

Др Марко БУРЂЕВИЋ

ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

УГОВОР И ПРЕСУДА *

Резиме

Уговор и пресуда су два појединачна правна акта која стварају појединачне правне норме и два различита начина уређења друштвених односа. Они се сусрећу када се пред судом појави спор у вези са уговором. У општим одредбама о уговору у Закону о облигационим односима уочава се да ова правила одређују неколико функција које судија има у односу на уговор. Сврха овога рада је да се утврди повезаност тих функција и уговора као правне норме.

У том циљу анализиране су две врсте законских одредаба, оне о неважности уговора у којима је наглашено да суд пази на ништавост по службеној дужности и оне по којима суд може, под одређеним претпоставкама, да измени уговор. У анализу су биле укључене и функције које судији нормално припадају: да тумачи спорне уговорне одредбе и одлучује о правнозаштитном захтеву. У раду је показано да су те функције везане или за важење или ефикасност или правичност уговорне норме.

Кључне речи: *појединачни правни акт, уговор, пресуда, важење уговора, извршење уговора, тумачење уговора, садржина уговора.*

I Увод

Општа теорија права је дуго времена посматрала уговор искључиво као примену једне опште правне норме.¹ Гледано из угла примене права, уговор је средство које служи правним субјектима да ближе одреде недовољно одређене диспозиције општих грађанскоправних норми и

* Овај рад израђен је у оквиру пројекта „Идентитетски преображај Србије” Правног факултета Универзитета у Београду.

1 Радомир Лукић, *Теорија државе и права. II Теорија права*, Београд 1995, 155.

прилагоде их појединачној ситуацији.² На пример, уговор о продаји служи да би се конкретизовало опште законско правило „купац је дужан платити цену у време и на месту одређеном уговором“. Посредством појединачног уговора купац и продавац индивидуализују ово правило у погледу лица и конкретизују у погледу садржине, тако што одређују датум када ће купац предати цену и простор на којем ће предаја бити учињена. Једина сврха сагласности уговорника о месту и времену је да омогући да се једна општа норма примени у конкретном животном односу.

Схватање да уговор, осим што служи примени опште правне норме, представља и акт стварања појединачне норме развило се под утицајем чисте теорије права. Основне поставке овог другачијег погледа на уговор Келзен је разрадио у правној теорији о конвенцији. По његовом мишљењу, традиционална теорија грешила је када је конвенцији (уговору у унутрашњем праву и споразуму у међународном праву) као правном акту, приписивала искључиво сврху примене права, док је на другој страни само за закон резервисала улогу ствараоца права. Полазећи од тога да је конвенција по дефиницији правни акт који производи правна дејства, а по природи, акт који има „обавезну снагу“, Келзен је истакнуо да свака конвенција има функцију стварања права и да ту функцију имају и уговори приватног, грађанског права. „Обавезна снага“ означава да конвенција обавезује њене субјекте да се понашају на начин на који до тада нису били обавезани, те да конвенција ствара једну норму која пре њеног закључења није постојала. Када је реч о уговору, створена норма о понашању правних субјеката је правно дејство уговора, а не израз неке воље која је супериорна у односу на уговорнике. Ова појединачна норма је објективна као што је објективна и општа норма *pacta sunt servanda* коју стране примењују закључујући уговор. Две норме се не разликују по карактеру, него по садржини. *Pacta sunt servanda* има апстрактан или општи садржај, док је норма створена уговором у принципу конкретна или индивидуална.³

У савременој општој теорији права више није спорно да је уговор појединачни правни акт који ствара појединачну правну норму.⁴ У складу са том еволуцијом у теорији грађанског права уговор је назив за сам правни акт (сагласност изјављених воља два или више лица која произ-

2 Радомир Лукић, Будимир Кошутић, *Увод у право*, Београд 2006, 250.

3 Hans Kelsen „La théorie juridique de la Convention“, *Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique*, 1-4/1940, 33-34.

4 Радмила Васић, Миодраг Јовановић, Горан Дајовић, *Увод у право*, Београд 2014, 250.

води правна дејства) и за правну норму (дејство уговора) створену тим правним актом.⁵ При томе, уговорној норми приписује чак и карактер извора права.⁶

Поред уговора, појединачни правни акт је и судски акт, пресуда. И пресудом, као и уговором, ствара се појединачна правна норма. То је правни акт који суд доноси у случају спора, када диспозиција садржана у неком другом правном акту, општем или појединачном, није примењена или не може да буде примењена. Због тога, пресуда се сврстава у секундарно стварање права⁷ за разлику од уговора који се може означити као примарно стварање. Разлог за то лежи у прихватању да је уговор стварац примарне диспозиције, оног елемента правне норме који „уређује међусобне односе и распоређује права и дужности између чланова друштва“.⁸ Моћ правних субјеката да стварају примарне диспозиције правних норми проистиче из правне аутономије⁹ коју је законодавац оставио правним субјектима у сфери економских и других интереса да их нормирају независно и самостално.¹⁰ Насупрот томе, моћ доношења правне норме садржане у пресуди и њена обавезна снага произлазе из правне дејствености пресуде као државног акта, односно акта јавног нормирања.¹¹

Из ових уводних редова уопштено се може рећи да су уговор и пресуда два начина стварања права. У овом раду, у првом делу, покушаћемо да ближе утврдимо по чему су ова два начина стварања правних норми слична, а по чему се разликују. У другом делу ближе ћемо одредити однос између уговора и пресуде грађанског суда у српском праву. То питање је значајно јер од тога како је овај однос решен зависи колика је моћ судије да поводом спора интервенише у сферу индивидулане слободе правних субјекта да стварају норме и уређују садржину имовинских односа у које ступају.

5 Jacques Ghestin, Grégoire Loiseau, Yves-Marie Serinet, *Traité de droit civil. La formation du contrat, Tome 1: Le contrat, le consentement*, Paris 2013, 68.

6 Владимир Водинелић, *Грађанско право. Општи део и Увод у грађанско право*, Београд 2012, 71; упор: Ханс Келзен, *Општа теорија права и државе*, 2. издање, Београд 2010, 224.

7 Р. Лукић, 151.

8 Коста Чавошки, Радмила Васић, *Увод у право*, 2. издање, Београд 2007, 290.

9 Х. Келзен, 224.

10 Н. Kelsen, 48.

11 Боривоје Познић, *Грађанско процесно право*, Београд 1991, 246.

II Уговор и пресуда као два супротстављена начина уређивања друштвених односа

Заједничко уговору и пресуди је да уређују понашање тачно одређених лица. Тако, када је у питању пресуда, она простире правноснажност у субјективном смислу на лица која су учествовала у парници, исто као што и уговор својим дејством обавезује само уговорнике. Додуше, оба правна акта имају у савременом праву и проширено важење, тако да кружјем свог дејства понеки пут обухватају и лица која нису странке у процесном односу,¹² односно стране у уговорном односу.¹³ Осим ове сличности између уговора и пресуде као појединачних правних аката постоје и друге. Тако, пресуда се не може побијати жалбом незадовољне стране након што наступе одређене процесне чињенице и постане правноснажна у формалном смислу, нити суд који ју је донео може да је опозове или измени. Ни закључени уговор једна страна не може да измени, ни да опозове, или да једнострано раскине, осим у изузетним случајевима прописаним законом.

Између уговора и мериторне судске одлуке постоје разлике. Задржаћемо се само на неколико битних. На првом месту, уговор ствара аутономну норму или поредак појединачних норми, а судска пресуда, хетерономну норму. У елаборацији уговорне норме учествују правни субјекти који ће нормом бити везани. Они сами уређују своје понашање према начелима грађанскоправног метода регулисања, а обавезна снага уговорне норме проистиче баш из тога што су уговорници лично, сами себи и за себе, одредили правило свог понашања.¹⁴ Насупрот томе, хетерономна норма пресуде садржи правило о туђем понашању, о понашању субјеката која у њеном стварању нису учествовали. За разлику од уговора, пресуда не дугује настанак изјавама воља лица на чије понашање треба да буде примењена, него вољи трећег лица. Норму из пресуде ствара судија, а њена правна снага потиче од ауторитета судије који је непристрасан у односу на парничне субјекте.¹⁵ Требало би запазити да ни друге врсте коначних одлука, попут арбитражне одлуке, не дугују обавезну снагу субјектима чије понашање уређују, па чак ни када је спор изнесен пред приватни облик решавања на основу споразума између учесника у спорном одно-

12 Вид. Боривоје Познић, *Коментар Закона о парничном поступку према тексту Закона од 1976 године*, Београд 2009, 810-811.

13 Вид. Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд 1986, 13-14.

14 В. Водинелић, 140.

15 Б. Познић (1991), 246.

су.¹⁶ У области друштвених односа које регулишу норме грађанског права субјекти закључују уговоре управо да би избегли да њихово понашање уређује судија.

На другом месту треба поменути разлику између пресуде и уговора која се огледа у томе што је пресуда акт органа јавне власти. Због тога је пресуда у свом материјалном постојању јавна исправа. Насупрот томе, уговор је приватни акт субјеката грађанског права, а уколико по закону или вољи уговорних страна треба да има и материјалну егзистенцију, уговор је приватна исправа. С обзиром да је пресуда јавна исправа, она има посебну доказну снагу¹⁷ коју уговор нема. Уговор може добити доказну снагу коју има судски акт само када је обучен у облик јавнобележничке исправе.¹⁸

Трећа разлика испољава се у томе што пресуда, поред обавезне снаге, посебне доказне снаге има и извршну снагу.¹⁹ Она се испољава према суду тако што ствара дужност суда да одреди и спроведе извршење када затражи извршни поверилац.²⁰ Уговор нема извршну снагу, те поверилац на основу уговора не може покренути суд да одреди и спроведе извршење. Само поједини уговори, они састављени у форми јавнобележничког записа односно јавнобележнички солемнизоване приватне исправе (на пример, уговор о доживотном издржавању или уговор о продаји непокретности) имају извршну снагу²¹ која може да се упореди са оном коју има пресуда.

Закључимо. За уговор и пресуду може да се каже не само да су два различита, него и два супротстављена начина уређивања друштвених односа. Ипак, два начина се не искључују. О томе сведоче прописи грађанског судског поступка који постављају судији дужност да и након што је парница започела препоручи парничним странкама уговор као начин да споразумно реше спор (ЗПП, чл. 11) уз посредовање трећег (медијацијом) или директно.²² На другој страни, правила материјалног уговорног

16 У том смислу за арбитражну одлуку вид. Гашио Кнежевић, Владимир Павић, *Арбитража и АДР*, Београд 2009, 36.

17 Закон о парничном поступку – ЗПП, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, чл. 438.

18 Дејан Ђурђевић, *Јавнобележничко право*, Београд 2014, 33.

19 Закон о извршењу и обезбеђењу, *Службени гласник РС*, бр. 106/2015, чл. 42.

20 Б. Познић (1991), 362.

21 Закон о јавном бележничтву, *Службени гласник РС*, бр. 31/201, чл. 85 ст. 3.

22 Детаљније о споразумним начинима решавања спорова, вид. Г. Кнежевић, В. Павић, 238.

права подразумевају да уколико се појави спор између уговорних страна, тај спор, у недостатку накнадног споразума, треба да реши судија.

III Односи између уговора и пресуде

Пресуда и уговор се сусрећу када се пред судијом појави спор између уговорника у вези са уговором. Појава спора означава да је слагање између уговорних субјеката, које је постојало у моменту када су постигли сагласност воља, заменило неслагање које није могло да буде решено споразумно, те да је зато једна страна одлучила да затражи судску одлуку која ће сукоб решити.²³ У тим приликама поставља се питање какве функције судија има у односу на уговор. Наиме, Закон о облигационим односима (даље у тексту ЗОО) у правилима о уговору (глава II, одељак 1.) изричито и директно говори о односу судије према уговору на неколико места. Поменућемо карактеристичне примере. Први пример пружа правило о истицању ништавости које каже да „на ништавост суд пази по службеној дужности” (ЗОО, чл. 109). У овом правилу указујемо на део који каже да суд пази на ништавост, што значи да је његова улога у односу на уговор да с пажњом надзире да ли пред собом има уговор који је непуноважан. Други пример је правило: „на захтев заинтересоване стране суд ће наложити другој страни која одбија да приступи закључењу главног уговора да то уради у року који ће јој одредити” (ЗОО, чл. 45 ст. 4). Ово правило наводимо само зато што речитије од других илуструје другу врсту улоге коју има судија према уговору. Оно нам казује да је функција судије да заповеди уговорној страни да изврши оно понашање које уговор тражи од ње. Трећи пример даје правило о зеленашком уговору: „Ако оштећени захтева да се његова обавеза смањи на правичан износ, суд ће удовољити таквом захтеву, ако је то могуће, а у том случају уговор са одговарајућом изменом остаје на снази” (ЗОО, чл. 141 ст. 3). Ова одредба указује нам да суд може под одређеним претпоставкама да измени уговорну норму.

Наведени примери упућују на то да према правилима материјалног уговорног права судија има више функција у односу на уговор. Оне

23 Могу се додуше десити и ситуације у којима између страна у уговору не постоји спор, а да се ипак покрене судска заштита у вези са уговором. То су оне ситуације када интервенцију суда иницира треће лице (на пример, јавни тужилац који тражи да се уговор поништи јер је противзаконит; противник побијања који истиче Паулијанску тужбу изван стечаја са циљем да суд огласи да је уговор без дејства према њему, у висини потраживања које противник има према једној страни у уговору).

се могу повезати са три својства која има уговор као правна норма односно правни акт: са важењем, ефикасношћу и праведношћу.²⁴

1. Важење уговора и пресуда

Када се говори о важењу једне правне норме или правног акта мисли се на системско, временско и просторно важење. Територија на којој уговор има обавезну снагу (просторно важење), не може се појавити као спорно питање у уговорима без елемента иностраности. Због тога, питање односа између пресуде и важења уговора размотрићемо у контекстима системског и временског важења уговора.

а) Системско важење уговора

Системско важење правне норме означава да једна норма правно постоји у једном одређеном правном систему. Норма правно егзистира уколико је заснована на некој вишој правној норми истог система. Према општој теорији права, заснованост на вишој норми означава да је нижа норма створена у складу са захтевима постављеним у вишој и то у погледу: 1) начина стварања и 2) предмета регулисања.²⁵ У систему српског грађанског права, виши правни акт који одређује захтеве у погледу начина стварања уговорне норме и предмета њеног регулисања је ЗОО.

1) *Које захтеве ЗОО поставља за начин настанака уговора?* Ово питање се отвара јер ЗОО нема одредбу у којој је издвојено и поименце набројано оно што треба да буде испуњено да би две сагласне изјаве воља створиле норму која правно обавезује, какву има на пример француски Грађански законик. Пре реформе спроведне Ордонансом од 2016-131 од 10. фебруара 2016. године која је ступила на снагу 1. октобра 2016. године, француски законик је прописивао да су за важност уговора битна четири услова: пристанак стране која се обавезује, способност за уговарање, одређени предмет и допуштена кауза облигације.²⁶ Наведеном ордонансом измењен је текст ове одредбе. У новој формулацији стоји да су за важност уговора неопходни: пристанак страна, способност за уговарање и допуштена и одређена садржина.²⁷ Ваљало би запазити да ордонанса ви-

24 Вид. Nikola Visković, *Teorija države i prava*, 2. izdanje, Zagreb 2006, 200-203.

25 Р. Васић, М. Јовановић, Г. Дајовић, 231-232

26 Code civil (version en vigueur du 17. février 1804 au 1 octobre 2016), art. 1108, доступно на адреси: <https://www.legifrance.gouv.fr>, 1.03.2017.

27 Code civil, art. 1128, modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, art. 2, доступно на <https://www.legifrance.gouv.fr>, 1.03.2017.

ше не помиње услове за важност уговора, него да говори о елементима нужним за важност уговора. Уколико недостају пристанак страна, способност за уговарање, одређена и допуштена садржина, у којој су према првим коментарима фузионисани предмет и основ уговора,²⁸ онда нема ни речи о важности, него се може говорити само о неважности уговора.

Оно што је било набројано у некадашњем члану 1108 француског законика садржано је, поред осталог, у одсеку ЗОО под насловом „Закључење уговора“ ЗОО, у енумерацији под римским бројевима од један до девет, следећим редом: сагласност воља, предмет, основ, способност, мане воље, форма уговора, услов, рок, капара и одустаница. Иако су све ове законске одредбе смештене у комад Закона под истим насловом, оне немају исти значај. На једну страну, у једну групу, могу да се издвоје сагласност воља и мане воље, предмет, основ, способност, форма, услов и рок, а на другу страну, капара и одустаница.

За одредбе прве групе заједничко је да свака понаособ успоставља директну везу опште норме и санкције која је са њоме повезана. При томе, под санкцијом ми подразумевамо меру која се изриче као реакција за повреду једне норме (без обзира да ли законске или уговорне).²⁹ Тако, норма о сагласности воља каже да је „уговор закључен када су се стране сагласиле о битним састојцима уговора“ (ЗОО, чл. 26). Мера против несавесности је да „уговор не настаје“ када стране верују да су сагласне, а између њих постоји неспоразум (ЗОО, чл. 63). Према диспозицији норме о предмету, предмет мора бити могућ, што значи да мора постојати, бити допуштен, одређен односно одредив (ЗОО, чл. 46 ст. 2). Мера против уговора који нема предмет је да је уговор ништав (ЗОО, чл. 47). По примарној заповести из опште норме о основу, свака уговорна обавеза мора да има основ и тај основ мора бити допуштен (ЗОО, чл. 51 ст. 1), а по секундарној, уколико основ не постоји „уговор је ништав“ (ЗОО, чл. 51). Одредба о способности прописује да је за закључење пуноважног уговора потребно да уговорник има пословну способност која се тражи за закључење тог уговора (ЗОО, чл. 56 ст. 1). ЗОО не одређује меру против уговора који је закључило лице које је пословно неспособно, већ само против уговора релативно пословно способног лица закљученог изван граница његове пословне способности без одобрења законског заступника. Такав уговор је рушљив (ЗОО, чл. 56 ст. 3). Према норми о форми, закључење

28 Вид. Alain Bénabent, *Droit des obligations*, 15 e édition renouvelée après la réforme du 10 février 2016, Paris 2016, 127.

29 Вид. J. Ghestin, G. Loiseau, Y.- M. Serinet, 708.

уговора подлеже форми само у случајевима у којима је одређено (ЗОО, чл. 67 ст. 1), а у тим случајевима, уколико није закључен у прописаној форми, уговор нема правно дејство, осим када из циља прописа којим је одређена форма произлази што друго (ЗОО, чл. 70 ст.1). Када сагласност има недостатак, опште норме ЗОО о претњи, битној заблуди, превари, једна за другом предвиђају да уговорник на чијој страни је мана „може тражити да се уговор поништи“ (ЗОО, чл. 60, 61, 65). ЗОО прописује ништавост уговора и када је у уговору постављен одложни или раскидни услов који је противан принудним прописима, јавном поретку и добрим обичајима (ЗОО, чл. 75).

„Ненастанак“, „ништавост“, „правно недејство“, „могућност да се тражи поништење уговора“ су различите речи и изрази који служе да означе реакцију коју правни поредак изриче кроз уста судије за повреду једне законске одредбе о закључењу уговора. Сви стављају акценат на непуноважност уговора. У општој теорији права непуноважност правног акта, односно поништење дејства које је један правни акт створио, представља меру према нижем правном акту због неусклађености са вишим. Мера се манифестује у два облика. Тежа неусклађеност изазива тежу реакцију, меру која ништи акт од самог почетка, брише све његове последице и налаже повраћај у пређашње стање. Блажа неусклађеност заслужује блажу реакцију, меру која укида, обеснажује акт само за будућност.³⁰

У теорији грађанског права тежина неусклађености ниже норме са вишом нормом изражена је у тежини недостатка правног посла који је у свом стварању противан вишој норми. Тежина недостатка је основ за трипартитну деобу неважећих правних послова – на непостојеће, ништаве и рушљиве – и примену једне од две санкције: апсолутне ништавости или релативне ништавости. Уколико је у питању недостатак нечега што је елементарно потребно за сваки правни посао, ради се о непостојећем правном послу, док недостатак „друге врсте“ сврстава правни посао у категорију ништавих. За те правне послове следује апсолутна ништавост. Недостатак због којег правни посао може бити лишен дејства даје правном послу квалитет рушљивог, а санкција која се против њега изриче је релативна ништавост.³¹

У општим правилима ЗОО о закључењу уговора, тежина неусклађености ниже норме са вишом, односно тежина недостатка уговора је

30 Вид. Р. Лукић, 164; N. Visković, 183.

31 В. Водинелић, 457-468.

основ за поделу мера које се могу изрећи према појединачном уговору. Ништавост је мера (санкција) према уговору за тежу несуклађеност (недостатак). Могућност подношења захтева за поништај уговора је мера за мање тежак недостатак. Као што смо видели из општих норми ЗОО, ништавост уговора је мера, реакција, за повреду правила о сагласности воља, предмету и основу. Из тога би се могло закључити да правила о сагласности воља, предмету и основу садрже захтеве чије испуњење је конститутивно за настанак уговорне норме. Без њиховог истовременог испуњења не може се рећи да уговорна норма правно постоји, јер у погледу начина стварања није заснована на вишој општој законској норми.

Када је реч о повреди опште норме о форми, реакција према уговору који повређује ту норму је да уговор нема правно дејство – што значи да је ништав, а санкција која га прати је апсолутна ништавост. Међутим, мера може бити другачија, уколико испитавање циља прописа које је одредио форму (на пример, за уговор о грађењу, уговор о јемству, уговор о кредиту итд) покаже „што друго“. ЗОО полази од тога да је редовно циљ прописивања форме за поједине врсте уговора заштита општег интереса. Зато је поставио претпоставку да је санкција према уговору апсолутна ништавост. Тада се мора узети да је форма конститутивни елемент за дату врсту уговора. Ипак, претпоставка о томе да је уговор ништав и санкцији која га прати је оборива. Испитивање сврхе може показати да је циљ прописа био други, да се заштити посебни интерес, то јест интерес једне стране у уговору. Уговор је онда рушљив, а санкција је релативна ништавост. Одатле даље следи да за ту врсту уговора форма није конститутивни елемент.

Када је реч о способности за уговарање, ЗОО сасвим јасно одређује да је уговор рушљив ако га је закључило ограничено пословно способно лице без сагласности законског заступника. Санкција према таквом уговору је релативна ништавост. На основу разлога супротности може се закључити да је уговор ништав ако га је закључило потпуно пословно неспособно лице, а да је санкција за такав уговор апсолутна ништавост. Из тога проистиче да је потпуна пословна способност један од захтева који се траже за системско важење уговорне норме у погледу начина стварања.³²

32 Према мишљењу професора Константиновића пословна способност има различит значај за конституисање уговора од сагласности воља, предмета и основа. Пословна способност је услов за пуноважност, док су сви остали услови за постојање уговора. Вид. Михаило Кон-

2) Које захтеве поставља ЗОО у погледу предмета регулисања уговора? Према Келзеновој теорији о конвенцији предмет регулисања конвенције је питање које се тиче сфере материјалног важења правне норме, то јест односа које норма уопште може да уређује.³³ Када је реч о уговору, по Келзену, кружје његовог важења ограничава унутрашњи правни поредак. Он наводи да су неки односи искључени из уговорног регулисања због своје природе (на пример, односи породичног права), а да закон може да забрани одређене предмете због неких посебних разлога (на пример, располагање неотвореним наследством) или због неморалности или зато што би извршење уговорних обавеза на тим предметима било апсолутно немогуће.³⁴

Захтеви које правни поредак тражи за предмет уређења уговором у нашем праву постављени су у ЗОО, на првом месту, у општим одредбама о предмету и основу. Ни предмет ни основ не смеју бити противни тријади захтева: принудни прописи, добри обичаји и јавни поредак (ЗОО, чл. 48 и чл. 51 ст. 2). Иста тријада постављена је у погледу модалитета у уговору. Уговор не сме имати норму о услову, одложеном или раскидном, која би им била супротна (ЗОО, чл. 75 ст. 1). Најзад, и сва преостала садржина конкретног уговора мора се кретати у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја (ЗОО, чл. 10).

У контексту испитивања да ли уговор испуњава захтеве за системско важење у погледу предмета регулисања, суд утврђује и да ли постоји економска принуда која се може састојати у искоришћавању тешког материјалног стања или стања нужде или зависности или недовољног искуства или лакомислености друге стране (ЗОО, чл. 141).

Када је у питању стандардизовани, формуларни уговор, ЗОО додаје наведеним захтевима још и оне које одређује за опште услове. Одредба општих услова формуларних уговора не може да уреди однос између страна супротно добрим пословним обичајама (ЗОО, чл. 143 ст. 1). ЗОО ограничава сферу важења општих услова и тако што прописује да судија може да одбије да примени оне одредбе које су неправичне (ЗОО, чл. 143 ст. 2).

стантиновић, *Облигационо право према белешкама са предавања професора Михаила Константиновића*, Београд 1957, 28 и 56.

33 Н. Kelsen, 36.

34 *Ibid*, 49-50.

На крају треба приметити да захтеви у погледу системског важења уговора долазе изван уговорне сфере.³⁵ Да је реч о спољном државном, односно социјалном упливу на уговор сведочи одредба ЗОО о истицању ништавости. Она омогућава да усклађеност уговора са тим захтевима суд може да проверава не само на тражење сваког уговорника, већ и јавног тужиоца, сваког правно заинтересованог лица, као и по службеној дужности (ЗОО, чл. 109).³⁶ Санкција против неусклађености је апсолутна ништавост (ЗОО, чл. 103 ст. 1), а судија је изриче пресудом.

б) Временско важење уговора

Под временским важењем правне норме у општој теорији права подразумева се трајање правне норме између две временске тачке: момента у коме почиње да обавезује и момента када престаје да обавезује.³⁷ Уколико се пред судијом појави спор у вези са временским важењем уговора, улога судије би била да испита ли је уговорна норма престала да важи.

Почетак важења уговорне норме везан је за моменат закључења уговора. Другим речима, крај поступка постизања сагласности воља увек је истовремен са ступањем на снагу уговорне норме.³⁸ Моменат почетка важења не треба мешати са моментом од када једна уговорна страна може да тражи од друге да изврши обавезу.³⁹ Наиме, извршење обавезе може бити временски одмакнуто од момента закључења уговора, уколико из опште норме проистиче да је остављено за доцније или је у самом уговору предвиђен одложни услов или рок. Ипак, уговарање ових темпоралних модалитета не значи да уговорна норма не ступа на снагу у тренутку закључења, нити да уговор нема обавезну снагу до наступања услова или истека рока, већ означава само да је извршење одложено.

35 Упор. Jean Carbonnier, *Droit civil. 4/ Les obligations*, 21e éd., Paris 1998, 69

36 Постоје и мишљења да би уговорне стране могле да се споразумеју о томе да је уговор супротан захтевима који су конститутивни за начин закључења и предмет регулисања ништав. Тада се налазимо у присуству ништавости која би се могла означити као конвенционална или споразумна, али која је спорна у погледу дејстава. Вид. Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Philippe Stoffel – Munck, *Les obligations*, 6e éd., Paris 2013, 332.

37 К. Чавошки, Р. Васић, 339-341.

38 Н. Kelsen, 50.

39 Jacques Ghestin, Christophe Jamain, Marc Billau, *Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin. Les effets du contrat*, 2 e éd., Paris 1993, 183-185.

Моменат престанка важења уговорне норме одређује или виша општа норма или уговор.⁴⁰ Опште норме ЗОО везују моменат у коме уговор престаје да важи за две групе случајева. У прву могу да се уврсте догађаји и то: околност која има за последицу апсолутну, трајну и потпуну немогућност испуњења обавезе; непридвиђена околност због које је извршење обавезе постало отежано или је немогуће остварити сврху уговора услед чега суд може да изрекне раскид уговора; смрт једне стране у уговорима у којима је извршење обавезе било везано за њена лична својства. У другу групу спадају случајеви престанка уговора на основу изјаве и то: изјаве једне стране о раскиду због тога што друга страна није извршила своју обавезу у знатном делу и изјаве једне стране о отказу. Уговор престаје да важи и на основу уговором предвиђеног будућег извесног догађаја, фиксираним за датум или за период (завршни, раскидни рок) или неизвесног догађаја (раскидни услов), то јест неке околности која може бити или независна од воље или вољна радња односно пропуштање. Напослетку, уговорна норма губи обавезну снагу и када буде укинута посебном накнадном сагласношћу уговорних страна (*mutuus disensus*).

2. Ефикасност (делотворност) уговора и пресуда

Поред важења, својство сваке правне норме је ефикасност односно делотворност. Ефикасност подразумева да се правни субјекти понашају у складу са садржајем норме.⁴¹ У супротном, понашање противречи норми.

За правну норму кажемо да је ефикасна када се њена диспозиција извршава.⁴² Полазећи од тога, можемо рећи да је уговорна норма делотворна када је уговорници извршавају, то јест када примењују нормативни садржај који је настао закључењем уговора.⁴³ Извршењем уговора обавезе треба да се реализују.

Судија се сусреће са проблемом ефикасности уговора када се појави спор око извршења, који претпоставља да један уговорник избегава да се понаша у складу са дужности да изврши обавезу (ЗОО, чл. 17 ст. 1). Редовно та дужност се реализује добровољно. Свака страна испуњава обавезе савесно и у свему како гласи (ЗОО, чл. 262 ст. 2) и такво извршење

40 Н. Kelsen, 51.

41 И. Висковић, 202.

42 Р. Васић, М. Јовановић, Г. Дајовић, 317.

43 Yves Lequette, „Préface“, Oliver Penin, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat*, Paris 2012, VII.

не изазива спорове. Међутим конфликти настају, на првом месту, јер једна страна неће да предузме радње које представљају испуњење обавезе. У том случају, друга страна, која претендује да је настало њено право на тужбу суду у формалном смислу, може у парничном поступку исходovati пресуду у којој ће судија изрећи санкцију по којој треба да се понаша страна која је прекршила уговорну норму.⁴⁴

Може се десити да се у стадијуму извршења уговора, уз спор који настане због избегавања испуњења обавезе, појави и спор о смислу и до-машају уговорне норме. Тада се отвара питање тумачења уговора. Тумачење је ствар судије, осим ако није поверено неком трећем лицу, у ком случају стране не могу покренути спор пред судом или другим надлежним органом (ЗОО, чл. 102). У том контексту утврђивање смисла и до-машаја уговорних одредаба, истраживање заједничке намере уговорних страна и одређивање садржаја уговора применом објективних критеријума – начела облигационог права утврђеним у ЗОО – спада у функцију судије која омогућава да се уговорна обавеза сигурно оствари.⁴⁵

У истом реду стоји и овлашћење судије да уреди споредне тачке када су уговорне стране након вођених преговора закључиле уговор постизањем сагласности о објективно битним елементима за постојање уговора, док су споредне тачке оставиле за доцније, за накнадне преговоре. Ако не постигну сагласност у преговорима, свака страна се може обратити судији са захтевом да уреди споредне тачке (ЗОО, чл. 32 ст. 2). Функција судије у овом случају је да пресудом употпуни уговор тачкама које недостају.⁴⁶

У теорији постоји снажно настојање да се улога судије у употпуњавању уговора прошири и изван ове законом уређене ситуације. Реч је о томе да се улога судије протегне на попуњавање празнина у уговору, када сам уговор нема норму која садржи правно решење за спорну ситуацију, а решење не произлази из неке више, опште норме. Као што попуњавајући неку правну празнину ствара нову норму,⁴⁷ тако попуњавајући празнину уговора судија путем пресуде проширује уговор једном одредбом

44 Живомир Ђорђевић, Владан Станковић, *Облигационо право*, Београд 1987, 599. Упор. Р. Лукић, 101.

45 Упор. Laurent Aynès, „Le juge et le contrat: nouveaux rôles“, *Revue des contrats*, 2016/hors –série, 14.

46 М. Орлић, *Закључење уговора*, Београд 1993, 268.

47 Р. Васић, М. Јовановић, Г. Дајовић, 367.

која пре тога није постојала, имајући на уму хипотетичку вољу уговорних страна.⁴⁸

Између функција судије да испитује важење уговорне норме и да обезбеђује ефикасност уговора постоји једна битна разлика. У обављању прве функције суд дела као продужена рука правног поретка која чува хијерархију његових елемента у складном односу, уклањајући уговоре који су у погледу начина настанка и предмета уређења неусклађени са законом, као и уговоре чије дејство је престало. У обављању друге судија поступа као продужена рука самог уговора и има улогу која је повезана са остваривањем интереса стране чије право је повређено неизвршењем обавезе другог уговорника.⁴⁹

3. Праведност уговора и пресуда

Треће својство правне норме је праведност. Оно означава да је норма у складу са начелом праведности и односи се на садржину норме.⁵⁰ Поводом садржине уговорне норме може се појавити неколико врста спорова. Они су карактеристични по томе што их једна страна оцењује да је њена обавеза несразмерно висока, претерано велика или неправична и због тога покреће спор за измену уговора.

До доношења ЗОО могућност судије да интервенише у уговор тако што би изменио његову садржину није постојала према правилима која су примењивана у решавању спорова из грађанскоправних уговора. Таква интервенција била је предвиђена само у Општим узансама за промет робом од 1954. године код уговора у привреди којима се обавља промет робе и пружају трговинске услуге, када је несразмера у уговорним обавезама („претерано отежано извршење обавезе“ и „претерано велики губитак“) наступила због промењених околности.⁵¹

ЗОО је одредио да се судија може умешати у сваки уговор и пресудом изменити уговорне одредбе због несразмере која је постојала већ у моменту закључења уговора. Тако, суд може удовољити захтеву оштећене стране у зеленашком уговору да се њена обавеза смањи на правичан износ тако што ће донети пресуду која ће заменити одговарајућу одредбу

48 У том смислу В. Водинелић, 184.

49 Упор. Обрен Станковић, Владимир Водинелић, *Увод у грађанско право*, 6. издање, Београд 2007, 227.

50 Н. Висковић, 202.

51 Опште узансе за промет робом, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 15/1954, уз. 55.

уговора (ЗОО, чл. 141). Смањење висине обавезе на захтев дужника могуће је код споредних уговора, капаре и уговорне казне. Када је капара претерано велика судија може мериторном одлуком да је смањи (ЗОО, чл. 80 ст. 3). На исти начин судија може да поступи када дужник тражи смањење уговорне казну јер оцењује да је несразмерно висока у односу на вредност и значај предмета обавезе (ЗОО, чл. 274).

Интервенција у садржину уговора у стадијуму извршења која је код уговора у привреди била предвиђена у Општим узансама, после доношења ЗОО проширена је на све уговоре. Услов је да су после закључења уговора наступиле одређене околности које су утицале на испуњење обавезе једне стране тако да је постало отежано или се више не може остварити сврха уговора, у тој мери да уговор не одговара очекивањима уговорних страна и да је неправично према општем мишљењу да остане на снази такав какав је (ЗОО, чл. 133). Страна која је погођена деловањем промењених околности може тужбом тражити од судије да утврди да уговор не може да остане на снази такав какав је и да на основу тога изведе једну од две консеквенце: да донесе пресуду којом раскида уговор или пресуду којом ће изменити његову садржину, а уговор са изменама оставити на снази. Ту другу последицу, измену уговора, судија може да изрекне, ако поводом тужбе стране која је погођена променом околности друга страна пристане на измену или предложи измену.

IV Закључак

Уговор и пресуда су два појединачна правна акта која стварају појединачне правне норме и два различита и супротстављена начина уређивања друштвених односа. И поред тога што се супротстављени пресуда и уговор се не искључују и сусрећу се у споровима у вези са уговором.

Закон о облигационим односима истиче да су функције судије према уговору да пази на непуноважност уговора и под одређеним претпоставкама, да измени садржину уговора. Нормалне функције судије су да омогући да се уговорне обавезе сигурно остваре и да утврђује спорни смисао и домашај уговора.

На основу анализе ових функција у српском праву закључује се о следећим односима између уговора и пресуде: 1) пресудом се у служби правног поретка одлучује о (не)важењу уговорне норме због тога што није у складу са захтевима који су законом постављени у погледу начина настанака и предмета регулисања; 2) пресудом се обезбеђујује ефикасност (делотворност) уговорне норме, ради заштите интереса уговорних стра-

на; 3) пресудом се мења садржина уговорне норме, у сврху усклађивања са начелом праведности.

Marko Đurđević, PhD

Associate Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

CONTRACT AND JUDGEMENT

Summary

Contract and judgment are two individual legal acts creating individual legal norms. They represent two different ways of regulating social relations. Contract and judgment are faced when judge has to deal with the case involving contracts. It can be noticed that norms of general part of the Law on Contracts and Torts regulating contracts define several functions belonging to judge in relation to contracts. The aim of this paper is to determine connection between these functions and contracts as legal norms.

For that purpose two types of rules are analyzed. On the one hand, the study focuses on invalid contracts provisions that emphasize judge ex officio duty to pay due attention on contract nullity, and on the other hand, on provisions that authorize judge to perform modification of contracts, under certain conditions. The analysis also involves the functions that judge is normally entitled to, such as interpretation of disputed contract's norms, and deciding on legal claim. The paper shows that these functions are attached to one of three features of contract's norm: validity, efficiency or equity.

Key words: *individual legal act, contract, judgment, validity of contract, performance of contract, interpretation of contract, content of contract.*