би он могао, због одсуства тога механизма, тражити заштиту од продавца. Али ако је уговорено, да ће часовник имати и то својство, тада ће за њега продавац јемчити, онако исто као и за обична својства: због тога вишка у особинама часовника, купац је и понудио уговорену цену, коју часовник, без тога својства, не би заслужио. Ако би то својство недостајало, не би се могло рећи да часовник има недостатака са општега гледишта: он има сва својства која обично часовници имају. Али, специјално са гледишта дотичних уговорача, часовник је под махном: он не одговара оном часовнику који је у уговору предвиђен, и, с погледом на један такав савршенији, тако да кажемо, часовник, продати часовник има недостатака.

О овим уговореним својствима, односно специјалним махнама, говори како § 554. („.....за сва она својства, која су код оне ствари уговорена..“) тако и § 555. („...својства... каквих она ствар нема а требало би по природи или по уговору да их има...“). Овде би купац био actor, што значи да би на њему лежала дужност да доказује да ствар треба, преко обичних својстава, да има и неко нарочито својство. Другим речима, продавац има да гарантује, по закону, само за она својства која ствар обично има и која је, због тога, умесно код ње претпостављати, и за више ништа. Ако би купац захтевао и преко тога какво својство, онда би он био дужан доказати да је уговорено да ствар и то својство има.

Из овога излази да купац може имати права: 1, на обична својства, за која му, по самом закону и без икаквога нарочитог уговора у том смислу, гарантује продавац (§ 554.); 2, на



изванредна својства, за која му продавац тек по уговору јемчи (§ 555.).

Кад се, дакле, појави спор између продавца и купца односно заштите, за извешан недостатак ствари, онда је важно знати, какав је тај недостатак. Тиче ли се он обичних особина ствари, примениће се § 554., тиче ли се, пак, он каквих необичних особина, тада се има применити § 555.. Интерес је, као што видимо, продавчев да тврди да је особина коју купац тражи необична, како би овај морао доказивати да се је продавац *уговором* обавезао за заштиту чак и те особине — што ако купац не утврди (било да таквог уговора није ни било, било да за његово постојање купац нема доказа), — продавац добија спор. Интерес је купчев, напротив, тај да се дотична особина узме као обична, јер тада ће продавац, по самом законском наређењу, апстрахујући сваки изречан споразум у том правцу, дуговати заштиту купцу.

А то питање да ли је какво својство обично или необично, јесте питање фактичко а не правно.

*Трећи услов.* Махна коју ствар има, треба да има неког значаја па да одговорност продавчева буде ангажована, иначе она није махна, недостатак, у законском смислу, па стога не може ни повући за собом обавезу заштите.

Када ће се рећи да је махна таква? Чл. 1641. франц. грађ. зак. вели да махна треба да буде таква да смањује корисност (*l'utilité*) ствари. (*Planiol, Traité élémentaire de droit civil*, II, p. 454); ако она само умањује њену естетичну страну (*l'agrément*), тада махна није *махна*, и нема заштите. Н. пр., зато што би купљени коњ имао краћу а не дужу гриву, не би се могло узети да је коњ са махном. Факат да коњ има кратку гриву не умањује корисност његову. Главно је да није без гриве. Недостатак дуже гриве може бити само од утицаја по естетику: лепше изгледа коњ са дужом кривом или репом него са краћом. Питање, пак, о томе да ли дотични недостатак умањује *l'utilité* или само *l'agrément* продате ствари јесте питање фактичко.

Како је код нас? Овде је меродаван § 554. који нам вели, какве особине треба продата ствар да има, па да одговорност продавчева не буде ангажована, односно какве недостатке она треба да покаже па да продавац одговара. Ствар треба да има таква својства да се она „по својој природи употребити може“.

Свака ствар служи извесној намени, извесној употреби која зависи од саме природе ствари. Ако је продата ствар у таквом стању, да се она може употребити онако и на онакав циљ на какав њена природа упућује, она је у исправном стању, без махне. Ако ли, пак, њој недостаје нешто што смета њеној употреби, тада је она под махном, и продавац ће бити одговоран. Отуда, ако оно што тражи купац код купљене ствари, и што код ове заиста недостаје, не спречава да се она може употребити корисно, онако како то заповеда природа њена, тада се оно чега нема не може назвати махном. Н. пр., купљена крава нема рогова. Да ли је то махна која, по § 554., може одговорност продавчеву ангажовати? Свакако не. Дестинација једне краве јесте та, да даје млеко, теоце и, евентуално, да тегли. Свакој од тих употреба ништа не смета то што крава нема рогова. Истина рогове краве обично имају, те би се, с погледом на § 554., могло рећи да, чим је то особина коју ствар обично има и коју је, због тога, купац био у праву претпоставити, продавац одговара, ако крава рогове нема. Истина је, да је купац у праву да претпоставља код купљенога предмета све обичне особине, али да би имао право на заштиту, треба да су те особине такве да му оне омогућавају употребу ствари онако како га на то природа упућује (§ 554. *in fine*). Ако само нема одсуства такве особине чији би недостатак онемогућавао потпуну или делимичну дестинацију ствари, особина које код ствари нема не даје места заштити, ма колико да је она обична и ма колико да је купац био у праву претпоставити је. Има пуно особина или својстава код ствари које оне обично имају али које им нису за њихове дестинације нужне. Ако купљени во има краћи реп но обично, зар је он за то неупотребљив? Ако су му рогови мањи но обично, зар зато он не може теглити? Колубарска говеда обично имају сиву длаку, дакле, то је једна особина код те стоке, и купац је био у праву претпоставити, код купљенога вола, такву длаку. Али ако ова случајно и изузетно буде црна, зар зато има места гаранџији? Зар због тога купљени во не може одговорити својој намени?

И то је фактичко питање, да ли је или не дотична особина таква да она умањује корисност ствари или, тачније, таква да она смета намени њеној, питање, које ће се у сваком конкретном случају расправити.



Сада нам остаје још и ово питање: да ли продавац одговара увек, кад код продате ствари има недостатака који не иду у прилог њеној потпуној употребљивости, или да ли не треба правити разлику и између тих недостатака и рећи да се мали недостаци, који у незнатној мери умањују употребљивост ствари, не узимају у вид и да за њих продавац не одговара, док ће одговорност његова бити ангажована онда, ако је махна већа, ако она у озбиљнијој мери смета употребљивости ствари?

§ 459. нем. грађ. зак. вели у првом свом ставу *in fine*: „Eine unerhebliche Minderung des Wertes oder Tauglichkeit kommt nicht in Betracht“ (ако је умањење вредности ствари или способности њене незнатно, о томе се неће водити рачуна).

Stubenrauch, *Commentar*, II, S. 270., вели, код §. 922., ово: Неистинито је представљено да ствар нема ни обичних махни; тада ће продавац бити одговоран; али изван оваквог случаја, изречнога тврђења, дакле, да ствар ни таквих махни нема, продавац неће дуговати заштиту, јер, вели, по правилу нико не очекује да једна ствар апсолутно без недостатака буде.

Као што видимо, Stubenrauch прави ову разлику: 1. Је ли продавац уговорио да ствар нема никаквих, па дакле, ни обичних, мањих, махни, тада он за сваку махну, па ма у колико она сметала употреби ствари, гарантује купцу; 2., изван тога случаја, треба опет правити разлику: ако је махна обична, мања, тако да се, и поред ње, ствар може употребити, ма да не потпуно онако како би то било да је ствар апсолутно без махни, тада неће продавац одговарати. Узима се да је купац могао очекивати да ствар може имати какву мању махну, и да је на то пристао — пошто су ствари без недостатака изузетак, а изузеци се не претпостављају, они се уговарају. Н. пр. продати коњ, који иначе нема махне, немиран је мало при тимарењу: то је извесна махна која смета, у неколико, употреби коња (јер коњ се не може употребити, ако се не држи чисто, и оно што смета овом последњем, следствено спречава и његову добру употребу), али та махна није велика: са мало више труда и пажње може се и такав коњ тимарити и чисто држати. И тек онда је одговорност продавчева ангажована, ако је махна озбиљнија, ако се због ње ствар не би могла никако или би се тек могла са штетом употребити. Н. пр., коњ има махну у ногама, због чега није у стању да трчи или да гало-

пира: он иде само ходом или касом. Он, свакако, није неупотребљив, али недостатак који је код њега такав је да смањује употребљивост његову. Продавац ће дуговати заштиту.

Као што видимо, у самој ствари систем аустриски је исти као и немачки. § 459. нем. грађ. зак. вели, да се неће водити рачуна о махнама незнатним, то јест о оним недостацима који у незнатној мери умањују корисност ствари. Аустриски законодавац изгледа само мало блажији наспрам продавца, т. ј. по њему овај неће одговарати, баш и ако махна не би била тако незнатна како то хоће немачки законодавац. Али се та оба законодавства разликују од францускога, који ставља на терет продавцу махну која умањује *l'utilité de la chose*, не правећи разлику, као германско право, између знатних и незнатних махни, и само га ослобађа гаранције за недостатке који умањују *l'agrément de la chose*. Али, то питање: да ли се корисност ствари умањује или не врло је растегљиво. Није могућно повући прецизну, несумњиву, демаркациону линију између махни које умањују, више или мање, корисност једне ствари и оних које ову никако не умањују, тако да ће се и у француском законодавству десити да се пређе преко извесне махне која, истина, није без извеснога дејства на корисност ствари, али је то дејство тако слабо, да га је тешко не идентификовати са случајем када махна нема никаквог значаја по корисност ствари.

И тако, као што видимо, сва ова три законодавства имају, у начелу, исти систем. У свима њима не води се рачуна о апсолутно свакој махни, већ ту има извесне индугенције за продавца, веће у аустриском, мање у немачком а још мање у француском законодавству — с погледом на саму стилизацију прописа законских (§ 922. аустр., § 459. нем., чл. 1641. франц. грађ. зак.) који се тиме баве.

Ми ћемо, разуме се, у нашем законодавству применити аустриски систем. У осталом, то се види и из §. 555. који говори о томе да ће продавац бити одговоран, ако „би особитије недостатаке код ствари једне прећутао“. Из овога излази да он неће дуговати заштиту, ако недостаци не би били „особити“, ако они не би могли умањивати могућност употребе ствари. Мале сметње употреби иду на рачун купца.

Четврти услов. Недостатак треба да датира из времена када је уговор закључен (Planiol, *Traité élémentaire de droit*



*civil*, II, p. 455). Ако је махна из тога времена, тада ће се применити прописи о заштити (§§. 554. à 558. нашега грађ. зак.). Не треба из овога извести да, ако се махна појави *после* уговора а *пре* предаје, та махна пада на терет купца. Пошто овај не постаје сопственик уговором, већ својина остаје код продавца све до предаје (§ 285. грађ. зак.), то све махне које се случајно на ствари у том међувремену појаве падају на терет продавца као сопственика, ма да тих махни у време уговора код ствари није било. (О махнама које су се у реченом интервалу времена појавиле кривицом продавчевом — о њима није реч: несумњиво је, у сваком случају, да оне долазе на терет продавца). Само овакав случај не потпада под прописе о заштити, већ под оне одредбе које говоре о потпуној или делимичној пропасти продате ствари после уговора а пре предаје, то јест под прописе §§-а 636. и 637. грађ. зак. које смо већ, у довољној опширности, применили на уговор о продаји и куповини<sup>3</sup> — а ти прописи нису исто што и прописи о заштити. Тако, као што смо и мало час рекли, махне које би се појавиле после уговора падају на терет продавца (осим случаја паушалне продаје, када је од продатих јединака или комада пропало мање од половине, у коме случају ту пропаст сноси купац), без обзира да ли је махна због које је ствар сасвим или делимично оштећена видљива или не. Међутим, као што смо видели, продавац не одговара за видљиве махне које су код ствари биле у моменту уговора. Продавац ће бити одговоран купцу за сипњу коју је коњ добио после уговора а пре предаје *увек*, док он неће за то одговарати, ако је сипња код коња била видљива у моменту уговора. Осим тога, има разлике и у погледу обима одговорности продавчеве у та два случаја, о чему ће доцније бити говора.

Па када је то тако, онда је нужно знати, када се једна махна појави на продатој а *непредајој* ствари, из кога времена она датира, да ли још из времена када је уговор склопљен или из времена од тога момента познијега, јер ће од тога зависити и респективни правни положај странака, продавца и купца. Терет доказивања лежаће ту на купцу, по правилу *actori incumbit probatio*. Одговорност продавчева, било за махне раније било за оне позније од уговора, јесте обавеза која се

<sup>3</sup> И овде се мисли на наша предавања о уговору о продаји и куповини на Правном Факултету.

не мора појавити код уговора о продаји и куповини, и због тога је купац дужан доказати је. У осталом, доказује се оно што је позитивно а не оно што је негативно. Не може продавац доказивати како није у обавези на спрам купца, већ ће овај доказивати да је продавац наспрам њега обавезан. Сад шта ће купац доказивати? Према своме интересу: час да је махна наступила доцније, у случају ако је она видљива, час да она датира из времена уговора, ако би махна била (невидљива) таква да је за њу продавац знао а није њу открио купцу, у ком случају продавац има тежи положај него када се је таква махна доцније од уговора, без његове кривице, појавила.

Може ствар и после предаје бити оштећена или пропасти, па да опет зато одговара продавац. То ће бити онда ако је узрок који је изазвао пропаст или оштећење постојао још у оно време када је она била својина продавчева, због чега он има да за тај узрок сноси одговорност. Н. пр. купљени во, још док је био код продавца, јео је неке отровне биљке чије се дејство опазило тек пошто је он предат купцу. Да ли се је, пак, то — то јест то једење — десило још пре уговора или после овога а пре предаје, од тога ће питања зависити и величина одговорности продавчеве.

Разуме се да је и то питање: из кога времена датира махна питање фактичко, које ће у сваком конкретном случају имати суверено да расправе судећи судови.

У француском праву само махне које су раније од уговора падају на терет продавца (B. Lacantinerie, *Précis de droit civil*, III, p. 345), а свака махна која би се после тога појавила пада на терет купца, зато што, као што знамо, у француском праву купац, у својим односима са продавцем, самим уговором постаје сопственик и од тога момента он, а не продавац, сноси ризике, баш и да је ствар по неком споразуму њиховом остала код продавца још неко време по уговору (*constitutum possessorium*) за које се је време махна појавила. (Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, II, p. 455). Наравно, да ако махна која се је после уговора појавила има своје порекло у времену од уговора ранијега, продавац ће и за њу одговарати. У том смислу има и једно решење Франц. Касац. Суда од 8. марта 1892. (по н. к.). Dalloz, 92. 2. 204.



§ 2. Код којих продаја и куповина има места заштити.

Правило је да заштити има места код сваке продаје и куповине. Купац има само да утврди да је са продавцем такав уговор закључио, да да има право на гаранцију.

Од овога правила имамо изузетак у § 558. грађ. зак. који предвиђа случај уговора „ђутуре или гомилом, то јест, онако као што (ствари) стоје и леже, без броја, мере и ваге да се предаду“. — Ако је, дакле, продаја паушална, тада, вели § 558., „јемства и накнаде нема, осим особита случаја, ако би се такви недостатци и махне откриле, за које се уговором нарочито јемствује“. Као што видимо, врло је важно знати, код питања о заштити, да ли је продаја паушална или непаушална, обична. У овом последњем случају, заштити има места у оном обиму у коме смо ми о томе до сада говорили. Ако је продаја паушална, законодавац прави ову разлику: 1, Ништа није нарочито уговорено односно евентуалних недостатака: у том случају купац нема права на заштиту. Из те околности што је продаја паушална, и што ништа односно гаранције уговорено није, узима се да је купац ризик евентуалних махни на се примио, т. ј. да је ослободио продавца његове законске обавезе заштите; 2, Ако је купац изречно уговорио са продавцем да му овај јемчи, да су ствари без махне, тада ће он имати право на заштиту. Обим заштите зависиће од начина како је она уговорена: ако је продавац јемчио да ствари немају никаквих махни, тада он одговара за све махне; иначе одговара само за оне недостатке за које је гарантовао: за остале потпада под законски пропис, т. ј. не дугује заштиту.

Из овога излази да је врло важно питање: каква је продаја била, паушална или непаушална. У првом случају продавац, изван случаја уговора, не дугује заштиту, а у другом је дугује. Продавчев је интерес у томе: да је продаја била паушална, а купчев, пак, у томе да је она била обична, непаушална. На коме ће лежати овде терет доказивања? Правило је да купац има да докаже своје право на заштиту, а то ће доказати, када прво утврди, да је било уговора о продаји и куповини и да ствар продата има онакве махне какве се по закону траже. Чим је то доказао, он је утврдио законску гаранцију продавчеву (§ 554.) која је правило код продаје и куповине. Продавац, ако хоће да са себе ту обавезу скине, мора утврдити постојање каквог изузетка од тога правила, мора

доказати да у конкретном случају његова обавеза не постоји. Један од тих изузетака јесте онај из § 558., када је продаја паушална. Ако ли докаже паушалност продаје, он је са себе скинуо одговорност. Купцу би остало да доказује да му продавац дугује гаранцију и поред паушалнога карактера продаје, у чему ће успети, ако докаже да је заштита нарочито уговорена (§ 558. in fine).

Овде можемо, такође, објаснити интерес разликовања између махне која је била у време уговора и махне која се је доцније појавила. По § 637. грађ. зак., као што нам је то већ познато, ако ствари паушално продате пропадну после уговора (а пре предаје) за више од половине, тада, по нашем објашњењу, купац може уговор раскинути или га одржати, у коме случају има право на сразмерно смањење цене. А ако је ствар пропала до половине највише, уговор остаје у снази, а пропале јединке падају на терет купцу. Међутим, као што смо мало час видели, по § 558., ако је махна не познија од уговора већ ранија, тада ту махну и њене последице сноси увек купац, па ма у коликом се обиму ствари паушално продате оштетиле.

§ 930. аустр. грађ. зак. махне код паушалне продаје ставља на терет проравцу не само онда, када је тако уговорено, већ и тада „кад оскудевају таква својства стварима, која је њима предавач лажно приписивао.....“ Ове одредбе нема у § 558. нашега грађ. зак., отуда питање како ће бити код нас, ако је, код паушалне продаје, предавач, т. ј. овде продавац, придавао стварима особине које оне немају, а знао је да оне тих особина немају. Да ли ће и у том случају купац имати право на гаранцију? Треба одговорити афирмативно и рећи да ће продавац дуговати и тада заштиту: када продавац изјави купцу да ствар има извесних особина, било да је он у томе искрен или не, онда је то исто као да је и уговорио са купцем да ствар треба да има те особине. Управо, изјава продавчева, коју купац прима и на основу које је он своју цену и одредио, то није ништа друго до уговор, и питање је, зашто је аустриски законодавац, када је већ казао да и код паушалне продаје продавац одговара за уговорена својства, предвидео и случај да је продавац лажно приписивао ствари особине које она нема? Са гледишта купчевога права на гаранцију, то је исти случај. Разлика је сва у томе што продавац, који је лажно изјавио да ствар има нека својства која она фак-



тички нема, одговара за *dolus*, док продавац који је уговорио неке особине које ствар нема не мора бити у *dolus*-у: можда је он *bona fide* мислио да ствар има те особине. Али и са ове тачке гледишта, § 930. је за критику, јер бисмо ми и без њега знали, да би одговорност продавца који лажно уговара својства која фактички код ствари недостају имао већу одговорност, јер је такав случај одговорности у опште предвиђен у §-у 1324. аустр. грађ. зак..

У осталом, ми бисмо, и по оном правилу римскога права: *fraus omnia corrumpit*, знали да ће продавац који је, знајући да тако није, изјавио да ствар паушално продата има извесна својства, одговорати. Напоследку, већином ће код таквог продавца бити елемената и за кривичну одговорност, специјално за превару. И онда, када је законодавац, у крив. законнику, у опште предвидео превару, која, наравно, повлачи и грађанску одговорност, какве је потребе имао он да нарочито регулише превару код паушалне продаје?

По француском законодавству, а на име по чл. 1649. грађ. зак., заштити нема места, ако су ствари продате на јавној лици-тацији. Овај члан аутори тумаче лимитативно: није довољно да је власт продала ствар, већ је потребно и то да је по њеној наредби та продаја извршена, а такве су продаје које се врше ради егзекутивне (принудне) наплате као и продаје добара лица под старатељством. Из овога излази, да има места гаран-тији и код продаја, извршених посредством власти, али не по њеној наредби већ по вољи заинтересованих: то су тако зване *les ventes volontaires faites à l'audience des criées*. (Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, II. p. 455).

### § III. Дејства заштите.

Ми ћемо претпоставити да су испуњени сви услови по закону потребни, па да купац има право на заштиту и да је купац, будући астор, све те реквизите свога права на гаран-тију доказао, у спору који је тога ради водио са продавцем, па да видимо каква су дејства заштите.

На то питање, у аустриском праву, имамо одговор у § 932. грађ. зак. који овако гласи: „Ако је мана, због које се и јемчи, такве врсте, да се она више не може уклонити, и да смета редовној употреби ствари, онда оштећени може захтевати потпуно раскидање уговора, а ако се напротив оно што

недостаје, н. пр. у мери, тежини, може попунити, онда само ову допуну, али у оба случаја има право захтевати и накнаду даље штете, и у колико је друга страна непоштено поступила, и накнаду измакле користи.“

Као што видимо, овај пропис поставља овакву разлику: 1<sup>о</sup>. Недостатак је не само такав да смета редовној употреби ствари, већ он се не може ни уклонити. Н. пр. коњ има сипњу која не може да се излечи, или неће да вуче уз брдо (*арум*) од чега не може да се одучи, или је сакат тако да се то по-правити не може и т. д. Или, зграда је плетара или је зидана земљом а не циглом односно каменом, због чега не може да се употреби за фабрику, за шта је купљена и за шта треба јача зграда и т. д.. У једном таквом случају, купац има право на раскид уговора (*die Aufhebung des Vertrages*), после чега ће се сматрати да уговор иикако није не закључен. Отуда ове последице: купац има право на повраћај цене, односно има право ову да не плати, ако је још положио није; продавац има право опет на повраћај дате ствари, у оном стању, на-равно, у коме ју је он купцу и предао. У овом погледу, и продавац и купац се постављају у стање које је постојало пре уговора.

Раскид уговора тражио је купац у римском праву тужбом која се звала *actio redhibitoria* или *iudicium redhibitorium*, чији је систем усвојио и овде законодавац аустриски (*Арнтс — Мијушковић, Пандектје, III., Стр. 797.*). У аустриском праву зове се та тужба *die Wandelklage* (*Stubenrauch, Commentar, II, S. 279.*). Дакле, помоћу ове тужбе купац успева да, утврдивши да је махна која смета употреби ствари неотклонива, добије раскид уговора.

Али, није то једино право купчево. Код сваког раскида уговора, треба странку која није крива метнути сасвим у оно стање у коме је она била пре уговора, треба јој обезбедити *restitutio in integrum*. Ако би се купцу овде дало само право на повраћај цене, он би често пута, без своје кривице, а кривицом продавчевом, био у штети. Стога, купац има и право да, осим раскида уговора, тражи од продавца и накнаду за штету коју је претрпео његовом, продавчевом, кривицом. Та штета обухвата само фактичку штету (*damnum emergens*), ако је продавац био *bona fide* — н. пр. махна, која је била невидљива, била је продавцу непозната, а и *lucrum cessans*, ако је продавац



био mala fide, н. пр. он је знао за невидљиви недостатак па га опет није открио купцу или је чак тврдио да ствар тога недостатка и нема (§§. 1323. и 1324. аустр. грађ. зак.).

20. Недостатак је такав да се он поправити може, као н. пр. када, код продате количине, недостаје нешто. Тада ће се заштита састојати у томе да продавац купцу допуни меру. Али и тада купац, осим тога, има право да тражи евентуално и накнаду штете, било само *damnum emergens* било и *lucrum cessans*, према томе да ли је продавац био или не bona fide.

Сада имамо да расмотримо извесне тешкоће, али пре тога да напоменемо да се, у римском праву, није правила горња разлика, коју налазимо у праву аустриском. На име, у томе праву купац је свагда имао права да се послужи било тужбом *actio redhibitoria* која му је обезбеђивала раскид уговора (Арнтс — Мијушковић, *Пандекте*, III., стр. 797.), било тужбом *actio quanti minoris* (*iudicium aestimatorium*) којом је купац, задржавајући ипак ствар код себе, и поред њенога недостатка, тражио само смањење цене, сразмерно штети коју је услед махне трпео. Равнодушна је ствар за римско право било то да ли се је махна могла уклонити или не. И у једном и у другом случају обе ове тужбе стајале су купцу на расположењу. И он је имао да од њих, према својим интересима, једну избере. (Didier - Pailhé, *Cours élémentaire de droit romain*, II, p. 155; Sohm, *Institutionen*, S. 395; Otto Knappe, *Grundriss der Römischen Rechtsgeschichte*, S. 182). Такво је и француско право. По чл. 1644. грађ. зак. од 1804., купац може или захтевати раскид уговора (*la résolution de la vente*) помоћу тужбе која се зове, као и у римском правилу, *l'action rédhibitoire*, или умањење цене помоћу тужбе која се зове *l'action estimatoire*. Ако се странка не би могла, у овом последњем случају, споразумети у којој мери има да се смањи цена продајна, онда ће о томе одлучити вештаци (*les experts*). И у једном и у другом случају купац има право на накнаду штете, ако је продавац био mala fide (чл. 1645.). Ако је, пак, продавац био bona fide, тада, по чл. 1646., он има, осим цене, да плати купцу само трошкове који су учињени због продаје (Planol, *Traité élémentaire de droit civil*, II, p. 455).

Немачки грађански законик такође је усвојио римски систем. Он вели, у свом § 462., овако: „У случају какве махне за коју је продавац према §§ 459. и 460. одговоран, купац

може тражити уништај уговора (*Rückgängigmachung des Kaufes oder Wandelung*) или смањење цене (*Minderung*)“. Дакле, купац има на избору једну од ових двеју тужби, без обзира на то каква је махна, отклонива или не.

Да се вратимо сада на оне наглашене тешкоће у аустриском праву. Прво, да ли, у случају да је недостатак неотклонив, купац баш мора, по § 932., захтевати раскид уговора, или да ли он има право и на то да ствар, и под махном задржи, а само да тражи било накнаду штете било умањење цене? Треба одговорити да § 932., који обезбеђује купцу тужбу за раскид уговора, даје купцу само једно право од кога он не мора учинити употребу. Дакле, купац може и ту уговор одржати у снази и ствар код себе задржати, тражећи од продавца сразмерно смањене цене. § 932. није помињао ово купчево право зато што то није потребно било. Оно је проистицало из онога општега правила да се сваки слободно својим правом користити може, а уговор о продаји и куповини креира, за купца, право својине на купљеном добру, и, наравно, законодавац није имао потребе да то овде нарочито напомиње. Што је, пак, § 932. изречно дао купцу и право на раскид, то је стога што је аустриски грађ. законик прихватио систем римскога права по коме један уговорач не може, осим ако је таква погодба (*lex commissoria*), тражити раскид уговора из тога разлога што противна страна није своје обавезе никако или није делимично испунила (§ 919.). Изузетно од тога правила, § 932. допушта, дакле, купцу да тражи раскид.

Пошто смо тако утврдили да купац, и код неотклониве махне, има право на одржање уговора, да видимо сада да ли он има права на умањење цене. Питање се поставља стога што тужбу *Die Minderungsklage*, која је постојала у пандектном праву (римска *actio quanti minoris*), законик аустриски не предвиђа. Он предвиђа, као што знамо, ово троје: 1) раскид уговора; 2) попуњење недостатка и 3) накнаду штете. Из овога *Stubenrauch*, противно мишљењу *Nippel-a* и *Winiwarter-a*, изводи да је аустриски законодавац од 1811. изоставио римску *actio quanti minoris*. Ако је махна неотклонива, купац, који не жели раскид уговора, има само то право да тражи накнаду штете. Али како, пак, у ову улази и то: да ствар не вреди онолико колико је купац за њу понудио био и да, због тога, продавац мора купцу накнадити диференцију између ре-



алне вредности ствари и понуђене цене, то се, као што видимо, и овом тужбом за накнаду штете (*Schadenersatz*) постиже исти резултат који и у римском праву тужбом *actio quanti minoris* (*Stubenrauch, Commentar, II, S. 280*).

Даље имамо ово питање: § 932. вели: „а ако се на против оно што не достаје н. пр. у мери, тежини, може попунити“, онда купац у овом случају има право тражити само ову допуну. Какав домашјај има то правило? Специално, да ли је законодавац, наведеним примерима, хтео да ограничи употребу овога права од стране купца, тако да ако продата ствар има неку махну која се не тиче ни мере ни тежине, али је она отклонива, купац не би имао право захтевати од продавца „попуњење“, овде уклањање махне, већ би му остало једино то да тражи било раскид уговора било накнаду штете, ако овај у снази одржи, односно умањење цене?

По ауторима (*Seuffert, Arch. XV. 116.*) римско право није допуштало продавцу да отклони махне, што значи да се његов однос са купцем ограничавао на *actio redhibitoria* или на *actio quanti minoris* (*Артс, Пандекте, III., стр. 799.*). Чл. 1644. à 1648. франц. грађ. зак. то не предвиђа такође, тако да, по француском праву, купац не би имао ни право ни обавезу да тражи односно да трпи чак ни попуњење у мери или тежини, што предвиђа § 932. аустр. грађ. зак.. Ни § 462. нем. грађ. зак. то не предвиђа.

Ми мислимо да наведеној одредби треба дати генералан значај. Наведени примери нису лимитативни, већ само *exempli causa*, таксативни, те ћемо стога рећи да купац, и изван случаја тих примера, има право тражити да продавац махну отклони, ако је то могућно. Ово изводимо и из првога става истога прописа (§ 932.): аргументом *a contrario* излази то, да, ако се махна у опште уклонити може, купац има право тражити њено уклањање. Напоследку, ако је то интерес купчев, зашто му то не признати? По уговору он има право на ствар без махне, а продавац је у стању махну отклонити и на тај начин своју обавезу — која сачињава право купчево — испунити потпуно.

Питање је само ово: да ли продавац, који је недостатак отклонио, има право, такође, натерати купца да прими његово отклоњење? Ми мислимо да ваља овде правити ову разлику: продавац је био *bona fide*; тада му горње право треба при-

знати. Када, уклањањем махне, он ставља купца у положај у коме би овај *ab initio* био, да је ствар била без махне, зашто му не дати право, с погледом на његову *bona fides*, да махну отклони? И општи интерес налази ту задовољења, јер је то најмирнији начин гаранције. Али, ако је продавац био *mala fide*, тада ће од купца зависити, да ли ће се спор свршити уклањањем махне или друкчије. Ако је купчев интерес такав да спор не треба да се сврши на први начин, уклањањем недостатка, а продавчев интерес у томе баш лежи, онда ћемо ми претпоставити купца продавцу, јер је овај *mala fide*.

*Quid* ако је ствар пропала услед махне? И тада ће, наравно, купац имати право на заштиту. Његова обавеза да ствар врати, ако би тражио раскид уговора, не може, истина, бити извршена, али он за то одговарати не може, пошто за пропаст ствари није крив. За ово је крив продавац који му је ствар под махном предао. Али *quid* ако ствар, која је била под махном, пропадне случајно? Н. пр. купљени коњ имао је сипњу, због чега је купац имао право на заштиту — право које представља извесну новчану вредност. Да ли ће он то право изгубити зато што продате ствари више нема, а нема је услед случаја?

Чл. 1647. франц. грађ., *in fine*, вели да ће случајна пропаст пасти на терет купца. Аутори (н. пр. В. Lacantinerie, *Précis de droit civil*, III, р. 347. и 348.) веле да тада купац не може подићи ни тужбу за раскид уговора ни тужбу *quanti minoris*. Што се тиче саме пропасти ствари, ми разумемо да она пада на терет купца, јер *res perit domino*. Не може, за то, носити одговорност продавац, као *non dominus* и као за случај некрив. Разумемо, даље, да купац не може тражити ни раскид уговора, пошто би овде купац имао да продавцу врати ствар, што он не може да учини, јер ствари нема, а он сноси, пак, терет тога факта, који је дошао случајем. Али што нам је неразумљиво то је, да, зато што ствари нема више, купац не може подићи против продавца тужбу *quanti minoris*, нарочито када се има у виду то да купац има да бира коју ће од ових двеју тужби подићи. У истом смислу као и аутори француски, каже и *Stubenrauch (Commentar, II, S. 280)* да купац губи право на гаранцију, када ствар случајно пропадне, пошто, вели, он има да сноси, по § 1311., све последице случаја. Дакле, губитак права на заштиту, или, како вели *Stuben-*



rauch, die Vereitlung des Rechts auf Gewährleistung, по Stubenrauch-у јесте последица случаја. Свакако, када би се Gewährleistung састојало само у тужби за раскид уговора, Wandelklage, то би било тачно, као што смо мало пре казали. Али и у аустријском праву гаранција се може вршити и у другој форми, без раскида уговора, поименице тужбом за накнаду штете, по Stubenrauch-у, или тужбом quanti minoris, по Nippel-у и Winiwarter-у, — што, као што смо видели, води истом резултату — а за вршење права заштите у овој форми није потребан повраћај ствари.

Ми не видимо разлога да купац изгуби право на заштиту у форми тужбе quanti minoris зато што је ствар случајно пропала. Довољно је само то да се могу сви услови потребни за постојање тога права доказати и сада када ствари нема више. Ми смо већ имали прилике рећи да све оно што се не може да докаже сматра се, у праву, као и да не постоји, ма да, може бити, то што се није утврдило постоји. Ако је купац, услед тога што ствари више нема, стављен у немогућност да докаже потребне реквизите за постојање свога права на заштиту, он ово неће имати, али не зато што је ствар пропала, већ зато што није могао своје право доказати, немогућност у којој он може бити често и онда када ствар постоји. Отуда, ако купац, и поред пропасти ствари, може да докаже да је ствар имала махне због којих је одговорност продавчева била ангажована, њему, и после пропасти ствари као и пре ове, треба признати право на заштиту у виду тужбе quanti minoris, пошто је други вид оштете немогућан. Зашто да се то право угаси зато што је ствар пропала? Зар се сва наша права која стоје у вези са неком ствари морају да угасе услед случајне пропасти те ствари? Узмимо н. пр. овај случај. Неко је обранио нашега коња, због чега смо ми морали учинити издатке око његовога лечења. Хоћемо ли ми изгубити право на накнаду ових издатака, као и остале штете коју смо могли због тога претрпети (н. пр. ми смо, по занимању, кочијаш и због тога смо изгубили извесну зараду), зато што је после тога наш коњ случајно погинуо, рецимо услед грома? Никако. Штета коју смо кривицом трећег лица претрпели није тим отклоњена и она се нама мора накнадити.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Наравно да ако је коњ одмах, после задате му ране, угинуо, не од ове већ случајно, нема места никаквој накнади зато што фактички криви-

Заштити је узрок, као што знамо, штета коју трпи купац зато што је ствар под махном. Зато смо ми и казали да махне од којих купац не трпи материјално не дају места заштити. Када је то разлог заштити, онда то значи да је тим самим фактом, што ствар купљена има махне, купац штету претрпео и на накнаду њену има одмах право, па ма ствар после тога случајно и пропала, онако исто као и у оном горњем случају. Н. пр. купац плати за једног коња, који има сипњу и који, осим тога, још и не вуче уз брдо, 500 динара мислећи да коњ никакве махне нема. Да је знао да их има, он га не би ни купио, или би за њега дао много мање — рецимо 100 динара. По процени вештака коњ и не вреди више. Дакле, купац је платио 500 динара једну ствар која не вреди више од 100 динара. Он је дао sine causa 400 дин. више, за толико је он кривицом продавчевом оштећен. Ако не би хтео да уговор поништи, он би тужбом quanti minoris, или, по Stubenrauch-у, тужбом Schadenersatzklage, добио натраг својих 400 динара, и, осим тога, имао би право и на накнаду и друге штете коју би евентуално услед свакога поступка продавчевога претрпео. Ако коњ сада случајно угине, да ли ће за то купац изгубити право да му продавац накнади штету коју му је овај већ био, као што то у горњем примеру показасмо, несумњиво нанео? Ни најмање. Решити ствар друкчије, то би значило без разлога погоршати ситуацију купчеву и без тога не много завидну. И заиста, зар је мало то што ће купац сада сносити штету услед

цом трећег лица ништа изгубили нисмо: нити смо што на лечење издали, нити смо какву зараду изгубили. Истина, ми данас немамо од коња никакву зараду, али то није стога што је он обраћен био већ зато што је, после обраћења, случајно угинуо. До душе, да је коњ остао у животу, ми бисмо имали право на накнаду зараде изгубљене због поступка трећег лица, али сада ми, по том основу, не можемо тражити ништа од тога лица: нити се, са сигурношћу, може утврдити да ли бисмо ми заиста што изгубили, нити се, узимајући да збиља не бисмо били неко време са коњем радили, може позитивно казати колико би то време било. То је све у питању, и сва та питања начинио је излишним гром који је коња убио. Јер што је извесно то је да је дејство грома било у томе: да смо ми изгубили све будуће зараде од коња, без обзира на ону његову рану. Губитак наш има, дакле, један несумњив узрок, о коме се не може дебатовати, а то је гром, и тај је узрок сасвим довољан за тај губитак. И онда би било неправично чинити треће лице делимично одговорним за дејство грома само основу те претпоставке, фактом неутврђене, да бисмо, можда, ми били у извесном губитку, и да није било грома.



случајне пропасти ствари, него да зато још изгуби и већ *стичено* право на накнаду штете? Напоследку, можемо да разумемо да, н. пр., гром уништи коња који је нешто физичко, али да он уништи купчево право на накнаду штете, што је нешто апстрактно, интелектуално, то не схватамо.<sup>5</sup>

Има ово дејство случаја: да ће он често спречити даљу штету купчеву (н. пр. губитак зараде на коњу), па, према томе, и постанак права на накнаду штете, Али, штету која већ постоји, која је већ учињена купцу, ми не видимо какве везе има случај са њом. Одузети то право купцу, па га дати продавцу, била би солуција и крајње нелогична и неправична. Продавац, који би ту штету имао да плати, био би ослобођен услед случаја! Случај би га разрешио од његове обавезе, — нешто у праву непознато, јер нас наше обавезе, све дотле док је њено испуњење могућно, може разрешити само поверилац. Ми смо, даље, рекли, да би продавац који не би дао заштиту купцу имао један део цене код себе *sine causa*, он би се, на штету купца, неправично обогатио. Па зар то морално правило да буде потиснуто овде стога што је ствар случајно код купца пропала? Случај који уништава морал, физички феномен који руши нешто што ни мало није физичко! То би био апсурдум. И што је најгоре, случај који треба да буде, бар већином израз Божје правде, оштетио би купца, као некрива, а користио би продавцу као кривом!

Аутори француски (В. Lacantinerie, *Précis de droit civil*, III, р. 347 et 348) веле да, ако је пре случајне пропасти ствари купац био већ подигао тужбу против продавца за заштиту, тада ће случај остати у том погледу без последица, јер, кажу, судија треба, при пресуђењу спора, да се пренесе у моменат када је тужба поднесена и да, с погледом на њега, спор реши, а овде је у том моменту дотична ствар још постојала. Ово резонување, сасвим правилно, иде против чл. 1647. франц. грађ. зак., и *vice versa*, тај члан иде против тога резонувања; јер, заиста, ако случајна пропаст треба да одузме купцу право на заштиту, то треба да буде и онда ако ствар после тужбе пропадне. Тужба није нешто од права оделито, нити тужба право креира,

<sup>5</sup> Осим тога има и ово: случај је ограниченога дејства. Он не само да не може штетити другог до онога кога је задесио, него не може другом ни користити. Међутим, овде би, противно томе, случај имао двогубо дејство: он би не само оштетио купца већ би још и користио продавцу.

него је она само санкција, реализација права која већ постоји. Отуда, за питање, да ли ће купац или не имати право на заштиту, када ствар случајно пропадне, ирелевантна је околност: да ли је тужба пре те пропасти поднесена била или не. Ако купац, зато што је ствар случајно пропала, нема права на гаранџију, он је не може имати ни онда ако је тужба за заштиту била поднесена пре него је ствар случајно пропала. В. Lacantinerie, за горњу солуцију, наводи још један разлог који нас, такође, не убеђује. Он вели да треба купцу, који је тужбу пре случајне пропасти ствари подигао био, признати право на заштиту стога што купац није дужан сносити ризик одуговлачења спора од стране суда: да је суд саовим био похитао, купац би, можда, био пре пропасти ствари добио од суда одлуку којом се продавац осуђује на заштиту. Овај разлог зар би се могао истаћи у случају у коме би ствар пропала много доцније од момента када је тужба поднесена; али, ако је ствар пропала убрзо после тога тренутка? Ако је она пропала н. пр. сутра дан по поднесеној тужби, онда тај разлог губи сваку вредност.

Стога, по нашем мишљењу, треба, и поред тога што је ствар случајно пропала, признати у сваком случају купцу право на заштиту, само ако за њега има потребних услова и ако се они утврдити могу. Случајна пропаст имаће само резултат до ће продавца сачувати од плаћања оне штете коју би вероватно купац претрпео био да је ствар доцније пропала, штете коју је случај спречио.

Да пређемо сада на наше законодавство. На који ће начин код нас купац вршити своје право заштите? Ми смо видели да изворник нашега законика, законик аустриски, говори о томе у § 932. који је наш грађански законик сасвим обишао. Он је одмах после одредбе, у којој се говори о заштити код паушалне продаје, а то је §. 558. односно аустр. § 930., прешао на накнаду због оштећења преко половине (*laesio enormis*) — §§ 559. и 560. (са заменом првога од тога два параграфа од 5. маја 1864., зб. XVII. стр. 230.), док аустриски законик, после § 930. а пре одредаба о накнади због оштећења преко половине (§§ 934. и 935.: *Schadloshaltung wegen Verkürzung über die Hälfte*) има још ове прописе: § 931. *О условима јемчења* (*Bedingung der Gewährleistung*), где је реч о заштити у случају евикције, § 933., у коме се говори, као што знамо, о тужбама за заштиту због недостатка ствари (*Wirkung*) и § 933., који са-



држи одредбу о року до кога траје продавчева обавеза заштите (Erlöschung des Rechtes der Gewährleistung). Све те одредбе, врло корисне, законодавац наш из 1844 г. изоставио је.

Отуда питање, које смо већ поставили: на који ће начин купац, код нас, ставити у покрет своје право на гаранџију?

Ми имамо за решење тога питања свега једну одредбу из § 555. *in fine*, која вели да ће, у случају да се код ствари покажу махне за које продавац одговара, овај „за то и одговарати, и за штету која би отуда произашла, накнаду учинити“.

Рећи ћемо најпре ово: да је сигурно да купац има право, ма колики да су недостаци код ствари, задржати ову. О том његовом праву ми смо већ говорили. У таквом случају, по самој одредби § 555., коју смо мало час навели, продавац ће одговарати купцу и штету му накнадити. Штета се ту састоји, најпре, из оне диференције између плаћене, или, боље, уговорене цене, и праве вредности ствари на којој су се махне појавиле и због којих, да су му оне биле познате, купац не би онолико понудио био или чак не би, можда, са продавцем у опште у преговоре ни ступао. Затим ће платити купцу фактичку штету коју је он могао овом приликом још претрпети — *damnum emergens*, — а ако је продавац био *mala fide*, онда ће платити купцу и *изгубљену корист*, *lucrum cessans*. Ово последње изводимо из § 932. *in fine* грађ. зак. аустрискога, ма да § 555. нашега грађ. зак. ту разлику не прави. Наш законодавац није ту разлику правио стога што је ни § 923. зак. аустр., коме наш § 555. одговара, не прави. Али § 923. не прави је стога што је он хтео само поставити начело одговорности продавчеве за махне ствари, а детаљи о тој одговорности резервисани су за § 932.. Како, пак, наш законодавац није овај последњи параграф у законик унео, то је онда, у § 555., остало само начело одговорности продавчеве, а ближи прописи о овој отпали су. Али ми мислимо да ипак ове треба применити зато што је сигурно наш законодавац, редигујући § 555., мислио оно исто што и аустриски при редиговању § 923., т. ј. да ће се детаљи одговорности продавчеве, која је у овим прописима принципиелно само постављена, регулисати у истој глави; и, наравно, наш је законодавац морао ту мислити на систем аустриски, т. ј. на § 932. или, бар, таква претпоставка најближа је истини. Због тога нам тај факат, да § 932. није ушао у наш законик ништа не смета да узмемо да је воља и нашега законодавца била у

истом смислу у коме је и тај пропис аустр. грађ. зак. (§ 932.). Мисао коју је он без сумње имао код § 555. *in fine*, ту мисао он није нигде демантовао.

Као што видимо, аустриски законодавац, па дакле и наш, применили су и овде — и ако је ово један чисто уговорни однос — прописе о накнади аквилијанске штете (§§ 1323. и 1324. аустр. и 818. и 819. наш грађ. зак.), што није много ни правично ни логично. Специално, није ни правично ни логично ослободити продавца, који је био *bona fide*, од обавезе накнаде штете за изгубљену добит. Један уговорач има права на све оне користи које за њега из уговора проистичу, и за њихово евентуално одсуство одговара противна страна без обзира на њему *bona fides*. Онај који наше право повреди, одговоран је и ако је био *bona fide*.<sup>6</sup>

Ова тужба за накнаду штете, по своје резултату, појављује се као тужба *quantum minoris*. Дакле, рећи ћемо да, и по нашем грађ. законик, купац може, на првом месту, своје право заштите вршити помоћу речене тужбе.

Quid односно *actio redhibitoria*, т. ј. односно тужбе за раскид уговора? Има ли и у нашем праву купац могућности да заштиту и на тај начин врши?

Питање се поставља најпре зато што, као што смо видели, наш грађ. законик није пренео код нас § 923. аустр. грађ. законика који, између осталог, говори и о том начину тражења заштите. Дакле, за такву тужбу не достају нам, у оној партији нашега грађ. законика у којој је реч о заштити, одредба која би купцу давала право на раскид уговора због недостатака ствари. Затим, наш грађ. законик, у § 553., усвојио је такође римски систем по коме једна страна уговорна нема, у принципу, права на раскид уговора из тога разлога што противна страна није своје обавезе, по том уговору, испунила. Истина, дискутовано је питање: да ли то право не треба уговорачу признати бар онда, када противна страна није *никако* свој део уговора испунила, јер § 553. није потпуни превод §-а 919. грађ. зак. аустр., који не допушта ни у ком случају, па дакле ни у том, раскид уговора. Има аутора, као н. пр. г. Ђ. Павловић (*О обвезностима и уговорима у ошће*, стр. 327.),

<sup>6</sup> Ми смо ово питање додирнули и у предавањима *О обавези заштите у случају евикције код уговора о продаји и кувовини*, где смо цитирали и један рад о томе D-га Mirka Košutića у загребачком *Mjesečniku* (стр. 95.).



који мисле да се уговор може раскинути, ако једна страна није ништа од својих уговорних обавеза извршила, мишљење које ми не делимо, налазећи да је, и ту као и код делимичнога неиспуњења уговора, наш законодавац усвојио римски односно аустриски систем.

У осталом, ова дискусија нема значаја за наше питање. Ни по једном ни по другом мишљењу купац коме је продавац ствар под махном предао, не би могао тражити раскид уговора по § 553., јер тај пропис изречно забрањује раскид уговора због *делимичнога* неизвршења, а продавац који купцу предаје ствар под махном налази се у таквом случају: он је уговор делимично испунио, ствар је предао али не у онаквом стању у каквом ју је купац хтео и мислио купити.

Када бисмо, код питања о раскиду уговора због неизвршења, имали систем францускога грађанскога законика, који у чл. 1184. допушта раскид уговора било због тоталнога било због парциелнога неизвршења уговора, онда би ствар била свакако простија: купац који би желео уговор раскинути зато што је ствар коју му је продавац предао под махном имао би само да се на тај законски пропис позове.

И када нам тако недостаје позитивна одредба за вршење права заштите у виду раскида уговора, онда је разумљиво да смо ми горње питање поставили, при свем том што такво право купац има по аустриском грађ. законнику. Можемо ли ми један пропис из тога законика који су наши кодификатори од 1844. год. не само изоставили него који виртуелно не садрже ни други, у законик српски унесени, прописи, применити код нас? Ми мислимо да не можемо. То би била врло рђава и погрешна употреба онога интерпретационога правила, специалнога за наш грађ. законик, по коме ми можемо наш законик тумачити и помоћу његовога изворника, законика аустрискога. Одведено до крајњих граница, то интерпретационо правило имало би за резултат да се сви прописи аустрискога законика који нису никако ушли у наш законик у овај унесу!

Г. Ђ. Павловић има овде овакав систем: ако је махна толика да ствар сада не одговара ни мало оној намени за коју је купац њу купио, тада треба допустити раскид уговора — јер у том случају, по г. Павловићу, продавац није ни у колико уговор извршио, а г. Павловић, као што смо казали, исповеда мишљење да се уговор, у случају тоталнога неизвр-

шења, може раскинути; ако је, пак, махна таква да ипак ствар може, ма да не сасвим добро, одговорати оној намени за коју ју је купио купац, тада се уговор раскинути не може, пошто, по § 553., уговор се не може уништити због његовога парциелнога неиспуњења (Ђ. Павловић, *О обвезностима и уговорима у ојшће* стр. 495.). У истом смислу Л. Марковић, *О обавези продавца да гарантује за каквоћу ствари*, Бранич, 1906., стр. 117..

Што се нас тиче, ми мислимо да ни онда, када ствар има такву махну због које не би могла никако одговорати намераваној намени купчевој — као што би био случај, код г. Павловића наведени, када би продавац купцу, који је хтео коња за јахање, предао коња слепа, — не би могао купац тражити раскид, пошто, по нашем мишљењу, раскида уговора не може бити код нас ни због тоталнога неизвршења. Уговорач има само то право: да тражи извршење уговора, и противна странка има да овај изврши, било непосредно, ако је то могућно, било посредно, у виду накнаде штете, ако би директно извршење било немогућно. У осталом, у примеру који г. Павловић наводи има извршења уговора — продавац је предао баш ону ствар коју је он купио — само извршење није потпуно, јер је купац хтео коња који види а не коња који не види. Дакле, купац би могао само тражити заштиту тужбом за накнаду штете, при чему би се обећана цена редуцирала на реалну вредност коња.

Има један други параграф, а не § 553., по коме би купац могао, ако би то хтео, тражити уништај уговора, а то је § 537. који овако гласи: „При уговору страшење, лаж, превара и обмана употребљена никоме не помаже, но шта више одмаже. Такав уговор не само не стоји, но и накнада оштећеном тим начином припада“. (§ 871. à 876. аустр. грађ. зак.).

Заблуда игра врло важну улогу код уговора. Она може бити тројака: 1-во, Заблуда због које уговор никако не постоји, а то је онда, када има заблуде у природи уговора или односно предмета или основа (*causa*) уговора. Предмет, н. пр. ми смо мислили од продавца купити коња зеленка а он је мислио да нам прода коња белца. Уговор није закључен. 2-го, Заблуда може да буде таква да не смета постојању уговора, већ да само прави уговор неважним, услед чега уговорач има права уговор поништити. 3-ће, Заблуда нема никаквог дејства на



он није крив, већ да је она дошла услед лажи, преваре или обмане противне стране. Погрешно вели § 537. да тада уговор *не с̄тоји*. Он неће стојати, биће апсолутно ништаван (*inexistant*) само тако ако се заблуда тиче природе, предмета или основа уговора. Ако се, пак, она тиче битних особина ствари, тада ће уговор *пост̄ојати*, али ће се моћи уништити. § 537. учинио је, за овај случај заблуде, исту погрешку коју и § 871. аустр. грађ. зак. који вели, *in fine . . . „so entsteht für den Irgeführten keine Verbindlichkeit“* (то не постоји за оног који је у заблуди никаква обавеза), што није тачно, јер обавеза онога који је у заблуди постоји, али се само уништити може, а да постоји види се из тога што се она може како изречно тако и прећутно ратификовати (§ 1487. аустр. грађ. зак.), што не би било могућно да обавеза не постоји, јер оно чега нема не може се ни ратификовати.<sup>7</sup>

Досадашња разлагања дају нам могућности да одговоримо на питање: када ће, код нас, моћи купац тражити уништај уговора због махних ствари. Одговарамо да ће он то моћи чинити само онда, ако се такав уговор може сматрати као непуноважан. А то ће бити: 1-во ако је махна битна и 2-го ако је купац мислио да ствар ту махну нема, односно да има особину која јој фактички недостаје а у ту је заблуду ушао кривицом продавчевом. Под кривицом продавчевом треба разумети и случај у § 876. аустр. грађ. зак. предвиђени, а који у наш законик није унесен: када продавац види да је купац у заблуди па неће да га из ове изведе. И ако је овде купац дошао у заблуду не неком радњом продавчевом, опет је продавац *mala fide*, и као таквог треба га изравнати са оним који је купца намерно у заблуду довео.

Али тужба коју ће овде подићи купац није иста која и тужба из § 932. или она из § 919. други део аустр. грађ. зак.. Обе ове две последње тужбе претпостављају уговоре пуноважно закључене. Ту се уговори управо не уништавају — овај термин, у ужем смислу, значи уништај уговора који није пуноважан — већ се раскидају, у првом случају зато што ствар

<sup>7</sup> Ми смо се овога питања дотакли и у својој расправи *О уништају уговора због неизвршења*, стр. 10. и 11. (прим. 1. и 2.). В. и чланак М. Поповића, *Ушлицај заблуде на судбину уговора* („Недељни Преглед“, 1909., број од 12. априла) у коме се, такође, износи да је, код овога питања, наш законодавац примио систем аустрискога грађ. законика.

судбину уговора: овај не само, и поред ње постоји, већ је још и пуноважан. Прва и ова последња врста заблуде овде нас се не тичу, већ само друга врста.

Заблуда друге врсте може да има за предмет или личност уговорача или особине оне ствари која је предмет уговора. У првом случају, имамо уговор *intuitu personae* закључени, случај који нас се, такође, овде не тиче. Нама треба само други случај.

По теорији, заблуда односно битних особина ствари даје право уговорачу у заблуди да тражи поништај уговора, а битна особина то је таква у одсуству које уговорач не би погодбу склопио. Уговорач у заблуди, по теорији и по неким законодавствима (н. пр. француском), има право на уништај уговора, без обзира на то да ли је за заблуду крив други уговорач.

Аустриски систем овде је друкчији. И по њему, да би заблуда ништила уговор, потребно да је заблуда у битним особинама ствари. Али, он се разликује од система горе изложенога у томе што за заблуду такву треба да буде крива противна страна. § 871. аустр. грађ. зак. вели: „Ако је једна страна од друге стране лажним наводима заведена, и заблуда се тиче главне ствари или какве њене битне особине, на што је намера поглавито била управљена и изјављена, онда за заведеног не постоји никаква обавеза“. Из овога излази да, ако за заблуду противна страна није крива, већ је за њу крива само страна која је у заблуди, тада ће се уговор сматрати као пуноважно закључен и не може бити, због непуноважности пристанка, уништен. Има још један случај дејства заблуде на важност уговора, ма да ова није произведена никаквом позитивном радњом противнога уговорача. Тај случај предвиђен је у § 876. истога законика који претпоставља ово: *Primus*, који чини обећање у заблуди је: он је истина у ту заблуду доведен својом кривицом а не поступком његовога сауговорача, али је овај сауговорач приметио заблуду његову и није га из ове извео већ га је, својим ћутањем, својом резервисаношћу, у овој одржао. И тада ће се уговор сматрати као непуноважан и као такав моћи ће се уништити.

Исти систем је усвојио и наш законодавац, као што се то види из наведенога §-а 537.. И по њему има дејства само „лаж“, „превара“ и „обмана“. Дакле, један уговорач, да би на основу заблуде, могао захтевати уништај уговора, треба да докаже не само своју заблуду, већ још и то да за ту заблуду



има неотклоњивих махни, а у другом што уговор није никако или није делимично извршен. Међутим, по § 537., уговор је непуноважан, и тужба која се на основу њега подиже јесте тужба за поништај уговора, која у погледу застарелости не долази под прописе о заштити (в. § 933. аустр. грађ. зак. где се говори о томе у коме року треба вршити заштиту) нити под прописе о тужби за накнаду штете (§ 1489. аустр. грађ. зак.).

Quid ако нема, за заблуду купчеву, кривице до продавца? Тада, по §-у 537., уговор је пуноважан и купац га не може, по основу непуноважности, уништити. Он га не може, видели смо зашто, ни раскинути, али може тражити заштиту која му, према нашим објашњењима припада, и ако продавац није био mala fide — у виду тужбе quanti minoris.<sup>8</sup>

У самој ствари, питање: да ли би купац, за чију је заблуду односно физичких недостатака ствари продавац крив, могао тражити поништај уговора по § 537. грађ. зак. није тако просто. Јер можемо ли изједначити случај заблуде у битним особинама ствари и случај физичких недостатака код ствари? Зар § 537. није један а § 554. други правни институт, тако да, и у случају кривице продавчеве за заблуду купчеву, ми не бисмо имали применити прописе о поништају уговора (§ 537.) већ само прописе о заштити (§ 554. à 557.)? Питање се своди на ово: је ли то исто, заблуда у битној особини ствари (§ 537.) и физички недостатак (§ 554. и § 555.)? Planiol (*Traité élémentaire de droit civil*, II, p. 455 et 456) вели да „недостатак није можда увек постојао и могао би бити доцнији од продаје, у коме случају продавац не би одговарао, док се, међутим, битна особина једне ствари не мења; она је тесно везана са њеном природом“. Морамо признати да законодавац, ни наш ни аустриски, нису, како нам изгледа, ову тешкоћу предвидели и да би он овде имао материјала de lege ferenda.

<sup>8</sup> У својој расправи: *О обавези заштите у случају евикције код уговора о продаји и кувовини*, ми смо на једном месту (стр. 126.) казали да се, за постојање права на заштиту због физичких недостатака ствари, тражи извесна кривица продавчева (који је купца довео у заблуду или га бар у овој одржављу). Ми смо тада били узели као меродаван, за ово питање, § 555. грађ. законика. Али, после дужета размишљања, ми смо нашли да је тачније узети, овде, као основу § 554. истога законика, па смо отуда извели да ће продавац дуговати, за невидљиве недостатке ствари, заштиту и у одсуству сваке mala fide од његове стране. Mala fides има у толико ту значаја што би његову, продавчеву, одговорност увећала.

Али, апстрахујући ову тешкоћу, да пређемо на даља објашњења § 537. нашега грађ. зак. и његову евентуалну примену на случај физичких недостатака ствари.

Шта ће бити са уговором, ако је особина односно које је уговорач био у заблуди небитна?

По § 872. грађ. зак. аустрискога, ако се заблуда не односи на какву битну особину ствари, већ на неку особину споредну, која није нарочито уговорена, тада уговор не само стоји већ је још и пуноважан, без обзира на то што је страна која је у заблуди доведена у ову делом противне стране. Као што видимо, велика разлика између овога случаја и претходнога, где се тиче заблуде у битним особинама, заблуда која ништи уговор, ако је њу произвела противна страна. Разлика ова долази отуда, што, кад је особина небитна, не може се рећи да уговорач у заблуди не би, да му је одсуство те особине било познато, уговор закључио, као што се то може рећи, када је заблуда била односно битних својстава.

Не треба из овога извести да заблуда у небитним особинама нема никаквог дејства. § 872. вели, да, ако је заблуда проузрокована радњом противне стране, тада ће крива страна бити дужна страни у заблуди накнадити штету коју би ова евентуално услед тога претрпела. Ми мислимо, да овде треба додати и случај у § 876. предвиђени, кад је једна страна била у заблуди без активне кривице противне стране истина, али је та страна заблуду приметила и није свога сауговорача из ове извела. И тада је та страна mala fide, и правично је да и она одговара за накнаду штете. Али, у оба ова случаја, уговор је пуноважан и не може се уништити, као што смо то рекли, јер се тиче небитне особине.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> § 876. аустр. грађ. зак. који гласи: „Ако је страна, која чини обећање, сама и једина крива због ма какве заблуде, онда уговор постоји, изузимајући случај, кад је страни, која прима обећање, постојећа заблуда према околностима морала пасти у очи“ није довољно јасан. Из њега би се могло извести, да обавеза неће постојати ни у ком случају, ако је услов *in fine* испуњен, па, дакле, ни онда ако би се заблуда односила на небитне особине. Али ово не би било тачно, јер би то било у противности са § 872. по коме, када је особина небитна, уговор остаје у снази. Страна у заблуди може имати, по § 872., само право на накнаду штете, ако ју је противни уговорач довео у заблуду. Овако ће, а fortiori, бити и онда ако је тај уговорач приметио само заблуду те стране (односно небитне особине) па је из ове није извео.



Грађ. законик француски и овде је друкчији. Заблуда односно небитних особина не ништи ни тамо уговор, нити даје страни у заблуди право на накнаду штете — под условом да није било преваре. Али друкчије ће бити, ако је било ове. По чл. 1116. франц. грађ. зак., превара учињена од стране једног уговорача, ништи уговор, ако се утврди да преварена страна не би уговор закључила у одсуству преваре. Отуда, ако је превара имала за циљ да, код противне стране, изазове заблуду односно неке небитне особине ствари и ако се докаже да је та страна на ту небитну особину полагала толико да не би уговор закључила, да је знала да те особине код ствари нема, тада ће та страна имати право да уговор уништи. (В. Lascantinerie, *Précis de droit civil*, II, р. 560; Planiol *Traité élémentaire de droit civil*, II, р. 331). Што се тиче питања да ли би уговорач, који је *dolus*-ом противне стране био доведен у заблуду односно њене небитне особине, имао право на уништај и онда, када се не би тврдило да он у одсуству такве заблуде не би уговарао, оно је дискутовано. Већина аутора мисли да превара односно небитних особина уништава уговор, без обзира на то да ли би или не, у одсуству те заблуде, уговорач у заблуди уговор закључио. Али има аутора који, као што су В. Lascantinerie и Planiol, мисле да превара односно небитних особина не ништи уговор сама по себи, већ би она имала то дејство само тада, ако би преварени доказао да је он небитну особину имао нарочито у виду — што би значило да је, са његовога гледишта, небитна махна била битна; иначе би могло бити говора само о накнади штете, слично §-у 872. аустр. грађ. зак., по коме, као што смо видели, заблуда у небитним махнама, произведена противном страном, даје само места накнади штете.

Наш грађански законик, о тако важном питању: какав утицај имају на пристанак застрашивање, заблуда и превара — питање које је, у аустријском закону, предмет девет доста опширних параграфа (§§ 869. à 877.) има свега један параграф, 537., због чега горње питање у нашем законодавству подстиче многе тешкоће.

Тако: какво је дејство заблуде, по нашем грађ. закону, ако се она тиче небитних особина? Одговорићемо да је сигурно ово: ако за заблуду није ни у колико крива противна страна, тада је уговор пуноважан, и страна у заблуди нема

права на накнаду штете. Тако је и по аустр. и по франц. грађ. закону, а и по нашем, јер и наш § 537. тражи за дејство заблуде на важност уговора, то: да је за њу крива противна страна. Али, *quid* ако стоји овај последњи случај, а небитну је особину дотична странка имала нарочито у виду? Ми смо видели да се у овој тачки аустријско и француско законодавство не слажу: по првом, у том случају уговор је пуноважан и само даје место накнади штете, док се, по француском закону, тада уговор сматра за непуноважан. Које је од ова два законодавства изабрао наш законодавац?

Пошто § 537. грађ. зак. вели на један генералан начин, да при уговору „лаж, превара и обмана употребљена никоме не помаже но што више одмаже“, и да „такав уговор не само не стоји, но и накнада оштећеном тим начином припада“, не правећи разлику између случаја када „лаж, превара и заблуда“ имају за предмет битну и случаја када се оне односе на небитну особину, онда би, судећи по самој редакцији §-а 537., требало закључити да ће код нас уговор, код кога је једна страна била у заблуди односно неке небитне особине, бити непуноважан, ако је ту заблуду противна страна изазвала, и то без обзира на то да ли је или не та небитна особина била таква да, у одсуству њеном, тај уговорач не би уговор закључио био.

Ипак ми мислимо, да се ова солуција не би могла примити. Она би била неко треће решење ове тешкоће, различито и од францускога и од аустријскога система, што се не може примити, јер наш законодавац, изузев оних установа које су нашем народу својствене, као н. пр. задруга, првенство мушке лозе над женском, није, у начелу, показао неку оригиналност, већ је верно копирао систем законика аустријскога. А ако га је где и напустио, он није примио систем франц. грађ. законика, кога се никако није држао, већ је изречно креирао неки свој систем, као што је н. пр. случај, видели смо у којој мери, са заштитом за физичке недостатке ствари.

Горње решење треба одбацити зато што би оно било противно и теорији, и § 537. ваља протумачити помоћу изворника његовога, законика аустријскога, те ћемо рећи да, и код нас, уговор код кога је једна страна била у заблуди односно небитних особина ствари остаје у снази, и ако је ова заблуда изазвана делом противне стране. Све што некрива страна може тражити, то је накнада штете.



Према овоме, ако је небитна махна коју продата ствар има таква да она даје места заштити, и ако је, осим тога, продавац крив за заблуду купчеву, овај ће заштиту моћи вршити само тужбом *quantī minoris*. Дакле, он нема право на раскид уговора, по § 537., право које би се могло признати само онда купцу, ако је махна *бићна* и ако је за заблуду његову крив продавац. У осталом, подсећамо на оно што смо већ напред казали односно сумње да ли се § 537. може применити и на случај физичких недостатака ствари.

*Quid* ако ствар има небитну махну за коју продавац није знао а била је невидљива? Питање је, као што знамо, фактичко каква махна треба да буде па да да места заштити. Те махне могу бити веће или мање. Али не мора махна бити баш велика па да да места заштити. Довољно је да она, у некој материално процењивој мери, умањује употребу ствари, а таква махна може бити и небитна (н. пр. во има на стопалу неку рану отклониву, због које не може да иде). Ми мислимо као што смо то казали и напред, да продавац и тада дугује заштиту, у виду тужбе *quantī minoris*, али зато што је био *bona fide* његова ће одговорност бити мања.

#### § IV. У коме року купац има да врши заштиту.

Као што нам је познато, тужбе подлеже застарелости, зато што и сама права, ако се не би вршила, застаревају. Дакле за које време може купац подићи своју тужбу за заштиту?

Грађ. законик аустриски, у § 933., овако се изражава: „Ко хоће јемчењем да се користи, мора своје право употребити, за три године ако се тиче непокретних ствари, а ако се тиче покретних, за шест месеци, иначе је право престало, — § 1489“. Као што видимо, рок за тужбу овде је релативно кратак, а то стога да судбина уговора не би дуго била у питању. У опште факат да је судбина неког правног посла у питању није користан по правилно развијање односа међу појединцима, и онда је, када се већ такви случајеви не могу избећи, свакако добро да се трајање те неизвесности сведе на што мању меру. Законодавац прави разлику између покретних и непокретних ствари, остављајући, у последњем случају, дужи рок за подизање тужбе, стога што је, по правилу, вредност непокретних добара већа па зато и штета купчева због евентуалне махне замашнија него код покретних добара. Затим, код непокретних

добара лакше је утврдити време из кога датира махна него код покретних, због чега се, код ових последњих добара, ваља са тражењем заштите пожурити, како би се могло сазнати са позитивношћу да ли је махна постојала док још уговор није био закључен.

§ 933. аустр. грађ. зак. не вели ништа о томе: од кога тренутка теку горњи рокови. Специално, теку ли они од уговора или од неког потоњег момента?

Мишљења су овде подељена. По првом мишљењу, горњи рокови теку од дана када је купац за махну ствари сазнао. То мишљење оснива се, прво, на римском праву, по коме се, код тужби за заштиту, у *tempora ulilia*, то јест у оно време за које се тужба имала подићи, није рачунало и време за које купцу није било могућно тужбу подићи или за које је купац био у извинљивој заблуди због које тужбу није подигао. Када купац не зна за махну ствари (сипња се још није код коња појавила или влага код зграде), не може му се пребацити што тужбу не подиже. Правило је да застарелост једног тражбеног права тече тек од момента када је титулар за своје право сазнао. Пошто се застарелост тих права (*Verjährung*, *la prescription*) оснива на неактивности купчевој, на његовој немарности да своје право врши, онда не може застарелост почети тећи ако те немарности нема, а ове нема, ако купац не зна за своје право на заштиту, а не зна да то право има стога што махну код ствари није још открио. Напослетку, следбеници овога мишљења позивају се још и на § 1489. грађ. зак. аустр., по коме трогодишњи рок у коме се, у случају штете, мора подићи тужба за накнаду тече не од дана учињене штете већ од дана када је оштећени сазнао за штету. Међутим, тужба за заштиту то је само један специалан случај накнаде штете, због чега наведено правило §-а 1489. треба и на њу применити. У овом смислу има и једно решење Аустријскога Касационога суда од 26. септембра 1860. по н. к. (*Stubenrauch, Commentar, II, S. 281*).

По другом мишљењу, које влада у јуриспруденцији и које већина аутора подржава (н. пр. *Rušnov, Hasenhörl*), рок за тужбу за заштиту тече од тренутка када је купац био у стању да махну запази, а он је у стању запазити је од тренутка када му је ствар предата. Истина, по овом мишљењу, може се десити да купац изгуби право на заштиту и пре него је за своје право сазнао, што ће се на име случити, ако се махна пока-



зала тек пошто је од предаје ствари протекло три године односно шест месеци. Али може се овде оговорити ово: такве случајности биће ређе, а и када се десе, боље је да купац изуби него општи интерес, који се никако не може сложити са тим да купац има могућности да продавца држи докле год хоће у неизвесности, а тиме у неизвесности и саму судбину продаје — неизвесност чију смо штетност ми горе већ истакли. Он ће, пак, бити у могућности да то чини стога ће моћи тврдити да нема још три године односно шест месеци како је замахну сазнао, ма да је, можда, за њу сазнао много и много раније. Између општега интереса, који би са оваквим системом врло често био оштећен, и интереса појединаца, који ће у противном систему, изузетно, ретко, оштећени бити, мора се избрати ова последња штета.

Наш грађ. законик, као што смо то већ приметили, није узео из аустрискога законик § 933. који говори о року до кога се има вршити право заштите, због чега на ово питање и немамо одговора у партији која говори о заштити, већ ћемо овај потражити у гл. IV. „Чести. Треће“, где је реч о застарелости како аквизитивној (узукапији) тако и либераторној (Verjährung). О томе имамо одредбу у §-у 939. који вели: „Право на тражење накнаде за штету застариће за три године, од дана када је оштећеном штета позната постала. Ако је штета из злочинства постала, онда ће застарети право на тражење за 24 године“. Тужба за заштиту због махни ствари јесте, по §-у 555., тужба за накнаду штете, и ако се она овде специјално зове тужба *quantī minoris*, па стога, у колико се застарелости њене тиче, она долази под одредбу §-а 939.. Тужба та, дакле, застарела за три године, а овај рок почиње тећи од онога дана од када је купац сазнао за своје право на тужбу, то јест од дана када је замахну на купљеној ствари сазнао. На тај начин отпада она дискусија о почетном року за коју смо видели да постоји у аустриском праву: наш законодавац је, у погледу застарелости, тужбу *quantī minoris* изравнао сасвим са обичном тужбом за накнаду штете. Даље, има овде још и ова разлика између нашега законика и аустрискога: по § 939. срп. грађ. зак., право на заштиту застарела увек за три године, без обзира на то, да ли је ствар покретна или непокретна, док по аустриском законнику тужба за заштиту код покретних добара застарела за много краће време, за шест месеци. Како по нашем законнику, као

што смо видели, рок за застарелост тече од дана када је замахну купац сазнао, то ће наш систем у пракси, а нарочито ако је реч о покретним добрима, не ретко подстаћи тешкоће због тога што се питање о махнама ствари може расправљати веома далеко после свршене продаје и куповине.

Ми смо видели да се може истаћи и то мишљење: да купац има право, осим тужбе *quantī minoris*, подићи, под условима које смо напред изложили, и тужбу за уништај уговора. По § 937. нашега грађ. зак. тужба за уништај уговора који је закључен под претњом или у пометњи застарела за три године. Пометња то је заблуда. Само има ова тешкоћа: § 937 додаје, код пометње, ово: „где с противне стране није било лукавства“. Питање је сада, како један уговорач који је уговор закључио у пометњи може овај уништити, ако противна страна није за ту пометњу крива.<sup>10</sup> Јер по § 537. заблуда не ништи

<sup>10</sup> Да ли се ова одредба § 937. не може објаснити на тај начин, да је наш законодавац од 1864. год. — када је стари § 937. замењен садашњим — прихватио, код уговора закључених у заблуди, француски систем, по коме, као што знамо, заблуда има дејства на важност уговора, и ако за заблуду противна страна није била крива? Ово питање се може истаћи стога што су допуне и измене нашега законика од 1864. год. инспирисане француским законодавством. Ми само питање прибележавамо, остављајући да га, другом приликом, опширније разрадимо.

Међу изменама и допунама, унесеним у грађански законик од дана његовога издања, најзначајније су, и по важности и по многобројности, оне од 5. маја 1864. год.. Те измене и допуне налазе се код §§-а 220., 221., 303-а., 559., 565., 610-а., 602-а., 603., 604., 604-а., 843., 928-а., 928-б., 928-в., 928-г., (укинут — Збор. XXIV., стр. 15.), 928-д., 928-е., 928-ж., 928-з., 930-а., 936., 937. и 950-а., и оне су задобиле обавезну снагу 1. јуна 1864. год. (§ 950-а. *in fine.*)

Ове измене и допуне послате су први пут, од стране Министра Правде (Рајка Лешјанина) Државном Савету, као другом законодавном чиниоцу, 10. децембра 1863. год. (бр. 5496.) ради њиховога усвојења. У акту Министровом којим се Савету спроводе те измене и допуне налази се и њихова мотивација.

Овај законски предлог Државни Савет није одмах усвојио, већ га је вратио Министру Правде, да га он, по договору са Саветском комисијом, „преиначи, нарочито што се тиче предложене допуне § 302. и 575. закон. грађ.“. Да је овако било, то се види из акта Министра Правде од 11. априла 1864. год. бр. 1550., којим су исте допуне и измене понова Савету послате. Државни Савет (решење од 2. маја 1864. год., бр. 371.) усвојио је овога пута достављени му законски пројекат, и он је, добивши и потврду другога законодавног чиниоца, владоца (Кнеза Михаила), постао законом 5. маја 1864. год.. Министри, потписани на њему поред Кнеза, јесу ови: И. Гарашанин (Министар Председник), Н. Христић (Министар Унутрашњих Дела), И. Мон-



уговор (овде није реч о заблуди односно природе, предмета или узрока уговора), ако је уговорач сам за заблуду крив. Према § 93/., ако је за заблуду крива противна страна, при-

ден (Министар Војни и заступник Министра Грађевина), К. Цукић (Министар Финансија и заступник Министра Просвете) и М. А. Петронијевић (заступник Министра Правде — помоћник Министарства, пошто је сам Министар, Рајко Лешјанин, био на одсуству), који је ставио и државни печат. Закон је оштампан у Зборнику XVII. Актом, пак, Министра Правде, од 6. маја 1864. год. бр. 1895., умољено је „Управителство правилелствене књигопечатнѣ“ да нови закон оштампа у хиљаду и шест стотина посебних отисака (концепат овога акта је пок. П. Савића, потоњег начелника Министарства Правде и правнога писца нашега).

Приметићемо ово још: да је садашњи § 303-а. грађ. законика, који садржи правила, тако важна, о уништају правних радњи извршених mala fide, од стране једног дужника на штету његових поверилаца (римска тужба — actio Pauliana), фигурисао, у Министровом пројекту, као § 299-а., и тек је доцније, јамачно по решењу Државнога Савета, дошао као § 303-а., и као такав у горњи закон ушао. По једној првобитној замисли, требало је о акцији паулиани донети нарочити закон, изван прописа грађанскога законика. Ту замисао налазимо у законском нацрту комисије, састављене тога ради од Симе Протића (судије Касац. Суда) и А. Романовића (начелника Мин. Правде), који, у почетку свога нацрта, веле овако: „Подписани су мњенна да не треба законикъ Грађ. допуњавати, него да се за сада изда особити за то законъ, па код Законъ Грађ. буде претресен, да се то у тај Законъ онда стави.

„Држимо да би цели сходно било узаконити за сада као што иде“. Долазе за тим одредбе (шеснаест на броју, чл. 1. à 16.) о акцији паулиани (В. акта о изменама и допунама грађ. законика од 5. маја 1864. год. у архиву Министарства Правде). Као што смо и горе видели, тај предлог комисије није усвојен: одредбе о акцији паулиани унесене су одмах у текст грађ. законика, као § 303-а.

Несумњиво је, као што смо то већ горе напоменули, да су измене и допуне од 5. маја 1864. год. рађене по угледу на француско законодавство. То се види из саме њихове садржине, а нарочито из одредаба о застарелости (в. н. пр., § 928-6.). Одредбе §-а 303-а. нису могле бити узете из аустрискога грађ. законика већ и зато што тај законик и не садржи прописе о акцији паулиани. Stubenrauch (*Commentar*, II, S. 662) вели о томе ово: „In Oesterreich ist dieser Gegenstand erst in neuster Zeit der gesetzlichen Regelung unterzogen worden, und zwar durch das Ges. vom 16. März 1884., Nr. 63 des R. G. Bl., über die Anfechtung von Rechtshandlungen, welche das Vermögen eines zahlungsunfähigen Schuldners betreffen (kurz genannt „Anfechtungsgesetz“), што значи У Аустрији је овај предмет тек у најновије време законодавним путем регулисан, а на име законом од 16. марта 1884. бр. 63 Цар. Служб. Листа односно уништаја правних радњи које се тичу имаовине једног инсолвентног дужника (кратко речено „Закон о уништају“). Међутим текст Наполеоновога грађ. законика (од 1804. год.) садржи и одредбе о акцији паулиани, а специјално у чл. 1167. (В. о овој тужби В. Lacantinerie, *Précis de droit civil*, II, р.

менио би се општи пропис о застарелости, т. ј. § 930. (допуна од 5. маја 1864. год., зб. XVII. стр. 273.), по коме тужбе застаревају за двадесет и четири године, ако краћа застарелост није нарочито законом предвиђена. (Rušnov, *Тимаџ*, II, стр. 319, à 324.; 873.).

Ж. М. Перић.



33106

643 et suiv.. У нашој књижевности имамо о акцији паулиани један ваљан рад г. Михаила Јовановића, председника Касационога суда, који је, под насловом *Законска заштити поверилаца да не буду оштећени ошћуђењем дужникова имања*, изишао у овом часопису, год. 1906., у броју од 25. септембра).



347.751(042)

# О ОБАВЕЗИ ЗАШТИТЕ

У СЛУЧАЈУ ФИЗИЧКИХ НЕДОСТАКА СТВАРИ

КОД УГОВОРА О ПРОДАЈИ И КУПОВИНИ

ОДЛОМАК ИЗ ПРЕДАВАЊА НА ПРАВНОМ ФАКУЛТЕТУ

ЖИВОЈИНА М. ПЕРИЋА

РЕД. ПРОФ. ГРАЂ. ПРАВА НА УНИВЕРЗИТЕТУ

(ОШТАМПАНО ИЗ АРХИВА ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ)

БЕОГРАД

ШТАМПАРИЈА САВЕ РАДЕНКОВИЋА И БРАТА ДЕЛИСКА УЛ. БР. 1.

1909.

Цена 1.— динар