

*Биљана Петровић*  
*Правни факултет у Нишу*

## О РЕАЛНИМ УГОВОРИМА И ЊИХОВОМ ОДНОСУ ПРЕМА ФОРМАЛНИМ УГОВОРИМА

Једном давно постављено питање: "Постоје ли реални уговори, још увек у праву", није изгубило актуелност у тражењу свог одговора. Било је многобројних одговора и могућности да реални уговори опстану. У давању одговора полазило се од настанка реалних уговора, од њиховог значаја у праву, од аргумената везаних за акт предаје ствари као услова за њихову пуноважност, до таквих уговора који су реалне уговоре третирали као анахрону врсту уговора, а принцип консенсуализма као владајући у закључивању уговора с обзиром да је једноставнији и тежи универзалном важењу.

Реални уговори су настали још у римском праву и ево живи су и данас у модерном праву упркос многобројним критикама које ће доживљавати. Велики број европских правних система их протерује из права, а има и оних који чине такве напоре. Највећи удео у томе имали су законодавци у законима али је доста тога остављено и судској пракси и правној теорији.

У правној литератури постоји неуједначеност у одабирању критеријума за класификацију уговора, што има за последицу разлике у броју врста уговора који се теоријски образлажу.

Има ситуација да је у неким класификацијама предмет деобе облигациони однос, а други пут се узима извор тог односа. То можемо најбоље да видимо на примеру деобе уговора на формалне и неформалне, и на консенсуалне и реалне. У овим поделама пошло се од уговора као сагласности изјављених воља страна уговорница.

На једну од подела која је присутна у теорији обраћамо посебну пажњу: реч је о подели на консенсуалне и формалне уговоре". За разлику од других класификација, подела уговора на консенсуалне и формалне заснива се на разлици која постоји

у природи односа права и обавеза, већ на разлици нужних услова за настанак уговора".<sup>1</sup>

Већина данашњих правних писаца сматра да ова подела није логична. Логично је да се, насупротив консенсуалним уговорима налазе реални уговори. За консенсуалне уговоре довољна је сагласност воља, без обзира на то што та воља мора да буде изражена у одређеној форми. Теоретичари који врше поделу уговора на консенсуалне и формалне сматрају да су реални уговори формални уговори. Ово своје схватање образлажу тиме да је за настанак реалних уговора, поред сагласности воља, потребна и предаја ствари.<sup>2</sup> Овакво схватање реалних уговора је погрешно". Јер се под појмом форме уговора могу подводити радње које нису средства изјаве воље, него само додатак тој изјави воље."<sup>3</sup> И, заиста то је тако: реални уговори настају сагласношћу воље, а чин предаје је, у ствари, реализације већ закљученог уговора.

Ова подела уговора је критикована у теорији. Она је реликт римског права и има данас само одређено историјско значење. Као резултат критике, ова подела је данас превазиђена у многим европским правним системима. То су учинили законодавци, проглашавајући реалне уговоре за консенсуалне, а тамо где то није учињено, остављено је судској пракси да то учини.

"Познато је, да развој уговорног права почиње идејом о потреби посебне форме у којој мора бити изражена сагласност странака да би уговор производио правна дејства, односно да би био снабдевен тужбом".<sup>4</sup> У једном историјском тренутку у правној науци, форма је имала наручито важну улогу, тако да је била и обележје тога времена. То је период формализма. Предности које је пружала форма у развоју правне науке, временом су представљале све више сметњу у развоју уговорних односа. Закључивање уговора постаје много једноставније. Долази до ослобађања од круте и сакралне форме. Сада је за ваљано закључивање одређених уговора довољна сагласност воља страна уговорница или предаја ствари. То је време када се јављају консенсуални и реални уговори.

---

<sup>1</sup> Colin - Capitan, Course Elémentaire de droit civil, том II, Парис, 1920, стр. 263.

<sup>2</sup> Перовић, Слободан, Формални уговори у грађанском праву, Београд, 1964. стр. 30.

<sup>3</sup> Радишић, Јаков, Облигационо право, Београд, 1988. стр. 104.

<sup>4</sup> Girard, Paul, Manuel élémentaire de droit romain ed Paris, 1918. па. 441.

Реални уговори су представљали такву категорију уговора за које је, поред сагласности воља страна уговорница, релевантан био и акт предаје ствари. Предаја ствари као и њихов пријем били су обавезни услови настанка реалних уговора. Римско право и римски правници познавали су неколицину реалних уговора: *mutuum*, *fiducia*, *depozitum*, *ignus*. Предаја ствари је била неопходна како би ови реални правни послови (уговори) имали правну важност. Тек предајом ствари облигациони однос је био снабдевен тужбом. Најстарији уговор који настаје сагласношћу воља и предајом ствари био је *mutuum*, којим се одређена количина новца преносила у својину зајмопримцу, а овај се обавезивао да, исту количину ствари истог квалитета, или суму новца, врати зајмодавцу. *Gaius* не убраја у реалне уговоре *commodatum*, *depozitum*, *fiduciju*, иако се њима преносила својина.<sup>5</sup> Ови уговори су постали самостални правни послови тек у класичном праву, тачније тек онда када се државина одвојила од својине, те се могла самостално преносити (наиме тек када је изграђен појам државине).<sup>6</sup>

У савременој правној теорији било је мишљења да су реални уговори само фаза у развоју уговорног права, између периода када је доминирала свечана форма и оног периода када се прешло на неформалност - консенсуализам. Од форме је ваљда, као неопходан дуг форми, задржана још предаја ствари као један од услова пуноважности реалних уговора.<sup>7</sup> Реални уговори се у модерном праву третирају као уговори са најблажим обликом форме, због чега су могли и опстајати уз неформалне уговоре и не нарушавати принцип консенсуализма.

Промењене прилике у римском праву довеле су, у последњем веку Републике, до настанка нових уговора који нису ни формални, ни уговори стриктног права, радило се о консенсуалним и реалним уговорима. Тачно је, да је *mutuum* као први реални уговор, сменио нецум 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>8</sup>

---

<sup>5</sup> *Gaius*, наведено према Girard, Paul, наведено дело, стр. 529

<sup>6</sup> Moniere, R. *Le droit romain*, I том. Парис, 1935, пар. 457.

<sup>7</sup> Перовић, Слободан, *Облигационо право*. Београд, 1981, стр. 195.

<sup>8</sup> Güögy, Diodsi, *Contract in roman law*. Budapest Akademiai Klado, 1981, стр. 230, Приказао Бујуклић, Жика, *Правни живот*, 1983, бр. 5, стр. 972.

Из свега овога што смо казали може се закључити да реални уговори нису представљали само остатак формалних уговора, већ да је предаја као услов пуноважности код једне врсте уговора, омогућила остваривање посебних циљева. То је можда и био релевантан разлог што је реалне уговоре задржало у праву. Традиција не би могла да представља једини и најважнији разлог дугог опстанка реалних уговора све до модерног права. Јер право се релативно брзо ослобађало свега онога што је представљало кочницу у његовом развоју и што је представљало сметњу за ефикаснији пут у регулисању међуљудских односа.

Дошло је и до настанка неких нових контраката код којих облигациони однос настаје тек предајом ствари - такозвани реални контракти, а касније и они код којих је довољна проста сагласност воља двеју странака - такозвани консенсуални контракти".<sup>9</sup>

## II

Све познате кодификације XIX и XX века прихватиле су принцип неформалности уговорног права. За настанак уговора довољна је проста сагласност воља страна уговорница. Поштовање унапред предвиђене форме за закључивање уговора, осим у изузетним случајевима се не захтева. *Solus consensus obligat* је принцип који се напросто стопио са модерним правом, тако да га креатори најпознатијих кодификација и не истичу посебно у законима.<sup>10</sup>

У *Code civile*, из 1804. године, били су правно признати и регулисани неки реални уговори. То је случај са уговором о послузи (чл. 1975), уговором о остави такође. Што се тиче уговора о зајму, било је правних писаца који овај уговор третирају као реални, а други као консенсуални, јер су га повезивали са одредбом члана 1138. *Code civile* којим се регулише стицање својине. Према овом члану, зајмопримац стиже право својине на позајмљеним стварима, за које у француском праву важи уговорни принцип.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> Перовић, Слободан, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, Службени лист СФРЈ, 1978, стр. 456.

<sup>10</sup> Члан 1138 и члан 1875. *Code civil*, у редакцији Константиновића, Михаило, Француски грађански законик из 1804. године, Институт за упоредно право, Београд, серија Е, 1957.

<sup>11</sup> Marie - Noëlle Jobard - Bachellier, Existe-t-il encore des Contract réel en droit francais? Ou la valeur des promesses de contract réel

Према томе, Code civile је задржао реалне уговоре. Постоји могућност, да је законодавац не захтевајући традицију за стицање својине њу предвидео, и омогућио јој битисање на један други начин, као услов пуноважности реалних уговора - захтев за предајом ствари у претходној фази. Ово се да разумети ако се имају у виду последице које настају моментом закључења уговора у француском праву. Наиме од тог момента купац постаје власник ствари и њега погађа ризик пропасти ствари, њему припадају плодови, одговоран је за штету која настане од такве ствари и тако даље. Захтев за државином ствари на страни купца представља један разуман гест. То само показује да су веома рано сазрели услови у Француској да правна теорија постави питање постојања и даље егзистенције реалних уговора.<sup>12</sup>

Немачко право, тачније Немачки грађански законик, предвиђа само два уговора као реалне. У параграфу 1205. реч је о уговору о залози, а у параграфу 607. ради се о уговору о зајму. Овакав став законодавца је оправдан с обзиром на начин стицања својине и других стварних права у немачком праву, а реч је о уговорима који су правни основ за стицање права својине и других стварних права.

У Швајцарском закону о облигацијама сви реални уговори из класичног права проглашени су за консенсуалне (послуга, зајам, остава).

Аустријски грађански законик, из 1911. године у начелу је прихватио принцип консенсуализма као примаран, али је и даље наставио да регулише неке реалне уговоре: Уговор о остави (параграф 957); уговор о послузи (параграф 971); уговор о зајму (параграф 983); уговор о залози (параграф 1368), уз конструкцију са предуговорима.<sup>13</sup>

### III

У нашем праву у периоду друге половине XIX века постојала су различита решења за место реалних уговора у праву. За нас су нарочито интересантна решења дата у Српском грађанском законнику из 1844. године и Општем имовинском

---

en droit positif, Rev. trim. de droit civil, Paris, No.1. стр. 3; опширније о томе видети Combescure, F. Existe-t-il des contracts réels en droit français; Rev. crit. de legislat. et de de jurisprud. XXXII.

<sup>12</sup> Вуковић, Михаило, Опћи грађански законик, Загреб, 1955. стр. 283.

<sup>13</sup> Члан 906. Општег имовинског законика за Црну Гору, Зборник грађанских законика старе Југославије, Титоград, 1960.

законику за Црну Гору из 1888. године. На пример, у Српском грађанском законуку, који је иначе у великој мери представљао копију Аустријског грађанског законика, задржана је категорија реалних уговора. Уговор о остави, уговор о зајму, уговор о послузи и залози су и даље остали реални уговори, а уговор о поклону се третирао као реалан (када је предмет поклона предат поклонопримцу) или као формалан (у писменом облику је сачињаван).

Општи имовински законик за Црну Гору је у начелу прихватио принцип консенсуализма као водећи принцип уговорног права. Принцип поштовања дате речи је сматран за највећи и најважнији морални принцип у Црној Гори. У прилог томе иду и следеће речи из Закона: "Не враћа се ни кам из рука ни ријеч из уста. И доиста управо је темељ свакоме људскоме саобраћају и живљењу правило, да се људи ријечима везују".<sup>14</sup> Но без обзира на владајући принцип уговорног права и овај закон је признавао и регулисао неке реалне уговоре: уговор о залози (члан 172.), уговор о послузи (члан 205.).

У законским текстовима који су претходили Закону о облигационим односима из 1978. године, било је интересантних предлога у вези постојања и регулисања реалних уговора. Тако, на пример, у Скици за законик о облигацијама и уговорима, из 1968. године, предложено је да се напусти концепција постојања реалних уговора.<sup>14</sup>

Закон о облигационим односима из 1978. године је, као и већина модерних кодификација, прихватио принцип консенсуализма и реалне уговоре, ослободио од предаје ствари као услова за њихову пуноважност. Мишљења смо да се законодавац приклонио становишту да су реални уговори неформални уговори и да би реалне уговоре требало третирати као консенсуалне.<sup>15</sup>

У новом југословенском облигационом праву класични реални уговори су уређени по принципу консенсуализма.<sup>16</sup> Оваква одлука законодавца могла је да буде израз начелног опредељења модерне правне теорије за апсолутном променом начела консенсуализма, или је она резултат промењене садржине реалних уговора.

Наше право је, значи прихватило модерну концепцију реалних уговора. На примеру уговора о зајму, могли би смо то најбоље и да уочимо. Пре ступања на снагу ЗОО, зајам је, на основу одредбе Српског грађанског законика, односно његових

---

<sup>14</sup> Константиновић, Михаило, Скица за закон о облигацијама и уговорима, Београд, 1969.

<sup>15</sup> Закон о облигационим односима, Службени лист СФРЈ, бр. 29/78.

правила, представљао реални уговор. Према одредбама ЗОО, овај уговор се убраја у консенсуалне уговоре, јер је за његову ваљаност довољна проста сагласност воља.<sup>16</sup> Према једном мишљењу, у правној теорији, уговор о зајму се третирао као реалан, ако је постојала накнада.<sup>17</sup>

На основу примене предратних правних правила, пре ступања на снагу ЗОО, судска пракса је и оставу третирао као реалан уговор. Па према томе остава као уговор *sui generis* представља реалан правни посао, па ако депонент није депоновао уговорени износ, уговор није закључен, па депозитар не може да захтева с успехом извршење уговора, али може тражити накнаду штете која је настала због тога што депонент није депоновао уговорени износ.<sup>18</sup>

Према одредбама ЗОО, уговор о остави је консенсуалан, јер се овим уговором оставопримац обавезује да прими ствар оставодавца, да је чува и да је врати када је овај буде затражио.<sup>19</sup>

И уговор о капари, као уговор акцесорне природе је остао реалан.<sup>20</sup>

Што се тиче уговора о залози, ЗОО на више места регулише овај уговор као акцесорни уговор. С обзиром на то, може се извући закључак да је законодавац имао у виду да се ради о реалном уговору. А код уговора о залози, као самосталног уговора, ситуација је другачија. Овде се тај уговор уређује као консенсуалан, јер се овим уговором дужник или неко трећи, обавезује према повериоцу или залогопримцу да му преда неку конкретну ствар на коју има право својине, како би се пре осталих поверилаца могао да наплати, ако му потраживање не буде исплаћено у року, а поверилац се обавезује да примљену ствар чува и да по престанку овог потраживања врати неоштећену залогодавцу.<sup>21</sup> Када смо говорили о залози која је акцесорне природе, онда смо имали у

---

<sup>16</sup> Павлић, О одговорности при реалним контактима, Правник, бр. 7/54, стр. 210-212; Ђорђевић, З. Зајам са каматом између правних лица, Анали правног факултета у Београду, бр. 2/55, стр. 209-213; Ђуровић, Р. О капари смањеној од стране суда, Правни живот, бр. 3/61, стр. 17-31; Компањет, З. Реални уговори након ступања на снагу ЗОО, Анали Правног факултета у Београду, бр. 3-5/78, стр. 618-626.

<sup>17</sup> Члан 557. став 1. ЗОО.

<sup>18</sup> Благојевић, Борислав, Грађанско-правни облигациони уговори Београд, 1947. стр. 144.

<sup>19</sup> Решење Врховног суда Југославије бр. 2225/70 од 20.4.1971. Наведено према Косовац, Младен, Облигациони уговори, стр. 223-224.

<sup>20</sup> Члан 712. ЗОО, опширније о томе видети код Бегич, Лидије, Остава као једнострано обавезан уговор односно двострано обавезан уговор.

<sup>21</sup> Члан 628. ЗОО; члан 679. ЗОО; члан 809. ЗОО; члан 846/1. ЗОО.

виду законско založno право koje stiche поверилац због неизвршења уговора од стране дужника ако поверилац поседује неку дужникову ствар. Иначе, уговор о залози, и када је самосталан, служи обезбеђењу испуњења неког потраживања дужника. Свакако да постоји разлика између ове две залоге, али се она огледа у томе што је у првом случају реч о законској залози, а у другом о уговореној. Извор настанка законске залоге оставља могућност да се она третира као реалан уговор с обзиром на положај повериоца (који држи ствар дужника) и чињеница да за њен настанак није потребна сагласност воља.

#### IV

Претварање класичних реалних уговора у консенсуалне има извесних практичних последица. Па, тако, уговорник може већ на основу споразума са својим уговорником, тужбом пред парничним судом или предлогом за извршење пред извршним судом, судски остварити садржај споразума. Тако, на пример, залогопримац може да утужи предају обећане суме новца, или оставопримац да захтева депоновање дуговане ствари. И досадашњи једнострано обавезујући уговори постају обострано обавезујући уговори. Сада није само зајмопримац обавезан да захтева враћање износа зајма, већ и зајмопримац може да тражи накнаду штете. Тако се, и према одредбама ЗОО, и само обећање зајма може да утужи.

Мишљења смо, међутим, да, и поред тих промена, тј. претварањем реалних уговора у консенсуалне уговоре, не престају извесне традиционалне особености реалних уговора. Извесни реликти, али и неизбежне особености остају и на даље. Према томе, код традиционалних реалних уговора и након њиховог законског уређивања у виду консенсуалних, настала је карактеристика двостране обавезности само привидна, тачније сукцесивна. Најпре настаје обавеза једне уговорне стране (обавеза враћања позајмљене суме новца). Могли би, под одређеним резервама, да кажемо да овде препознајемо особине *contactus bilaterales inaequales*.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> Ово би представљало опште прихваћено схватање, такорећи без изузетака. Постоји, једно издвојено мишљење (Бегич, Ђ. оп. цит. стр. 1295-1299, тач. 14. и 18.), "Предаја ствари од стране оставодавца оставопримцу не може имати значење извршења уговора будући да ЗОО, одређујући појам уговора о остави (чл. 712.) уопште не предвиђа обавезу оставодавца на предају ствари". Са овом констатацијом се не би смо могли да сложимо, јер није ствар законодавца да одређује или не одређује обавезу оставодавца. Његова обавеза у консенсуалној варијанти овог уговора настаје на основу сагласности воља. Па према

Према реалној концепцији, сви реални уговори класичног права су једнострано обавезујући. Њиховим претварањем у консенсуалне, долази до тога да они постају обострано обавезујући, јер свака уговорна страна након сагласности, може да тражи извршење уговорне обавезе друге уговорне стране, али само сукцесивно, као једна за другом обавеза, а не истовремено, како је то код осталих обострано обавезујућих. Према томе, код некадашњих реалних уговора обострана обавезност није истовремена, већ сукцесивна. С обзиром на то, на ове уговоре се не примењују ни правила о посебним дејствима третних уговора.

Једино је уговор о поклону у нашем праву третиран на двојак начин: и као формалан и као реалан. Реч је о конкуренцији форма код овог уговора. Уговор о поклону настаје или предајом ствари (предмета поклона) поклоно-примцу или се закључује у писменој форми, и онда је реч о конститутивној форми и формалном уговору. Али, овај уговор, као нетипични правни инструмент роба и услуга (значи нетипични облигационо правни уговор), није регулисан у ЗОО, већ је остављено републичком законодавству да га правно регулише.

И на крају, поводом питања реалних уговора као и њиховог места у праву и њиховог односа према формалним уговорима, могли би смо закључити да су реални уговори у ствари консенсуални, и да је за њихов настанак довољна сагласност воља, а не сам чин предаје. У чину предаје види се акт реализације већ раније постигнуте сагласности воља.

---

томе, предаја није акт закључења већ акт извршења раније преузете обавезе.

## **SUR DES CONTRATS REELS ET LEUR RAPPORT A L'EGARD DES CONTRATS FORMALIERS**

### Résumé

Les contrats réels ont apparu déjà à l'époque de l'Empire Romaine, dans le droit romain et voilà qu'ils sont vivants encore aujourd'hui, dans le droit moderne, en dépit de nombreuses critiques qu'ils subiront.

Le grand nombre de systèmes juridiques européens les pourchassent du droit et il y en a d'autres qui font d'énormes efforts. La plus grande part en ceci ont eu les législateurs lors de l'adoption des lois dans lesquelles ceux-ci les ont réglés, mais la grande partie du travail est restée aux théoriciens dans la théorie juridique, ainsi que dans la pratique judiciaire. La Loi des obligations de 1978, les contrats qui auparavant avaient été traditionnellement considérés de réels, a proclamé des contrats concessionnels. Il s'agit du contrat de prêt (art. 557), de gage (art. 966) et de succession (art. 712), que le législateur a réglés comme concessionnels. Le reste des contrats réels, les gens de maison, cadeau, cette loi n'a pas réglé mais les a cédés aux législateurs des républiques.

Ayant en vue que la Loi des obligations était adoptée à l'époque de l'existence de la RFSY (en 1978) et qu'elle avait le caractère fédéral, l'attitude prépondérante à cette époque a été que les contrats réels n'étaient pas les contrats typiques de la nature juridique d'obligation (elle ne concernait pas le trafic des produits et des services) la compétence fédérale a été exclue. C'est pourquoi leur réglementation en majorité était restée hors de son domaine et cédée aux législateurs des républiques.

Par conséquent, la Loi des obligations a accepté, comme la majorité des codifications modernes, le principe de concessionisme et a traité les contrats réels comme concessionnels, par quoi elle les a libérés du dépôt des choses comme condition pour leur pleine validité.