

РЕАЛНИ УГОВОРИ НАКОН СТУПАЊА НА СНАГУ ЗАКОНА О ОБВЕЗНИМ ОДНОСИМА

1. До ступања на снагу Закона о обвезним односима (Сл. лист СФРЈ бр. 29/1978.) вриједио је у нас, како је познато, дуализам у регулирању привредног (у бившој Југославији трговачког) и грађанског права те се говорило о реалним уговорима у грађанском и реалним уговорима у привредном праву.

У грађанском праву су се реалним уговорима сматрали, полазећи од правила Опћег грађанског законика (кратко Огз), депозит, прекариј, посудаба, зајам и залагање. Реални уговори су према Огз-у и осталим грађанским законима из времена кодификације и каснијима они уговори за чије закључење је уз споразум потребна и предаја односно примитак ствари. И за даровање је потребна предаја (дароване ствари), али је био правоваљан и уговор о даровању без предаје ако је био састављен у форми судског акта.⁽¹⁾

Наведени реални уговори били су реални и у класичном римском праву с тим да се посебно наводи прекариј који се, како је знано, разликује од посудбе тиме што је код посудбе вријеме употребе унапријед одређено, док се код прекарија употреба ствари може опозвати прозивољно.

У нашем привредном праву сматрали су се реалним уговор о ускладиштењу, уговор о зајму, уговор о давању залога, који су произашли из одговарајућих грађанскоправних уговора и уговор о пријевозу ствари жељезницом на основу Закона о пријевозу на жељезницама (пречишћен текст у Сл. листу СФРЈ бр. 55/1965).

Разумије се, ако су субјекти привредног права склопили уговор о посудби (и прекарију) он је остао реалним као и у грађанском праву.

Прије него ли су у нашем праву били регулирани уговор о пријевозу ствари унутрашњим воденим путевима (дакле, прије доношења Закона о поморској и унутрашњој пловидби — Сл. лист СФРЈ бр. 22/1977) те уговор о пријевозу ствари у цестовном пријевозу (прије доношења Закона о уговорима о пријевозу у цестовном промету — Сл.

(1) У параграфу 943. Огз и параграфу 564. Српског грађанског законика (Сгз) за правоваљаност уговора о даровању без предаје ствари тражи се писмена форма. Међутим према рјешењу Врховног суда НР Хрватске Гж 204/52 од 25. III 1952. (објављеном у „Нашој законитости“, Загреб 1952. стр. 150) та је одредба постала беспредметном на основу параграфа 52. Закона од 11. IX 1930. и Одлуком о укидању јавних билежника од 17. XI 1944.

лист СФРЈ бр. 2/1974) и уговор о пријевозу ствари у зрачном промету (прије дочошења Закона о обвезним и материјалноправним односима у зрачној пловидби — Сл. лист СФРЈ бр. 22/1977), у нашој је литератури било мишљења да су ти уговори били реални. (2)

Аутори који су то тврдили засновали су своје стајалиште на проширеном тумачењу одредбе (тада важећег) Закона о пријевозу на жељезницама, према којој је уговор о пријевозу закључен кад отправна станица прими на пријевоз робу с товарним листом (члан 55. став 1).

Екстензивно тумачење ограничавајуће норме Закона о пријевозу на жељезницама односно примјена те норме на сличне уговоре није било основано, тим више што постоји и сличност тих уговора (о пријевозу ствари унутрашњим воденим путевима, у цестовном и зрачном промету) и с уговором о пријевозу ствари морем који се и темељем раније важећег Закона о уговорима о искориштавању поморских бродова (Сл. лист ФНРЈ бр. 25/1959, Сл. лист СФРЈ бр. 20/1969) сматрао консензуалним уговором. (3)

С тиме у вези настаје питање који су то разлози да је од свих уговора о пријевозу ствари реалан само уговор о пријевозу ствари жељезницом?

Мишљење да су уговори о пријевозу ствари унутрашњим воденим путевима, у цестовном и зрачном промету (били) реални није имало упоришта нити у предатном праву у коме се пријевозни посао ствари (по копну и унутрашњим водама) сматрао консензуалним односно као посебан тип консензуалног уговора. (4)

Нити се из узачце бр. 34. Опћих узанци за промет робом (Сл. лист ФНРЈ бр. 15/1954) могло закључити да су наведени уговори реални. Наиме, та одредба, према којој се сматра да је закључен уговор кад возар прими робу с назначеном адресом примаоца, само је примјер прешутно (конклюдентним чинима) закљученог уговора.

Закон о обвезним односима, који јединствено уређује обвезне односе свих судионика и у привреди и осталих, сматра уговоре консензуалним. У члану 26. тог закона одређено је да је уговор склопљен кад су се уговорне стране сугласиле о битним састојцима уговора.

Међутим, на основу одредбе члача 23. цит. закона, према којој: „На обвезне односе који се уређују другим савезним законима примјењују се одредбе овог закона у питањима која нису уређена тим законом”, другим се савезним законом може одредити реалност уговора. С тиме у складу, уговор о пријевозу ствари жељезницом сматра се реалним, јер је на основу члана 29. став 2. Закона о пријевозу у жељез-

(2) Тако, на примјер, за уговор о пријевозу ствари унутрашњим воденим путевима и у цестовном пријевозу, др Рудолф Леградић, Наука привредног права, II дио, Београд 1968. стр. 224 и стр. 275.

(3) У члану 9 цит. закона одређено је да се уговором у пријевозу ствари морем бродар обавезује да ће превести ствари бродом, а наручилац пријевоза да ће платити возарину и закон не тражи предају односно пријем ствари за настанак тог уговора.

(4) Види Проф. др. Милорад Стражички, Предавање из трговачког права, II свезак (III дио, трговачки послови), Загреб 1921. стр. 143. и Предавања из Трговачког права, II издање, Загреб 1926. стр. 274.

ничком промету (Сл. лист СФРЈ бр. 2/1974) уговор склопљен кад пријевозник прими на пријевоз ствар с товарним листом.

Поставља се питање да ли су уопће потребни изузеци од правила консезуалности уговора.

Сматрамо да реални уговори нису потребни и да то произлази из историјско правног значења реалних уговора који су у одређеним увјетима били потребни односно корисни, а већ давно, а поготово данас то нису.

Од тренутка од када у неком правном уређењу и обећање да ће уговорна страна ствар предати другој обвезује, категорија реалних уговора за чији настанак законодавац захтијева предају односно пријем ствари, је теоретски неодржива а практички ирелевантна.

2. У неким историско правним разматрањима⁽⁵⁾ о реалним уговорима говори се у склопу основног проблема облигационог уговора односно обећања уговорне стране, а т.ј. на темељу којих увјета и потрепштина обећање производи обвезу и како се и у којој мјери афирмирало начело према коме је за настанак правоваљаног уговора довољан растити *litium* (тзв. голи споразум).

У фази примитивног правног духа, извор обвезе видио се само у форми као церемонији која има и неку магичну и религиозну вриједност.

У исто вријеме се неиспуњење и неуредно испуњење обећања сматрало деликтом, пријеваром, крађом, оштећењем туђих ствари и других особа итд. Тако да у тој фази не постоји тужба због неиспуњења уговора, већ тужба *ex delicto*.

И римско је право прошло кроз ту фазу.

Међутим и након што је тај период прошао, остали су неки практични разлози који су оправдавали отпор против концепције да сâм споразум производи правоваљан облигациони уговор.

Неки писци⁽⁶⁾ држе да су то ови разлози:

1) потешкоћа да се дозна из обећања које није формално и нема типичан садржај, да ли је давалац обећања заиста хтио преузети обвезу у правном смислу,

2) потешкоћа у тумачењу воље странака и у питању које норме треба примијенити (такве тешкоће не постоје кад је ријеч о формалним и именованим уговорима),

3) тешкоће у томе да се установи ради ли се о закључењу уговора или о преговорима,

4) форма уговора и типичност уговора (именовани уговори) заштићују од непромишљености одлука,

5) кад не постоји форма, понекад се осјећа потреба да се нађе оправдан разлог за осуду даваоца обећања. Тај се разлог налази у некој жртви коју је поднио прималац обећања тиме што је нешто дао или учинио зато да би имао право на испуњење обећања,

⁽⁵⁾ Види Gino Gorla, *Il Contratto, problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I књига, *Lineamenti generali*, Милано 1955, стр. 2.

⁽⁶⁾ Gino Gorla, *оп. цит.* стр. 3.

6) недовољне могућности судова да изричу санкције за неиспуњење односно неуредно испуњење неформалних и неименованих уговора.

Знамо да се у римском праву, у начелу, признавао само формалан уговор. Најраширенија форма била је „*stipulatio*” (уговор се закључивао састављањем питања и одговора). Она је служила томе да сваки допуштен споразум буде правоваљан.

Подсјетимо се да је уз формалне уговоре било признато осам типичних уговора (касније су се они називали именованим уговорима) од којих четири консензуална (купопродајни, закуп, мандат, ортаклук) и четири реална (депозит, посуда, зајам, залагање). Касније су признати и неки други уговори, али с одређеним типичним садржајем или типичним значајкама.

У периоду послије класичног и особито у Јустинијанском праву уговорна тужба (*actio praescriptis verbis*) допуштала се за сваки синалагматичан уговор, али само под увјетом да је једна од странака испунила своју чинидбу (*causa data*). Тако, на примјер, споразум о размјени двију ствари није био довољан, већ је било потребно да једна страна даде ствар другој. До тог тренутка обећање се могло опозвати.

Тим путем дошло се до правног признања двострано обвезних нетипичних уговора, такозваних неименованих уговора у четирима категоријама: *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*.

Понекад су се ти неименовани римски уговори изједначавали с реалним уговорима. Касније су се чак и назвали реалним утолико што се нешто (*res*) морало дати или учинити да би настао уговор. Ипак постоји разлика између тих „реалних” уговора у ширем смислу и реалних уговора (депозит, посуда, зајам и залагање). Наиме, иако је у једнима и другима за настанак уговора било потребно предати ствар, односно да једна страна изврши чинидбу, у реалним уговорима (у ужем смислу) ради се о обвезама да се ствари чувају и врате, а такве обвезе и не могу настати прије него ли се ствар преда.

Изгледа да су се тако схваћали реални уговори (у ужем смислу) и у римском праву, иако су у почетку утјецале идеје о повјерењу и сигурности које је пружала предаја ствари.

У литератури⁽⁷⁾ се сматра да се та фаза, апстрахирајући од четири консензуална типична уговора у односу на које постоје сумње да су у Јустинијановом периоду сасвим консензуална, завршава овим генеричним схемама облигационих уговора:

1) формалан уговор или *stipulatio* (у Јустинијачовој фази *stipulatio* је, која почиње нестајати, све више замјењује писмена форма),

2) уговор о размјени ствари и услуга за ствари или новац у коме је једна страна извршила своју чинидбу⁽⁸⁾.

(7) Gino Gorla, *op. cit.*, стр. 18.

(8) Генерична схема у смислу да се не испитује каква је природа или значај или адекватност чинидба и та схема има у извршеном смислу скоро вриједност форме. Генеричност те схеме ограничена је једино тиме што је објект обећања — за који се дало или учинило нешто — морао бити процијенљив у новцу (*aestimatio*) тако да би се могла извршити санкција накнаде штете. Иначе не би постојало друго него ли посредно дјеловање тужбе (*condictio*) за враћање „*quid*”-а који је тужитељ био дао.

3) реални уговори (депозит, посудба, зајам и залагање).

Што се тиче даровања треба посебно рећи да у класичном римском праву оно није представљало типичан „negotium”, него се остваривало стипулацијом, а реално даровање манципацијом и традицијом.

У Јустинијанском је праву даровање (*contractus donationis*) типичан уговор (један од *acta legitima*) који се, дакле, признаје без форме (стипулације). Постоји, међутим, сумња да је томе било тако и сматра се да је даровање, барем у пракси, било реално те се остваривало пријеносом или традицијом ствари. Друго, даровање изнад 500 солида морало је практички бити у писменој форми да би се могло уписати у јавне регистре.

Иза Јустинијанове епохе, у периоду тзв. барбарског права, одговорност даваоца обећања темељи се више на деликту и касније на неоснованом обогаћењу (у случају да је давалац обећања примио нешто од друге стране) а форма је као церемонија и мистички дјеловала.

Након тога и послвије пријелазних периода, признају се слично као и у Јустинијановом периоду поред формалног уговора и односа који имају карактер враћања ствари и казнени значај — јер се нешто дало или повјерило (зајам, депозит, посудба и мандат уколико је право пренесено на мандатора) — још једино уговори о размјени ствари или услуга за ствари или новац, уколико је једна страна извршила чичидабу те је дала „*res vel factum*”.

У том периоду све до XI стољећа и касније нису се признавала она четири консензуална типична уговора из римског права.

Идеја о уговору о размјени ствари или услуга за ствари или новац била је у толикој мјери укоријењена да се и даровање признавало једино ако је постојала макар и симболична накнада (*Launegild* или *Widerdonum*)⁽⁹⁾. При том се ради о реалном даровању као једином познатом, док је облигационо (консензуално) даровање било можда допуштено у случају даровања износа новца путем „*traditio charte*”. Изгледа да је та „*charta*” утјеловљавала право тражбине.

У исто се вријеме развијају облици закључивања уговора: *arrha* (али не као *arrha poenitentialis*), *denarius Dei* и *palmata*.

Горла сматра да је начело голог споразума (*actum nudum*) почело вриједити у Италији тек у XVI стољећу и касније, а другдје у XVII и XVIII стољећу, али са значајним ограничењима.⁽¹⁰⁾

Наиме, за сву ту епоху *res vel factum* (што су глосатори и коментатори преводили у романистичке изразе — *causa* неименованих уговора) остало је дуго времена потрепштином за закључење уговора, чак и за

⁽⁹⁾ Види Gino Gorla, *op. cit.*, стр. 30.

⁽¹⁰⁾ Gino Gorla, *op. cit.*, стр. 39. Он се ослања на статуте, локалне законе и обичаје у Италији, Француској и Њемачкој и позива на упоређење са другим ауторима као што су: Schupfer, *Il diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia*, III, Città di Castello, 1909, *Il diritto delle obbligazioni in Italia nell'età del Risorgimento*, Torino, 1920; Brissand, *Manuel d'histoire du droit privé*, Paris, 1936; Seuffert, *Zur Geschichte der obligatorischen Verträge etc.*, 1881, Nördlingen: Chenon, *Histoire du droit français privé et public, des origines à 1815*, Paris 1926.

консензуалне типичне римске уговоре као што су купопродаја и закуп. Слично треба рећи и за *palmatu*, *arrhu* и *denarius Dei*, који су се захтјевали чак и у неким трговачким статутима.

У оно вријеме се особито развила „*charta*” или „*instrumentum*” у различитим облицима, тако да се она захтјевала у случају закључења уговора одређене вриједности (и важности), па макар они били и реални, а негдје се за све уговоре тражила та форма.

Даровање је остало још дуго времена, можда све до кодификација и касније реалан и формалан уговор, иако се форма често захтјевала ради заштите обитељи, трећих особа итд, а не као битан елемент уговора.

Принцип да се уговор не може склопити на темељу самог споразума, без „*res*” и без форме, почео се афирмирати најприје у уговорима о размјени ствари и услуга за ствари или новац који су били најчешћи као што су купопродаја, замјена, закуп, најам и др. (око XVI — XVII стољећа). Томе је највише придонио развој трговине као и веће повјеће међу трговцима.

Но, начело голог споразума проширило се на остале уговоре тек у вријеме блиско кодификацијама и то с ограничењима од којих су многа остала и у грађанским законцима.

Поред реалних уговора и строге форме за неке важне уговоре (као што је пријенос власништва на некретнинама и др.) у „*vestimenta*” уговоре (т.ј. средства којима се ограничава начело голог споразума) спадају правна *causa*, типичност уговора, тзв. довољан разлог (*cause suffisante, raisonnable, juste*).

У новој литератури⁽¹¹⁾ се обрађују особито дјела Domata и Pothiera, која су служила као основа редакције Code Napoleon.

Domat прокламира опћенито ваљаност начела голог споразума, али га тек Pothier досљедније обрађује и то не само у дефиницији, већ и у приказу како га треба практички примјењивати.

Међутим и Pothier захтјева форму за даровање, а посредно тражи форму или пак *cause suffisante* и за многе неименоване или атипичне уговоре, зато јер он сматра даровањем и неке уговоре размјене ствари или услуга за ствари или новац. Такви су за њега уговори којима странке хоће замијенити новац или ствар за чинидабу која није процјењива у новцу (*charge non appréciable à prix d'argent*) као и споразум према коме једна страна жели наградити другу за рачије примљене услуге или због моралне обвезе (*causa graeterita*) а дани или обећали новац или ствар су, према опћој оцјени, много веће вриједности од вриједности услуга и моралне обвезе (*causa insuffisante*).⁽¹²⁾

У погледу мјерила тумачења уговора, систем је у XVII и XVIII стољећу сасвим измијењен у односу на Средњи вијек.

(11) Gino Gorla, op. cit., стр. 57 — 76.

(12) Gino Gorla, op. cit., стр. 74.

Намјера странака да се правно обвезу испитује се неовисно од форме и „res” т.ј. слободним тумачењем, истражујући разлоге, оклоности и друго у конкретном случају.⁽¹³⁾

У неким савременим законодавствима има више реалних уговора у другим мање, а у швицарском очи уопће не постоје (и обећање даровања је правоваљано ако је у писменој форми).

У италијанској се литератури⁽¹⁴⁾ наводи седам или осам реалних уговора. Уз депозит, зајам, посудбу и ручни залог још се посебно наводи и ручно даровање (које се односи, у смислу члана 783. Codice civile, на дарове мале вриједности, и које је ваљано без форме јавног акта ако је ствар предана), секвестрација (чланови 1782 — 1802. Codice civile) која је у нашем праву (успореди параграф 968. О.г.з) обухваћена депозитом⁽¹⁵⁾ и репортни посао (чланови 1548 — 1551. Codice civile)⁽¹⁶⁾.

Недје се посебно наводи врста купопродаје (Il contratto estimatio, члан 1556. Codice civile) на темељу које једна страна предаје другој једну или више покретних ствари, а друга се обвезује платити цијену ако не врати ствар у одређеном року. Насупрот већини која такав уговор сматра реалним, постоји мишљење да је могућ дефинитиван консензуалан уговор, ако то странке хоће, јер да су норме о реалном карактеру уговора диспозитивне изузев оних које се односе на ручни дар и репортни посао.

У француском праву задржани су такођер реални уговори, али се у литератури истиче њихова дискутабилност и спорност.⁽¹⁷⁾

У неким правним порецима су неки од класичних реалних уговора дефинирачи као консензуални.

Према Грађанском законнику РСФСР од 1964. депозит односно уговор о ускладиштењу између социјалистичких организација (члан 422. став 2.) може бити и консензуалан (о форми уговора види члан 423. у вези са члановима 43 — 47), а право залога настаје и без предаје (члан 197) ако имовина по закону или уговору не подлијеже предаји (о форми уговора види члан 423 у вези са члановима 43 — 47 и 239).

У мађарском Грађанском законнику од 1959. су зајам (параграф 522) и посуда (параграф 583) дефинирани као консензуални уговори.

У лољском Грађанском законнику од 1964. залог (члан 307, параграф 1), посуда (члан 710), депозит (члан 835) и ускладиштење (члан 853) су реални, док је зајам (параграф 720) консензуалан. Према члану 890 параграф 1. даровање је правоваљано и без предаје ако је у форми јавне исправе.

⁽¹³⁾ Gino Gorla, op. cit., стр. 75.

⁽¹⁴⁾ Види Giuseppe Vranca, Istituzioni di diritto privato, Bologna 1961, стр. 457.

⁽¹⁵⁾ Види др Михајло Вуковић, op. cit., стр. 134. и 135.

⁽¹⁶⁾ Члан 1548. Codice civile дефинира појам репортног посла као „уговор према коме једна особа (il riportatore) преноси у власништво друге (il riportatore) вриједносне папире одређене врсте уз одређену цијену, а друга особа се обвезује пренијети првој у власништво, по истеку утврђеног рока, ист отолико вриједносних папира, уз плаћање цијене која може бити повећана или смањена у уговорној мјери”.

⁽¹⁷⁾ Види Vouin et Pierre Robino, Droit civil et commercial, II Том, Париз 1960, стр. 712.

Чехословачки Грађански законик од 1964. одређује да су посуда (параграф 257) и зајам (параграф 341) консензуални уговори (за ваљаност уговора о зајму потребна је писмена форма), а даровање може бити ваљано без предаје и примитка ствари ако је у писменој форми.

3. Разлози због којих су у римском праву настали реални уговори и у прошлости се одржавали више не постоје.

Сигурност у погледу намјере странака да заснују правни уговорни однос и потреба судова да имају сигурну подлогу за рјешавање спорова данас зацвијело не овисе о томе да ли је ствар предача, поготово не у односима субјеката привредног права. Сигурност која је данас потребна у уговорним односима постизава се писменом формом коју законодавац у становитим уговорима одређује *ad substantiam* или *ad probationem*, а и саме странке често се споразумијевају о писменој форми.

Друго, поставка да је смисао реалних уговора у томе да се одређене обвезе не могу извршити без претходне предаје ствари. Т.ј. да депозитар односно складиштар не може ни почети да чува ствар, а поготово је не може вратити, а пријевозник не може превести ствар, ако им није предана. Странка која хоће ствар у посудбу, зајам, залог, не може је вратити, ако је није претходно примила.

Наглашавање тог дијела обвеза из наведених уговора, особито у привредном праву у садашње вријеме је неосновано, те је правилна примједба да нитко не оспорава консензуалан карактер закуп ствари, који међутим, претпоставља предају ствари закупцу.⁽¹⁸⁾

У француској литератури многи писци сматрају тзв. уговоре враћања (ствари) консензуалним те нема потребе да се ствар преда па да би обвезивали. У пословној пракси, далеко од тога да је предаја ствари предувјет обвезе враћања. Зајмодавац не предаје никад новац (у зајам) прије него ли што добије акт на темељу којег се прималац зајма већ обвезао на враћање.⁽¹⁹⁾

У модерној доктрини већином се сматра да предаја ствари није друго него питање испуњења облигација, а не увјет ваљаност тих уговора, који су, у ствари консензуални, без обзира на то што их законодавац дефинира као реалне.⁽²⁰⁾

Будући да обећање да ће се предати ствари обвезује, а уговор (јер га је зачочодавац дефинирао реалним) настаје тек предајом ствари, настаје питање какав је то уговор (којим су се странке споразумјеле о битним елементима уговора) прије предаје ствари?

Неки писци сматрају да је то предуговор (*preliminarni ugovor, pactum de contrahendo, conventio de pacto ineundo*)⁽²¹⁾ док други сматрају такво стајалиште погрешним и мисле да реалан уговор без предаје

⁽¹⁸⁾ Види Robert Vouin et Pierre Robino, *Droit civil et commercial*, II Том, Париз 1960, стр. 712.

⁽¹⁹⁾ Види Jean Carbonnier, *Droit civil*, II Том, Париз 1962, стр. 416, бр. 125.

⁽²⁰⁾ Види Robert Vouin et Pierre Robino, *Droit civil et commercial*, II Том, Париз 1960, стр. 712.

⁽²¹⁾ Тако Heinrich Klug, *Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Wien 1950, св. III, стр. 600.

ствари представља консензуалан облик реалног уговора који се предајом ствари претвара у реалан уговор.⁽²²⁾

Сматрамо да с обзиром на врсту супротности између консензуалног и реалног уговора није могуће говорити о консензуалном облику реалног уговора.

Прије доношења Закона о обвезним односима, писци који су сматрали да је обећање о предаји ствари предуговор који се предајом ствари претвара у коначан (реалан) уговор, заснивали су своје стајалиште на Огз-у.

У његовим одредбама о реалним уговорима (у параграфу 977. о оставној погодби у 971. о посудбеној и у параграфу 1368. о zaloжној погодби) предвиђено је да уговор којим се обећава предаја ствари обвезује, али да то још није уговор о депозиту, посудби, залогу. У параграфу 983. је речено да уговор о зајму не треба мијешати с другим обвезним уговором (параграф 936) да ће се убудуће нешто дати у зајам (т.ј. с предуговором о зајму).

Из стилизације Огз-а се закључује да је сваки реалан уговор склопљен без предаје ствари предуговор, који обвезује на закључење коначног уговора, а то се своди у бити на предају ствари, чиме је испуњен предуговор и настао реалан уговор.

Противно том стајалишту Вуковић приговара редакторима Огз-а да су погрешно огласили реалне уговоре без предаје као предуговоре умјесто као консензуалне, те наглашава разлику између једних и других. У Огз-у одредбе о предуговору садржи клаузулу *rebus sic stantibus* и она се примјењује само на предуговоре.⁽²³⁾ У предуговору је губитак повјерења разлог за једностран раскид уговора, што није случај у уговору којим се обећаје предаја ствари у залог. Престанак права из предуговора везан је за преклузију, док је престанак обећања везан за застару.

Предуговором се странке обвезују на закључење коначног уговора, а консензуалним уговором да ће се предати ствар.⁽²⁴⁾

Након дочошења Закона о обвезним односима сматрамо да нема основе за тврдњу да су реални уговори без предаје предуговори, јер то одредбе о предуговору не допуштају.

Из његове дефиниције да је предуговор такав уговор којим се преузима обвеза да се касније склопи други, главни уговор (члан 45. став 1) јасно произлази да се та обвеза не може свести на сâму предају ствари.

Друго, нема оправдања да се преклузивни рок од шест мјесеци (члан 45. став 5) предвиђен за захтјев да се склопи главни уговор, примјењује (умјесто института застарјевања) у случајевима кад уговорне стране обећају предати односно примити ствар.

⁽²²⁾ Тако др Михајло Вуковић, *op. cit.*, стр. 120, бр. 280, стр. 144, бр. 173.

⁽²³⁾ Дјеловање промијњених околности на уговор предвиђено је у Огз-у и то у ограниченом облику још само у параграфу 901. (у Сгз-у нема одговарајуће одредбе) и у параграфу 1048. коме одговарају одредбе параграфа 636. Сгз.

⁽²⁴⁾ Др Михајло Вуковић, *op. cit.*, стр. 180, фуснота 31, стр. 173, 120, 144, 180.

Најзад, одредба да предуговор не обвезује ако су се околности од његова склапања толико измијениле да не би био ни закључен да су такве околности постојале у то вријеме (члан 45. став 6), с обзиром на нарав предуговора којим се „одлаже“ и на дуге вријеме склапање главног уговора, оправдано поједностављује и олакшава примјену клаузуле *gebus sic stautibus* која се примјењује у другим уговорима (види члан 133. и 134).

Други одговор на постављено питање а т.ј. онај према коме се обећање о предаји сматра консензуалним уговором чијим испуњењем, а т.ј. предајом ствари, настаје реалан уговор сматрамо правилним, али га треба употпунити.

Наиме, с обзиром да тек предајом ствари почиње извршавање тих обвеза којима се остварује сврха цјелокупног посла (рецимо пријезова робе жељезницом), обећање предаје и предаја ствари не могу постојати саме за себе. Другим ријечима такав консензуалан уговор био би несамосталан.

Због тога није консензуалност његова релевантна значајка, већ његова несамосталност и специфичан однос према реалном уговору без кога он не би имао никакав смисао.

Ови закључци показују артифицијелност правне конструкције коју изазива законодавац тиме што одређене уговоре дефинира реалним неоправдано (и артифицијелно) их лучећи од претходног уговорног обећања (да ће се предати ствар) цијепајући јединствен имовински односно привредни посао на двије правне категорије уговора.

Потпуним искључењем категорије реалних уговора придонијело би се појмовној и термилошкој јасноћи и досљедности у правном регулирању уговорних односа.

др Зоран Колтањет

РЕЗЮМЕ

Реальный договор после вступления в силу Закона
об обязательных отношениях

Закон об обязательных отношениях, который единственно улаживает обязательные отношения всех участников и в хозяйстве и в других областях, считает договора действительными на основании простого согласия договорных сторон (статья 26 цит. Закона).

Между тем, на основании статьи 23 того же Закона к обязательным отношениям, которые улаживают другие союзные законы, применяются постановления Закона об обязательных отношениях только в вопросах, нерегулированных особыми законами. На основании этого постановления другим союзным законом можно определить реальность договора. Так на основании статьи 29 § — Закона о перевозе в железнодорожном обороте (Сл. лист СФРЮ № 2/1974) реальный договор о перевозе предметов по железной дороге.

Ставится вопрос, нужны ли вообще исключения из правила консенсуальности договора.

Распространено мышление, что реальные договора не нужны и, что это происходит из исторически-правового значения реальных договоров, которые в определенных условиях были нужны т.е. полезны, но уже давно и тем более в настоящее время потеряли свое прежнее значение.

В современной доктрине в большинстве считается, что передача предмета в так называемом реальном договоре не что другое как вопрос выполнения облигаций (так как обещание о передаче предмета — на пример на хранение в склад, обязывает) и под условием порядочности этих договоров. В связи с этим эти договора являются консенсуальными несмотря на то, что их законодатель определяет как реальные.

Исключением категории реальных договоров создалось бы больше ясности в понятии и терминологии и последовательности в правовом регулировании договорных отношений.

A SUMMARY

*„Real” contracts after the coming into force
of the Law on Obligation Relations*

The Law on Obligation Relations, governing all obligation relations of all participants in the economy and otherwise in a uniform manner, regards contracts as consensual (Article 26 of Law).

But Article 23 of the same Law provides that obligation relations governed by other federal legal acts are subjected to the Law on Obligation Relations only in so far as they are not regulated by standing legislature. Therefore, the „real” character of a contract may be determined by other federal acts. For example, Article 29.2 of the Carriage by Railways Act (Official Gazette of the SFRY, № 2/74) determines that the contract of carriage of goods by rail is a „real” one.

The question is whether exceptions to the rule of consensuality of contracts is necessary.

There is a widespread opinion that „real” contracts are not necessary and that they originate from the historical and legal meaning of „real” contracts which had been necessary and useful once, but are surely not today, and have not been for a long time.

In modern doctrine there is a widely accepted point of view that handover of goods in „real” contracts is nothing more than the question of fulfilment of obligation (as promise to handover goods — for commissioning for example — is obligatory) and not a condition of validity of the contract. Therefore, these contracts are consensual, regardless of the fact that the legislator has defined them as „real”.

The exemption of the category of „real” contracts would aid conceptual and terminological clarity and consistency in the legal regulation of obligation relations.

RÉSUMÉ

Les contrats réels après l'entrée en vigueur de la Loi relative aux rapports d'obligation

La Loi relative aux rapports d'obligation qui règle principalement les rapports d'obligation de tous les participants dans l'économie et des autres, considère les contrats comme consensuels (article 26 de la Loi citée).

Cependant, en vertu de l'article 23 de la même Loi, aux rapports d'obligation qui sont réglés par les autres lois fédérales on applique les dispositions de la Loi relative aux rapports d'obligation seulement dans les questions qui ne sont pas réglementées par la loi spéciale. En vertu de cette disposition on peut déterminer par une autre loi fédérale la réalité du contrat. C'est ainsi qu'en vertu de l'article 29, deuxième alinéa, de la Loi relative au transport par le réseau ferroviaire („Journal Officiel de la RSF de Yougoslavie” № 2/1974) le contrat relatif au transport des choses par le chemin de fer est un contrat réel.

La question se pose si en général sont nécessaires les exceptions à la règle du caractère consensuel du contrat.

L'opinion est répandue que les contrats réels ne sont pas nécessaires et que cela découle de la signification historico-juridique des contrats réels qui étaient nécessaires ou utiles dans les conditions déterminées et qui depuis longtemps déjà, et surtout aujourd'hui, ne le sont pas.

Dans la doctrine moderne on considère dans la plupart des cas que la livraison de la chose dans les contrats appelés réels n'est rien d'autre que la question de l'exécution de l'obligation (car la promesse que la chose sera livrée — par exemple, à la mise d'accord — oblige) et non point la cause de la validité de ces contrats. Par conséquent ces contrats sont consensuels, sans égrader au fait que le législateur les définit comme réels.

En excluant la catégorie des contrats réels on contribuerait à la clarté conceptuelle et terminologique et à l'esprit de suite dans la réglementation juridique des rapports contractuels.