

ОСВРТ НА НЕКЕ ОДРЕДБЕ ЗАКОНА О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА

У овом чланку осврћемо се на неке одредбе Закона о облигационим односима, посебно на оне од значаја за парнични поступак.

1. — *Делимична пресуда о тужбеном захтеву у спору у коме се тужени брани приговором пребоја.* — Скица проф. Константиновића предвиђа, као један од услова компензације, да свако од потраживања буде ликвидно, описујући то својство речима „то јест ако је за свако од њих извесно да постоји и колико је” (чл. 286). Ликвидност је претпоставка за пребој и по неким законима, а пре свега по Code civil-у (чл. 1291). Француска наука и пракса узимају да је потраживање ликвидно ако је одређено у погледу свог постојања и величине⁽¹⁾. Овај услов има своје оправдање у томе што тужени може чистом и јасном потраживању тужбе истаћи у пребој потраживање чије постојање није несумњиво, и тако тужиоцу отежати остварење његовог права кроз судски поступак. Скица ипак допушта компензацију и потраживањем које није ликвидно, „али за које се може лако утврдити да ли оно постоји и колико је” (судска компензација). У таквом случају суд може извршити пребијање за онај део тог потраживања чије постојање буде утврдио и одложити доношење одлуке о захтеву тужиоца док се не утврди постојање и количина остатка (чл. 297, ст. 1)⁽²⁾. У Француској је правило о судској компензацији уведено судском праксом^(2а). Ликвидност је услов за пребој и по Италијанском грађанском законнику, који ипак изрично предвиђа и могућност пребоја од стране суда⁽³⁾.

Поменути услов мора постојати и по Општем (Аустријском) грађанском законнику (§§ 1438, 1439). У науци и пракси се сматра да ликвидност треба да буде релативна, а то значи да је ликвидно оно противпотраживање о коме се може мериторно одлучити истовремено са одлу-

(1) Види: Josseland, Droit civil, II, 1939, № 939; Mazeaud, Leçons de Droit civil, II, № 1749, р. 921; Marty-Raynaud, Droit civil, Т. II, р. 686.

(2) Са становишта Закона о парничном поступку није јасно да ли суд треба да донесе делимичну пресуду за део тужбеног захтева који се одбија због извршеног пребоја. Овде се о том питању не расправља, пошто оно није од значаја за могућност доношења делимичне пресуде којом се тужбени захтев усваја у спору у коме тужени истиче компензациони приговор неликвидним потраживањем. Додајмо и то да се одредба ст. 2. чл. 297, иако је обухваћена поднасловом „Судска компензација”, примењује било да је противпотраживање ликвидно, било да га је ликвидирао суд.

(2а) Mazeaud, наведено дело, № 1151, стр. 922.

(3) ... „судија може изрећи пребијање за део дуга који призна постојећим, а може и обуставити осуду у погледу ликвидног потраживања истакнутог за пребој” (1243).

чивањем о потраживању тужбе. Практично, то значи да доказивање потребно да би се утврдило да ли постоји потраживање туженог не сме да траје дуже него доказивање у циљу утврђења да ли постоји потраживање тужиоца⁽⁴⁾. По наведеним параграфима ОГЗ-а, ако је приговор пребоја био одбијен због неликвидности, тужени је могао да за своје потраживање покрене парницу, али такво уређење је за њега значило упуштање у ризик нових парничних трошкова, које је имао да плати ако се у новом спору показало да потраживање не постоји или да друга страна није легитимисана. Осим тога, тужени долази у ситуацију да по осуди плати пре него што је постигао осуду друге стране која је могла бити инсолвентна. Полазећи, дакле, од тога да сваки тужени који истиче неликвидно потраживање не чини то у намери да развлачи поступак, Клајн је у § 391. Аустријског законика о грађанском парничном поступку преузео из одговарајућег немачког законика решење које треба да допринесе заштити интереса обеју странака у спору у коме је, ради компензације, потраживању тужбе противстављено потраживање које није ликвидно. Тежиште солүције је у томе да се тужбени захтев може у таквом случају усвојити делимичном пресудом. Ваља, међутим, одмах приметити да примени наведене одредбе о поступку има места само ако између два потраживања не постоји конекситет. Пошто суштину овог решења чини одвојено решавање о тужбеном захтеву, делимична пресуда није допуштена ако оба потраживања проистичу из истог конкретног правног основа (најчешће уговора), тако да се мериторном одлуком о једном условљава одлука о другом. Одвојено решавање о једном од два захтева могло би довести до противречних одлука.

Ако се, дакле, захтев тужбе показује у наведеној ситуацији као основан, суд може о њему донети делимичну пресуду којом се тужени осуђује на плаћање износа истакнутог тужбом, а расправљање о противпотраживању се наставља. Толнко је изрично речено у тексту § 391. ст. 3. поменутог законика. Тиме је по владајућем мишљењу отклањања из ОГЗ-а претпоставка ликвидности⁽⁵⁾. Као и у другим случајевима у којима је један од више захтева сазрео за мериторну одлуку пре других, тако и овде суд доноси делимичну пресуду ако се то, по његовој оцени, показује као економично и целисходно са становишта процесног права. Ванпроцесни разлози, ма колико говорили за делимичну пресуду, немају на ту оцену утицај. Изложено правило Законика о поступку допуњено је ставом науке и праксе о даљем току спора. Овај се завршава коначном пресудом (осим ако тужба не постане недопуштена због недостатка неке процесне претпоставке). Коначна пресуда изриче постојање или непостојање противпотраживања или одбијање компензационог приговора. Ако се том пресудом тужениково потраживање утврђује као постојеће, у коначној пресуди треба такође изрећи у коликом се обиму

(4) Види Ehrenzweig, System II/1, 1928, S. 335.

(5) Види Bettelheim, Kommentar zum ABGB herausgegeben von dr H. Klang, 1498, S. 513. Fasching изражава сагласност са једним новијим схватањем (Körpung), по коме је услов ликвидности отклоњен само у ситуацијама у којима Закон о парничном поступку омогућује делимичну пресуду, али тај услов постоји и даље за друге ситуације (Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, III Band, 1966, S. 582).

потраживање тужбе, признато делимичном пресудом, угасило услед пребијања⁽⁶⁾. У коначну пресуду уноси се и изрека о парничним трошковима. За одлуку о противпотраживању меродаван је тренутак закључења главне расправе о потраживању тужбе о коме се решава делимичном пресудом. Не упуштамо се у даље приказивање аустријског права, посебно не износимо ставове науке и праксе о поступку поводом жалбе против делимичне пресуде о потраживању тужбе, пошто се ограничавамо на питање могућности посебног одлучивања о том потраживању у спору у коме је тужени у своју одбрану истакао пребој. Додајемо само то да делимична пресуда може бити принудно извршена док још тече расправа о постојању противпотраживања, дакле у време у које још није извесно да ли ће тужиоцу коначно припасти потраживање које му је делимично пресудом досуђено. Супротно бројним одлукама, у аустријској науци преовлађује становиште да се у извршном поступку може издејствовати одлагање извршења делимичне пресуде, док се о противпотраживању наставља расправљање. За овакав став наводи се следећи аргумент: ако се одлагање омогућује на основу опозиционе тужбе, засноване на чињеници која је наступила после настанка извршне исправе (извршног наслова), мора се узети да је одлагање могуће и због приговора који је истакнут још у току поступка из кога потиче извршна исправа⁽⁷⁾. Можда ће се приметити да се делимичном пресудом много не добија ако се њено извршење може одложити у случају компензационог приговора. Јер, њен смисао је управо у томе да поверилац што пре наплати своје несумњиво потраживање. На то се може одговорити да за одлагање није довољно то што дужник приговара пребој, него је увек потребно да дужнику прети знатнија штета ако извршење не буде одложено. Даље, ако је потребно, суд ће одлагање изрећи уз јемство. Најзад, под претпоставком опасности од штете, може бити одложено и извршење делимичне пресуде на основу признања. Зашто под истом претпоставком не би могло бити одложено извршење делимичне пресуде у случају приговора компензације?

Ликвидност потраживања није потребна ни по немачком праву, у коме се она схвата на сличан начин као и у аустријском⁽⁸⁾. Али, и у немачком праву може се, у ситуацији коју смо изложили, о тужбеном потраживању донети посебна одлука коју Немачки законик о грађанском судском поступку назива пресудом под резервом одлуке о пребијању⁽⁹⁾. Таква пресуда се у погледу правних лекова и извршења сматра коначном пресудом. У погледу пребијања, за које је резервисана одлука, парница и даље тече. Уколико се у току даљег поступка покаже да је захтев тужиоца био неоснован, ранију пресуду треба укинути,

(6) Таква изрека није садржана у коначној пресуди којом се утврђује да противпотраживање не постоји, као ни у оној којом се приговор пре боја одбија.

(7) Fasching, ивадено дело, стр. 586.

(8) Enneser-Lehmann: „...ако би утврђивање противпотраживања одузело више времена него утврђивање тужбеног захтева“ (Recht der Schuldverhältnisse, 1954, S. 275). Ни Швајцарски законик о облигацијама не прописује да потраживања морају бити ликвидна. Грађански законик Мађарске НР (чл. 1959), РСФСР (чл. 229), Пољске НР (чл. 498) и Чехословачке СР (чл. 196) такође не предвиђају ликвидност.

(9) Das Vorbehaltsurteil — § 302 ZPO.

тужбичев захтев одбити и о трошковима супротно одлучити. Тужилац дугује накнаду штете која је туженом проузрокована извршењем пресуде или неком чинидбом предузетом да би се отклонило извршење пресуде. Захтев за накнаду трошкова тужени може истаћи у текућем спору. Ако је овај захтев стављен, сматра се да је о њему парница почела да тече у време кад је извршено плаћање или предузета чинидба.

Предратни југословенски грађански поступак од 1929. преузео је § 487. одговарајуће одредбе аустријског права, које су редактори допунили одредбама о поступку после доношења делимичне пресуде о тужбеном захтеву. По тексту југословенског законика, „ако суд нађе да се приговорена противтражбина не може уважити ради пребијања, онда ће коначном пресудом изрећи да се захтев ради пребијања одбије, а ако нађе да је противтражбина сасвим или од чести основана, онда ће коначном пресудом изрећи, да је делимичном пресудом досуђена тражбина у целости или од чести пребијањем измирена.”

У погледу ликвидности као услова за могућност пребоја, послератна пракса није била једнообразна, али је, нарочито у поступку при привредним судовима, преовлађивало становиште да се може компензирати и неликвидним потраживањем⁽¹⁰⁾. Доношењем Закона о облигационим односима отклоњена је свака сумња. Као услови за компензацију наведени су узајамност и доспелост потраживања, као и њихова истородност и исти квалитет, али не и ликвидност. Међутим, Закон о парничном поступку од 1956. говори о могућности доношења делимичне пресуде ако је у спору у коме је поднесена противтужба захтев једне странке сазрео за одлуку пре захтева друге странке. О могућности доношења делимичне пресуде којом се усваја захтев тужбе кад се тужени брани приговором компензације, у ЗПП-у није ништа речено. По једном мишљењу, које се може сматрати владајућим, таква могућност не постоји јер је Закон не предвиђа⁽¹¹⁾. Исти став заступа и судска пракса⁽¹²⁾. По другом мишљењу, може се донети делимична пресуда о тужбеном захтеву, али не и о приговору компензације. Ако суд одлучи да донесе ту пресуду, настављање поступка о приговору пребоја зависио би од тога да ли ће тужени тај приговор заоденути у форму тужбе. Уз ово мишљење упућује се критика владајућем гледишту, које свој аргумент налази у том што ЗПП не прописује изрично могућност делимичне пресуде у спору у коме се тужбени брани компензацијом. У критици се поставља питање да ли интерпретација владајућег становишта, које не води рачуна о конзистентности суштине процесног спис-

⁽¹⁰⁾ У том смислу Врховни привредни суд у одлукама Ст. 340/57 од 13. 5. 1957. (Правни живот 1957/11—12) и Ст. 668/67 од 8. 6. 1967. (Информатор бр. 1412 од 20. 9. 1967. и Наша законитост 1967/6). Исти став заступа и Врховни суд АПВ у одлуци бр. Гж 87/1955. Гласник Адвокатске коморе АПВ 1958/8. Супротно Врховни суд Југославије у одлуци Гз 48/64 од 2. 6. 1964. (Правни живот 1964/5).

⁽¹¹⁾ Јухарт, Грађанско процесно право, 1962, стр. 425. Исто и Јанковић и др., Коментар Закона о парничном поступку, стр. 387.

⁽¹²⁾ Види одлуке Врховног суда Југославије Рев. 3652/63 и Рев. 3653/63, Врховног суда Србије, Рев. 405/65 и Вишег привредног суда у Београду Пж 1335/74 (Јанковић и др., Коментар ЗПП-а, 1977, стр. 387. и 388). За могућност делимичне пресуде о тужбеном захтеву у случају о коме дискутујемо изјашњава се Марковић, Грађанско процесно право, I/2, 1971. (скрипта), стр. 286.

тема као синтезе разноврасних правозаштитних постулата, помаже или одмаже његовој ефикасној примени. Истовремено се критички указује на то да би инсистирање на становишту о немогућности изрицања делимичне пресуде могло неосновано и штетно по опште процесне интересе и интересе тужиоца, погодовати несавесним дужницима, који би могли истицати имагинарне компензационе приговоре. Нема разлога да се тужени фаворизира само због тога што је своје компензационо потраживање истакао у облику приговора, а не у виду самосталног тужбеног захтева⁽¹³⁾. Упркос убедљивости изложених критичких замерки, мислимо да решење које се даје другим мишљењем треба ценити *de lege ferenda*. Одредбе ЗПП-а не пружају основ за закључак да суд може донети делимичну пресуду о тужбеном захтеву и наставити исти поступак расправљањем и одлучивањем о приговору компензације⁽¹⁴⁾. Али, несумњиво је да такво уређење није целисходно и да је требало да буде измењено. Закон од 1976, међутим, није у то стање унео промену. Тужилац мора и убудуће, да би остварио своје портаживање, увек да чека да се расправи и о противпотраживању.

2. — *Прекомерно оштећење*. — Професор Константиновић је у чл. 107. Скице преузео установу *laesio enormis* из старог права. Одговарајуће одредбе ушле су у чл. 139. Закона о облигационим односима, али са значајном изменом: однос вредности узајамних обавеза није аритметички одређен. Битно је да је у време закључења уговора постојала очигледна несразмера између тих вредности⁽¹⁵⁾. Величину несразмера услед које је уговор непүноважан више не одређује закон, него суд. Овакво уређење је у складу са савременом тенденцијом повећања броја тзв. неодређених појмова, које суд својим одлукама конкретизује према околностима случаја. Препуштање суду да својом правном оценом одговори на питање да ли околности спора дају у свом резултату појам о коме се ради има овде, као и у другом спору у коме одлука зависи од оцене једног неодређеног појма, своје предности. Али, опасност од неједнакости поступања овде је већа, јер се очигледна несразмера једна квантитативна категорија. У предатном праву је задатак судије био лакши: ако је вредност обавезе била спорна, он је имао за дужност да је доказивањем утврди, дакле да одговори на једно чињенично питање.

Док се у Скици незнање за несразмеру не помиње, бар не изрично, дотле је оно у Закону наглашено. У том погледу редактори нису одступили од предатних законика⁽¹⁶⁾. Међутим, редакција Закона није срећна, јер текст упућује на закључак да је незнање претпоставка за настанак права на поништај. То значи да би оштећени требало да сноси терет доказивања своје заблуде о вредности обавеза. Он би, другим речима, морао да доказује једну негативну чињеницу. Исправно је обрнуто: знање за несразмеру је чињеница која спречава настанак права на

⁽¹³⁾ Трива, Грађанско парнично процесно право, 1978, стр. 475.

⁽¹⁴⁾ Не треба изгубити из вида ни то, да кад би таква могућност постојала иако није изрично предвиђена, онда би одредбе прадатног југословенског (аустријског) и немачког права, које ту могућност прописују, биле сувишне.

⁽¹⁵⁾ Немачки грађански законик говори у одредби о зеленашком уговору о упадљивој несразмери (*auffälliges Missverhältnis* — § 138).

⁽¹⁶⁾ Види §§ 559. и 560. СГЗ и §§ 934. и 935. ОГЗ.

поништај. Према томе, на туженог пада терет доказивања да је тужилац за несразмеру знао⁽¹⁷⁾. Установа прекомерног оштећења разликује се од предатних правила још и по томе што се она примењује и на уговоре привредног права. По Скици, одредбе о прекомерном оштећењу не примењују се на те уговоре. У аустријском праву трговачки посао не може по овом основу да нападне она уговорна страна за коју посао није трговачки⁽¹⁸⁾.

Посебну пажњу привлаче нека процесна питања. Пре свега, ваља истаћи да тужени својом понудом допуне до обичне вредности врши једно своје факултативно овлашћење, утврђено законом⁽¹⁹⁾. Не ради се, дакле, о тужничевом праву избора између поништаја и одржања уговора на снази, па ни тужбени захтев не треба да садржи такву алтернативу. Тужилац треба да тражи поништај, а туженикова је ствар да ли ће ставити понуду. Уз поништај, тужилац-продавац може да захтева и повраћај ствари коју је већ предао. Закон говори о поништају уговора. Тиме је речено да оштећена страна истиче несразмеру вредности тужбом. Приговор се, као други вид у коме се износи непуневажност уговора, у законском тексту не помиње, али је несумњиво да он стоји на располагању оштећеној страни кад је она тужена. (Ни у одредбама о рушљивом уговору приговор се не помиње, а ипак је он средство којим се редовно истичу недостаци таквог уговора.) И у случају истисцања поменутог несразмере приговором, уговор може да одржи на снази тужилац, а не тужени. То значи да оштећени купац, тужен за остатак куповне цене, не може позивајући се на одредбе о прекомерном оштећењу, да изјави да оно што је платио одговара вредности купљене ствари коју он хоће да задржи, а да остатак цене, као вишак преко обичне вредности, ускраћује.

Следеће питање тиче се тренутка до кога тужени може да стави понуду. У аустријској науци је једнодушан став да он то може учинити до закључења првостепене расправе⁽²⁰⁾. Нисмо уверени да исти одговор треба дати и за југословенско право. Наиме, наведено мишљење одговара Аустријском законик у поступку, по коме се нови чињенични елементи одлучивања не могу изнети по закључењу главне расправе. Супротно томе, по југословенском праву жалба може да садржи нове чињенице и доказе, а промена у односу, настала изјавом којом се уговор одржава на снази, представља нову чињеницу. Отуда нам изгледа ближе Југословенском закону о парничном поступку да се понуда у циљу одржавања уговора на снази може дати и у жалби.

Ако тужени понуди изравнање разлике до обичне вредности, уговор је оснажен, па се захтев за поништај показује неоснованим. Тужена страна, уз оспоравање прекомерног оштећења, може да истовремено

⁽¹⁷⁾ Исти закључак може се извести и из текстова предатног права. Види параграфе цитиране у претходној напомени.

⁽¹⁸⁾ Ehrenzweig, наведено дело, стр. 335.

⁽¹⁹⁾ Није јасно зашто се у Скици и у Закону говори о понуди. Тужбеникова изјава није дата у циљу да буде прихваћена. Она дејствује саопштењем у поднеску или усмено на рочишту пред судом.

⁽²⁰⁾ Тако: Ehrenzweig, наведено дело, стр. 239; Gschnitzer, Kommentar zum ABGB (§ 934), herausgegeben von dr Heinrich Klang, S. 589).

или накнадно стави понуду за допуну разлике. Понуда је у том случају евентуална: суд је узима у обзир ако приликом већања и гласања нађе да несразмера у вредности обавеза одиста постоји и да представља прекомерно оштећење. Понудом је такав уговор конвалидиран. Тужилац треба да рачуна са могућношћу да понуда буде изјављена, те да, уз захтев за поништај, истакне и захтев за осуду на плаћање разлика ако дође до конвалидације. За изложено мишљење о садржају пресуде којом се утврђује постојање прекомерног оштећења говори законски текст, по коме уговор постаје пуноважан самом понудом, а не тек радњом доплате разлике⁽²¹⁾.

3. — *Јемство*. — За однос повериоца и јемца у Скици је усвојен принцип који даје већина старих европских закона, а који потиче још од четврте Јустинијанове новеле: поверилац може захтевати испуњење тек пошто је пре тога безуспешно покушао да се принудним путем наплати од дужника (чл. 1012). За наступање одговорности јемца није, дакле, довољно да поверилац опомене дужника. Потребно је да поступак принудног извршења према дужнику не доведе до намирења, што значи да поверилац мора да у парници издејствује извршну исправу⁽²²⁾. Редактори Закона о облигационим односима су ово решење отклонили и преузели став који је у погледу односа повериоца и јемца заузет у Општем грађанском законик: јемац може бити тужен ако главни дужник, на повериочеву судску или вансудску опомену, није испунио своју обавезу (§ 1355)⁽²³⁾. Док по Скици јемац одговара ако од дужника не буде наплаћено, дотле по ОГЗ-у одговорност јемца настаје ако дужник не

(21) У том смислу Gschnitzer тумачи § 934. ОГЗ, у коме је за туженог речено да може посао одржати на снази тиме што је спреман да накнади разлику до обичне вредности („das Geschäft dadurch aufrecht zu erhalten, dass er den Abgang bis zum gemainen Werte zu ersetzen bereit ist“). Исти аутор указује у коментару на то да се приликом припреме Законаика прво хтело да уговор буде оснажен плаћањем разлике, али је у коначни текст, уместо тога, ушло да се поништај спречава изјавом о спремности да разлика буде плаћена. Супротно томе, по Ehrenzweig-u, смисао цитиране одредбе је у томе да тужени може да уговор обезбави плаћањем. По истом аутору, суд треба пресудом да изрекне поништај, али да у изреку унесе став да тужени може на изложени начин одржати уговор на снази. И у Аранђеловићевом преводу ОГЗ-а речено је: „... Али друга страна може одржати посао тиме, што ће накнадити (дакле, платити, прим. Б. П.) недостатак до обичне вредности“. Врховни суд Хрватске је, схватајући на исти начин поменућу одредбу, својом одлуком Гж 489/66 од 17. 5. 1966, поништио уговор и осудио туженог на повраћај ствари. Истовремено, у изреку пресуде је унесен и став да тужени може да уговор одржи на снази ако доплати разлику до обичне вредности. У Српском грађанском законик, као услов за оснажење посла, прописано је плаћање тако што је речено да друга страна има право одржати уговор, ако оштећени допуну онолико колико до обичне цене недостаје (§ 559). Слично и хрватско издање ОГЗ-а: „... Али другој страни је слободно уздржати посао, надолупног онога, што не достаје до обичајне вредности“... Code civil предвиђа одржање уговора на снази понудом додатка (чл. 891, 1079, 1681). Види: Gschnitzer, Ehrenzweig, наведена дела: Mazeaud, Leçons II, № 221, р. 177; Аранђеловић, Аустријски грађански законик, 1922; Вуковић, Правила грађанских закона, 1961, стр. 767; Преглед судске праксе ВС Хрватске за 1966, олд. бр. 51.

(22) Ова солвција је прописана и у Code civil-у (чл. 2011), у Немачком грађанском законик (§ 771. BGB) и у Швајцарском законик о облигацијама (§ 495). Италијански грађански законик, напротив, прописује солвиторном нормом солидарно јемство. Уговорне странс, међутим, могу предвидети да јемац није дужан да плати пре саслушања главног дужника. У том случају, јемац, кога је поверилац позвао пред суд и који намерава да се користи предношћу саслушања, мора навести добра главног дужника која треба подвргнути извршењу (1944). Јемство је солидарно и по грађанским законикима РСФСР (чл. 204) и Польске НР (чл. 881). Исти смисао придајемо одредби § 272. Грађанског закона Мађарске НР, у коме је речено, просто, да се јемац обавезује да испуни обавезу у случају кад је дужник не испуни.

(23) Занимљиво је да је Српски грађански законик овде одступио од свог узора одредбом којом је речено да „... поверилац не може пре јемца тражити, док се не покаже, да главни дужник није могућан платити“ (§ 829).

плати. (Разуме се, и по ОГЗ-у може се уговорити да обавеза јемца настаје тек пошто извршни поступак према дужнику не доведе до остварења потраживања.)

Отклањајући покушај принудног извршења према повериоцу као претпоставку одговорности јемца, редактори Закона о облигационим односима су у извесној мери изменили правило преузето из ОГЗ-а. Наиме, по Законнику је довољна опомена, поверилац не мора да дужнику остави рок за накнадно испуњење. По Закону о облигационим односима, међутим, од јемца се може захтевати испуњење обавезе тек након што главни дужник не испуни обавезу у року одређеном у писменом позиву (чл. 1004. ст. 1) ⁽²⁴⁾. Треба узети да се и овде ради о примерном року, као и у чл. 126, 490, 576. Примећујемо да Закон на неким местима говори о разумном року (чл. 129, 489, 493, 509). У Закону није дефинисан ни један ни други. Иако су употребљени различити термини, није неумесно поставити питање да ли се овде ипак ради о једном истом појму ⁽²⁵⁾. Поверилац које је тужио јемца мора доказати да је дужнику оставио рок. На јемца пада терет доказивања да је дуг плаћен.

Ако се упореди решење које за однос повериоца и јемца даје скица са решењем из Закона, намеће се закључак да је по овом другом положај јемца далеко тежи. И обратно, поверилац ће по Закону неупоредиво лакше остварити своје потраживање, него у оним правима у којима он мора да води парницу и да покуша извршење према дужнику. Прихватајући правило ОГЗ-а, редактори Закона дали су превагу интересима повериоца. То је решење које се са становишта правне политике може бранити, али оно није без замерке. Наиме, примерач рок може бити сасвим кратак, поготово ако се има у виду да се јемство најчешће даје за новчане обавезе. По истеку тог рока, поверилац ће једном тужбом да обухвати и дужника и јемца, управо као да се овај други обавезао и као платац. Дакле, отклањајући покушај претходне принудне наплате од дужника као претпоставку за одговорност јемца, Закон чини практично готово безначајном разлику између оног јемца коме на располагању стоји *beneficium excussionis* и онога који одговара као платац (солидарно — чл. 1004. ст. 3).

На крају, треба се са неколико речи осврнути на однос одредаба о јемству по Закону о удруженом раду и одредбе Закона о облигационим односима, по којој јемац за обавезу насталу из уговора у привреди одговара као јемац и платац, ако није што друго уговорено (чл. 1004. ст. 4). Ова одредба се, као општа, не примењује на јемство по Закону о удруженом раду. То јемство утврђено је самоуправним споразумом о удруживању, као супсидијарно или као солидарно (чл. 251 — 264). Према гоме, могућно је замислити да ће организација као јемац, у складу са самоуправним споразумом, одговарати супсидијарно и за обавезу насталу из уговора у привреди. Међутим, Законом о удруженом раду није искљу-

⁽²⁴⁾ Сличну одредбу садржи и Грађански законик Чехословачке СР: јемац је дужан да испуни дуг, ако га не испуни дужник мада га је на то поверилац писмено позвао (§ 54).

⁽²⁵⁾ Израз „примерен рок“ одговара немачком термину „eine angemessene Frist“, док је „разумни рок“ превод француских речи „un délai raisonnable“.

чена могућност да организација уговором одступи од оног вида јемства који је самоуправним споразумом предвиђен и да прихвати други вид. Она се, дакле, уговором може обвезати на солидарну одговорност уместо супсидијарне и обратно. Ипак, одредба чл. 1004. ст. 4. може доћи до примечне у случају у коме организација удруженог рада узима на себе јемство за обавезу друге организације са којом не стоји у односу самоуправног удруживања рада и средстава. Одредбе чл. 1004. важе и за јемство оних субјеката који у погледу примене Закона о удруженом раду нису изједначени са организацијама удруженог рада⁽²⁶⁾.

4. — *Приговор неиспуњења обавезе.* — Посебан осврт заслужује и одредба којом се, за случај успелог приговора неиспуњења обавезе из двостраног уговора, прописује да ће суд, примењујући принцип истовременог испуњења, туженом наложити да испуни своју обавезу кад и друга страна испуни своју (чл. 122. ЗОО). Али, такву пресуду суд доноси само ако тужени изрично истиче *exceptio non adimpleti contractus*. Чињеницу неиспуњења обавезе од стране тужиоца суд, дакле, неће узети у обзир кад се из процесне грађе види да је туженом стајала на располагању, а он ју, у циљу одбране, није употребио. (Неиспуњење обавезе може да се констатује и из излагања тужиоца.) Овај приговор тужени може да изнесе и у жалби. Ако он употреби и друга средства одбране, о неиспуњењу обавезе суд расправља тек пошто се употреба тих других средстава покаже као неуспешна. Принцип забране *reformatio in peius* не допушта да пресуда, којом је приговор неиспуњења обавезе усвојен, буде по жалби туженог потврђена, али тако да осуда туженог буде без ограничења. Супротно томе, таква осуда је могућна по жалби тужиоца против пресуде која узима да је приговор основан. Ако је тужени захтев одбијен, виши суд може пресуду преиначити тако што ће осуду туженог изрећи уз услов да тужилац испуни уговор или без тог услова. Најзад, пресуда којом је просто изречена осуда туженог може бити потврђена с тим да тужени има право да захтева истовремено испуњење обавезе тужиоца.

Ако се приговор туженог показује као основан, онда то значи да тужени није дао повода тужби. Из тога даље проистиче да је тужилац дужан да туженом накнади парничне трошкове, иако је тужбени захтев усвојен. Истина, тужени није дао изјаву о признању захтева, али из тога што је приговорно неиспуњење уговора, он је посредно признао да тужичево потраживање постоји (арг. чл. 157). Тужени дугује тужиоцу накнаду трошкова проузрокованих неуспешном употребом других одбрамбених средстава.

Принудно извршење по пресуди којом је поменути приговор усвојен може да тражи само тужилац. Јер, осуда коју та пресуда садржи изречена је само у његову корист. Другим речима, испуњење обавезе

⁽²⁶⁾ Питање како треба протумачити одредбу ЗУР-а о супсидијарној одговорности (чл. 264. ст. 2), излази из оквира ових разматрања. Изгледа да речи „само ако је без успеха покушао да потраживање намири од главног дужника“ ваља разумети тако да се за одговорност супсидијарног дужника не тражи претходни покушај принудног намирења према главном дужнику, јер се о принуди у тој одредби не говори.

суд је наложио само туженом. У погледу оног дела пресуде у коме је изречено истовремено испуњење обавезе од стране тужиоца, ваља указати на значајну разлику између старог и данашњег права. По Закону о извршењу и обезбеђењу од 1930, осуда туженог уз истовремено испуњење обавезе од стране тужиоца имала је тај смисао да туженом припада право на истовремено испуњење, дакле, једно овлашћење од кога он може (не мора!) да учини употребу. Пошто се у време одлучивања о предлогу за извршење не зна да ли тужени хоће тим правом да се користи, суд је извршење дозвољавао и кад тужилац није приложио доказ да је своју противчинидбу извршио или да је испуњење те обавезе обезбедио. Тужени је у таквом случају био заштићен тиме што је имао право да тражи одлагање извршења, разуме се, под претпоставком да ће у противном претрпети штету (§§ 13. и 41. ЗИО). У Закону није било изрично речено, али је проистицало из природе ствари да је ток извршног поступка био решењем о одлагању заустављен све до испуњења обавезе од стране тужиоца. У Закону о извршном поступку од 1978. заступљено је друкчије схватање о правном карактеру испуњења тужичеве обавезе. Наиме, испуњење те обавезе је услов да би се приступило принудном извршењу према туженом. У Закону је то изрично и речено. Доследно томе, тужилац мора, да би издејствовао решење о извршењу, приложити предлогу за извршење доказ да је своју обавезу испунио или да је обезбедио њено испуњење (чл. 23. ЗИП). Нови закон даје, дакле, за случај осуде туженог уз истовремено испуњење обавезе од стране тужиоца исто решење као за случај да извршност зависи од које претходне чинидбе овлашћене стране⁽²⁷⁾. Ако се упореди решење које даје предатно право са решењем по данашњем закону, онда нам оно прво изгледа доследније. Јер, ако право тужениково на истовремено испуњење тужичеве обавезе парнични суд узима у обзир само кад то тужени хоће, тешко је видети зашто такво право извршни суд узима у обзир по службеној дужности.

5. — *Надлежност за спор о усклађивању уговора са самоуправни*
споразумом. — Закон о облигационим односима предвиђа право сваког учесника самоуправног споразума да захтева да уговор, закључен ради извршења споразума, буде са споразумом усклађен или, ако то није могуће, да се поништи (чл. 118. ст. 2). Поводом тога се поставља питање који је суд надлежан да потом захтву поступа — редовни или суд удруженог рада? Могу се бранити оба становишта. За надлежност редовног суда говори то што се ради о измени или стављању ван снаге једне уговорне одредбе, дакле, ради се о спору који се тиче једног имовинскоправног односа (чл. 1 ЗПП). Међутим, не сме се изгубити из вида да је уговор закључен ради извршења самоуправног споразума. А спорове који настану у спровођењу тог споразума решава суд удруженог рада, у случају у коме споразумом није предвиђена арбитража или други начин решавања спора (чл. 578. ст. 2. ЗУР). Ако се, дакле, поће

⁽²⁷⁾ У овом другом случају — који се односи углавном на судско поравнање — претходно испуњење обавезе од стране овлашћеног је било услов за дозволу извршења по предатном праву — § 12. ЗИО.

од тога да закључење уговора представља спровођење самоуправног споразума, онда је за поменути спор, као и за друге уговоре који се непосредно тичу тог споразума, надлежан суд удруженог рада.

6. — *Судски пенали.* — Закон о облигационим односима предвиђа овлашћење суда да изриче судске пенале. Ради се о новој установи, преузетој из француског права (*astreinte*). У науци, судски пенали се наводе као класичан пример за стваралачку улогу судске праксе. Изрицање пенала у сврху принуде на извршење новчане обавезе није непосредно предвиђено законским текстом, али је консакрирано одлукама Касационог суда и представља коначну тековину.

Редактори Закона о извршном поступку посветили су неколико одредаба судским пеналима (чл. 187). То је било неопходно да би се они разликовали од новчаних казни о којима се говори у чл. 225. ЗИП. Упооребење двеју принудних мера показује јасне разлике које међу њима постоје. Пенале суд изриче само на тражење повериоца, док се новчана казна примењује по службеној дужности као суштина принуде на испуњење једне неновчане обавезе коју може да испуни само дужник. Право на пенале припада повериоцу само за време до подношења предлога за извршење. Није, дакле, тачно кад се у ст. 1. чл. 187. ЗИП каже да се о пеналима одлучује у извршном поступку. Вероватно се хтело рећи да пенале изриче суд надлежан за одређивање извршења. Новчана казна — према ономе што је горе речено — изриче се решењем којим се одређује извршење, што значи у току извршног поступка. Пенали почињу тећи по истеку рока који је суд оставио дужнику. Они доспевају истеком сваког дана или друге јединице времена одређене од стране суда. Новчана казна се одређује у једном износу и доспева одмах по истеку рока. У случају накнадног испуњења суд може смањити своту пенала. Супротно томе, Закон не предвиђа могућност смањења новчане казне. Принудно извршење решења о пеналима спроводи се на предлог повериоца. Новчана казна се наплаћује по службеној дужности. Најзад, пенали се наплаћују у корист повериоца, док новчана казна иде у корист прихода друштвено-политичке заједнице.

Према приказаним правилима, две установе нису у противречности једна с другом. Али, наведене разлике, нарочито она која се тиче намене наплаћених износа, показују да између пенала и новчане казне постоји дубока разлика у схватању сврхе принуде у циљу испуњења једне неновчане обавезе. Са правним осећањем наше средине није у складу став по коме је примена принудне мере извор имовинских користи за повериоца. Ако је овоме стало до намирења, нека без одлагања тражи принудно извршење. У случају у коме он то не учини одмах, а сматра се оштећеним тиме што друга страна није ту обавезу испунила, онда има право на накнаду штете. Међутим, судски пенали — како је у Закону изрично речено — досуђују се независно од сваке штете. Супротно пеналима, примена процесне новчане казне, као и сваке друге казнене санкције, не може имати за последицу неко обогаћење повериоца. Укратко, тешко је објаснити зашто износи на које је дужник осуђен

пре извршног поступка иду у корист друге стране, а износи којима је кажњен пошто принудно извршење буде покренуто иду у корист друштвено-политичке заједнице.

7. — Пуномоћје за закључење уговора о избраном суду у име организације удруженог рада. — Законом о облигационим односима није предвиђена установа прокуре, али је уведена појам пословног пуномоћја, које одговара трговинском пуномоћју у Скици проф. Константиновића (чл. 95. ЗОО, одн. чл. 72. Скице). Разлике између текстова су мале: Оно што је битно, то је да организација удруженог рада може овластити пуномоћника да закључује уговоре и обавља остале послове који су уобичајени у вршењу њене привредне делатности (пословни пуномоћник)⁽²⁸⁾. Али, за отуђење и оштећење непокретности, за преузимање обавезе по основу јемства или зајма и за вођење спора пословни пуномоћник мора имати посебно пуномоћје, што ће рећи такво које гласи на конкретан посао⁽²⁹⁾. Дакле, за закључење уговора о надлежности избраног суда — који нас овде посебно интересује — пословном пуномоћнику није потребно посебно овлашћење. Он може ту надлежност да заснује на основу општег овлашћења за закључење уговора и обављање осталих послова који су уобичајени у пословној делатности организације удруженог рада (чл. 95. ст. 1). За овакво законско решење вероватно је говорила тежња да се олакша уговарање надлежности избраног суда у односима између организација удруженог рада. Трећим правилом о пословном пуномоћју, такође преузетим из Скице, прописана је могућност да то пуномоћје буде ограничено на одређену врсту послова или на одређене послове, али таква ограничења имају дејство према трећем само ако је за њих сазнао или мора знати. Овај услов знатно умањује практичну вредност ограничења. То значи да ће организација удруженог рада бити везана уговором о избраном суду, закљученим од стране њеног пословног пуномоћника који на то није био овлашћен, осим ако докаже да је друга уговорна страна знала или морала знати да пуномоћнику недостаје овлашћење за закључење тог уговора.

За разлику од пословног пуномоћника, други пуномоћник организације удруженог рада мора за закључење уговора о избраном суду имати посебно пуномоћје (чл. 91. ст. 4). Овде редактори нису одступили од става који се може сматрати традиционалним⁽³⁰⁾. За решење прописано за пословног пуномоћника говори тежња да се олакша уговарање надлежности избраног суда у односима између организација удруженог рада.

⁽²⁸⁾ Са организацијом удруженог рада изрично је изједначено правно лице и појединачни члан радње (чл. 96).

⁽²⁹⁾ Поводом ових изузетака ваља приметити да је необично што је посебно пуномоћје прописано за заснивање меничне обавезе, јер је потписивање менице један од начина обезбеђења плаћања, другим речима, посао који данас спада у редовно пословање. С друге стране, посебно пуномоћје није потребно за поравнање, иако овај посао не спада у оне који су уобичајени у вршењу делатности организације.

⁽³⁰⁾ Специјално пуномоћје прописују: чл. 1008. ОГЗ и § 614. СГЗ. Исто и у француском и италијанском праву. Види: Mazeaud, Leçons, t. II, p. 120; Vecchione, L'arbitrato nel sistema del processo civile, 1971, p. 291.

8. — *Вансудско тумачење уговора.* — Пажњу привлаче и одредбе о вансудском тумачењу уговора (чл. 102. ЗОО). Оне нису преузете из Скице проф. Константиновића нити смо их нашли у грађанским законима страних земаља. Садржина тих одредаба је необична. У познатијим систематским приказима облигационог права не помиње се могућност да странке предвиде да ће трећи тумачити уговор ако међу њима не буде сагласности о његовом смислу и домаћају. О чему се у ствари ради? Протумачити уговор значи дати одговор на питање о правима која из њега проистичу. Суштина поменуће одредбе није, дакле, ништа друго него могућност закључења споразума којим се трећем лицу повећава да оно у случају спора утврди шта уговор каже о садржини и обиму права која на основу уговора припадају једној странци према другој. Редактори законског текста су, схватајући улогу трећег као тумачење и стављајући одредбу чл. 102. у одговарајући одсек, учинили њихов смисао мање приступачним.

Трећи о коме се у наведеном члану говори познат је у науци под називом арбитра. Његова функција се не састоји у одлучивању, и у томе је основна разлика између њега и арбитра (избраног судије). Арбитратор има за задатак да својим мишљењем одреди неки елемент одлучивања о коме се странке не слажу. Њему чак може бити поверено да одреди обим неке обавезе. У таквом случају он допуњава или замењује вољу странака⁽³¹⁾. За споразум о арбитратору није прописана форма. Пошто његов став нема карактер одлуке, него мишљења, не примењују се процесна правила о именовању арбитра или о поништају споразума о надлежности избраног суда. Против мишљења арбитра не могу се истаћи недостаци због којих има места тужби за поништај арбитражне одлуке (чл. 486. ЗПП). И, што је најзначајније, мишљење арбитра не може бити предмет извршног насила.

Најчешће, задатак арбитра је да утврди једну чињеницу. У таквом случају он даје одговор на питање на које се иначе одговор постиже доказивањем у поступку пред судом. Типичан пример је тзв. „квалитативна арбитража“. У одредби чл. 102. ЗОО нема се у виду тај случај, па се на њему нећемо задржавати⁽³²⁾. Дужност коју арбитратор (један или више њих) има по тој одредби састоји се у давању одговора на питање шта је смисао једне одредбе изрично унесене у уговор или, можда, да ли је једна одредба у уговору прећутно садржана. Пошто

(31) У пракси се може поставити питање да ли су стране хтеле да уговоре арбитражу ad hoc или мишљење арбитра. Такво питање може настати због тога што неке странке не разликују ова два појма, а поготово што се не служе одговарајућим терминима, па могу рећ „арбитража“ (избрани суд) употребити ради означавања споразума о мишљењу арбитра. У науци се као практично мерило за разграничење препоручује следеће: ако се задатак који је дат арбитратору не може у виду тужбеног предлога изнети са успехом пред суд, онда смо у присуству споразума о арбитражном мишљењу. У противном, ради се о уговору о арбитражи. Види: Fasching, Schiedsgericht und Schiedsverfahren im österreichischen und im internationalen Recht, S. 10.

(32) Ипак, примећујемо да пуноважност споразума којим се арбитратору поверава утврђивање спорне чињенице зависи од тога да ли су и у којој мери допуштени уговори који се тичу доказивања. Мишљења смо да принцип слободне оцене доказа у нашем праву странке не могу својим споразумом отклонити у поступку пред редовним судом. Исто и за аустријско право: Ehrenzweig, System I/1, 367; Pollak, System, p. 772. У новије време, начелно супротан став заузима Fasching, Kommentar, p. 11.

се одредбе уговора тичу права и обавеза странака, тумачење се практично своди на мишљење о томе која права и обавезе уговор предвиђа. Ову дужност треба разумети тако да арбитратор даје своје мишљење само о смислу спорне одредбе уговора, а не и о томе да ли је наступила околност од које зависи њена примена. Трећем лицу може, на пример, бити поверено да протумачи да ли је право једне стране везано за услов. Трећи није позван да да мишљење о томе да ли је услов наступио. Питање на које арбитратор-тумач треба по чл. 102. 300 да одговори је правне, а не чињеничне природе. Јер, суштина његовог задатка састоји се у извођењу закључака о правним последицама једног чињеничног стања. Под овим стањем треба разумети вербалну садржину уговора, било да је она међу странкама неспорна, било да је доказивањем утврђена⁽³³⁾.

Задатак арбитратора по чл. 102. разликује се и од дужности коју му странке поверавају по чл. 50 300. У првом случају арбитратор даје одговор о правним дејствима уговора, кад су та дејства међу странкама спорна. Другим речима, он треба да каже да ли из уговора једно право

(33) У страној науци не влада једнодушност о правној природи тумачења уговора. И ово питање излази из оквира излагања о чл. 102, па ћемо се на њему само узгред задржати. Оно има крупан практични значај, јер од одговора зависи допуштеност побјага другостепене пресуде. При томе није битно да ли правно средство којим се та одлука напада има, као у немачком, аустријском и италијанском праву, природу редовног правног средства или спада у ванредна, као у Француској или Југославији. Француски Касациони суд је још 1808. стао на становиште да тумачење уговора спада у област чињеничног утврђивања, те као такво није revisible. Овај став тумачи се тиме да основ за побјага другостепене пресуде може бити искључиво повреда закона. Касациони суд је позван да чува само закон, пазићи на његову једнообразну примену. Погрешним тумачењем уговора није повређен закон, него уговор (Josserand, *Cours de Droit civil*, 1939, № 241). Неправилна примена *Code civil*-а о тумачењу уговора није повреда закона, јер те одредбе имају, бар у колико се ради о допуштености побјага другостепене одлуке, природу препоруке, а не перфектних норми. Од горњег принципа пракса је допустила изузетке: Касациони суд контролише квалификацију уговора, дату од стране нижег суда. Он контролу обавља и тиме што не допушта да нижи суд, под извором тумачења, мења смисао јасне уговорне одредбе или, дајући превагу нејасној одредби, отклања примену јасне одредбе (*dénaturation*). Такође, ревизијом се може покренути и питање смисла једне одредбе у формуларном уговору или једне уговорне клаузуле која је у уговору садржана по сили закона (Mazeaud, *Leçons* II, t. II, p. 268. et s.; Marty-Raynaud, *Droit civil*, t. II, 1962, № 216, p. 197, et s. Види и Marty, *La distanciation du fait et du droit*, 1929, № 115, p. 214 et s., № 143, p. 293. et s.). Ни у италијанском праву се касациони рекурс не може поднети због нетачног тумачења уговора, што упућује на закључак да се ради о чињеничном питању (Zanzucchi, *Diritto processuale civile*, II, 1962, p. 274). У СР Немачкој је, поводом ревизије засноване на погрешном тумачењу уговора, Врховни суд био колебаљив. У новије време пракса узима да је тумачење правних послова ствар чињеничног утврђивања. Доследно томе, допуштено је ревизијом истаћи само да је судија нижег суда повредио законне логичког мишљења или законске одредбе о тумачењу уговора. Осим тога, ревизији подлеже тумачење типизираних правних послова, које судови, да би омогућили овај правни лек, изједначају с правним нормама. Ту природу пракса припада општим условима уговора, који важе на територији више земаљских судова, јер „само у том случају постоји опасност противречног тумачења”. У једном делу немачке науке се овај став прихвата без дискусије. (Тако, на пример, Rosenberg-Schwab, *Zivilprozessrecht*, 1969, p. 757). Други писци, међу којима неки упућују критичке замерке изложеном становишту, сматрају да је утврђивање смисла једне уговорне одредбе одговор на једно правно питање. (Види: Schönke-Schröder-Niese, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*, 1956, S. 407; Blomeyer, који истиче да Врховном суду недостаје системска доследност, али признаје да проблем још није до краја расветљен — *Zivilprozessrecht*, 1963, S. 568. и 569; Nikisch, који сматра да је питање о томе шта је изјављено чињенично, а питање да ли је изјава пуноважна и која дејства она има — правно питање, али да се једно од другог тешко може одвојити, па се залаже за ревизију у пуном обиму — *Zivilprozessrecht*, 1952, S. 495; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, *Kommentar* zur ZPO, II/4, 1 549, који свој став заснивају, углавном, на објективној теорији тумачења изјаве воље. О разлици између ове теорије и субјективне (тзв. класичне), по којој је мишљење тумачења утврђивање воље странака као психолошког феномена, дакле, као једне чињенице, види у југословенској науци Перовић. Тумачење обипаталних уговора — Правни живот, 1966/6. Аустријска наука и пракса узимају да је тумачење изјаве воље правно питање. Види Petschek-Stagel, *Der österreichische Zivilprozess*, 1963, S. 391; Pollak, *System*, II, 1931, S. 606; Sperl, *Lehrbuch*, I, S. 667.

проистиче, и под којим чињеничним претпоставкама, или колики је обим тог права. Његов посао није стваралачки, него декларативан, јер он казује шта је уговором предвиђено. У случају из чл. 50. арбитратор је тај који одређује обавезу која уговором није одређена ни изрично ни прећутно. Он својом изјавом замењује вољу странака. Његов задатак је стваралачки (конститутиван, правнопреображајни). Друга разлика је у ситуацији која настаје ако трећи не испуни своју дужност. Уговор у коме обавеза од стране трећег не буде одређена ништав је. Супротно томе, на пуноважност уговора нема утицаја одбијање арбитратора-тумача да да своју интерпретацију спорне одредбе.

Редакција чл. 102. није сасвим успела, јер није речено какав значај има мишљење арбитратора. Но, смисао не може бити други, него да су уговорне стране и суд тим мишљењем везани. Поводом тога може се поставити питање да ли се на тај начин обилази одредба о недопустивости уговарања изабраног суда *ad hoc* за спорове између домаћих правних субјеката (чл. 469. ЗПП). Наиме, прописујући обавезност арбитратора мишљења за суд, Закон у ствари препушта решење спора трећем. Овај, истина, формално није арбитар и не одлучује, али његово мишљење о питању од кога зависи исход спора представља прејудицијум за мериторну одлуку суда.

Мишљење арбитратора ипак није обавезно кад је очигледно нетачно. То ће нарочито бити случај ако се тим мишљењем вређа принцип савесности и поштења (чл. 12. ЗОО) или ако се закључак о његовој грубој нетачности намеће објективном познаваоцу уговорног права. Становиште арбитратора не везује ни ако је он прекорачио границе задатка. Поставља се питање да ли он мора омогућити странкама да се изјасне пре него што он да своје мишљење. Из обавезности тог мишљења намеће се потврдан одговор.

По једнодушном мишљењу у страној науци, на могућност покретања парнице нема утицаја то што мишљење арбитратора није прибављено. Одсуство тог мишљења не представља, дакле, процесну сметњу, те тужба неће бити као недопуштена одбачена, јер мишљење треба да садржи одговор на питање које се односи на материјалноправну страну спора. Уместо тога, суд ће по приговору друге стране одбити тужбени захтев као недоспео (преурањен). Ако арбитратор до закључења првостепене расправе одбије да да мишљење или отеже са испуњењем свог задатка или ма из ког разлога не може да га испуни, споразум о арбитратору губи дејство. Међутим, по чл. 102. ЗОО давање тумачења има значај једне процесне претпоставке. „Стране не могу покренути спор ... док претходно не прибаве тумачење уговора” — каже се у законском тексту. Од овог правила изузетак представља случај у коме треће лице одбија да да тумачење уговора. Тешко је видети зашто је у Закону усвојена таква солуција, јер се тумачење односи, као што смо рекли, на мериторну страну спора.

Мислимо да и у југословенском праву постојање споразума о тумачењу уговора од стране трећег суд узима у обзир само по приговору. У Закону није речено изрично да арбитратор даје тумачење писмено,

али се та форма намеће из тога што је недостатак тумачења сметња за покретање парнице. Ако тужени поднесе тумачење, поступак се даље развија. Ако он приговори да постоји споразум, али да тумачење није приложено тужби, онда тужилац долази у ситуацију да доказује да је споразум престао да постоји из неког од разлога који смо горе навели. Држимо да се доказивање ове околности предузима у циљу довођења до вероватности, а не до пуног убеђења суда.

9. — *Побијање дужникових правних радњи.* — Упоређење одредаба о побијању правних радњи дужника са правилима Закона о побијању правних дела изван стечаја од 1931, показује значајне разлике⁽³¹⁾. Једна се састоји у томе што је по закону од 1931. постојање извршне исправе било материјалноправна претпоставка за настанак права на побијање. Поред тога, по истом закону (којим је извршена рецепција одговарајућег прописа аустријског права) ово овлашћење припадало је повериоцу уколико извршење на имовини дужника није довело потпуног намирања тог повериоца или уколико се имало узети да до тога не би довело. Постојање извршне исправе је услов за постојање права на побијање дужникове радње и по немачком законодавству⁽³²⁾. Супротно томе, по Закону о облигационим односима, да би поверилац могао побијати дужников правни посао, не тражи се да је за своје потраживање издејствовао извршну исправу. У француском праву, у коме је паулијанској тужби посвећен само један члан⁽³³⁾, судска пракса и наука такође узимају да се повериочево потраживање не мора доказивати извршним насловом, али је потребно да ово буде извесно, ликвидно и доспело⁽³⁴⁾. Постојање извршног наслова се не помиње као услов за побијање ни у Грабанском законик у Пољске НР (чл. 527). За италијанско право заступљено је мишљење по коме потраживање чак не мора да буде ни ликвидно ни доспело⁽³⁵⁾.

Пошто постојање извршне исправе није материјалноправна претпоставка за настанак права на побијање, то се може поставити питање да ли противник побијања може оспорити постојање повероачевог потраживања. Он то несумњиво може учинити. При томе он може повериоцу противставити како оне приговоре који су стајали (или би стајали) на располагању самом дужнику, тако и оне које он (противник) изводи из сопственог права, као на пример да постоји преварни договор између повериоца и дужника, да овај није инсолвентан итд.⁽³⁶⁾

⁽³¹⁾ О тим разликама види подробно у чланку Б. Марковића „Побијање изван стечаја“ у другом тому Енциклопедије имовинског права и права удруженог рада, стр. 849.

⁽³²⁾ Види Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 1954, S. 887.

⁽³³⁾ Art. 1167. C. civ.

⁽³⁴⁾ Marty-Raynaud, наведено дело, стр. 723.

⁽³⁵⁾ Trabucchi, Istituzioni di diritto civile, 1966, p. 608 — 610.

⁽³⁶⁾ Марковић, наведени чланак, стр. 863. Овај аутор заступа исто мишљење и за претратно право у монографији „Право побијања изван стечаја“, 1935, стр. 131. Међутим, за право старе Југославије, као и за аустријско и немачко, горње питање заслужује дискусију, пошто у тим правима поверилац може са успехом да побија само ако за своје потраживање има извршну исправу. По једном мишљењу, које је изражено у немачкој научи, у основ права побијања не улази постојање повероачевог потраживања, него постојање извршне исправе за то потраживање. Јер, паулијанско побијање није ствар принудног извршења, него тражење пресуде којом то извршење треба да буде омогућено. Доследно томе, извршна пресуда о постојању повероачевог потраживања не дејствује у паулијанском спору

Посебно питање је како треба да гласи захтев паулијанске тужбе. Предратни југословенски закон садржао је одредбу да се у тужби мора навести у којем обиму и на који начин има тужени да нешто учини или трпи ради повериоачевог намиренога (§ 12), што указује на кондемпнаторни карактер тужбе. У старијој науци изражено је и мишљење да је тужбом обухваћен, испред захтева за осуду, захтев преображајне природе, управљен на то да се побијани правни посао пресудом лиши дејства у односу на повериоца (разуме се, у мери у којој је то потребно за његово намирено) ⁽⁴⁰⁾. По једном схватању, први од два захтева је декларативан ⁽⁴¹⁾. — Француски аутори говоре о повраћају вредности у имовину дужника (франдатора) ⁽⁴²⁾ ⁽⁴³⁾. Мислимо да овде повраћај треба разумети не као реални акт, него као стварање новог правног стања тиме што ће се отуђена вредност опет сматрати саставним делом имовине дужника као да из те имовине није ни изишла. У том смислу се у француској науци говори о паулијанској тужби као о ревокативној (а не о побојној). Њом се тежи пресуди којом се дужникова правна радња опозива у односу на повериоца. И у Скици проф. Константиновића употребљен је појам опозивања (чл. 227—232). — У савременој немачкој и аустријској науци узима се да паулијанска тужба садржи само један захтев, и он има за циљ осуду противника побијања да трпи извршење ради намиренога повериоца из оне вредности која је захваћена побијањем. Оваква формулација тужбеног захтева одговара праву повериоца да у имовину дужника буде враћено оно што је из ње изашло или није у њу ушло, као да никаквих имовинских промена услед дужникове радње или пропуштања није било. Другим речима, у погледу права на намирено повериоца треба да буде успостављена очаква могућност каква би постојала без дужникове радње или пропуштања. (Побијање у ствари није ништа друго, него истицање тог права, које може бити подмирено и тако што ће противник испунити повериоцево потраживање). Али, ако се због немогућности повраћаја у

својом правноснажношћу, него као чињеница, па противник побијања може да против потраживања изнесе само приговоре на којима би дужник могао засновати опозициону тужбу. Ако се извршна исправа састоји од судског поравнања, противник побијања оспоравањем потраживања доводи повериоца у ситуацију да доказује чињеницу из које потраживање изводи, док би он, противник, сносио терет доказивања чињенице која је спречила настапак потраживања или услед које се оно угасило. Осим тога, противнику се мора признати право да потраживање оспорава и тако што ће тврдити да су се поверилац и дужник договорили да својим процесним понашањем доведу до извршне пресуде којом ће бити омогућено да се противнику одузме оно што је по основу правног посла са дужником стекао. Дала последица схватања да основ побијања чини извршна исправа састоји се у томе да право побијања не прелази на сваког стипендијца потраживања према дужнику, него само на оног ко је потраживање стекао после наступања литиспенденције или после настанка извршне исправе о том потраживању (Rosenberg, наведено дело, стр. 885. и 886). Поводом овог мишљења, остављамо по страни питање да ли је поверилац овлашћен на побијање зато што му припада потраживање или зато што је за исто стекао извршну исправу. Остаје без одговора напомена зашто противник побијања не може да оспори тачност пресуде која има утицај на његов правни положај, а која је могла бити условљена дужниковим незнањем или пропуштањем.

⁽⁴⁰⁾ Ehrenzweig, наведено дело, стр. 713.

⁽⁴¹⁾ Марковић, Право побијања изван стечаја, 1935, стр. 138. и 139. Види на истом месту литературу која се односи на цитирану одредбу предратног права. Види и Марковић, Побијање изван стечаја, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, други том, стр. 864.

⁽⁴²⁾ Види: Josserand, наведено дело, № 700, стр. 438; Mazeaud, наведено дело, № 1001. и 1005, стр. 835. и 836; Marty-Raynaud, наведено дело, стр. 735. и 736.

⁽⁴³⁾ Оно што важи за обавезу повраћаја у случају отуђења, односи се и на пропуштања услед којих једна вредност није у дужникову имовину ушла.

натури захтева накнада у новцу, поверилац треба да тражи да трећи буде осуђен да му плати новчани износ до висине његовог потраживања. Таква осуда трећег лица треба да буде изречена и ако је дужник отуђио новац или ако је новчаним износом располагао на други начин који даје места побијању⁽⁴⁴⁾.

Као што је речено, у данашњем југословенском праву постојање извршне исправе за повериоцево потраживање није претпоставка за наставак права на побијање. Доследно томе, садржина паулијанске тужбе зависи од тога да ли је поверилац постигао извршну исправу. Ако је очигу исправу издејствовао, онда бисмо и за данашње југословенско право усвојили последње од изложених схватања: поверилац треба да тражи осуду на плаћање износа до висине свог потраживања, ако повраћај имовинске вредности у натури није могућ или ако се, као последица успелог побијања, раба обавеза противника на реституцију новчаног износа. Осудом на плаћање конзумира се извршење на том износу ради наплате онога што поверилац потражује од дужника. Ако је повраћај отуђене ствари могућ, захтев повериоца треба да гласи тако да је противник побијања дужан трпети принудно извршење у мери у којој је то неопходно за намирење повериоца. Посебно проглашење да је побијани правни посао без дејства према повериоцу није нужно. Оно је имплицитно у осуди. Сасвим је друкчија ситуација ако поверилац није издејствовао извршну исправу. Осуда противника на плаћање новчаног износа или на трпљење извршења није могућа, јер не постоји извршна исправа којом се утврђује потраживање повериоца према дужнику. Отуда је могућ само захтев за проглашење (да је правна радња дужникова, предузета према противнику, без дејства према повериоцу, у мери у којој је то потребно за његово намирење. До намирења може доћи тек пошто поверилац издејствује извршну исправу. За такав захтев паулијанске тужбе говори и текст Закона о облигационим односима⁽⁴⁵⁾. И одговарајући текстови Грађанског законика Пољске НР говоре о проглашењу правног посла неважним⁽⁴⁶⁾. Остаје још једно питање: је ли проглашење неважности декларативно или преображајно? Ми смо ближи овој другој природи. Јер, пресудом се уноси једна правна промена у стање настало радњом дужника. Промена се састоји у томе што се та радња не може истаћи према повериоцу, она према њему више нема дејства. Пресуда се, дакле, не ограничава на констатацију постојећег правног стања.

Б. Познић

(44) За немачко право тако Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts. 1954, S. 893. За аустријско право, слично: Fasching, Kommentar zur ZPO, III, S. 31; Petschek, Der österreichische Zivilprozess, 1963, S. 248. И Trabucchi за италијанско право узима да усвајање паулијанске тужбе допушта да се поднесе захтев за извршавање непосредно на добрима која су била долазно отуђена (Istituzioni di diritto civile, 1966, р. 610). Ово последње мишљење разумемо тако да се оно односи на случај у коме је поверилац стекао извршну исправу за своје потраживање. О трпљењу принудног извршења на ствари коју је дужник поклонно противнику побијања говори и одлука ВС Југославије Rev. 1572/65 од 27. 10. 1965, Збирка судских одлука 1965-3-322.

(45) Чл. 284: „Ако суд усвоји тужбени захтев, правна радња губи дејство“ ... итд.

(46) Види чл. 527, 528, 531, 533. и 534. истог законика.

РЕЗЮМЕ

Взгляд на некоторые предписания Закона об облигационных отношениях

Автор излагает свое мышление о некоторых предписаниях Закона об облигационных отношениях, применяя сопоставительно правовой метод. В вопросе положения поручителя он указывает на значительные перемены, состоящие в том, что ответственность поручителя возникает и тогда, когда кредитор предварительно не пытался взыскать долг по отношению к главному должнику. Автор рассматривает отдельные ситуации в судебном и исполнительном деле, возникающие по случаю приговора одной из договорных сторон, когда другая не выполнила договор. Принятие учерждения судебных наказаний из французского закона с целью принуждения к исполнению одного неденежного обязательства по присуждению, согласно мышлению автора, не соответствует правовому чутью югославской среды, так как наказания выносятся независимо от любого ущерба, который кредитор перетерпел, и все же в его пользу. Предписания о неполноценности договора из-за несоразмерности стоимости взаимных обязательств перетерпели перемены, состоящие, во-первых, в том, что договор является неполноценным из-за очевидной несоразмерности и не только потому, что ценность обязательств одной стороны не превышает половины ценности обязательств другой стороны. Такое упреждение навязывает проблему однообразного применения этого предписания в практике. Во-вторых, для договора не нужно, чтобы разница в стоимости была выплачена, но достаточно, чтобы сторона, в пользу которой существует несоразмерность, сделала заявление, что готова уплатить разницу. Особое внимание уделено предписаниям, предусматривающим возможность передачи толкования договора в договорными сторонами третьему лицу в случае, если содержание договора между ними является спорным. Мнение автора состоит в том, что Закон здесь имеет в виду установление арбитра, которому вменяется задание ответить на один юридический вопрос. По мнению автора, необычным является то, что Закон предписывает, что стороны не могут начать спор, пока предварительно не получат мышление в смысле спорного договорного предписания, кроме только, если третье лицо откажется дать толкование договора. В статье еще рассматривается возможность изречения частичного присуждения в споре, в котором обвиняемый защищается выдвижением ненадежного противейска компетенции в споре, который начат для того, чтобы договор, заключенный в целях проведения самоуправленияного соглашения, привести в соответствие с этим соглашением; полномочие для заключения договора о выбранном суде от имени организации объединенного труда; опровергание правовых действий должника некоторые другие вопросы.

A SUMMARY

Review of some Provisions contained in the Law on Obligation Relations

The author discusses certain provisions contained in the Law on Obligation Relations, applying the method of comparative law. In respect of the position of the warrantor, he points to the significant change which has taken place, in that the warrantor becomes liable even if the creditor has not previously made any attempt at forced settlement against the main (first) debtor. The author elaborates on certain situations arising in the lawsuit and executive (ready-to-be-carried-out) procedures, in view of the complaint of one contractual party that the other contractual party has defaulted on its contractual obligations. The adoption of the institute of court penalties from French law aimed at the enforcement of the execution (ready-to-be-carried-out) of a non-financial obligation according to the verdict of the court, in the opinion of the author, does not correspond to the legal sentiment of the Yugoslav society, because penalty sentences are passed out irrespective of any damage sustained by the creditor, but still in his favour. The provisions regulating invalidity of contracts due to the disproportion of value of mutual obligations have been changed to the effect that, firstly, a contract is invalid due to evident disproportion, and not only if the value of obligation of one contractual party does not exceed one half of the value of obligation of the other contractual party. The application of comparison of this kind imposes the problem of uniform implementation of this provision in practice. Secondly, for the convalescence of a contract it is not necessary for the difference in value to be paid, but it is sufficient that the contractual party in the favour of which the disproportion exists issue a statement of readiness to pay the difference. Special attention has been paid to the provisions containing the possibility (option) that the contractual parties may entrust a third party with task of interpreting the contract in cases when they are in dispute over the letter of this document. It is the author's opinion that the Law has in fact introduced the institute of arbitrator here, the ask of whom is to give competent answers to a legal question. In the author's opinion, it is unusual that the Law provides that the contractual parties cannot bring legal action (proceedings) in court until they have previously obtained an expert opinion on the meaning of the contractual provision in dispute, with the exception of the case when the third party has refused the task of interpretation of the contract.

The article further discusses the following questions: the possibility of a partial verdict being passed by the court in a lawsuit in which the defendant counters accusations with a motion of inliquid counter-demand in preference (list of preference); the competence for a dispute where the action has been brought for the purpose of the contract, concluded with the aim of carrying out the self-management agreement, being brought into accord with that agreement; the authorisation for the conclusion of a contract on the selection of a court on behalf of the organisation of associated labour; refutation of the debtor's legal actions and some other questions.

RÉSUMÉ

Exposé sommaire de quelques dispositions de la Loi relative aux rapports d'obligation

L'auteur s'est adonné à l'étude de quelques dispositions de la Loi relative aux rapports d'obligation, en appliquant la méthode de droit comparé. En ce qui concerne la position de la caution il attire l'attention sur un changement important, qui consiste en ce que la responsabilité de la caution prend naissance même si le créancier n'a pas essayé préalablement de réaliser l'arrangement coercitif avec le débiteur principal. — L'auteur examine certaines situations dans la procédure judiciaire et dans la procédure exécutoire, qui se manifestent à l'occasion de la présentation de l'exception d'une partie contractante que l'autre partie n'a pas exécuté le contrat. — L'adoption de l'institution des pénalités du droit français, dans le but de la contrainte à l'exécution d'une obligation non-monétaire d'après le jugement, selon l'opinion de l'auteur, ne correspond pas au sentiment juridique du milieu yougoslave, car les pénalités sont prononcées indépendamment de tout dommage que le créancier a subi, et néanmoins à son profit. — Les dispositions relatives à la non-validité du contrat à cause de la disproportion de la valeur des obligations réciproques ont subi des changements qui consistent en ce qui suit: premièrement, parce que le contrat n'est pas valable à cause de la disproportion évidente, et non seulement si la valeur de l'obligation d'une partie contractante ne dépasse pas la valeur de l'obligation de l'autre partie. Par un tel arrangement s'impose le problème de l'application uniforme de cette disposition dans la pratique. Deuxièmement, pour la validation du contrat il n'est pas nécessaire que la différence dans la valeur soit payée, mais il suffit que la partie contractante au profit de laquelle existe la disproportion déclare qu'elle est prête à payer la différence. Une attention particulière est consacrée aux dispositions par lesquelles la possibilité est prévue que les parties contractantes confient à une tierce personne le soin d'interpréter le contrat dans le cas que le contenu du contrat est litigieux entre eux. De l'avis de l'auteur, ici la Loi a en vue l'institution des arbitres, qui ont pour devoir de répondre à une question juridique. D'après l'opinion de l'auteur il est inaccoutumé que la Loi prescrive que les parties ne peuvent pas intenter le procès avant de connaître au préalable l'opinion relative au sens de la disposition contractuelle litigieuse, excepté si la tierce personne refuse de donner l'interprétation du contrat. — Dans l'article, de même, les questions suivantes sont discutées, à savoir: de la possibilité de l'adoption d'un jugement partiel dans le procès dans lequel l'accusé se défend en invoquant la contrevendication non liquide dans la contestation, de la compétence dans le procès qui est intenté pour que le contrat, conclu dans le but de la réalisation de la convention autogestionnaire, soit coordonné avec cette convention; de la procuration pour la conclusion du contrat relatif au tribunal arbitral au nom de l'organisation de travail associé; de la contestation des actes juridiques du débiteur ainsi que plusieurs autres questions.