

## РЕАЛНИ ПРАВНИ ПОСЛОВИ\*

1. Закон о облигационим односима<sup>1</sup> је уговоре, традиционално третиране као реалне, прогласио консенсуалним уговорима. Тако су уговори о зајму (чл. 557.), о залози (чл. 966.) и остави (чл. 712.), регулисани као консенсуални уговори. Остали реални правни послови, послуга и поклон<sup>2</sup> су, у складу са чл. 281. ст. 1. тачка 4. Устава СФРЈ, остављени републичкој, односно покрајинској регулативи. (У току доношења поменутог закона преовладао је став да ови уговори нису типични уговори из области робе и услуга, па је искључена савезна надлежност.).

2. Према класичном учењу, реални правни послови постају пуноважни моментом предаје ствари. Предаја ствари је услов закључења пуноважног уговора, за разлику од консенсуалних, за чију је пуноважност довољна само сагласност изјављених воља страна уговорница.

Настали још у римском праву, реални уговори су доспели до модерног права у коме доживљавају озбиљне критике. Многи европски правни системи их протерују из права, а други чине такве напоре. Највећи део посла обавили су сами законодавци, а доста тога је остављено судској пракси и правној теорији.

3. Међутим, правна наука није била сагласна са намером законодавца да, по сваку цену, укине реалне уговоре; напротив, она је устајала у одбрану појединих судских одлука које су се окретале ка реалној форми, али и оних, које су је негирале. Једном, давно постављено питање: „постоје ли реални уговори, још увек, у праву”, није престајало да тражи одговор. Могући одговори су полазили од настанка реалних уговора, од њиховог значаја у праву, од аргументата везаних за акт предаје ствари као услова за њихову пуноважност, до оних који су их третирали као анахрону врсту правних послова консенсуализам као проверени и доминантни принцип у закључивању правних послова је претио снагом једноставности и намером за универзалним важењем.

4. Наша правна теорија је, имајући пред собом различита схватања о „вредности” реалних правних послова, односно, о закључ-

\* У овом броју објављујемо први део овог рада, општа разматрања (због ограничености простора), а у следећем, други део, анализа појединих реалних уговора.

<sup>1</sup> Закон о облигационим односима, Службени лист СФРЈ, бр. 29/78. од 26. 5. 1978. год.

<sup>2</sup> Уговор о поклону настаје или закључењем у писменој форми или простом предајом ствари. Нас интересује само као реални уговор.

чењу правних послова путем предаје ствари, а припремајући кодификацију облигационих односа, наизглед, била пред избором; негирати реалне правне послове у потпуности, само неке од њих, или у савезној кодификацији прихватити консенсуализам као принцип, а републичкој регулативи оставити на вољу, у погледу оних уговора који су јој припали у надлежност.

5. Наш законодавац је неке реалне правне послове, као што смо истакли, прогласио за консенсуалне. Нас интересује да ли је таква одлука законодавца израз начелног опредељења модерне правне теорије за апсолутну примену начела консенсуализма или је, законодавац имао у виду промењену садржину ових уговора. Ако се руководи овим другим разлозима, онда се намеће још једно питање: да ли све реалне уговоре треба прогласити консенсуалним, или то важи само за оне који су кодификовани савезним законом? Испитујући став нашег законодавства ми ћемо доћи до резултата који могу бити од нарочите користи за предстојећи рад на даљем уређењу правних послова по републикама и покрајинама, у вези са реалним правним пословима.

### *1. Настанак реалних правних послова*

6. Враћање на сам почетак у развоју реалних правних послова има за циљ да укаже на разлоге који су довели до настанка ове групе правних послова. У даљем раду ми ћемо пратити еволуцију реалних правних послова са аспекта аргумената који су оправдавали њихову појаву и даљи развој.

Познато је, да развој уговорног права почиње идејом о потреби посебне форме у којој мора бити изражена сагласност странака да би уговор произвео правна дејства, био снабдевен тужбом.<sup>3</sup> Форма је била толико важна за право да се тај период назива ером формализма и симболике.<sup>4</sup>

Много је времена прошло док се није показало да су предности које пружа форма у говорима веома трошне, и да закључивање уговора треба да постане обичан акт сагласности странака о елементима уговора, или да се закључује простом предајом ствари. „Дошло је и до настанка неких нових контраката код којих облигациони однос настаје тек предајом ствари — тзв. реални контракти, а касније и они код којих је довољна проста сагласност воља двеју странака — тзв. консенсуални контакти”.<sup>5</sup>

7. Реални правни послови су били такви правни послови код којих је једна страна преносила другој страни ствар, а ова се обавезивала да је врати назад. Предаја ствари је била неопходни услов

<sup>3</sup> Girard, Paul: *Manuel élémentaire de droit romain*, 6<sup>éd</sup> Paris, 1918. str. 441.

<sup>4</sup> Стојчевић, др Драгомир: *Римско приватно право*, Београд, 1968, год. стр. 529.

<sup>5</sup> Види приказ: Gyögy Diodsdi: *Contract in roman law* Budapest Akademiai Klado, 1981. стр. 230. Приказ Жике Бујуклића, *Правни живот*, 1983. бр. 5. стр. 972.

за пуноважност реалних правних послова. Тек са предајом ствари облигациони однос је био снабдевен тужбом. Такви правни послови су били: *mutuum*, *fiducia*, *depositum*, *commodatum* и *pignus*.

Међутим, нису сви набројани уговори одмах сматрани уговорима који настају *re*. Најстарији уговор који настаје сагласношћу воља и предајом ствари био је *mutuum*, којим се одређена количина ствари или новца преносила у својину зајмопримцу, а овај се обавезивао да, исту количину ствари истог квалитета, или суму новца, врати зајмодавцу. Гајус не убраја у реалне уговоре *commodatum* и *depositum*, као ни *fiducijam*, иако се њима преносила својина.<sup>6</sup> *Commodatum*, *depositum* и *pignus* су постали реални уговори тек у класичном праву. Наиме, они су постали самостални правни послови тек када се, у римском праву, могла одвојити државина од својине, и самостално преносити (када је изграђен појам државине).<sup>7</sup>

8. Савремена правна теорија сматра да су реални уговори само фаза у развоју уговорног права између периода строгог формализма и преласка на консенсуализам. Као да римско право није могло да направи радикалан скок између ере свечане форме и периода у закључивању уговора само сагласношћу странака уговорница. Сматра се да је од форме „ваљда, као неопходан дуг форми”, задржана још предаја ствари као услов пуноважности реалних правних послова.<sup>8</sup> Тачније, реални уговори се у савременом праву третирају као уговори са најблажим обликом форме, зобг чега су дуго могли постојати уз неформалне правне послове и не нарушавати принцип консенсуализма.

9. Међутим, Гирард, истиче да су промењене прилике у римском праву довеле, у последњем веку Републике, до настанка нових уговора који нису ни формални, ни уговори стриктног права, то су консенсуални и реални уговори.<sup>9</sup> Тачно је, да је први реални уговор *mutuum*, сменио *pignus* као строго формални уговор (*per aes et libram*) али су сви формални уговори замењени „материјалним уговорима” од којих су неки постали консенсуални, а неки реални уговори.<sup>10</sup>

10. Из овога се може закључити да реални уговори нису значили само остатак формалних уговора, већ да су се предајом као условом пуноважности код једне врсте уговора остваривали посебни циљеви, који су реалне уговоре веома дуго задржали у праву. Немогуће је очекивати да су се реални уговори протегли на модерно право само на основу традиције. Право се ипак брзо ослобађало оних елемената који су му сметали, на било који начин, на путу да најбоље регулише односе међу људима. Зар то право није већ једном учинило са свечаном фором приликом закључивања правних послова.

<sup>6</sup> Girard, P.: Цит. дело, стр. 529.

<sup>7</sup> Moniere, R.: *Le droit romain*, I том, Париз, 1935. год. стр. 457.

<sup>8</sup> Петровић, др Слободан: *Облигационо право*, Београд, 1981. год. стр. 195.

<sup>9</sup> Girard, P.: Цит. дело, стр. 444.

<sup>10</sup> Салковски, Карл: *Институције с историјом римског права*, Београд, 1894. год. стр. 358.

На другој страни, чини се, да је сам призвук форме био тако страшан, да су реални уговори морали узмакнути пред новим правно филозофским принципом какав је консенсуализам. Jullio de là Morandière је, у време дискусије око реформе Code civil-a, изразио сумњу у разлоге због којих се у праву напуштају реални уговори.<sup>11</sup>

## 2. Реални правни послови у најважнијим страним и нашим кодификацијама

11. Најважније европске кодификације 19. века и касније, прихватиле су, без изузетка, принцип консенсуализма. Уговори се закључују простом сагласношћу воља страна уговорница; поштовање унапред утврђене форме за изјаву воље се, осим у изузетним случајевима, не захтева. Принцип *solus consensus obligat* се сматра тако сагласним са нововековним правом да га аутори најпознатијих кодификација и не истичу посебно у законцима.<sup>12</sup>

Међутим, Француски грађански законик није се потпуно одрекао реалних правних послова, а за правну теорију ове земље они су и даље прави изазов. Тако је уговор о послузи дефинисан као реални уговор јер настаје тек када послугодавац пренесе ствар (предмет послуге) послугопримцу на коришћење; послугопримац се обавезује да после употребе, ствар врати назад послугодавцу (чл. 1875. Code civ.).

За уговор о зајму, такође, је потребна предаја ствари као услов пуноважности, али се, у правној теорији, прихвата и као консенсуални, када се доведе у везу са чл. 1138 (којим се регулише стицање права својине) и уговорним принципом стицања својине.

Уговор о остви се третира као реални уговор *par excellence*; предаја ствари је услов његове пуноважности. Међутим, промене до којих је дошло у реалним односима (чување ствари постаје професија) довеле су француску правну теорију у недоумицу око карактера овог уговора.

Највише контраверзи настало је око уговора о поклону и залози и то из различитих разлога (о томе ће бити речи уз анализу појединих реалних правних послова).

12. У Немачком грађанском законнику су само уговор о залози (параг. 1205.) и уговор о зајму (параг. 607.) уређени као реални уговори. Овакав став законодавца се може правдати начином стицања својине и других стварних права у немачком праву, за уговоре који су правни основ за стицање права својине и других стварних права.

У швајцарском праву нема реалних уговора; и уговор о послузи је консенсуални уговор, као и уговор о зајму и залози.

<sup>11</sup> Marie — Noëlle Jobard — Bachellier: Existe-t-il encore des contract réel en droit français? ou la valeur des promesses de contract réel en droit positif, Rev. trim. de droit civil, Paris, 1985. No 1. str. 3.

<sup>12</sup> Петровић, др Слободан: Део о уговорима у Енциклопедији имовинског права и права удруженог рада, том 3. Службени лист СФРЈ, Београд 1978. год стр. 456.

Аустријски грађански законик је прихватио принцип консенсуализма, али су неки уговори и даље остали реални уговори. То су: уговор о остави (параг. 957.), уговор о послузи (параг. 971.), уговор о зајму (параг. 983.) и залози (параг. 1368.), уз конструкцију са предуговором.<sup>13</sup>

13. У нашем предратном праву су постојала различита решења за ове уговоре. За нас су најинтересантнија она која су дата у Србијанском грађанском законнику из 1844. године и Општем имовинском законнику за Црну Гору из 1888. год. (Решења из Аустријског грађанског законика су већ дата, што је посебно важно, јер се он као Општи грађански законик примењивао у великом делу наше земље).

Србијански грађански законик је, по угледу на Аустријски, задржао категорију реалних правних послова; то су: уговор о остави, уговор о зајму, послузи и залози, док је уговор о поклону могао настати и у писменој форми, па се третирао и као формални уговор.

Општи имовински законик за Црну Гору је прихватио принцип консенсуализма као највиши морални принцип о поштовању да-те речи „Не враћа се ни кам из рука ни ријеч из уста. И доиста, управ је темељ свакоме људскоме саобраћају и живљењу правило, да се људи ријечима везују”.<sup>14</sup> Па ипак, уговори о залози (чл. 172.), о послузи или наручи (чл. 265.) су остали као реални уговори.

14. Закон о облигационим односима је, као што смо већ показали, попут многих модерних кодификација (а тај тренд је присутан и у кодификацијама социјалистичких земаља), прихватио принцип консенсуализма и реалне уговоре, из своје надлежности, прогласио слободним од предаје ствари као услова за њихову пуноважност. Чини се, да се законодавац приклонио становишту да су реални правни послови формални послови и да треба да деле судбину формалних уговора. Истина, законодавац је, на тај начин, ризиковао да тзв. ренесанса форме у модерном праву не обухвати и реалне уговоре као „формалне” уговоре.

### 3. Основна обележја реалних правних послова

15. Према традиционалном учењу о реалним правним пословима, ови се разликују од сталних правних послова по томе што је за њихову пуноважност потребна предаја ствари у државину, другој страни уговорници. Сама сагласност воља страна уговорница о елементима уговора није била довољна за настанак уговора. Према томе, предаја ствари је обавезни елементат приликом закључења реалних правних послова.

Предаја као услов пуноважности реалних уговора у римском праву доводи се у везу са предајом ствари — *traditio*, као условом за стицање права својине. Свака предаја ствари у државину значила је и стицање својине за то лице јер се, због неизграђености римског

<sup>13</sup> Вуковић, др Михајли: Опћи грађански законик, Загреб, 1955. стр. 283.

<sup>14</sup> Чл. 906. Општег имовинског законика за Црну Гору.

права није могло прихватити одвајање државине од својине.<sup>15</sup> Обавеза враћања ствари назад у својину преносиоцу (код послуге, оставе или фидуције) није било од утицаја на карактер уговора. Тако се предаја ствари као основно обележје реалних уговора везивала, неминовно, за стицање права својине.

16. Разматрање предаје ствари код реалних уговора, као основног њиховог обележја, уз стицање права својине је овакако корисно, али не и опредељујуће за судбину реалних уговора. Наиме, већ у самом римском праву нису сви реални уговори били основи за стицање права својине. То значи да су реалне уговоре у праву одржавали и неки други разлози.

С друге стране, ако се само на основу неких реалних уговора стиче право својине, а предаја се захтева и за друге уговоре то значи да је хомогеност групе реалних уговора остваривана на неком другом циљу, а не преко стицања својине; овај други разлог би разбијао групу реалних уговора.

17. Предаја ствари код реалних уговора се не може везивати за стицање права својине и с аспекта модерног права. Наиме, како би се правдала предаја у оним правним системима код којих се својина стиче само на основу пуноважног правног посла (уговорни принцип стицања). Захтев за предају ствари, као услов пуноважности код оних реалних уговора који доводе до стицања својине, би знатно ограничавао поменути принцип и ове правне системе приближавао традиционим.

Међутим, Француски грађански законик је задржао реалне уговоре. Могуће је, да је законодавац не захтевајући традицију за стицање својине, исту увео, на мала врата, као услов пуноважности реалних уговора (захтев за предајом у претходној фази). То се може разумети ако се имају у виду последице које настају моментом закључења уговора у француском праву; од тог момента купац постаје власник и њега погађа ризик пропасти ствари, њему припадају плодови, одговоран је за штету која настане од такве ствари итд. Захтев за државном ствари на страни купца, макар и кроз „технику“ уговора се чини разумним.

Међутим, зар то није важно и за уговор о купопродаји који је најредовнији начин за стицање права својине, а за чију се пуноважност не захтева предаја ствари. Зато је тако рано у правној теорији ове земље и постављено питање о постојању реалних правних послова.<sup>16</sup>

18. У правним системима у којима се право својине стиче уз испуњење два услова: правни основ (*justus titulus*) и начин стицања (*modus acquirendi*, који је за покретне ствари предаја ствари), предаја ствари је, према схватању већине правних аутора, самостална правна чињеница, која се налази мимо правног основа. Предаја се

<sup>15</sup> Право својине је у римском праву третирано као најпотпуније право поводом ствари, при чему се та потпуност „најенергичније“ испољава путем материјализације права; његовим поклапањем са самом ствари.

<sup>16</sup> Види: Combescure, F.: *Existe-t-il des contrats réels en droit français?* Rev. crit. de législ. et de jurisp. XXXII.

појављује као последица пуноважног уговора и мора бити акт воље траденса. Купац (акципијенс) нема право да сам узме ствар иако се продавац обавезао на продају, и што га суд може осудити да изврши предају.<sup>17</sup>

Противници реалних правних послова зато истичу, да се у традиционим системима, кад се реални уговори јављају као правни основ за стицање својине (поклон, зајам), захтева двострука предаја ствари; једанпут, као услов пуноважности правног посла, а други пут, као начин стицања права својине на покретним стварима. Истина, то се у стварности не догађа; то је, обично, један акт, и право не може тако „слободно да интерпретира стварност” (Сопи).

Ако се прихвати да се предаја ствари код реалних правних послова захтева само због начина стицања својине, онда се поставља питање предаје, њеног смисла, код оних реалних уговора којима се не стиче својина нити друго стварно право (послуга, остава). То и даље наводи на помисао о неком другом разлогу за постојање реалних правних послова.

#### *4. Смисао предаје ствари код реалних правних послова*

19. Предаја ствари је фактичка радња којом се објективизира људска воља. Код свих реалних правних послова, непосредни предмет дужникове радње јесте предаја ствари. Чиница коју дужник дугује, код реалних уговора, је толико „срасла” са ствари поводом које настаје облигациони однос, да је тешко одвојити их, ни формалноправно. Зато се само дужниково обећање предаје ствари не може узети као довољан услов за закључење правног посла; за правно дејство сагласности воља код ових уговора потребна је још једна чињеница, предаја ствари.

Код концентрисаних правних послова, сагласност воља страна уговорница је сасвим довољна да произведе правно дејство. Ту настаје и основно питање.

20. Разликовање између обећања предаје ствари код реалних и истог таквог обећања код консенсуалних уговора, мора се тражити у „квалитету” обећања. Код консенсуалних уговора оно има самостално дејство да доведе до настанка пуноважног уговора, а код реалних, то није случај. Откуда бољи „квалитет” обећања чинице (предаје ствари) код консенсуалних правних послова? Он не може, никако, бити само по одлуци законодавца.

Код реалних правних послова, ако изостане предаја ствари, правни посао губи сваки смисао, остаје, потпуно, „празан”. Поред предаје ствари, код реалних уговора, нема ничег другог у уговорном механизму, што би одржавало уговор, под неким изговором. Међутим, зашто се, баш због тога, дужник не може натерати да преда ствар, као код уговора о купопродаји или закупу?

21. Закључење реалних правних послова подразумева, по неким ауторима, два правна посла; једним се само странке саглашава-

<sup>17</sup> Станковић, др О — Орлић, др М.: Стварно право, Београд, 1986. стр. 122.

ју о садржини будућег уговора, и то је предуговор, а другим се, са предајом ствари, извршава уговор и закључује главни уговор.<sup>18</sup> Субјекти правних послова, са променом фазе у закључивању уговора, мењају и места; страна уговорница која обећава предају ствари другом лицу је, у првом акту, дужник, а у другом поверилац. Код уговора о зајму, у правом уговору дужник је будући зајмодавац, а поверилац, будући зајмопримац.<sup>19</sup> Међутим, ово разликовање, врло суштинско, показује се као прилично извештачено, с аспекта реалне садржине ових уговора. Чињеница је, да се код ових уговора само једна страна обавезује, нпр. зајмодавац, послугодавац, поклонодавац, а друга је овлашћена, зајмопримац, послугопримац итд. Схватање да се, једанпут овлашћена страна, други пут појављује као обавезна, се тешко може разумети с аспекта стварности; обавези зајмодавца да преда одређену количину ствари или суму новца зајмопримцу, није еквивалентна обавеза зајмопримца да изврши њихов повраћај, као што ни овлашћење зајмопримца да захтева предају ствари није исто са овлашћењем зајмодавца да захтева њен повраћај. Захтевом за предају ствари се, очигледно, штите уговорне стране код реалних уговора.

*а) Предаја ствари код реалних правних послова  
фактор заштите уговорних странака*

22. Неки правни аутори сматрају да предаја ствари код реалних уговора има за циљ да изрази реалност датог обећања и дефинитиван пристанак на закључивање одређеног правног посла.<sup>20</sup> Тако се истиче да поклонодавац може, ствар коју је обећао једном лицу поклонити другоме. Пре него што преда ствар, која је предмет поклона, поклонодавац може опозвати учињено обећање; кад је ствар предата поклонопримцу, онда се поклон може опозвати само из законом предвиђених разлога.

Сагласност странака остаје обавезујућа само ако је почела да се извршава. Предаја ствари даје пуно дејство обећањима међу странама уговорницама. Зато се тек за предају везују правни ефекти ових уговора; само обећање предаје не може имати за последицу принудно извршење већ, евентуално, обавезу на накнаду штете.<sup>21</sup>

23. У правној науци, међутим, има мишљења да се предајом ствари као услова за пуноважност реалних правних послова, штити друга уговорна страна, страна која има обавезу повраћаја ствари, нпр. зајмопримац, послугопримац итд.<sup>22</sup> Сматра се, да се ова лица не могу обавезати на повраћај ствари, ако им она није била предата.

У нашој правној теорији је предлагано да се реални правни послови претворе у консенсуалне, уз обавезну заштиту ове стране уговорнице. Истицано је, да се уговор о зајму може, пуноважно, за-

<sup>18</sup> Перовић, др С.: Облигационо право, 1978. стр. 358.

<sup>19</sup> Ibid., стр. 558.

<sup>20</sup> Marie — Noëlle Jobard — Béchellier: цит. чл. стр. 43.

<sup>21</sup> Marie — Noëlle Jobard — Béchellier: цит. чланак стр. 23.

<sup>22</sup> Laurent, F.: Principes de droit civil français, Paris, 1978. god. str. 501.



кључити на основу просте сагласности између зајмодавца и зајмопримца, али да обавеза враћања зајма буде условљена предајом одређене количине ствари или суме новца у својину зајмопримца.<sup>23</sup>

24. Сматрамо, да се предаја ствари као услов пуноважности реалних правних послова није захтевала због заштите друге уговорне стране и то из више разлога. Најпре, обавеза повраћаја ствари не постоји код свих реалних уговора (уговор о поклону).

Исто тако, страна уговорница која дугује обавезу враћања ствари, не може се обавезати, ако исту није примила. Од таквог захтева несавесне стране, она би се могла веома ефикасно штитити у праву, приговором о непостојању каузе правног посла.

На другој страни, код уговора и закупу, закупца се обавезује да врати ствар (која је предмет уговора о закупу), иако му ствар још није предата (у моменту закључења уговора).<sup>24</sup> То само показује да се смисао предаје ствари код реалних правних послова не може тражити у заштити стране уговорнице која има обавезу на повраћај ствари. Већ смо истакли, да у стварности, та обавеза и није равна — еквивалентна, обавези предаје ствари од стране зајмодавца, послугодавца итд. (оне, само формалноправно леже, у истој равни).

Што се тиче стране уговорнице која се и формалноправно и реално обавезује (зајмодавац, послугодавац итд.), а да није, истовремено и овлашћена (по принципу еквивалентности), она се мора штитити путем предаје ствари као услов пуноважности ових уговора. То даље значи, да се предаја ствари код реалних уговора јавља као резултат распореда обавеза и овлашћења у правном послу, или сходно правној природи ових уговора.

#### *б) Предаја ствари је израз правне природе реалних уговора*

25. Већ смо истакли да обећање предаје ствари код реалних правних послова нема „квалитет” истог таквог обећања код осталих правних послова. Несамосталношћу обећања чинидбе код реалних правних послова штите се уговорне стране.

Међутим, показали смо да се исте такве обавезе странака код консенсуалних уговора, ефикасно штите, и без предаје ствари као услова њихове пуноважности. То значи, да реални правни послови имају „економско биће” различито од „бића” консенсуалних уговора.

26. Код свих реалних уговора, у време када су настајали, само једна страна се обавезивала на одређену чинидбу, док је друга страна била само овлашћена. У „конструкцији” реалних уговора, економски дужник је и правни дужник, а економски поверилац и правни. Тако је код уговора о поклону, зајму, послузи, остави и залози. Зато се они, у правној науци, третирају као једнострано обавезујући (*contractus unilaterales*), за разлику од двострано обавезујућих

<sup>23</sup> Радичић, др Јаков: Облигационо право, Београд, 1979. год. стр. 103.

<sup>24</sup> Петровић, др С.: Цит. дело, стр. 359.

contractus bilaterales).<sup>25</sup> То је, изгледа, било одлучујуће, да се предаја ствари захтевала као услов за пуноважност реалних правних послова. Исто тако, ови уговори су остали реални у праву, све донде док се, временом није почела мењати њихова реална садржина. Тако нпр. за уговор о зајму временом је постајала значајна обавеза зајмопримца да плаћа камату за коришћење новца, јер је новац добијао на значају, а давање новца на зајам постало уносна професија. Зато је реални карактер уговора о зајму најпре доведен у питање. Сада се, поред обавезе зајмодавца да преда извесну суму новца (и то само код ове подврсте уговора о зајму) налази и еквивалентно овлашћење да захтева камату; зајмопримац постаје обавезно лице и стварно и правно.

27. Корелација између једнострано обавезујућег карактера правних послова и захтева за предајом ствари као услова пуноважности, може се пратити од момента настанка реалних уговора, па све кроз историју њиховог постојања, до дана данашњег.

Наиме, обавеза предаје ствари код уговора о зајму, залози, послужи итд. није била дуго времена у сразмери са обавезом друге стране да примљену ствар врати назад. Обавеза враћања ствари јавља се као последица праве, али није са њом еквивалентна. Зато се ови уговори не могу третирати као двострано обавезујући уговори, а свако друкчије схватање би значило прилично слободну интерпретацију чињеница које се налазе у основи права.

28. Обавеза стране уговорнице да врати ствар код реалних уговора може се сматрати обавезом само ако се пође од чистог формалноправног критеријума; она је обавеза, насупрот овлашћењу као елементу субјективног права, али она не одговара овлашћењу, већ је споредна и у вези са основним односом.<sup>26</sup>

Код консенсуалних уговора, код којих је предаја ствари, такође, смисао уговора, нпр. код уговора о закупу, распоред овлашћења и обавеза у правном односу је друкчији; законодавац (власник ствари) за обавезу предаје ствари у закуп другој страни, добија накнаду (интереси странака су сразмерни), па је његово обећање предаје ствари подобно да доведе до закључења уговора, а ако изостане предаја ствари он се може натерати, принудно, на извршење. То важи и за уговор о купопродаји.

29. Кад су се код појединих реалних уговора, временом, насупрам обавезе предаје ствари појавиле, начелно, еквивалентне, обавезе и друге стране, (код зајма, оставе) није више било разлога да се ови уговори раздвајају од осталих. Обећање предаје ствари од једне стране се везује за интерес те стране да исту преда, због чега се не мора посебно штитити. Зато обећање предаје ствари добија самостално правно дејство као код консенсуалних правних послова.

30. Међутим, нису се сви реални уговори, по својој економској суштини, приближили консенсуалним уговорима. У даљем раду

<sup>25</sup> Радишић, др Јаков: цит. дело, стр. 104.

<sup>26</sup> Садржину правног односа чини дужникова радња или чиница која се с аспекта титулара права појављује као овлашћење. Све остале обавезе су некореспондирајуће с њом, и не могу опредељивати правну природу правног односа.

ћемо показати да код појединих реалних уговора то није ни могуће, јер би у потпуности променили своју функцију, а самим тим би се морало променити и име таквог уговора (уговор о послузи).

На другој страни, нису сви реални уговори подједнако мењали своју садржину, нити у свим правним системима. Оно што важи за поједине реалне уговоре у другим правима (нпр. француском, немачком, или швајцарском) не важи и за наш правни систем. Ми ћемо показати да неки реални уговори у нашем праву немају исту садржину са истим таквим у поменутих правима; уговори о зајму, о остави и залози се нису, у свему, до сада развили као исти уговори у другим земљама. Да не говорим о залози која је веома слабо развијена у нашем праву. Зато је законодавац морао да води рачуна о садржини реалних уговора у нашем праву; онда би и одређења за прихватање или одбацивање реалних правних послова, можда, била нешто друкчија. У супротном се може сматрати да је законодавац протерао реалне правне послове само у име догме консенсуализма.

## LES AFFAIRES JURIDIQUES RÉELLES

### — Résumé —

La Loi sur les rapports d'obligation a proclamé les contrats, traditionnellement traités comme réels, comme contrats consensuels. C'est ainsi que les contrats sur le crédit le nantissement et le dépôt sont transformés en contrats consensuels, tandis que les contrats sur le cadeau et sur le service sont laissés à la régularisation de la République, c'est-à-dire des provinces autonomes.

Le tendance de "l'élimination" des affaires juridiques réelles du droit n'est pas nouvelle ni caractéristique pour notre droit. Par contre, elle s'est exposée très tôt dans le développement du droit conventionnel et surtout dans la théorie juridico-comparative et dans la législation (le Code civil suisse n'a point accepté les contrats réels, à la différence du Code civil allemand qui l'a accepté partiellement).

Pourtant, le procès de la transformation des affaires juridiques réelles en consensuelles était partiellement en opposition avec la théorie juridique. A savoir, un certain nombre d'auteurs juridiques tâchent de prouver que les contrats réels ne sont pas égaux aux autres contrats formels et c'est pourquoi ils ne doivent pas être traités comme les contrats formels. Ils sont prêts à prouver que la délivrance des choses, comme condition de la validité des affaires juridiques réelles, a réalisé certains buts aujourd'hui actuels; les considérations générales ont montré qu'on exigeait la délivrance des choses pour la protection des ces contractants qui prenaient des obligations dans l'affaire juridique (rendant service, prêteur et autres).

Avec le développement des rapports sociaux on a changé le contenu de certains affaires juridiques réelles. Ainsi le prêteur, contre l'obligation de la délivrance d'une quantité déterminée des choses ou d'une somme d'argent à l'emprunteur, acquit l'autorisation d'exiger l'indemnité pour l'usage de l'argent. C'était, pour la théorie juridique et le législateur, le signe que le contenu juridique de ces contrats devait être modifié.

La protection d'un contractant devient superflue, et „la forme" consensuelle se présente comme suffisante pour certaines affaires juridique réelles aussi. Pourtant, cela n'est pas valable pour toutes les affaires juridiques réelles, ni pour tous les droits. Dans notre pays les contrats réels (pas tous) ne se sont pas développés de même que ceux-ci du droit comparé. C'est pourquoi le point de vue de notre législateur devait se différencier en quelque sorte.