

Снежана Дабић, мастер*

О ДЕЈСТВИМА МОДИФИКАЦИЈЕ УГОВОРА ОДЛОЖНИМ УСЛОВОМ**

Погрешним нормирањем појма услова, законодавац је начинио озбиљну омашку услед које се битно другачије објашњава природа дејства остварења услова на уговор чији је модалитет. Питање којим се аутор бави у уводном делу рада јесте: да ли је услов елемент неопходан за настанак уговора или је његов значај другачији? Уколико одложни услов утиче само на дејства уговора, да ли његово остварење има ex tunc или ex nunc дејство? Опредељивање правног система за ретроактивност (или њено одсуство) има значајне последице на правни положај уговорних страна, али и трећих лица уколико је дошло до располагања условним правом у фази неизвесности. Ово питање није јединствено решено у упоредном праву. ЗОО се, начелно, опредељује за ретроактивност. Централни задатак овог рада јесте утврђивање домета такве ретроактивности. Аутор се критички осврће на постојећа законска решења, као и укореења схватања теорије.

Кључне речи: *Модификација уговора. – Ретроактивност. – Вишеструко располагање условним правом. – Предбележба.*

1. ПОЈАМ УСЛОВА

Услов као модификација правног посла се, најчешће, дефинише као „модалитет који погађа ефикасност једног уговора“,¹ околност од чијег остварења „зависе дејства правног посла“,² „настанак или престанак неког права“.³

* Ауторка је асистенткиња на Правном факултету Универзитета у Београду, snezana.dabic@ius.bg.ac.rs.

** Чланак представља резултат рада на пројекту Правног факултета под називом „Развој правног система Србије и хармонизација са правом Европске уније/ правни, економски, политички и социолошки аспект“.

¹ Bertrand Fages, *Droit des obligations*, Paris 2011, 147.

Закон о облигационим односима услов дефинише нешто другачије. У чл. 74, ст. 1, наводи се да је уговор закључен под условом ако „његов *настанак* или *престанак* зависи од неизвесне чињенице“. Рађа се питање: да ли остварење одложног услова представља елемент који недостаје чињеничном скупу неопходном за *настанак* уговора или је он већ настао, а услов само одгађа његова дејства?

Језичко тумачење упућује на закључак да тек остварењем услова настаје уговор. Тако схваћен, уговор би своје ефекте, најраније, могао да производи од остварења услова, не и ретроактивно. Тиме се у зависност од наступања будуће и неизвесне околности доводи сама егзистенција уговора.⁴ На овај начин, не може бити ни речи о услову као *модалитету* уговора, јер уговора нема све док се услов не оствари. И ако се оствари, настаје једноставан, а не модификовани уговор. Услову је тиме погрешно подигнут на ниво битног елемента без ког посла нема.

Наш законодавац није једини који прави овакву грешку. И швајцарски Законик о облигацијама, у чл. 151, предвиђа да је уговор условљен када *настанак* обавезе зависи од наступања неизвесне околности. У теорији се појашњава да, упркос погрешној формулацији, услов погађа само *дејства* условљеног посла, не и његово постојање.⁵

Сличног су схватања и наши теоретичари,⁶ а спора нема ни у судској пракси.⁷ Услов, у правнотехничком смислу, јесте *модификација* правног посла, типичан *accidentalia negotii*⁸ без кога правни посао може да постоји.⁹ Њега треба разликовати од тзв. правних услова (*condition iuris*), претпоставки које правни посао мора испунити да би уопште настао, „јер такав услов не би имао никакву улогу коју

² Обрен Станковић, Владимир Водинелић, *Увод у грађанско право*, Београд 2007, 184; Богдан Лоза, *Коментар Закона о облигационим односима I* (ур. Борислав Благојевић, Врлета Круљ), Београд 1983, 265.

³ Андрија Гамс, Љиљана Ђуровић, *Увод у грађанско право*, Београд 1990, 184; Henri, Léon et Jean Mazeaud, *Leçons de droit civil*, I, Paris 1965, 273.

⁴ О. Станковић, В. Водинелић, 185, фн. 439.

⁵ Luc Thévenoz, Franz Werro (eds), *Code des obligations I: commentaire*, Geneve/Bâle/Munich 2012, 831.

⁶ О. Станковић, В. Водинелић, 185, фн. 439; Б. Лоза, I, 267.

⁷ Пресуда ВСС Рев. 3968/93 од 9.11.1993, *Билтен судске праксе ВСС*, Београд 3/1993, 52–54. Пресуда ВСВ Рев. 320/88 од 20.4.1988, *Судска пракса*, Београд 1/1989, 52–53.

⁸ Мартин Ведриш, Петар Кларић, *Грађанско право – опћи дио, стварно право, обвезно и наслеђено право*, Загреб 2009, 114.

⁹ Philippe Malaurie, Laurent Aynes, Philippe Stoffel-Munck, *Les obligations*, Paris 2013, 641.

не врши већ сам пропис¹⁰. Његово остварење или неостварење утиче само на *дејства* посла. Чини се да у прилог овом становишту говори и други став члана 74 ЗОО. Регулишући дејство остварења услова на уговор, законодавац предвиђа да уговор делује *од његовог закључења, осим ако из закона, природе посла или воље страна не проистиче нешто друго*. Предвиђањем могућности ретроактивног дејства, стиче се утисак да он ипак разликује моменат закључења уговора од момента остварења услова. Да је остварење услова неопходно за настанак уговора, не би било места ретроактивности, ни законској, ни вољној, јер она подразумева постојање неког момента у прошлости за који се везује.

2. ВРЕМЕ ПЕНДЕНЦИЈЕ

Фаза неизвесности (*pendente conditione*) је фаза која почиње склапањем уговора и траје све док се услов не испуни или изјалови.¹¹ Уобичајено се говори да у овом „лебдећем стању“,¹² „стању неизвесности“,¹³ одложни услов „паралише“ дејства уговора. Стога се он посматра као услов *par excellence*. Ипак, да ли таква правна веза *in statu nascendi* производи макар каква правна дејства?¹⁴

С једне стране, поверилац не може да захтева испуњење свог потраживања;¹⁵ иако уговор настаје, дужник још увек није обавезан, те нема основа за извршење, ни добровољно ни принудно;¹⁶ право и даље припада преносиоцу.

Опште је прихваћено схватање да дужник плаћа недуговано уколико обавезу изврши у фази пенденције, по чему се услов разликује од рока.¹⁷ ЗОО, у делу у коме регулише услове, такву одредбу не

¹⁰ Владимир Водинелић, *Грађанско право: увод у грађанско право и општи део грађанског права*, Београд 2012, 437.

¹¹ М. Ведриш, П. Кларић, 119.

¹² Драгољуб Стојановић, *Коментар ЗОО I* (ур. С. Перовић, Д. Стојановић), Крагујевац 1980, 298.

¹³ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Capetown/Wetton/Johannesburg 1990, 723.

¹⁴ *Ibid*, 717.

¹⁵ Радмила Ковачевић Куштримовић, Мирослав Лазич, *Увод у грађанско право*, Ниш 2008, 255; L. Thévenoz, Fr. Werro, 832.

¹⁶ Jacques Flour, Jean-Luc Aubert, Éric Savaux, *Les obligations – 3. Le rapport d'obligation*, Paris 2013, 275; Живомир Ђорђевић, Владан Станковић, *Облигационо право*, Београд 1987, 541–542.

¹⁷ О. Станковић, В. Водинелић, 187, фн. 441; François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, *Droit civil: Les obligations*, Paris 2013, 1275; J. Flour, J. L. Aubert, É.

садржи. Имајући на уму опште одредбе о стицању без основа, чини се да ће се, најчешће, закључити супротно. Наиме, и ако се прихвати да, до испуњења услова, основа за извршење обавезе нема, чл. 211 ЗОО негира право на повраћај ономе који је платио знајући да није дужан.¹⁸ Право да захтева враћање има само онај дужник који је био у заблуди – у уверењу да обавеза није условљена¹⁹ или „у уверењу да је услов испуњен“.²⁰ Уколико то није случај, требало би узети да је од три ствари једна: да је дошло до одрицања од услова,²¹ у ком случају уговор постаје једноставан; да је и само извршење обавезе условно, у ком случају се враћање може захтевати само ако се услов изјалови;²² или, пак, да се ради о поклону или извршењу неке друге обавезе. У сваком случају, уколико би дужник захтевао враћање, односно враћање пре осујећења услова, таквом би се захтеву могао истаћи приговор противречног понашања (*venire contra factum proprium*).²³

С друге стране, условна трансакција није створила правно „ништа“.²⁴ Прецизније је, стога, рећи да услов „паралише“ главна дејства посла. Стране су, већ од момента закључења, везане уговором и не могу се једнострано повући.²⁵ Дужник још увек не мора да изврши своју обавезу, али се не сме понашати као да посла нема.²⁶

Savaux, 275; P. Malaurie, L. Aynes, P. Stoffel-Munck, 695; Ж. Ђорђевић, *Коментар ЗОО I* (ур. С. Перовић, Д. Стојановић), 635.

¹⁸ Осим уколико је задржао право да тражи враћање или је платио да би избегао принуду; Изменама хрватског Закона о обвезним односима, *Народне новине*, бр. 35/05, 41/08 и 125/11, вратило се на решење које је предвиђао §1434 ОГЗ, те се према чл. 1112 враћање може тражити иако исплата дуга зависи од испуњења услова.

¹⁹ L. Thévenoz, F. Werro, 840.

²⁰ Ж. Ђорђевић, В. Станковић, 541–542; Ж. Ђорђевић, 635.

²¹ Могућност одрицања од услова наше право изричито не предвиђа. Ипак, добровољно извршење обавезе и прихватање таквог извршења требало би сматрати прећутном изменом уговора. Тада, међутим, нема места кодикцији, јер основ постоји.

Одрицање се изричито не регулише ни у ФГЗ-у, али је оно широко прихваћено у теорији. F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, 1275, фн. 2, 1277; J. Flour, J. L. Aubert, É. Savaux, 277; P. Malaurie, L. Aynes, P. Stoffel-Munck, 695; L. Thévenoz, F. Werro, 832–833; Вид. и чл. 158 Преднацрта реформе облигационог права. – *Avant-projet de réforme du droit des obligations*, текст од 23.10.2013, <http://www.argusdelassurance.com/mediatheque/5/3/6/000023635.pdf>, 12.6.2014.

²² L. Thévenoz, F. Werro, 840.

²³ Јаков Радишић, *Облигационо право*, Београд 1993, 319.

²⁴ М. Ведриш, П. Кларић, 119; R. Zimmermann, 725.

²⁵ О Станковић, В. Водинелић, 187; Д. Стојановић, I, 298; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, 1275; В. Fages, 150; L. Thévenoz, F. Werro, 832.

²⁶ М. Ведриш, П. Кларић, 120.

Будући да је ималац, правом може и располагати.²⁷ Поверилац има само „клицу права“,²⁸ „право у зачетку“;²⁹ „у настајању“,³⁰ које се можда никада неће у *потпуности* реализовати.³¹ Неки аутори говоре и о „евентуалном праву“ повериоца.³² Условно право је, ипак, нешто више од евентуалног права. Код евентуалног права, права још увек нема, ни у зачетку. Оно не зависи само од остварења услова, акцесорног елемента, већ од елемената који су неопходни да би уопште настало. Стога, евентуално право никада не може имати ретроактивно дејство.³³ За разлику од њега, условно право *постоји*, производи одређена дејства и не представља само просту „правну наду“ да ће се имати право у будућности.³⁴ Такво условно право даје повериоцу, првенствено, могућност да предузима радње ради очувања права.³⁵ Поред тога, оно се може отуђити и наследити, али је судбина оваквих располагања неизвесна.³⁶

3. ОСТВАРЕЊЕ ОДЛОЖНОГ УСЛОВА

Услов је испуњен ако се оствари будућа, неизвесна чињеница и то „онако како је одређена, у противном се не остварује“.³⁷ Изузетак постоји само онда када има места примени фикције остварења услова.³⁸ Чињеница остварења зависи од врсте услова. У вези с тим, посебан проблем представља случај када је услов одређен као одложни негативни или одложни, негативни и потестативни.³⁹ Уколико рок за остварење није одређен, фаза пенденције престаје тек смрћу

²⁷ О. Станковић, В. Водинелић, 187.

²⁸ Р. Ковачевић Куштримовић, М. Лазић, 256.

²⁹ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, 1274.

³⁰ Д. Стојановић, I, 298; P. Malaurie, L. Aynes, P. Stoffel-Munck, 695.

³¹ J. Flour, J. L. Aubert, É. Savaux, 275.

³² H, L. et J. Mazeaud, 274.

³³ J. Flour, J. L. Aubert, É. Savaux, 281.

³⁴ Alexandre Thiercelin, *Conditions, conditionnels, droit conditionnels: L'articulation du jeune Leibniz (I^{ère} partie)*, 2009, 33, <http://www.jstor.org>, 29.4.2014.

³⁵ Чл. 76 Закона о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93. Има схватања да право повериоца, упркос ретроактивности, не може да застари. Како још није у могућности да захтева извршење, поверилац не може бити доведен у позицију да му право због тога застари. J. Flour, J.L. Aubert, É. Savaux, 275.

³⁶ Д. Стојановић, I, 298; О. Станковић, В. Водинелић, 188.

³⁷ В. Водинелић, 437.

³⁸ Чл. 74, ст. 4 ЗОО.

³⁹ На пример, Продају ти кућу уколико не одеш у иностранство; R. Zimmermann, 722–723.

повериоца, јер би тек тада било извесно да је услов, онако како је постављен, заиста остварен. Условном повериоцу се тако никада не би пружила могућност да доживи њихово остварење. ЗОО не пружа решење за постављени проблем, али је у теорији одавно изграђено правило по коме се одложни негативни услов има сматрати позитивним раскидним.⁴⁰ Ово правило је изричито нормирано чл. 123, ст. 2 ЗОН. Претпоставља се да је решење преузето из НГЗ који проблем поставља нешто шире. Према §2075, не само да се негативни одложни услов сматра позитивним раскидним, већ се аналогно правило примењује и у случају позитивних потестативних услова, који условно одређеног наследника обавезују да неодређени период извршава одређену радњу. У сумњи се узима да такав позитивни потестативни услов не представља одложни, већ раскидни услов, који се остварује оног момента када наследник пропусти да изврши предвиђену радњу.

Испуњење услова значи крај пенденције.⁴¹ Иницијална неизвесност престаје, те посао коначно производи дејства због којих је предузет. Међутим, за који се тренутак везује почетак дејстава уговора – тренутак остварења услова, закључења уговора или долази у обзир и неки сасвим други моменат?

3.1. Принцип ретроактивности и њени домети

Предвиђање ретроактивног дејства или његовог одсуства носи значајне последице. Оно ни у упоредном праву није јединствено регулисано. Ипак, упркос томе што иницијално полазе са супротних положаја, правни системи, чија ће решења бити изложена, суштински се битно не разликују: било да су се определила за *ex tunc* или *ex nunc* дејство, бројна одступања доводе до њиховог значајног приближавања.

Доследно спроведено, начело ретроактивности доводи у питање све послове који су предузети у фази неизвесности; у апсолутном виду, оно би значило да је преносилац дужан да преда све користи од употребе ствари; преносилац би имао право да захтева накнаду за учињене трошкове; коначно, ризик случајне пропасти ствари би, у складу с правилом *res perit domino*, лежао на оном лицу које се у релевантном тренутку сматра власником.⁴² Ипак, да ли је то прави домаћај ретроактивности?

⁴⁰ М. Ведриш, П. Кларић, 122.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Обрен Станковић, „Модификације правних послова (услов, рок, налог)“, *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада*, II, Београд 1978, 1079.

3.1.1. Упоредно право и правна теорија

Француски грађански законик оптира за повратно дејство уговора и то од дана закључења уговора.⁴³ Када услов наступи, узима се као да никада није ни био постављен, те да је поверилац стекао право самим закључењем уговора.⁴⁴ Имајући на уму транслативно дејство уговора, ретроактивност има нарочито значајне последице у погледу преноса права својине.⁴⁵ Како се стицалац сматра власником од тренутка закључења уговора, сва располагања која је, у фази неизвесности, чинио, консолидују се, док располагања преносиоца ретроактивно губе основ.⁴⁶

Ретроактивност се у француској теорији правда логичким, моралним и практичким разлозима.⁴⁷ Имајући на уму да се једино дејства посла „паралишу“, док су сви елементи уговора испуњени у тренутку његовог закључења, чини се потпуно логичним да се, остварењем услова, обавезе протежу од закључења. Даље, како остају без основа сва располагања која је дужник предузео до остварења услова, обезбеђује се озбиљна заштита интересима повериоца. Коначно, предност ретроактивности је и у томе што сва дејства уговора везује за један тренутак.⁴⁸

Принцип ретроактивности се, међутим, ни у француском праву, никада није примењивао без ограничења, због чега се често посматра као чиста правна фикција.⁴⁹ Неке изузетке предвиђа и сам ФГЗ, док је неке креирала француска теорија и пракса. Тако, законик изричито предвиђа да ризик случајне пропасти ствари остаје на продавцу и у случају да се услов касније оствари.⁵⁰ Сматра се да ретроактивност није императивни режим, те од њега стране могу одступити;⁵¹ плодови припадају ономе ко се сматрао власником у фази пенденције, а не дугује се ни корист од употребе ствари;⁵² коначно, ретроактивности

⁴³ Чл 1179 ФГЗ.

⁴⁴ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, 1275; J. Flour, J. L. Aubert, É. Savaux, 279.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ H, L. et J. Mazeaud, 274.

⁴⁷ John Cartwright, Stefan Vogenauer, Simon Whittaker (editors), *Reforming the French Law of Obligations – Comparative Reflections on the Avant-projet de reforme du droit des obligations et de la prescription („the Avant-projet Catala“)*, Oregon, 2009, 597.

⁴⁸ J. Flour, J. L. Aubert, É. Savaux, 280.

⁴⁹ *Ibid.*; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, 1278.

⁵⁰ Чл. 1182, ст. 1 ФГЗ.

⁵¹ P. Malaurie, L. Aynes, P. Stoffel-Munck, 694; J. Flour, J. L. Aubert, É. Savaux, 280.

⁵² F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, 1280.

измичу и акти управљања. Све ово доприноси томе да се она схвати пре као „технички метод“, него апсолутни императив.⁵³

Ретроактивности се приклања и италијански законодавац.⁵⁴ У фази неизвесности се може располагати условним правом, али је такво располагање, по самом закону, зависно од остварења услова.⁵⁵ Одступања су, међутим, бројна: правило је диспозитивне природе; сама природа посла може налагати одступање; ретроактивност се не односи на акте управљања;⁵⁶ коначно, повратном дејству измичу и плодови, за које је релевантан тренутак остварења услова, осим ако из закона или воље страна не произлази другачије.⁵⁷

Оно што се истиче као најозбиљнија мана ретроактивности огледа се у опасности коју она „рађа“ за трећа лица. Чињеница да послови које су они закључивали са преносиоцем или стицаоцем условног права могу да изгубе правни основ, чак и када о модификацији нису имали никакву свест, умногоме чини њихову правну позицију незавидном. То је разлог зашто је многа модерна законодавства напуштају. Тенденција је и у француском праву да се положај трећих лица ојача.⁵⁸ И Нацрт реформе режима облигација и квазиконтракта⁵⁹ и Преднацрт реформе облигационог права⁶⁰ предвиђају да условна обавеза доспева и производи дејства тек реализацијом услова, уз могућност другачијег уговарања.

Од великих правних система који су се определили за *ex tunc* дејство треба поменути швајцарско и немачко право. Према чл. 151, ст. 2 швајцарског Законика о облигацијама, уговор производи дејства тек од тренутка остварења услова. Правило није императивног карактера, а осим вољног, постоје и законска одступања. Уколико је ствар повериоцу била предата пре остварења услова, он може, ако се услов

⁵³ *Ibid*, 1279.

⁵⁴ Чл. 1360, ст. 1 ИГЗ.

⁵⁵ Чл. 1357 ИГЗ.

⁵⁶ Чл. 1361 ИГЗ.

⁵⁷ Чл. 1361, ст. 2 ИГЗ.

⁵⁸ Тако, код непокретности, дозвољава се упис условног стицања права, док се право својине на покретним стварима може стећи одржајем. Чл. 2276 ФГЗ; Н, L. et J. Mazeaud, 274.

⁵⁹ Чл. 2, ст. 1 *Projet de reforme du regime des obligations et des quasi contrats*, нацрт који је припремило Министарство правде и слободе Француске, http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/avant_projet_regime_obligations.pdf, 15.6.2014.

⁶⁰ Уколико стране предвиде ретроактивно дејство, до остварења услова ризик је на дужнику, плодови припадају њему, а предузети акти управљања не губе свој основ. Чл. 160 Преднацрта реформе облигационог права – *Avant-projet de reforme du droit des obligations*, текст од 23.10.2013, <http://www.argusdelassurance.com/mediatheque/5/3/6/000023635.pdf>, 12.6.2014.

оствари, задржати користи које је ствар дала у фази неизвесности.⁶¹ Дужан је да их врати само ако се услов осујети. Тиме се не дира у опште правило о сношењу ризика за случајну пропаст ствари.⁶² Законик предвиђа ништавост свих аката располагања предузетих пре остварења услова уколико би угрозили остварење условног права.⁶³ Коначно, сматра се да цесус може истаћи цесионару приговор пребијања потраживања које има према цеденту, уколико је то потраживање било условно у тренутку када је дошло до цесије, али се одложни услов остварио, те потраживање доспело, пре него што је доспело цедирано потраживање.⁶⁴

Слично је и решење Немачког грађанског законика. Мада је принцип *ex tunc* дејство уговора, дозвољено је вољно одступање.⁶⁵ Заштиту повериоцу закон пружа предвиђајући да свако располагање, предузето у фази неизвесности од стране преносиоца, остаје без дејства уколико дође до остварења услова, у мери у којој угрожава или онемогућује права условног стицаоца;⁶⁶ друго, ако се услов оствари, поверилац има право на накнаду штете, уколико је дужник, за време пенденције, скривио угрожавање или онемогућавање остварења права повериоца за случај наступања услова.⁶⁷

3.1.2. Наше право и правна теорија

ЗОО се начелно опредељује за ретроактивност. Чл. 74, ст. 2 ЗОО предвиђа да, ако се одложни услов оствари, уговор делује од његовог закључења. Другим речима, модификовани правни посао, наступањем услова, своје ефекте простире од момента закључења уговора, а не од момента остварења услова.

Ретроактивност, ни у нашем праву, није императивни режим. Могуће је да сам закон, природа посла или воља страна предвиде другачије. Има схватања да се ту мисли на тренутак остварења усло-

⁶¹ Чл. 153, ст. 1 ШЗО.

⁶² Чл. 185, ст. 3 изричито предвиђа да ризик не прелази на купца. Изузетак је продаја са задржавањем права својине. L. Thévenoz, F. Werro, 843 и 1016.

⁶³ Чл. 152, ст. 3 ШЗО; Сматра се да се обим овог изузетка односи, првенствено, на располагања потраживањима. Једноставна (безусловна) цесија, закључена након закључења условљене цесије, спречила би условљену цесију да произведе своја дејства. Да би се предупредиле такве ситуације, води се рачуна о временском рангирању цесија. Када је реч о располагањима стварним правима на покретним стварима, она остају пуноважна када је савесни стицалац стекао државину. *Ibid*, 841.

⁶⁴ *Ibid*, 833.

⁶⁵ Чл. 158–159 НГЗ.

⁶⁶ Чл. 161 НГЗ.

⁶⁷ Чл. 160 НГЗ.

ва. „Неки други моменат почетка дејства закљученог уговора тешко да би дошао у обзир.“⁶⁸ Мада ће се ретко сретати, таква могућност, теоријски, није искључена. Ако закон дозвољава могућност потпуног одступања, требало би сматрати да је дозвољено и временско, али и предметно ограничавање ретроактивности.⁶⁹ Остаје недоумица до ког тренутка стране могу овакву могућност искористити.⁷⁰ Чини се несумњивим да је то могуће учинити приликом закључења уговора. Свака каснија уговарања представљала би измену уговора.

У теорији се, када су у питању акти располагања које су стране чиниле за време пенденције, готово једногласно истиче да, остварењем услова, преносиочева располагања „падају“, сматра се као да их није ни било, док се располагања стицаоца консолидују и постају коначна.⁷¹ Опште је прихваћен став да су ова каснија располагања и сама условна.⁷² Аутори, међутим, не образлажу шта представља основ оваквом ставу. Очигледно се пошло од идеје заштите повериоца. Неизвесност коју услов, по својој природи, носи, повериоца доводи у једну врло незавидну позицију. Он не зна да ли ће се услов икада остварити, а све и да се оствари, остварењу његовог права могу се испречити располагања која је дужник чинио за време пенденције.

Ипак, да би се одређени правни посао сматрао условним, таква зависност би морала произлазити било из закона, било из воље страна.⁷³ ЗОО се, у скромном броју одредаба, не бави судбином каснијих располагања. Сама чињеница да предвиђа ретроактивно дејство може једино да значи да се тада узима као да је уговор од свог закључења био једноставан, не и да су сва каснија располагања, по сили закона, условна. Ако бисмо могли рећи да ЗОО не даје основ да се каснија располагања сматрају условним, само зато што прет-

⁶⁸ Б. Лоза, I, 267.

⁶⁹ Временско ограничавање би постојало онда када стране предвиде да ће уговор производити дејства од неког момента који се десио након закључења уговора, али пре остварења услова. Са друге стране, могуће је да стране предвиде само предметно ограничење ретроактивности, нпр. одредивши да се она неће односити на плодове, или терет сношења ризика.

⁷⁰ До момента закључења уговора или остварења услова? Нарочито, да ли је могуће одступити након остварења услова? J. Flour, J. L. Aubert, É. Savaux, 279.

⁷¹ О. Станковић, В. Водинелић, 188; Р. Ковачевић Куштримовић, М. Лазих, 256; Д. Стојановић, I, 298.

⁷² М. Ведриш, П. Кларић, 121; О. Станковић, В. Водинелић, 187–188; R. Zimmermann, 724.

⁷³ Има аутора који истичу да је за услов карактеристично да је то одредба коју после могу додати *само* субјекти. „Кад би се увјет код одређеног правног посла одређивао прописом у том смислу да се он *мора* додати правном послу, у истом тренутку би таква одредба престала постојати као увјет и претворила би се у претпоставку.“ М. Ведриш, П. Кларић, 115.

ходна то јесу, њихова условљеност би једино могла да произлази из воље страна. При чему се, наравно, мисли на вољу уговорних страна из тог каснијег уговора. Ако изричите условљености нема, треба водити рачуна о савесности трећих лица. Уколико су трећа лица *несавесна*, уколико су знала или могла знати за раније закључен условни уговор, они пристају на ризик, односно на неизвесност своје правне позиције. Њихова свест, или могућност свести о ранијим условним располагањима, прећутно, модификује и тај каснији уговор. С тим што се услов, у овом каснијем располагању, остварује онда када се услов из ранијег располагања осујети.

Шта је, међутим, с правном позицијом трећих *савесних* лица? Упркос увреженом схватању да су *сва* каснија располагања условна, закон не даје потпору оваквом ставу. Имајући у виду савесност трећег, ни воља није извор такве условљености. Једино што, логично, преостаје да се закључи јесте да су каснија располагања *безусловна*. Конкуренцију више основа за стицање права, у том случају, треба решавати на исти начин на који се то решава када нису у питању условни уговори. Томе у прилог говоре, нарочито, разлози правичности и једнаког поступања. Зашто би се са два готово истоветна чињенична скупа, која се односе на проблем вишеструког располагања истим правом, поступало на различите начине само зато што се, у једном од њих, раније располагање модификује условом? Двоструки аршини умногоне би уздрмали позицију трећег савесног лица. Међутим, да ли ће, остварењем услова, стицалац бити условни поверилац или треће лице, умногоне зависи од усвојеног решења стицања права у једном правном систему.

3.1.2.1. Уступање потраживања

Када је право које се уступало, или покушало уступати више пута, облигационо право, треба применити посебне одредбе ЗОО о вишеструком уступању потраживања. Према чл. 439, ако је поверилац уступио исто потраживање разним лицима, потраживање припада пријемнику о коме је уступилац прво обавестио дужника, односно, који се први јавио дужнику.

Тумачење овакве одредбе, изазвало је бројне полемике. Има аутора који сматрају да је цесија перфектна самим закључењем уговора, те да, упркос формулацији поменутог члана, обавештење дужника није неопходан услов за стицање потраживања.⁷⁴ Оно има сасвим други смисао: омогућавање дужнику да се ослободи обавезе испуњењем примаоцу о којем га је уступилац прво обавестио, односно, који му се први јавио. Тиме се иде у корак са правилом *пето*

⁷⁴ Ж. Ђорђевић, В. Станковић, 620; Ј. Радишић, 418.

plus iuris и остварује конзистентност с општим правилом о уступању из чл 438.

С друге стране, има цивилиста који сматрају да је ЗОО обавештењу дао „врло јако дејство“, учинивши га „саставним делом цесије“.⁷⁵ Подигавши га на ниво неопходног услова, закон му признаје конститутивно дејство. Оно представља *modus acquirendi* стицања права. То значи да, без обзира на то „који је по реду куповине“,⁷⁶ ималац потраживања постаје онај о коме је дужник прво обавештен.

Опредељивање за први или други став, које у великој мери превазилази оквире овог рада, има своје последице и на решавање проблема кога смо се у овом раду дотакли. Наиме, у складу с првим схватањем, остварењем услова, које има ретроактивно дејство, ранији цесионар стиче право. У случају да је обавеза извршена неком каснијем цесионару, он би могао од овог захтевати да му преда све што је на име извршене обавезе примио, јер се неосновано обогатио.⁷⁷ У другом случају, упркос ретроактивном дејству услова, уколико би, у време пенденције, па и након остварења услова, условни цедент уступио своје потраживање неком другом лицу, потраживање би припало том каснијем цесионару, уколико би о њему дужник био прво обавештен.⁷⁸

3.1.2.2. Пренос стварних права на покретним стварима

Када је реч о стицању права својине на покретним стварима, предност у случају вишеструког располагања истим правом ЗОСПО даје оном стицаоцу коме је ствар прво предата.⁷⁹ Сматра се да се правило има примењивати само уколико је стицалац савестан.⁸⁰ У случају да је, након закљученог условног уговора, продавац закључио са трећим савесним лицем уговор о купопродаји, те се услов оства-

⁷⁵ Светислав Аранђеловић, *Коментар ЗОО I* (ур. Б. Благојевић, В. Круљ), 929.

⁷⁶ Ненад Тешић, *Pactum de cedendo: о продаји потраживања као бестелесних ствари*, докторска дисертација, Београд 2012, 398.

⁷⁷ Ж. Ђорђевић, В. Станковић, 622; В. Станковић, *Коментар ЗОО I* (ур. С. Перовић, Д. Стојановић), 994.

⁷⁸ ЗОО „ћути“ и у погледу питања да ли потраживање припада каснијем цесионару без обзира на његову савесност. Имајући на уму начело савесности и поштења, сматра се да би тај каснији цесионар морао да дела у доброј вери. Н. Тешић, 403.

⁷⁹ Чл. 35 Закона о основама својинскоправних односа – ЗОСПО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 6/80–189 и *Службени гласник РС*, бр. 115/05–10.

⁸⁰ Када треће лице зна за постојање ранијег уговора, њему се тај уговор може супротставити. Могућност супротстављања подразумева да је „уговор правна чињеница коју ниједан учесник у правном саобраћају не може игнорисати“. Марија Караникић, „Сукоб правних основа узастопних стицања исте непокретности“, *Правни живот* 10/2001, Београд, 479.

ри, стицалац права својине на истој индивидуално одређеној ствари, биће онај уговорник коме је ствар прво предата, без обзира на тренутак закључења уговора. Уколико је ствар прво предата трећем лицу, поверилац из раније закљученог условног уговора једино може захтевати од свог уговорника повраћај цене, ако ју је платио, као и накнаду штете због неизвршења уговора.

Имајући на уму да услов одлаже дејство уговора, предаја, најчешће, следи његовом остварењу. Изузетак постоји код уговора о продаји са задржавањем права својине (*pactum reservati dominii*),⁸¹ посебног модалитета уговора о купопродаји, код кога продавац задржава право својине и после предаје ствари, све док купац не исплати цену у потпуности.⁸² Његова правна природа јесте сложена. Има схватања да она „замењује заложно право“,⁸³ али се већина домаћих аутора приклања ставу по коме се његова природа објашњава помоћу услова.⁸⁴ Наиме, исплата цене јесте одложни услов стицања права својине, те га купац стиче *ipso facto*, моментом исплате, без посебне изјаве продавца.⁸⁵ До тог тренутка, купац има право да ствар држи, употребљава, прибира плодове,⁸⁶ а на њему је и ризик случајне пропасти ствари.⁸⁷ Он, међутим, нема све прерогативе власника, јер све док не исплати цену у потпуности, он право својине и нема.

Уговорна одредба о задржавању права својине покреће и питање дејства оваквог посла према трећим савесним лицима. Проблем се, међутим, ређе јавља када је правом својине располагао продавац. Упркос својој несавршености, државина ствари остварује публицитет који је потребан како би се сазнало за постојање права на

⁸¹ Чл. 540–541 ЗОО.

⁸² М. Ведриш, П. Кларић, 502.

⁸³ Алојзије Финжгар, *Коментар ЗОО II* (ур. Б. Благојевић, В. Круљ), 1379; О критици овог схватања: Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Стварно право*, Београд 1996, 69 и фн. 163; С. Перовић, *Облигационо право*, Београд 1990, 567–568.

⁸⁴ Чини се да се од тога одступа када се утврђује тренутак осујећења услова. И у теорији и у судској пракси се сматра да се услов осујетно онда када поверилац раскине уговор због неиспуњења. С. Перовић, *Коментар ЗОО II* (ур. С. Перовић, Д. Стојановић), 191; Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 10755/2010 од 11.8.2011 (*ParagrafLex*); Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1556/2002 од 21.8.2003, (*ParagrafLex*);

Треба, међутим, скренути пажњу да прави услов, услов у правно-техничком смислу, карактерише чињеница да производи своја дејства *ipso facto*, „de plein droit“, чим наступи или се осујети околност која га чини. Р. Malaurie, L. Aynes, P. Stoffel-Munck, 693; другим речима, саму неисплату цене у одређеном року треба сматрати осујећењем услова.

⁸⁵ О. Станковић, М. Орлић, 69 и фн. 163; С. Перовић, *Коментар ЗОО II*, 189.

⁸⁶ „Са купцем се поступа као са савесним држаоцем све до момента доцње.“ С. Перовић, *Коментар ЗОО II*, 190.

⁸⁷ Чл. 541. ЗОО.

одређеној ствари, те тешко да би трећа лица могла да се позивају на своју савесност. У сваком случају, све и да јесу савесна, уговор с првобитним купцем, исплатом цене, ретроактивно производи дејство од дана закључења, ствар је њему већ била предата, тако да трећи једино може да захтева повраћај онога што је, на име уговора, дао, као и накнаду штете због неиспуњења.

Када је реч о правној позицији купчевих повериоца, задржавање права својине има дејства према њима само уколико је учињено у облику јавно оверене исправе, и то пре стечаја купчевог или пре пленидбе ствари.⁸⁸

3.1.2.3. Пренос стварних права на непокретним стварима

У материји стицања права на непокретностима, чини се да је ствар, донекле, једноставнија. Проблем условног стицања права и његовог вишеструког располагања, умногоне је олакшан тиме што се о непокретностима и правима на њима воде јавне евиденције. Поред пуноважног основа, за стицање права на непокретностима је неопходно, у начелу, да се право упише у регистре непокретности.⁸⁹ Предаја ствари готово да нема никакав правни значај, али може водити стицању права одржајем.⁹⁰

Условно стицање права на непокретностима отвара важно питање: може ли се оно, као такво, уписати?

Мада је у ранијим прописима о томе постојала правна празнина,⁹¹ теорија је изградила став да је укњижба права под одложним условом недозвољена, али је могућа предбележба.⁹² Правни посао „још виси, а укњиблом се књижна права дефинитивно стичу, преносе, ограничавају и укидају.“⁹³ Ни сама изјава књижног претходника (*clausula intabulandi*) не сме бити „неодређена и нејасна, нити везана условом,⁹⁴ јер се то противи „бити саме укњиббе“.⁹⁵

⁸⁸ Чл. 540, ст. 2 ЗОО.

⁸⁹ Чл. 60 Закона о државном премеру и катастру – ЗДПК, *Службени гласник РС*, бр. 72/09, 18/10 и 65/13); О дејствима уписа више у: Тајана Јосиповић, *Земљишнокњижно право*, Загреб 2001, 124–126.

⁹⁰ Милош Живковић, „Стицање права својине (посебно на непокретностима)“, *Промене стварног права у Србији*, Београд 2004, 83.

⁹¹ Закон о земљишним књигама – ЗЗК, *Службене новине Краљевине Југославије*, бр. 146/1930–53 и 281/1931–90.

⁹² Драгољуб Стојановић, Димитар Поп-Георгиев, *Коментар закона о основним својинско-правним односима*, Београд 1980, 109; Т. Јосиповић, 194 и фн. 65, 199; условне укњиббе су могуће само ако је реч о раскидном услову. Фердо Чулиновић, *Коментар земљишнокњижних закона*, Београд 1931, 30.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ Д. Стојановић, Д. Поп-Георгиев, 109.

⁹⁵ Ф. Чулиновић, 146.

ЗПДК изричито предвиђа да се, у случају кад је изјава о дозволи уписа условљена или орочена, а услов и рок нису испуњени, врши предбележба.⁹⁶ Могућност предбележења условног права значајна је јер се остварује публицитет таквог права, али и задобија првенствени ред.⁹⁷ И предбележеним правом, као и правом које је оптерећено предбележбом, могуће је располагати. Оваква располагања су, по слову закона, условна, те зависе од тога да ли ће се предбележба оправдати или ће доћи до њеног брисања.⁹⁸

Могућност предбележавања условног права, као и законска условљеност каснијих располагања, само наизглед чини ствар једноставнијом. Мада би се рекло да су тиме заштићени како интереси условног повериоца, тако и интереси трећих лица, прави проблем се уочава тек анализом решења нашег права о предбележби. Начин на који је она регулисана чини нејасном намеру законодавца: да ли хтео да је учини потпуно инцидентном, у намери да у евиденцији непокретности и права на њима не опстају, на дужи рок, било какви условни уписи, или је само дошло до грубе омашке којом је предбележба потпуно обесмишљена. Наиме, мада је рок од 90 дана, у коме се предбележба има оправдати, знатно дужи него што је то ранијим прописима било предвиђено,⁹⁹ суштински није дата већа могућност за оправдање. Напротив. Предбележба се *једино* може оправдати уколико се у том року отклоне сметње за упис права или доставе докази о испуњености услова.¹⁰⁰ При том, закон не предвиђа могућност да се, достављањем доказа да је тужба за оправдање поднета, спречи брисање предбележбе до окончања поступка. Другим речима, евентуално покренут поступак ради оправдања предбележбе *мора* се окончати у року од 90 дана од дана уписа предбележбе, што је, често, немогуће. Проблем се додатно усложњава када је у питању предбележба права модификованог условом. Услов је, по својој природи, будућа неизвесна околност. Не само да је неизвесно да ли ће се он уопште остварити у поменутом року, већ се ни тужба за оправдање не може поднети уколико се услов није остварио. За разлику од претходних решења према којима је предбележба могла да опстане у земљишним књигама *ad infinitum*,¹⁰¹ ЗПДК предвиђа да, уколико се не оправда, предбележба брише не само по захтеву странке, већ и по службеној дужности!¹⁰² Имајући то на уму, свако треће лице

⁹⁶ Чл. 78, ст. 2, тач. 2 ЗДПК. Закон не прави разлику између одложних и раскидних услова.

⁹⁷ Т. Јосиповић, 198.

⁹⁸ Чл. 80, ст. 1 ЗДПК.

⁹⁹ §49–52 ЗЗК.

¹⁰⁰ Чл. 79, ст. 1 ЗДПК.

¹⁰¹ §52–53 ЗЗК предвиђали су брисање предбележбе само по захтеву стране против кога је предбележба била дозвољена.

¹⁰² Чл. 79, ст. 3 ЗДПК.

би могло да се обрати са захтевом да до брисања дође, што ће се, претпоставља се, управо дешавати онда када се правом оптерећеним предбележбом поново располагамо. Овако регулисана, предбележба ће своју сврху остварити једино у случају да нико не поднесе захтев за брисање, а то уједно пропусти да учини и сам надлежни орган.

Коначно, остаје питање: може ли се иста предбележба, о истом условном праву, поново уписати? За разлику од ЗЗК који је само изузетно дозвољавао поновни упис,¹⁰³ ЗДПК се о томе не изјашњава. Имајући на уму одсуство изричите забране, чиме се одступило од ранијих земљишнокњижних правила, требало би сматрати да та опција није искључена. Ово, међутим, само у случају да о предбележеном праву није мериторно одлучено.¹⁰⁴ Ипак, тиме се условном повериоцу намеће терет да изнова захтева упис, а свака нова предбележба производи дејства тек од тренутка поновног уписа. Остаје нада да ће задатак, који би требало да се остварује предбележбом, бити остварен на основу чл. 4 Закона о промету непокретности.¹⁰⁵

3.1.3. Домети ретроактивности у нашем праву

Опредељивање једног правног система за принцип ретроактивног дејства одложног услова, своје последице исказује и у погледу питања коме припадају плодови и користи од употребе ствари за време пенденције услова; да ли се може захтевати накнада за трошкове одржавања и очувања ствари учињених за време пенденције услова; као и на коме лежи ризик за случајну пропаст ствари.

ЗОО не садржи посебна правила, док опште правило предвиђа само три изузетка: ако из закона,¹⁰⁶ природе посла или воље страна проистиче другачије.

Уколико, пак, нема места позивању на изузетке, чини се да треба водити рачуна о тренутку преноса права на стицаоца. Како обавеза доспева тек остварењем услова, најчешће ће до стицања права доћи у тренутку који следи остварењу услова. Ипак, могуће је и да му претходи.¹⁰⁷ До тренутка преноса права, треба сматрати да пло-

¹⁰³ §54–55 ЗЗК.

¹⁰⁴ Ф. Чулиновић, 196.

¹⁰⁵ Према чл. 4, ст. 4 Закона о промету непокретности, *Службени гласник РС*, бр. 93/14, ако јавни бележник утврди да су у суду већ оверени потписи на уговору о промету исте непокретности, односно да је код јавног бележника или у суду сачињен јавнобележнички запис о промету исте непокретности, а продавац је исто лице, дужан је да о томе упозори уговорнике и да то упозорење унесе у јавнобележнички запис.

¹⁰⁶ Нпр, чл. 541 ЗОО.

¹⁰⁷ Уколико је ствар предата раније или уписом предбележбе у регистре непокретности.

дови припадају преносиоцу, он је дужан да сноси трошкове њеног очувања, а ризик случајне пропасти или оштећења ствари, у складу са правилом *res perit domino*, сноси власник ствари.

4. ОСУЈЕЋЕЊЕ УСЛОВА

Фаза неизвесности може се окончати и осујећењем услова. ЗОО не садржи одредбу о дејству осујећења услова, али треба сматрати да је оно ретроактивно, као и да се од тога може одступити. Тада се сматра као да посао никада није био предузет,¹⁰⁸ те остаје без основа све што је на основу њега извршено.¹⁰⁹ Стога, има се вратити ствар која је предата пре остварења услова, или накнадити њена вредност, заједно с плодовима и користима од њене употребе,¹¹⁰ осим уколико није другачије предвиђено. Сва располагања која је чинио преносилац са трећим лицем, производе своја дејства, док се сматра да располагања прибавиоца као да није ни било.¹¹¹ Како због осујећења услова прибавилац није стекао право, он га не може ни пренети. Трећа савесна лица се једино могу позвати на примену правила о стицању од невласника.

5. ЗАКЉУЧАК

Упркос погрешној формулацији ЗОО, услов јесте типичан *accidentalium negotii*. Његово остварење не утиче на настанак, већ на дејства уговора. Прецизније – на главна дејства уговора, јер таква веза *in statu nascendi* није створила „правно ништа“. Остварењем одложног услова, уговор производи своја дејства ретроактивно, од тренутка закључења. Закон, природа посла или воља страна могу налагати другачије. Ретроактивност отвара питање судбине каснијих располагања условним правом. Упркос увреженом схватању да су сва каснија располагања условна, те да „падају“ чим се услов из ранијег уговора оствари, закон не даје потпору оваквом ставу. Сама чињеница да предвиђа ретроактивно дејство уговора може једино

¹⁰⁸ О. Станковић, В. Водинелић, 188; Р. Malaurie, L. Aynes, P. Stoffel-Munck, 695; Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 1066/2012(1) од 24.10. 2012 (*ParagrafLex*).

¹⁰⁹ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, 1276.

¹¹⁰ *Ibid*; J. Flour, J. L. Aubert, É. Savaux, 276; интересантно је да француска теорија и пракса, у погледу плодова, одступа од ретроактивног дејства, те их преносилац може задржати, док се сматра да је прибавилац дужан да их врати, уколико му је ствар била предата, а услов се осујетио. У оба случаја нема основа за задржавање.

¹¹¹ О. Станковић, В. Водинелић, 188.

да значи да се тада узима као да је модификовани посао од свог закључења био једноставан. Ако условљеност не произлази из закона, она једино може произаћи из воље уговарача тог каснијег уговора. У недостатку изричите условљености, треба водити рачуна о савесности трећих лица. Несавесност трећих лица, њихова свест, или могућност свести о ранијим условним располагањима, прећутно, модификује и тај каснији уговор. Уколико су, међутим, трећа лица савесна, касније располагање се има сматрати безусловним. У том случају, конкуренцију више основа за стицање права треба решавати на исти начин као када нису у питању условни уговори. Ретроактивност „рађа“ и проблем утврђивања припадности плодова и користи од ствари, трошкова очувања ствари, као и ризика случајне пропасти ствари. Уколико нема места позивању на изузетке, проблем треба решити водећи рачуна о тренутку преноса права на стицаоца.

Snežana Dabić, LL.M

Lecturer

University of Belgrade Faculty of Law

LEGAL EFFECTS OF MODIFICATION OF CONTRACTS BY SUSPENSIVE CONDITION

The suspensive condition is a typical *accidentalium negotiorum*, irrespective of the imprecise definition of the Serbian Law on Obligation. It affects only the efficacy, not the formation of the contract. Its realization has a retroactive effect, unless otherwise provided by law, the nature of the contract or the will of the parties. The principle of retroactivity could have a significant impact on the legal position of the contracting parties, as well as the third parties, in case of any subsequent dispositions of the conditional rights in the period of uncertainty. Therefore, one of the main tasks is to determine the limits of such retroactivity.

Key words: *Modification of contracts. – Retroactivity. – Disposition of the conditional right. – Prenotation.*