

Др Радован Д. ВУКАДИНОВИЋ
редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

О МЕСТУ ALIUD-А У ПРЕДНАЦРТУ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Резиме

Имајући у виду да је у Преднацрту Грађанског законика у алтернативи два, уз члан 531, предвиђен случај алиуд-а и могућности увођења јединствене концепције „несаобразности робе“¹, рад је посвећен анализи алиуда као једног од случајева несаобразности из Бечке конвенције. У том циљу алиуд ће бити анализиран као део обавезе продавца да испоручи робу и као један од случајева несаобразности. С обзиром да питање алиуда није прецизно дефинисано у Бечкој конвенцији, није око његовог значења постоји јединствени став у судској пракси и правној теорији, аутор сматра да из ових, али и других разлога које наводи у раду, не би требало уводити алиуд у нови Грађански законик.

Кључне речи: алиуд, Грађански законик Републике Србије, несаобразности робе, несаобразна испорука, Конвенција УН о међународној продаји робе.

I Постављање проблема

Због посебног значаја који има у унутрашњем и међународном промету, уговор о продаји је регулисан у свим националним правима и у великом броју међународних извора. Чак и у земаљама оп-

1 Вид. напомену уз члан 531 Преднацрта.

штег права које не карактерише постојање писаних извора, као што су САД и Енглеска, уговор о продаји је регулисан посебним законима. На међународном плану, уговор је регулисан бројним изворима тврдог и меког права, као што су: Европски принципи уговорног права (EPCL), UNIDROIT принципи за међународне трговинске уговоре (PIC), предлог заједничких правила за уговорно право (DCFR), OHADA закон уговорног права (*L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires* – OHADA) и предлог заједничких правила за европску продају (CESL).² Од њих је најзначајнија Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе (у даљем тексту: Бечка конвенција или само Конвенција). Осим по обавезности, Конвенција је најзначајнији извор јер се на једнообразан начин примењује у 83 државе са свих континената, и у том смислу представља један од најуспешнијих примера „међународне кодификације“.

Међутим, и поред неспорног унификаторског утицаја и хармонизирајућег дејства које врше међународни извори и очигледне сличности која постоји у националним правима, још увек постоје питања која нису регулисана међународним изворима, као и она која су регулисана, али се тумаче на различите начине. Једно од таквих питања око чијег значења постоје различита схватања у теорији и у пракси се односи на испоруку друге робе, а не уговорене. Разлике постоје по бројним питањима чији корени се налазе у почетној дилеми да ли се испорука друге, а не уговорене робе сматра несаобразном испоруком или испоруком несаобразне робе, тј. да ли је у питању *неиспуњење* обавезе испоруке, или манљиво тј. *несаобразно испуњење*.

Реч је, пре свега, о правном а не о фактичком питању. Другачије речено, није спорно да тако испоручена роба нема потребна својства, већ како квалификовати тај недостатак према терминологији Конвенције, да ли као несаобразну испоруку или *неиспуњење* уговора, или као испоруку несаобразне робе, тј. као несаобразно *испуњење* уговора.

За разлику од Бечке конвенције и извора „меког права“, Закон о облигационим односима, као ни Опште узансе за промет робом, питање *aliud*-а не регулишу. Правна теорија у овом погледу има различите приступе. Једни сматрају да предаја друге ствари или друге врсте робе, у односу на уговорену, не представља испоруку робе са материјалним недостатком. Предајом друге ствари уместо уговорене продавац није извршио обавезу испоруке, па протеком рока за испоруку пада у доцњу и одговара за њене последице.³ Овако становиште прихвата и судска

2 Вид. Р. Вукадиновић, *Међународно пословно право*, Крагујевац, 2012, стр. 364–371; С. Фишер Шобот, *Право међународне продаје*, Нови Сад, 2014, стр. 17–37.

3 Вид. Б. Визнер, И. Букљаш, *Коментар Закона о обвезним (облигационим) односима*, књига 3, Загреб, 1979, стр. 1596.

пракса. Према ставу судске праксе продавац није извршио испоруку, ако купцу преда другу ствар, а не ону која је била уговорена.⁴

Други, пак, сматрају да је испоруку *aliud*-а, могуће третирати као испоруку робе са материјалним недостатком. У граничним случајевима, када је испоручена роба истог рода, али је другачија од уговорене, треба сматрати да је реч о материјалном недостатку,⁵ или о манљивој испоруци.⁶

Један број аутора, овом питању не посвећује посебну пажњу и не даје му посебан значај, јер полази од чињенице да је продавац и према једном и према другом схватању повредио обавезу испоруке па ће свакако одговорати за неизвршење уговорене обавезе. Основ његове одговорности лежи повреди уговора која постоји и у једном и у другом случају.

У једном броју националних (углавном старијих) права код извршења уговора се прави разлика између *rei*-а и *aliud*-а. Под *rei*-ом се подразумева случај када је продавац испоручио купцу уговорену робу, али која има недостатке и таква испорука се третира као испуњење уговора испоруком дефектне или манљиве робе. Случај у коме је продавац испоручио другу, а не уговорену робу је означен *aliud*-ом. Случај *aliud*-а постоји на основу саме чињенице да је испоручено нешто друго (*aliud*), а не оно што је уговорено, на основу врсте, без обзира на својства испоручене робе. Постојање *rei*-а се утврђује на основу стања робе, тј. њених својстава, а не на основу врсте робе. Како се, међутим, критеријуми разликовања могу преклапати, као претходно се поставља питање на основу којих критеријума (субјективних или објективних) третирати другу робу коју је продавац испоручио као неиспуњење, као манљиво испуњење (*rei*), или као испоруку несаобразне робе (*aliud*). Од ове оцене зависе правна средства која купцу стоје на располагању и са њима повезане радње које је потребно да предузме да би очувао своја права и да би могао да их користи у том случају.

Имајући у виду да је у Преднацрту Грађанског законика у алтернативи два, уз члан 531, предвиђен случај *aliud*-а и могућност увођења јединственог концепта „несаобразности робе“,⁷ рад је посвећен анализи *aliud*-а као једног од случајева несаобразности из Бечке конвенције. У

4 И. Јанковец, *Уговорна одговорност*, Београд, 1993, стр. 144.

5 Вид. С. Перовић, Д. Стојановић, *Коментар Закона о облигационим односима*, књига 2, Горњи Милановац, 1980, стр. 73. И професор Константиновић је у Скици за Законик о облигацијама и уговорима, у чл. 407(1)(3)(2), као једна од случајева материјалних недостатка предвидео „предају друге ствари“. Вид. М. Константиновић, *Облигације и уговори*, Класици југословенског права, Београд, 1996.

6 В. Капор, 1966, стр. 171.

7 Вид. напомену уз члан 531 Преднацрта.

том циљу *aliud* ће бити анализиран као део обавезе продавца да испоручи робу и као један од случајева несаобарзности. С обзиром да питање *aliud*-а није прецизно дефинисано у Бечкој конвенцији, нити око његовог значења постоји јединствени став у судској пракси и правној теорији, аутор сматра да из ових, али и других разлога које наводи у раду, не би требало уводити *aliud* у нови Грађански законик.

II O обавези продавца да испоручи робу

Обавеза продавца да испоручи робу је предвиђена као основна обавеза у свим националним правима и међународним изворима. При томе се у њима предвиђена решења разликују не само по формулацији у језичком смислу, већ и по правном значају и садржини ове обавезе.

У *језичком смислу*, ова обавеза се означава или као обавеза *предаје* ствари (*hand over*) или као обавеза *испоруке* (*delivery*), али се у односним изворима не дефинишу ни једна, ни друга. Обавезу предаје, у генералном смислу, предвиђају углавном старији национални закони у којима је као основна обавеза продавца предвиђена обавеза преноса својине и у којима се својине не стиче самим закључивањем уговора. Обавеза предаје ствари у том случају је у функцији начина стицања својине (*modus acquirendi*). Овакав концепт је прихваћен у ЗОО (члан 454) и члану 504 Предлога Грађанског законика (ПГЗ). Према наведеним члановима, уговором о продаји продавац се обавезује да на купца пренесе својину продате ствари „и да му је у *иу сврху* преда...“ Сврха предаје ствари је, дакле, стицање својине. Овако прописана обавеза предаје је у правној теорији схваћена као радња или скуп радњи које је продавац, према уговору или уобичајеним правилима понашања, дужан да предузме како би се купцу омогућила државина ствари.⁸ Овде се, заправо, и не прави разлика између појмова „испорука“ и „предаја“ ствари и сматра се да је „испорука ушла у оквир појма предаје“.⁹

У Бечкој конвенцији је обавеза испоруке робе наведена као једна од основних обавеза. Према одредбама члана 30 Конвенције, продавац је, поред испоруке, дужан да преда документе и да пренесе својине на продатој роби. Конвенција, међутим, не дефинише шта се подразумева

8 С. Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1980, стр. 541.

9 М. Драшкић, *Међународна тродаја према униформним ирвилима и уиоредном ираву*, Београд, 1987, стр. 125, сматра да је у правима која су приватили систем традиције, испорука ушла у оквир појма предаје и да означава радњу коју купац мора да изврши да би испунио обавезу преноса својине. И у Коментару ЗОО, ред. С. Перовић, књ. II, уз члан 467, стр. 891, се наводи да се предаја ствари паралелно користи са појмом испорука робе која се користи код уговора о продаји у привреди.

под испоруком робе, али је очигледно да, бар у језичком смислу, прави разлику између појмова „предаје“ и „испоруке“. Тако је продавац дужан да преда (*hand over*) документе, али да испоручи (*delivery*) робу.¹⁰ О садржини ових појмова/обавеза може се закључити на основу одредби Конвенције у којима је регулисан начин њиховог извршавања. Начин извршења обавезе испоруке су детаљније регулисани у посебном одсеку I, у члановима 31 до 34 Конвенције.

1. Садржина обавезе продавца да испоручи робу

Одредбе члана 30 Конвенције прописују да продавац „мора на начин који је предвиђен уговором и овом Конвенцијом да испоручи робу, преда документе који се односе на робу и пренесе својину на роби“. О начину на који је продавац дужан да испуни обавезу испоруке робе (енгл. *delivery*, франц. *délivrance*, нем. *lieferung*) се може закључити из формулације на „начин *предвиђен уговором*“, док су место и време испуњења регулисани одредбама чланова 31 до 34 Конвенције. Одредбама чланова 31 и 33 регулисано су место и време испоруке робе, док су одредбе члана 34 Конвенције посвећене регулисању места, времена и начина предаје докумената. Из формулације члана 32 повезане са чланом 31 очигледно је да се у Конвенцији прави разлика између испоруке и предаје робе и да се садржина појма испоруке може изједначити са начином испоруке робе. Из наведених чланова се може закључити да појам испоруке обухвата радње *предаје* робе и *сипавања робе на расклопање*. Сврха предаје робе може бити различита и зависи од начина на који се у односном праву преноси својина: да купцу омогући да стекне својину¹¹ или државину на роби, да прими испоруку¹² или да стекне могућност физичке контроле.¹³

У правној теорији се под обавезом испоруке робе подразумева сложена обавеза коју продавац извршава предузимањем две групе фактичких радњи и правних послова. Једне су усмерене на припрему предаје, а друге се састоје из саме предаје робе. Као претходне и припремне радње, може се навести обавеза продавца да, код уговора о продаји са ЦИФ клаузулом, закључи уговор о превозу робе, да добије потребне дозволе за извоз или да пријави извозни посао (уговор). Предаја робе се састоји по правилу из физичких или симболичких радњи које су усмерене на предају државине или омогућавање купцу да стекне државину и

10 Уосталом и одговарајући одсек I је насловљен као „испорука робе и предаја докумената“.

11 Чл. 454(1) ЗОО.

12 Узанса бр. 70(2).

13 Вид. напомену/коментар уз чл. IV.A. – 2:201. DCFR, стр. 1300.

располаже робом. Као физичке радње, наводи се издвајање робе из масе, њено паковање ради идентификације, али и физичка или симболичка предаја или уручивање робе. Ако се прихвати овакво разликовање, испорука робе обавезно обухвата и предају и може се са њом изједначити, али и не мора.

У ЗОО су ове радње означене као уручење ствари и предаја исправа. Разликовање између испоруке и предаје је прихваћено и у DCFR у којима се предаја робе сматра као један од начина испоруке робе. Као други начин предвиђено је стављање робе на располагање. Циљ на овај начин одређена „функционалне дефиниције испоруке“ је да омогући „трансфер физичке контроле на роби“.¹⁴

У Једнообразном закону о међународној продаји телесних покретних ствари (у даљем тексту: Хашки једнообразни закон или ХЈЗ), испорука је дефинисана на потпуно другачији начин. Обавезу испоруке робу према одредбама члана 19(1) ХЈЗ, чине две обавезе: обавеза продавца да преда робу и да тако предата роба буде саобразна уговора.

У домаћем праву, појам испоруке је био познат у Општим узансама за промет робе (у даљем тексту: Опште узансе), док се у ЗОО као и у Преднацрту регулише предаја ствари. У узанси број 70 појам испоруке је дефинисан као „све оне радње које је продавац дужан да обави, према уговору и природи посла, да би купац могао да прими испоруку“. Ако се „пријем испоруке“ не ограничи само на пријем саобразне робе (робе без недостатака), онда се овако одређење испоруке по дејству изједначава са касније усвојеним решењем у Бечкој конвенцији. То практично значи да се према Општим узансама сматра да је продавац испунио обавезу испоруке и када испоручена роба има материјалних недостатака. Супротно решење је прихваћено у ХЈЗ. Према одредбама члана 19(1), продавац је своју обавезу испоруке извршио тек ако и када је испоручио саобразну робу.

Питање дефинисања обима појма испоруке није само од теоријског, већ и од практичног значаја и за случај *aliud*-а. За разматрање питања *aliud*-а од значаја је разликовати решења код којих се испорука исцрпљује у предаји робе или њеном стављању на располагање у месту, времену и на начин како је одређено у уговору или у складу са обичајима и прихваћеном праксом и она код којих се осим наведене предаје захтева и да тако предата роба буде саобразна уговору. У првом случају, обавеза испоруке је одвојена од обавезе предаје саобразне робе. У правима у којима је прихваћено такво решење, правне последице *aliud*-а су регулисане одредбама о саобразности испоручене робе. У другом случају, ме-

14 Вид. коментар уз члан IV.A. – 2:201, књ. IV DCFR, стр. 1283. Коментатори наводе да од правила о преносу физичке контроле постоје и изузеци.

сто, време и начин предаје су повезане са својствима испоручене робе, па корене *aliud*-а треба тражити у обавези испоруке која се протеже и на одоворност за својства робе.

Дефинисање обавезе испоруке преко предаје робе и њено условљавање саобразношћу предате робе је стварало бројне проблеме у практичној примени¹⁵ па је у Конвенцији појам испоруке поједностављен и третира се као посебан или аутономан појам, односно обавеза продавца. Поједностављење се огледа у томе што се обавеза испоруке посматра одвојено од саобразности робе, а њено испуњење се цени према року, месту и начину на који је роба предата или је стављена на располагање. Ако је продавац предао робу у уговореном месту, на време и на начин како је уговорено или произлази из Конвенције или обичаја, таква се испорука сматра као саобразна испорука. Стање робе се, при томе, не узима у обзир. Обавеза продавца да испоручи робу саобразну уговору је одвојена од обавезе испоруке и регулисана је посебним правилима. Раздвајање и одвојено регулисање ове две обавезе може довести до ситуације да се сматра да је продавац испунио обавезу испоруке и када испоручена роба *није саобразна* уговору и без обзира да ли је пренет *ризик* са продавца на купца.

И поред тога, то не значи да је појам испоруке робе (*delivery*) поистовећен или изједначен са појмом предаје робе (*hand over*), као актом којим се преноси државина или својина.¹⁶ Испорука се *може сасијојати* у *предаји робе, али и не мора*. Отуда постоје случајеви кад се сматра да је продавац извршио испоруку, а да није предао робу купцу. И обрнуто, постоје ситуације када се сматра да продавац није извршио испоруку иако је купцу предао робу.¹⁷ Које су све радње обухваћене појмом испоруке зависи од конкретног уговора, природе предмета и околности посла. С обзиром на то шта све обухвата, може се говорити о испоруци у ужем и у ширем смислу. У *уже* смислу, појам испоруке подразумева уручење или предају робе купцу или стављање робе на располагање купцу у одређеном месту. У овом смислу би требало разумети одредбе чланова 454(1) ЗОО и 504(1) ПГЗ. У *ширем* смислу, под појмом испоруке се подразумевају и друге радње које служе истој сврси, као што су: обавештавање купца о испоруци, закључивање уговора о превозу или обезбеђивање превозног средства, утовар робе у превозно сред-

15 Вид. Lando, у: Bianca, Bonell, *Commentary on the International Sales Law, the 1980 Vienna Sales Convention*, Giuffre – Milan, 1987, стр. 245–46, тач. 1.2 и 1.3.

16 М. Драшкић, М. Станивуковић, *Уговорно право међународне трговине*, Београд, 2005, стр. 291, марг. бр. 20.43.

17 В. Поповић, *Правни аспекти доцње продавца са испоруком робе*, Бања Лука, 2000, стр. 18.

ство, прибављање потребних докумената и слично.¹⁸ У Конвенцији су све те радње обухваћене појмом предаје робе или стављање робе на располагање купцу.

2. Обавеза продавца да испоручи саобразну робу

Обавеза продавца се не исцрпљује у предаји робе превозиоцу или у њеном стављању на располагање купцу. Купац очекује од продавца не само да му испоручи робу, већ и да роба има одређена својства, она која је имао у виду приликом закључивања уговора, односно она својства која је уговорио. У Конвенцији се полази од морално-правног правила *cavaet venditor* које, за разлику од схватања у римском праву (*cavaet emptor*), представља општу тенденцију у уговорном праву продаје од краја 19. века.¹⁹ У Конвенцији је у члану 35 ово изражено кроз обавезу продавца да испоручи робу саобразну уговору и његову одговорност у случају да је купцу испоручио несаобразну робу. Чињенице да ли је продавац знао или није знао, као ни то да ли је крив за постојање несаобразности нису од значаја за његову одговорност.²⁰ У Нацрту заједничких правила за упућивање, гарантовање саобразности робе је одређено као основна обавеза.²¹

У Конвенцији је саобразност робе одређена као *јединствени појам* и обухвата случајеве испоруке манљиве или дефектне робе, испоруку друге, а не уговорне робе и робу са видљивим и невидљивим или скривеним недостацима.²² Што се тиче питања да ли су и правни недостаци обухваћени јединственим појмом саобразности, мишљења у правној теорији су подељена. Док једни сматрају да је реч о техничком појму који се односи само на случајеве наведене у члановима 35 и 36 Конвенције, а не и на случајеве постојања права и захтева трећих лица из члана 41 Конвенције, други сматрају да се појам несаобразности односи и на последње случајеве.²³

18 Вид. С. Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1980, стр. 541; И. Јанковец, *Привредно право*, Београд, 1999, стр. 357; М. Васиљевић, *Трговинско право*, Београд, 2006, стр. 52.

19 R. F. Henschel, „Conformity of Goods in International Sales Governed by CISG Article 35: Cavaet Venditor, Cavaet Emptor and Contract Law as Background Law and as a Competing Set of Rules“, *Nordic Journal of Commercial Law*, бр. 1/2004, стр. 3.

20 S. Krusing, *(Non-)conformity in the 1980 UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: a uniform concept?*, Interesentia nv, 2004, стр. 25.

21 DCFR, IV.A. – 2:101(d).

22 Schwenzer, у: Schlechtriem, Schwenzer, *нав. дело*, стр. 411–412, марг. бр. 4; Bianca, у: Bianca, Bonell, *нав. дело*, стр. 270, тач. 1.3.

23 Вид. P. Huber, A. Mullis, *The CISG: A new textbook for students and practitioners*, Sellier, 2007, стр. 247. и ауторе које наводи у нап. бр. 894. и 895. У домаћој теорји Ј. Перовић, *Бијина њовреда уговора*, стр. 201, нап. бр. 726.

Правна својства су изведена категорија којом се изражава однос трећих лица према роби, тј. да ли трећа лица имају каквих правних претензија: државину, залогу, резервисано право својине или неки облик права индустријске својине и слично. И једна и друга својства су у Конвенцији обухваћена појмом саобразности робе (*conformity of goods*). У том смислу је одређено да је роба саобразна уговору ако има уговорена или уобичајена својства и ако је слободна од захтева трећих лица. Другим речима, да би испунио обавезе из уговора, продавац је дужан да купцу испоручи саобразну робу. Ако роба није саобразна продавац је одговоран за несаобразност. Купцу у том случају стоје на располагању посебна правна средства.

III Случајеви несаобразности робе према Конвенцији

Иако је појам саобразност робе централни институт према коме се мери испуњеност уговорних обавеза и на коме се заснива систем одговорности продавца, у Конвенцији није одређено његово опште значење. Уместо приступа методом апстрактног дефинисања, у Конвенцији је прихваћен еклектички метод, који је углавном прихваћен у *common law* систему, тако што су у члану 35 набројани случајеви кад се сматра да роба није саобразна. То је навело поједине ауторе да решења Конвенције о саобразности робе оквалификују као „елегантан текст“ који „прикрива богатство тешкоћа“.²⁴

У Конвенцији су као основни критеријум за утврђивање саобразности прихваћена *уговорена својства* као правно преобразени облик очекивања које су уговорне стране имале од уговора приликом његовог закључивања, односно као манифестовани облик аутономије воље. У том смислу се у Конвенцији разликују случајеви када су уговорне стране *уговориле* потребна својства робе и *када то нису учиниле*, или нису учиниле у потпуности, или довољно јасно. У првом случају је продавац дужан да испоручи робу у количини, квалитету и врсти како је то предвиђено уговором и упаковану и заштићену и на начин предвиђен уговором. Из ове одредбе члана 35 став 1 Конвенције би се могло закључити да својства робе на основу којих се цени њена саобразност у правном смислу чине: количина, квалитет, врста и паковање.

Када уговором нису одређена ова својства, у Конвенцији није дат општи појам саобразности, већ се у њеном одређивању пошло од субјективних и објективних елемената и очекивања уговорних страна.

24 R. Hyland, „Conformity of Goods to the Contract Under the United Nations Sales Convention and the Uniform Commercial Code“, у: P. Schlechtriem (ed.), *Einheitliches Kaufrecht und nationals Obligationenrecht*, Baden-Baden: Nomos, 1987, стр. 305.

При томе је примењен тзв. негативни приступ, тако што су наведени случајеви када се сматра да роба није саобразна.

Осим ових случајева који су у Конвенцији изричито наведени, у теорији преовладава схватање да је и случај *aliud*-а, који је у Хашким законима био изричито наведен, на прећутан начин обухваћен Конвенцијом као случај несаобразности.²⁵ Практично, појам несаобразности обухвата постојање недостатака у квалитету и квантитету, испоруку *aliud*-а и недостатке у паковању робе. У Нацрту заједничког оквира за упућивање, случајеви несаобразности су одређени на нешто другачији начин. Према одредбама члана IV.A. – 2:301, роба није саобразна уговору ако не одговара по квантитету, квалитету и опису; ако није упакована на захтевани начин, ако није испоручена са додацима, упутством за инсталисање или другим упутствима која су предвиђена уговором и ако није саобразна са преосталим члановима овог дела Нацрта.

IV Несаобразна испорука и испорука несаобразне робе

И несаобразна испорука и испорука несаобразне робе представљају повреду уговора. Ако је продавац испоручио робу која није саобразна уговору таква испорука се сматра испоруком несаобразне робе. Постојање несаобразности на роби која је испоручена и коју је купац примио нема дејство на испоруку, већ даје право купцу на посебна правна средства која се разликују од оних за случај несаобразне испоруке. Несаобразна испорука постоји кад је продавац повредио обавезу да робу преда или да је стави на располагање на место, време или уговорени начин.

Испорука несаобразне робе се не сматра аутоматски битном повредом уговора, па је на купцу терет да докаже тежину повреде. Ако докаже да несаобразност представља битну повреду уговора и ако је о томе обавестио продавца у разумном времену након што је открио или могао открити, а у сваком случају не касније од две године након што му је роба предата, купац може раскинути уговор и од продавца захтевати накнадно уредно испуњење *испоруком нове робе*.

У Хашком једнообразном закону ово питање је било концепцијски регулисано на другачији начин тако што је саобразност или уредност испоруке била условљена саобразношћу испоручене робе. Саобразном испоруком се сматрала не само испорука саобразне робе, већ и ако је то учињено на место, време и начин како је уговорено. Повреда било ког од наведених елемената се третира као повреда обавезе испоруке, а купац у том случају своја права остварује према правилима о неиспоруци.

25 Schwenzler, у: Schlechtriem, Schwenzler, *нав. дело*, стр. 411, марг. бр. 4.

1. Испорука *aliud*-а као облик испоруке несаобразне робе

Латински израз *aliud* значи нешто друго, а под испоруком *aliud*-а се подразумева испорука друге ствари или ствари другог рода.²⁶ У Бечкој конвенцији се испорука друге, а не уговорене робе (испорука *aliud*-а), сматра као испорука несаобразне робе и као један од случајева несаобразности. Према решењима из Закона о облигационим односима, ако је продавац предао купцу другу, а не уговорену робу, сматра се да уопште није испоручио робу, тј. да није испунио уговор. Зависно од тога како се квалификује ова повреда уговора, као и од чињенице да ли је продавац знао или је могао знати да је испоручио другу, а не уговорену робу, зависи којим се правима може користити купац.

Што се тиче правних средстава која стоје на располагању купцу, у Конвенцији су, у складу са јединственим појмом повреде уговора, сви случајеви несаобразно испоручене робе третирани на исти начин, без обзира на то у чему се састоји несаобразност, нпр. да ли је испоручена већа или мања количина, или роба нема уговорена својства или је испоручена друга роба, а не уговорена. У свим овим случајевима продавац одговара купцу због несаобразности испоручене робе. *Aliud* представља само једна од случајева несаобразности, па иста правила о одговорности важе и за случај *aliud*-а, иако се он по много чему разликује од осталих случајева несаобразности.

У складу са општим правилима о одговорности, да би продавац одговарао због *aliud*-а, потребно је да је утврђено постојање *aliud*-а, као облика несаобразности, да своју одговорност није искључио уговором или Конвенцијом и да је купац ставио приговор.

Aliud као повреда уговора и услов за коришћење њравних средстава. У Конвенцији се за „повреду уговора“ (*breach of contract*) паралелно користе изрази: „неиспуњење уговорних обавеза“ (*nonperformance of contract obligations*) и пропуштање испуњења (*failure to perform*).²⁷ И поред језичких разлика, њихово правно значење је исто.²⁸ Ови појмови,

26 С. Фишер Шобот, *нав. дело*, стр. 107.

27 Тако је део III Конвенције, чланови 45-52, насловљен као „Remedie for breach of contract by the seller“, док се у наведеним члановима користе оба израза.

28 Will, у: Binaca, Bonell, *нав. дело*, стр. 331, тач. 2.1.2; Huber, у: Schlechtriem, *нав. дело*, стр. 357, марг. бр. 6; Müller-Chen, у: Schlechtriem, Schwenger, *нав. дело*, стр. 521, марг. бр. 5; U EPC: вид. чл. 8:101, и пропратне коментаре и илустрације, стр. 359-362. у: O. Lando, H. Beale, *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, Commission on European Contract Law and Kluwer, 2000, појам неиспуњења обухвата и тзв. извињавајућа и неизвињавајућа неиспуњења. Супротно, Д. Павић, „Општи поглед на неизвршење уговора у Принципима европског уговорног права“, у: Р. Вукадиновић (ред.), *Начела Европској уговорној праву и југословенско право, њрилој хармонизацији домаћеј законодавјисјива*, Крагујевац, 2001, стр. 217.

као збирни обухватају све врсте и облике неиспуњења обавеза, односно све облике повреде уговора.²⁹ Неиспуњење може бити резултат продавчеве активне или пасивне радње, односно резултат одређеног чињења или нечињења (понашања). Тако је продавац повредио уговор ако није испоручио робу, али и ако је испоручио робу која није саобразна уговору, ако није пренео својину на продатој роби, али и ако није узео у заштиту купца од правних захтева трећих лица, или није купцу дао потребна обавештења или документе, или није одустао од продаје робе купчевим конкурентима ако је то уговором било изричито уговорено.

Значај кривице. Разлози због којих је дошло до неиспуњења, или повреде уговора нису од значаја за постојање неиспуњења или повреде уговора. Под разлозима се најчешће подразумева кривица. Међутим, не само што кривица не утиче на постојање неиспуњења, већ ни било који други разлози, чак ни они који су у Конвенцији наведени као разлози за ослобађање од одговорности продавца (чл. 79). Појам неиспуњења је објективизован резултатима или насталим последицама, и одвојен је од разлога који су таквом резултату допринели. Разлози који су до тога довели могу имати значаја за квалификацију повреде као битне или небитне и могу утицати на право купца да изабере одговарајуће правно средство, али не утичу на постојање саме повреде. У том смислу су посебна правна средства предвиђена ако се повреда уговора састоји у *неиспоруци робе*, а посебна ако је *испоручена несаобразна роба*.

Значај савесности продавца. У случају *aliud*-а купац је дужан да о томе обавести продавца и да тражи испоруку уговорене робе само ако продавац није знао да је испоручио другу, а не уговорену робу. Ако је продавац за ово знао или је могао знати, у питању је његова намера да обмане купца па у том случају таква повреда уговора представља битну повреду уговора која купцу даје право на раскид

Знање продавца утиче посредно и на начин на који купац може користити своја права. У том погледу одредбе члана 40 Конвенције прописују да се продавац не може користити одредбама о обавези прегледа робе у кратком року и о благовременом обавештењу, када се недостатак саобразности односи на чињенице „које су му биле познате или му нису могле бити непознате, а он их није открио купцу“. Такво извршење купац може сматрати неиспоруком и у складу са одредбама члана 47 Конвенције оставити продавцу накнадни рок разумне дужине за нову испоруку. Условљавати купца да спроведе поступак контроле и обавештавања као у случају испоруке несаобразне робе било би

29 Међутим, јединствени појам неиспуњења не треба везивати само на тзв. неизвињавајућа неиспуњења и само за њих везивати појам повреде уговора који даје право купцу на правна средства, што је познато у енглеском праву. Исто тако, није од значаја ни да ли је повређена основна или споредна уговорна обавеза.

у супротности и са начелом савесности и поштења на чије поштовање у тумачењу Конвенције упућују одредбе члана 7. Стога би евентуални приговор продавца да купац није благовремено прегледао робу и да га о томе није обавестио, иако је и сам знао да је испоручио другу робу, требало одбити као супротан начелу савесности и поштења (или добре вере у општем праву).

2. Кад постоји *aliud*?

Из формулације члан 35(1) Конвенције није јасно да ли *aliud* обухвата робу која припада истој врсти као што је уговорена, или и сваку другу робу без обзира на врсту и род ако не одговара „опису који је захтева уговором“, како је наведено у Конвенцији,³⁰ јер није одређено шта се подразумева под одступањем „у врсти“. Одредбе члана 33(1)(6) ХЈЗ су биле јасније и „покривале“ су две врсте робе: робу исте врсте, али различиту од оне која је уговорена, и робу друге врсте, па и испорука потпуно или тотално друге ствари, у односу на ону која је уговорена и испоруке робе друге врсте. Тако се као испорука друге робе сматра и случај кад је продавац уместо пшенице испоручио кукуруз, или када је уместо црног вина испоручио бело вино или шећер уместо соли.³¹

У правној теорији и пракси се мишљења у том погледу разликују.³²

Испорука друге врсте робе – *aliud*-а, је на различите начине третирана и у националним правима. У упоредном праву испорука друге робе се третира или као испорука несаобразне робе,³³ или као неиспорука робе.³⁴

Мислимо да би формулацију о *aliud*-у требало тумачити у оквиру општих начела и општих правила на којима се заснива Конвенција,³⁵ начелу поштовања савесности и поштења (добре вере), из члана 7, и правилу разумног тумачења, из члана 8(2) Конвенције.

30 У преводу на српски језик „опис захтеван уговором“ (*description required by the contract*) је преведен као „врста предвиђена уговором“. Вероватно је на овакав превод утицала формулација употребљена у члану 33(1)(6) Једнообразног закона.

31 Вид. Schwenzler, у: P. Schlechtriem, I. Schwenzler, *нав. дело*, стр. 415, марг. бр. 10.

32 Вид. Schwenzler, у: Schlechtriem, Schwenzler, *нав. дело*, стр. 414, марг. бр. 10; R. F. Henschel, *нав. дело*, стр. 169 и даље; S. Kruisinga, *нав. дело*, стр. 38 и даље; С. Фишер Шобот, *нав. дело*, стр. 108 и даље.

33 R. F. Henschel, *нав. дело*, стр. 169, наводи у том смислу права норвешких земаља, данско право и право Немачке после измене Грађанског законика од 2001. године. Вид. и коментар – напомену уз члан IV.A.2:301(a) DCFR, *pod E*, стр. 1300.

34 Право Аустрије и Немачке пре измене Грађанског законика од 2001. године. *Истио*, напомена бр. 58.

35 Вид. чл. 7(2) Конвенције.

Природа уговора о продаји и опште правило према коме „изјаве и понашања једне стране треба тумачити онако како би их разумно лице истих својстава као друга страна схватила у истим околностима“ упућују на уже тумачење. Осим у складу са схватањем разумног лица (разумно тумачење), понашање продавца би требало ценити и према његовом знању, односно савесности код испоруке такве робе. Тако продавац може свесно испоручити другу робу иако је знао да то није уговорена роба, на пример, може уместо уговорене марке цигарата „*marlboro*“ испоручити цигарете „*vinston*“ која је су по цени исте вредности као и наручена роба. Несумњиво је да обе врсте цигарета спадају у исту класу, тј. врсту. Да ли се у овом случају може тврдити да је продавац знао за разлику између уговорене и испоручене робе, тј. да је свесно испоручио *aliud*, посебно ако није пушач, имајући у виду да је цена и једних и других иста? Слична дилема постоји и у случају када је продавац испоручио уместо садница „раних“ испоручио саднице „касних“ јабука. Сматрамо да је у обе ситуације продавац испоручио робу у оквиру исте врсте, али не ону која је уговорена. Што се тиче знања, терет доказивања је на продавцу. Он мора да докаже да то није учинио са знањем или намером. У супротном, ако не докаже, може се поставити питање преваре, а у том случају „превара квари све“ (*fraus omnia corumpit*). Питање знања и намере је значајно због квалификације такве испоруке, или као неиспоруке (у случају знања) или као преваре (у случају намере), или као испоруке несаобразне робе (у случају да није знао).

У случају кад се испорука сматра *aliud*-ом, као једином од облика несаобразности робе, купац је дужан да је прегледа „у што је могуће краћем року“, ³⁶ да о томе продавца обавести „у разумном року“ од тренутка кад га је открио или морао открити, ³⁷ а најкасније у року од две године дана од дана стварне предаје купцу. ³⁸ Према једном схватању, купац је на то обавезан чак и када је продавац испоручио „потпуно другу“ (по врсти) и другачију (по својствима) робу од оне која је уговорена, на пример, шећер уместо соли, или кромпир уместо кукуруза. ³⁹ Други аутори сматрају да ту није реч о *aliud*-у, већ о неиспоруци.

С обзиром да је и формулација „потпуно друга роба“ само описни, али не и правни појам, одговор на питање да ли испорука такве робе представља неиспоруку (повреду обавезе испоруке) или испоруку несаобразне робе, зависи од тога како се схвата појам врсте: да ли само на основу заједничких битних елемената који чине супстанцу, или

36 Чл. 38(1) Конвенције.

37 Чл. 39(1) Конвенције.

38 Чл. 39(2) Конвенције.

39 Примери преузети из Schwenzler, у: Schlechtriem, Schwenzler, *нав. дело*, стр. 415, марг. бр. 10.

и на основу употребних вредности, па и потрошачке заменљивости (супституције на тржишту). Тако, на пример, као воће намењено купцима, крушке јесу заменљиве јабукама, али су по саставу другачије. То посебно важи за шећер и со, без обзира што би се могли сврстати у групу или врсту зачина. Ако се у обзир узму ове недоумице, која нису само правне природе, може се разумети због чега се у Конвенцији не помиње и одступање по врсти.

XJЗ је у том погледу био прецизнији, па је као *aliud* третирао „робу која није она на коју се уговор односи и робу различите врсте“. У теорији се сматра да се и Конвенција, без обзира што то није јасно стипулисано, односи на робу друге врсте, тј. да се као *aliud* сматра и роба друге врсте. У том случају, преглед робе има за циљ да утврди да ли је роба коју је купац примио обухваћена *aliud*-ом, тј. да ли је реч о роби исте или различите врсте, а након тога њено стање.

Након што се утврди да се примљена роба сматра *aliud*-ом, поставља се питање одговорности продавца и правних средстава која у том случају стоје купцу на располагању.

V Правна средства која стоје на располагању купцу у случају *aliud*-а

У случају повреде уговора, уговорним странама стоје на располагању правна средства која су, када је реч о купцу у члановима 45 до 52 Конвенције одређена као:

- 1) захтев за испуњење уговора,
- 2) право да раскине уговор или
- 3) снижење цене и
- 4) захтев за накнаду штете.

Да би купац могао да их користи потребно је да је продавац учинио повреду уговора, да је изабрао неко од предвиђених средстава и да је о томе обавестио продавца. С друге стране, услови за њихово коришћење се разликују зависно од тога да ли је продавац испоручио или није испоручио макар и дефектну или несаобразну робу.

1. Ако није извршена испорука робе

Пошто се повреда уговора учињена неиспоруком, без обзира на јединствени концепт повреде, ипак издваја као „посебно тешка“ и по самој Конвенцији представља битну повреду, за коришћење овим правом је предвиђен посебан поступак. Купац је према одредбама члана

49(1)(6) дужан да продавцу остави додатни рок, па ако продавац ни у додатном року не испоручи робу коју му је купац одредио, може раскинути уговор.

Повреда обавезе испоруке обухвата не само случајеве када роба уопште није испоручена, него и када је испоручена у погрешном месту, или је испоручен само део робе, као и када нису предати документи који се односе на робу или није пренето неоптерећено право својине на роби.⁴⁰ У случају испоруке друге а не уговорене робе (*aliud*), начелно се сматра да је продавац испунио обавезу испоруке, али се таква испорука сматра несаобразном и за њу важе друга правила. Као неиспука би се могла сматрати једино испорука потпуно друге робе друге врсте о чему је знао продавац, случај тзв. квалификованог *aliud*-а.

2. Ако је испоручена несаобразна роба

У случајевима који су обухваћени појмом испоруке несаобразне робе, купац је за разлику од неиспуке ипак нешто добио, макар и другу робу, па су му за коришћење предвиђених правних средстава наметнуте „посебне обавезе“.⁴¹ То се односи на обавезу утврђивања несаобразности тако да губи право да се позове на недостатак саобразности ако о томе није благовремено послао обавештење продавцу у коме је навео природу недостатка. С друге стране, и у погледу момента од кога почињу да теку рокови застарелости, у Конвенцији о застарелости је направљена разлика између случајева који се односе на захтеве по основу повреде уговора, несаобразности и по основу повреде изричите гаранције.⁴² У случају *aliud*-а купцу начелно стоје на располагању сва правна средства. Међутим, коришћење неких од њих је ограничено или онемогућено природом *aliud*-а.

Тако се питање поправке робе у неким случајевима практично не поставља јер је немогуће со „поправити“ у шећер. Спорно је и питање накнаде штете: у чему се састоји и према којим критеријумима се мери:

40 Will, *нав. дело*, стр. 336, тач. 2.1.1.1; Müller-Chen, у: Schlechtriem, Schwenzler, *нав. дело*, стр. 539, марг. бр. 6; C. Liu, *Specific Performance: Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles, PECL and Case Law*, тач. 3.2.

41 R. Hyland, „Conformity of Goods to the Contract under the United Nations Sales Convention and the Uniform Commercial Code“, у: P. Schlechtriem (ed.), *Einheitliches Kaufrecht und nationals Obligationenrecht*, Baden-Baden: Nomos, 1987, стр. 307.

42 У националним правима је ово питање регулисано на различите начине. Тако се у немачком праву о продаји разликује испорука дефектне робе (робе са недостатком) и погрешне (друге) робе. У случају испоруке заменљиве робе, купац у принципу може бирати између средстава за несаобразност или за неиспуку. У француском праву се не прави разлика између испоруке несаобразне робе и неиспуке.

субјективним или објективним. Објективни критеријуми или нису довољни, или нису подесни да мере штету. То се може видети на примеру испоруке „винстона“ уместо „марлбороа“, будући да су им продајне цене исте. Субјективни критеријуми на први поглед изгледају подеснији. То се може илустровати примером купца који је желео рану сорту јабука, а не њену касну варијанту, или купца који хоће бело вино „шардоне“ од једног, а не од другог произвођача. Проблем са чистим субјективним критеријумом је у томе што његова примена претвара *aliud* у робу уговорених својстава, а то није био циљ редактора Конвенције. Циљ редактора Конвенције је да купцима омогући да прихвате и другачију робу од оне која је уговорена, ако за то имају интереса.

VI Резиме

Имајући у виду да су и након више од две деценије од примене Бечке конвенције бројна питања која се односе на *aliud* и даље нерешена, а да о неким од њих постоје различита тачења, сматрамо да би се његовим уношењем у нови Грађански законик Србије без посебних разлога унеле и све дилеме на које је је указано у раду. Евентуални разлози да се прихватањем друге робе која је испоручена уместо уговорене омогући купцу да задржи и такву робу и тиме смањи трошкове враћања робе, нису у тој мери карактеристични за унутрашњи промет.

Radovan D. VUKADINOVIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Law University of Kragujevac

ABOUT THE PLACE OF *ALIUD* IN DRAFT CIVIL CODE OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

*Bearing in mind that in the Draft Civil Code of the Republic of Serbia in Art. 531 exist two alternatives, provided *aliud* case and the possibility of introducing the unique concept of “non-conformity of goods”, the paper is devoted to an analysis of *aliud* as one of the cases of non-conformity of goods in the UN Convention on international sale (CISG). To this end *aliud* has analysed as part of the obligations of the seller to deliver the goods as well as one of the cases nonconformity. Having in mind that case of *aliud* is not precisely defined in the*

Vienna convention, nor about its meaning exists a unique position in jurisprudence and legal theory, the author argues that for these and other reasons cited in the paper, should not be imposed aliud in the new Civil Code.

Key words: *aliud, the Civil Code of the Republic of Serbia, lack of conformity of goods, non-conformity delivery, the UN Convention on contracts for the international sale of goods.*