

Др Јован Славнић,
професор Економског факултета у Новом Саду

ФИКСНИ УГОВОР У СВЕТЛУ ЗАКОНА О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА

УВОД

1. Југословенска правна публицистика у области облигационог права је након другог светског рата до објављивања дела проф. Михаила Константиновића *Облигације и уговори*, *Скица за Законик о облигацијама и уговорима* (1969), а и касније, до доношења Закона о облигационим односима (1978) обогатила науку нашег облигационог права бројним докторским дисертацијама, монографијама, студијама и магистарским радовима у којима су обрађивани поједини правни институти, односно питања облигационог права. С обзиром да у том периоду у овој материји није било позитивно-правних законских прописа, правни институти су углавном приказивани у оквиру југословенског правног система према решењима Општих узанси за промет робом, правним правилима из ранијег законодавства које се примењивало на територијама које данас припадају СФРЈ, решењима трговинских обичаја, трговинског обичајног права, судске праксе и ставова које је дала наука. Стога се са усвајањем Закона о облигационим односима, којим наше ново облигационо право бива у највећем делу коначно кодификовано једним законским актом, предшири круг аутора, оних који су у периоду које је претходило доношењу Закона о облигационим односима у радовима монографског карактера обрађивали одређене институте облигационог права, намеће задатак да својим прилозима актуелизирају те своје радове.

2. Корист од таквих прилога имаће највише правници практичари. Они ће, правно образовани у ранијем периоду и познајући ранија решења нашег облигационог права, кроз овакве прилоге из пера аутора специјалиста за одређене области или проблеме у облигационом праву, на дистанцама на које их ови аутори упуте између решења која су раније била прихваћена и оних која доноси ЗОО, добити један користан приручник за лакше сналажење у примени нових (законских) решења. То је од посебног значаја у садашњој ситуацији када многа решења у ЗОО нису још афирмисана у судској и другој правној пракси и када је правна пракса под великим утицајем ставова једног уског круга писаца у овој области — оних који, пошто се појављују у радовима истог карактера (најчешће *Коментарима Закона о облигационим односима*) и публикованих код различитих издавача претендују на монопол у ауторитативном

тумачењу читавог тог закона, те на правну праксу врше својеврсну пресију о меродавности ставова које заступају у тумачењу одредаба Закона о облигационим односима и онда када они не одговарају самом овом закону и стању науке у тој области израженом кроз прописе тог правног акта. Корист од оваквих прилога имаће и сами њихови аутори. И то тако што ће моћи да утврде колико су ставови које су заступали у објављеним радовима прихваћени у ЗОО, односно *Скици за Законик о облигацијама и уговорима* професора Константиновића који је живо пратио и перетко учествовао у њиховим напорима да допринесу изналажењу најприкладнијих савремених решења за уређивање облигационих односа у нашем праву.

3. Овај рад је један од таквих прилога којима се чини покушај да се иста тема, иначе раније монографски обрађена⁽¹⁾, осавремени погледом на решења која доноси ЗОО.

I. О ПОЈМУ И НАСТАНКУ ФИКСНОГ УГОВОРА

1. *Фиксни уговор и уговор код којег је рок испуњења уговорне обавезе битан услов, односно састојак уговора по природи посла*

4. Фиксним уговором, према Општим узансама за промет робом (ОУ), сматрао се сваки онај уговор код којег је рок испуњења уговорне обавезе битан услов уговора (Узанса 225, ст. 1). ОУ су, при томе, побројале све оне ситуације код којих је испуњење обавезе дужника о року битан услов уговора (Узанса 225, ст. 3). Према тим одредбама подразумевало се да је рок испуњења дужникове обавезе битан услов уговора, односно да је уговор фиксни, како је то уосталом било означено у наслову (рубрум) узансе 225, кад је: 1) било уговорено да ће се уговор раскинути уколико обавеза не буде извршена у тачно одређено време или у тачно одређеном року, 2) кад је из уговора проистицало да ће се уговор раскинути уколико испуњење обавезе не буде уследило у предвиђено време, односно одређеном року или се 3) то закључивало из околности посла.

5. У првом од ових случајева, где је рок битан услов уговора, оном где је уговорено да се обавеза има испунити у тачно одређено време или у тачно одређеном року, ради се о стимулisanу фиксне клаузуле уз један двострани уговор — постизању споразума између повериоца и дужника да ће неизвршење дужникове уговорне обавезе у предвиђеном року довести до раскида уговора (напоменимо да се појам фиксна клаузула или фиксно утаначење користи за означавање овог споразума странака како би се он јасно разликовао од уговора у коме се јавља). У другом случају у присуству смо прећутне, или посредне изјаве воље страна у уговору, о томе да уговор који закључују има карактер уговора чији је рок битан услов уговора и ту су долазила у обзир сва утаначења и понашања странака, из којих се, према датим околностима, са сигурношћу, могло закључити да је њиховим давањем односно предузимањем таквих понашања страна која изврши (било да је у питању поверилац или дуж-

(1) Ј. Славнић, *Фиксни уговор*, Београд, 1968.

ник) хтела да њима испољи вољу да се уговор сматра извршеним једино уколико уговорена обавеза буде испуњена у унапред одређеном чврстом року за њено испуњење, односно да ће се уговор сматрати раскинутим уколико извршење дужникове обавезе не уследи у тако предвиђеном року за њено испуњење. Коначно, у трећем случају, року је придавано својство битног услова уговора онда када је из сврхе чинидбе, природе посла, објективног положаја предмета престације на тржишту и других околности посла *познатих обема странама у тренутку закључења уговора*, произлазило да поверилац има интерес за испуњење уговора једино уколико испуњење дужникове обавезе уследи у уговореном року, односно када је из околности посла проистичало да ће се уговор раскинути самом чињеницом наступања доцње дужника ако овај не изврши своју обавезу о доспелости (што је иначе била обележавајућа карактеристика сваког уговора чији је рок био битан услов).

Полазећи према томе, од оних правних чињеница за које Опште узансе за промет робом (ОУ везују настанак једног уговора као фиксног, појам (битног) *услова* уговора је био употребљен у неправно-техничком смислу. Да су пак те чињенице узансе повезивале са настанком фиксног уговора очигледно је било уочљиво већ из тога што је у сентенци узансе 225, која их је нормирала, стајао појам „фиксни посао“ (тачније: „Доцња код фиксног посла“).

6. ЗОО међутим, за означавање уговора који се раскида *ipso facto* неизвршењем дужникове обавезе у уговору предвиђеном року не користи термин фиксни уговор.

Ситуацију у којој двострани уговор престаје *eo ipso* испуњењем дужникове обавезе он нормира користећи категорију раскида уговора због неиспуњења обавезе о року која је *битан састојак уговора*. При томе редактори овог законског текста се нису, као што су то учинили редактори ОУ, за разјашњење ове правне категорије користили експлицитним методом — назначењем, након утврђивања последица које повлачи повреда уговорне обавезе чији је рок битан састојак уговора. ситуација када сматрају да је рок битан састојак уговора. Они су после утврђивања последица повреде обавеза која је битан састојак уговора у ст. 1, 2. и 3, члана 125 — да се уговор раскида по самом закону, да поверилац може одржати уговор на снази и изјавом раскинути уговор кад захтевано испуњење није добио у разумном року, у ст. 4. истог члана нормирали да се та правила о *ipso facto* раскиду, одржавању уговора на снази, и раскиду изјавом повериоца кад дужник обавезу из уговора који је одржан на снази није испунио у разумном року примењују како онда „кад су уговорне стране предвиделе да ће се уговор сматрати раскинутим ако не буде испуњен у одређеном року, тако и онда кад је испуњење уговора у одређеном року битан састојак уговора по природи посла“, не прецизирајући, дакле, да се у оном случају када је уговорено да ће се уговор сматрати раскинутим ако не буде испуњен у одређеном року сматра да је тада и рок битан услов уговора. То дозвољава да закључимо да су редактори ЗОО фиксни уговор само подвели у погледу правних последица под правну ситуацију која је предвиђена за уговоре код којих је рок извршења обавезе битан састојак уговора, те да су они таквом формулацијом у ст. 4, члана 125. јасно разграничили правни институт фиксног уговора или фиксни уговор у правом, односно ужем смислу, од

фиксног уговора у неправно-техничком, тј. ширем смислу. Додајмо овоме за сада да ЗОО не утврђује значење појма правне категорије „обавезе чије је испуњење у одређеном року битан састојак уговора“.

7. На исправност гледишта о томе да се у ЗОО прави разлика између фиксног уговора и уговора који се раскида на идентичан начин као и фиксни уговор када дужник не испуни обавезу у уговореном року, тј. уговора код којег је рок испуњења обавезе битан састојак уговора по природи посла, не упућује једино језичка дикција законског текста у ст. 4, чл. 125. него и историјско тумачење тог законског члана.

Текст чл. 125. ЗОО, којим се уређује категорија обавезе из двостраног уговора чије је испуњење о року битан састојак уговора и нормира раскид уговора због повреде једне такве обавезе, произашао је наиме из формулација садржаних у чл. 94. Скице за Законик о облигацијама и уговорима, проф. М. Константиновића у којем је нормирана категорија обавезе из двостраног уговора чије неиспуњење о року представља битну повреду уговора, односно раскид уговора због неиспуњења овакве обавезе. Тим чланом Скице је била прихваћена концепција битне повреде (или одредбе) уговора (*fundamental breach of contract*) из *common law* систем и хашког Једнообразног закона о међународној продаји телесних покретних ствари са очигледном намером да се наше право у овом домену што више приближи међународној кодификацији ове материје, те је у том смислу одређено и њено значење у следећем члану Скице (чл. 95). Концепција битне повреде уговора из чл. 94. Скице, чија правила су иначе ставом 5. била протегнута и на уговор са фиксном клаузулом („Ова правила важе и у случају ако је уговором углављено да ће се уговор сматрати раскинутим ако не буде извршен у одређеном року“), напуштена је, међутим, већ у Нацрту Закона о облигацијама и уговорима (чл. 98) као страна нашем праву с обзиром да се не уклапа у приступе који се у југословенском правном систему примењују приликом процене одговорности дужника за неизвршење обавеза из двостраног уговора(2)(3). Тако је дошло и до преформулације сенценце чл. 91. Скице на тај начин што је категорија о обавези чије неиспуњење о року представља битну повреду уговора трансформисана у тексту Нацрта Закона о облигацијама и уговорима у обавезу чији је рок испуњења битан састојак уговора, а затим и до садржинске преформулације свих пет ставова тога члана Скице којима су биле нормиране санкције за повреду обавезе чије неиспуњење представља битну повреду уговора — у четири става чл. 98. Нацрта на начин да оне одговарају већ прихваћеним и познатим решењима из узансе 225. У тој фази прилагођавања Скице постојећим решењима нашег права отпала је, према томе, и потреба за чл. 95. Скице којим је било утврђено значење (појма) битне повреде уговора, а да категорије којом је она замењена — обавези чије је испуњење о року битан састојак уговора — није опредељен смисао.

У следећој етапи у поступку доношења ЗОО чл. 98. Нацрта Закона о облигацијама и уговорима је постао чл. 125. Предлога Закона о обли-

(2) Нацрт Закона о облигацијама и уговорима, Скупштина СФРЈ, АЦ Бр. 338/1 из септембра 1976. гоа.

(3) О суштинским разликама између института фиксног уговора и концепције о битној повреди уговора видети наш чланак: „Однос уговора о куповини и продаји у коме је извршење уговорне обавезе о року битно за уговор у енглеском и домаћем праву“, Архив за правне и друштвене науке, бр. 1—2/1967.

гационим односима(4) и он није претрпео измене у односу на чл. 98. *Нацрта*, те је тако у ЗОО, уместо концепције *Скице* о обавези чије је испуњење о року битна повреда уговора, прихваћена једна нова правна категорија слична оној коју су формулисале ОУ — категорија обавезе чије је испуњење о року битан састојак (по ОУ: услов) уговора.

8. Када, дакле, сада посматрамо опредељења која су прихваћена у ЗОО у погледу места фиксног уговора у оквиру правног института раскида двостраног уговора због неиспуњења обавезе могуће је констатовати следеће:

1) да Закон о облигационим односима под категоријом фиксног уговора подразумева онај двострани уговор код кога су се стране споразумеле („предвиделе“) да ће се уговор код кога је рок за извршење обавезе одређен раскинути („сматрати раскинутим“) ако дужник не испуни обавезу стриктно у том одређеном року;

2) да је фиксни уговор супсумиран у погледу дејства неиспуњења у правилима, односно категорију повреде обавезе чије је испуњење о року битан састојак уговора, те да се ова категорија будући идентична у погледу свог дејства са институтом фиксног уговора може сматрати фиксним уговором у неправно-техничком значењу, односно *de lege ferenda* посматрано фиксним уговором у ширем смислу (као што смо приметили *Опште узансе* су пошле од сасвим супротне солуције — оне су појмом фиксног уговора обухватиле и уговор код којег из околности посла произлази да је испуњење обавезе дужника о року битан услов уговора);

3) да појам фиксног уговора у тако проширеном смислу отвара проблем утврђивања значења категорије рока, односно испуњења уговора у одређеном року који је битан састојак уговора по природи посла, као што поставља и питање утврђивања оних правних чињеница које би могле бити обухваћене појмом „природног посла“, чије постојање законодавац иначе повезује са наступањем својства рока као битног састојка у једном уговору.

Разуме се да категорија о обавези из двостраног уговора чији је рок испуњења битан састојак уговора отвара и проблем да се на плану практичних потреба изнађу разлике које оправдавају неопходност установаљавања диференције између фиксног уговора и уговора код којег из природе посла произлази да је рок за испуњење обавезе дужника битан састојак уговора. Она поставља и низ других питања која су се појављивала као спорна и раније поводом примене *Општих узанси*, али сада у контексту нових решења која за облигационе односе доноси ЗОО. На нека од њих, она значајнија, ми ћемо покушати да дамо одговор у току даљих излагања. Пре тога је потребно да окончамо започета излагања о фиксном уговору.

2. Настанак фиксног уговора и укидање фиксног карактера уговору

9. За настанак фиксног уговора потребно је како то произилази из ЗОО да буду испуњени одређени услови: први се односи на захтев да

(4) Предлог Закона о облигационим односима, Скупштина СФРЈ, АП Бр. 338/15 из децембра 1977. год.

уговором буде одређен чврст рок за испуњење уговора, односно извршење уговорне обавезе (једне или обе странке) и други, да уговор садржи фиксну клаузулу, то јест утанавање странака о томе да ће се он раскинути уколико дужник обавезу (уговор) не испуни о року. Дакле, када су уговорне стране имале намеру да закључе фиксни уговор, оне морају да испуне све предвиђене услове за његово закључивање, с обзиром да се ради о једном уговору који у општим уговорним односима представља изузетак.

Захтев који Закон о облигационим односима поставља пред странке да би њихов уговор имао карактер фиксног уговора кроз утврђивање тачног рока за испуњење једног уговора и постизање споразума да ће неизвршење уговорне обавезе довести до раскида уговора претпоставља да ова оба услова буду недвосмислено утврђена. Тиме се, јасно је, елиминисао ризик да један уговор произведе последице, односно изазове дејства која повлачи фиксни уговор и онда када и поред употребе одређених израза или клаузула у уговору странке то можда нису хтеле. Из тих разлога и према 300 у случају сумње при процењивању је ли закључен фиксни уговор треба узети да је уговор нефиксан. Да би се уговор сматрао фиксним, то мора бити са сигурношћу јасно обема странкама, па се зато и тражи испуњење одређених услова. Фиксни уговор се не претпоставља. Нефиксни уговор је правило, а фиксни је изузетак. У томе и треба тражити смисао законске одредбе да су чврсто одређење рока за испуњење уговора и утанавање његовог раскида када он не буде испуњен у одређеном року неопходни услов за настанак једног уговора као фиксног уговора. То су, према томе, полазећи од значаја који имају за настанак једног оваквог уговора, његови битни елементи (битни састојци за закључење фиксног уговора).

10. Тачно (чврсто) одређење рока састоји се у утврђивању дана или тренутка у дану, или у утврђивању тачно одређеног периода времена од више дана за испуњење уговорне обавезе. Чврсто одређивање периода од више дана за извршење обавезе из фиксног уговора најчешће се одређује тако што ће у уговору бити одређен временски размак у којем дужник мора да испуни обавезу. Било на који начин временски размак од више дана одређен, он ће имати значај чврсто одређеног рока испуњења уговора само онда када је тачно познат последњи дан испуњења дужникове обавезе. У вези с тим треба напоменути да је фиксни уговор такав уговор у којем је одређен рок за његово испуњење и да за њега важе сва општа правила која се односе на испуњење орочених обавеза, на пример, правило да продавцу, односно повериоцу припада право да одреди датум предаје кад је уговорено да предаја ствари буде извршена у току извесног периода времена, а није предвиђено која ће страна имати право да одреди када ће предаја унутар одређеног рока бити извршена (чл. 469. 300), правило о рачунању времена испуњења када је рок одређен у данима, недељама, месецима или годинама и друга (из чл. 77. наведеног закона), затим, правило о испуњењу дужникове обавезе пре рока (чл. 315. 300), или, правило о праву повериоца обавезе чији је рок утврђен да захтева њено испуњење пре рока (чл. 316. 300). Али ако су у питању општа правила облигационог права, која се односе на испуњење обавеза које су орочене, а противна су карактеру фиксног уговора односно његовој функцији која претпоставља потребу за појачаном уговорном дис-

циплином — његовом извршењу искључиво у тачно предвиђеном року, она се неће примењивати. Нека од тих најзначајнијих правила, која нису иначе обухваћена ЗОО, те су и даље предмет регулисања трговинских обичаја јесу оно које се односи на извршење испоруке када рок пада у недељу или празник (узанса 90. ОУ) и правило које регулише питање продужења рока испоруке због саобраћајних запрека (узанса 91. ОУ).

11. Самом утаначењу рока за испуњење уговорне обавезе, као што је речено, не треба давати посебно значење. Да би настао фиксни уговор потребно је да су у једном уговору „уговорне стране предвиделе да ће се уговор сматрати раскинутим ако не буде испуњен у одређеном року“. То посебно утаначење којим се предвиђа да ће се уговор раскинути уколико дужник о року не изврши обавезу у теорији се назива *lex commissoria*. Гласе на пример: „...испуњење тачно у року под претњом раскида“, или „...иначе ствар неће бити преузета пошто се протеком рока уговор раскида“, а у пракси и теорији је позната и под називом „касаторне клаузуле“.

Ка касаторном клаузулом изједначава се уговарање да се уговор сматра фиксним, или да неизвршење обавезе повлачи последице које има фиксни уговор, односно да обавеза мора бити извршена као обавеза из фиксног уговора. Ови појмови су у ствари правно-технички изрази за јасно изражену вољу уговорних страна којом се предвиђају последице неиспуњења уговора који има природу фиксног уговора, што се иначе постиже касаторном клаузулом.

Појам фиксно утаначење или фиксна клаузула (како се појмовно ово утаначење означава у контексту уговора којем се прикључује) је правно-технички појам садржине конкретне касаторне клаузуле, чија је опет садржина у томе да се њом предвиђа раскид уговора неизвршењем уговорне обавезе у предвиђеном року. Према томе, садржина и касаторне клаузуле у употребљеном значењу и фиксне клаузуле као побочног утаначења као правно-техничких појмова је идентична. Међутим, појам фиксно утаначење или фиксна клаузула је једновремено искључиви појам за поменућу садржину означену као касаторна клаузула којој је то само једно од низа значења, односно садржаја који се њоме (касаторном клаузулом) обухватају.

Ово појмовно разграничавање могућих клаузула за означавање да ће се уговор раскинути ако не буде испуњен у одређеном року, тј. за одређивање једног уговора као фиксног у смислу ЗОО и упућивање на исправност коришћења термина фиксна клаузула, има за циљ да разјасни могуће дилеме око начина одређивања фиксног карактера једном уговору, али и да скрене пажњу на чињеницу да уговор, и када приликом његовог закључења уговорне стране нису користиле фиксну клаузулу, може имати фиксни карактер. За означавање једног уговора као фиксног могу се користити и друге клаузуле које су садржински такве да се са довољно сигурности може закључити да се њима хоће да изјави воља да ће се извршење обавезе сматрати као испуњење уговора само уколико извршење буде уследило у предвиђеном року — када употребљене клаузуле садржински значе споразум странака о томе да поверилац неће да прими испуњење ако дужник закасни са извршењем или престаје интерес повериоцу за испуњењем по протеклу уговореног рока. Такво становиште је свакако у оквирима тумачења законске одредбе о фиксном уго-

вору и улази у домен прећутне, односно посредне изјаве уговорних страна, како се оне још називају, за одређивање једном уговору фиксног карактера.

12. У вези са настанком фиксног уговора, као и са укидањем једном уговору карактера фиксног уговора, још једно питање је посебно добило у значају са доношењем ЗОО. То је питање пуноважности усменог споразума уговорних страна о раскиду неиспуњењем о року уговора који је закључен у прописаној форми и пуноважности усмено постигнутог споразума поводом уговора чија је форма прописана да се он првобитно закључен као фиксни претвара у нефиксни уговор. Ово питање добија у значају управо због тога што је тек ЗОО, за разлику од раније важећих правних правила и ОУ, први пут у нашем правном систему прецизно регулисана проблематика усмених споразума странака о раскиду, допуни и другим изменама уговора за чије је закључење прописана или уговорена посебна форма.

13. Да бисмо могли да размотримо истакнуто питање потребно је да претходно напоменемо да један именовани или неименовани уговор може добити карактер фиксног уговора било одмах при његовом закључењу било накнадно, након закључења. Према томе, усмени споразум странака о томе да се закљученом уговору у прописаној форми *ad solemnitatem* даје карактер фиксног уговора — фиксна клаузула, како смо је раније означили, јесте допуна елемената закљученог уговора и он може бити постигнут, односно присутан приликом закључења уговора или приступити накнадно пошто је уговор закључен. При томе, уколико приликом закључења једног уговора у овај није укључена фиксна клаузула, усмени споразум о томе да се уговором закљученим у прописаној форми успоставља карактер фиксног уговора, усмена фиксна клаузула, јесте споредан елемент овог уговора и тада је реч о претварању нефиксног у фиксни уговор. Али ако се таквим споразумом његове одредбе мењају и допуњавају тако да се њима одступа од договореног утаначења у формалном уговору којим је уговору дат карактер фиксног уговора, онда говоримо о укидању фиксног карактера једном уговору састављеном у прописаној форми и његовој трансформацији у нефиксни уговор.

Овој напомени треба додати и то да се проблем пуноважности усмених погодби странака којима се допуњавају уговорне одредбе формалног уговора, или ове смањују, односно олакшавају, повезује се питањем утврђивања циља, то јест сврхе која се жели постићи прописивањем да се један уговор има закључити у одговарајућој форми — форма уговора може бити прописана ради заштите неког јавног интереса (нпр. код уговора о промету непокретности) или интереса самих странака.

14. Усмено постигнуто утаначење странака према којем оне формални уговор закључен као нефиксни уговор, претварају у фиксни је један споредан елемент за овај уговор. Његово накнадно прикључење формалном уговору није противно било којем циљу, односно интересу ради којег је форма уговора прописана. Фиксна клаузула је такав споредан састојак у једном уговору којим се само поопштравају међусобни односи странака и отежава положај дужника у вези са испуњењем уговора о доспелости те ово споредно утаначење не може бити супротно било коме јавном интересу који се заштићује формом уговора која је прописана и у којој је уговор закључен, као што не може бити противна ни интере-

сима самих уговорних страна онда када су они предмет заштите форме која је прописана за закључење једног уговора. Самим тим један уговор код којег је прописана форма услов његове пуноважности може добити карактер фиксног уговора без икаквог ограничења — усменим утаначењем странака које се постиже истовремено са закључењем форматног уговора или таквим доцнијим утаначењем(5).

15. Као што се приликом закључења једног уговора у прописаној форми може постићи истовремена усмена погодба да се уговор који је закључен као нефиксни прствори у фиксни уговор, или она постигне пошто је уговор закључен, тако се усменим споразумом странака може једновременно са закључењем оваквог уговора или и доцније већ закључен уговор у прописаној форми као фиксни претворити у нефиксни уговор. У овом последњем случају може се тврдити да се ради о споразуму који улази у ред оних које законодавац третира као утаначења којима се олакшава обавеза једне или друге стране у уговору, те да би према 300 таква усмена утаначења била пуноважна једино код оних уговора код којих је посебна форма за један уговор прописана у интересу уговорних страна (чл. 67, ст. 4. и чл. 71, ст. 2. 300).

Наше је мишљење, међутим, да се утаначење о укидању уговору фиксног карактера не може уврстити у облике „олакшавања обавезе“ уговорне стране коју као вид промене уговора предвиђа законодавац и пуноважност таквих усмених утаначења повезује са оним уговором код којег је форма прописана искључиво у циљу заштите интереса самих странака. Елиминисање фиксне клаузуле у једном уговору доводи дужника у повољнији положај и олакшава његову правну ситуацију у уговору утолико што њега више од тада не могу да погоде оне за фиксни уговор предвиђене санкције због неиспуњења уговорне обавезе о року и које су иначе значајно теже у односу на те исте санкције код нефиксног уговора. Споразум странака о претварању фиксног у нефиксни уговор ништа не мења у карактеру дужникове уговорне обавезе него само у систему санкција због повреде обавезе из уговора. Али то није, на пример, случај у уговору о продаји са предајом ствари или плаћањем цене када се накнадним споразумом странака ове обавезе које су имале бити испуњене једном чинидбом претварају у обавезе са оброчним испуњењем, са овим обавезама у односу на које се дужник ослобађа дужности да повериоцу преда ствар у залог или пружи неки други инструменат обезбеђења испуњења обавезе, са утаначењем којим се дужнику одлаже иначе одређен кратак рок за испуњење обавезе, итд. У тим случајевима се ради о олакшању обавезе дужника у правом значењу тог појма онако како га законодавац утврђује. Према томе, без обзира шта је законом утврђено као циљ посебне форме за један уговор, тј. да ли је у питању заштита јавног интереса или интереса уговорних страна, уговор закључен у посебној прописаној форми који има карактер фиксног уговора увек се може накнадним усменим споразумом странака претворити у нефиксни уговор.

(5) Према 300 су иначе пуноважна истовремена усмена утаначења о споредним елементима о којима у формалном уговору није ништа речено ако нису у супротности са садржином писмена или ако нису противна циљу због којег је форма прописана. Ово правило о пуноважности се примењује и на доцнија усмена утаначења о споредним тачкама уговора уколико то није противно циљу ради којег је форма уговора прописана (чл. 67, ст. 3. и чл. 71, ст. 2.)

16. Однос нашег позитивног права према уговореној форми *ad solemnitatem* је далеко блажи него према таквој прописаној форми. Овде се, као што је познато, полази од гледишта да уговорену форму одређују саме странке својим споразумом, те да стога могу сагласношћу својих воља и одустати од жељене форме за закључење уговора, тј. могу истовременим или доцнијим неформалним споразумом допунити или изменити свој формални уговор, па чак и уговор код којег је уговорена форма битна за пуноважност закључења уговора раскинути усменим утаначењем. Сва та правила о допуни, измени или раскиду уговора код којег је уговорена форма услов његове пуноважности, тим пре се примењују и на уговор код којег уговорена форма нема тај карактер. Према томе, и када је у питању један уговор за који су се странке споразумеле да посебна форма буде услов пуноважности њиховог уговора, као и онај код којег су странке предвиделе посебну форму само да обезбеде доказ свог уговора или да постигну нешто друго, он се може без икаквих ограничења, истовременом или доцнијом усменом погодбом пуноважно претворити у фиксни уговор, или, ако је он већ закључен у посебној форми као фиксни, овоме одузети фиксни карактер (вид. чл. 69, ст. 2. 300).

Треба приметити да се у истом светлу има посматрати и пуноважност неформалних једностранних изјава воље о претварању једног у посебној форми закљученог уговора у фиксни уговор, или његовог трансформисања у нефиксни — повериочеве изјаве да се уговор третира као фиксни, односно дужникове изјаве да уговору закљученом као фиксни мења карактер и претвара у нефиксни.

17. Посебно је међутим, питање да ли се може уопште признати пуноважност једностране изјаве воље повериоца да уговор који је закључен као нефиксни од тренутака давања овакве изјаве третира као фиксни, односно изјаве дужника да уговору одузима карактер фиксног уговора — па и онда када је оваква изјава учињена на основу претходног споразума странака.

У тражењу одговора на ово питање треба поћи од функције фиксног уговора — појачања уговорне дисциплине дужника у извршавању уговорне обавезе и његове природе (особине) која се испољава у томе да он примарно служи заштити интереса повериоца, а затим и од правно-политичких начела на којима се заснива функција и природа фиксног уговора.

Уговарање права у корист повериоца да накнадно, пошто је један уговор закључен, он може својом једностраном изјавом воље да определи особине једном уговору као фиксном уговору је несумњиво у складу са правно-политичким принципима на којима се темељи функција и природа фиксног уговора. Осим тога, уговарање једног оваквог права у корист повериоца, сагласно је неким основним општим начелима које је установио законодавац за облигационо-правне односе. Међу њима треба истаћи начело дужности испуњења уговора (чл. 17. 300) и начело савесности и поштења (чл. 12. 300). Самим тим питање пуноважности правног дејства једне овакве изјаве, односно таквог субјективног права повериоца и није спорно.

Али када је у питању једно овакво субјективно право дужника — право да он може својом изјавом да одузме уговору својство фиксног уговора, онда наилазимо на дилеме.

Када поверилац закључује фиксни уговор јасно ставља дужнику до знања да има посебан интерес да овај своју обавезу испуни искључиво у уговореном року. Разуме се да поверилац, при томе, има у виду да му фиксни уговор у том смислу пружа одговарајућу заштиту већ самим тим што елиминира дужничково законско право на накнадно испуњење обавезе по протеку рока предвиђеног за извршење обавезе. У том контексту посматрана изјава дужника да једном уговору укида карактер фиксног уговора доводи повериоца у неповољан положај. И то, пре свега, због тога што поверилац тада мора да трпи дужничково закашњење у испуњењу обавезе и да прихвати да уговор, првобитно закључен у његовом интересу, у погледу испуњења и дејства неиспуњења зависи искључиво од воље дужника. Ипак, када је једно такво утаначење резултат стварне аутономије воље уговорних страна, односно ако не произилази из монополског положаја дужника или уопште из неравноправних односа уговорних страна онда га треба признати пуноважним.

II. УГОВОР КОД КОЈЕГ ЈЕ ИСПУЊЕЊЕ О РОКУ БИТАН САСТОЈАК УГОВОРА ПО ПРИРОДИ ПОСЛА

18. Раније смо већ утврдили да законодавац не одређује кад је испуњење о року битан састојак једног уговора, премда тај појам, односно категорију користи приликом нормирања општих правила о раскиду двостраних уговора (чл. 125. ЗОО) и уређивања раскида уговора о делу (чл. 609). Стога је несумњиво корисно учинити напор у том правцу и помоћи судској пракси у њеном креативном доприносу око попуњавања ове правне празнине. Опредељујући се при томе за једно могуће значење овог појма (испуњења о року као битном састојку уговора) бићемо у прилици да једновременно укажемо и на практичном плану на разлике између уговора код којег је рок испуњења битан састојак уговора по природи посла и фиксног уговора.

19. Дефинисању категорије уговора код којег испуњење обавезе у одређеном року битан састојак уговора по природи посла нормиране у ст. 4, чл. 125. ЗОО могли би да приступимо у некој аналогiji са појмом фиксног уговора (што би био један могући метод). Тиме бисмо дошли до сличног решења које су користиле ОУ приликом утврђивања појма уговора код којег је рок испуњења обавезе битан услов уговора према (нарочитим) „околностима посла“. Остаје да видимо колико ће нам такво одређивање овог појма пружити задовољавајући резултат. Уколико он не буде задовољавајући онда нам преостаје да се користимо и неким другим методом као допунским, или да попуњавању ове управне празнине прибегемо применом сасвим новог, самосталног, метода.

20. Приликом коришћења првог од изложених метода ради дефинисања кад је испуњење уговора, односно обавезе у одређеном року битан састојак уговора по природи посла морамо, јасно, започети од самог текста чл. 125. ЗОО и зато је корисно да цитирамо тај члан у чијем ст. 4. се одређује појам фиксног уговора и нормира, као што смо видели, непотпуно, уговор код којег је испуњење о року битан састојак уговора по природи посла:

„Кад је испуњење о року битан састојак уговора

Члан 125.

(1) Кад испуњење обавезе у одређеном року представља битан састојак уговора, па дужник не испуни обавезу у том року, уговор се раскида по самом закону.

(2) Али, поверилац може одржати уговор на снази, ако по истеку рока, без одлагања, обавести дужника да захтева испуњење уговора.

(3) Кад је поверилац захтевао испуњење, па га није добио у разумном року, може изјавити да раскида уговор.

(4) *Ова правила важе* како у случају кад су уговорне стране предвиделе да ће се уговор сматрати раскинутим ако не буде испуњен у одређеном року, тако и онда *кад је испуњење уговора у одређеном року битан састојак уговора по природи посла*.”

Замислимо сада да у ст. 4. овог члана уместо почетних речи „Ова правила важе“ стоје речи „Испуњење обавезе о року се сматра (или: „рок се сматра“) „битним састојком уговора“, као и да се уместо оног дела реченице на крају „...кад је испуњење уговора у одређеном року битан састојак уговора по природи посла“ налазе речи „кад то проистиче из природе посла“.

Тада би ст. 4. гласио како следи и његов смисао би довољно прецизно определио значење појма испуњења о року које је битан састојак уговора:

„(4) Испуњење обавезе о року се сматра битним састојком уговора како у случају кад су уговорне стране предвиделе да ће се уговор сматрати раскинутим ако не буде испуњен у одређеном року тако и онда кад то проистиче из природе посла“.

На овај начин би се дошло до истог методолошког приступа (дефинисања кад је испуњење обавезе у одређеном року битан састојак уговора) који је коришћен и готово идентичног решења садржине, односно значења појма уговора код кога особине природе посла упућују да је испуњење у одређеном року битан састојак уговора који је постигнут ст. 2, узансе 225. ОУ (да је то уговор код кога из особина његове природе познатих обема странама произлази да је намера уговорних страна приликом његовог закључења била да се уговор сматра раскинутим ако не буде испуњен у одређеном року).

Пошто ст. 4, чл. 125. ЗОО није текстурелно изражен на изложени начин до истог значења појма уговора код којег је испуњење обавезе у одређеном року битан састојак уговора по природи посла, тј. да је то такав уговор код којег из његове природе произлази да ће се сматрати раскинутим ако не буде испуњен у предвиђеном року, можемо доћи једним доста слободним (да не кажемо произвољним) тумачењем у коме ћемо се користити сентенцом чл. 125. и текстом његовог ст. 4. То би, уколико желимо да га ближе одредимо са аспекта технике тумачења, био неки облик и покушај систематског тумачења одредбе чл. 125.

Имајући у виду сада та два текста, можемо заузети став да је смисао чл. 125, према значењу његове сентенце, да нормира раскид уго-

вора код свих уговора код којих је испуњење о року битан састојак уговора и да садржина става 4. управо одређује могућа два случаја кад је у једном уговору рок битан састојак уговора: први, онај где је већ уговором утаноачено да ће се он раскинути ако не буде испуњен у одређеном року (фиксни уговор) и други када то, тј. да ће се уговор раскинути уколико не буде испуњен о року, проистиче из природе посла, односно уговора.

21. Јасно је одмах да је једно овакво тумачење исфорсирано и дискутабилно. Оно, осим тога, није довољно за примену истакнуте норме. И то стога што отвара један нов проблем. Он се исказује у потреби да се сада одреди када особине једног уговора које опредељују његову природу дају за право да закључимо да се уговор има сматра раскинутим ако не буде о року испуњен(6).

Тако наилазимо, дакле, на нову правну празнину, ону која се испољава у потреби дефинисања ове ново уведене категорије — категорије природе уговора која упућује на последицу *eo ipso* његовог раскида ако он не буде испуњен у одређеном року. Тиме, практично, долазимо до оног другог самосталног метода о коме је било напред речи (№ 19).

Он би требало да пође од јасне констатације да је законодавац учинио пропуст, тј. да постоји правна празнина у 300 у погледу категорије о природи посла која даје року испуњења обавезе у једном уговору особине битног састојка уговора, као и од констатације да ова категорија садржински одудара од неких већ нормираних категорија те да пошто нема услова за примену аналогije преостаје да онај који треба да примени правну норму која утврђује ову категорију има да формулише појединачну норму којом ће да одреди њено значење и да је примени у таквом уговорно-правном односу. Дакле, приликом одређивања значења категорије испуњења обавезе у одређеном року као битном састојку уговора по природи посла наука и судови би морали приступити попуњавању правне празнине поступком (методом) слободног стварања правне норме.

Разуме се да се у том процесу формулисања посебне, нове појединачне норме, која ће одредити значење истакнуте категорије може поћи од већ познатих решења у упоредном праву, наших раније важећих правних правила, или конструисати потпуно ново решење. Нама се чини да би најповољније било искористити решење наших ранијих правних правила из III новеле параграфа 919. *Аустријског грађанског законика*, с обзиром да је оно довољно јасно и познато нашој правничкој јавности. Оно је уосталом врло слично још неким решењима прихваћеним у упоредном праву. Осим тога, издржало је „проверу“ сагласности са утврђеним начелима нашег друштвеног уређења, али и верификацију своје адекватности, кроз нашу дугогодишњу судску и другу правну праксу — ону из времена које је претходило доношењу 300. Ми ћемо се управо на примени и анализи тог решења задржати у излагањима која следе. Пре тога напоменимо само толико да правила ОУ овде не могу бити

(6) На овом примеру се може констатовати до каквих проблема, односно потреба за тумачењем и „резултата“ тумачења може у пракси доћи кад се један текст реагује или узме за основу приликом формулисања норми за један правни однос, као што је то била *Скица за Законик о облигацијама и уговорима* проф. Константиновића и то прелупсти лиши-ма која не познају довољно правну проблематику у чију се преформулацију или редиговање упуштају. Разуме се да се овде, према ономе како је ст. 4, чл. 125. 300 формулисан, поставља питање да ли су редакторима *Скице*, када су већ оправдано желели да напусте њену концепцију о битној повреди уговора, била добро позната постојећа решења нашег права — она садржана у узанси 225. ОУ и правна правила из § 919. АГЗ.

коришћена пошто и она имају правну празнину. Уосталом то смо раније, приликом упоређивања њихових решења са једним могућим тумачењем значења разматране категорије из ст. 4, чл. 125. ЗОО, већ констатовали.

22. Став да утаначењу о испуњењу обавезе о року можемо с обзиром на особине природе посла (то јест, уговора који се закључује) дати карактер битног састојка уговора, заснива се на чињеници да поверилац после протока уговореног рока за испуњење уговора неће имати интереса, односно да ће поверилац имати интерес за испуњење уговора само уколико оно уследи у уговором одређеном року, а што је дужнику било познато.

Из овако одређеног значења категорије о природи посла, односно уговора која даје року испуњења особине битног састојка уговора, могу се уочити неколико њених елемената, то јест правних чињеница које она обухвата. Прецизније изражено то значи да је за настанак једног уговора у коме је рок испуњења обавезе битан састојак уговора по природи посла потребно да буду испуњени одређени услови:

23. 1) *Одређеност рока за испуњење уговора* — први услов да би рок испуњења добио значење битног састојка уговора по природи посла.

Чврсто, односно тачно утврђивање у уговору рока за извршење обавезе дужника састоји се у утврђивању дана, односно тренутка у дану, или у утврђивању тачно одређеног периода времена од више дана за испуњење уговорне обавезе и у том погледу нема никакве разлике у односу на испуњеност овог услова који се тражи и за настанак фиксног уговора. Ипак, већ самом утаначењу рока за испуњење уговорне обавезе не може се дати посебно значење и уговор у којем је он одређен не може се самим тим сматрати уговором чији је рок битан састојак уговора по природи посла. Поред одређености да би рок испуњења имао третман битног састојка уговора по природи посла неопходно је да буду испуњени још неки неопходни услови.

24. 2) *Поверилац нема интереса за испуњењем уговора услед задоцњења дужника са испуњењем обавезе* — други услов за настанак уговора чији је рок битан састојак уговора по природи посла.

Услов — да поверилац нема интереса за испуњењем уговора услед задоцњења дужника са испуњењем обавезе тражи нешто прецизније разјашњење с обзиром на своју вишезначност.

Када кажемо да поверилац нема интереса за испуњењем уговора услед задоцњења дужника то значи да повериоцу престаје интерес за испуњењем уговора услед пропуста дужника да у уговореном року изврши обећану чинидбу. То значи да чим поверилац нема интереса за њему обећану чинидбу од стране дужника која је и предмет његове обавезе, он нема интереса ни за испуњење са своје стране, што значи да нема интереса за уговором у целини. При томе, да би рок испуњења имао карактер битног састојка уговора због тога што повериоцу престаје интерес за његовим испуњењем уколико дужник не изврши у року одређеном уговором своју обавезу, ирелевантно је да ли ће до задоцњења у испуњењу обавезе доћи са или и без кривице дужника (што је, уосталом, у складу са системом објективне доцње које прихвата наше право).

25. 3) *Поверилац нема интереса за испуњењем уговора онда када извршење престације услед доцње дужник не одговара природи закљу-*

ченог посла — трећи услов за настанак уговора код којег је утаначење рока испуњења с обзиром на нарочите особине природе посла добило карактер битног састојка уговора.

Поверилац нема интереса за испуњењем уговора по протеку рока у којем је дужник имао извршити обавезу, по правилу, онда ако поверилац испуњење више не може употребити у намењену сврху, односно ако се протеком рока не може више постићи циљ престације. Следеће особине „природе (једног) посла“ које могу да укажу да престаје интерес повериоцу за испуњењем уговора по протеку уговореног рока јесу објективни положај предмета престације на тржишту, природа саме уговорне чинидбе и друге околности.

У једном уговору, као што се види, рок испуњења обавезе је битан састојак уговора тек онда када на повериочев интерес за испуњењем дужникове обавезе искључиво о року упућују одређене објективне околности које постоје у вези са тим уговором (што је начин за позитивно одређење овог услова за настанак уговора у коме је рок испуњења битан састојак уговора по природи посла). По томе се он, уосталом и диференцира од фиксног уговора код којег овај интерес произлази из изјаве у њему изражене воље уговорних страна. Код фиксног уговора се, наиме, већ из постигнуте сагласности изјављених воља странака о томе да он мора бити испуњен о року, претпоставља постојање интереса повериоца за испуњењем уговора искључиво у уговореном року. Уговор код којег је рок испуњења битан састојак уговора по природи посла, такву изјаву не садржи. Код њега из одређених објективних околности (познатих дужнику) које опредељују карактер тј. природу тога посла произлази да уговор само о року може бити пуноважно испуњен. Карактер, односно природа посла је, према томе, у једном уговору она правна чињеница која води успостављању његовог посебног обележја у погледу испуњења обавезе о року и специфичном дејству које се исказује кроз законом установљени посебан систем правних последица које настају закашњењем у испуњењу дужникове обавезе.

О садржини, односно значењу ове правне чињенице постоје веома различита схватања у законодавству, судској пракси и правној науци. Оно што се у вези са тим схватањима може истаћи то је да се многе од ових нарочитих околности, од којих смо ми неке навели као примере који опредељују посебне особине природе једног посла, оне које року испуњења обавезе дају карактер битног услова уговора, или сматрају супсумираним једна у другој, или се пак међусобно дистанцирају. У томе вероватно треба тражити разлог због чега у упоредном праву приликом проучавања овог правног стандарда нисмо наишли на рад који би покушао да га ближе дефинише. Сваки покушај у том правцу вероватно би, осим тога, остао без практичне вредности. Својом активношћу судови би га пробали пред указаним потребама које произлазе из правног живота. Међутим, несумњива је корист већ од успостављавања присуства овог проблема и у нашем новом праву с обзиром да ЗОО у не малом броју својих одредаба користи овај правни стандард, уз неке друге као што је то случај са правним стандардом „околности посла“. Као збир правних чињеница ови правни стандарди, који су произашли из различитих потреба већ у зависности од правног института у чијој садржини су обухваћени и са различитим дејством, природно је да ће бити мета упоре-

бивања из доктринарних, али и практичних потреба. Један покушај који смо ми у литератури раније извршили на том подручју на примерима из упоредног права(7) и на нашим *Општим узансама за промет робом* може и данас за потребе примене ЗОО корисно да послужи у циљу задовољавања одређених практичних потреба и као илустрација ширине проблема(8).

26. 4) *Дужник је у тренутку закључења уговора знао или морао да зна да ће услед нарочитих особина природе закљученог посла повериоцу престати интерес за испуњењем уговора уколико он о року не изврши своју обавезу* — четврти услов за настанак уговора код којег је рок испуњења битан састојак уговора по природи посла.

И овај услов захтева своју конкретизацију. Тим поступком доћи ћемо до сазнања о елементима које приказани услов супсумира, односно упознаћемо елементе из којих се састоји.

Као што се може приметити престанак интереса повериоца за испуњењем уговора после истека уговореног рока везује се за дужниково познавање одређених чињеница које као особите околности уговора који се закључује упућују на настанак дужниковог сазнања да природа самог посла који се заснива налаже као неопходно да он стриктно у уговорено време испуни своју обавезу. Те чињенице које и одређују природу једном послу, односно изазивају престанак интереса повериоцу за испуњење уговора уколико он не буде испуњен о року, те као такве и опредељују посебне особине послу и обележја су његове природе, могу бити, рекли смо, сврха чинидбе, објективни положај предмета престације на тржишту или неке друге. Као моменат сазнања дужника за ове чињенице долази у обзир искључиво тренутак закључења уговора. Гледиште да је једино релевантно сазнање дужника у моменту закључења уговора за чињенице које опредељују природу једном послу, на начин да је свако испуњење уговора после истека уговореног рока беспредметно за повериоца, има своје оправдање. Таквим решењем, које искључује пуноважност сазнања за ове чињенице у периоду између закључења уговора и доспелости дужникове обавезе, избегавају се могуће злоупотребе од стране повериоца и обезбеђује правна сигурност дужнику. Наиме, када би поверилац у току преговора уочио да дужник, због објективне или субјективне ситуације у којој се налази, не би закључио уговор у којем не би имао право на накнадно извршење задоцнеле престације, он би приступио закључењу уговора трудећи се да се при томе не открију оне чињенице у вези са тим послом којима би се противило остављање дужнику накнадног рока за извршење закаснеле престације. Сазнање дужника за те чињенице након закључења уговора стога мора да устукне пред претпостављеним мотивом (дужника) да не би закључио уговор да је у тренутку његовог закључења знао да се природи посла противи остављање накнадног рока за испуњење обавезе. Разуме се да је зато евентуално супротно становиште неодрживо као противно начелу савесности и поштења у облигационим односима.

Терет доказивања овог субјективног момента, који је истовремено и један од елемената у третираном услову за настанак уговора у којем је

(7) Ј. Славнић, *Место права на непосредни одустанак од уговора у систему правних последица доцње у нашем праву*, „Анали Правног факултета у Београду“, бр. 3—4/1968, стр. 434—437.

(8) Ј. Славнић, *Појам околности посла према Општим узансама за промет робом*, „Правни живот“, бр. 3/1966, стр. 26—32.

рок испуњења битан састојак уговора, лежи на повериоцу. Поверилац, наиме, у случају спора мора да докаже околности из којих ће се закључити да је дужник знао или морао да зна у време закључења уговора, за чињенице које воде престанку његовог интереса за испуњење уговора уколико овај не буде извршен тачно о року, то јест за чињенице које упућују на такву природу закљученог уговора да овај мора стриктно и искључиво бити испуњен у одређеном року те да само и једино у том случају он има интереса за његовим испуњењем.

27. Сазнање дужника из сврхе чинидбе, особине предмета престације, његовог положаја на тржишту и других особености природе уговора који се закључује да поверилац има интерес за испуњење уговора једино уколико он своју обавезу изврши у уговореном року, доводи дакле, до настанка, односно закључења једног таквог уговора код којег дужник који се нађе у доцњи не може више пуноважно да изврши своју обавезу (с обзиром да је уговор истеком рока раскинут у чему се иначе и састоји дејство пропуштања рока за испуњење обавезе код овог уговора). Према томе, то је идентична ситуација са уговором код којег је између странака договорено да ће се он сматрати раскинутим ако не буде испуњен у одређеном року (уговор који се раскинуо јер није у одговарајуће време испуњен, а морао је према споразуму странака тада да буде извршен је, као што знамо, фиксни уговор). Код уговора код којег дужник познаје повериочев интерес за његово испуњење искључиво о року, наступа иста правна последица неизвршењем дужникове обавезе (раскид уговора), али не услед тога што дужник није поштовао споразум са повериоцем о својој дужности да уговор испуни о року, јер тог споразума нема, већ зато што је знао да ће поверилац имати интерес за испуњење уговора једино уколико он уследи у тачно одређеном року, па и поред тога уговор није испунио. Овај уговор, који законодавац термилолошки означава уговором код којег је рок испуњења битан састојак уговора по природи посла и фиксно уговор, према томе, обухватају појмовно два различита чињенична стања (скупа) која су повезана само истим правним последицама и то на тај начин што се оба ова уговора раскидају протеком рока одређеног за испуњење, а да за то није потребна још било каква радња повериоца.

28. Ова два законска решења и правна института у вези са раскидом двостраних уговора услед неизвршења која у овим нашим разматрањима посматрамо као посебне облике уговора, добијају на подручју њиховог дистанцирања још један виши квалитет уколико се прихвати гледиште да околности које указују на бескорисност извршења уговора за повериоца по протеку рока, настале и познате дужнику у тренутку закључења уговора, не смеју касније отпасти(9). Према том становишту наиме, интерес повериоца за испуњење уговора који произлази из саме природе посла мора постојати како у моменту закључења уговора тако и у моменту наступања рока за његово испуњење. Ако су околности природе посла које упућују на постојање искључивог интереса повериоца за испуњење дужникове обавезе у уговореном року престале постојати, односно ако је интерес повериоца за стриктно испуњење уговора у одређеном року касније отпао, тада рок губи особине битног састојка уговора

(9) Видети једно овакво схватање изражено у швајцарском праву у вези са применом чл. 108, т. 2) Закона о облигацијама: Н. Осер, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Fünfte Band, Zürich 1929*, р. 582.

и то без обзира да ли је за престанак овог интереса дужник сазнао или није, те се на такав уговор имају применити правила о испуњењу обавезе код које рок није битан састојак уговора (као што су правило о праву дужника на накнадни рок за испуњење и друга која се примењују на ове, тзв. нефиксне уговоре).

Код једног фиксног уговора, тј. уговора код којег је утаноачено да ће се он сматрати раскинутим уколико дужник не испуни своју обавезу искључиво о року питање постојања интереса повериоца за испуњење уговора у том року се не поставља. Оно је ирелевантно. Један такав уговор остаје са свим својим оригиналним особинама и дејством које законодавац предвиђа у чл. 125, ст. 4. ЗОО без обзира да ли је поверилац имао интереса за испуњење уговора у предвиђеном року, а он је накнадно отпао.

29. Посебно је међутим, питање да ли је оправдано схватање да року у једном уговору треба признати особине битног састојка уговора само онда када је повериочев интерес за испуњење уговора стриктно о року егзистентан у време доспелости дужникове обавезе. Остављајући по страни проблем дужникових злоупотреба у доказивању да је престао повериочев интерес како би се ослободио тежине санкција које повлачи третирање повреде његове обавезе у погледу рока испуњења као повреде битног састојка уговора, мишљења смо да би у одговору на ово питање могли поћи од аргумента да је уговор код којег је рок битан састојак уговора изузетак, те да га, колико је могуће, треба рестриктивно третирати. Осим тога, и начелу дужности испуњења уговора, односно принципу да је уговор закључен са циљем да буде извршен, одговара да се о постојању интереса повериоца за испуњење уговора искључиво о року води рачуна и у тренутку доспелости дужникове обавезе. У складу је са овим начелом наиме, резонување да уколико тај интерес повериоца не постоји, да треба дати дужнику право да изврши своју обавезу и након протеча уговореног рока, односно становиште да то води опстанку, а не раскиду двостраног уговора. Стога смо мишљења да интерес повериоца за испуњењем уговора искључиво у уговорном року мора постојати како у тренутку закључења уговора тако и у моменту доспелости дужникове обавезе да би рок испуњења према ЗОО могао бити третиран као битан састојак уговора по природи посла.

III. ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ ЗАКАШЊЕЊА У ИСПУЊЕЊУ ОБАВЕЗЕ ИЗ ФИКСНОГ УГОВОРА, ОДНОСНО УГОВОРА КОД КОЈЕГ ЈЕ ИСПУЊЕЊЕ ОБАВЕЗЕ О РОКУ БИТАН САСТОЈАК УГОВОРА ПО ПРИРОДИ ПОСЛА

1. *Раскид фиксног уговора, односно уговора код којег је испуњење обавезе о року битан састојак уговора по природи посла*

30. Када разматрамо раскид уговора као последицу неизвршења обавезе из фиксног уговора, односно обавезе чији је рок испуњења битан састојак уговора по природи посла и при томе за основу узимамо решења ЗОО, пре свега, нужно је наступање и дејство ове правне после-

дице упоредити са њеним наступањем и дејством према решењима нашег рашијер права — са раскидом фиксног уговора, односно уговора код којег је рок испуњења битан услов уговора по природи и другим околностима посла онако како је он био уређен *Општим узансама* и раскидом нефиксног уговора, односно уговора код којег испуњење обавезе о року није битан састојак (услов) уговора и то како према правилима ЗОО тако и оним раније важећим у тој области.

31. Када о року који је био битан услов уговора дужник није извршио своју обавезу поверилац је, према ОУ, могао по протеку овог у року „без одлагања“ да изјави да одржава уговор на снази. Уколико ова изјава није уследила, уговор се сматрао раскинутим самом чињеницом наступања доцње, односно протеком рока у коме је обавеза имала бити испуњена (узанса 225, ст. 1). По стилизацији узанси произишало је, дакле, да се протеком рока за испуњење обавезе из фиксног уговора, односно другог уговора код којег је рок испуњења био битан услов уговора, уговор још није раскинуо с обзиром да је раскид био условљен правом повериоца да захтева престацију. Тек ако поверилац ово право није користио „без одлагања“ наступале су последице неиспуњења обавезе, тј. сам раскид уговора за који се тада сматрало да је настао већ самим истеком уговором предвиђеног рока за испуњење обавезе. Уговор је до изјаве повериоца, односно протекла кратког рока за ту изјаву био суспендован, па или се изјавом одржавао на снази, или се уколико та изјава није уследила, раскидао. Пошто је раскид значи био условљен истеком једног кратког рока у којем је поверилац могао да се користи правом да захтева испуњење дужникове престације, у времену од протекла рока за њено испуњење до истека времена у којем се могла очекивати пуноважна повериочева изјава о одржавању уговора на снази, дужник се налазио у доцњи. То је и био разлог да су наше узансе оперисале са појмом доцње у тексту одредби и сентенци уз узансе 225. и 226.

Ова конструкција о наступању раскида фиксног уговора *ipso iure* уколико поверилац „одмах“ по протеку рока одређеног за испуњење обавезе није саопштио дужнику да он остаје при испуњењу уговора, била је прихваћена и у тумачењу § 919. АГЗ који се као правно правило примењивао на уговоре грађанског права(10).

32. ЗОО је избегао ову конструкцију захваљујући прихватању института преображајног права у овој правној материји. Наиме, према овом закону кад дужник није испунио обавезу у одређеном року уговор се раскида по самом закону. Обавест (изјава) „да захтева испуњење уговора“ коју поверилац обавезе која је морала о року бити извршена упућује дужнику „без одлагања“ по протеку рока је наиме овлашћење које му припада да својом изјавом воље створи право односно правни однос, уговор, на основу специјалне ситуације у којој се налази. Та специјална ситуација у којој се поверилац налази јесте она која настаје пошто је протекла рок за извршење дужникове престације, тј. она ситуација кад је фиксни уговор или уговор код којег је рок испуњења дужникове обавезе битан састојак уговора по природи посла као правни однос између странака раскинут, а овлашћење је оно што се у науци назива преображајним или формативним правом (*Gestaltungsrecht*). Сасвим конкретно

(10) A. Ernzweig, *System des österreichischen allgemeinen Privatrecht*, II. Band, Wien 1920, p. 192.

исказано то значи по раскиду фиксног уговора или уговора код којег је рок испуњења обавезе дужника битан састојак уговора по природи посла овлашћење које поверилац користи да својом изјавом воље захтева испуњење уговора је преображајно право (познато још по термину „правна моћ“) којим се између изјавиоца и лица коме је упућена (ранијег дужника из фиксног уговора или уговора код којег је рок испуњења обавезе битан састојак уговора по природи посла) ствара правни однос, односно уговор. Тек пошто је овај правни однос створен, следи обавеза дужника као резултат (ново) насталог правног односа из којег ће, пошто се ради о двостраном уговору, произаћи обавеза и за овлашћеника преображајног права, односно носиоца овог субјективног права (уколико се тако схвати његова правна природа).

33. У нашем новом праву, осим правно-теоријског значаја, прихватање концепције преображајног права у овој области није имало неког другог већег значаја. На практичном плану концепција о доцњи код фиксног уговора коју су прихватиле ОУ као и концепција о његовом раскиду *ipso facto* самим протеком рока одређеног за испуњење дужникове обавезе обухваћена ЗОО имају идентично правно дејство. Оно се испољава у томе да дужник након истека рока предвиђеног за испуњење обавезе ову не може више пуноважно да испуни.

Међутим, у том погледу — у вези са питањем наступања и дејства раскида уговора који има карактер фиксног уговора и оног код којег рок испуњења дужникове обавезе не опредељује уговору такав третман (нефиксни уговори) постојала је значајнија разлика између правила у нашем ранијем праву у односу на решења која у наш правни систем уноси ЗОО.

Осврт на ово питање је иначе вишезначан. Најпре због тога што ће он да укаже на тенденцију права ка приближавању неких дејстава фиксног и нефиксног уговора, а тиме и да послужи да се отклоне извесна отворена питања која се у литератури постављају код нефиксних уговора у области наступања и дејства раскида уговора која су сада, у нашем новом праву, добила своје недвосмислене одговоре управо захваљујући решењима која су на том подручју у домену нефиксних уговора преузета из инструментарија који се тиче и оригинарно има своје порекло у уређивању односа странака из фиксног уговора. Зато смо уосталом и напоменули да су то она подручја где је дошло у нашем савременом праву до извесног приближавања правила за фиксне и нефиксне уговоре.

Да видимо сада о чему је овде реч. Примећујемо, при томе, да овде помињемо само категорију фиксног, односно нефиксног уговора и да не користимо у испитивању категорију уговора код којег је рок испуњења обавезе битан састојак уговора по природи посла. То чинимо превасходно због тога што су решења која ћемо изложити, уз резерву дат у претходном одељку (да је егзистентан интерес повериоца за испуњењем у одређеном року уговора чији је рок битан састојак по природи посла), истоветна и за овај уговор, као и код фиксног уговора.

34. И према нашем ранијем праву, као и ЗОО код нефиксног уговора дужник задржава право да и после истека рока који је одређен за испуњење његове обавезе испуни обавезу, те поверилац који жели да се

користи правом на раскид уговора због дужникове допње мора му оставити накнадни примерен рок за поновно испуњење.

У погледу наступања и дејства раскида код нефиксног уговора наше ново право се, међутим, значајно разликује од решења која смо раније имали (уп. § 918, ст. 1, АГЗ III новела и узансу 209, ст. 2. са чл. 126 ЗОО). По ЗОО раскид таквог уговора наступа по самом закону безуспешним истеком накнадног рока. За наступање раскида није потребна дакле да постоји изјава о томе коју би поверилац упутио дужнику било приликом изјашњења о прикладном року који му оставља за накнадно испуњење или након његовог истека, како су то тражила правна правила из АГЗ-а, односно ОУ. То је иначе оно прво подручје где су у домену нефиксних уговора атрахирана правила фиксног уговора.

Иста је ситуација и у погледу дејства раскида. Поверилац који се определио за раскид нефиксног уговора према ЗОО може ипак да уговор одржи на снази. Он то може да оствари уколико након безуспешног истека примереног накнадног рока који је оставио дужнику за поновно испуњење овог, без одлагања обавести да захтева испуњење уговора. Ово решење нашег савременог права је следеће, даље, подручје где су правила из домена фиксног уговора преузета и у инструментариј нефиксних уговора. Оно је само још једно између оних која су атрахирана из области фиксних у нефиксне уговоре захваљујући правилу садржаном у поменутом закону, које је иначе општег карактера, да када дужник не испуни обавезу о року који није битан састојак уговора ни у накнадном року који му је поверилац оставио наступају исте последице као и у случају кад је рок у уговору битан састојак уговора, односно као да је у питању фиксни уговор (чл. 126, ст. 3. ЗОО).

Такво правило које даје могућност да се одржи на снази један нефиксни уговор и након његовог раскида, насупрот ставу нашег ранијег права према којем је опредељење повериоца између испуњења и раскида било дефинитивно, сасвим је логично (§ 918, ст. 1. АГЗ и узанса 209, ст. 4 ОУ). Оно је такво зато што је до крајности доследно принципу о уговору као правном односу закљученом са циљем да буде извршен, односно начелу успостављеном за облигационе односе о дужности испуњења обавеза (чл. 17. ЗОО). Наиме, ако се код фиксног уговора после истека рока одређеног за испуњење дужникове обавезе и његовог раскида даје право повериоцу, да захтева испуњење уговора, односно овај одржи на снази онда тим пре има оправдања да се и код нефиксних уговора призна право повериоцу да након истека рока који је оставио повериоцу за накнадно испуњење и раскида овог уговора захтева његово испуњење, тј. уговор одржи.

35. У нашој се литератури међутим, ово приближавање инструментарија нефиксних и фиксних уговора не схвата.

Према испољеним гледиштима и месту које заузимају у нашој науци, значајан је број аутора који раскид нефиксног уговора повезују са обавезом повериоца да дужнику учини изјаву у том правцу. Доследно таквом ставу о наступању раскида уговора због његовог неиспуњења у року који није битан састојак уговора је и њихово становиште да поверилац који је изјавио да раскида уговор не може више тражити испуњење уговора, односно одустати од извршеног избора између испуњења уговора и његовог раскида (која права му иначе припадају падом дуж-

ника у доцњу код нефиксних уговора). Из таквог става о наступању раскида код нефиксног уговора проистиче и дискусија ових правних писаца око дилеме коју себи постављају у вези са тим да ли поверилац који се определио да тражи испуњење уговора па га није добио ипак може касније да одустане од уговора, тј. уговор раскинути, као и расправа око судбине нефиксног уговора код којег поверилац након истека примереног накнадног рока који је оставио дужнику за поновно испуњење овом није саопштио да уговор раскида.

Сва ова спорна питања која се постављају у литератури су истоветна са оним дискусијама које су биле присутне у нашем ранијем праву. Међутим, она су отпала установљењем у 300 општег правила према којем када дужник не испуни своју обавезу у накнадном року, наступају исте правне последице као и у случају кад је рок битни састојак уговора(11).

Као аргумент своме гледишту ови аутори се позивају на одредбе чл. 124. 300 — оне којима је предвиђено да кад једна страна не испуни своју обавезу у двостраном уговору, друга може да захтева испуњење обавезе или раскидање уговора, осим ако раскид не наступа по самом закону, као и да у сваком од ових случајева захтева накнаду штете. Поред ове законске одредбе која утврђује права једне стране у двостраном уговору кад друга страна не испуни своју обавезу, они се позивају и на чл. 130. 300 који нормира дужност обавештавања, тј. одређује да поверилац који због неиспуњења дужникове обавезе раскида двострани уговор да је дужан да то саопшти дужнику без одлагања.

Они међутим, при томе заборављају да чл. 124. даје само опште правило о праву из двостраног уговора једне уговорне стране, односно повериоца према другој страни, тј. дужнику који није испунио своју обавезу о року, дакле и ону која потиче из фиксног, односно уговора код којег је рок испуњења обавезе о року битан састојак уговора (уређену чл. 125) и ону која то није, тј. проистиче из нефиксног уговора (нормирану чл. 126. 300). Оно се, осим тога, односи и на друге случајеве двостраних уговора код којих дужник није испунио своју обавезу. То су уговор код којег рок није битан састојак уговора и који се може раскинути без остављања дужнику накнадног рока чл. 127), уговор (фиксни и нефиксни) који се може раскинути пре истека накнадног рока (чл. 128) и уговор (фиксни и нефиксни) са узастопним обавезама (чл. 129). Иста је ситуација и са чл. 130. 300. И његове одредбе садрже само једно опште правило, што значи правило које се односи искључиво на оне ситуације када према наведеним члановима (125—129. 300) уопште долази у обзир раскид уговора простом изјавом. То су они случајеви, да пођемо хронолошким редом како их законодавац утврђује у члановима 125—129, где се уговор код којег је рок испуњења био битан састојак уговора раскида пошто је поверилац изјавом захтевао испуњење, па га није добио у разумном року (чл. 125, ст. 4), затим, то је случај где се уговор код којег рок испуњења није био битан састојак уговора раскида у оној ситуацији када га је поверилац након истека примереног накнадног рока за испуњење одржао на снази, па његово испуњење није добио

(11) Да је овде у питању примена једног општеприхваћеног правила о *ipso iure* раскиду уговора због неиспуњења дужникове уговорне обавезе истеком накнадног примереног рока уочљиво је, између осталог, и из чл. 491. 300 којим је нормиран раскид уговора због неиспуњења продавачеве обавезе да у накнадном року преда купцу ствар без материјалних недостатака.

у разумном року (чл. 126, ст. 3. у вези са чланом 125, ст. 3), као и они случајеви када се уговор раскида без остављања дужнику накнадног рока, или пре истека рока одређеног за његово испуњење, односно онда када је у питању раскид уговора са узастопним обавезама (чл. 127—129).

Истакнути аутори се уопште, при томе, не осврћу, као да оно не постоји, на раније споменуто изричито законско правило из одредбе ст. 3, чл. 126. ЗОО које уређује раскид уговора код којег испуњење обавезе дужника о року није битан састојак уговора и предвиђа да кад дужник не испуни обавезу у накнадном року, наступају исте последице као и у случају кад је рок био битан састојак уговора⁽¹²⁾. То је иначе она одредба у трансформисаном облику преузета из *Скице за Законик о облигацијама и уговорима* проф. М. Константиновића којом је уређено једно од питања раскида уговора код којег неиспуњење о року није битна повреда уговора — правило да „неиспуњење обавезе у овом накнадном року представља битну повреду уговора“ (чл. 96, ст. 3. *Скице*).

36. Треба поменути да постоји и једна група аутора која је недоследна у разумевању и прихватању ових нових решења око наступања и дејства раскида нефиксних уговора и њиховог приближавања фиксним уговорима. Њихово колебање испољава се у заступању по том питању међусобно опречних ставова. Они се час изјашњавају да раскид уговора код кога рок није битан састојак уговора наступа аутоматски истеком накнадног примереног рока за испуњење, а час изјавом повериоца⁽¹³⁾.

37. Следеће питање које се поставља у вези са раскидом фиксног уговора јесте питање самих последица раскида овог уговора. Ипак, пре него што се осврнемо на ово питање потребно је да претходно укратко размотримо оне правне ситуације у којима се налази дужник који није у одређеном року испунио обавезу, а да при томе повреда уговора коју је на овај начин учинио неће довести до раскида уговора (у целини или једном делу).

38. Прва од тих могућих ситуација је она где дужник није испунио обавезу из фиксног уговора у одређеном року услед тога што поверилац ове обавезе није извршио своју претходно доспелу чинидбу. Ову правну ситуацију, која обухвата више алтернатива, односно случајева ЗОО, усталом као ни наше раније право, изричито не нормира. Она је резултат гледишта заступаног на бази примене општих правила о испуњењу облигационих обавеза и правила о доцњи у нашем ранијем праву. Ова правна правила садржана у Глави IV Првог дела ЗОО такође потврђују њену егзистентност и у нашем новом праву. Испитивање алтернативних случајева наведене правне ситуације у којој неће доћи до раскида фиксног уговора због неизвршења дужникове обавезе зато, посматрано са аспекта доприноса правне литературе разјашњењу тога питања, не би дало ништа квалитативно ново, те уместо подробног испитивања упућујемо на наша ранија излагања о том питању⁽¹⁴⁾.

Неиспуњење дужникове обавезе у одређеном року из једног фиксног уговора неће довести до раскида уговора и у оним правним ситуаци-

(12) Вид. нпр. проф. С. Перовић, *Облигационо право*, Београд 1980, стр. 507, 515—519 и *Коментар Закона о облигационим односима*, Г. Милановац—Крагујевац 1980, Књ. 1., стр. 414—419.

(13) Вид. нпр. становиште проф. В. Капора изражено у делу *Послови робног промета* (коауторски рад са С. Царићем), Београд 1979, стр. 90. и 148. и А. Султановића у књизи *Приверодно право*, Сарајево, 1980, стр. 172 и 177.

(14) Ј. Славнић, *Фиксни уговор*, стр. 64—67.

јама у којима долази до примене правило о истовременом извршењу обавеза странака у двостраном уговору (чл. 122. и чл. 475. ЗОО), односно правила која имају исту функцију као и правило о *Zug und Zug* испуњењу (чл. 123. и чл. 476—477. ЗОО). Ова правна ситуација у којој неће доћи до раскида фиксног уговора мимо тога што дужник није испунио о року обавезу, произлази из гледишта да правила о фиксном уговору, тј. наступање његовог раскида по самом закону неиспуњењем дужникове обавезе мора да устукне пред правилима о истовременом испуњењу обавеза из двостраног уговора, односно правилом да дужник обавезе чији је рок испуњења битан састојак уговора може да ускрати извршење своје доспеле обавезе ако друга уговорна страна — поверилац те обавезе није био спреман да тада изврши своју обавезу коју је имао једновремено да изврши са испуњењем дужникове обавезе. И та правна ситуација је већ довољно испитана у правној литератури те нема посебног разлога и њој поново посвећивати значајнију пажњу⁽¹⁵⁾.

Трећа могућа правна ситуација у којој неће увек доћи до раскида фиксног уговора због неизвршења дужникове обавезе, односно, овог пута, или једног њеног дела, јесте она која настаје када дужник делимично испуни своју обавезу. По овом питању у нашем ранијем праву постојала су два међусобно опречна решења. На бази општег правила које је припадало области грађанског права да поверилац може да одбије делимично испуњење обавезе, осим ако прописом или уговором није другачије предвиђено, формирано је гледиште да потпуно измирење обавезе тачно о року улази у појам фиксног уговора, те да његове последице које се испољавају у раскиду уговора наступају најмањим неиспуњењем (§ 1415. АГЗ, § 885. СГЗ, чл. 532. ОИЗ)⁽¹⁶⁾. У новијем привредном праву изграђеном на *Општим узансима* полазило се од супротних позиција. У њему је опет као опште правило било прихваћено решење према којем се делимично испуњен уговор не може раскинути сем у случају када је другачије било утачено или се раскид подразумевао с обзиром на природу правног посла и интересе уговорних страна (сви делови обавезе представљају једну целину, или поверилац има оправдани интерес да прими испуњење обавезе у целини — узанса 68). Ми смо још раније полазећи од принципа који смо прихватили код фиксних уговора — да се на фиксне уговоре примењују општа правила о уговорима уколико нису супротна изричитим одредбама о фиксном уговору или би њихова примена била супротна његовој садржини — заузели став да би редовно поверилац био дужан да прими делимично испуњење обавезе која се имала испунити тачно о року како је то и код нефиксних уговора и да би дејство раскида обухватило неизвршени део престације⁽¹⁷⁾.

У нашем новом праву опште правило старог грађанског права о дејству делимичног испуњења прихваћено је као генерално правило за све облигационе обавезе (уз изузетак да природа обавезе другачије не налаже). За оне које се састоје у новчаној престацији (и овде уз један изузетак: да поверилац нема посебан интерес да одбије делимично испуњење) као и када је у питању продавчева престација на предају ствари, прихваћено је решење које су имале *Опште узансе* (в. чл. 310. и чл. 492.

(15) В. Б. Старовић, *Приговор неизвршеног уговора*, Београд 1966, стр. 90—92 и нашу монографију *Фиксни уговор*, стр. 88—92.

(16) М. Бартош, *Основи приватног права*, Београд, без године издања, стр. 324—325

(17) Ј. Славнић, *op. cit.*, стр. 69—71.

300). Сходно томе према 300 кад је у питању делимично испуњење обавезе из фиксног уговора, с обзиром да општа правила о дејству делимичног испуњења облигационих обавеза, односно обавеза из уговора о продаји нису супротна садржини фиксног уговора, присутна су два различита правна режима дејства делимичног испуњења: један, у којем наступа раскид читавог фиксног уговора непотпуним испуњењем дужникове обавезе о року и он долази до примене код оних фиксних уговора код којих је предмет дужникове обавезе престација која се извршава неким давањем или чињењем *in natura*, или, пак, у задржавању дужника, односно нечињењу, и други, где би раскид фиксног уговора наступао само у делу уговорне обавезе која није испуњена и он обухвата новчане обавезе и обавезу продавца на предају ствари. Ако се, при томе, има у виду да је фиксни уговор о продаји основни облик фиксног уговора, делимично испуњење обавезе из фиксног уговора ће, значи, имати за дејство раскид само једног дела тог уговора — у обиму у којем продавац или купац нису испунили своју обавезу. Разуме се уз ограничење да кад је у питању продавчева обавеза ипак може доћи до раскида читавог уговора онда када предата ствар или уговорена количина чини целину, или ако купац има иначе оправдан интерес да прими уговорену ствар или количину у целини, а када је у питању купчева обавеза на плаћање цене да продавац нема посебан интерес да цена буде у целости исплаћена.

39. 300 не утврђује нека посебна правила о последицама раскида фиксног уговора. То значи да би се и на овом подручју на фиксни уговор примењивала општа правила тога закона о дејству раскида уговора и дејству обавеза (чл. 132. у вези са чл. 262—269), затим, на фиксни уговор о продаји (чл. 523—525) и друга.

За сада је тешко рећи да ли се извесна од тих општих правила могу применити на фиксне уговоре мимо извесних корекција, које налаже строгост фиксног уговора у понашању и повериоца (што је иначе, једно од материјално-правних дејстава функције фиксног уговора која се испољава у успостављању инструмената којима се поспешује, односно појачава дисциплина како дужника у односу на испуњење уговором преузете обавезе тако и повериоца у предузимању правних радњи којима реализује своја права према дужнику са циљем да се онемогући да он иштекулише на штету дужника који одговара за раскид уговора). И на том подручју треба очекивати креативне одговоре које ће дати судска пракса. Поготово са разлога што смо ми на том подручју већ имали у нашем ранијем праву неких специфичних решења за фиксне уговоре.

У овом тренутку нама се чини да би за примену тих специфичних решења било места у најмању руку у оквиру правног института уговора у привреди. Ту се, пре свега, мисли на оно решење наших ОУ према којем се куповина и продаја за покриће има обавити „без одлагања“ по протеку рока за испуњење обавезе и без потребе да продавац, односно купац буде извештаван унапред о намераваној куповини, односно продаји (уп. узансу 226. ОУ са чл. 290. и чл. 525. 300).

Постоје ваљани аргументи да се ово правило које би могло генерално да се примени на све обавезе из фиксних уговора које се састоје у давању повериоцу ствари одређених по роду (чл. 290. 300), примени и на обавезу из фиксног уговора која се састоји у чињењу чл. 291. 300). Наиме, кад се обавеза дужника састоји у нечињењу, а дужник ту оба-

везу није на време испунио, према ЗОО, по протеку рока, односно раскиду фиксног уговора, поверилац би могао, обавештавајући о томе претходно дужника, и сам, на његов трошак, да изврши радњу коју је дужник био дужан да изврши. Међутим, пошто се код фиксног уговора претпоставља да повериоцу треба предмет престације баш у уговореном року, јер је несумњиво зато и закључио овакав уговор, и како би се онемогућило да шпекулише на рачун дужника, он би се морао обавезати да поменуто право изврши „без одлагања“ по протеку рока. При томе и овде не би требало инсистирати да поверилац дужника унапред обавештава о намеравању предузимању радње. Довољно је да након њеног предузимања обавести дужника о условима под којима је учињена.

2. Испуњење уговора

40. Наше ново облигационо право је из ранијег преузело решење да поверилац ако жели по истеку рока да уговор одржи на снази да то мора да учини тако што ће без одлагања по истеку рока, односно наступању раскида уговора обавестити дужника да захтева испуњење уговора.

Према томе, како по питању природе правне радње којом поверилац одржава уговор на снази (у питању је, као што смо раније приметили, један облик правне моћи, односно категорија преображајног права који правни институт је долазио до примене према правним правилима АГЗ-а) и њеној садржини (битна је намера исказана изјавом да се захтева испуњење уговора, а не да ли она и правно-технички одговара природи учињене правне радње), тако и у погледу рока у којем се има учинити пуноважна изјава да се захтева испуњење нема размимоилажења између става нашег ранијег и садашњег права (уп. чл. 125. ЗОО са § 919. АГЗ и узансом 225. ст. 1. ОУ).

Међутим, премда на подручју правне природе, садржине и преклузије, односно благовремености изјаве којом се захтева испуњење наше позитивно право не показује нека одступања у односу на раније, те да на том подручју нема разлога за појаву неспоразума у правној пракси, ипак су решења нашег новог права на овом подручју (испуњења уговора) учинила видан допринос у поређењу са ранијим правом. Он се исказује у примереном нормирању питања дејства изјаве повериоца да захтева испуњење уговора. Тако је оно отклонило немали број спорова у овој области, а тиме и интервенцију судова у тој области у којој су постојале правне празнине у раније важећем праву.

41. Својим правилом о томе да поверилац који је захтевао испуњење и одржао на снази уговор да може изјавити да раскида уговор уколико га није добио у разумном року, ЗОО је решио неколико проблема који настају пошто је уговор на тај начин одржан на снази (јасно, сада као нефиксни).

Први проблем који је решен таквим правилом јесте питање рока у којем дужник има да испуни неизмирену обавезу (у „разумном року“ пошто је дужник примио изјаву повериоца да захтева испуњење уговора). Други, да се уговор који је одржан на снази раскида тек када дужник прими изјаву, тј. обавештење повериоца да због неиспуњења обавезе раскида уговор што чини до тог момента испуњење дужникове обавезе

пуноважним и значи да на овом подручју долази до примене институт *purgatio morae*. Трећи проблем је онај који свој одговор има у општим правилима о дужности обавештавања повериоца који намерава раскинути уговор (правило из раније испитиваног чл. 130. ЗОО). Наиме, и поверилац који због неиспуњења дужникове обавезе из уговора који је одржан на снази жели овај да раскине, има дужност да без одлагања раскид саопшти дужнику. То међутим, не значи да законодавац одређујући „разуман рок“ фактичко питање за испуњење обавезе из уговора који је одржан на снази за овај везује и право избора повериоца између испуњења и раскида уговора. То је само онај рок после чијег истека поверилац, пошто дужник није испунио обавезу, може да оптира између могућих овлашћења, права према дужнику (испуњења и раскида уговора), оних која иначе може остваривати до истека застарног рока, а да при томе не сноси одговорност, кад већ „без одлагања“ по његовом истеку није изјавио да раскида уговор за због тога насталу штету дужнику њену величину, или за отежање положаја дужника (вид. одредбу о кривици повериоца за насталу штету, њену величину или за отежање дужниковог положаја из чл. 267. ЗОО).

ЗАКЉУЧАК

42. I. ЗОО је у основи направио разлику између фиксног уговора (оног код којег су се странке споразумеле да ће се уговор сматрати раскинутим ако дужник не буде испунио обавезу у одређеном року) и уговора код којег је рок испуњења битан састојак уговора по природи посла, односно фиксног уговора у ширем смислу како би се овај уговор могао условно означити;

43. II. Овим законом, међутим, није ближе дефинисан смисао, односно садржина уговора код којен је рок битан састојак уговора у чему ће значајно подручје као предмет допуњавања закона, област у којој је присутна правна празнина, бити подвргнуто креативној улози судова. Наше је мишљење да ће они у том погледу наћи значајан ослонац у нашем ранијем праву и то пре свега у добро постављеној категорији фиксног уговора у ширем смислу према значењу који је овој правној категорији одређен у раније примењиваним правним правилима из § 919. АГЗ-а III новела;

44. III. ЗОО је својим решењима о наступању и дејству раскида фиксног уговора не само ревалидирао функцију и дејство правног института фиксног уговора тако што је истрајао у тежњи да афирмише неопходност да код института фиксног уговора добије пуну верификацију своје вредности и егзистентности као његова основна правна функција, појачање уговорне дисциплине уговорних страна и *eo ipso* раскид уговора због неиспуњења дужникове обавезе у одређеном року као основно правно дејство овог уговора, него је неким својим правилима учинио и изванредан напредак у односу на наше раније право (Опште узансе) тиме што је нпр. увео категорију преображајног права која у овој области права има своју несумљиву теоријску вредност, или што је правним односима између уговорних страна који настају након изјаве повериоца да захтева испуњење уговора и његовог одржања на снази и даље инси-

стирао на поштовању уговорне дисциплине дужника, што има своју значајну практичну вредност (пример правила из ст. 3, чл. 125. 300);

45. IV. У правилима којима уређује правне последице раскида фиксног уговора 300 није учинио одступања која би се примењивала на фиксни уговор о продаји. Тиме је дерогирана наша досадашња нормативна пракса која је на том подручју акцептирала потребу за установљавањем неких посебних правила за фиксни уговор о продаји (*Opinte uzanse*). Ипак, да се формулисању одредби о фиксном уговору у 300 није пришло напуштањем концепције о неиспуњењу обавезе у одређеном року као битној повреди уговора која је била садржана у тексту чл. 94. *Скице за Законик о облигацијама и уговорима* проф. М. Константиновића и некритичном преформулацијом овог текста у категорију „испуњења обавезе у одређеном року (које) представља битан састојак уговора“, услед чега су на овом подручју права настале дилеме о питању садржине ове правне категорије и др., већ да се пошло са позиција *carte blanche*, односно резултата наше досадашње нормативне и судске праксе, као и доприноса који је у осветљавању правних проблема раскида двостраних уговора због неиспуњења обавезе дала наша литература, чини се да би били избегнути не само проблеми надопуњавања правних норми у овој области, већ да би у оквиру категорије уговора у привреди којом се одступа од јединственог уређивања облигационих односа без обзира ко су субјекти тих односа, било места и за поједина специјална решења у вези са последицама раскида фиксног уговора о продаји (пример неких правила о тзв. продаји и куповини за покриће);

46. V. Несумљиви допринос који су редактори 300 учинили приликом формулисања одредби о фиксном уговору, односно уговору код којег је рок испуњења обавезе битан састојак уговора јесте у томе што су приближили нека решења о раскиду и последицама раскида овог уговора са правилима о раскиду и последицама раскида уговора код којег испуњење обавезе о року није битни састојак уговора, односно са овим правилима код нефиксног уговора. Треба подвући да то има свој *ratio*. Ипак, остаје отворено питање да ли су редактори текста *Скице*, односно нацрта и предлога 300 то учинили свесно или је до тога дошло спонтано преузимањем тог решења из *Скице*, односно невољно приликом прилагођавања и трансформисања текста чл. 94. и 96. *Скице* о битној, односно небитној повреди уговора у погледу рока испуњења обавезе од кога је настао чл. 125. и 126. 300 тако што је концепција о неиспуњењу обавезе о року као битној, односно небитној повреди уговора замењена категоријом испуњења обавезе о року који је битан, односно небитан састојак уговора.

Спознаја да је у нашем новом праву дошло до приближавања појединих правила о наступању и последицама раскида, то јест појави неких заједничких правила у овој области и за фиксни и нефиксни уговор није, међутим, још продрла у нашу литературу, пре свега, као последица њеног даљег оперисања са схватањем проистеклим из ранијег правног система да је за раскид нефиксног уговора због неизвршења обавезе о року и према 300 неопходна изјава поверљива.

Jovan Slavnić, Professor of the Faculty of Economics in Novi Sad

SUMMARY

FIXED CONTRACT ACCORDING TO THE LAW ON OBLIGATION RELATIONS

This work is dedicated to the problem of the fixed contract (*Fixgeschäft*) as regulated by the Law on Obligation Relations enacted in 1978. The method applied is the comparison between relevant elements and instruments in that area both according to the existing and the previous Yugoslav law.

The introduction deals with reasons justifying the elaboration of fixed contract after the enacting the Law on Obligation Relations which is otherwise the theme of a monograph by the author of the present article written in 1968. In the first part the notion and creation of the fixed contract is elaborated (namely a contract where contracting parties agree that such a contract should be deemed rescinded if in a determined period of time the debtor does not meet his obligation) as well as compared to a contract which is rescinded in the same way, namely, *ipso jure* by non-fulfilment of the duty of debtor within the delay provided for in the contract. In such latter contract the period of time for fulfilment of the obligation is an essential element of the contract according to the nature of transaction. The author, namely, proves that these two legal institutes are of a different nature also according to the Law on Obligation Relations.

In the second part the conditions are studied which are the basis for the delay of discharging the obligation to become the essential element of one of the contracts according to the very nature of the transaction, which is particularly important due to the fact that the above Law does not define that legal category. Further elaborated are the following: the creation and development of that category in Yugoslav law, and critical analysis of the way of its formulating in the legislation. Third part is dedicated to legal consequences of delay in discharging the obligation out of fixed contract and of the contract where the time-limit for discharging the obligation is an essential element of the contract according to the nature of transaction. These consequences are the rescission and fulfilment, namely maintaining the contract valid.

While discussing the taking place and effect of rescission in these contracts, the author proves that in this area in Yugoslav law significant approach has taken place to the category of the so-called non-fixed contracts, namely the ones where the time-limit for discharging the obligation is not an essential element of contract. Here the author develops criticism towards those authors who do not note this approach, relating instead the rescission, both in terms of its taking place and effect, to solutions of the former Yugoslav law in this sphere. In addition, the author elaborates in this part some open issues in the above mentioned problem.

Concluding remarks contain a review of the most important of the authors elaborating the questions related to fixed contracts.

Jovan Slavnić, professeur à la Faculté d'Economie de Novi Sad

RÉSUMÉ

LE CONTRAT FIXE A LA LUMIERE DE LA LOI SUR LES OBLIGATIONS

Ce travail est consacré au problème du contrat fixe (*Fixgeschäft*) — tel qu'il a été réglementé par la Loi sur les obligations (LO) de 1978 et qui est examiné ici par la méthode de comparaison entre les instruments juridiques adoptés dans ce domaine par la loi mentionnée et les instruments qui existaient à propos de ce contrat dans l'ancien droit yougoslave.

Dans l'introduction sont traitées les raisons qui justifient l'examen du contrat fixe après l'adoption de la LO, et l'auteur a d'ailleurs consacré en

1968 une monographie à ce même sujet. La première section examine la notion et la formation du contrat fixe (le contrat dans lequel les parties ont convenu qu'il sera considéré résolu si le débiteur n'exécute pas son obligation contractuelle dans un délai déterminé) et celui-ci est comparé avec le contrat qui se résout de la même manière, c'est à dire *ipso iure*, par l'inexécution de l'obligation du débiteur dans le délai prévu par le contrat — contrat dans lequel le délai pour l'exécution de l'obligation contractuelle est un élément essentiel du contrat, selon la nature de l'affaire, et on prouve que ce sont, aussi dans la LO, deux institutions juridiques différentes. La deuxième section examine les conditions qui déterminent que le délai de l'exécution devienne un élément essentiel du contrat selon la nature de l'affaire, ce qui est d'une importance particulière, étant donné que la LO n'a pas défini cette catégorie juridique; elle examine ensuite l'origine de cette catégorie dans le droit yougoslave et jette un regard critique sur la manière de sa formulation dans la législation. La troisième section est consacrée aux conséquences juridiques du retard dans l'exécution de l'obligation dans un contrat fixe et dans un contrat dans lequel le délai de l'exécution de l'obligation est un élément essentiel du contrat, d'après la nature de l'affaire — la résolution ou l'exécution, c'est à dire le maintien du contrat. En examinant l'accomplissement et les effets de la résolution dans ces contrats, l'auteur prouve que, dans le nouveau droit yougoslave, s'est manifesté dans ce domaine un certain rapprochement très significatif avec les contrats non-fixes, c'est à dire les contrats dans lesquels le délai de l'exécution de l'obligation n'est pas un élément essentiel du contrat. A propos de ces questions, il développe une polémique avec les auteurs qui n'ont pas remarqué ce rapprochement, mais qui observent l'accomplissement et les effets de la résolution dans ces contrats conformément aux solutions de l'ancien droit yougoslave. En outre, l'auteur discute dans cette section de certaines questions ouvertes dans le domaine de l'accomplissement et des effets de la résolution dans les contrats qu'il examine. L'exposé final contient une vue d'ensemble des positions les plus importantes défendues et prouvées par l'auteur dans son travail.