

ПРАВНА ДЕЈСТВА УСМЕНИХ КЛАУЗУЛА КОД УГОВОРА ЗАКЉУЧЕНИХ У ПИСМЕНОЈ ФОРМИ

1. Приликом закључења уговора у писменој форми странке често не уносе у писмено све елементе уговора о којима су постигле сагласност. Некада странке усменим изјавама воља мењају или укидају клаузуле које су писмено стипулисале. Није редак случај да странке свесно у писмено уносе и оно што не одговара њиховој правој вољи у погледу одређених елемената уговора. У свим тим случајевима поставља се исто правно питање: важност усмених споразума код писмено закључених уговора.

2. По једном схватању свака клаузула уговора, без обзира да ли је битна или не, мора бити унесена у писмено. То важи како за случај када је форма одређена законом тако и за случај када је она предвиђена вољом странака, па чак и онда када је предвиђена само као прост доказ о постојању уговора. Усмене одредбе учињене истовремено са закључењем уговора не би, дакле, производиле никаква правна дејства. По том схватању писмена исправа сматра се фотографијом потпуне сагласности странака. Ово схватање било је усвојено у § 887 неновелираног АГЗ. По тој одредби „Ако је о каквом уговору начињена исправа, онда се неће имати никаква обзира на оно што се тврди да је у исто време тобож уговорено, али се с исправом не слаже, или нове додатке садржи“. Овим текстом била је у ствари постављена законска претпоставка да су странке постигле сагласност само о оним елементима уговора који су били унесени у писмену исправу (1). Међутим, и поред чврстог става постављеног у § 887 АГЗ, ипак се у неким случајевима могло доказивати и оно што није ушло у писмени уговор. Тако је било могуће доказивати да је писмено изражена воља симулована или да је она била дата у заблуди, под претњом или принудом. Суд је у таквим случајевима водио рачуна о стварној вољи, иако она није била обухваћена писменом формом (2). У одређеним случајевима било је, дакле, могуће и доказивање чињеница супротно установљеној претпоставци. Одредба § 887 АГЗ била је укинута III новелом од 1916 „јер се њоме евентуално тешко оштећује поштени промет“ (3). У енглеском праву, при постојању писменог уговора у принципу се не допушта усмено доказивање чињеница противречних писменом уговору. Међутим, тај принцип има бројне и значајне изузетке (4).

У нашим Општим узансама за промет робе од 1954 о питању важења одредаба које нису унете у уговор одређеног облика у чл. 10 усвојен је став сличан оном који је изражен у ранијем тексту § 887 АГЗ. По њему, када су се странке сагласиле да ће уговор имати одређени облик, не обавезује их оно што није унето у уговор састављен у том облику. Али, ако странке нису пуноважност уговора условиле испуњењем тог облика, обавезује их

(1) В. Рушнов-Посиловић: Тумач обћеме АГЗ, књ. II, Загреб, с. 302.

(2) В. у том смислу судску праксу цитирану код Рушнов-Посиловића: н. д., с. 302

(3) Рушнов-Посиловић: н. д., с. 303. У том смислу и Стеван Јакшић: Облигационо право, општи део, III допуњено и прерађено издање, Сарајево, 1960, с. 139, и Михаило Вуковић: Обвезно право (опћи део), Загреб, 1953, с. 18.

(4) В. Р. О. Халфина: Договор в англијском грађанском праве, Москва, 1959, с. 285.

оно што су уговориле, а што није унето у тај уговор, уколико није с њим у супротности. Опште узансе, које се одликују решењима која су на линији новијих закона и тековина савремене правне науке, одступиле су, мислимо, у овом питању од тих својих одлика. Став Општих узанси у многоме се приближава старијем схватању израженом у § 887 АГЗ које је углавном напуштено (5).

Поред законодавстава, и у теорији је од неких аутора брањено становиште да сви елементи уговора, како битни тако и споредни, морају бити обухваћени предвиђеном формом. Тако се сматра да у случају предвиђене форме „пропис о форми важи за правни посао као целину, тј. са свима споредним тачкама које се правнога посла тичу а не само за његове битне саставне делове. Према томе, и споредне тачке морају бити изјављене у прописаној форми, иначе остају без дејства. И кад је форма правним послом прописана, важи, у сумњи, правило да је форма потребна за све тачке правнога посла. Последица је тога да су споредне неформално углављене тачке ништавне, а услед тога може цео правни посао бити ништан, тј. у случају ако се из околности може утврдити да странке не би правни посао без тих споредних тачака ни предузимале. Али воља странака може бити и таква да и ове споредне неформално углављене тачке буду пуноважне, што се према околностима мора утврдити“ (6).

Супротно оваквом схватању, у нашој судској пракси заузето је становиште да се писменом формом морају обухватити само битни елементи уговора. Остали елементи уговора могу производити правна дејства иако нису унесени у писмену исправу. Тако Врховни суд НР Србије у образложењу једне своје пресуде закључује:

„По нахођењу Врховног суда све битне одредбе уговора о куповини и продаји земљишта и зграда морају бити писмене. У битне одредбе спада споразум странака о предмету купопродаје и цени. Међутим, у ове битне одредбе треба убројати и све оне које су међу странкама биле спорне и око којих је после нагађања дошло до споразума. Према томе, рокови исплате појединих рата су баш предмет нагађања међу странкама, па би за њих биле од највеће важности писмене одредбе уговора“ (7).

(5) Има аутора који у чл. 10 Општих узанси виде новије схватање теорије о овом питању. Тако Богдан Лоца: Питање ваљаности усмених утаначења која су у супротности са садржином писмено састављеног уговора о преносу земљишта и зграда, „Народна управа“, бр. 4—5, 1959, с. 217. О овом питању в. и Владимир Капор: Уговор о куповини и продаји робе према Општим узансама за промет робом, II проширено издање Београд, 1957, с. 22; Драгутин Кнежевић: О значају прописом или уговором предвиђеног облика уговора, „Економика предузећа“, бр. 4, 1956, с. 241; Капор-Антонијевић: Привредно право — послови робног промета, Београд, 1961, с. 40.

(6) Драгољуб Аранђеловић: О формалним изјавама воље, Београд, 1911, с. 60 и сл.

(7) Из образложења пресуде Врховног суда НР Србије, Гж 2762/58 (из архиве овога суда). Да предмет и цена као битни елементи уговора о купопродаји морају бити унесени у писмено када је реч о отуђењу земљишта и зграда показују и следеће судске одлуке: решење Врховног суда НР Хрватске, Гж 148/56 (из архиве овога суда); решење Савезног врховног суда, Рев. 307/60, Збирка судских одлука, књ. V, св. II, бр. 160; пресуда Врховног суда НР Србије, Гж 416/59 (из архиве овога суда); решење Врховног суда НР Хрватске, Рев. 468/60, „Наша законитост“, бр. 9—10, 1960, с. 67; решење Врховног суда НР Србије, Гж 3992/56 (из архиве овога суда); пресуда Врховног суда НР Србије, Гж 698/58, Збирка судских одлука, књ. III, св. II, бр. 265.

Изгледа да се став наше судске праксе о уношењу само битних елемената уговора у писмено може успешно бранити. Захтев законодавца да се код формалних уговора сви елементи обухвате предвиђеном формом није се могао нигде потпуно и доследно спровести. Он је или трпео бројне изузетке или био укидан. Стриктно спровођење тога захтева не спречава већ управо повећава *mala fidei* код уговорних страна. Када је форма законом одређена, битни елементи уговора у принципу треба да буду обухваћени предвиђеном формом. То је минимум који странке треба да унесу у писмено ако је реч о писменој форми. Тешко је рећи да остали елементи који нису унесени у писмено *ipso facto* не важе. Не види се разлог зашто не би и они производили правна дејства ако нису у супротности са сврхом форме када и сама форма постоји управо због сврхе коју остварује код једног уговора. Ако је реч о уговореној форми, онда усмени споразуми странака производе правна дејства и допуњују садржину писмена.

3. Када странке после закључења формалног уговора споразумно мењају или допуњују његове елементе, поставља се питање да ли је и за доцније модификације уговора потребно испуњење оне форме која је предвиђена за његово закључење.

У неким случајевима закон изричито захтева да се све модификације уговора имају извршити у форми која је предвиђена за закључење тога уговора. Такво становиште усвојено је, на пример, у чл. 130 Закона о станбеним односима од 22 априла 1959; чл. 35 Закона о пословним зградама и просторијама од 22 априла 1959; чл. 35 Закона о својини на деловима зграда од 22 априла 1959; чл. 34 Основног закона о стипендијама од 13 јула 1955.

Швајцарски закон о облигацијама у чл. 12 предвиђа: „Ако је за неки уговор форма прописана законом, тај пропис важи и за сваку измену уговора, изузев допуњавања узгредних одредби, које не стоје у противречности са исправом“. У том смислу су и Грчки грађански законик (чл. 164) и Шпански грађански законик (чл. 1219).

Опште узансе за промет робе у чл. 8, ст. 2, предвиђају да за промене уговора који је по споразуму странака састављен у одређеној форми, није потребна одговарајућа форма, осим ако то није било посебно уговорено.

Судска пракса није јединствена у решавању овога питања. По пракси која изгледа да преовлађује, за измене и допуне формалног уговора захтева се такође испуњење одговарајуће форме. Ево неких ставова изражених у судској пракси у том смислу:

„Садржај писменог уговора о купопродаји земљишта и зграда не може се мијењати усменим споразумом, јер је таква промјена могућа такођер у писменој форми у смислу чл. 9 Закона о промету земљишта и зграда“ (8).

„У односу на рокове исплате купопродајне цене могу да важе само писмене одредбе уговора, а уколико су странке желеле да измене тај део уговора који говори о роковима, то су могле само писмено да учине“ (9).

(8) Из образложења пресуде Врховног суда НР БиХ, Гж 1001/58 (из архиве овога суда).

(9) Из образложења решења Врховног суда НР Србије, Гж 2782/58 (из архиве овога суда).

„Било би неправилно да се пракса руководи правилом да усмени уговор не важи уколико се разликује од писменог уговора о истом предмету. Нема никаквог разлога не признати пуноважно дејство сагласној вољи странака о узајамним правима и дужностима када је воља изјављена усмено и као допуна писмено састављеног уговора осим, кад и уколико закон одређује да је усмени уговор без дејства“ (10).

У нашој правној литератури неки аутори заступају становиште да све измене формалног уговора треба вршити у одговарајућој форми. Разлог се види у томе што би се „изиграла улога форме, нарочито оне која је предвиђена прописом, ако би се прихватило као правилно становиште да је могуће да се мења односно допуњава један писмено закључени уговор са одвојеним усменим споразумом [...]. Странке не смеју да забораве да не могу без формално изражене воље да мењају једанпут утврђене елементе своје сагласности [...]. Изгледа да је прихватљивије становиште да сви, и битни и небитни елементи уговора, могу да се мењају на исти начин као што су и стипулирани тј. писмено. Изузетно, што може евентуално да се дозволи, са малом скепсом, то је да странке могу са каснијом усменом погодбом да допуне уговор у односу на неки раније пропуштени небитни елемент“ (11).

Изгледа да аргументи овога схватања нису такви да га у потпуности оправдавају. Ако се већ полази од сврхе форме, што је чини нам се у основи правилно, зашто се уопштава закључак да би свака усмена измена уговора нужно „изиграла улогу форме“. Мислимо да у овом питању треба пре свега правити разлику између законске и уговорене форме. Ако је реч о уговореној форми, онда се и неформалном сагласношћу могу вршити допуне и измене свих елемената уговора јер је и сама форма резултат воље самих странака. Када је, дакле, форма одређена сагласношћу воља, онда се она истом сагласношћу може допуњавати, мењати или укидати. Сматрамо да се и у случају законске форме не би увек, у сваком случају, могло прихватити схватање да се доцније модификације морају вршити у одговарајућој форми. Форма не би била потребна и за допунске и споредне одредбе ако оне нису у супротности са битним елементима. Поред тога, ако се законском формом у једном уговору претежно заштићују интереси једне уговорне стране, онда би се и неформалном сагласношћу могао мењати уговор у смислу смањења обавезе те стране, наравно уколико законом није што друго предвиђено у конкретном случају. Тако, на пример, ако би после писмено закљученог уговора о јемству (§ 1346 новелираног АГЗ, § 766 Немачког грађанског законика, § 272 Грађанског законика НР Мађарске) поверилац усмено извршио делимичан отпуст дуга према јемцу, модификација уговора била би пуноважна јер се том формом заштићују интереси јемца. Неформална промена овог формалног уговора била би у складу са сврхом

(10) Из образложења решења Савезног врховног суда, Рев. 967/58 (из архиве овога суда).

(11) Асен Грулче: За формата кај договорите за отугување на недвижности „Правна мисла“, бр. 4, с. 21 и сл. Види и Драгољуб Аранђеловић: н. д., с. 61. У француској литератури в. René Demogue: *Traité des obligations en général*, t. I, Paris, 1923, p. 322.

форме јер се том променом уговора смањује обавеза дужника кога форма заштићује.

4. Споразум странака о битним елементима уговора некада не одговара ономе који је писмено изражен (12). Руковођене различитим мотивима, странке често свесно уносе у писмену исправу споразум о неком битном елементу који у ствари не одговара њиховој стварној вољи. То се нарочито примећује у уговору о купопродаји земљишта и зграда који се по чл. 9 Закона о промету земљишта и зграда мора закључити у писменој форми, кад странке у писмено уносе једну, обично мању цену, а усмено уговарају другу, обично већу цену (13). Поставља се питање какве су правне последице таквог уговарања (14).

Пракса наших врховних судова не показује уједначен став у решењу овог питања. Примећују се три различита становишта.

По једном, пуноважна је само она цена која је обухваћена писменом формом: усмено уговорена цена биће без правног дејства. То становиште усвојио је Врховни суд НР Србије у пресуди у којој се каже:

„По чл. 9 Закона о промету земљишта и зграда, уговор о преносу непокретности мора бити сачињен у писменој форми. У истој одредби предвиђено је да уговор који није сачињен у писменој форми не производи никакво правно дејство. То значи да о битним елементима уговора о куповини и продаји мора постојати писмени уговор. Пошто је један од тих елемената и купопродајна цена, има се сматрати да само писмени уговор може бити доказ како о њеном постојању, тако и о њеној висини. Пошто тужени тврди да је усмено уговорена већа цена него она која је унета у писмени уговор, усмени уговор у погледу вишка цене, и под претпоставком када би постојао, не би имао никаквог правног дејства“ (15).

По другом становишту, споразум о цени који су странке стварно хтеле, а који није утврђен писменом исправом, производи правно дејство. Ово становиште усвајају Врховни суд НР Словеније, Врховни суд АП Војводине и Врховни суд НР БиХ. Ево образложења једне пресуде која заступа то становиште:

„Разлика између фактички уговорене цене и куповне цене означене у писменом купопродајном уговору не може имати таква значаја

(12) Овде није реч о случају када до неподударања стварне воље и оне која је писмено изражена дође услед грешке у писању. У том погледу општеприхваћено је правило да се грешке у писању могу исправљати.

(13) Мада је чешћа појава да је цена у писмену мања а стварно уговорена већа; некада може бити и обрнуто. То ће, рецимо, бити случај када странке желе да изиграју правила о пречем праву куповине одређених лица као, на пример, у случају куповине стана као посебног дела зграде — чл. 38 Закона о својини на деловима зграда од 22 априла 1959.

(14) Задржаћемо се углавном на овом питању из следећих разлога: у судској пракси је ово питање врло спорно; његово решење могло би се односити и на неке друге формалне уговоре. Што се тиче привидно писмено израженог споразума о предмету као другом битном елементу уговора о купопродаји земљишта и зграда, судска пракса је јединствена. По општеприхваћеном становишту у судској пракси такав уговор не би био пуноважан. Споразум о предмету уговора који је обухваћен писменом формом морао би, дакле, одговарати стварној вољи странака. Предмет би морао бити тачно одређен али не и нужно обележен катастарским подацима.

(15) Из образложења пресуде Врховног суда НР Србије, Гж 698/58, Збирка судских одлука, књ. III, св. II, бр. 265. У том смислу и пресуда Врховног суда НР Србије, Гж 734/58 (из архиве овога суда).

да би због ње купопродајни уговор био без правне важности. Када се ради о куповној цени као једном од битних елемената купопродајног уговора, тада ако су се странке споразумеле о куповној цени и иста је у погледу висине фиктивно означена у купопродајном уговору, тада постоји споразум између уговорних страна у погледу свих битних елемената купопродајног уговора, али је за питање реалне висине купопродајне цене меродавна стварна воља уговорних страна. Дакле, ако је фиктивна само висина куповне цене тада то не може бити разлог да се купопродајни уговор прогласи без правне важности, већ напротив може имати само тај значај да се приликом спора у погледу исплате саме купопродајне цене не узима у обзир фиктивна висина куповне цене у купопродајном уговору већ напротив реална како су је странке стварно уговориле“ (16).

Најзад, по трећем становишту, у случају неслагања стварно уговорене цене и оне која је унесена у писмено, уговор је апсолутно ништав. Врховни суд НР Хрватске је на линији тога становишта (17). Пракса Савезног врховног суда се мењала (18), да би најзад у начелном мишљењу од 1962 био изражен став о ништавости уговора. Навешћемо неке важније делове овог начелног мишљења:

„Подразумева се да су се купац и продавац пре или у току са става писменог уговора претходно усмено договорили и о предмету који се продаје и о цени, као о битним тачкама уговора, па се споразум утврђује уговором у његовом писменом облику. Пропис закона о обавезности писменог уговора претпоставља да су странке обостраном сагласном изјавом воље постигле претходни споразум а правно дејство таквог споразума битно зависи од писменог облика уговора у који се уноси постигнути споразум.

„Уговор куповине и продаје постоји у писменом облику кад се странке (купац и продавац) споразумеју о предмету продаје и о цени па о томе потпишу писмену исправу у коју се уноси њихов споразум и о предмету продаје и о цени. Полазећи од значења речи у чл. 9 Закона о промету земљишта и зграда неизбежно се намеће закључак да се одредба закона „уговор мора бити писмен“ тиче уговора у целини и сваке тачке која је за постојање уговора битна (предмета продаје и цене). И законом предвиђена последица да „уговор који није закључен у писменом облику не производи никакво правно дејство“ тиче се и одредбе о предмету продаје и одредбе о цени. То значи да ниједна уговорна странка не може према другој судом остваривати право на чинидбу нити може бити судом обавезана на извршење чинидбе која није обухваћена уговором у његовом писменом облику. То је објашњење чл. 9, које произилази из значења речи и израза у њему.

„Нема никакве штете од оваквог објашњења чл. 9 Закона о промету земљишта и зграда. Посматрано са становишта општедруштвених интереса као и са становишта оправданих индивидуалних интереса никакве штете нема од тога што се послоник субјекти упућују да, следујући принудном пропису закона о обавезности писмене форме, своје уговоре закључују у писменом облику верно, према њиховом стварном споразуму, па да уговором куповине и продаје у његовом

(16) Из образложења пресуде Врховног суда АП Војводине, Гж 879/61, „Гласник адвокатске коморе АП Војводине“, бр. 12, 1961, с. 25. У то списку и решење Врховног суда НР Словеније, Гж 377/57, Збирка судских одлука, књ. II, св. III, бр. 631 и пресуда Врховног суда НР БиХ, Рев. 27/58 (из архиве овога суда).

(17) В. пресуду Врховног суда НР Хрватске, Рев. 468/60, „Наша законитост“, бр. 9—10, 1960, с. 67.

(18) Пресуда Савезног врховног суда, Рев. 126/59 (из архиве овога суда).

писменом облику изразе оно што је стварно уговорено и о предмету продаје и о цени, што представља битну садржину о узајамним правима и дужностима уговорника.

„Извесно је да оваква чврста оријентација праксе одговара не само слову закона него и друштвенопрактичном циљу ради кога је прописана обавезност писмене форме уговора. Супротно становиште знатно слаби ефикасност и умањује значај обавезности писмене форме. Оно се противи потреби друштвене заједнице да се у промету земљишта и зграда правни послови друштвено-правних лица између њих (којима се преноси право коришћења) и са носиоцем грађанске својине закључују на начин, под условима и под нарочитом контролом које посебно одређује Закон о промету земљишта и зграда и Закон о основним средствима привредних организација. Обавезност писмене форме у погледу свих битних тачака уговора и доследна примена законске одредбе да у противном уговор у целини не производи правно дејство обезбеђују потребну дисциплину у овој области промета.

„Несумњиво је интерес друштвене заједнице да се у области промета земљишта (пољопривредног, грађевинског и шумског) и зграда (станбених и пословних) без обзира у чијој су својини, обезбеди што већи степен стабилности у правним односима који настају на темељу закључених уговора. Томе, између осталог, служи одредба закона о обавезности писмене форме. Ефикасност ове законске одредбе била би знатно умањена ако би се о писменој форми судило тако да је она обавезна само у погледу одредбе уговора о предмету а не и у погледу одредбе уговора о цени за коју се продаја врши. Искуство је показало да баш око цене настају колебања и спорови који штете стабилности правних односа.

Правилно је, према томе, гледиште да уговор куповине и продаје у његовом писменом облику мора да обухвати како споразум о предмету продаје тако и споразум о цени те да уговор куповине и продаје не производи правно дејство ако у свом писменом облику не обухвата било споразум о предмету продаје било споразум о цени.

„Према околностима појединог случаја неће се одрицати важност уговора кад су странке, које су сачиниле уговор у писменом облику у битном верно према стварном споразуму, усменим додатком незнатно измениле писмени уговор о новчаним давањима“ (19).

5. Повећан број формалних уговора у нашем праву не негира владајући принцип по коме се уговори закључују *solo consensu*. Уговори за чије је закључење потребно и испуњење одређене форме представљају ипак изузетак од општег начела консенсуалности. Формални уговори у нашем праву постоје једино ако су законом или вољом странака предвиђени. Ако је форма уговора законом императивно предвиђена, нужно се поставља питање чему она служи. Решење законодавца да за неки уговор пропише форму *ad solemnitatem* и да га на тај начин изузме од начела консенсуалности може бити инспирисано различитим мотивима. Некада ће то бити само један тачно одређен мотив, а није редак случај да их буде и више, врло различитих по својој природи. Тако се форма некада законом прописује да би се у првом реду заштитили јавни интереси. Број формалних уговора са том сврхом све је већи у нашем праву јер је заштита јавних интереса од прворазредног значаја за системе у којима су друштвени циљеви наро-

(19) Начелно мишљење Проширене опште седнице Савезног врховног суда, бр. 2/62 од 17 априла 1962, „Правни живот“, бр. 4, 1962, с. 69 и „Југословенска адвокатура“, бр. 1—2, 1962, с. 77.

чито наглашени (20). Има случајева када се формом уговора претежно заштићују интереси самих уговорних страна, као што је случај уговорене форме, али исто тако и неких законских форми (21). У сваком случају не може се говорити о апсолутној и искључивој заштити једних или других интереса јер не постоји чврста граница која би категорички и врло прецизно раздвајала ове интересе. Зато ће у свакој форми уговора бити елемената заштите и појединачних и јавних интереса, али мислимо да је могуће говорити о приоритетној функцији форме у једном уговору у смислу утврђења заштите једних или других интереса (22).

Изгледа да би у питању важности усмених споразума при уговорима који су по закону формални и посебно у питању привидно изражене сагласности о висини цене у писменој исправи и усмено постигнуте стварне сагласности о цени у уговору о купопродаји земљишта и зграда, требало поћи пре свега од сврхе форме. Не треба никада губити из вида чињеницу да једино сврха односно циљ који се формом постиже објашњава и оправдава присуство формалних уговора у нашем законодавству. Дакле, сврха форме треба да представља основни критеријум за евентуално решење овога питања. Ако би усмени споразуми странака, при иначе поштованој писменој форми, били противни тој сврси, онда ти споразуми не би производили никакво правно дејство. Напротив, ако они нису у супротности са сврхом форме већ су управо у складу са њом, што није редак случај, тешко је видети разлоге да тада усмени споразуми не важе. Потребно је, дакле, у сваком конкретном случају испитивати сврху форме.

Форма уговора о отуђењу земљишта и зграда, предвиђена чл. 9 Закона о промету земљишта и зграда, има за сврху да првенствено заштити јавне интересе. Интереси уговорних страна заштићују се самом чињеницом постојања форме, што је, мислимо, од другоразредног значаја при анализи функције ове форме. Заштита јавних интереса огледа се у контроли промета непокретности у коме се примећују недозвољене трансакције, тј. појаве шпекулације; у спречавању прекорачења аграрног максимума ако је реч о земљишту или спречавању прекорачења одређеног максимума станбених просторија ако је реч о становима односно зградама; у контроли промета када непокретности прелазе из друштвене у приватну својину; једном речју, формом се штити сигурност правног промета која у области промета непокретности треба да буде нарочито наглашена. Интерес заједнице у последње време се повећао а не смањило. То нам најбоље доказује недавна измена чл. 57 Закона о промету земљишта и зграда у смислу поопштрења санкције

(20) Тако се формом претежно штите јавни интереси у уговорима стамбеног права, уговорима који имају за предмет основна средства привредних организација, уговорима о закупу пољопривредног земљишта, уговорима о имовинским односима између земљорадничке задруге и њених чланова, уговорима о кредиту закљученим између банке и тражиоца кредита, итд.

(21) То су уговори регулисани Законом о наслеђивању (уговор о доживотном издржавању, уговор о уступању и расподели имовине за живота, уговор о одрицању од неотвореног наследства, уговор о уступању наследног дела пре деобе), уговор о поклону, уговор о преносу ауторских имовинскоправних овлашћења, уговор о изабраном суду, итд.

(22) То би се, мислило, могло уочити упоређењем, на пример форме уговора којим се отуђује основно средство привредне организације иностраном правном или физичком лицу и форме уговора о доживотном издржавању или уговора о поклону.

за лица која се баве препродајом земљишта и зграда или се баве посредовањем у промету ових непокретности (23), као и допуна Кривичног законика од 1 августа 1962 (24) по којој је недозвољено располагање становима или станарским правом предвиђено као посебно кривично дело. Поред тога, када је реч о промету пољопривредног земљишта, интерес заједнице се нарочито огледа у спровођењу законских одредби о пречем праву куповине које је установљено у корист одређених друштвеноправних лица у случају да се земљиште преноси између пољопривредних произвођача. Ако се имају у виду наведени законски текстови, без сумње се закључује да је друштвени интерес знатно ангажован у промету непокретности и да се он путем форме уговора о отуђењу земљишта и зграда у одређеној мери штити. Сигурно је да се та заштита неће потпуно остварити само постојањем форме овога уговора. Међутим, питање квантума заштите путем овог средства правне технике ствар је законодавне политике, али несумњиво је да форма повећава могућност евиденције и контроле овога промета и на тај начин обезбеђује његову сигурност.

6. Становиште које је нашло израза у наведеној пресуди Врховног суда НР Србије по коме треба признати важност оној цени која је у писменој исправи назначена а одређи свако правно дејство стварној вољи странака тешко се може бранити. Такво становиште било би у директној супротности са сврхом предвиђене форме. Његово усвајање значило би признавање симуловане воље странака која се обично предузима ради изигравања неке законске обавезе. Такво становиште омогућило би једној странци да користећи или изазивајући заблуду код друге стране ужива још и судску заштиту, што би значило посредно утицање да се *mala fidei* странака не спречава већ управо повећава. Мада исприсиано тежњом да допринесе већој сигурности правног промета, ово становиште својом стриктном применом управо доводи до несигурности тога промета. Оно је, као што смо видели, у законодавству давно напуштено.

Становиште Савезног врховног суда и Врховног суда НР Хрватске о ништавости уговора пружа далеко више аргумената који би ишли у прилог његовог прихватања. У начелном мишљењу истакнути правнополитички разлози који би диктирали увођење чврсте дисциплине у уговорне односе када они имају за предмет одређена материјална добра, упућују мисли на могућност усвајања овога става. Међутим, ако се питање посматра са позитивноправног и теоријског гледишта, не може се до краја бити убеђен у исправност и целисходност решења које је добило места у начелном мишљењу.

Примењујући у основи правилан критеријум испитивања сврхе форме и утврђења заштите јавних интереса, и цитирањем начелном мишљењу и неким ауторима који су се бавили овим питањима, аутоматски се намеће закључак да би признавање усменог споразума странака о стварној висини цене било противно јавном интересу односно сврси форме. Тако се тврди

(23) В. чл. 1 Закона о изменама Закона о промету земљишта и зграда од 25 јуна 1962 („Сл. лист ФНРЈ“, бр. 30/62).

(24) В. чл. 226в Закона о изменама и допунама Кривичног законика од 1 августа 1962 („Сл. лист ФНРЈ“, бр. 31/62).

да „ако не пружимо заштиту уговорачима за усмена утаначења која су противна садржини писмено састављеног уговора о преносу земљишта и зграда, тенденцију за спекулативност не би омогућили, с тиме би је и сузбили“ (25).

Да ли се признавање правног дејства усмених споразума странака о висини стварно уговорене цене противи сврси форме предвиђене чл. 9 Закона о промету земљишта и зграда? Ако је реч о интересу заједнице да се спрече појаве спекулације у промету непокретности, онда се она сигурно неће спречити признавањем симуловане воље већ управо утврђењем стварне воље странака. Често се износи мишљење да су странке приликом уношења мање цене у писмену исправу мотивисане избегавањем фискалних обавеза које имају према друштвеној заједници. Ако је тако, онда је интерес заједнице управо да се установи права цена која је редовно већа од оне која је у писменој исправи назначена, па да се према њој одреде и одговарајуће фискалне обавезе. У том смислу се Врховни суд НР БиХ у образложењу једне своје одлуке сасвим правилно изражава речима: „Штавише, интерес је заједнице да се утврди права купопродајна цијена, те да финансијски органи наплате пуну преносну пристојбу“ (26). Међутим, и поред тога, још значајнија је чињеница што порески органи порез на промет непокретности не одређују на основу износа наведене купопродајне цене већ на основу посебне процене, независне од уговорне цене. Стога одређени фискални органи нису заинтересовани да ли ће уговорне стране у писменој исправи навести мању цену од оне коју су стварно уговориле.

У начелном мишљењу нарочито се инсистира на схватању да обавезност писмене форме у погледу свих битних елемената уговора обезбеђује потребну сигурност правног промета у овој области. Како је сврха писмене форме овога уговора без суње и обезбеђење потребне сигурности, поставља се питање да ли се та сигурност штити прихватањем становишта о ништаности уговора. Ми у то нисмо убеђени. Претпоставимо да је у потпуности извршен један уговор о купопродаји непокретности, у чијем писмену су странке привидно означиле мању цену а стварно уговориле већу цену. Продавац је непокретност предао у државину купцу а купац је исплатио стварно уговорену цену (27). Ако се прихвати становиште о ништавости уговора, свака уговорна страна (28) може из најразличитијих мотива (29) када год хоће (30) захтевати од суда да се утврди ништавост њиховог уговора јер се стварно уговорена цена није слагала са оном која је у писмену била назначена. То би, с једне стране, утицало на изазивање врло нездравих односа међу странкама, а с друге, уносило велику неизвесност и несигурност у области промета непокретности. Ми смо претпоставили да је та-

(25) Богдан Лоза: н. д., с. 219.

(26) Решење Врховног суда НР БиХ, Гж 989/60 (из архиве овога суда).

(27) Овакву ситуацију претпостављамо јер је она честа у пракси. Зашто странке томе прибегавају, да ли заиста имају неке користи од тога или је реч о навизи, стању свести, итд., друго је питање. Чињеница је да странке томе прибегавају и с тим се мора рачунати приликом расправљања овога питања.

(28) Вероватно и државни орган по службеној дужности јер је у питању апсолутно ништав правни посао.

(29) На пример, продавац је пронашао повољнијег купца или је купац пронашао на другој страни за исту или нижу цену непокретност која му више одговара или је у питању неки други мотив.

(30) Нападање апсолутно ништавих послова није везано за рок.

кав уговор потпуно извршен а облигације међу странкама угашене. Још лакше је претпоставити и већу неизвесност када је уговор закључен а није извршен. На тај начин би изгледало да би став изражен у начелном мишљењу који полази од сигурности правног промета „довео до потпуне несигурности у промету земљишта и зграда, иако је била управо сврха одредбе, да уговор на темељу којег се преноси земљиште или зграда мора бити начињен у писменом облику, како би се остварила сигурност тога промета“ (31).

7. У низу изнетих идеја изгледа да се намеће закључак да усмени споразум странака о висини цене у уговору о купопродаји непокретности у случају да се он не поклапа са привидно назначеном ценом у писменој исправи не противречи сврси форме овога уговора. Јавни интереси који представљају првенствену сврху постојања ове форме нису повређени ако се правно дејство призна стварној вољи странака о висини цене. Због тога би можда било боље усвојити становиште врховних судова НР Словеније, НР БиХ и АП Војводине у овом питању.

Међутим, и решење сутерирано начелним мишљењем Савезног врховног суда имаће не мало позитивног утицаја на расправљање овога питања у нашој судској пракси. И поред помало сколастичког решења (оно што је у писменом уговору не важи јер не одговара стварној вољи странака а стварна воља странака не важи јер није унесена у писмено), оно ће позитивно утицати *pro futuro* у смислу учвршћења уговорне дисциплине у области промета земљишта и зграда. Странкама ће унапред бити позната чињеница да њихов уговор неће производити никаква правна дејства ако у писмено не унесу стварни споразум о битним елементима уговора, што ће несумњиво утицати и на учвршћење одређене правне свести странака које закључују овакве уговоре. Доношење начелног мишљења значајно је и због тога што се у овој материји, која је дуже времена предмет различитих схватања, уноси више извесности у погледу оријентације судске праксе у конкретном решавању ових односа. Међутим, да се о питању ипак још може дискутовати показује нам, између осталог, и последња реченица начелног мишљења која донекле ублажује врло енергичан и чврст став који се примећује у целом тексту.

Др. Слободан Перовић

RÉSUMÉ

Effets juridiques des clauses verbales dans les contrats conclus par écrit

Quand on prévoit pour la conclusion du contrat, en vertu de la loi ou de la volonté des parties, l'accomplissement de la forme écrite (forme ad solemnitatem), en même temps s'imposent aussi les questions suivantes: la forme prévue doit-elle comprendre tous les éléments du contrat; pour modifier ultérieurement le contrat écrit, est-il nécessaire d'accomplir la forme prévue pour

(31) Бранко Вачала: Правни učinak привидно назначене куповне цене у писмено закљученом купопродајном уговору, „Одвјетник“ бр. 1—2, 1961, с. 29.

sa conclusion; quel est l'effet de droit du prix oralement convenu (d'ordinaire plus élevé) qui correspond réellement à la volonté des parties et de celui (d'ordinaire moins élevé) que les parties n'ont fixé qu'apparemment dans la rédaction écrite du contrat qui, ayant pour objet un immeuble, doit être conclu sous forme écrite selon la Loi sur le trafic de sol et des bâtiments de 1954. En donnant la réponse à la première question, contrairement à la conception exprimée dans le § 887 du Code civil autrichien, l'auteur considère que la forme écrite ne doit comprendre que les éléments essentiels du contrat. Il ne voit pas pourquoi d'autres éléments du contrat ne produiraient pas d'effets de droit qui ne sont pas compris dans la forme écrite s'ils ne sont pas en contradiction avec le but de la forme, étant donné que la forme même n'existe que pour le but qu'elle effectue dans le contrat. En ce qui concerne la forme de la modification du contrat, l'auteur considère qu'on peut toujours procéder à cette modification aussi en vertu de l'accord écrit des volontés. En ce qui concerne la forme légale, il faudrait procéder aux modifications ultérieures des éléments essentiels du contrat sous la forme correspondante, tandis que ce ne serait point le cas avec les clauses complémentaires et accessoires si elles ne sont pas en opposition avec les éléments essentiels. En ce qui concerne la question de l'effet de droit du prix verbalement convenu et de celui qui est formulé dans la rédaction écrite, l'auteur expose trois conceptions qui se sont cristallisées dans la pratique des cours suprêmes des Républiques ainsi que dans la pratique de la Cour suprême de Yougoslavie. C'est que, selon une conception, il n'y a que le prix compris dans la forme écrite qui soit valable, selon l'autre, il n'y a que le prix que voulaient réellement les parties, quoiqu'il n'ait pas été fixé dans la rédaction écrite, qui soit valable, et, enfin, selon une tierce conception, dans un tel cas, le contrat est absolument nul. C'est la conception de la Cour suprême de Yougoslavie. Pour donner la réponse à cette question, il faut — selon l'auteur — partir du but de la forme. Si les accords oraux, donc l'accord oral sur le prix aussi, étaient en contradiction avec le but de la forme prévue pour conclure le contrat, alors de tels accords seraient sans effet de droit. Au contraire, s'ils ne sont pas en contradiction avec ce but, il n'y a pas lieu que ces accords oraux ne soient pas valables. En ce qui concerne la forme du contrat d'aliénabilité des biens immeubles, l'auteur considère que l'accord oral sur le prix entre les parties ne serait pas en contradiction avec le but de la forme prévue par la Loi sur le trafic de sol et des bâtiments, et que, par conséquent, il faut donner raison aux tribunaux qui protègent au point de vue du droit l'accord sur le prix entre les parties, qui correspond réellement à leur véritable volonté, bien que cet accord ne soit pas compris dans la forme écrite.

ОДМЕРАВАЊЕ НОВЧАНЕ НАКНАДЕ НЕИМОВИНСКЕ ШТЕТЕ

1. Излагања о околностима од којих зависи одмеравање новчане накнаде неимовинске штете вишеструко су важна за теорију накнаде неимовинске штете. С једне стране она показују да судијина одлука о одређивању износа накнаде није акт његове чисте и ничим неупливисане воље већ један поступак који има своје закономерности и своју логику. С друге стране, кроз ова излагања се даље развијају поставке о правној природи накнаде неимовинске штете и прецизира начин на који накнада остварује своју сврху. Различита гледања на правну природу накнаде нужно се одражавају и на излагања о околностима које судија сме и треба да уважи приликом одмеравања износа накнаде.