

УНИВЕРЗИТЕТ УНИОН У БЕОГРАДУ  
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ УНИВЕРЗИТЕТА УНИОН У БЕОГРАДУ

***CONSIDERATION* ЕНГЛЕСКОГ УГОВОРА  
ИЗ УГЛА КОНТИНЕНТАЛНОГ ПРАВНИКА**

Докторска дисертација

Кандидат:  
Дамир А. Шите

Ментор:  
проф. др Катарина Иванчевић

Београд, 2022.

UNION UNIVERSITY IN BELGRADE  
UNION UNIVERSITY SCHOOL OF LAW IN BELGRADE

**THE ENGLISH DOCTRINE OF CONSIDERATION  
FROM A CIVIL LAWYER'S PERSPECTIVE**

Doctoral dissertation

PhD candidate:  
Sütő A. Damir, LL.M.

Supervised by:  
Katarina Ivančević, PhD,  
university professor

Belgrade, 2022

## ПОДАЦИ О МЕНТОРУ

Проф. др **Катарина Иванчевић**,  
редовни професор Правног факултета Универзитета Унион у Београду.

## ПОДАЦИ О ДОКТОРСКОЈ ДИСЕРТАЦИЈИ

### Наслов докторске дисертације

*Consideration* енглеског уговора из угла континенталног правника

### Сажетак

Енглеска доктрина *consideration* представља суштинско одређење *common law* уговора. Њен значај заснива се на околности да је утуживост тамошњег уговорног обећања условљена обавезним присуством контрапрестације. Другим речима, пуноважност енглеског уговора подразумева да он увек мора бити теретан, чак синалагматичан, што значи да енглеско право не познаје категорију доброделиних уговора.

Рад представља упоредноправну анализу енглеске доктрине *consideration* и аналогних института европско-континенталне породице права. У том смислу, пре свега проучене су основне карактеристике и главне специфичности енглеског уговора. Након тога извршена је детаљна анализа енглеске доктрине *consideration*. Разматрани су критеријуми на основу којих се утврђује да ли дата противчинидба представља правно ваљани, односно правно упитни *consideration*. Након тога извршен је преглед историјског развоја доктрине *consideration*, са посебним оствртом на критике којима је она у оквиру англоамеричког правног круга изложена, нарочито од друге половине XX века.

У оквиру упоредноправне анализе, сагледан је однос енглеске доктрине *consideration* и каузе, односно циља уговора европско-континенталне породице права. Посебно је анализирана подела на каузалистички и антикаузалистички круг европских права. Осим компарације са институтом кауза, *consideration* је сагледан и у односу на сагласност воља, предмета обавезе, те дејства континенталног уговора. Након овог општег прегледа, доктрина *consideration* је сагледана и из угла права Европске уније, као и српског Закона о облигационим односима, као и прописа који уређују облигационе односе на простору некадашње Југославије.

Након теоријске и позитивноправне компаративне анализе, обрађено је питање проблематике примене страног материјалног права од стране судова и арбитража, те утицај који судска пракса има на развој уговорног права. У оквиру посебне студије случаја, анализирано је какве би правне квалификације у оквиру европско-континенталне

породице права попримила чињенична грађа неколико познатих енглеских прецедената доктрине *consideration*.

На крају рада понуђена је анализа могућих праваца развоја уговорног права на подручју Европе.

### **Кључне речи**

*Consideration*, кауза, садржина уговора, упоредно право, *common law*, европско-континентална права, примена страног права.

### **Научна област**

Право

## DOCTORAL DISSERTATION SUMMARY

### **Title**

The English Doctrine of Consideration from a Civil Lawyer's Perspective

### **Abstract**

The English doctrine of consideration marks the essential feature of a common law contract. Its significance rests on the characteristics that the enforceability of a contractual promise is subjected to a mandatory counter promise. In other words, the validity of an English contract hinges on a fact that it is always a bargain, that it is synallagmatic, meaning that an English contract can never be a gratuitous one.

The paper offers a comparative legal analysis of the English doctrine of consideration and analogous legal concepts within the civil legal family. In this context, initially the paper presents basic characteristics and major aspects of an English contract. After that, the paper gives a detailed analysis of the English doctrine of consideration, with respect to what counts as consideration with examples of legally insufficient consideration. After that paper presents an overview of the historical development of the doctrine, as well as its major critics within the Anglo-American legal family, especially in the second half of the 20<sup>th</sup> century.

Within the comparative analysis, the doctrine of consideration is examined with respect to the civil notion of *causa*, as well as the aim or purpose of a contract. The distinguishment between civilian legal systems with and without the notion of *causa* is thoroughly elaborated. Apart from its comparison with the civilian concept of *causa*, the English doctrine of consideration is also scrutinized against the notions of agreement, or the accord of the wills, the subject matter of a contract, and various legal effects a civil contract has. Further, consideration is analysed in relation to EU law as well as the Serbian Code of Obligational Relations, and similar statutes within post-Yugoslav jurisdictions.

After theoretic and comparative analysis based on legal positivism, the issues related to the implementation of foreign laws by courts and tribunals, as well as the impact judicial practice has on the development of contract law are elaborated. A separate case study offers insights into the ways in which factual circumstances based on English precedents defining the doctrine of consideration could be interpreted by lawyers and legal scholars within their native civil jurisdictions.

At the end of the paper, there is an analysis of possible models of development of contract law across Europe.

**Key words**

Consideration, notion of causa, the content of a contract, comparative law, common law, civil legal family, application of foreign law.

**Scientific field**

Law

## САДРЖАЈ

ПОДАЦИ О МЕНТОРУ .....	3
ПОДАЦИ О ДОКТОРСКОЈ ДИСЕРТАЦИЈИ .....	4
DOCTORAL DISSERTATION SUMMARY .....	6
<b>УВОД.....</b>	<b>12</b>
<b>ГЛАВА 1: COMMON LAW УГОВОР .....</b>	<b>20</b>
1. УГОВОР ЕНГЛЕСКОГ ПРАВА ( <i>CONTRACT</i> ).....	21
<b>1.1. Дефиниција .....</b>	<b>21</b>
<b>1.2. Уговор као облигациони однос .....</b>	<b>24</b>
1.2.1. Право на накнаду штете ( <i>torts</i> ) .....	26
1.2.2. Право на реституцију ( <i>restitution</i> ).....	29
2. СПЕЦИФИЧНОСТИ ЕНГЛЕСКОГ УГОВОРА .....	32
<b>2.1. Унилатерални и билатерални уговори .....</b>	<b>33</b>
2.1.1. Аналогија са реалним уговорима.....	37
2.1.2. Аналогија са једностраном изјавом воље .....	38
2.1.3. Тренутак закључења енглеског унилатералног уговора.....	41
<b>2.2. Однос понуда – обећање.....</b>	<b>43</b>
2.2.1. Понуда у европско-континенталној породици права.....	43
2.2.2. Шкотско право .....	47
2.2.3. Уговорно право Европске уније .....	49
2.2.4. Обећање у англоамеричкој породици права .....	50
2.2.5. Подударности и разлике понуде и обећања.....	52
2.2.6. <i>Promissory estoppel</i> .....	54
2.2.7. Коментар.....	56
<b>2.3. Начело савесности и поштења – <i>bona fide</i> .....</b>	<b>57</b>
2.3.1. Примена начела добре вере.....	58
2.3.2. Принцип добре вере у појединим институтима енглеског права .....	62
2.3.3. (Не)савесност енглеских преговора.....	64
2.3.4. <i>Misrepresentation</i> .....	66
2.3.5. Дужност испуњења уговорне обавезе у доброј вери .....	68
<b>2.4. Начело еквивалентности.....</b>	<b>69</b>
2.4.1. <i>Laesio enormis</i> .....	69
2.4.2. Принцип прекомерног оштећења данас .....	71
2.4.3. Коментар.....	73
<b>ГЛАВА 2: CONSIDERATION ЕНГЛЕСКОГ УГОВОРА.....</b>	<b>76</b>
1. ДЕФИНИЦИЈА .....	77
2. ПРАВНО ВАЉАН <i>CONSIDERATION</i> .....	81
<b>2.1. Тест захтева.....</b>	<b>81</b>
<b>2.2. Тест полазне тачке.....</b>	<b>85</b>
<b>2.3. Тест правне вредности.....</b>	<b>90</b>
3. ПРАВНО УПИТАН <i>CONSIDERATION</i> .....	95
<b>3.1. Ранији <i>consideration</i> .....</b>	<b>96</b>
<b>3.2. Обавеза утврђена општом правном нормом.....</b>	<b>100</b>



3.3. Постојећа уговорна обавеза према трећем лицу .....	103
3.4. Постојећа уговорна обавеза према саговорачу.....	106
3.5. Делимично испуњење обавезе .....	113
4. РАЗВОЈ ЕНГЛЕСКЕ ДОКТРИНЕ <i>CONSIDERATION</i> .....	118
4.1. Од доказног средства до доктрине .....	119
4.2. <i>Assumpsit</i> .....	125
4.3. Случај <i>Слејд</i> и настанак појма <i>consideration</i> .....	129
4.4. Коментар .....	133
5. КРИТИКА ДОКТРИНЕ <i>CONSIDERATION</i> .....	136
5.1. Извештај Комитета за ревизију права из 1937. године .....	136
5.2. Полемика професора Атије.....	139
5.2.1. Однос корист – неповољност .....	139
5.2.2. Унилатерални уговори.....	141
5.2.3. Концепт нагодбе ( <i>bargain</i> ).....	143
5.2.4. Давалац обећања као полазна тачка .....	147
5.2.5. Утуживост добротиних обећања .....	148
5.2.6. Предлог реформе.....	153
5.3. Реакција правничке јавности.....	154
<b>ГЛАВА 3: <i>CONSIDERATION</i> ИЗ УГЛА КОНТИНЕНТАЛНОГ УГОВОРНОГ ПРАВА .....</b>	<b>158</b>
1. ПОЛАЗНЕ ОСНОВЕ ИСТРАЖИВАЊА .....	158
2. <i>CONSIDERATION</i> И КОНТИНЕНТАЛНА КАУЗА.....	163
2.1. <i>Causa</i> римског права .....	163
2.1.1. Римска <i>causa</i> и континентална кауза.....	167
2.1.2. Римска <i>causa</i> и енглески <i>consideration</i> .....	171
2.2. Каузалистичко становиште .....	176
2.2.1. Класична теорија каузе .....	177
2.2.2. Модерна схватања.....	180
2.2.3. Позитивноправна регулатива .....	183
2.3. Антикаузалистичко становиште.....	191
2.3.1. Теорија оспоравања каузе.....	191
2.3.2. Немачке теорије о каузи .....	193
2.3.3. Позитивноправна регулатива .....	197
2.4. Упоредноправна анализа: кауза- <i>consideration</i> .....	211
2.4.1. Настанак и историјски развој два института .....	211
2.4.2. Правно-теоријска компарација .....	214
2.4.3. Позитивноправна компарација .....	221
2.5. Закључак .....	229
3. <i>CONSIDERATION</i> КАО ПРЕСЕК ВОЉЕ, ПРЕДМЕТА И ДЕЈСТВА КОНТИНЕНТАЛНОГ УГОВОРА.....	234
3.1. Воља .....	235
3.1.1. <i>Animus contrahendi</i> и <i>consideration</i> у енглеском праву .....	235
3.1.2. Воља и континентална кауза .....	239
3.1.3. Две вољне одлике доктрине <i>consideration</i> .....	242
3.1.4. Коментар.....	245
3.2. Предмет.....	247

3.2.1. Европско-континентално одређење предмета уговора.....	247
3.2.2. Предмет уговора енглеског права.....	252
3.2.3. Коментар.....	256
<b>3.3. Дејство уговора .....</b>	<b>258</b>
3.3.1. Општа дејства уговора.....	258
3.3.2. Двострани континентални уговор .....	261
3.3.3. Коментар.....	269
<b>3.4. Закључак.....</b>	<b>273</b>
4. <i>CONSIDERATION</i> И ПРАВО ЕУ .....	277
<b>4.1. Развој прекограничног уговорног права у Европи .....</b>	<b>277</b>
4.1.1. Нацрт заједничког француско-италијанског Закона о облигацијама .....	278
4.1.2. Нордијско уговорно право .....	280
4.1.3. Балканска конференција.....	282
<b>4.2. Уговорно право Европске уније.....</b>	<b>285</b>
4.2.1. Активности предузете у ЕУ у правцу хармонизације уговорног права .....	285
4.2.2. Начела европског уговорног права.....	292
4.2.3. Нацрт оквирних правила .....	293
<b>4.3. Уговорно право Европске уније и енглеска доктрина <i>consideration</i> .....</b>	<b>295</b>
4.3.1. Циљ уговора .....	296
4.3.2. Императивни прописи .....	299
<b>4.4. Закључак .....</b>	<b>301</b>
5. <i>CONSIDERATION</i> И ЗАКОН О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА .....	302
<b>5.1. Домаћа теоријска разматрања о каузи до доношења Закона о облигационим односима .....</b>	<b>303</b>
5.1.1. Ђорђе Павловић .....	304
5.1.2. Поимање каузе у периоду до Првог светског рата.....	306
5.1.3. Југословенска мисао о каузи до објављивања Скице за законик о облигацијама и уговорима ...	308
5.1.4. Михаило Константиновић.....	311
<b>5.2. Домаћа теоријска разматрања о каузи након доношења ЗОО.....</b>	<b>312</b>
5.2.1. Основне карактеристике југословенске правне мисли о каузи.....	314
5.2.2. Београдска школа грађанског права .....	317
5.2.3. Новосадска школа грађанског права .....	320
<b>5.3. Облигационо законодавство држава насталих распадом Југославије .....</b>	<b>323</b>
<b>5.4. Основ обавезе из ЗОО и енглески <i>consideration</i> .....</b>	<b>328</b>
<b>5.5. Закључак .....</b>	<b>331</b>
<b>ГЛАВА 4: <i>CONSIDERATION</i> У ПРАКСИ ВАН ЕНГЛЕСКОГ ПРАВНОГ ПОДРУЧЈА.....</b>	<b>336</b>
1. ПРОБЛЕМИ ПРИМЕНЕ СТРАНОГ ПРАВА ПРИЛИКОМ ОДЛУЧИВАЊА .....	337
<b>1.1. Специфичности грађанског поступка са иностраним елементом.....</b>	<b>338</b>
1.1.1. Предмет доказивања у грађанском поступку са иностраним елементом.....	338
1.1.2. Меродавно право код уговорних односа.....	339
1.1.3. Страно право: <i>ius</i> или чињеница?.....	342
<b>1.2. Поједине особености примене страног права приликом одлучивања .....</b>	<b>345</b>
1.2.1. Претпоставке о садржини страног права .....	345
1.2.2. Пресуђивање на основу страног права.....	348
2. АНГЛОАМЕРИЧКИ СУДОВИ И <i>CONSIDERATION</i> .....	351

<b>2.1. Аустралија.....</b>	<b>351</b>
2.1.1. Практична корист.....	352
2.1.2. <i>Estoppel</i> .....	353
<b>2.2. Нови Зеланд .....</b>	<b>356</b>
<b>2.3. САД.....</b>	<b>358</b>
3. ПРАКСА КОНТИНЕНТАЛНИХ ФОРУМА У ПРИМЕНИ <i>COMMON LAW</i> ПРАВА .....	361
<b>3.1. Узајамна цитирања у пракси националних врховних судова Европе .....</b>	<b>362</b>
<b>3.2. Континентални судови и <i>common law</i>.....</b>	<b>363</b>
4. ПРАКСА КОНТИНЕНТАЛНИХ ФОРУМА У ОДНОСУ НА ЕНГЛЕСКИ <i>CONSIDERATION</i> .....	368
<b>4.1. Студија случаја .....</b>	<b>369</b>
<b>4.2. Преглед одговора .....</b>	<b>372</b>
4.2.1. Случај 1 .....	372
4.2.2. Случај 2 .....	375
4.2.3. Случај 3 .....	377
4.2.4. Случај 4 .....	378
4.2.5. Случај 5 .....	379
<b>4.3. Анализа студије случаја .....</b>	<b>381</b>
5. ЗАКЉУЧАК.....	385
<b>ГЛАВА 5: ПРАВЦИ РАЗВОЈА УГОВОРНОГ ПРАВА.....</b>	<b>388</b>
1. <i>CONSIDERATION</i> И КОНТИНЕНТАЛНО УГОВОРНО ПРАВО ДАНАС .....	389
<b>1.1. Реформа француског Грађанског законика.....</b>	<b>390</b>
1.1.1. Циљеви реформе .....	390
1.1.2. Садржина уговора .....	392
<b>1.2. Коментар .....</b>	<b>394</b>
2. СУДСКА ПРАКСА КАО ОСНОВ РАЗВОЈА УГОВОРНОГ ПРАВА .....	396
<b>2.1. Теоријска анализа.....</b>	<b>397</b>
<b>2.2. Примери развоја француског права.....</b>	<b>400</b>
<b>2.3. Случај <i>Marleasing</i> .....</b>	<b>403</b>
<b>2.4. Коментар .....</b>	<b>405</b>
3. ПЕРСПЕКТИВЕ СУСРЕТА КОНТИНЕНТАЛНОГ <i>ОСНОВА</i> И ЕНГЛЕСКОГ <i>CONSIDERATION</i> -А.....	407
<b>3.1. Кораци у правцу приближавања .....</b>	<b>407</b>
<b>3.2. <i>Privy council</i> и континентална кауза .....</b>	<b>410</b>
<b>3.3. Коментар .....</b>	<b>412</b>
4. ПАНЕВРОПСКО УГОВОРНО ПРАВО .....	414
<b>ЗАКЉУЧАК.....</b>	<b>419</b>
ЛИТЕРАТУРА .....	429
БИОГРАФИЈА АУТОРА.....	450
ДОДАЦИ .....	453
<b>Изјава о ауторству .....</b>	<b>453</b>
<b>Изјава о истоветности штампане и електронске верзије докторског рада.....</b>	<b>454</b>

## УВОД

### Разлог за одабир теме

Правни промет одавно премашује важење појединачних националних права и доводи у везу субјекте из различитих правних подручја. Уговорно право, као најдалекосежнији израз слободе његових учесника које правни поредак познаје (уз породично и наследно право), уговорним странама омогућава да поред самосталног уређења међусобних односа, уколико исти нису резервисани за државни *interium*, у међународним односима одреде и примену меродавног права. Које ће се право у одређеном уговору сматрати за меродавно зависи, свакако, од преговарачке позиције његових страна тако да се дешава да домаћи субјекти уговарају примену страног права чак и у ситуацији када им је оно непознато. Примена енглеског уговорног права као меродавног права приметна је у уговорима које домаћи субјекти закључују у спољнотрговинском пословању, пре свега у ситуацији када страни партнер то захтева. То је пракса код уговора са продавцима са Средњег и Блиског Истока, подсахарске Африке, Индије и осталим државама насталим на подручју некадашње британске империје, који инсистирају на примени енглеског уговорног права.

Континентално и англоамеричко уговорно право се разликују у неколико значајних тачака, од којих треба поменути разлике које се односе на појам уговора, услове његове пуноважности, преговоре, закључење уговора, садржину, дејство и престанак уговора, повреду уговорних обавеза и уговорну одговорност. Упоредна анализа наведених сегмената уговорног односа, свакако, открива одређене разлике. Међутим, учесницима

међународних трговинских односа ове разлике не могу бити непознате, посебно имајући на уму одредбе Бечке конвенције из 1980. године.

Чини се да се најпластичнији пример, својеврсна суштинска разлика између енглеског и континенталног уговорног права, открива у концепту који открива енглеска доктрина назива *consideration*. *Consideration* се у енглеском уговорном праву појављује као један од неопходних услова за постојање утуживог уговора, аспекта без кога уговорне стране нису у могућности да судским путем остваре своје право из уговора (тзв. *enforceable contract*). Уколико бисмо покушали у само једној реченици да опишемо *consideration*, могли бисмо рећи да је то она наша учињена или обећана престација чије постојање у уговорном односу представља (једини) правни основ који нам омогућава да се обратимо суду и захтевамо судску заштиту у оквиру конкретног уговорног односа. *Consideration* је, у ствари, *цена нашег обећања*.

У овој дисертацији, услед непостојања адекватног термина на српском или другом нама разумљивом језику, користи се енглески назив појма *consideration*. Наиме, домаћа правна мисао није до сада успела да изнедри задовољавајући „превод” енглеског појма *consideration*, па се исти често разуме као кауза. Поједини писци указују на његове сличности и разлике у односу на каузу (проф. Антић), док је термин који делује као најприближнији појму *consideration* понудио проф. Небојша Јовановић, означивши га као противчинидба. Енглески уџбеници уговорног права, када описују једначину континенталних правника код настанка утуживих уговора, бележе да је то: *contract = offer + acceptance* тако указујући на основну разлику између нашег и њиховог поимања настанка утуживог уговора, јер се у енглеском уговорном праву ова једначина појављује као: *contract = offer + acceptance + consideration*.

### Предмет истраживања

За предмет истраживања смо одредили утврђивање што исцрпнијег каталога постојећих варијација или донекле можемо рећи мутација у примени страног правног института, у конкретном случају *consideration*-а, њихову научну анализу, као и утврђивање узрока њиховог настанка. Разумевање енглеског концепта основа уговорне обавезе (*consideration*) захтевало је претходно упознавање са тамошњим разумевањем самог уговора (*contract*) и његовим основним разликама у односу на европско-континентална права. Надаље, предмет истраживања ове дисертације представља утврђивање теоријског појма *consideration*, како се он разуме у енглеској правној доктрини, приказ развоја

енглеске доктрине *consideration*, критику ове доктрине у енглеској правној мисли, као и схватање овог појма у другим *common law* јурисдикцијама. Надаље смо истражили полазне основе схватања доктрине *consideration* у континенталној правној мисли, однос са каузом, схватање *consideration* као пресека воље, каузе и предмета уговора, однос са правом Европске уније као и са Законом о облигационим односима.

Мишљења смо да су посебно значајна питања која се односе на примену страног права када се спор води пред континенталним судом или арбитражом. Једна од особености примене страног права је да у упоредном европском праву све више преовлађује концепција да је орган, који када решава у спору са иностраним елементом, дужан да садржину страног права сазна по систему *ex officio*. Тако је и у члану 13 нашег *Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља* прописано да ће суд или други надлежни орган по службеној дужности утврдити садржину страног меродавног права. Овакав став је данас прихваћен у већини европских држава. Континентални доносилац ауторитативне одлуке мора, пре свега, када примењује англоамеричко право, да утврди јасно и недвосмислено значење појма *consideration* и његово евентуално (не)постојање у оквиру одређеног дужничко-поверилачког односа. Значајно је да се у неким европским јурисдикцијама не примењује претпоставка *iura novit curia*, већ су одредбе иностраног права предмет доказивања и у условима када судија доноси одлуке на основу страног права.

Планирано је да се у овом раду, *угао континенталног правника* анализира кроз одлуке различитих континенталних форума (суда и арбитраже) који су разматрали тужбене захтеве засноване на примени англоамеричког права и института *consideration*. Међутим, у истраживању смо наишли на проблем. Поред најбоље воље нисмо успели да пронађемо овакве практичне примере које бисмо подвргли анализи у оквиру ове дисертације. Због тога смо се определили да спроведемо студију случаја међу континенталним правницима како би смо сазнали у ком правцу се крећу њихова размишљања о начину на који би применом домаћег права решили поједине случајеве из енглеске судске праксе који представљају прецеденте доктрине *consideration*. Кроз анализу резултата анкете дошли смо до одређених закључака који су приказани у овом раду. Оно што је најзначајније је да би, према мишљењу учесника анкете, пресуде континенталних судова у описаним ситуацијама биле готово без изузетка другачије од одлука енглеских судова.

За потребе научног истраживања предмета докторске дисертације коришћени су правни извори, како енглеског уговорног и домаћег облигационог права, тако и извори уговорног права најзначајнијих представника континенталне правне мисли:

швајцарског, француског, италијанског и немачког уговорног права. Осим закона, проучавањем су обухваћене и судске одлуке (прецеденти) и подзаконски акти у мери у којој су релевантни за тему докторске дисертације.

Ово истраживање тематски припада области уговорног, упоредног уговорног права и међународног приватног права. Поједини аспекти истраживања имају додирних тачака са другим правним наукама као што су правна историја, теорија права и међународно приватно право.

### Циљ истраживања

Основни циљ овог истраживања био је да се пронађу одговори на отворена питања *consideration* концепта енглеског уговорног права и његове примене у пракси континенталних правника. Та питања су: Шта је англоамерички *consideration*? У чему је *consideration* сличан, а у чему различит од континенталне каузе? Однос *consideration* – престација? Који су домети и ограничења приликом примене страног права, са нарочитим освртом на одлуке које се заснивају на прецеденту? У чему се огледају разлике између континенталних и *common law* уговора – и каква је природа тих разлика? Где се разилазе континентални и енглески уговор по питању пуноважности уговора? Шта је у-туживи уговор (*enforceable contract*)? Који је контролни механизам код погрешне примене страног права? Каква је природа односа права Европске уније и међународних извора уговорног права са применом енглеског концепта *consideration*? Очекивано је да одговори на наведена питања могу да омогуће и извођење закључака о домашају и ограничењима примене страног права од стране *континенталног* судије у случају примене концепта *consideration* у одлукама континенталних судова.

Додатно, посебни циљеви овог истраживања јесу да се проуче тенденције даљег развоја уговорног права, еволуције његове теоријске основе на подручју целокупне Европе – панервопско уговорно право – са посебним освртом околност да развој интензитета правног промета између правних субјеката Острва и Континента.

### Задаци истраживања

Задатак овог истраживања није да понуди још један одговор на питање: Шта је *consideration*? Предмет овог истраживања јесте, управо, утврђивање што исцрпнијег каталога постојећих варијација или донекле можемо рећи мутација у примени страног

правног института, у конкретном случају *consideration*-а, њихова научна анализа, као и утврђивање узрока њиховог настанка.

Планирано је да се циљеви истраживања остваре реализацијом следећих задатака:

- Анализом релевантних опште усвојених и преовлађујућих схватања енглеског уговорног права са посебним освртом на доктрину *consideration* енглеске правне мисли;
- Утврдити схватање континенталне правне мисли о *consideration* концепту енглеског уговорног права;
- Указати на разлике између енглеског и уговора осталих англоамеричких јурисдикција;
- Дефинисати енглеску доктрину *consideration* у односу на домаћи *Закон о облигационим односима*;
- Утврдити ситуације у којима јесте, односно није дошло до закључења уговора из угла континенталног, односно англоамеричког права;
- Дефинисати предуслове примене страног права у одлучивању судова и арбитража;
- Анализирати одлуке континенталних судова и арбитража приликом примене енглеског уговорног права, везано за доктрину *consideration*;
- Спровођење студије случаја
- Утврдити узроке настанка сличности и разлика у одлукама континенталних и енглеских судова у примени доктрине *consideration* и дефинисати начине превазилажења уочених разлика;
- Утврдити тенденције даљег развоја *common law* и европско-континенталног уговорног права у односу на питање основа уговорне обавезе (*consideration*).

### Полазне хипотезе

Основна радна хипотеза на којој се истраживање базира јесте да, како је континентално схватање енглеског уговорног концепта *consideration* условљено римском каузом, у ситуацијама када континентални правник анализира, односно у насталом спору континентални судија доноси одлуку засновану на *consideration* доктрини, дата одлука, у већој или мањој мери, бити различита у односу на одлуку какву би у истој ситуацији донео англоамерички судија. Ова хипотеза се заснива како на концептуалном размимоилажењу у схватању правне природе енглеске доктрине *consideration* између континенталних и



енглеских правника, заснованом на прилично раширеном ставу да је *consideration* истоветан континенталном концепту каузе, тако и на постојању јасних објективних изазова у ситуацијама када је судија у обавези да доноси одлуку на основу страног права, нарочито имајући на уму проблеме у ситуацијама када континентални судија доноси одлуке на основу прецедентног права.

### Научне методе истраживања

Израда ове докторске дисертације захтевала је адекватну примену одређених самосталних и несамосталних метода научног истраживања, чије коришћење треба да буде у уској међузависности не само са темом дисертације, већ и са њеном структуром. С обзиром на то, као основни метод овог истраживања коришћен је правни метод, односно у зависности од предмета појединих делова нашег рада, његове различите варијанте у виду нормативног и догматичког (егзегетичког) метода. Нормативни метод коришћен је приликом анализе општих правних појмова и института, а догматички метод при анализи правних норми националних извора права (*de lege ferenda*).

Поред правног метода, за истраживање пуноважности уговора у сваком појединачном правном систему као други основни метод коришћен је компаративни (упоредно-правни) метод. Настојали смо да сва решења која се односе на пуноважност уговора детаљно анализирамо, не само кроз уобичајено разматрање њиховог логичког и језичког значења, већ и преко аналитичког поређења. Сматрамо да је оваквим приступом компаративни метод у потпуности испунио своју функцију и да из таквих компарација могу проистећи корисна искуства, као и нова схватања, која би могла бити од значаја за развој науке уговорног права и у нашој земљи.

Као помоћне методе, у овом истраживању коришћени су делимично и логички, историјски и социолошки метод. За извођење судова и закључака о појединим питањима коришћен је логички метод применом правила логичког мишљења и правила аргументације. Проучавање настанка и еволутивног тока идеје претходног основа уговора извршен је применом историјског метода. То је учињено комбиновањем догматичког и социолошког метода.

### Научна оправданост дисертације и практична примена резултата

Истраживање института *consideration* енглеског уговорног права и његове примене код континенталних правника чини се оправданим и потребним из више разлога. Пре

свега, треба уочити да се као основна разлика између англоамеричког и континенталног уговора открива управо у институту *consideration* без кога је он у енглеском и сродним правима незамислив. Иако је у енглеској правној литератури овај концепт исцрпно обрађен и као такав прилично јасно дефинисан не само у оквиру енглеске правне мисли, већ и у пракси англоамеричких судова, континентална правна мисао га мање или више успешно дефинише кроз призму њој јасних елемената уговорног права, попут основа (каузе), предмета уговора, (против)чинидбе. Овакво стање ствари недвосмислено ствара велике проблеме у примени овог института приликом одлучивања у форумима код којих је овај институт мање или више непознат. Осим што оваква прилично неодређена континентална слика енглеског *consideration*-а представља битну празнину у европској (грађанској) правној мисли, она има веома велике реперкусије на праксу континенталних судија и арбитра јер доводи до правне несигурности и значајних разлика у примени овог института на континенту.

Имајући на уму да се у великом броју случајева као меродавно управо одређује енглеско право, у ситуацијама када спор треба да буде решен пред континенталним форумом, доносилац одлуке, свакако, не може да се ослања на своје претпоставке или на правне институте свог права сродне енглеском *consideration*-у, већ га мора разумети искључиво онако како је он дефинисан у оквиру енглеског уговорног права. Међутим, чак и донекле јасна слика *consideration*-а није довољна. Спроведена анализа настоји да пружи одговор на питање: *Шта је consideration за континенталног судију?*, односно на који начин је континентални „*consideration*” другачији од оног стварног, енглеског, односно у којој мери је дошло до трансформације правног института путем његове примене у форуму земље у коме је као такав мање-више непознат.

Проучавање овог питања посебно је значајно у погледу остваривања идеје правне сигурности. Наиме, арбитражност у тумачењу туђег права свакако има негативни утицај како на правне последице раширене друштвене покретљивости и може угрозити основана људска права и слободе. У ситуацији када примењује страном право, неопходно је утврдити у којој мери се судија може дистанцирати од њему блиских концепта и начела правног система коме припада и херметички се ограничити на институт који не само да му је стран, већ и непознат, а у којој мери је његова анализа *креативна*, односно у којој мери мутирајући право, га и сам несвесно ствара.

Резултат научног истраживања, осим што настоји да понуди конкретан одговор на питање мере очувања интегритета енглеског *consideration*-а у оквирима континенталне судске праксе, би могао бити од користи правној науци и у светлу анализе могућности

објективног опстанка правне норме ван амбијента у коме је створена, домаћаја њене обавезности у ситуацијама када јој је дато у задатак да утиче на одређени правни однос на начин који је стран правном амбијенту у коме се иста примењује. Другим речима, настојали смо да у дисертацији укажемо на неке од услова – историјских, политичких, друштвених, и сл. – услед којих долази до искривљеног сазнања страног права, нарочито у светлу схватања *права* као носиоца одређене друштвене вредности.

Практична примена закључака до којих се дошло у овој дисертацији ће, надамо се, помоћи унапређењу разумевања паневропског уговорног права, његову прецизнију примену у прекограничним уговорним односима и може послужити као још један од научних основа за даљу хармонизацију оне гране права чији је основни смисао пружање највишег могућег степена слободе његових страна – уговора.

### Систематика рада и план излагања

Садржина докторске дисертације требало би да понуди полазну основу довољну за извођење закључака о правној природи енглеског *consideration*-а на начин како он постоји у континенталној судској пракси, о начину на који је дати правни институт мутирао у односу на његов значај у изворном правном систему, узроцима његових промена, утицају као и њиховим правним последицама. У складу са генералном структуром докторске дисертације је конципиран и план излагања. Грађа је систематизована у пет делова и излаже се следећим редоследом: (1) *common law* уговор, (2) *consideration* енглеског уговора, (3) *consideration* из угла континенталног уговорног права, (4) *consideration* у пракси ван енглеског правног подручја, (5) правци развоја уговорног права.

**ΓΛΑΒΑ 1**  
***COMMON LAW* УГОВОР**

## 1. УГОВОР ЕНГЛЕСКОГ ПРАВА (*CONTRACT*)

### 1.1. Дефиниција

Разумевање енглеског концепта основа уговорне обавезе (*consideration*) захтева претходно упознавање са тамошњим разумевањем самог уговора (*contract*) и његовим основним разликама у односу на европско-континентална права.

Приликом одређења појма уговора у енглеском праву, у делу домаће литературе креће се од става да он, на први поглед, не одудара од оног како је дефинисан у европско-континенталној породици права, односно домаћем облигационом праву.

Примера ради, Јовановић наводи како је према енглеској дефиницији тог појма, уговор „правом признат или заштићен споразум који ствара права или обавезе за своје стране”<sup>1</sup>, истичући сличност оваквог појмовног одређења са његовим уобичајеним дефиницијама у српском праву. До оваквог закључка он долази с обзиром на дефиниције уговора које нуде Радишић и Перовић<sup>2</sup>, указујући како је енглески *споразум*, у ствари, наша *сагласност воља*, док се тамошња *права и обавезе* могу разумети као наш *правни однос*.<sup>3</sup> Након овога, Јовановић истиче да се битна разлика између српског и *common law* схватања уговора односи на врсту споразума који уживају правну заштиту, пошто енглеско право „као уговоре признаје и штити само споразуме којим се *сваки* уговорник обавезује

---

<sup>1</sup> Treitel, G., 2004, *An Outline of the Law of Contract*, Oxford, Oxford University Press, p. 1.

<sup>2</sup> „Под уговором као правним актом треба разумети размену сагласних изјава воља између два или више лица, којом се заснива, мења или укида одређени *правни однос*.” – Радишић, Ј., 2004, *Облигационо право*, Београд, Номос, стр. 70. „[У]говор је сагласност воља два или више лица којом се постиже неко правно дејство.” – Перовић, С., 1980, *Obligaciono pravo*, Београд, Привредна штампа, стр. 151.

<sup>3</sup> Јовановић, Н., 2015, *Увод у common law уговорно право*, Београд, Правни факултет Универзитета у Београду, стр. 29.

на одређену чинидбу (радњу)”<sup>4</sup>, за разлику од нашег права по коме је уговор и онај споразум по коме се макар једна страна обавезује да предузме правно допуштену радњу. На крају, истиче како амерички писци уговор дефинишу слично енглеским, али да често у њему наглашавају састојак обећања.<sup>5</sup> У том смислу, „уговор је ограничен само на обећања која се односе само на *будуће* понашање (радње) уговорника. Готовинска продаја (плаћање цене за ствар коју купац истовремено узима од продавца) или трампа (истовремена размена ствари) не садрже обећање будуће радње, јер ју је сваки уговорник већ извршио, те то ни нису уговори. За разлику од тога, правне радње готовинске продаје и размене, у српском праву несумњиво јесу уговори и уживају правну заштиту (на пример, за случај правних или физичких мана испуњења).”<sup>6</sup>

Дудаш сматра да у англоамеричким правима постоје две основне групе дефиниције уговора. Према једној, уговор се базира на значају који у њему има институт *обећања*, па се тако као уговорне стране уместо континенталног поверилац-дужник, у *common law* системима појављују „обећалац или давалац обећања (*promisor*), односно обећајник или прималац обећања (*promisee*)”<sup>7</sup>. Са друге стране, слично континенталним правним системима, део англоамеричке породице права уговору прилази као споразуму његових страна (позивајући се такође на Трејтела). Дудаш на крају истиче да је појам уговора у *common law* корпусу права пре свега инцидентна појава, са нагласком да се ради о споразуму његових страна који садржи једно или више обећања, при чему је акценат, опет, на обећању и на принудној извршивости датог обећања.<sup>8</sup>

Дефиниције појма уговора домаћих аутора (Радишић, Перовић) готово експлицитно ослањају се на одредбе Закона о облигационим односима, недвосмислено их репродукујући (члан 26, члан 148). Цвајгерт и Кеџ наводе како, са изузетком немачког Грађанског законика, и добар део осталих европско-континенталних права садржи сличне законске дефиниције уговора.<sup>9</sup> Тако је, на пример, члановима 1 и 2 швајцарског Законика о облигацијама прописано да је уговор закључен у случају узајамне и сагласне изјаве воља о његовим битним састојцима. Француски Грађански законик (некадашњи члан 1134) садржао је вероватно најпознатију формулацију по којој „[у]говори

<sup>4</sup> Јовановић, Н., 2015, стр. 29.

<sup>5</sup> Јовановић, Н., 2015, стр. 30.

<sup>6</sup> Јовановић, Н., 2008, Појам уговора у англосаксонском праву, *Анали*, 1, стр. 66.

<sup>7</sup> Дудаш, А., 2011а, *Кауза облигационих уговора*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, стр. 92.

<sup>8</sup> Дудаш, А., 2006, Појам *consideration*-а у англосаксонском праву, *Зборник радова Правног факултета Универзитета у Новом Саду*, 3/2006, стр. 450.

<sup>9</sup> Zweigert, K., Kötz, H., 1998, *Introduction to Comparative Law*, Oxford, Clarendon Press, p. 324.

закључени по закону важе као закон за оне који су га закључили”.<sup>10</sup> Сличну дефиницију садржи и члан 1091 шпанског Грађанског законика, који прописује да обавезе настале из уговора имају снагу закона за његове стране, као и да оне морају бити испуњене на начин предвиђен самим уговором.<sup>11</sup> Другим речима, европско-континентална правна мисао (укључујући овде и ону домаћу) своју дефиницију појма уговора црпи из јасних грађанских кодификација, задовољавајући се, или нешто прецизније, ограничавајући се на њену просту репродукцију.

Англоамеричка правна мисао, са друге стране (пре свега енглеско уговорно право), с обзиром на тамошње одсуство кодификација континенталног типа, своју дефиницију, или прецизније: своје дефиниције уговора заснива на апстраховању или уопштавању великог броја обавезујућих конкретних судских одлука (прецедент) којима је *common law* уговор регулисан. Овакве разлике нису ограничене само на уговорно/облигационо право већ се заснивају на значајним структуралним разликама које постоје између ове две породице права (европско-континентална и англоамеричка).

Тако ће Трејтел, у свом капиталном делу *Уговорно право* закључити како је „уговор споразум на основу кога настају правно допустиве и принудно оствариве обавезе.”<sup>12</sup> О’Саливен и Хилард указују да класична енглеска теорија о уговорима почива на три његова одређења. Прво, уговор је нагодба (*bargain*) настала разменом обећања. Друго, уговори су резултат воље његових страна да се правно обавезу. И коначно, уговор почива на принципу аутономије воље.<sup>13</sup>

Ово делимично шаренило енглеске (англоамеричке) правне мисли када се ради о појмовном одређењу уговора треба разумети као резултат одсуства јасне законске одређености тог правног института, односно флуидности енглеског уговорног права, карактеристичног за прецедентну регулативу уопште.

Са друге стране, док европско-континентална права прибегавају издвајању одређеног броја чешће закључиваних уговора у циљу њиховог подробнијег правног регулисања (тзв. именовани уговори), англоамеричка правна традиција не зна за овај тип законске класификације уговора (подела на опште и посебно уговорно право). Јовановић истиче

<sup>10</sup> „Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.” – Art. 1134 Code Civil. Цитирано према: Марковић, Ч., 1925, *Општи део тражбеног права, одговарајући текстови француског, немачког и швајцарског грађанског законика*, Београд, Геца Кон, стр. 15.

<sup>11</sup> „Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos.” – Artículo 1091 *Código Civil*.

<sup>12</sup> „A contract is an agreement giving rise to obligations which are enforced or recognised by law.” – Treitel, G., 2015, *The Law of Contract*, London, Sweet & Maxwell, p. 1.

<sup>13</sup> O’ Sullivan, J., Hilliard, J., 2016, *The Law of Contract*, Oxford, Oxford University Press, p. 1.

да то не значи да енглеско право не препознаје поједине уговоре – јер неке чак детаљно уређује посебним законима (продаја, кредит) – већ да у енглеском уговорном праву нема детаљног и систематског законског уређења већег броја именованих уговора као што је то случај код нас.<sup>14</sup>

Картрајт сматра да је европско-континентална категоризација уговора, која као таква у енглеском уговорном праву не постоји, одраз наслеђа класичног римског права по коме се споразум могао сматрати уговором само уколико је припадао одређеном унапред утврђеном обрасцу.<sup>15</sup> Картрајт наглашава како критеријум ове поделе није био уједначен, па се некада врста уговора утврђивала према форми, некада према садржини. Ипак, припадност одређеној категорији прецизно именованих уговора је директно условљавала правне последице њиховог закључења. То свакако не значи да енглеско право не препознаје постојање појединих уговора, па тако Картрајт сам наводи неке примере: продаја (*sale*), закуп (*hire*) или ортаклук (*partnership*). Међутим, према његовом схватању, специфичности које енглеско право садржи у односу на поједине врсте уговора су изузеци настали интервенцијом законодавца (превасходно као резултат европских интеграција), док је опште енглеско уговорно право и даље суштински регулисано у оквиру корпуса *common law* права.<sup>16</sup> У складу са тамошњим правилима тумачења законских текстова (за разлику од континенталног приступа), у ситуацији када закон дерогира одређени део *common law* права, његове одредбе се тумаче крајње рестриктивно, или речима једног од правних лордова, у ситуацији када Парламент својим законима уводи ограничења у односу на општу слободу уговарања, судови не би смели претпоставити како је њихов задатак да поред тако уведених ограничења стварају и нека додатна.<sup>17</sup>

## 1.2. Уговор као облигациони однос

У оквиру европско-континенталне правне традиције уговор представља део шире правне целине грађанског права и у оквиру њега облигационог права, делећи тако

<sup>14</sup> Јовановић, Н., 2015, стр. 26–27.

<sup>15</sup> „Подела уговора на именоване и неименоване има свој основ у римском праву.” Антић, О., 2004, Именовани и неименовани уговори у савременом облигационом праву, *Анали*, 1–2, стр. 82.

<sup>16</sup> Cartwright, J., 2013, *Contract Law*, Oxford / Portland, Hart Publishing, pp. 55–60.

<sup>17</sup> *National Westminster Bank plc v Morgan* [1985] AC 686 (HL) 708. Lord Scarman: „Parliament has undertaken the task – and it is essentially a legislative task – of enacting such restrictions upon freedom of contract as are in its judgment necessary to relieve against the mischief: for example, the hire-purchase and consumer protection legislation, of which the Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973, Consumer Credit Act 1974, Consumer Safety Act 1978, Supply of Goods and Services Act 1982 and Insurance Companies Act 1982 are examples. I doubt whether the courts should assume the burden of formulating further restrictions.”



основне карактеристике са осталим изворима облигационих односа, примера ради, накнадом штете, стицањем без основа, или као што је то случај са домаћим облигационим правом, обавезама које настају на основу пословодства без налога, једностраних изјава воље и других законом утврђених чињеница.<sup>18</sup>

Тако се претежни део одредби Првог дела Закона о облигационим односима који прописује основна начела облигационих односа (Глава I), попут савесности и поштења, аутономије воље, забране злоупотребе права, забране проузроковања штете, дужности понашања у складу са стандардом доброг домаћина или привредника, решавања спорова на миран начин и тако даље, подједнако односе на све набројане законом успостављене изворе облигација.<sup>19</sup> Такође, одредбе истог закона који се тичу дејства обавеза, последица неиспуњења, затезне камате, могућности побијања дужникових правних радњи, права задржавања, судских пенала (Глава III), престанка обавеза, признанице, доцње повериоца или дужника, пренова, застарелости (Глава IV) или врста обавеза, као што су алтернативне, солидарне, недељиве (Глава V) укључују како дужничко-поверилачке односе настале на основу уговора, тако и оне по основу обавезе накнаде штете, пословодства без налога, и тако даље.

На сличан начин и швајцарско право, након што у Глави I савезног Законика о облигацијама излиста три врсте извора облигационог односа (уговор, накнада штете и неосновано обogaћење), у делу који се односи на дејство обавеза (Глава II, чланови 68–113), у коме уређује питања испуњења обавеза, последице неиспуњења, обавезе које се односе на трећа лица, или престанак обавеза (Глава III, чланови 114–142), те делу који се односи на дељиве и солидарне обавезе (чланови 143–150), односно условне обавезе (чланови 151–157), подједнако уређује односе између поверилаца и дужника у сва три типа извора облигација.

Немачки грађански законик у свом Општем делу, уговору као извору облигација посвећује један наслов (§§ 145–157) у оквиру посебног раздела Законика посвећеном

<sup>18</sup> Примера ради, мађарски Грађански законик (2013) набраја следеће изворе настанка облигација: уговор, проузроковање штете, повреда неког личног, стварног или другог права, једнострана изјава воље, хартија од вредности, стицање без основа, пословодство без налога и одурно опхођење. „Kötelem keletkezhet különösen szerződésből, károkozásból, személyiségi, dologi vagy más jog megsértéséből, egyoldalú jognyilatkozatból, értékpapírból, jogalap nélküli gazdagodásból, megbízás nélküli ügyvitelből és utaló magatartásból.” – §6:2(1) *A Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény*. Језичким тумачењем цитиране норме, може се закључити да наведени списак нема *numerus clausus* својство: „Kötelem keletkezhet különösen szerződésből [...]” – „Обвеза може настати *нарочито* на основу уговора, [...]”.

<sup>19</sup> Изузетак у том смислу би било начело једнаке вредности узајамних давања за које закон експлицитно наводи да се односи на двостране уговоре. Ипак, према мишљењу професора Салме, ово начело би се требало сходно примењивати и на вануговорне облигације. Salma, J., 2001, *Obligaciono pravo*, Novi Sad, Pravo, str. 108.

уређењу правних послова у целини. Тако се одредбама које се тичу изјаве воље, услова и рокова, заступања и пуномоћства или застарелости не односе само на уговоре. У оквиру Друге књига Законика, посвећеној уређењу дуговинских односа у целини, проналасимо засебне одредбе које се тичу уговора (§§ 305–361), да би се након тога одредбе о гашењу дуговинских односа опет односиле на облигационе односе у целости.

Насупрот континенталном приступу, енглеско уговорно право (*the law of contract*) је суштински одвојено од тамошњег права на накнаду штете (*the law of torts*) или института неоснованог обogaћења (*the law of restitution*). Речима професора Картрајта управо се у разумевању суштинских разлика између две сродне правне целине у оквиру енглеског права (*contract* и *tort*), могу јасније уочити и њихове основне карактеристике.<sup>20</sup>

### 1.2.1. Право на накнаду штете (*torts*)

Оштру разлику између уговора и обавезе накнаде штете класична енглеска теорија уговорног права заснива на дихотомији која је настала још у римским временима<sup>21</sup>, а по којој су обавезе које настају на основу уговора добровољног карактера (стране су их у складу са начелом слободе уговарања самонаметнуле), док је обавеза накнаде штете наметнута од стране државе (деликтна грађанска одговорност). Класична енглеска теорија истиче како је новчана накнада у случају повреде уговора израз обештећења висине финансијског очекивања савесне стране, док се у случају накнаде штете ради о компензацији за повреду (*harm*) нанету лицу или имовини.<sup>22</sup> Тако О’Саливан и Хилард, у циљу илустрације, истичу како је из угла постојања обавезе накнаде штете крајње ирелевантно да ли возач на свом аутомобилу има видно истакнуто обавештење да не прихвата одговорност за штету коју би својом непажњом проузроковао другим учесницима у саобраћају.<sup>23</sup> Ипак, Атија не пропушта да нагласи како се у данашње време тешко може бранити став како је обавеза возача који учествује у саобраћају по сопственој жељи, те својом

<sup>20</sup> Cartwright, J., 2013, p. 51.

<sup>21</sup> Класична римска деоба извора облигација (бипартиција, трипартиција, квадрипартиција) се формира на основу разлике између уговора и деликта. Тако, Гај својој дводеоби касније додаје „различите друге изворе” (*variae causarum figurae*), док се коначна четворедеоба у основи дели на уговоре и деликте, при чему сваком од ова два извора додаје послове или радње које наликују на уговоре односно деликте (*quasi ex contractu* и *quasi ex maleficio*) – Станојевић, О., 1997, *Римско право*, Београд, Правни факултет Универзитета у Београду / Досије, стр. 273–274.

<sup>22</sup> O’Sullivan, J., Hilliard, J., 2016, p. 7.

<sup>23</sup> *Ibid.*

непажњом другоме проузрокује штету, суштински другачија од оне коју има продавац у мегамаркету у односу на потрошача.<sup>24</sup>

Континентална права почивају на концепту опште законске обавезе накнаде штете у случају њеног проузроковања уз услов постојања кривице штетника<sup>25</sup> или неког другог облика одговорности. У том смислу и Закон о облигационим односима прописује опште правило по коме је свако ко другоме проузрокује штету дужан накнадити је уколико не докаже да је иста настала без његове кривице, док се за штету од ствари или делатности од којих потиче повећана опасност одговара без кривице, односно у другим случајевима предвиђеним законом без обзира на кривицу (члан 154). Као на изузетак у оквиру европско-континенталне породице права, Радишић указује на одредбе немачког Грађанског законика који комбинује наведени принцип генералне деликтне норме и *common law* система енумерације, с обзиром на то да су његовим §§ 823 и 826 прописана „три деликта општег значаја, који не чине ни појединачне деликте ни сви заједно генералну норму”<sup>26</sup>.

У енглеском праву до грађанске деликтне одговорности (*tort*) долази искључиво у складу са строгим *numerus clausus* принципом, по узору на кривичноправно *nulla poena sine lege* правило, подређено „претпоставци невиности”<sup>27</sup> штетника. Другим речима, обавеза накнаде штете по основу кривице у оквиру *common law* права није општа као што је то случај код нас, односно заснована на постојању генералне деликтне норме, већ је условљена околношћу да је конкретна радња, на основу које је штета настала, прописана као основ<sup>28</sup> одговорности да се штета и накнади (појединачни деликт). Другим речима, уколико би штетник поступао са јасном намером да некоме причини штету, при чему конкретно предузета радња није предвиђена као „деликт”, његове одговорности за накнаду штете нема. Тако је, примера ради, у својој одлуци из 1895. године<sup>29</sup> Дом лордова

<sup>24</sup> Atiyah, P., 2001, *Essays on Contract Law*, Oxford, Clarendon Press, p. 41.

<sup>25</sup> § 1295 аустријског Општег грађанског законика, чл. 1240 француског Грађанског законика (1382 по старој нумерацији).

<sup>26</sup> Радишић, Ј., 2004, стр. 184.

<sup>27</sup> Јовановић, Н., 2015, стр. 27 (фуснота).

<sup>28</sup> Деликт или „инкриминисана штетна радња” енглеског права у домаћој правној теорији се пре свега може разумети као услов одговорности за накнаду штете, а не његов основ, с обзиром на то да прописани деликт кореспондира са противправношћу штетникове радње. Међутим, енглески правни писци побројани каталог инкриминисаних штетних радњи доводе у искључиву везу са континенталним концептом кривице као примарним основом одговорности за накнаду штете, дефинисаном у тзв. генералној деликтној норми (попут чл. 154 Закона о облигационим односима, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89; *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93; *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/2003; *Сл. гласник РС*, бр. 18/2020 – у даљем тексту ЗОО), пре свега повлачећи паралеле између континенталног *општег* и енглеског *појединачног*. Према неким писцима елементи одговорности за накнаду штете енглеског права су: радња (или њено пропуштање), узрочна веза, кривица, заштићени интерес и постојање штете – Cooke, J., 2009, *Law of Tort*, Harlow, Pearson, p. 4.

<sup>29</sup> *Bradford Corp v Pickles* [1895] A.C. 587, [1895] UKHL 1. Према ставу Дома лордова, како га је изнео лорд Халсбури (Hardinge Stanley Giffard, 1st Earl of Halsbury, 1823–1921), „Тужиоци нису могли захтевати право

потврдио да власник земљишта, иако је на истом из обести вршио ископавања не би ли тако целом оближњем граду, укључујући локалну фабрику, онемогућио уредно снабдевање водом, није био у обавези да штету која је на тај начин настала накнади, с обзиром на то да енглеско право, у то време, такво поступање није сматрало за основ (или услов) постојања одштетне одговорности.

Оштро постављена разлика између уговора (*contract*) и накнаде штете (*tort*) је временом ипак нешто ублажена, нарочито након развоја одговорности за накнаду штете на основу непажње (*negligence*), која је у енглеском праву добија нарочити замах након одлуке *Донахју против Стивенсона*<sup>30</sup> из 1932. године. Наиме, од друге половине XX века, услед развоја концепта одговорности услед непажње, која се од 1964. године<sup>31</sup> протеже и на сферу финансијског пословања, страна која сматра да јој је повређено одређено право из уговора свој тужбени захтев може засновати и на обавези накнаде штете (*tort*) уколико сматра да ће јој то осигурати повољнији процесни положај. Странке се одлучују на такав корак из разлога нешто дужих рокова застарелости у одштетном праву у односу на рокове уговорног права.

Тако су, примера ради, у одлуци Дома лордова из 1995. године<sup>32</sup> тужиоци успели у свом захтеву с обзиром на то да су га засновали на праву на накнаду штете (*tort*), иако је однос између странака у много чему подсећао на уговорни. Наиме, породични адвокат (*soliciter*), дуже након што је од оставиоца примио налог за измену претходно сачињеног завештања, по истом није поступио. Будући да је у међувремену дошло до смрти оставиоца, адвокат је својим пропустом оштетио оставиоцеве ћерке у чију корист је измене требало учинити. Како су остали наследници тврдили да, иако захтеване, али ипак неизвршене, промене завештања нису примењиве, две ћерке су поднеле тужбу против адвоката захтевајући накнаду штете (*damages*) у висини вредности наследства које је према налогу оставиоца њима требало да припадне и која им је досуђена. Атија један од разлога јачања тенденције ублажавања оштре разлике између уговора и одговорности за накнаду

---

својине на (подземном – прим. ДШ) воденом току пре него он допре до њихове парцеле. У случају да је власник граничне парцеле у могућности да својим правно допуштеним поступањем на земљишту које му припада утиче на водени ток тако да он скрене и не допре до фабричког погона, не видим разлог због кога он не би могао захтевати да му се ту воду не плати накнада, имајући на уму жељу фабрике да од исте оствари добит.” („The plaintiffs could have no property in the water until it came on their land and they collected it, and ‘if the owner of the adjoining land is in a situation in which an act of his, lawfully done on his own land, may divert the water which would otherwise go into the possession of this trading company, I see no reason why he should not insist on their purchasing his interest from which this trading company desires to make profit.’”)

<sup>30</sup> *Donoghue v Stevenson* [1932] AC 562 (HL Sc).

<sup>31</sup> *Hedley Byrne & Co Ltd v Heller & Partners Ltd* [1964] AC 465 (HL).

<sup>32</sup> *White v Jones* [1995] 2 AC 207.

штете види и у све израженијој склоности судија да се приликом одлучивања позивају на нешто флуиднија правила одштетног у односу на ригидност регулативе уговорног права.<sup>33</sup>

Наведени примери судских одлука (Донахју, Хедли Берн, Вајт), којима се још може додати и *Смит против Буша* из 1990. године<sup>34</sup>, садрже једну веома значајну заједничку карактеристику. Наиме, у свакој од ових пресуда се ради о одштетним захтевима у којима су штетници привредни субјекти или самостални делатници, а настала штета је резултат њихових пропуста у вршењу претежне делатности односно професије. У таквим околностима енглеско право (слично оном француском) и иначе показује одређену широкогрудост према оштећенима, за разлику од нешто конзервативнијег приступа немачког права.<sup>35</sup>

### 1.2.2. Право на реституцију (*restitution*)

Трећи сегмент енглеског „облигационог права”, право на реституцију (*the law of restitution*), дуго се на енглеским правним факултетима изучавао као занемарени део уговорног права („квзиконтракти”). Међутим, од друге половине XX века, оштрој дводео-оби *common law* облигација (*contract* односно *tort*) придодат је и његов трећи сегмент: право на реституцију (повраћај датог) који се примарно базирао на концепту неоснованог обogaћења (*unjust enrichment*).<sup>36</sup> Мора се признати како се у англоамеричкој литератури и данас могу пронаћи термилошка поистовећења права на реституцију и института неоснованог обogaћења. Даниловић указује како је у англоамеричким правима присутна разлика у начинима на основу којих је дошло до правно неоснованог обogaћења<sup>37</sup>, која се огледа у постојању посебних захтева за реституцију на основу кондикције или путем верзионе тужбе.<sup>38</sup> Према мишљењу Јовановића, енглески *law of restitution* одговара

<sup>33</sup> Atiyah, P., 2001, p. 9.

<sup>34</sup> *Smith v Eric S Bush* [1990] 1 A.C. 831.

<sup>35</sup> § 823 Немачког грађанског законика (*das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht*).

<sup>36</sup> Cartwright, J., 2013, *Contract Law*, Oxford / Portland, Hart Publishing, p. 50.

<sup>37</sup> О разлици између *стицања без основа* (термин усвојен у Закону о облигационим односима) и *правно неоснованог обogaћења* вођена је дискусија на састанцима Комисије за припрему текста тог закона, при чему је закључено да примена једног или другог термина зависи од начина на који се врши реституција, односно да је стицање без основа ужи појам од правно неоснованог обogaћења. Даниловић, Ј., 2001, Неосновано обogaћење, *Анали*, 1–4, стр. 493.

<sup>38</sup> „Кондикцијом су заштићени случајеви у којима долази до прелаза имовинских вредности извршењем неосноване престајје, тј. испуњењем дуга који не постоји или чији је основ престао да постоји. Верзиони захтев постоји у осталим случајевима неоснованог обogaћења. Најчешћи случајеви верзије су употреба туђе ствари без правног основа или обрнуто, случајеви у којима се вредност једне ствари увећа на рачун имовине другог без правног основа.” *Ibid*, стр. 501.

нашим следећим изворима облигационих односа: стицање без основа и пословодство без налога.<sup>39</sup>

У енглеском праву се првобитно сматрало како се повраћај датог (*restitution*) на основу правно неоснованог обogaћења не може захтевати у случају постојања уговора, међутим, временом је овако оштри отклон напуштен. О’Саливен и Хилард подсећају да однос између уговора и права на реституцију у енглеском праву још увек подсећа на „битку за територију” (*turf war*), пошто различити правни писци идентичну животну ситуацију сврставају како у оквиру уговорног права, тако и у сферу права на реституцију. Као један од примера се наводи ситуација у којој једна страна на основу изразито неформалног договора изврши одређени посао у корист друге. По једнима, наведена ситуација је у тој мери удаљена од енглеског уговора да је савесној страни на располагању тужбени захтев на основу права на реституцију, док други сматрају да се описана ситуација без нарочитих потешкоћа може подвести под проширени концепт уговора.<sup>40</sup>

Академик и оксфордски професор права Питер Биркс<sup>41</sup> формирао је две полазне основе за разумевање института права на реституцију (*the law of restitution*), који и он терминолошки поистовећује са неоснованим обogaћењем<sup>42</sup>. У почетку, Биркс је сматрао да се под тим појмом мора разумети обвезни однос који се не може подвести ни под уговор ни под право на накнаду штете, да би касније ревидирао тај свој став тврдњом да иако право на реституцију не спада у категорију уговорног права, са њим дели одређену структуралну сличност. Биркс је дошао до закључка да се сличност између уговора и правно неоснованог обogaћења базира на околности да се обавеза несавесне стране заснива на идентичној логичкој премиси, па се тако и код уговора и код правно неоснованог обogaћења захтеви за компензацијом заснивају на истом проблему: одсуству правног основа стицања (*sine causa*).<sup>43</sup> Међутим, према неким мишљењима, реституција у случају неоснованог бogaћења је много ближа праву на накнаду штете (*tort*), него уговору.<sup>44</sup>

<sup>39</sup> Јовановић, Н., 2015, стр. [23].

<sup>40</sup> О’ Sullivan, J., Hilliard, J., 2016, p. 8.

<sup>41</sup> Професор Биркс је од 1989. године до своје смрти био један од „краљевских професора” (*Regius Chair of Civil Law*). У питању је почаст коју је установио још краљ Хенрих VIII, а на тај положај појединце и данас именује британски монарх.

<sup>42</sup> „The law of restitution, or, which is the same thing named from event rather than response, of unjust enrichment at another’s expense.“ – Birks, P., 1983, *Restitution and Freedom of Contract*, *Current Legal Problems*, Vol. 36, Iss. 1, p. [141].

<sup>43</sup> Birks, P., 2005, *Unjust Enrichment*, Oxford, Oxford University Press, p. 56.

<sup>44</sup> Smith, S., *Unjust Enrichment: Nearer to Tort than Contract*, in: Chambers R., Mitchell C., Penner J., (eds.) 2009, *Philosophical Foundations of the Law of Unjust Enrichment*, Oxford, Oxford University Press, ch. 7.

Део енглеске правне мисли који право на реституцију издваја у посебну целину *common law* облигација, њену основну неподударност у односу на преостала два извора облигација открива у принципу постојања правне одговорности по основу стечене користи (*benefit*). У том се смислу наглашава како је право на реституцију другачије од уговорног права пошто оно обезбеђује принудно остварење споразума, односно одштетног права заснованог на принципу обавезе поступања са пажњом како се другом не би проузроковала штета.<sup>45</sup> На сличан начин Радишић указује како се разлика између накнаду штете и неоснованог обogaћења огледа у томе што је код овог другог довољно то што је корист стечена без основа, без додатних услова као што су противправност радње или постојање штете.<sup>46</sup>

Међутим, релативно утицајни део енглеске правне мисли, где се пре свега истицао Атија, и даље негира самосталност права на реституцију као посебне гране права, сматрајући овакав концепт одвећ апстрактним. Два аргумента на које се у овом смислу најчешће позива су околност да се неосновано обogaћење проналази у готово свим гранама права (попут крађе), односно чињенице да је сваки облик одговорности по основу примене користи, у ствари, повреда узајамности, па се тако и не може суштински одвојити од уговора.<sup>47</sup>

Како је право на реституцију део оног корпуса енглеског права чија правила потичу од судова (*common law* и *equity*), до његовог нешто прецизнијег уобличења може доћи тек пошто виши енглески судови понуде своје виђење овог правног питања. У том смислу је од значаја указати на одлуку Дома лордова из 2006. године<sup>48</sup>, у којој су се правни лордови усагласили по неколико питања, од којих треба издвојити два. Прво, тужба за реституцију не захтева постојање штете на страни тужиоца, пошто правни основ овог тужбеног захтева почива на користи коју је тужени остварио. Друго, право на реституцију се мора одвојити, односно сагледати другачије од номиналног износа користи туженог или висине штете коју је претрпео тужилац, како би се утврдила адекватна вредност користи коју је тужени неосновано остварио. У конкретном случају, Дом лордова је сматрао како се адекватни износ реституције остварује досуђењем увећане каматне стопе за период у коме се тужени неосновано користио оствареном вредношћу, уместо износа просте затезне камате. Цитирана одлука Дома лордова је посебно значајна из разлога што

<sup>45</sup> Jaffey, P., *The Theory of Unjust Enrichment*, in: Hudson, A., (ed.) 2004, *New Perspectives on Property Law, Obligations and Restitution*, London, Cavendish Publishing Ltd, p. 165.

<sup>46</sup> Радишић, Ј., 2004, стр. [292].

<sup>47</sup> Birks, P., 1983, p. 142.

<sup>48</sup> *Sempra Metals Ltd v HMRC* [2007] UKHL 34.

је указала на термилошка преклапања права на реституцију, па је у том смислу лорд Хоуп истакао како енглеско право мора формирати јасне језичке одреднице (*vocabulary*) не би ли избегао конфузију у случајевима примене *equity* правног средства реституције које се примењује у ситуацији када се одређена стар или вредност нађе у државини неког лица без основа (*tracing*), права на реституцију у оквиру накнаде уговорне штете (*restitution damages*) и захтева за повраћај користи коју је тужени стекао без основа.

## 2. СПЕЦИФИЧНОСТИ ЕНГЛЕСКОГ УГОВОРА

Класични енглески уговор је дуго времена сматран за механизам правне заштите узајамно размењених обећања о будућем испуњењу самонаметнутих обавеза (*bargain*). У том смислу, стране *common law* уговора су много више *promisor* (давалац обећања) и *promisee* (прималац обећања), него европско-континентални *поверилац* и *дужник*.<sup>49</sup> У једној од првих књига посвећених енглеском уговорном праву уопште, Полок закључује како се у случају истовременог испуњења обавеза обе стране може говорити о споразуму у ширем смислу, али да у таквом случају не настаје облигациони однос, односно уговор.<sup>50</sup> Овај став професора Полока је добар део англоамеричке правне мисли напустио.

Едвард Џенкс у својој анализи доктрине *consideration* наглашава како се у енглеском праву она проналази у два тамошња правна института: *contract* односно уговор и *conveyance* који можемо означити као пренос права својине на непокретностима или заснивање неког терета на њој.<sup>51</sup>

Наведено нам, између осталог, показује како је енглески уговор појам који обухвата много ужи спектар правних послова од онога како га ми доживљавамо у европско-континенталним правима. Наиме, основни инструмент *inter vivos* правног промета на Континенту је управо облигациони уговор као израз сагласности воља страна за које ствара права и обавезе. Међутим, англоамерички правни амбијент је формирао већи број конкретних (специјализованих) правних инструмената намерно их одвајајући од општих правила уговорног права. Тако ће, примера ради, у циљу преноса права својине на основу поклона енглески правник саставити нарочиту исправу познатију као *deed*, и тиме је

<sup>49</sup> Дудаш, у том смислу, код *common law* уговора предлаже употребу израза „обећање” и „противобећање”, односно за уговорне стране обећалац и обећајник, наглашавајући притом да у домаћој литератури још не постоји „конвенција о томе који је израз адекватнији за лице које даје обећање у англосаксонском уговорном праву”. – Дудаш, А., 2011а, стр. 92.

<sup>50</sup> “Where performance on both sides is simultaneous, there may be agreement in wider sense, but there is no obligation and no contract.” Pollock, F., 1905, *Principles of Contract*, London, Stevens and Sons, pp. 168–169.

<sup>51</sup> Jenks, E., 1892, *The History of the Doctrine of Consideration in English Law*, London, Clay and Sons, p. 2.



изместити из општих правила уговорног права, док се у оквиру континенталних права до истог резултата долази закључењем уговора о поклону.

*Deed* је установа енглеског својинског права<sup>52</sup> и назив је за исправу која на себи носи ознаку *deed*, која је потписана од стране лица које ју је саставило у присуству једног или два сведока, чији су потписи такође неопходни, и која је, у случају да је састављена од стране пуномоћника, сачињена у складу са наведеним захтевима. Тако, на пример, енглески Закон о својини као опште правило прописује да је за пренос права својине или успостављање других права на непокретностима, попут терета, неопходно сачинити исправу *deed* под претњом ништавости правног посла.<sup>53</sup> У српском праву наилазимо на сличан институт у оквиру Закона о хипотеци, у делу који уређује заложну изјаву<sup>54</sup> као алтернативу уговору о хипотеци. Наиме, правна дејства уговора о хипотеци су подједнако остварена и овом нарочитом исправом, која за разлику од уговора садржи једнострану изјаву воље хипотекарног дужника. Пуноважност заложне изјаве је, попут енглеске исправе *deed*, условљена испуњењем одређених критеријума (садржина, форма, солемнизација, и овоме слично). Поред заложне изјаве, српско право познаје и друге примере алтернативе општем режиму правног промета, односно успостављања вољних дужничко-поверилачких односа мимо уговора, у виду једностраних изјава воља, попут оверене изјаве извршног дужника као веродостојне исправе извршног права<sup>55</sup>. Правни институт у коме су енглеско и српско право наизглед „заменили места” је тзв. јавно обећање награде, које је у складу са одредбама Закона о облигационим односима једнострана изјава воље, док је у енглеском праву то унилатерални уговор.

## 2.1. Унилатерални и билатерални уговори

Енглески уговор је увек теретан. Добročини правни послови као што су поклон, (бесплатна) остава<sup>56</sup> или послуга не представљају део тамошњег уговорног права из разлога што у односу уговорних страна не постоји узајамност уговорних обавеза, односно

<sup>52</sup> На простору јурисдикције Енглеске и Велса *deed* је уређен у одељку 1 (Section 1) Закона о појединим установама права својине – *Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989*.

<sup>53</sup> „All conveyances of land or of any interest therein are void for the purpose of conveying or creating a legal estate unless made by deed.” – Property Act 1925, s52(1).

<sup>54</sup> Чл. 14. Закона о хипотеци, *Сл. гласник РС* бр. 115/2005, 60/2015, 63/2015 – одлука УСС и 83/2015.

<sup>55</sup> Чл. 52. ст. 2. тч. 9), Закона о извршењу и обезбеђењу *Сл. гласник РС* бр. 106/15, 106/16 – аутентично тумачење, 113/17 – аутентично тумачење, 54/19 и 9/20 – аутентично тумачење.

<sup>56</sup> Према мишљењу професора Перовића, бесплатна остава не може се у целости сврстати у добročине уговоре (у складу са објективним и објективно-субјективним схватањем), с обзиром на то да се „код тог уговора не врши пренос имовинске вредности, па не долази до повећања или умањења имовина лица у питању.” – Perović, S., 1980, str. 205.

чинидба једне уговорне стране није условљена постојањем противчинидбе оне друге (доктрина *consideration*).

Европско-континентална класификација облигационих уговора, када се ради о од- носу права и обавеза његових страна, по узору на римске правнике, уговоре дели на јед- ностране (*contractus unilaterales*) и двостране (*contractus bilaterales*). Домаћа правна теорија усваја ову поделу. Примера ради, Перовић<sup>57</sup>, Радишић<sup>58</sup>, или Салма<sup>59</sup>, усагла- шени су да се у једнострано обавезне уговоре сврставају они код којих се обавеза успо- ставља само за једну уговорну страну, док друга страна стиче само право. Са друге стране, двострано обавезујући уговори су они код којих за обе уговорне стране у тре- нутку постигнуте сагласности воља настају узајамна права и обавезе<sup>60</sup>. Ове уговоре правна теорија сврстава у „праве” двострано или обострано обавезујуће уговоре, које назива и синалагматичким (*contractus bilateralis aequalis*).

„Неправи” двострано обавезујући уговори (*contractus bilateralis inaequales*)<sup>61</sup> се разликују од оних синалагматичких по томе што у њима обавезе уговорних страна нису узајамне у односу чинидба-противчинидба, већ се за обавезу једне од уговорних страна може сматрати да и није уговорног карактера већ је, према Радишићу, таква обавеза „се- кундарна и евентуална”<sup>62</sup>. Перовић истиче како код ове врсте уговора обавезе уговорних страна „нису постављене реципрочно, већ једна поред друге, од којих је само једној извор у уговору, а другој у закону”<sup>63</sup>.

Енглеска класификација такође познаје поделу на унилатералне и билатералне уго- воре (*unilateral and bilateral contracts*).<sup>64</sup> Међутим ову поделу не можемо поистоветити са поделом на једнострано и двострано обавезујуће уговоре која је прихваћена у српском праву. Према тамошњој класификацији, како код унилатералних тако и код

<sup>57</sup> Perović, S., 1980, str. 197–203.

<sup>58</sup> Радишић, Ј., 2004, стр. 124–127.

<sup>59</sup> Salma, J., 2001, str. 293–294.

<sup>60</sup> „Када се две странке обавезу обострано (реципрочно) једна према другој на такав начин да чинидба једна треба да буде одговарајућа (корелативна) чинидби друге стране – уговор је двостран (синалагмати- чан).” – члан 51 Закона о облигацијама Пољске Републике од 1934. године; превод: Владан Батављевић. „Узајамни су они уговори у којима и једна и друга уговорничка страна треба да нешто, према погодби, даде или изврши, т. ј. кад је сваки уговорник уједно и дужитељ и дужник.” – члан 920 Општег имовинског законика за Књажевину Црну Гору.

<sup>61</sup> Називи нису римског него каснијег порекла. – Stojčević, D., 1954, *Rimsko obligaciono pravo*, Beograd, Naučna knjiga, str. 16.

<sup>62</sup> Радишић, Ј., 2004, стр. 126. Радишић у неправне двострано обавезујуће уговоре сврстава, примера ради, уговор о поклону са налогом или уговор о бесплатном пуномоћству у ситуацији када се властодавац оба- везује једино да пуномоћнику накнади трошкове заступања.

<sup>63</sup> Perović, S., 1980, str. 201.

<sup>64</sup> O’Sullivan, J., Hilliard, J., 2016, p. 16.

билатералних уговора и једна и друга уговорна страна има како права, тако и обавезе, односно, уједно је и поверилац и дужник. Може се рећи да је сваки уговор енглеског права – и унилатералан и билатералан – у ствари синалагматичан.

Билатерални *common law* уговор, попут оног континенталног, настаје у тренутку када понуђени изјави или на други начин саопшти понудиоцу да у целости прихвата учињену му понуду. Код енглеских унилатералних уговора (само) једна уговорна страна се обавезује да ће, у случају извршења одређене противчинидбе друге стране, испунити своју обавезу. Друга страна не чини изјаву воље о прихватању испуњења чинидбе, па следствено томе, давалац обећања не може од друге стране захтевати принудно испуњење необећане престације. Унилатерални уговор сматра се закљученим када понуђени изврши предложену му престацију, након чега може захтевати од понудиоца да испуни обећану чинидбу.

Примера ради, обећање Мираша да ће се свом синовцу исплатити 500 перпера уколико текуће године истрчи Београдски маратон, према острвском схватању, спада у категорију унилатералних уговора јер се једна уговорна страна (Мираш) обавезала да исплати 500 перпера у случају испуњења противчинидбе друге стране, док се друга страна – синовац, није обавезала да исту изврши – односно да Београдски маратон истрчи. У случају да прималац обећања очекивану радњу ипак изврши, доћи ће до закључења унилатералног уговора, и стога ће синовац имати право да захтева исплату 500 перпера. Међутим, давалац обећања Мираш неће моћи захтевати од синовца да на марафону уопште учествује, пошто се овај на то није обавезао.

Према мишљењу појединих аутора, прималац обећања чак и „кад је прихватио услов,<sup>65</sup> у сваком тренутку може да одустане од њега, а давалац обећања не може судским путем да га натера на његово испуњење.”<sup>66</sup> Неиспуњењем претходно прихваћеног услова прималац обећања само губи право на стицање користи која му је била понуђена, али не би имао обавезу да га и испуни. Међутим, уколико прималац обећања да изјаву о прихвату понуде, уговор престаје бити унилатералан и постаје билатералан,<sup>67</sup> што даваоцу

<sup>65</sup> На овом месту употребљени термин *услов* не треба поистоветити са условом из чл. 74–76 Закона о облигационим односима (у даљем тексту: ЗОО), већ онај из чл. 229 ст. 1 истог закона. Настанак или престанак уговора који зависи од будуће неизвесне чињенице (услов) подразумева претходно постојање сагласности воља о правном дејству услова у односу на већ закључени уговор (чл. 74–76 ЗОО). „Услов” код јавног обећања награде (чл. 229 ст. 1 ЗОО) није „будућа неизвесна чињеница” претходно настале сагласности воља, већ критеријум на основу кога се утврђује да ли реални акт „учесника” правног односа (предвиђен на основу једностране изјаве воље) задовољава захтеве неопходне како би *учесник* постао *добитник*.

<sup>66</sup> Јовановић, Н., 2015, стр. 34.

<sup>67</sup> „[A] bargain initially unilateral but capable of becoming mutual.” – *New Zealand Shipping Co Ltd v AM Satterthwaite & Co Ltd (The Eurymedon)* [1975] AC 154, at167–168. У *obiter* делу (део судске одлуке који

обећања пружа могућност да од друге уговорне стране захтева испуњење овако преузете обавезе.<sup>68</sup>

Енглески унилатерални уговор може се прецизније објаснити посебним односом понуде и прихвата понуде. Наиме, давалац обећања (кога бисмо у домаћој терминологији означили термином понудилац) код унилатералног уговора се једнострано обавезује својим обећањем све дотле док га не повуче, док не истекне рок за који га је дао, односно док га понуђени не одбије, предложи његову измену, или његова радња у односу на обећање постане беспредметна (на пример, уколико синовац поднесе пријаву за учешће на Београдском маратону два месеца након што је исти одржан). Англоамеричка правна мисао „једностраност” унилатералног уговора препознаје у постојању само једног обећања, оног које даје давалац обећања, на које понуђени уместо изјаве о противобећању „одговара” искључиво конклюдентно: извршењем захтеване чинидбе. Другим речима, унилатералност овог типа уговора се открива у непостојању изјаве о прихвату понуде, пошто би на основу такве изјаве настао билатерални уговор. Прималац обећања код унилатералног уговора, дакле, не даје изјаву о прихвату понуде већ искључиво својом радњом, реалним актом, обавезује обећаоца-понудиоца на испуњење претходно обећане престације.<sup>69</sup> Тренутак извршења захтеване чинидбе од стране понуђеног сматра се тренутком закључења унилатералног уговора.

Један од најпознатијих примера енглеског унилатералног уговора је случај *Карлил*<sup>70</sup> из 1892. године. Компанија *Carbolic Smoke Ball* је крајем 1891. године у једном дневном часопису објавила упадљив оглас са обећањем да ће свакоме, ко би након што је две седмице употребљавао њихов производ према приложеном упутству, ипак оболео од прехладе или грипа, исплатити награду у висини од 100 фунти. У истом огласу је било посебно назначено да је у циљу потврде озбиљности ове намере, на рачун једне лондонске банке компанија уплатила депозит у висини од 1.000 фунти.

---

није део прецедента) одлуке из 1995. године (*Little v Courage Ltd* [1995] 70 P. & C.R.) према мишљењу Апелационог суда Енглеске и Велса, иако се принцип узајамног облигационог односа не може применити у случају унилатералног уговора, та околност не може онемогућити накнадно претварање унилатералног уговора у део билатералног.

<sup>68</sup> O’ Sullivan, J., Hilliard, J., 2016, p. 364.

<sup>69</sup> Довољно је да понуђени само отпочне са испуњењем понудом предвиђене чинидбе и сматра се да се обећање (понуда) више не може повући. „The father’s promise was a unilateral contract—a promise of the house in return for their act of paying the instalments. It could not be revoked by him once the couple entered on performance of the act, but it would cease to bind him if they left it incomplete and unperformed, which they have not done.” Lord Denning (*obiter*), *Errington v Errington Woods* [1952] 1 KB 290.

<sup>70</sup> *Carlill v Carbolic Smoke Ball Co* [1893] 1 QB 256.

Госпођа Луиза Карлил је почетком 1892. године, након дуже редове употребе наведеног производа, ипак оболела од грипа. Како је компанија писмене захтеве њеног супруга, који је био адвокат, очигледно игнорисала, гђа Карлил је поднела тужбу против компаније ради исплате обећаног износа и успела у спору. Енглески суд је посебно истакао да је примедба тужене компаније да до закључења уговора није дошло с обзиром на то да тужилца ни у једном тренутку није дала изјаву о прихвату понуде неоснована. Наиме, према мишљењу суда, како се у конкретном случају радило о унилатералном уговору, гђа Карлил је понуду туженог привредног друштва прихватила извршењем конкретне чинидбе, након чега је понудилац више није могао опозвати.

### 2.1.1. Аналогија са реалним уговорима

Наведена околност може да наведе на закључак да се однос билатералних и унилатералних уговора енглеског права да објаснити на начин на који се у европско-континенталним правима објашњава разлика између консенсуалних и реалних уговора. Консенсуализам као идеја да до закључења уговора долази већ на основу споразума, односно сагласности воља уговорних страна настаје још у старом Риму, међутим, све до нововековних грађанских кодификација (XIX век) које почивају на начелу „*solus consensus obligat*“, закључење уговора је у највећем броју случајева захтевало и примену одређене форме.<sup>71</sup>

Једну од таквих форми за закључење уговора, насталој још у римском периоду, откривамо у тзв. реалним уговорима.<sup>72</sup> Конкретно, у циљу закључења реалних уговора је поред сагласности воља било неопходно да једна уговорна страна оној другој преда одређену ствар.<sup>73</sup> Примера ради, према наведеном концепту уговор о новчаном зајму није се сматрао закљученим све док зајмодавац није зајмопримцу предао претходно обећани износ. Тако је и у нашем праву својевремено било прописано да у случају банкарског кредита споразум који претходи самој предаји новца није уговор о зајму, односно кредиту, већ обећање зајма или предуговор уговора о зајму.<sup>74</sup> Да модел реалног уговора још увек није сасвим ишчезао из нашег позитивног права проналазимо и у одредбама

---

<sup>71</sup> Perović, S., 1980, str. 187.

<sup>72</sup> У реалне уговоре се традиционално убрајају зајам (*mutuum*), послуга (*commodatum*), остава (*depositum*), и залога (*pignus*).

<sup>73</sup> „Уговор се закључује тек предајом ствари.” – Milošević, Lj., 1966, *Obligaciono pravo*, Beograd, Научна књига, str. 38.

<sup>74</sup> Чл. 113 и даље Закона о банкама и кредитним пословима *Сл. лист СФРЈ* бр. 12/1965.

Закона о облигационим односима који се тичу капаре.<sup>75</sup> Милошевић истиче да код реалних уговора један једностранни уговор претходи другом једностраном уговору, при чему је онај први предуговор а други реални уговор, па тако извршење предуговора представља закључење реалног уговора.<sup>76</sup>

Однос понуде и њеног конклюдентног прихвата као начина закључења унилатералног уговора енглеског права (форма *ad solemnitatem*) се у неколико сегмената, ипак, значајно разликује од европско-континенталног механизма реалних уговора.

Прва разлика тиче се тренутка настанка сагласности воља, односно англоамеричког споразума (*agreement*). Док код унилатералних уговора енглеског права до сагласности воља долази тек у тренутку када понуђени изврши захтевану престацију, до усаглашености воља уговорних страна код европско-континенталних реалних уговора долази пре извршења реалног акта – у тренутку закључења предуговора.

Друга разлика огледа се у субјекту чинидбе. Код реалних уговора давалац обећања се обавезао на одређену чинидбу – предају ствари – па до закључења уговора долази његовим испуњењем оне обавезе коју је сам и обећао. До закључења *common law* унилатералног уговора долази радњом коју врши друга страна (прималац обећања), која на тај начин прихвата дату јој понуду, при чему се тек у том тренутку постиже сагласност воља, односно долази до закључења уговора.

### 2.1.2. *Аналогија са једностраном изјавом воље*

Енглески унилатерални уговор се према неким писцима, у складу са европско-континенталним схватањима, не може ни сматрати уговором у правом смислу те речи. Примера ради, Јовановић сматра како „[j]едностранни уговори енглеског права су у српском праву, у ствари, једностране изјаве воље (једностранни правни послови), као посебан извор облигација“.<sup>77</sup> Повлачење паралеле између енглеског унилатералног уговора и једностранних правних послова Закона о облигационим односима, конкретно: јавно обећање награде или менични послови,<sup>78</sup> захтева неколико коментара.

---

<sup>75</sup> Чл. 79 Закона о облигационим односима (у даљем тексту ЗОО). Треба поменути да Комисија за израду Грађанског законика у свом Преднацрту није предвидела измене овог члана закона.

<sup>76</sup> Milošević, Lj., 1966, str. 38.

<sup>77</sup> Јовановић, Н., 2015, стр. 34.

<sup>78</sup> *Ibid*, стр. 35.

Енглеско право институт јавног обећања награде сврстава у категорију опште понуде за закључење уговора,<sup>79</sup> како је то посебно наглашено у већ поменутој одлуци *Карлил* из 1892. године.<sup>80</sup> У домаћој литератури се наводи како се правна природа онога што ми дефинишемо као јавно обећање награде у оквиру енглеског и англоамеричког права, односно у систему *common law*, означава као понуда за закључење уговора упућена неодређеном броју лица (тзв. *генерална понуда*).<sup>81</sup>

У српском праву лице које изврши огласом предвиђену радњу стиче право на награду иако исту није учинило због награде, односно чак и када за награду није ни знало. Другим речима, с обзиром на то да је у српском праву прихваћено становиште да јавно обећање награде „представља једностранни правни акт“ и посебан извор облигационих односа, извршење предвиђене радње је обичан реални акт који може да предузме и пословно неспособно лице, па тако за настанак обавезе даваоца обећања није потребан уговор.<sup>82</sup>

Са друге стране, према англоамеричком концепту јавног обећања награде као (генералне) понуде, она са собом повлачи и јасан захтев да је понуђени свесно и вољно прихватио понуђену награду. Ипак, треба приметити да је у *obiter* делу новије одлуке Високог суда Енглеске и Велса<sup>83</sup> примедба тужене стране о постојању стварне (животне) могућности прихвата понуде без сазнања о њеном постојању код јавног обећања награде, уз оgradu да се ради о околности о којој у конкретном случају не мора да одлучује, суд ипак навео да се ради о питању које је у оквиру енглеског права „отворено и значајно“<sup>84</sup>, уз навођење тренутно важећег општег правила уговорног права по коме се понуда за

<sup>79</sup> Јавно обећање награде је и према совјетском грађанском праву представљало општу „понуду учињену публици“ у циљу закључења уговора између понудиоца и лица које је радњу извршило, а не једностранни правни посао. – Агарков, М.М. и др., 1948, *Совјетско грађанско право*, Београд, Научна књига, стр. 400.

<sup>80</sup> У свом делу одлуке, судија Боуен закључује да је оглас објављен у новинама са обећањем о исплати награде од 100 фунти свакоме ко се разболи од грипа или какве друге прехладе у случају да уредно у периоду од две седмице користи одређено медицинско средство (чувену „угљену куглу“), у ствари, „понуда учињена целом свету [...] која рађа уговор са било ким ко иступи и испуни постављени услов“ – „It is an offer made to all the world; and why should not an offer be made to all the world, which is to ripen into a contract with anybody who comes forward and performs the condition?“ Lord Justice Bowen, *Carlill v Carbolic Smoke Ball Co* [1893] 1 QB 256.

<sup>81</sup> Радишић, Ј., 2004, стр. 312–313; Антић, О., 2012, *Облигационо право*, Београд, Правни факултет Универзитета у Београду, стр. [551].

<sup>82</sup> Радишић, Ј., 2004, стр. 313.

<sup>83</sup> *Great Eastern Shipping v Far East Chartering* [2011] EWHC 1372 (Comm).

<sup>84</sup> Струја која у оквиру енглеског права заговара могућност прихвата понуде код унилатералног уговора када се ради о обећању награде и у случају да понуђени није био свестан постојања понуде се позива на два нешто старија прецедента: *Gibbons v Proctor* из 1891. године и *Williams v Carwardine* из 1833. Међутим, делује да су у оба наведена случаја понуђени били свесни постојања награде и њених услова.

закључење уговора не може прихватити од стране лица које не зна за њено постојање<sup>85</sup>. Трејтел, у свом коментару, наглашава да уговор мора бити резултат сагласности воља, односно да за његово закључење није довољно да дође до случајне подударности жеља уговорних страна.<sup>86</sup>

Унилатерални уговор енглеског права се не може једнозначно довести у везу ни са нашим хартијама од вредности (меничним пословима), имајући на уму да су хартије од вредности строго формални правни послови који, пре свега, не могу да настану без постојања саме исправе (хартије), чија је садржина како у нашем тако и у англоамеричким правима, јасно предвиђена (*negotiable instruments*). Трејтел, истина, наводи да се, према мишљењу дела англоамеричке правне мисли, ситуација у којој банка на захтев свог клијента (најчешће купац) обавештава треће лице (продавац) да је у корист клијента одобрила неопозиви кредит уз обећање да ће том трећем лицу у случају презентовања јасно дефинисаних исправа исплатити одређени новчани износ, објашњава као вид унилатералног уговора (између банке и трећег лица). Као аргумент у корист таквог закључка наводи се околност да након што је обавестила треће лице, банка своје обећање не може опозвати, при чему треће лице на њено обећање не реагује противобећањем, већ простим презентовањем јасно дефинисаних исправа. Међутим, Трејтел наглашава да како је у наведеној ситуацији коначна обавеза банке перфектна већ у тренутку када је обавестила треће лице, односно пре него што је оно на било који начин реаговало на њено обећање, иста се не може подвести под уговорни механизам понуде и прихвата понуде унилатералних уговора.<sup>87</sup>

Основна разлика између хартија од вредности и унилатералних уговора енглеског права тиче се околности када настаје обавеза за издаваоца. Код хартија од вредности обавеза издаваоца настаје „у тренутку када издавалац преда хартију њеном кориснику”<sup>88</sup> и та обавеза је, као и код сваког једностраног правног посла настала без постојања „сагласности воља”<sup>89</sup>. Наиме, код хартија од вредности (на доносиоца) постојање *стварног права* (државина хартије) ствара оно *облигационо*: обавезу за њеног издаваоца према лицу које хартију презентује. Даље, ималац хартије од вредности, било код хартије на

<sup>85</sup> „The issue is an open one under English law and an important one [...] an offer cannot be accepted so as to generate a binding contract by someone who does not know that the offer has been made.” – Judge Mackie QC, *Great Eastern Shipping v Far East Chartering* [2011] EWHC 1372 (Comm).

<sup>86</sup> „The general view is that acceptance in ignorance of an offer cannot create a contract since the parties must reach agreement: it is not enough that their wishes happen to coincide.” – Treitel, G., 2015, p. 362 (2-048).

<sup>87</sup> *Ibid*, pp. 366–367 (2-055).

<sup>88</sup> Антић, О., 2012, стр. 554.

<sup>89</sup> „[П]равни посао је перфектан изјавом једне воље.” – *Ibid*, стр. 554.



име, било на доносиоца, не врши противчинидбу у замену за обавезу издаваоца, већ је сама околност да исту поседује довољан правни основ његовог права потраживања према издаваоцу.

Јовановић наводи: „У једностраним уговорима противчинидба примаоца обећања се не састоји у стварању користи за даваоца обећања, већ у предузимању неке друге допуштене радње у корист било ког лица или у уздржавању од радње, коју би иначе имао право да предузме, чиме ствара себи терет (непријатност).”<sup>90</sup> Чини се да англоамеричка правна мисао не дели овај став, с обзиром на то да се у литератури као примери унилатералних уговора наводе ситуације у којима је прималац обећања био у обавези да изврши одређене грађевинске радове на непокретности даваоца обећања (поправка куће, фарбање ограде, израда или поправка одређеног предмета, и овоме слично).<sup>91</sup> Својевремено је лорд Денинг<sup>92</sup> у одлуци *Ерингтон* из 1952. године<sup>93</sup> утврдио како је међу странакама у спору закључен унилатерални уговор. У конкретном случају, обавеза даваоца обећања била је пренос права својине на непокретности, а захтевана противчинидба примаоца обећања исплата преосталих месечних obroка на основу хипотекарног зајма. Како су уговорне стране биле отац, односно свекар, као понудилац са једне стране, те син и снаја као примаоци обећања са друге, понуђени су уместо изричитог пристанка својим редовним месечним уплатама закључили унилатерални уговор и могли захтевати пренос права својине на датој непокретности.

### 2.1.3. Тренутак закључења енглеског унилатералног уговора

Једна од нерешених дилема енглеског уговорног права када се ради о унилатералном уговору је питање у ком тренутку долази до његовог закључења – да ли је то тренутак када је прималац обећања у целости извршио захтевану противчинидбу или се може рећи да је уговор закључен на основу чињенице да је исти отпочео са њеним извршењем. Одговор на ово питање је веома значајан, с обзиром на то да одређује да ли је давалац обећања у могућности да повуче своју понуду (обећање) након што је понуђени већ започео са извршењем захтеване престације или тада то више није у прилици. Другим речима, да ли је према претходно датом примеру *Мираш* у могућности да повуче своје

<sup>90</sup> Јовановић, Н., 2015, стр. 34.

<sup>91</sup> „Suppose A says to B, 'If you build a garage on my land, I will give you \$1,000.'” – Wormser, M., 1916, *The True Conception of Unilateral Contracts*, *Yale Law Journal*, Vol. 26, Iss. 2, p. 139.

<sup>92</sup> Alfred Thompson Denning, 1899–1999.

<sup>93</sup> *Errington v Errington Woods* [1952] 1 KB 290.

обећање у тренутку када је његов синовац већ истрчао пола Београдског маратона, односно када се налази на свега неколико метара од линије циља?

Према нешто конзервативнијем схватању, пошто до закључења унилатералног уговора долази тек након што је понуђени тражену престацију извршио у целости, давалац обећања га до тог тренутка може и једнострано повући.<sup>94</sup> Овај став се заснива на схватању да код унилатералних уговора обе стране морају подједнако сносити ризик који са собом носи неизвесност његовог закључења. Уколико је прималац обећања желео да се заштити од оваквог исхода, он је у било ком тренутку могао својом изјавом о прихвату понуде „ојачати” унилатерални уговор претворивши га на тај начин у билатерални. Међутим, избором слободе да извршење захтеване престације у целости подреди и својој накнадној одлуци, понуђени свесно омогућује даваоцу обећања да га до тренутка потпуног испуњења захтеване престације повуче (како до тог тренутка до закључења уговора није дошло). У овом случају би понуђени евентуално могао од даваоца обећања да захтева компензацију било по основу накнаде штете (*tort*) или правно неоснованог обогаћења (*restitution*), али никако не на основу постојања уговора.<sup>95</sup>

Модернија схватања енглеског унилатералног уговора дозвољавају да је до његовог закључења могло доћи у ситуацији када је понуђени делимично испунио, или тек отпочео са извршењем захтеване чинидбе, па тако одређени број писаца покушава да пронађе аргументе због којих у случају делимичног извршења давалац обећања више није у могућности да га једнострано повуче. Према једном мишљењу, у тренутку отпочињања извршења захтеване престације, првобитна понуда даваоца обећања активира његово изведено, секундарно обећање да га учињена понуда обавезује до истека разумног рока неопходног за испуњење захтеване чинидбе у целости.<sup>96</sup> Према другима, оваква конструкција је исувише вештачка, те је много ближе стварности схватање како је до закључења унилатералног уговора (прихвата понуде од стране примаоца обећања) дошло у тренутку када је исти отпочео са извршењем захтеване престације.<sup>97</sup>

---

<sup>94</sup> Wormser, M., 1916, pp. 137–139. Према цитираном мишљењу, одабиром закључења унилатералног уговора његове стране у ствари задржавају могућност његовог опозива („покајања” – *locus poenitentiae*) све док чинидба примаоца обећања не буде извршена у целости. Наиме, и Мирашев синовац (прималац обећања) је у могућности да након што је претрчао половину Београдског маратона, без обзира на разлог такве одлуке (умор, одустанак, телефонски позив бивше девојке да жели да поразговара са њим), од истог без икаквих правних последица просто одустане.

<sup>95</sup> Wormser, M., 1916, p. 139.

<sup>96</sup> McGovney, D., 1931, *Irrevocable Offers, Selected Readings on the Law of Contracts: From American and English Legal Periodicals*, pp. 300–306.

<sup>97</sup> Pollock, F., 1905, p. 21.

Коначно, околност на коју енглеско право такође не даје прецизан одговор, јесте значај сазнања даваоца обећања о испуњењу тражене чинидбе од стране понуђеног. Конкретно, шта се дешава у ситуацији када је прималац обећања већ извршио захтевану уговорну обавезу у целости, а давалац обећања пре него што то сазна повуче своје обећање? До овакве ситуације може лако доћи имајући на уму да прималац обећања код унилатералних уговора свој прихват понуде изражава *радњом* а не *саопштењем* упућеном даваоцу обећања. Чини се како је у овом случају енглеско право на страни примаоца обећања, пошто се према тамошњем схватању давалац обећања избором понуде унилатералног уговора одрекао<sup>98</sup> права да му се прихват посебно саопшти.

Правилно разумевање англоамеричке поделе уговора на унилатералне и билатералне, односно њене јасне неконзистентности са европско-континенталним једнострано и двострано обавезујућим уговорима је од нарочитог значаја управо у оквиру изучавања енглеског концепта основа уговорне обавезе (*the doctrine of consideration*). Тек ће јасно поимање захтева постојања противчинидбе у циљу постојања енглеског уговора, тамошњу „унилатералност” одвојити од оне континенталне, захтевајући промишљање које почива на уочавању неопходности размене чинидби, препознавањем да се основ разлике између *common law* унилатералних и билатералних уговора формира око тежишне тачке (будуће) размене уз одсуство противобећања, али не и противчинидбе. Другим речима, унилатерални *common law* уговор је онај код кога се на понуду не одговара изјавом о прихвату понуде (*acceptance*) већ противчинидбом (*consideration*).

## 2.2. Однос понуда – обећање

Анализа унилатералних и билатералних уговора енглеског права, као и до сада наведене карактеристике енглеског уговора, намећу потребу додатне анализе разлика које постоје између тамошњег *обећања* и *понуде*.

### 2.2.1. Понуда у европско-континенталној породици права

О правној природи понуде се и у оквиру европско-континенталне породице права и даље воде веома значајне полемике.<sup>99</sup> „Разговор је разговор, уговор је странама

<sup>98</sup> „Acceptance of a unilateral contract need not be communicated because the offeror is taken to have waived this requirement.“ – O’ Sullivan, J., Hilliard, J., 2016, p. 44.

<sup>99</sup> Perović, S., 1980, str. 274–276; Антић, О., 2012, стр. 312–315.

закон”,<sup>100</sup> чувена је сентенца Валтазара Богишића која на најпластичнији начин указује на јасну разлику између периода који претходи закључењу уговора и раздобља након што је до његовог закључења дошло. Као тренутак закључења уговора разуме се онај стадијум у преговорима када су се стране усагласиле о његовим битним састојцима. Правна формулација досезања нивоа усаглашености између учесника у преговорима на основу које долази до индукције уговора у оквиру европско-континенталних права је „сагласност воља”, док *common law* оптира за појам „споразум” (*agreement*). У оба европска правна система се као тренутак закључења уговора одређује чин прихвата понуде, односно моменат у коме понуђени (*offeree*) на недвосмислен начин саопштава понудиоцу (*offeror*) да је у целости сагласан са понудом која му је представљена и да је без резерве прихвата (*unqualified acceptance*). Елементарна грађа (будућег) уговора је омеђена садржином понуде у коју мора бити укључена суштинска укупност узајамног дужничко-поверилачког односа уговорних страна, или речима мађарског академика Колошварија<sup>101</sup>, понуда је „правна изјава која у себи садржи коначни нацрт могућег будућег уговора”.<sup>102</sup>

Поред понуде као правног конструкта уобличења основне садржине узајамних права и обавеза уговорних страна (битни састојци уговора), европска права познају и обећање. Примера ради, и одредбама нашег предратног грађанског права било је одређено да је уговор закључен онда кад „једна страна што *обећа*, а друга то прими или се изјасни да прима”.<sup>103</sup> Општи аустријски грађански законик<sup>104</sup> прописује да „[к]о се изјасни да хоће на некога да пренесе своје право, то јест да хоће нешто да му допусти, даде, да хоће нешто за њега да чини или да нешто ради њега не чини, тај чини *обећање*, али ако тај други прими обећање пуноважно, онда сагласношћу воља обеју страна настаје уговор.”<sup>105</sup> Истом одредбом одређено је да се као период преговора означава стадијум у коме обећање још није учињено, односно исто није примљено.

Анализа цитираних прописа наводи на закључак да аустријска правна традиција појмове *понуда* и *обећање* поистовећује, односно да их употребљава наизменично. Новија континентална законодавства не прибегавају овој врсти насумичне примене ова два

<sup>100</sup> Чл. 1020 Општег имовинског законика за Црну Гору.

<sup>101</sup> Kolosváry Bálint, 1875–1954.

<sup>102</sup> „Az ajánlat oly jognyilatkozat, mely egy jövőben esetleg kötendő szerződés kész tervezetét foglalja magában.” – Kolosváry, B., 1911, *A magyar magánjog tankönyve*, Budapest, Grill Károly könyvkiadóvállalata, old. 57.

<sup>103</sup> § 531 Српског грађанског законика.

<sup>104</sup> § 861 *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*.

<sup>105</sup> Цитирано према: Аранђеловић, Д., 1922, *Аустријски грађански законик*, Београд, Геца Кон, стр. 233.

термина, већ настанак уговора везује искључиво за тренутак у коме понуђени прихвата учињену му *понуду*. Може се приметити како Закон о облигационим односима „обећање” везује за изјаве уговорних страна о радњама које не спадају у опсег предмета уговора,<sup>106</sup> док се у неким одредбама тај израз односи и на његове битне састојке.<sup>107</sup> Мишљења смо да је употреба појма „обећање” у Закону о облигационим односима везана за намере уговорних страна у односу на њихове будуће радње, без обзира да ли се те радње односе на битне састојке, односно одређене акцесорне или споредне уговорне обавезе.

У циљу даље анализе односа понуда-обећање неопходно је осврнути се на историјски развој ова два појма. У својој повесници европска права су уочила два вида настанка утуживих приватно-правних обавеза насталих на основу воље: уговор и обећање. Док се обавезност уговора, током времена, свела на заштиту постигнуте сагласности воља, правна заштита обећања је дуго времена почивала на моралној обавези даваоца обећања да се придржава дате речи, базираној на канонској забрани: „Не лажи!”<sup>108</sup>

Средњовековна схоластика је у свом походу на грађанско право развила концепт везаности онога ко даје обећање задатом речју.<sup>109</sup> Тако ће, примера ради, шпански теолог Сото закључити како „обећање није само ствар истине, већ и комутативне правде,”<sup>110</sup> на основу чега нешто доцније антверпенски језуита Лесије инсистира како обећање није само фактичка афирмација онога што ће давалац обећања учинити у будућности, већ је оно пренос права (*ius*), односно стварање обавезе (*obligatio*),<sup>111</sup> наглашавајући како се обавезност добротних обећања заснива на страху од смртног греха (*obligare sub peccato mortali*).<sup>112</sup> Коначно, у својој анализи утицаја измењених околности на опстанак

<sup>106</sup> Чл. 316 ЗОО – обећано обезбеђење; чл. 538 ст. 2 ЗОО – обећање саобразности.

<sup>107</sup> Примера ради, код уговора о зајму, законодавац покретне ствари које зајмодавац предаје зајмопримцу описује као „одређене” (чл. 559) односно „обећане” (чл. 560).

<sup>108</sup> Мочиа, L., 1994, Promessa e contratto (Spunti storico-comparativi), *Rivista di diritto civile*, 6/1994, p. 819.

<sup>109</sup> На овај начин средњовековни уговор умногоме подсећа на механизам римске стипулације.

<sup>110</sup> „Enimvero promittere non pertinet simpliciter ad virtutem veritatis, sed reducitur ad commutativam iustitiam.” – Soto, S., 1582, *De iustitia et ivre*, Libri septimi, Qvæstio secvnda, Articvlvs I, Lugdvni [Lyon], Bartholoævm honoratvm, 1582, p. 225. (<https://books.google.rs/books?id=EmpE-ABaie0C&>, 08. 3. 2020).

<sup>111</sup> „Primo, quia promittere non tantum est affirmare sed daturm vel facturum, sed ulterius est se obligare alter est consequender ius illi tribuere ad exigendum. Unde dici solet, promissionem parere debitum. Secundo, quia inde sequeretur, eum qui promittit non magis obligari quam eum qui absque promissione affirmat se facturum, quod constat esse falsum communi hominum usu et sensu.” – Lessius, L., 1634, *De ivre et iustitia compendivm*, Capvt sextvm, Qvastio XI, Dvaci [Douai], Gerardvm Pincnon Typographum, pp. 74–75. (<https://books.google.rs/books?id=c6OlZbV1mbYC&>, 08. 3.2020).

<sup>112</sup> Утицај религије (или страха од Страшног суда) на питање уређења и обавезности приватних дужничко-поверљачких односа не појављује се само у средњовековној хришћанској Европи. Основ обавезе римског уговора настало церемонијалним изговарањем свечаних формула – стипулација – дуго времена је почивао на култу, односно страху од одмазде ђудљивих богова.

унилатерално преузете обавезе, шпански језуита Оњате закључује како су обећања попут закона које појединци намећу сами себи.<sup>113</sup>

Према схватању професора Гамса, средњовековно канонско право је позитивно утицало на развој грађанског права јер га је ослобађало формализма, задржавајући само једну форму „својствену хришћанском спиритуализму – заклетву”.<sup>114</sup> Перовић истиче како је управо ова врста посебне промисорне заклетве (*serment promissoire*) извршила велики утицај на даљу историјску еволуцију консенсуализма.<sup>115</sup> Овај утицај, без сумње, проналазимо у подударности „корена” настанка обавезе како на основу заклетве, тако и споразума: вољи субјекта, или субјеката на кога, односно које, се обавеза односи. У том смислу, Ковачевић Куштримовић примећује како се у канонском праву вољи у правном послу даје морална и религиозна вредност, претварајући је тако у „услов ангажовања човека у правном промету”<sup>116</sup>.

Од времена Хуга Гроција, који је посебно указао на разлику између прихваћеног и неприхваћеног обећања (*toezegging – belofte*)<sup>117</sup>, претежна правна мисао континенталне Европа прихвата концепт неутуживости обећања које није посебно прихваћено од стране његовог примаоца, извршивши на тај начин снажан утицај на решења великих грађанских кодификација XIX века. Тако, Наполеонов *Code Civil*, усвојивши поменуто начело консенсуализма, експлицитно не уређује питање једностранних обећања, док нешто касније грађанске кодификације Италије и Немачке настанак обавезе везују искључиво за постојање сагласности воља.<sup>118</sup> Ипак, то не значи да је концепт обавезујућег обећања у целости ишчезао из европског правног миљеа.

<sup>113</sup> „[P]romissiones sint quædam leges, quas sibi ipsis privati imponunt.“ – Оњате, Р., 1647, *De contractibus lvcrativis*, Tomvs Secundus, Tractatvs IX, Disp. XXIX, Sectio XI, Romæ, Typographia Francisci Caballi, p. 128 ([https://books.google.rs/books?id=fLVFAAAАсААЈ&\\_](https://books.google.rs/books?id=fLVFAAAАсААЈ&_), 08. 3. 2020). Упореди: „Уговор везује стране уговорнице као закон.” – Константиновић, М., 1969, *Облигације и уговори: Скица за Законик о облигацијама и уговорима*, Београд, Правни факултет у Београду, стр. 15 (члан 1 став 3).

<sup>114</sup> Гамс, А., 1959а, *Увод у грађанско право*, Београд, Научна књига, стр. 21.

<sup>115</sup> Perović, S., 1980, str. 186-187.

<sup>116</sup> Ковачевић-Куштримовић, Р., Улога воље у уговорном праву, у: Ђекић, Д. (ur.), 1988, *Закон о облигационим односима: 1978–1988: књига о десетогодишњаци*, том 1, Београд, Savez удружења правника SR Србије, стр. 183.

<sup>117</sup> „Ut autem promissio ius trasferat, acceptatio hic non minus quam in dominii translatione requiritur, ita tamen ut hic quoque præcedent rogatio durare intelligatur, ac vim habere acceptationis.“ – Grotius, H., 2005, *The Right of War and Peace*, Book II, Indianapolis, Liberty Fund, p. 259.

<sup>118</sup> Vagni, L., 2011, The Enforceability of Promises in Scotland and In the European Contract Law: a Comparative Analysis From an Italian Perspective, *Comparative Law Review*, Vol. 2, No. 1, pp. 2–3.

### 2.2.2. Шкотско право

Као најзначајнији пример се у том смислу истиче шкотско право. Чувени шкотски државник и правник Џемс Стер<sup>119</sup>, иако сматра да уговори настају само у случају прихвата понуде (*agreement*), у складу са устаљеним тамошњим обичајем, у глави Х својих Институција<sup>120</sup> наводи да се давалац обећања мора сматрати обавезним према обећајнику (примаоцу) већ и на основу дате речи. На овај начин он долази до два паралелна извора обавезе на основу изјаве воље (*voluntary obligations*): уговор и обећање. Развојем шкотског права, нарочито после 1707. године,<sup>121</sup> када Дом (претежно енглеских) лордова постаје врховна судска инстанца Острва, а законодавна власт прелази у искључиву надлежност Парламента у Вестминстеру, дошло је до постепеног напуштања овог дуалитета. Поједини шкотски правници постојање обавезе на основу датог обећања објашњавају постојањем фикције о његовом претпостављеном прихвату.

Временом је дошло до потпуног одступања од Стеровог концепта постојања обавезе само на основу дате речи (обећања), па је тако почетком XX века Тротер<sup>122</sup>, дошао до закључка да чак и добродино обећање захтева постојање споразума између даваоца и примаоца обећања како би оно било правно обавезујуће.<sup>123</sup> У својој анализи односа обећања и понуде, Тротер сматра да док је правна обавезност понуде условљена њеним јасним прихватам, у случају обећања такав прихват се претпоставља.<sup>124</sup> Виљем Глог<sup>125</sup>, попут Тротера, одбацује могућност обавезности обећања без прихвата, сматрајући да се правна фикција прихвата може тумачити као одсуство одбијања од стране пријемника у разумном року.<sup>126</sup>

<sup>119</sup> James Dalrymple Stair, 1619–1695.

<sup>120</sup> Stair, J., 1681, *The institutions of the law of Scotland deduced from its originals, and collated with the civil, canon, and feudal laws, and with the customs of neighbouring nations*, Edinburgh, Printed by the heir of Andrew Anderson (<https://quod.lib.umich.edu/e/eebo/A61249.0001.001?view=toc>, 01. 3. 2021).

<sup>121</sup> 1. маја 1707. године је до тада персонална унија две острвске краљевине (Енглеска и Шкотска), прерасла у јединствену Краљевину Велику Британију, која ће постојати наредних сто година и 1808. године прерастати у Уједињено Краљевство Велике Британије и Ирске.

<sup>122</sup> William Finlayson Trotter, 1871–1945.

<sup>123</sup> „Even gratuitous promise requires agreement between the promisor and the promisee to this extent at least, that it must be not expressly or impliedly rejected by the latter. Otherwise it is not binding in law.” – Trotter, W., 2010, *The Law of Contract in Scotland*, Charleston, Gale, p. 1.

<sup>124</sup> „[T]he offer is the expression by words or conduct of willingness to enter into a definite and legally binding transaction with some other person or persons, whether definite or indefinite. It requires acceptance, while in the case of the promise acceptance is presumed.” – Trotter, W., 2010, p. 9.

<sup>125</sup> William Murray Glog, 1865–1934.

<sup>126</sup> Glog, W., 1929, *The Law of Contract: A Treatise on the Principles of Contract in the Law of Scotland*, Edinburgh, W. Green & Son, p. 25. (<https://archive.org/details/GlogOnContract2ndEd1929>, 12. 3. 2020).

Након Другог светског рата почиње период постепеног одвајања шкотског приватног права од оног енглеског, пре свега захваљујући напорима професора Томаса Смита<sup>127</sup>, дугогодишњег истакнутог члана тада још младе Комисије за шкотско право (*Scottish Law Commission*). Ово тело је 10. марта 1977. године објавило свој „Меморандум број 34“<sup>128</sup> у коме заузима јасан став да право мора обезбедити могућност да се одређена једнострана обећања имају сматрати обавезујућим без обзира на околност да ли их је понуђена страна претходно прихватила (*unilateral binding promise*). Комисија као примере наводи ситуације које бисмо у оквиру европско-континенталне породице права могли сматрати једностраним изјавама воље (обећање награде у случају проналаска нестале особе), али и оне који се тичу уговора (обећање да се понуда одржи у одређеном року, односно обећање будућег условног прихвата понуде).

Према тада изнетом мишљењу Комисије, шкотско право мора да садржи одредбе о обавезности озбиљно датих условних обећања, без захтева да она буду прихваћена, чак и у случају када се од друге стране не очекује реципрочна радња (доброчино обећање). У случају да једна од страна истиче како је обавезујуће дејство изјаве било условљено њеним јасним прихватам, терет доказивања те околности је на страни која би такав приговор истакла. На овај начин, Комисија је евидентно покушала да у оквиру шкотског права обнови ранију двојност извора вољних облигација (обећање/уговор) саобразно концепту Џемса Стера, односно да осигура одвојеност обећања од уговора. Као вододелница разликовања ова два института се наводи (не)постојање захтева за прихватам.<sup>129</sup> Иако је на овај начин Комисија очигледно одустала од ранијег концепта фикције о претпоставци прихвата од стране пријемника обећања, одређени проблеми јасног разграничења између обећања и уговора у оквиру шкотског права (чак и према признању саме Комисије) су ипак преостали.<sup>130</sup>

<sup>127</sup> Sir Thomas Broun Smith, 1915-1988.

<sup>128</sup> Scottish Law Commission, Memorandum No: 34, *Constitution and Proof of Voluntary Obligations: General Introduction and Summary of Provisional Proposals*, 1977. (<https://www.scotlawcom.gov.uk/files/8813/1350/5705/cm34.pdf>, 13. 3. 2020).

<sup>129</sup> „At least since the time of Stair, the law of Scotland, diverging in this respect from the laws of most other civil law systems of Western Europe, has not required, before an obligation is recognised as coming into being, that the promisee accepts the benefit of the promise made in his favour; it has consequently seen no need, as other systems have, to resort to the device of a presumed acceptance by the beneficiary in order to hold the promisor to his undertaking.” – *Ibid*, p. 5.

<sup>130</sup> „In some cases it may be difficult in Scots Law to decide whether a statement or proposal made by a party should be classified neither as a binding promise nor as an offer which will give rise to a legally enforceable obligation only if accepted.” – *Ibid*, p. 7.



### 2.2.3. Уговорно право Европске уније

Савремене тенденције развоја европског уговорног права (пре свега напори ка његовој даљој хармонизацији у оквиру Европске уније) експлицитно прихватају концепт могуће правне обавезности обећања и без његовог прихвата. Тако, Начела европског уговорног права<sup>131</sup> јасно утврђују да обећање које је учињено у намери да правно обавезе обећаоца и без прихватања понуде, обавезује га.<sup>132</sup> Чини се да се (услед одсуства захтева за прихватам обећања датог са намером да буде обавезујуће), ова одредба Начела издваја из општег режима уговора, и премешта у (континентални) простор једностраних изјава воље. Наиме, Начела у члану 2:101, као услове за закључење уговора предвиђају да: а) уговорне стране имају намеру да се правно обавезу (*the parties intend to be legally bound*), и б) оне постигну довољну сагласност без икаквих даљих захтева (*they reach a sufficient agreement*).<sup>133</sup>

Уколико је за правну обавезност обећања датог са намером да буде обавезујуће, без обзира да ли је оно прихваћено од друге стране, довољно постојање управо такве намере даваоца обећања, чини се да према одредбама Начела такав правни посао, пошто му недостаје елемент *сагласности страна*, у ствари, не представља уговор. Право утуживости, односно могућност истицања захтева за принудним испуњењем обећања, друга страна не заснива на његовом прихвату, па чак ни на самој изјави – обећању, већ на постојању намере даваоца обећања да буде правно обавезан својом једностраном изјавом – датим обећањем. Одредбе Начела које би се односиле на овакав правни однос су сведене на оне које се тичу доказа о постојању објективне намере даваоца обећања. Чини се да би се у том смислу морала применити одредба Начела којом се уређује питање разумног поступања страна.<sup>134</sup>

<sup>131</sup> *The Principles of European Contract Law* – више о овом пројекту Комисије за европско уговорно право – Дудаш, А., 2012, стр. 323–324.

<sup>132</sup> „A promise which is intended to be legally binding without acceptance is binding.” – Article 2:107, *The Principles of European Contract Law*. Превод члана 2:107 Начела на српски језик преузет из зборника *Načela evropskog ugovornog prava i jugoslovensko pravo*, priredio Vukadinović, R., 2001, Kragujevac, Pravni fakultet u Kragujevcu, str. 264.

<sup>133</sup> *Načela evropskog ugovornog prava i jugoslovensko pravo*, priredio Vukadinović, R., 2001, Kragujevac, Pravni fakultet u Kragujevcu, str. 262.

<sup>134</sup> „У смислу ових Начела сматра се разумним оно што би лица која поступају савесно и нађу се у истој ситуацији као уговорне стране, сматрала разумним. Приликом оцене шта се сматра разумним треба нарочито водити рачуна о природи и циљу уговора, околностима случаја и обичајима и пракси који владају унутар гране или професије у којој се ради.” – Члан 1:302, *Načela evropskog ugovornog prava* – преузето из: *Načela evropskog ugovornog prava i jugoslovensko pravo*, priredio Vukadinović, R., 2001, Kragujevac, Pravni fakultet u Kragujevcu, str. 260.

Други значајан документ уговорног права Европске уније је Нацрт оквирних правила<sup>135</sup>. Овај документ не одступа много од претходно наведених Начела. Правна обавезност уговора<sup>136</sup>, према овом Нацрту (члан II.1:103 став 1) односи се на уговорне стране, с тим да је унилатерални правни посао обавезујући за особу која га је предузела под условом да је она намеравала да он буде обавезујући без прихвата друге стране (став 2).<sup>137</sup>

#### 2.2.4. Обећање у англоамеричкој породици права

Даља анализа односа понуде и обећања захтева претходно одређење појма обећање као (а) једностране изјаве воље (попут јавног обећања награде), чија обавезност не почива на околности њеног прихвата од стране пријемника већ на чињеници учињеног обећања и (б) изјаве дате у периоду који претходи закључењу уговора, учињене са циљем његовог закључења. Наведени примери који су обавезност обећања заснивали већ на околности да је оно дато са јасном намером самообавезивања, искључујући захтев консенсуализма, термин обећање су разумели на први начин. Обећање чије је правно дејство условљено његовим прихватањем од друге стране, чинећи га тиме једном од честица будућег уговора, начин је на који је оно претежно заступљено у оквиру енглеског, односно *common law* уговорног права, доводећи га тиме у везу са понудом (*promise-offer*). Оваква конструкција је у енглеском правном амбијенту неопходна управо из разлога што се, примера ради, континентално јавно обећање награде (једнострано правно посао) у енглеском праву дефинише као унилатерално *common law* уговор (двострано правно посао).

Околност да енглеско право уговору углавном приступа кроз призму обећања (*promise*) дозвољава закључак да се у том систему закључење уговора не посматра само као тренутак у коме понуђени даје изјаву о безусловном прихвату дате му понуде, на основу чега долази до сагласности воља. Закључење уговора се пре свега посматра као процес, период током кога уговорне стране заједнички дефинишу свој будући правни однос. Може се рећи да енглески термин *contract formation*, који преводимо као закључење уговора, одговара код нас раније заступљеној формулацији „склапање уговора”, с

<sup>135</sup> *Draft Common Frame of Reference* – више о овом пројекту Дудаш, А., 2012, стр. 329–333.

<sup>136</sup> Уговор је дефинисан као споразум настао са намером да успостави обавезујући правни однос, у облику билатералног или мултилатералног правног акта.

<sup>137</sup> Анализом измена текста Нацрта оквирних правила, може се приметити како је Комисија првобитно предложен израз „унилатерално обећање” (*unilateral promise*) заменила формулацијом „унилатерални правни посао” (*unilateral undertaking*). Међутим, према тврдњи саме Комисије ова измена је искључиво језичке, а не правне природе.

обзиром на то да он у себи подразумева и путању постепеног приближавања страна уговорница до коначне сагласности њихових воља (преговори).<sup>138</sup>

О’Саливен и Хилард, у својој анализи понуде (*offer*), истичу како се она састоји од два основна елемента: 1) намере понудиоца да буде у правној вези са понуђеним под условом да исти у целости прихвати учињену му понуду, и 2) обећања понудиоца пропраћеног захтеваном противчинидбом понуђеног.<sup>139</sup> Дакле, обећање, као део понуде, према овом мишљењу представља изјаву једне стране којом она саопштава садржину своје будуће обавезе у случају да стране закључе уговор. Овакво схватање појма обећање се у целости поклапа са његовом употребом код *common law* унилатералних уговора код којих, речима Ешлија, прималац обећања не одговара својим противобећањем (*counter promise*) већ противчинидбом (*consideration*).<sup>140</sup>

Цитирани ставови се могу нешто боље разумети уколико се доведу у везу са запажањем професора Антића који понуду дефинише као „каузално обећање”<sup>141</sup>. Према његовом мишљењу, понуда у себи садржи податке о обећаној чинидби условљеној прецизираном противчинидбом понуђеног. Дакле, понуда у себи мора да садржи укупност будућег уговорног односа, при чему обећање представља њен једносмерни, индивидуални део, односно изјаву једне стране о чинидби стављеној у изглед другој страни, под условом постизања споразума. Како би се „просто” обећање претворило у оно „каузално”, односно како би се формулисала понуда, неопходно је да понудилац уз своју обећану чинидбу (обећање) дефинише и радњу коју очекује од друге стране. На овај начин би синоним *common law* појма „обећање” (*promise*) била европско-континентална „најављена престација” (предмет уговора),<sup>142</sup> па бисмо, сходно томе, цитирану тврдњу професора Антића могли исказати на начин да је понуда, у ствари, „каузално најављена престација”.

Разумевање правне природе понуде за закључење уговора у америчком праву се у највећем делу заснива на схватању да је обећање њена основна карактеристика. Овакво поимање највише подсећа на указану терминолошку непрецизност аустријске правне

<sup>138</sup> Упореди: Orlić, M., *Zaključenje ugovora*, u: Đekić, D. (ur.), 1988, *Zakon o obligacionim odnosima: 1978–1988: knjiga o desetogodišnjici*, tom 1, Beograd, Savez udruženja pravnika SR Srbije, str. 148.

<sup>139</sup> O’ Sullivan, J., Hilliard, J., 2016, p. 16.

<sup>140</sup> Ashley, C., 1910, *Offers Calling for a Consideration Other Than a Counter Promise*, *Harvard Law Review*, Vol. 23, No. 3, pp. 159-168.

<sup>141</sup> Антић, О., 2012, стр. 304.

<sup>142</sup> „*Common law* уговорно право уместо појма уговорне обавезе или престације, оперише појмом обећања.” – Дудаш, А., 2007, *Promissory estoppel*, алтернативни основ принудне извршивости уговорних обавеза у англосаксонском праву, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. XLI/3, стр. 495.

<sup>142</sup> *Ibid*, стр. 486.

традиције, која се могла пронаћи и у нашем предратном Грађанском закону. Примера ради, Ајзенберг истиче како капацитет понуђеног да својом изјавом о прихвату учињене му понуде успостави правну везу којом је понудилац везан, почива на чињеници да је понуда, у ствари, обећање. Околност да је обећање које откривамо у понуди за закључење уговора условљено, односно да оно обавезује његовог даваоца само уколико онај коме је упућено на дато му обећање одговори већ затраженим противобећањем, не мења његову суштинску нарав. Тако, Ајзенберг билатерални *common law* уговор дефинише као погодбу насталу на размени више обећања (*exchange of promises*), а онај унилатерални као погодбу насталу на размени једног обећања за једно испуњење (*exchange of a promise for an act*).<sup>143</sup>

Међутим, америчка правна мисао је недавно понудила и сасвим другачији став. Тако Тирсма прави значајну разлику између обећања и понуде. Према овом мишљењу обећање, и када је условљено неким будућим догађајем, обавезује већ у тренутку његовог саопштавања, што значи да се оно не може једнострано опозвати. Са друге стране, правно дејство понуде за закључење уговора је само по себи условљено неизвесношћу њеног прихвата оне друге стране. Наиме, уговор који настаје као резултат „поступка” учињене понуде и њеног прихвата симултано обавезује обе његове стране и тиме је суштински другачији од обећања које је по својој природи увек једнострано правно посао. Према овом мишљењу, ова разлика између понуде и обећања се најјасније очитује у механизму унилатералних уговора код којих, у ствари, нема „прихвата” понуде<sup>144</sup>, тако да је страна која је дала обећање њиме везана већ од тренутка када га је дала, без обзира када ће, и уопште да ли ће друга страна да реагује извршењем захтеване контрапрестације.<sup>145</sup>

### 2.2.5. Подударности и разлике понуде и обећања

Однос понуде и обећања може се подробније сагледати поређењем њихових подударности и разлика.

Орлић у својој анализи разлика између континенталне понуде и англоамеричког обећања<sup>146</sup> истиче како је континентална *понуда* „предлог за закључење уговора”, како

<sup>143</sup> Eisenberg, M., 2018, *Foundational Principles of Contract Law*, Oxford, Oxford University Press, p. 419.

<sup>144</sup> Чиме су они према Тирсми много ближи обећању него односу понуда – прихват.

<sup>145</sup> Tiersma, P., 1992, Reassessing Unilateral Contracts: The Role of Offer, Acceptance and Promise, *U.C. Davis Law Review*, Vol. 26, No. 1 p. 26.

<sup>146</sup> Орлић, М., 1996, Смисао понуде у европском и англо-саксонском праву, *Анали*, 2–3, стр. 107–119.

је дефинишу Закон о облигационим односима<sup>147</sup> и релевантни прописи других европских законодавстава<sup>148</sup>. Са друге стране, имајући на уму синалагматичност енглеског уговора, он указује на суштинску карактеристику тамошњег обећања, која се очитује као пандан континенталној понуди, истичући да је англоамерички давалац обећања, у ствари увек дужник. Управо ова околност се има разумети као суштина, енглеске доктрине *consideration*.

Када се ради о подударностима, пре свега се уочава како и понуда и обећање морају почивати на јасној намери будућег закључења уговора (*animus contrahendi*).<sup>149</sup> Иако нада да ће до уговора доћи „не твори ни право ни обавезу да се он закључи“<sup>150</sup>, присуство такве јасне намере приликом изјављивања понуде, односно обећања, неопходно је како би те изјаве произвеле правно дејство. Примера ради, у српском праву је одсуство намере да се уговор закључи један од основа захтева за накнаду штете савесној страни насталој у току трајања преговора.<sup>151</sup> Другим речима, уколико уговор разумемо као „сагласност воља“, и понуда и обећање се препознају као инструменти помоћу којих се одвија комуникација прецизне садржине те и такве *воље* између уговорних страна.

Даље, и обећање и понуда представљају једностране изјаве воље које саме по себи производе одређено правно дејство. Конкретније: обе изјаве обавезују даваоца да за „време њеног правног трајања“ поступи у складу са реакцијом примаоца. Тако, понуђени без икаквих резерви мора бити у могућности да се у целости ослони на учињену му понуду: он мора рачунати са постојањем сагласности понудиоца да ће безусловно ступити у онакав уговорни однос како га је својом понудом дефинисао, у случају да је понуђени без резерве прихвати.<sup>152</sup> На сличан начин, и давалац обећања је везан својим обећањем. Док се као део уговора обећање у оквиру европско-континенталне породице права може

<sup>147</sup> Чл. 32 ст. 1 ЗОО

<sup>148</sup> § 145 и даље немачког Грађанског законика; чл. 1326. и даље италијанског Грађанског законика: чл. 3. и даље швајцарског Законика о облигацијама.

<sup>149</sup> Значај постојања јасне намере понудиоца, односно даваоца обећања приликом закључења уговора, уочило је још и строго формално римско право. Наиме, у ситуацији када је глумац тужио свог колегу за износ који му је у току представе на сцени „обећао“ изговарајући сакралну свечану реч *Spondeo!* („Обећавам!“), суд је такву тужбу ипак одбацио – Станојевић, О., 1997, *Римско право*, Београд, Правни факултет Универзитета у Београду / Досије, стр. 271.

<sup>150</sup> Радишић, Ј., 2004, стр. 109.

<sup>151</sup> Други основ захтева за накнаду штете настале поводом преговора је непостојање основаног разлога за одустајање од намере за закључење уговора (чл. 30 ЗОО). У том смислу, Антић законску формулацију „без основаног разлога“ види као аргумент у прилогу свог закључка да је понуда каузално обећање, с обзиром на то да се приликом утврђивања (не)основаности одустајања од преговора, у ствари, води рачуна о основу, односно каузи уговора о ком су вођени преговори. – Антић, О., 2012, стр. 305.

<sup>152</sup> Jakšić, S., 1962, *Obligaciono pravo*, Sarajevo, Veselin Masleša, str. 102.

разумети као вид позива да се учини понуда, односно као вид иницирања преговора, *common law* обећање обавезује његовог даваоца на нешто другачији начин.

Ова особеност англоамеричког обећања почива на тамошњој *consideration* доктрини, односно категоричном одсуству правне заштите примаоца обећања који на обећану му чинидбу није одговорио обећањем противчинидбе. *Consideration*, дакле, као основ утуживости (*enforceability*) несавесне уговорне стране, правну заштиту пружа само односу који почива на двојцу „обећање-противобећање”, изостављајући из свог домета оне дужничко-поверилачке односе код којих једно од два обећања изостаје.

### 2.2.6. *Promissory estoppel*

Уочивши несавршеност оваквог приступа, односно могућност да строга или крута примена *consideration* доктрине, у складу са принципом *summum ius summa iniuria*, доведе до изразито неправичних резултата, енглеско право, тачније његов *equity* корпус, формирало је одређене механизме заштите примаоца обећања чак и у ситуацији када у односу страна недостаје обећана противчинидба. Тако је настао *promissory estoppel*.<sup>153</sup>

*Promissory estoppel*<sup>154</sup> „онемогућава даваоца (по правилу доброчиног) обећања да се позове на недостатак противобећања друге уговорне стране (тј. на одсуство *consideration*-а) да би избегао принудно извршење обећања које је он дао<sup>155</sup>, под условом да се прималац обећања поуздао у њему дато доброчино обећање и услед тога претрпео правно релевантну штету.”<sup>156</sup> Дакле, већ сама околност постојања обећања, без обзира на одсуство противобећања, у одређеним случајевима производи правно дејство које онемогућава да давалац обећања не поступа у складу са њим, под условом да се прималац обећања у исто поуздао.

Енглеско право овај институт подробно дефинише у *obiter* делу одлуке Високог суда Енглеске и Велса из 1946. године.<sup>157</sup> Иако формално не представља део енглеског

<sup>153</sup> Англоамеричко право омогућава утуживост једностранних доброчиних обећања и у ситуацији када су она учињена у нарочитој форми (*deed*). „Неутуживост неформалног обећања поклоне није непознат појам ни у европској, континенталној правној традицији, што више, чак би се могло рећи да је опште правило и у континенталном праву да се усмено дата обећања поклоне не могу принудно извршити.” – Дудаш, А., 2007, стр. 484.

<sup>154</sup> Према мишљењу професора Антића *promissory estoppel* има учинак перемпторног приговора, који би се могао упоредити са старом европском установом *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* – Antić, О., 2005, *Kauza*, *Pravni život* br. 10/2005 str. 843.

<sup>155</sup> На овом месту треба нагласити: само у случају да је давалац обећања уједно и тужилац, али не и тужени.

<sup>156</sup> Дудаш, А., 2007, стр. 486.

<sup>157</sup> *Central London Property Trust v High Trees House Limited* [1947] KB 130.

права,<sup>158</sup> ставови лорда Денинга изнети у овој пресуди су током времена добили снагу неупитног правног ауторитета. Према његовом мишљењу, странка се може позвати на *promissory estoppel* уколико у оквиру постојећег уговорног односа једна од страна обећа одређене измене (повољности) за другу страну, а прималац обећања се поузда у дато му обећање и поступи у складу са истим. У таквој ситуацији давалац обећања се спречава (*estopped* – обуздан) у својој намери да се о дато обећање оглуши уколико би такав његов поступак био у супротности са начелом еквитета (*equity*).<sup>159</sup>

На основу наведеног може се закључити да *promissory estoppel* у оквиру енглеског уговорног права усваја постојање правне везаности даваоца обећања само у случају да се дато обећање односи на измене већ постојећег дужничко-поверилачког односа, а не и уколико би се радило о једностраном доброчином обећању датом у току општих преговора.<sup>160</sup> Дакле, класична *common law* доктрина *consideration* обавезност уговорног обећања (понуђене престације) условљава постојањем противобећања (контрапрестације), при чему се као еквитетни коректив појављује условна заштита савесне стране у оквиру већ постојећег уговорног односа, у случају да се она и без понуђене противчидбе поуздала у дато јој обећање о одређеним погодностима. Тако се *promissory estoppel* може разумети и као акцесорни правни посао који без оног самосталног, у оквиру кога је настао, ни не може да настане.<sup>161</sup>

Примена института *promissory estoppel* је у енглеском праву донекле крња, или прецизније: својствена примени еквитета као извора права уопште. Конкретно, његова примена дозвољава се искључиво као вид заштите савесне стране која се поуздала у дато јој обећање, а не као основ за утуживост (*enforceability*) тако датог обећања. Ова околност се темељи на познатој сентенци лорда Денинга у пресуди Апелационог суда из 1951.

<sup>158</sup> Леди Арден (Mary Howarth Arden, 1947) у одлуци Апелационог суда из 2007. године (*Collier v P & MJ Wright Ltd* [2007] EWCA Civ 1329) аргументе судије Денинга у пресуди *High Trees House* означава као „изванредан *obiter dictum*“ (*‘brilliant obiter dictum’*).

<sup>159</sup> Како се *equity* у оквиру савременог англоамеричког права више не може сматрати принципом правичности, већ радије стандардом разумног (*reasonableness*), овај корпус енглеског права ће се, у овом раду означавати термином еквитет. Site, D., 2019, *Izvori engleskog prava*, Subotica, Lyceum iuris, str. 191–195.

<sup>160</sup> „[T]he promise must relate to *existing* legal rights, a significant limitation because it means there must be an existing legal relationship between the parties. Promissory estoppel cannot take the place of consideration when a contract is being *formed* for the first time between the parties, only [...] when existing contractual rights are being *varied*.“ – O’Sullivan, J., Hilliard, J., 2016, p. 121.

<sup>161</sup> Аустралијско право од друге половине XX века доводи у питање ограниченост примене института *promissory estoppel* на већ постојеће уговорне односе, претпостављајући могућност његове примене и као самосталног извора обавезе. – *Waltons Stores (Interstate) Ltd v Maher* [1988] HCA 7; Silink, A., 2015, Can Promissory Estoppel Be an Independent Source of Rights?, *The University of Western Australia Law Review*, Vol. 40, pp. 39–71.

године,<sup>162</sup> по којој се *promissory estoppel* може употребљавати само као штит, али не и као мач.<sup>163</sup> Другим речима, прималац обећања не може да примора даваоца обећања на његово испуњење, већ само да укаже на постојање обећања у случају да давалац обећања покуша судским путем да издејствује испуњење уговора као да његовог накнадног обећања није ни било. У слободном преводу: *promissory estoppel* се у енглеско право уводи као добри дух који може да испуњава жеље, али не и да поставља захтеве.

### 2.2.7. Коментар

Европско-континентална *понуда* као једнострана изјава воље свој правни учинак не производи самостално пошто до облигационог односа долази тек заједничким дејством понуде и прихвата понуде, или Антићевим речима: „Понуда није сама себи циљ, зато она и није правни посао.”<sup>164</sup> Континентално *обећање* ће се готово по аутоматизму примарно везати за обавезе које настају на основу једностраних правних послова, а тек изведено разумети као могуће означавање понуђене будуће престације као једног од делова учињене понуде.

Са друге стране, англоамеричко *обећање* је једностран правни посао, који је пре свега део уговорног права, а на које његов пријемник одговара такође једностраним правним послом, који може бити или противобећање (код билатералних уговора), или извршена противчинидба (код оних унилатералних). На овај начин англоамерички уговор се може разумети као механички збир два једностран правна посла: обећања и противобећања, на основу кога настаје споразум (*agreement*),<sup>165</sup> чиме је такав правни посао много више *bargain* него *contract*. У том смислу се билатерални *common law* уговор не закључује већ се склапа, односно настаје као резултат низа учињених обећања и противобећања (преговори), од којих се једна од комбинација формира као понуда, чији прихват доводи до споразума (*agreement*), односно уговора.

<sup>162</sup> *Combe v Combe* [1951] 2 KB 215.

<sup>163</sup> „Promissory estoppel is a defence not itself a cause of action. It is a shield not a sword.“ Lord Denning, *Combe v Combe* [1951] 2 KB 215.

<sup>164</sup> Антић, О., 2012, стр. 314.

<sup>165</sup> Даља анализа би захтевала утврђивање разлике између англоамеричког споразума (*agreement*) и европско-континенталне сагласности воља.



### 2.3. Начело савесности и поштења – *bona fide*

Уз одсуство добротних уговора, још једна значајна линија разграничења између енглеског и европско-континенталног уговорног права је тамошње одсуство општег принципа „добре вере”, или како се оно појављује у Закону о облигационим односима: начело савесности и поштења. Добра вера, као дериват римског *bona fide* мерила, постала је саставни део великих европских кодификација, међу којима су француски *Code civil*<sup>166</sup>, немачки *Bürgerliches Gesetzbuch*<sup>167</sup>, швајцарски *Zivilgesetzbuch*<sup>168</sup>, португалски *Código Civil*<sup>169</sup>, или украјински *Цивільний кодекс*<sup>170</sup>. Принцип добре вере, исто тако, проналазимо и у Бечкој конвенцији о уговорном праву из 1969. године, у којој је прописано да сваки пуноважан уговор обавезује стране уговорнице, које га имају извршити у доброј вери.<sup>171</sup>

Енглеско уговорно право, са друге стране, не познаје неко слично свеобухватно начело. Један од основних разлога ове позиције, сасвим сигурно, проналазимо већ у претежном одсуству системских норми у оквиру *common law* корпуса енглеског права уопште, с обзиром на његова основна својства насумичности и реактивности.<sup>172</sup> Како је претежним делом уређен у оквиру тамошњег судског прецедента, енглески уговор, у ствари, правно дефинише, тачније: конкретизује, непрегледан број судских одлука у појединачним споровима из чијег се мозаика назире његове, колико је то могуће, шире контуре. „Каучук норма”<sup>173</sup>, каква је континентална добра вера, није добродошла у правном амбијенту такве врсте, јер је њена примена лишена нормативне конкретизације и препуштена наизглед ничим ограниченом „осећању правичности” поступајућег судије.<sup>174</sup>

<sup>166</sup> „Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public.” – Art. 1104 *Code civil*.

<sup>167</sup> „Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.” – § 242 *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB).

<sup>168</sup> „Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln.” – Art. 2(1) *Schweizerisches Zivilgesetzbuch*.

<sup>169</sup> „Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” – Art. 422 *Código Civil*.

<sup>170</sup> „Зобов'язання має ґрунтуватися на засадах добросовісності, розумності та справедливості.” – *Цивільний кодекс україни*, стаття 509(3).

<sup>171</sup> „Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.” – Article 26 – *Pacta sunt servanda*. Ратификовани текст Конвенције преведен на српскохрватски језик гласи: „Сваки уговор на снази везује чланице и оне треба да га добронамерно извршавају.” – Бечка конвенција о уговорном праву („Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори и други споразуми” бр. 30/72).

<sup>172</sup> Šite, D., 2019, str. 7–8.

<sup>173</sup> У ред тзв. „каучук норми” сврставају се оне норме које су подложне екстензивном тумачењу и арбитрерној примени.

<sup>174</sup> Cartwright, J., 2013, *Contract Law*, Oxford / Portland, Hart Publishing, pp. 62–63.

Јовановић наводи сличне разлоге одсуства начела добре вере у енглеском уговорном праву, којима додаје још једно, по њему најзначајније, а то је да је за енглеске правнике „ово начело неприменљиво у већини уговора, па тиме и бесмислено”.<sup>175</sup> Ова неприменљивост начела добре вере огледа се у тамошњем схватању како су интереси уговорних страна у тој мери супротстављени, да их пре свега треба сматрати *супарницима*, а не *савезницима*. Примера ради, код уговора о продаји, продавац жели да уновчи одређено своје добро по што је могуће вишој цени, док је намера купца да новчани еквивалент вредности купљене ствари умањи колико је то могуће, без обзира на околност да је и сам свестан његове стварне (тржишне) вредности. Овакав став је изричито наведен у пресуди Апелационог суда Енглеске и Велса из 1992. године,<sup>176</sup> у којој лорд Акнер наглашава да је концепт преговарања у доброј вери инхерентно неспојив са сукобљеним позицијама страна које учествују у преговорима.<sup>177</sup>

### 2.3.1. Примена начела добре вере

Примедба енглеских правника да је начело добре вере, односно савесности и поштења, услед одсуства прецизних параметара примене, донекле проблематично, не доживљава се као неутемељена ни у оквиру европско-континенталне правне мисли. Примера ради, Перовић наглашава како суд приликом примене овог начела мора обратити посебну пажњу да не додељује неку своју правду, већ искључиво правду закона, односно да уколико и оде корак даље од закона, то не сме да учини без закона.<sup>178</sup>

Начело добре вере, како се то могло видети из цитираних одредби европских грађанских кодификација, се на Континенту реализује у два своја појавна облика: (а) као обавеза честитости у периоду преговарања, односно (б) обавеза доследности приликом извршења преузетих уговорних обавеза. На истом је становишту и Закон о облигационим односима, у чијем члану 12 проналазимо императивну норму да су стране облигационог односа *дужне* да се придржавају начела савесности и поштења како приликом његовог закључења, тако и код остварења права и обавеза из тих односа. Дакле, од лица која ступају у преговоре се очекује да имају намеру да закључе уговор, као и да од

<sup>175</sup> Јовановић, Н., 2015, стр. 52–53.

<sup>176</sup> *Walford v Miles*, [1992] 2 AC 128.

<sup>177</sup> „However, the concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations. Each party to the negotiations is entitled to pursue his (or her) own interest, so long as he avoids making misrepresentations.” – Lord Ackner in *Walford v Miles*, [1992] 2 AC 128.

<sup>178</sup> Перовић, С., 2011, Предговор: Основна концепција Закона о облигационим односима, *Закон о облигационим односима*, Београд, Службени гласник, стр. 23.

преговора не одустану без основа, јер би у противном одговарали за штету коју би својим непримереним понашањем проузроковали другој страни.<sup>179</sup> Такође, без оправданог разлога, обавезе преузете приликом закључења уговора морају бити испуњене управо онако како гласе.<sup>180</sup>

Правна наука у обе европске породице права донекле је усаглашена како је примена начела добре вере отежана његовим недовољно прецизним разграничењем у односу на остале институте уговорног права настале у циљу корекције аутономије воље као примарног захтева уговорног права, оног без кога уговора, у ствари, ни нема. Тако ће Фарнсворт приметити како напори разграничења захтева добре вере од, примера ради, мана воље (принуда, претња, превара, заблуда), не иду даље од закључка да начело добре вере захтева нешто виши стандард од пуког одсуства мана воље, али не успевају и да дефинишу – колико „виши“?<sup>181</sup>

Стандард добре вере (*good faith*) није у потпуности непознат у оквиру енглеског уговора. Кларк наводи како се основе овог принципа могу јасно препознати у „прашини *common law* права”.<sup>182</sup> Коначно, све до времена Хенриха VIII, добра вера је морала у Енглеској бити присутна, ако ништа друго, оно као део канонског права.<sup>183</sup> У пресуди Краљевског судбеног стола из 1766. године<sup>184</sup> лорд Мансфелд у енглеско уговорно право уводи општи принцип „потпуне добре вере” (*uberrima fides*). Како је у конкретном спору суд одлучивао о питању принуде наплативости издате полисе осигурања, с обзиром на то да је корисник осигурања имао сазнања о објективним ризицима осигураног случаја које није саопштио осигуравачу, каснији развој енглеског уговорног права је захтев добре вере свео на уговоре о осигурању<sup>185</sup> и правне послове који захтевају узајамно

<sup>179</sup> „[С]трана која је водила преговоре без намере да закључи уговор одговара за штету насталу вођењем преговора. Одговара за штету и страна која је водила преговоре у намери да закључи уговор, па одустане од те намере без основаног разлога и тиме другој страни проузрокује штету.” – чл. 30 ст. 2–3 ЗОО.

<sup>180</sup> „Поверилац у обавезном односу је овлашћен да од дужника захтева испуњење обавезе, а дужник је дужан испунити је савесно у свему како она гласи.” – чл. 262 ст. 1 ЗОО.

<sup>181</sup> Farnsworth, A., 1987, Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations, *Columbia Law Review*, Vol. 87, Iss. 2, pp. 269–270.

<sup>182</sup> „[The] foundations of a general rule of good faith can be discerned in the common law dust.” – Clarke, M., 1993, The Common Law of Contracts in 1993: Is there a general doctrine of good faith?, *Hong Kong Law Journal*, Vol. 23, p. 318.

<sup>183</sup> Banakas, S., 2009, Liability for Contractual Negotiations in English Law: Looking for the Litmus Test, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho* 1/2009, p. 6. О утицају начела добрих обичаја (*bona mores naturales*, *bona mores civilis*) на уговоре канонског права: Perović, S., 1975, *Zabranjeni ugovori*, Beograd, Službeni list SFRJ, str. 12–15.

<sup>184</sup> *Carter v Boehm* (1766), 3 Burr. 1905, 97 E.R. 1162, at p. 1910.

<sup>185</sup> О примени принципа *uberrima fides* у англоамеричким уговорима о осигурању видети: Radović, Z., 2013, *Savesnost ugovorača osiguranja, Tokovi osiguranja*, god. 29, br. 3, str. 65–67. ([http://tokoviosiguranja.edu.rs/wp-content/uploads/2018/03/13-03\\_12.pdf](http://tokoviosiguranja.edu.rs/wp-content/uploads/2018/03/13-03_12.pdf), 23. 3. 2021).

поверење њихових страна. Овако је поступљено у страху да би један такав општи принцип отворио Пандорину кутију за какву *common law* уговор објективно није спреман.

Мора се признати да овакав приступ енглеских правника није у целости без основа, ово посебно из разлога што је и сам лорд Мансфелд добру веру, у ствари, разумео као одсуство преваре. Примера ради, дванаест година касније (1778), у одлуци *Павсон*,<sup>186</sup> Мансфелд истиче како према *lex mercatoria* сви трговински односи морају бити фер и поштени јер превара инфицира и ништи сваки трговачки уговор.<sup>187</sup>

Хиперактивност енглеске трговине индукована ресурсима које су осигуравале колоније, као и правни позитивизам заснован на захтевима либерално оријентисане тржишне привреде, довели су до формирања класичне енглеске теорије уговора као израза пре свега аутономије воље коју није потребно додатно спутавати. Задатак елиминације нежељених појава у промету био је поверен „невидљивој руци тржишта”, а општи принцип добре вере у амбијенту необузданог раста Источноиндијске компаније није ни могао да се нада нечем другом него да „умре природном смрћу”. Једини законом успостављени израз *bona fide* којим је Парламент у Вестминстеру одлучио да интервенише у *common law* сакрамент слободе уговарања је „куповина у доброј вери” настао као вид заштите савесног купца од невласника. Њега у енглеско право коначно уводи Закон о продаји покретних ствари из 1979. године (*Sale of Goods Act*), чија одредба посебно дефинише како се поступањем у доброј вери сматра свака радња која је учињена поштено (*done honestly*), било то намеравано или не.<sup>188</sup> У складу са општим принципима англоамеричке породице права, примена овог правног стандарда је у енглеском праву ограничена само на правне послове које уређује закон из 1979. године. У својој судској формулацији, куповина у доброј вери се разуме као принцип „чистог срца и празне главе”.<sup>189</sup>

Према мишљењу лорда Вилберфорса у пресуди Крунског савета (*Privy Council*) из 1975. године,<sup>190</sup> енглеско право се определило за претежно техничку и схематску доктрину уговора, ограничивши је пре свега на пуко питање примене, чак и по цену насилног и често неадекватног свођења чињеница на тржишне калупе понуде (*offer*), прихвата

<sup>186</sup> *Pawson v Watson* (1778), 2 Cowper, 785.

<sup>187</sup> „[B]y the law of merchants, all dealings must be fair and honest, fraud infects and vitiates every mercantile contract. Therefore, if there is fraud in a representation, it will avoid the policy, as a fraud, but not as a part of the agreement.” – Lord Mansfield in *Pawson v Watson* (1778), 2 Cowper, 785.

<sup>188</sup> „A thing is deemed to be done in good faith within the meaning of this Act when it is in fact done honestly, whether it is done negligently or not.” – Section 61(3) Sale of Goods Act 1979.

<sup>189</sup> *Lawson v Weston* (1801) 4 Esp 56.

<sup>190</sup> *New Zealand Shipping Co Ltd v A M Satterthwaite & Co Ltd* [1975] AC 154, p. 167.

понуде (*acceptance*) и противчинидбе (*consideration*).<sup>191</sup> У таквом амбијенту, општи принцип добре вере, сасвим извесно, није могао опстати.

Од времена приступа Уједињеног Краљевства Велике Британије и Северне Ирске Европској заједници 1973. године, концепти европско-континенталног права су уз велико негодовање тамошњих правника, мање-више, утицали и на специфичности *common law* екосистема. У сфери уговорног права, овај утицај се морао дотаћи и питања начела добре вере, као израза концептуалног одклона између Континента и Острва.

Примера ради, Директива 93/13 (ЕЕЗ) о неправичним клаузулама потрошачких уговора<sup>192</sup> у појединим својим одредбама експлицитно захтева примену принципа добре вере (*good faith*). Како државе-чланице имају обавезу усклађивања својих националних прописа са директивама Европске комисије, захтев добре вере је морао бити примењиван и на простору Уједињеног Краљевства. Иницијално су комисије за енглеско, односно шкотско право у својим инструкцијама домаћим правницима предлагале да недовољно јасан континентални принцип добре вере (*good faith*), с обзиром на то да би их могао навести на погрешна тумачења, замене тестом „поштеног и разумног” (*fairness and reasonableness*)<sup>193</sup> који је у енглеско право уведен одредбама Закона о неправичним уговорним клаузулама из 1977. године.<sup>194</sup>

Међутим, пре извесног времена је ова стратегија сходне примене енглеског теста „поштеног и разумног” (*fairness and reasonableness*) уместо недовољно јасног и сугестивног (*likely to mislead*) европског концепта добре вере напуштена. Према заједничком ставу комисија за енглеско, односно шкотско право из 2013. године, постојећа судска пракса европских и судова Уједињеног Краљевства је сасвим довољна како би принцип добре вере (*good faith*) био разумљив и енглеским правницима, док би даље инсистирање

---

<sup>191</sup> „English law, having committed itself to a rather technical and schematic doctrine of contract, in application takes a practical approach, often at the cost of forcing the facts to fit uneasily into the marked slots of offer, acceptance and consideration.” – Lord Wilberforce in *New Zealand Shipping Co Ltd v A M Satterthwaite & Co Ltd* [1975] AC 154, p. 167.

<sup>192</sup> Unfair Contract Terms Directive (93/13/EEC), *Official Journal of the European Communities* No L 95/29. (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31993L0013&qid=1616677071756&from=EN>, 25. 3. 2021).

<sup>193</sup> „Slightly more than half of our respondents agreed with the provisional proposal. Those who did so tended to favour the absence of a specific reference to good faith on the grounds that it was confusing and likely to mislead. [...] It will be easier for UK lawyers to apply than a more ‘European’ test which makes express reference to good faith. Therefore we still recommend that the test should be one of “fairness and reasonableness.” – Unfair Terms In Contracts, Report on a reference under section 3(1)(e) of the Law Commissions Act 1965, Law Com No 292, Scot Law Com No 199, 2005, par. 3.86, 3.89.

<sup>194</sup> Unfair Contract Terms Act 1977.

на супституцији добре вере енглеским тестом поштеног и разумног било непримерено.<sup>195</sup> Лорд Легат у пресуди Високог суда Енглеске и Велса из исте године<sup>196</sup> указује да се као три традиционална разлога због којих начело добре вере није добродошло у енглеској правној мисли наводе капиларни развој *common law* права, етос индивидуализма и проблематичност примене.<sup>197</sup> Међутим, у даљем тексту он експлицитно одбацује аргумент да је захтев за поштовањем континенталног принципа добре вере у испуњењу уговорне обавезе нејасан. Према његовом закључку, тест добре вере је објективан упркос околности да његова конкретизација захтева уподобљеност околностима датог случаја, с обзиром на то да начело *good faith* успоставља стандард понашања који се објективно може очекивати од разумне и савесне уговорне стране.<sup>198</sup> Мора се, међутим, признати да је имплементација добре вере у енглеском праву била ограничена на утицај прописа Европске уније, чија је даља судбина након недавног Бреگزита под великим знаком питања.

### 2.3.2. Принцип добре вере у појединим институтима енглеског права

Све наведено, ипак, не дозвољава закључак како су у енглеском праву преговори који претходе закључењу уговора, као и поступци уговорних страна током испуњења преузетих уговорних обавеза, у целости лишени захтева људскости, добре вере, односно

---

<sup>195</sup> „The test is now more familiar to a UK audience, and has acquired a significant body of domestic and European case law to interpret it. It no longer appears to give rise to much confusion. We have been persuaded that the benefits of changing the formulation do not outweigh the risks of introducing new uncertainties. We also agree that if we are to keep the current UTD test, it would be inappropriate to add further factors to it. – Unfair Terms in Consumer Contracts: Advice to the Department for Business, Innovation and Skil, The Law Commission and The Scottish Law Commission, March 2013, par. 6.42.

<sup>196</sup> *Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corporation Ltd* [2013] EWHC 111.

<sup>197</sup> „Three main reasons have been given for what Professor McKendrick has called the ‘traditional English hostility’ towards a doctrine of good faith. The first is the one referred to by Bingham LJ in the passage quoted above: that the preferred method of English law is to proceed incrementally by fashioning particular solutions in response to particular problems rather than by enforcing broad overarching principles. A second reason is that English law is said to embody an ethos of individualism, whereby the parties are free to pursue their own self-interest not only in negotiating but also in performing contracts provided they do not act in breach of a term of the contract. The third main reason given is a fear that recognising a general requirement of good faith in the performance of contracts would create too much uncertainty. There is concern that the content of the obligation would be vague and subjective and that its adoption would undermine the goal of contractual certainty to which English law has always attached great weight.” – Leggatt J in *Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corporation Ltd* [2013] EWHC 111, at 123.

<sup>198</sup> „Although its requirements are sensitive to context, the test of good faith is objective in the sense that it depends not on either party’s perception of whether particular conduct is improper but on whether in the particular context the conduct would be regarded as commercially unacceptable by reasonable and honest people. [...] [T]he fear that recognising a duty of good faith would generate excessive uncertainty is unjustified. There is nothing unduly vague or unworkable about the concept. Its application involves no more uncertainty than is inherent in the process of contractual interpretation.” Leggatt J in *Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corporation Ltd* [2013] EWHC 111, at 144, 152.

савесности и поштења. Аналогија која у том смислу може да послужи као аргумент у корист наведеног је она која се односи на материју људских права.

Наиме, све до доношења Закона о људским правима<sup>199</sup> 1998. године, у праву Уједињеног Краљевства није постојао обједињени законски акт или неки други пропис који би систематски уредио питање људских права. Доношење овог закона било је део нај-свеобухватнијих уставних промена икада спроведених на Острву. Ова околност нас никако не сме навести на закључак како у енглеском праву људска права све донедавно нису била посебно призната или поштована. Њих је и те како било, при чему су неки од релевантних правних извора документи који сежу дубоко у енглеску прошлост, чак до времена Велике повеље слобода, донете у време када је на нашим просторима владао Стефан Првовенчани.

Дакле, поданици енглеске круне су још од времена средњег века развијали свој особени концепт људских права, кроз документе попут Петиције о правима (*Petition of Right*) из 1628. године, Повеља о правима (*Bill of Rights*) из 1689. године, или закона као што је онај шкотски о Остварењу права (*Claim of Right Act*) из 1689. године или чувени *Habeas Corpus Act* из 1679. године. Одсуство њихове „каталогизације” какву на светску правну позорницу уводи француска Декларација о правима човека и грађанина (*La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*) из 1789. године или чувених првих десет амандмана америчког устава (*United States Bill of Rights*), не може бити прихватљив аргумент у прилог тврдње да њих у енглеском праву све до краја XX века није било.

На сличан начин, може се закључити да одсуство општег начела савесности и поштења у оквиру енглеског уговорног права није доказ чињенице да је *common law* уговор правни посао „лоше вере”. Лорд Бинам у *obiter* делу пресуде Апелационог суда из 1987. године посебно истиче како упркос околности да енглеско право нема прихваћен општи принцип добре вере, оно је у циљу решавања конкретних проблема несавесности у сфери уговорног права постепено развило један број својих института. Као неке од примера он наводи *equity* забрану несавесних погодби (*unconscionable bargains*), закона који посебно регулишу уговоре о продаји са задржавањем права својине (*hire purchase agreement*), те *common law* захтев потпуне добре вере (*utmost good faith*) код одређене врсте уговора (мисли се на осигурање, ортаклук, и слично).<sup>200</sup>

<sup>199</sup> *Human Rights Act* 1998.

<sup>200</sup> „English law [...] has developed piecemeal solutions in response to demonstrated problems of unfairness. Many examples could be given. Thus equity has intervened to strike down unconscionable bargains. Parliament has stepped in to regulate the imposition of exemption clauses and the form of certain hire-purchase agreements. The common law also has made its contribution, by holding that certain classes of contract require the utmost good

Правна установа несавесне погодбе (*unconscionable bargain*), примера ради, још један је од пластичних примера заштите коју енглески судови дају слабијој уговорној страни, у ситуацији када би придржавање преузетим уговорним обавезама било очигледно неправично. Услови за примену овог *equity* института су: а) страна која се позива на несавесност је слабија страна уговорног односа, б) страна која има јачи положај је очигледно поступала у намери да искористи слабост друге стране, в) одредбе уговора су неправичне, и г) слабија страна није била у прилици да се пре закључења уговора саветује са компетентном и непристрасном особом.<sup>201</sup>

### 2.3.3. (Не)савесност енглеских преговора

Континентални правници имају тенденцију да степен слободе учесника у преговорима, које *common law* омогућава полазећи од тамошњег инсистирања на њиховој алеаторној природи, узимају као примере енглеског одсуства начела добре вере. Први такав пример је прерогатив понудиоца да од учињене понуде у готово било ком тренутку одустане, за разлику од француског и немачког приступа код којих је таква намера нешто отежана.<sup>202</sup> Штавише, према судском прецеденту са краја XIX века, понудилац своју одлуку о повлачењу понуде може саопштити не само лично односно преко пуномоћника, већ и посредством било које особе за коју се може сматрати да понуђени у њено саопштење не би имао разлога да посумња.<sup>203</sup>

Енглеско уговорно право је током времена развило одређени број правних механизма којима се ова наизглед превелика слобода понудиоца ублажава. Пре свега, енглеска понуда је, како је већ наведено, много више обећање, него „само” понуда. Одлучивши се да предлог понудиоца примарно дефинише као обећање, у оквиру конзервативно сазданог енглеског друштва, за које се и данас може рећи да у одређеној мери почива на центлменској части, сасвим сигурно је утицало на околност да се напорима за закључење уговора приступа „савесно и поштено”, не толико због постојања конкретне правне

---

faith, by treating as irrecoverable what purport to be agreed estimates of damage but are in truth a disguised penalty for breach, and in many other ways.” Lord Bingham – *Interfoto Picture Library Ltd v Stiletto Visual Programmes Ltd* [1987] EWCA Civ 6.

<sup>201</sup> O’ Sullivan, J., Hilliard, J., 2016, pp. 293–294.

<sup>202</sup> Zweigert, K., Kötz, H., 1998, pp. 356–364.

<sup>203</sup> *Dickinson v Dodds* (1876) 2 Ch D 463. „Communication of the withdrawal of the offer can be made by any reliable third party.” – Turner, C., 2007, *Unlocking contract law*, London, Hodder Arnold, pp. 32–33.



санкције одсуства добре вере, већ управо због значаја који се личном угледу у датом друштву и даље придаје.<sup>204</sup>

Поред ове „меке силе”, енглеско право је формирало и одређени број конкретних правних института у циљу заштите понуђеног, као што су, већ поменути, *promissory estoppel* или механизам унилатералних уговора. У ову категорију се може уврстити и донекле контроверзна теорија отпослања (*mailbox rule*). Иако је *mailbox rule*, како на Континенту, тако и од стране одређеног броја енглеских правника често (чини се с правом) оспоравано као могући узрок правне несигурности, оно је несумњиво израз тежње да се понуђеном обезбеди нешто виши степен заштите у односу на понудиоца који, након што је понуђени предао пошти (конкретно: убацио у поштанско сандуче) писмено изјашњење о прихвату понуде, није у могућности да исту повуче. Енглески правници овакво решење објашњавају на начин да је понудилац избором да уговор закључи путем размене писама сам прихватио ризик губитка или нестанка писма од стране понуђеног, који након што је писмо предао пошти није у могућности да утиче на то шта ће се са његовим писмом даље догађати.<sup>205</sup> Правило да се уговор закључује у тренутку отпослања прихвата понуде није непознато ни у оквиру европско-континенталне породице права. Пример је решење прихваћено у швајцарском праву.<sup>206</sup>

Као додатни показатељ одсуства начела савесности и поштења у оквиру енглеског уговора на Континенту се наводи чињеница да учесници у преговорима нису у обавези другој страни да саопште све недостатке ствари о чијем промету преговарају (*no duty to disclose*), односно да се чак и њихово ћутање на конкретно питање о одређеном својству ствари не доживљава као одржавање друге стране у стању заблуде. Наиме, сматра се како сваки разумни учесник у преговорима треба самостално, у односу на околности случаја, да процени значај ћутања друге стране на конкретно постављена питања. У том смислу, Јовановић закључује како енглеско уговорно право одликује „готово потпуно одсуство правне заштите преговарача”<sup>207</sup>, те да оно не успоставља ни „дужност преговарача да

<sup>204</sup> Утицајни део правне науке истиче како је дефинисање права кроз призму „државне санкције” изразито редукционистичко, па се тако према овом мишљењу *право* не сме свести на норму заштићену санкцијом, јер се у санкцији открива само њен „резервни механизам” (у случају непоштовања диспозиције), већ је право, пре свега, „каталог одабраних вредности” које се испољавају као диспозиције. – Харт, Х., 2013, *Појам права*, Београд, Правни факултет Универзитета у Београду / Службени гласник, стр. 99–101.

<sup>205</sup> O’ Sullivan, J., Hilliard, J., 2016, pp. 29–31.

<sup>206</sup> „Уговор закључен између отсутних производи своје дејство од тренутка, кад је изјава о пријему предата ради одашиљања.” Швајцарски Законик о облигацијама, чл. 10 ст. 1; цитирано према; Марковић, Ч., 1925, стр. 131.

<sup>207</sup> Јовановић, Н., 2015, стр. [69].

преговоре воде савесно”.<sup>208</sup> Као разлоге оваквог приступа наводи како су енглеске судије несклоне да пресуђују спорове на основу општих правила, поимајући континенталну дужност савесног преговарања као одвећ неодређену јер омогућује самовољу судова, затим да се од преговарача не може захтевати међусобна приврженост или лојалност, и коначно, да преговарачи нису дужни да „откривају” чињенице на којима заснивају свој положај у преговорима.<sup>209</sup>

Ипак, одсуство опште дужности давања података другој страни је модификовано већим бројем конкретних захтева у којима учесници у преговорима не могу да „прећуте” чињенице које су им познате. Јовановић наводи шест таквих случајева: нове околности настале током преговора, скривене мане ствари у продаји, када обичаји у продаји налажу саопштавање одређених чињеница, приликом закључења уговора код којих се захтева „потпуна добра вера” (*uberrima fides*), преговори између странака код којих се захтева лично међусобно поверење (на пример код пуномоћја) и коначно када је обавеза саопштавања прописана законом.<sup>210</sup>

#### 2.3.4. *Misrepresentation*

Приликом анализе преговора који претходе закључењу уговора, енглески правници истичу како се у њима неретко размењује велики број узајамних порука од којих су само неке значајне.<sup>211</sup> Из угла уговорног права, значајним изјавама се имају сматрати искључиво оне које су утицале на другу страну да одређени уговор закључи. *Common law* ове за уговор битне изјаве означава термином „саопштење” (*representation*), формирајући тако посебан правни институт заштите савесне стране у случају давања лажних, односно погрешних саопштења – *misrepresentation*.

У жељи да се објасни енглески *misrepresentation*, чини се за најопортуније довести га везу са одређеним карактеристикама заблуде и преваре као европско-континенталних типова мане воље. Пре свега, уочава се његово нешто шире поље примене. Наиме, за разлику од Континента, енглески *misrepresentation* познаје одговорност и у случају нехатног поступања стране која га је починила, за разлику од нашег захтева постојања намере изазивања или одржавања у заблуди друге уговорне стране.<sup>212</sup> Међутим, док се на

<sup>208</sup> *Ibid.*

<sup>209</sup> *Ibid.*, стр. [69]–70.

<sup>210</sup> Јовановић, Н., 2015, стр. 73.

<sup>211</sup> O’ Sullivan, J., Hilliard, J., 2016, p. [223].

<sup>212</sup> Јовановић, Н., 2015, стр. 86.

Континенту страна може одржавати у заблуди и пасивним држањем (ћутањем), енглески судови не деле такав став. У случају да страна у преговорима, након што уочи како је њен саговорник стекао погрешну представу о неком битном својству ствари о чијем промету преговарају, и на то је не упозори, неће бити одговорна зато што је уочену забуну просто прећутала. У пресуди Краљичиног судбеног стола из 1871. године<sup>213</sup> судија Кокберн посебно истиче како околност да изразито честит човек, сасвим сигурно, не би био спреман да незнање свог саговорача искористи, не мења чињеницу да би уговор настао у случају оваквог прећуткивања био правно обавезујући.<sup>214</sup>

Проблем правног квалификовања „прећутаног” у оквиру преговора захтева одређену анализу и у односу на српско облигационо право. Наиме, одредба Закона о облигационим односима (члан 61), предвиђа да страна која је у заблуди има могућност да захтева поништај уговора због битне заблуде само уколико је приликом његовог закључења поступала са пажњом која се у промету захтева. Мишљења смо да овако формулисана одредба дозвољава тумачење да прећутани податак о битном својству ствари у промету до кога се по редовном току ствари може релативно лако доћи не би представљао довољан основ за поништај тако закљученог уговора (примера ради, јавна или ноторна чињеница).

Са друге стране, одредба истог закона која се односи на превару (члан 65), поред санкционисања изазивања заблуде, противправним сматра и одржавање друге стране у заблуди у намери њеног навођења на закључење уговора. У том смислу се чини да би се ћутање једне стране о битним својствима ствари сматрало преваром, и као такво представљало довољан основ за поништај закљученог уговора. У том смислу се у домаћој литератури најчешће указује на пресуду Савезног врховног суда из 1959. године<sup>215</sup> у којој је купцу омогућен раскид уговора са образложењем да га је продавац ћутањем одржавао у заблуди о правном својству земљишта које му је продао.

<sup>213</sup> *Smith v Hughes* (1871) LR 6 QB 597.

<sup>214</sup> „The buyer persuaded himself they were old oats, when they were not so; but the seller neither said nor did anything to contribute to his deception. He has himself to blame. The question is not what a man of scrupulous morality or nice honour would do under such circumstances. The case put of the purchase of an estate, in which there is a mine under the surface, but the fact is unknown to the seller, is one in which a man of tender conscience or high honour would be unwilling to take advantage of the ignorance of the seller; but there can be no doubt that the contract for the sale of the estate would be binding.” – Cockburn CJ in *Smith v Hughes* (1871) LR 6 QB 597.

<sup>215</sup> „Пошто је купац приликом уговарања куповине земљишта испољио своју побуду да купује ради грађења, дакле, купује грађевинско земљиште, а продавац је, прећутавши чињеницу да је то земљиште обухваћено постојећим регулационим планом за изградњу улице, одржавао купца у заблуди о намени земљишта, купац има право да захтева раскид уговора и повраћај плаћене куповне цене.” (Пресуда Савезног врховног суда Рев.1003/58 од 11. 4. 1959. године).

Према пресуди Апелационог суда Енглеске и Велса из 2004. године,<sup>216</sup> околност да је на јасно постављено питање купца непокретности: „Да ли постоји још неки податак за који сматрате да би купцу морао бити саопштен?“, продавац одговорио просто „Не!“, иако је знао да је свега неколико година пре тога у кући коју је продавао почињено стравично убиство, купцу није омогућен раскид уговора на основу института *misrepresentation*, са образложењем да је продавац искрено сматрао да такав податак није од нарочитог значаја за купца.

### 2.3.5. Дужност испуњења уговорне обавезе у доброј вери

Начело добре вере, осим у периоду преговарања, има велики значај и у фази испуњења закљученог уговора. Англоамерички концепт извршења уговорне обавезе не показује нека значајнија одступања од европско-континенталног концепта испуњења преузетих обавеза „у свему како оне гласе“. Ипак, треба нагласити да је према одређеним писцима, у англоамеричкој породици права евидентно одсуство смицалица јавних власти у осујећењу испуњења обавеза утврђених било на основу уговора или одлука надлежних органа, док је за велики број континенталних јурисдикција утврђена обавеза државе према „поданику“ без поступка њиховог принудног остварења само пука илузија.<sup>217</sup> Овакво стање поштовања обавеза од стране јавне власти чак и у ситуацији када се са њима не слаже је, према неким ауторима, последица концептуалне разлике између англоамеричке *владавине права* и континенталне *правне државе*.<sup>218</sup>

У одлуци Дома лордова из 1961. године,<sup>219</sup> лорд Рид истиче како је уговорна страна овлашћена да захтева испуњење уговора искључиво на разуман начин, те да суд неће подржати намере уговорне стране које су неразумне.<sup>220</sup> Како је већ било наведено захтев разумног, као супститут европско-континенталног захтева правичног, појављује се и у инструкцијама комисија за енглеско и шкотско право код примене Директиве 93/13 (ЕЕЗ). Сличну метаморфозу правичног у „оно што је разумно“ енглеско право је

<sup>216</sup> *Sykes v Taylor-Rose* [2004] EWCA Civ 299.

<sup>217</sup> Одлуке Европског суда за људска права о повреди Конвенције везано за извршне поступке против државе као дужника у односу на Републику Украјину (нпр. *Burmuch and Others v. Ukraine, Yuriy Nikolayevich Ivanov v. Ukraine*), Руску Федерацију (*Burdov v. Russia*), Републику Србију (*Каџарор and Others v. Serbia*), Републике Италије (*Immobiliare Saffi v. Italy; Ambruosi v. Italy*), Републику Румунију (*Pini and Others v. Romania*), и сл.

<sup>218</sup> Atiyah, P., 1995, *Law & Modern Society*, Oxford, Oxford University Press, p. 109.

<sup>219</sup> *White & Carter (Councils) Ltd v McGregor* [1961] UKHL 7.

<sup>220</sup> „[A] person is only entitled to enforce his contractual rights in a reasonable way, and that a Court will not support an attempt to enforce them in an unreasonable way.” – Lord Reid in *White & Carter (Councils) Ltd v McGregor* [1961] UKHL 7.

доживело и код свог *equity* корпуса права, које је од *права правичности* прерасло у *право разумног*.<sup>221</sup> Може се закључити како је европско-континентални концепт добре вере, односно савесности и поштења, у оквиру *common law* породице права добио свој нарочити израз у захтеву разумног. Иако ова два појма нису подударна, у њима се свакако откривају одређене сличности.

## 2.4. Начело еквивалентности

Енглески уговор, захваљујући доктрини *consideration*, почива на узајамности обавеза његових страна, на међусобној зависности њихових чинидби. Овакав уговор означавамо термином *синалагматичан* или бисмо, у одређеном смислу, могли рећи и *комутативан*. Континенталну конкретизацију термина *комутативан* дугујемо пре свега француској правној доктрини, с обзиром на то да је *Code civil* у свом ранијем члану 1104 дефинисао како је комутативан онај уговор у коме се свака страна обавезује да да или да чини неку ствар, која се сматра као еквивалент онога што се њој даје или што се за њу чини.<sup>222</sup> Определијујући се да изједначи појмове *комутативно* и *еквивалентно*, француско грађанско право је у европско-континенталну узајамност уговорних односа коначно уткало и захтев једнаке вредности давања његових страна.

### 2.4.1. *Laesio enormis*

Захтев једнаке вредности давања уговорних страна није био непознат пре француског *Code civil*-а. Иако је класично римско право било на становишту да је код уговора о купопродаји цена коју су стране уговориле слободна и не мора стајати ни у каквој вези са стварном вредности ствари, у посткласичном времену, по неким писцима од времена Диоклецијана, а по другима од Јустинијана, уводи се правило по коме је продавац непокретности, превасходно земљишта, био у могућности да захтева раскид уговора у случају да је на име продајне цена примио износ нижи од једне половине стварне тржишне вредности.<sup>223</sup> Средњовековни правници су ову појаву означавали као *laesio enormis*<sup>224</sup>, примењујући је као опште правило, не само као вид заштите продавца него сада и купца,

<sup>221</sup> David, R., 1960, *Uvod u privatno pravo Engleske*, Beograd, Institut za uporedno pravo, str. 126–127; Šite, D., 2019, str. 192.

<sup>222</sup> Марковић, Ч., 1925, стр. 9.

<sup>223</sup> Eisener, V., Horvat, M., 1948, *Rimsko pravo*, Zagreb, Nakladni zavod Hrvatske, str. 420; Stojčević, D., 1954, str. 80–81; Гамс, А., 1959а, стр. 197; Puhan, I., 1974, *Rimsko pravo*, Beograd, Naučna knjiga, str. 315; Станојевић, О., 1997, стр. 294–295.

<sup>224</sup> Назив потиче од глосатора.

односно не само код продаје непокретности већ и покретних ствари, као и код уговора о закупу, размени, поравнању, па чак и код поклона.<sup>225</sup> Тако је, примера ради, у зборнику са краја XIII века „Обичаји бовеански“<sup>226</sup> Филипа де Боманоара забележен приговор продавца да му је на име продајне цене исплаћен износ нижи од половине тржишне вредности ствари (*laesio enormis*).<sup>227</sup>

Током средњовековне примене овог правила наилазило се на много више питања него ли одговора. Немачки правник и филозоф Кристијан Томас је *laesio enormis* упоредио са хидром пошто је, према сопственом признању, на сваки појединачни покушај објашњења овог правила открио по тридесетак додатних нејасноћа.<sup>228</sup> Прецизнији критеријуми *очигледне несразмере* у односу вредности узајамних давања уговорних страна су се у Европи колебале од преовладавајуће посткласичне римске једне половине, преко две трећине у региону Витемберга (*Württembergisches Landrecht*), до и данас важећих „шармантних“<sup>229</sup> седам дванаестина француског Грађанског законика.<sup>230</sup> Временом се утврдило да су наведена лутања техничког карактера, односно да проблем примене правила *laesio enormis* лежи у нечем сасвим другом. Пре свега, неопходно је усагласити се да ли постоји једна, универзална, правична цена сваке ствари у промету, која би се онда примењивала као основни критеријум за утврђивање (не)постојања очигледне несразмере.

Економска наука (прецизније: њен либерални део) негира постојање објективног параметра те врсте. „Вредност” је израз оцене искључиво уговорних страна, а никако неког трећег.<sup>231</sup> Речима Томаса Хобса „[в]редност свих ствари о којима је закључен уговор мери се према апетиту уговарача, па је стога праведна вредност она коју су они спремни да дају.”<sup>232</sup> Узрочник захтева за правном корекцијом слободе уговарања у

<sup>225</sup> Zimmermann, R., 1992, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, Wetton, Johannesburg, Juta & Co, Ltd, p. 262.

<sup>226</sup> Philippe de Beaumanoir, *Les coutumes du Beauvoisis*.

<sup>227</sup> Stein, P., 2004, *Roman Law In European History*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 66.

<sup>228</sup> Luig, K., Bemerkungen zum Problem des gerechten Preises bei Christian Thomasius, In: Pollok, K. H., (hrsg.), 1981, *Tradition und Entwicklung, Gedenkschrift für Johann Riederer*, Passau, Passavia-Universitätsverlag, S. 167.

<sup>229</sup> „[T]he charmingly extravagant figure of five-twelfths in the French code civil.” – Zimmermann, R., 1992, p. 264.

<sup>230</sup> „Si le vendeur a été lésé de plus de sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente, quand même il aurait expressément renoncé dans le contrat à la faculté de demander cette rescision, et qu'il aurait déclaré donner la plus-value.” – *Code civil*, Art. 1674.

<sup>231</sup> „The value of a thing [...] must be in its nature fluctuating, and will depend upon ten thousand different circumstances. One man, in the disposal of his property, may sell it for less than another would. He may sell it under a pressure of circumstances, which may induce him to part with it at a particular time. If courts of equity were to unravel all these transactions, they would throw every thing into confusion, and set afloat the contracts of mankind.” – Story, J., 1878, *Commentaries on the Law of Bailments*, Boston, Little Brown, note 153.

<sup>232</sup> Hobz, T., 1961, *Levijatan*, Beograd, Kultura, str. 132.

односно на неједнакост узајамних давања уговорних страна дугујемо средњовековним покушајима фузије хришћанских врлина и грађанског права. Руковођена својим циљевима, схоластика удружена са школом природног права је једнакост вредности узајамних давања дефинисала као један од основних начела уговорног права. Тома Аквински<sup>233</sup> и родоначелник Школе природног права Хуго Гроције<sup>234</sup>, позивајући се на аристотеловске постулате комутативне правде,<sup>235</sup> готово инцидентни пример *laesio enormis* забележен у *Codex Iustinianus* (C.4.44.2.) уздижу на ниво начела, закључујући како је свако одступање од правичне цене противправно.<sup>236</sup>

#### 2.4.2. Принцип прекомерног оштећења данас

Данас *laesio enormis* проналазимо у појединим европско-континенталним правима као експлицитно, готово математичко правило, примера ради у већ цитираном члану 1674 француског Грађанског законика, или у § 934 Општег аустријског грађанског законика.<sup>237</sup> Грађанске кодификације које настају нешто касније<sup>238</sup> не прибегавају овако уопштеним правилима, већ прекомерно оштећење санкционишу као израз противправних радњи у поступку закључења уговора, односно у случају да је једна од уговорних страна уговорила несразмерну погодност за себе користећи се стањем нужде или неке друге неповољне околности друге стране (зеленашки уговори). У том смислу су формулисане одредбе § 138 немачког Грађанског законика, члан 21 швајцарског Законика о

<sup>233</sup> „Et ideo carius vendere aut vilis emere rem quam valeat est secundum se iniustum et illicitum.” – Aquinas, T., *Summa theologiae*, Secunda secundae. Q. LXXVII, Art. I (<http://www.unifr.ch/bkv/summa/kapitel593-1.htm>, 16. 7. 2020).

<sup>234</sup> „In all Contracts Nature demands an Equality, insomuch that the aggrieved Person has an Action against the other, for over-reaching him.” – Grotius, H., 2005, p. 736.

<sup>235</sup> „[...] јер све оно што је против једнакости истовремено је и против закона, али није све што је против закона истовремено и против једнакости [...]” – Aristotel, 1980, *Nikomahova etika*, Beograd, BIGZ, str. 116 (knjiga V, II, 9, 1130b).

<sup>236</sup> „The Roman Law, however, does not injoin this in every Inequality; it does not concern itself with Things of small Consequence; and Legislators even think proper to prevent, as much as possible, the too great Number of Law-Suits; but only where the Damage is considerable, as where it exceeds half the just Value. For the Laws, says Cicero, take one Way to root out Injustice, and Philosophers another; the former meddling no farther with it than as it breaks out into open Acts, and may, as it were, be felt with the Hand; the latter permitting nothing that may be discovered by deep Meditation and Reflection. And therefore they who are not subject to the Civil Laws, but are above them, ought to follow that which right Reason informs them to be good and equitable, and so too ought those who are subject to the Laws, when the Affair that is transacting is what relates to Justice and Honesty, provided that the Laws are silent in the Case, and neither grant nor take away our Right, but only, for some certain Considerations, deny their Aid and Countenance to it.” – Grotius, H., 2005, p. 741.

<sup>237</sup> „Ако у двострано обавезним пословима једна страна није примила од друге стране ни половину од обичне вредности онога, што је она овој страни дала, онда оштећена страна има права захтевати раскидање и повраћај у пређашње стање.” – § 934(1) аустријског Општег грађанског законика (Превод преузет из: Аранђеловић, Д., 1922, стр. 260.).

<sup>238</sup> Попут кодификација извршених у Немачкој, Швајцарској или Италији.

облигацијама, члан 1448 италијанског Грађанског законика, те члан 31 шведског Закона о уговорима. Разлика у вредности узајамних давања код цитираних одредби се означава као „очигледна”, а сами уговори су релативно ништави (рушљиви).

Српско облигационо право прописује како приликом заснивања двостраних уговора стране полазе од начела једнаке вредности узајамних давања (члан 15 ЗОО), при чему се повреде овог начела не утврђују у аритметичком односу, већ законодавац прибегава описном одређењу „очигледне несразмере” вредности узајамних престација уговорних страна у тренутку закључења уговора уз услов савесности стране која је прекомерно оштећена (члан 139 ЗОО). Повреда овог начела доводи до релативно ништавог (рушљивог) уговора. Поред ове генералне одредбе, српско право ништавим сматра и посебан вид тзв. зеленашког уговора, односно уговор код ког је до очигледне несразмере дошло услед околности да је једна страна са намером злоупотребила слабији положај друге стране и уговорила за себе или неког другог корист (члан 141 ЗОО).

*Common law* уговор не познаје опште правило једнаке вредности узајамних давања уговорних страна. Како почива на доктрини *consideration*, енглески уговор захтева само постојање противчинидбе, односно узајамност давања уговорних страна. Међутим, економска или новчана подударност, односно адекватност њихових престација се ни на који начин не захтева. У складу са класичном доктрином *consideration*, речима професора Антића, уговор обавезује и уколико је обећана противпрестација „тривијална или чак симболична: и зрно бибера ће задовољити.”<sup>239</sup> Јовановић закључује како англоамеричко одступање од континенталног начела еквиваленције, односно непостојање захтева да вредност узајамних давања уговорних страна буде еквивалентна или бар адекватна, дозвољава тамошњим правницима да фиктивним уговором о продаји за симболичну цену (примера ради 1 фунта) закључе обавезујући уговор који је, у ствари, уговор о поклону који у оквиру *common law* породице права, као такав, није правно обавезујући.<sup>240</sup>

Англоамерички судови, свесни фактичког значаја коју вредност узајамних давања има у оквиру уговорног права, околност да само постојање очигледне несразмере није довољан основ за истицање захтева за раскид уговора, не доводе у аутоматску везу са осталим противправним радњама уговорних страна на начин на који се то ради на Континенту. Тако, у ситуацији када једна страна захтева накнаду штете због неиспуњења уговорне обавезе друге стране, вредност *consideration*-а није релевантна приликом

<sup>239</sup> Antić, O., 2005, str. 842. На овом месту професор Антић цитира Цвајгерта и Кеца (Zweigert, K., Kötz, H., 1998, p. 391).

<sup>240</sup> Јовановић, Н., 2008, стр. 79.



утврђивања висине саме штете. Такође, постојање очигледне несразмере (*gross inadequacy*), уколико се истакне као аргумент, готово увек се сматра веродостојним доказом преваре, а раније је била основ за одбијање захтева за издавање *equity* налога суда за испуњење уговорне обавезе (*specific performance*).<sup>241</sup> Англоамеричка права, такође, познају и посебан институт *unconscionable bargains* код којих је управо разлика у економском изразу узајамних давања уговорних страна један од елемената примене заштите савесне (конкретно: неискусне) стране.<sup>242</sup>

### 2.4.3. Коментар

Англоамеричко уговорно право чини све како би избегло ограничавање сакраментата аутономије воље, нарочито ако би то чинило у патерналистичком маниру.<sup>243</sup> *Common law* породица права не дозвољава себи да појединца сведе на немислећи вишећелијски организам, већ му пре свега прилази као лицу довољно кадром и једино способном да се на оптималан начин стара о својим интересима. У исто време, аномалије у односима уговорних страна које могу да се испоље у виду очигледне несразмере њихових узајамних давања, а која су резултат било преваре или злоупотребе лоших животних околности друге стране су, како смо видели, правно санкционисане и у оквиру англоамеричких права.

Континентално-европска права квалификованим облицима несразмере узајамних давања уговорних страна дају капацитет релативне ништавости (рушљивости). Корак у правцу даљег усаглашавања института прекомерног оштећења на Континенту учињен је 1979. године усвајањем амандмана аустријског Општег грађанског законика.<sup>244</sup> Често критиковано законско решење по коме су уговорне стране у тренутку закључења уговора биле у прилици да се одрекну касније могућности истицања приговора по основу прекомерног оштећења, дајући тако овом институту изразито диспозитивни карактер,

<sup>241</sup> Treitel, G., 2015, p. 980 (10-044).

<sup>242</sup> O'Sullivan, J., Hilliard, J., 2016, pp. 293–294.

<sup>243</sup> Atiyah, P., 2001, p. 37.

<sup>244</sup> Опцију уговарања искључења могућности накнадног истицања приговора очигледне несразмере задржало је, примера ради, мађарско право чак и у новом Грађанском законнику из 2013. године (изузев код потрошачких уговора). „(1) Ha a szolgáltatás és az ellenszolgáltatás értéke között anélkül, hogy az egyik felet az ingyenes juttatás szándéka vezetné, a szerződés megkötésének időpontjában feltűnően nagy az aránytalanság, a sérelmet szenvedett fél a szerződést megtámadhatja. Nem támadhatja meg a szerződést az, aki a feltűnő értékaránytalanságot felismerhette vagy annak kockázatát vállalta. (2) A felek az (1) bekezdésben megállapított megtámadási jogot – fogyasztó és vállalkozás közötti szerződés kivételével – a szerződésben kizárhatják.” – 6:98. § 2013. évi V. törvény [Ptk. (új)].

спроведеним изменама је и у аустријском праву, коначно, напуштено.<sup>245</sup> Овакву могућност српско право експлицитно забрањује.<sup>246</sup>

Један од могућих разлога који су аустријског законодавца определили за напуштање спорне одредбе, се вероватно може пронаћи и у преовлађујућој пракси континенталних судова тог времена. Према Досону, у ситуацији када се из околности случаја није могло утврдити да ли је до очигледне несразмере у узајамним давањима уговорних страна дошло услед злоупотребе нужде, лакомислености или неискуства друге стране, с обзиром на то да је у немачком праву за поништај уговора услед очигледне несразмере неопходно кумулативно испуњење оба услова,<sup>247</sup> тамошњи судови су прибегавали тумачењу да су конкретни уговори ништави јер су противни добрим обичајима.<sup>248</sup> У исто време, дански судови су одбијали примену одредби уговора за које би сматрали да су изразито неповољне за једну од уговорних страна, уколико нису биле штампане масним словима, или на неки други начин видно истакнуте на уговорној исправи.<sup>249</sup>

У наведеним примерима Цимерман види ренесансу института *laesio enormis* у оквиру европско-континенталне породице права, која по његовом мишљењу почиње управо од друге половине XX века.<sup>250</sup> Ову тенденцију транзиције од готово неспутане слободе уговарања ка захтеву уважавања принципа друштвене одговорности поједини аутори, укључујући и Цимермана, доводе у везу са све израженијим континенталним стремљењима ка повратку на изворни *ius commune*.<sup>251</sup> Ово специфично средњовековно право, формирано на темељима оног римског, захваљујући каснијем утицају хришћанства се суштински одвојило од концепта индивидуализма карактеристичног за римско право класичног периода. Међутим, тенденција увођења ригиднијих механизма у ограничење слободе уговарања, посебно у складу са правилом *laesio enormis*, код одређених писаца наилази на умерену скепсу.<sup>252</sup> Стиче се утисак како намера оживљавања принципа римског права и данас мора узети у обзир чувену Јерингову максиму „и после римског права преко римског права”<sup>253</sup>.

<sup>245</sup> „Die Anwendung des § 934 kann vertraglich nicht ausgeschlossen werden.” § 935 *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*.

<sup>246</sup> ЗОО чл. 139, ст. 3.

<sup>247</sup> § 138 *Bürgerliches Gesetzbuch*.

<sup>248</sup> Dawson, J., 1976, Unconscionable Coercion: The German Version, *Harvard Law Review*, Vol. 89, No. 6, pp. 1109–1112.

<sup>249</sup> Ussing, H., 1950, *Aftaler*, København, G.E.C. Gad, s. 185.

<sup>250</sup> Zimmermann, R., 1992, p. 269.

<sup>251</sup> Wieacker, F., 1974, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt (am Main), Athenäum-Fischer-Taschenbuch-Verlag, S.23.

<sup>252</sup> Lando, O., Unfair Contract Clauses and a European Uniform Commercial Code, in: Cappelletti, M., (ed.), 1978, *New Perspectives for a Common Law of Europe*, Florence, European University Institute, p. 270.

<sup>253</sup> Jhering, R., 1857, Unsere Aufgabe, *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Bd. 1, S. 45.

Међутим, и европско-континентална породица права уочава постојање одређеног броја ситуација у којима ће право морати да заштити уговоре упркос евидентној очигледној несразмери узајамних давања уговорних страна. То је случај код уговора на срећу, алеаторних уговора, када је за ствар дата виша цена услед особите наклоности, у случајевима јавне продаје, и овоме слично. У том смислу, стиче се утисак како одсуство општег захтева једнаке вредности узајамних давања уговорних страна које карактерише англоамеричку породицу права, употпуњен посебним облицима заштите савесне стране и континентална примена општег начела једнаке вредности узајамних давања уговорних страна најчешће условљена присуством карактеристика зеленашких уговора, у ствари, чине два лица истог новчића. Јасно је како и једна и друга европска породица права у случајевима неодрживе диспропорције узајамних давања уговорних страна, истина применом нешто другачијих правних механизма, неумитно стреме ка заштити истоветних правних вредности.

**ГЛАВА 2**  
***CONSIDERATION* ЕНГЛЕСКОГ УГОВОРА**

## 1. ДЕФИНИЦИЈА

По правилу се у енглеској доктрини сматра да *consideration* представља аспект који тамошњи уговор чини суштински другачијим у односу на европско-континентална схватања. Одиста, *prima facie* може се стећи (погрешан) утисак како *common law* уговор континентални захтев консенсуализма (*offer and acceptance*) допуњује својим условом постојања „размене опипљиве вредности”, истичући тиме да је енглески *contract* пре свега и изнад свега нагодба или „трампа” (*bargain*) узајамних обећања или обавеза његових страна.

Мишљења смо да је овакав закључак неопходно одбацити већ у самом старту. Наиме, основна разлика између континенталног и енглеског уговора није сам *consideration*, већ превасходно околност да је сваки *common law* уговор, у ствари, синалагматичан, односно чињеница да тамошње уговорно право не препознаје добротине правне послове. Из тог разлога се *consideration* доктрина, као истурени или најочигледнији појавни облик неопходне двостране обавезности енглеског уговора, у теорији неоправдано претворила у његов основни вид.

Међутим, попут континенталног уговора, и онај енглески је, пре свега, израз сагласности воља (*agreement*) за чију је пуноважност у обе европске породице права неопходно испуњење одређених додатих услова. Тако је, примера ради, у нашем праву, само онај споразум који настане између страна које имају способност уговарања, који је омеђен принудним прописима, јавним поретком и добрим (пословним) обичајима, који ствара конкретне, одређене или бар одредиве обавезе, чије обавезе имају свој правно релевантни основ (кауза), који није резултат принуде или какве друге мане воље, и не

ретко, који је забележен у одређеној форми, правни посао који сматрамо уговором.<sup>254</sup> Истицање ма ког од наведених елемената или прецизније услова постојања правно обавезујуће сагласности воља довело би до погрешног закључка да је домаћи уговор уместо појмовни израз консензуализма метастазирао у, примера ради, своју каузу, форму, свој предмет или императив добрих обичаја. И више је него јасно да бисмо тим путем, у ствари, дошли до странпутице.

Један део наше, нарочито новије, правне мисли енглеску доктрину *consideration* објашњава путем теорије противчинидбе (или прецизније: исту своди на теорију противчинидбе). Према овом схватању, *consideration* енглеског уговора није континентална кауза, јер „енглеско право не поставља каузу као услов настанка и пуноважности уговора”.<sup>255</sup> Постојање противчинидбе услов је постојања пуноважног уговора који се огледа у околности да је једино битно да ли једна страна у споразуму обећава неку противчинидбу другој страни за корист коју од ње прима. Без присуства противчинидбе, споразум није правно заштићен, односно стране нису у могућности да своје захтеве из таквог споразума остваре путем суда (*enforceability*). Аргумент који се према овом схватању износи у прилог закључку да је *consideration* ужи правни институт од континенталне каузе је тај да је код закључења пуноважног енглеског уговора небитно „да ли је противчинидба једног уговорника циљ (разлог) због којег други са њим закључује уговор”, па је тако „уговор пуноважан (обавезујући) и кад уговорник противчинидбом другог не постиже било какав циљ (значи кад његова обавеза нема каузу) или постиже различит циљ од онога који, по општем мишљењу, по основу ње треба да постигне”.<sup>256</sup>

Тачна је тврдња да *consideration* није много више од услова постојања уговора као извора права за стране уговорнице, или другим речима његове правне обавезности, односно утуживости (*enforceability*). Наиме, сваки споразум, договор, или аранжман који настане у оквиру енглеског права, како би производио правна дејства за своје учеснике, односно како би представљао правну везу између њих, мора задовољити захтев постојања узајамних обавеза. Дакле, прва или основна карактеристика доктрине *consideration* је узајамност или реципроцитет. Међутим, аргументи изнети у прилог тврдњи да је континентална кауза институт који је суштински свеобухватнији од англоамеричке

<sup>254</sup> Ово набрајање свесно испушта из вида разлику између апсолутне и релативне ништавости уговора у нашем праву.

<sup>255</sup> Јовановић, Н., 2015, *Увод у common law уговорно право*, Београд, Правни факултет Универзитета у Београду, стр. 30.

<sup>256</sup> *Ibid*, стр. 31.

доктрине *consideration* јер у себи садржи и циљ самообавезивања, захтева додатне коментаре који ће бити изнети нешто касније.

Енглеска правна наука као своју дефиницију доктрине *consideration* цитира сентенцу судије Лаша из одлуке Краљевог судбеног стола *Кари* из 1874. године<sup>257</sup>. У овом случају, компанија Лизарди је извесном г. Мајсу (тужени) продала четири трасиране меница издате од стране банке г. Карија (тужилац). Иако је на дан продаје меница (11. фебруар) компанија Лизарди у Ситију уживала стабилан пословни рејтинг (бонитет), на дан када је у складу са пословним обичајима продајна цена требала бити остварена (14. фебруар), банка је своја ранија потраживања према компанији Лизарди, по основу четири менице, сада намеравала наплатити од њиховог купца, г. Мајса. Првостепени суд је донео одлуку у корист тужиоца, при чему се као правно питање поставила дилема да ли се већ постојећи дуг може сматрати правно задовољавајућом противчинидбом (*consideration*) у случају промета средства обезбеђења (меница) како би настао пуноважан уговор. Судија Лаш<sup>258</sup> одлуку суда у корист тужиоца образлаже тврдњом да се *consideration* мора састојати од неког права, користи, добити или ма каквог бољитка који се приписује једној страни (*some right, interest, profit, or benefit accruing to the one party*), односно трпљења, неповољности, губитка или дужности коју даје, трпи или предузима друга страна (*or some forbearance, detriment, loss, or responsibility, given, suffered, or undertaken by the other*). Овај исечак *ratio*<sup>259</sup> дела цитиране пресуде представља правну норму којом је дефинисан садржај института *consideration*. Трејтел наглашава да се ова *корист* исказује у односу на даваоца обећања (*promisor*) док се *неповољност* односи на његовог примаоца (*promisee*).<sup>260</sup> Конкретно, истиче Трејтел, *consideration* не стоји у вези са уговором као целином, већ се он „цени” искључиво у односу на обећање за које је дато (однос: обећање-противобећање).<sup>261</sup>

<sup>257</sup> *Currie v Misa* (1875) LR 10 Ex 153; (1875-76) LR 1 App Cas 554. Пресуда је накнадно потврђена од стране Дома лордова.

<sup>258</sup> Sir Robert Lush, 1807–1881.

<sup>259</sup> „Англоамерички судски прецедент се открива у нарочитом делу образложења судске пресуде који се назива *ratio decidendi*, а који у себи садржи оне елементе права које је судија оценио као суштинске приликом доношења одлуке. Путања којом је судија дошао до свог закључка изложеном у *ratio* делу, познатији као *obiter dicta*, као такав не обавезује, већ попут судске одлуке континенталног суда остварује несумњиви утицај само ауторитетом правног аргумента. Међутим, само и искључиво је *ratio decidendi* онај део судске пресуде који се сматра судским прецедентом.“ – Šite, D., 2019, *Izvori engleskog prava*, Subotica, Lyceum iuris, str. 22.

<sup>260</sup> Treitel, G., 2015, *The Law of Contract*, London, Sweet & Maxwell, 2015, p. 422.

<sup>261</sup> „What the law is concerned with is the consideration for a promise—not the consideration for a contract.” – Treitel, G., 2015, p. 422.

Овакво схватање стоји у јасној вези са дефиницијом професора Полока<sup>262</sup> која је почетком XX века у интегралном облику преузета од стране Дома лордова у одлуци *Данлоп*<sup>263</sup>. Произвођач гума Данлоп је у намери да очува тржишну вредност својих производа уговором обавезао свог дистрибутера на минималну малопродајну цену по којој се они могу продавати, као и на то да буде у обавези да Данлоп производе може нудити на даљу продају искључиво под истим условима. Према одредбама уговора, у случају да неко од крајњих продаваца понуди нижу цену од одређене, обавезан је платити Данлопу на име уговорне казне износ од пет фунти. Тужени, као један од крајњих продаваца, је продавао гуме по цени нижој од утврђене и Данлоп је поднео тужбу ради исплате уговорне казне. Након опречних одлука првостепеног и Апелационог суда, Дом лордова је на крају одбио тужбени захтев, између осталог и из разлога што Данлоп у замену за обећање накнаде штете није понудио узвратни *consideration*.

Лорд Дандин<sup>264</sup> у свом образложењу ове одлуке Апелационог комитета Дома лордова дословно цитира Полока<sup>265</sup>, те истиче како је *consideration* „Чин или трпљење, односно обећање трпљења једне стране, као цена по којој се обећање друге стране купује, на основу чега је обећање које се даје у замену за вредност утуживо.”<sup>266</sup> На трагу ове дефиниције, велики део правних писаца, међу којима и О’Саливен и Хилард готово сто година касније, веома питко *consideration* дефинишу као „цену датог обећања” (*price of the promise*)<sup>267</sup>.

Захтев *consideration* не ограничава се само на период закључења уговора, већ се он појављује као услов утуживости и у ситуацији када стране желе свој уговор споразумно да измене или угасе. Анализа улоге доктрине *consideration* у два различита тренутка – код закључења уговора, односно приликом измене већ постојећег уговора – дозвољава закључак да овај правни институт у два наведена случаја остварује нешто другачије функције. Наиме, енглеска правна мисао истиче како код закључења уговора *consideration* има за задатак да у случају неформално датог обећања, услед одсуства противобећања (добročини правни посао), заштити његовог даваоца дозвољавајући му да се без икаквих правних последица предомисли. Са друге стране, у случају споразумне

<sup>262</sup> Sir Frederick Pollock, 1845–1937.

<sup>263</sup> *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v Selfridge & Co Ltd* [1915] UKHL 1.

<sup>264</sup> Andrew Graham Murray, 1st Viscount Dunedin, 1849–1942.

<sup>265</sup> Pollock, F., 1905, *Principles of Contract*, London, Stevens & Sons, p. 175.

<sup>266</sup> „An act or forbearance of one party, or the promise thereof, is the price for which the promise of the other is bought, and the promise thus given for value is enforceable.” – Lord Dunedin, *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v Selfridge & Co Ltd* [1915] UKHL 1.

<sup>267</sup> O’ Sullivan J., Hilliard, J., 2016, *The Law of Contract*, Oxford, Oxford University Press, p. 96.



измене или престанка већ закљученог уговора истиче се како *consideration* спречава измене које би биле резултат мане воље, пре свега претње и принуде.<sup>268</sup>

## 2. ПРАВНО ВАЉАН *CONSIDERATION*

Енглеска правна мисао најчешће издваја три мерила за утврђивање постојања правно ваљаног *consideration*-а. То су: околност да је његова садржина јасно намеравана од стране даваоца обећања (тест захтева); друго, да *consideration* потиче од примаоца обећања (тест полазне тачке); и на крају, да садржи номинално вредносни карактер (тест правне вредности).

### 2.1. Тест захтева

Према преовлађујућем мишљењу енглеских судија *consideration* се у сваком уговору, пре свега, уочава кроз захтев даваоца обећања, односно да је оно што давалац обећања тражи заузврат, у ствари, *consideration* његовог обећања. Англоамерички судови су склони да захтевану противчинидбу усвајају као правно задовољавајући *consideration*, чак и у ситуацији када би он био тривијалан (примера ради: зрно бибера), под условом да је управо такву чинидбу давалац обећања захтевао. Једини критеријум који се примењује је онај из цитиране одлуке *Karpi*, да је однос чинидба-противчинидба логички склоп „корист-неповољност” (*benefit-detriment*), без обзира на околност да ли тај склоп прати и његова економска еквивалентност.

Критеријум постојања захтева се донекле може објаснити следећим примером који, иако се састоји од идентичних радњи које резултирају истоветним економским склопом, јасно указује на разлике у правним последицама. Уколико би се Мираш обратио свом синовцу речима: „Даћу ти 10 перпера ако обећаш да ћеш сутра да опереш мој ауто”, суд би у случају спора истакнути захтев за *прањем аутомобила* тумачио као јасан *consideration* у односу на обећаних 10 перпера, руководећи се утврђеном матрицом „корист-неповољност”. Међутим, уколико би Мираш свом синовцу обећао дати 10 перпера, а овај из захвалности наредног дана самоиницијативно опере његов аутомобил, исти економски однос („корист-неповољност”) суд не би тумачио као уговорни, управо из разлога што му недостаје *consideration*, обзиром да Мираш никада није истакао захтев за прањем његовог аутомобила.

---

<sup>268</sup> Treitel, G., 2015, 3-062, etc., pp. 455–456; O’Sullivan J., Hilliard, J., 2016, p. 98.

У чувеном предмету *Комб*<sup>269</sup> са половине XX века, гђа Комб је поднела тужбени захтев за исплату доспелих obroка законског издржавања против бившег супруга, у висини од 100 фунти за сваку годину. Наиме, у току бракоразводне парнице,<sup>270</sup> окончане неколико година раније, свесна да је њен муж слабог имовинског стања, путем адвоката је противној страни предложила да јој се на име законског издржавања уплаћује годишњи износ од 100 фунти. Адвокат друге стране се писмено изјаснио како је његов клијент сагласан са овим предлогом. Ослонивши се на ово обећање, супруга у току бракоразводног поступка није истакла посебан захтев за законским издржавањем. Како више од пет година након развода брака г. Комб није извршио ниједну годишњу уплату, гђа Комб се обратила суду.

Апелациони суд Енглеске и Велса је тужбени захтев супруге одбио, са образложењем да она на мужевљево обећање није понудила свој *consideration*, па је самим тим оно неутуживо (*unenforceable*). Суд је узео у обзир да је њен поступак сасвим извесно последица мужевљевог писменог обећања, односно да она управо због тог обећања није истакла захтев за законским издржавањем. Међутим, тај њен поступак се не може сматрати за *consideration* јер муж ни у једном тренутку није у замену за своје обећање од ње затражио да у току бракоразводне парнице пропусти да истакне свој захтев за законским издржавањем. На тај начин је мужевљево обећање, у ствари, доброчином (бесплатно) и оно као такво није довело до закључења обавезујућег уговора.

Један од чланова судског већа, судија Денинг<sup>271</sup>, касније чувени члан Апелационог комитета Дома лордова, овакву одлуку Апелационог суда образлаже следећим речима: „У току поступка нисам успео да пронађем ниједан захтев постављен од стране мужа, било речима или конклюдентно, по коме се од супруге захтева ма каква неповољност. Њен поступак није резултат његове намере, нити је учињен на његов захтев. Из тог разлога, њен гест није *consideration*.”<sup>272</sup>

Могуће је да се лорд Денинг за овако прецизну и донекле одсечну формулацију одлучио с обзиром да је гђа Комб своју тужбу засновала на прецеденту утврђеном у

<sup>269</sup> *Combe v Combe* [1951] 2 KB 215.

<sup>270</sup> Кореспонденција између два адвоката се одиграла убрзо након што је гђа Комб примила привремену одлуку суда (*decree nisi*) којом је суд утврдио да су испуњени сви процесни и законски услови за усвајањем захтева за проглашењем развода брака. До коначне одлуке о разводу брака (*decree absolute*), може доћи најраније шест месеци и један дан након доношења привремене одлуке. У том периоду бивши супружници могу коначно уредити узајамне дужничко-поверилачке односе.

<sup>271</sup> Alfred Thompson Denning, Baron Denning, 1899–1999.

<sup>272</sup> *Combe v Combe* [1951] 2 KB 215.

пресуди Краљевог судбеног стола<sup>273</sup> донетој свега четири године раније, а у којој је доминантну улогу имао опет судија Денинг. У датом предмету *Сентрал Лондон Траст*<sup>274</sup> парничне странке су 1937. године закључиле уговор о закупу стамбене зграде у Лондону за годишњи износ закупнине од 2.500 фунти. Тужена страна, компанија *High Trees House* као купац је појединачне станове издавала у подзакуп непосредним станарима, међутим по избијању Другог светског рата, више није успевала да усели све расположиве стамбене јединице. Током јануара 1940. године купац се обратио тужиоцу са захтевом за умањењем годишње закупнине, који је пристао на смањење за половину од раније уговореног износа, иако стране нису утврдиле период на који се умањење закупнине односи, нити је купац за ову измену уговора понудио одређени *consideration*.

По завршетку рата, након што су капацитети изнајмљене стамбене зграде били поново попуњени у целости, куподавац се обратио купцу са захтевом да надаље исплаћује пун износ годишње закупнине од 2.500 фунти, као и да за период од 1940. године до дана подношења тог захтева накнади заостали дуг у износу пуних закупнина за дати период, у укупном износу од 7.916 фунти. Како је купац тај захтев одбио, власник непокретности је поднео пробну тужбу у циљу наплате дела истакнутог захтева, за период од шест месеци.

Суд је утврдио да упркос околности да тужени за обећано умањење годишње закупнине није понудио свој *consideration*, на основу института *promissory estoppel* се могао ослонити на обећану му погодност, те да она у овом случају обавезује њеног даваоца. У току поступка, суд је такође утврдио да је обећање куподавца било очигледно ограничено на ратни период, чиме је од 1945. године тужени обавезан да настави са исплатом пуне годишње закупнине од 2.500 фунти. У овој пресуди, лорд Денинг је посебно истакао како је обећање за које је његов давалац сасвим извесно морао знати да ће се друга страна на исто ослонити, правно обавезујуће без обзира на околност да прималац обећања у замену за исто није понудио свој *consideration*.<sup>275</sup>

Како би утврдио јасну разлику између овако формулисаног прецедента, и оног из спора *Комб*, лорд Денинг у каснијој пресуди нуди прилично несвакидашњи аргумент који је упркос томе што је садржан у *obiter* делу пресуде, у Енглеској правној теорији и пракси, временом прерастао у својеврсни аксиом. Наиме, лорд Денинг истиче како се *promissory estoppel* може користити само као штит, али не и као мач. Другим речима, у

<sup>273</sup> *King's Bench* је једно од одељења Високог суда Енглеске и Велса.

<sup>274</sup> *Central London Property Trust v High Trees House Limited* [1947] KB 130.

<sup>275</sup> *Central London Property Trust v High Trees House Limited* [1947] KB 130.

предмету *Сентрал Лондон Траст*, купац као прималац обећања, односно као тужени, има правну могућност да се заштити од штете коју би претрпео уколико би се даваоцу обећања, тужиоцу, омогућило да га недостатак *consideration*-а друге стране не обавезује на обећано. Са друге стране, гђа Комб исти правни институт (*promissory estoppel*) не може користити као средство напада (мач), јер он служи само за одбрану како би се страна које је дала обећање за које није примила *consideration* „обуздала” у намери да га не поштује, али не и као средство да се та страна примора на његово поштовање. Образлажући овај свој став, лорд Денинг у пресуди *Комб* посебно истиче како стварна функција института *promissory estoppel* није да створи неки нови, самостални основ за тужбу, какав *common law* иначе не познаје. Његова функција је само да спречи парничну странку која захтева принудно остварење неког свог стриктно правног овлашћења, у ситуацији када би то било неправично имајући у виду укупност међусобних односа уговорних страна. Дакле, *promissory estoppel* може да се користи као правно средство у оквиру одређеног правног односа, али никако не може да послужи као искључиви основ за тужбу.

У време доношења наведених пресуда, лорд Денинг у свом научном чланку објављеном јануара 1952. године, бавећи се управо питањем условљености ваљаности *consideration*-а постојањем јасног захтева са стране даваоца обећања, иде чак корак даље, нудећи одређене примере у којима би се принцип који се крије иза терминолошког пара „*consideration – захтев*”, могао осигурати у одређеним случајевима и без постојања изричитог захтева. Тако он сматра да је обећање правно обавезујуће у случају да је дато са намером да успостави правни однос, да је давалац обећања намеравао да га испуни, а да је његов прималац по њему већ поступио. Лорд Денинг сматра како суд постојање овакве намере даваоца обећања, која није исказана у форми *захтева*, може да утврди применом објективног критеријума. Конкретно, у складу са околностима случаја, суд треба да утврди да је намера даваоца обећања управо оно што би сваки разуман прималац обећања закључио да је давалац обећања намеравао.<sup>276</sup> Денинг даље наглашава како је логично да у ситуацији када дужник повериоцу за своју доспелу обавезу понуди одређено обезбеђење, он тиме, у ствари, „захтева” да поверилац обећа да ће се неко време уздржати од захтевања наплате доспелог дуга.<sup>277</sup> Са друге стране, наведени пример из, тада веома свежег предмета *Комб*, лорд Денинг издваја као пример околности у којима

<sup>276</sup> Denning, A., 1952, Recent Developments in the Doctrine of Consideration, *The Modern Law Review*, Vol. 15, No. 1, p. 2.

<sup>277</sup> Овај став се заснива на прецеденту из друге половине XIX века, *Alliance Bank Ltd v Broom* (1864) 2 Dr and Sm 289.

суд такву намеру даваоца обећања објективно није никако могао утврдити, пошто комуникација између бивших супружника у току бракоразводне парнице о томе који би износ законског издржавања могао да припаде једном од њих, није могла код супруге створити рационалну представу да је мужевљево обећање, у исто време, и његов захтев да се она уздржи од истицања свог потраживања у оквиру саме бракоразводне парнице у којој се такви захтеви по редовном току ствари подносе.<sup>278</sup>

Ипак, треба нагласити како Атија<sup>279</sup> у својој анализи случаја *Комб*, иако подржава намеру Апелационог суда, сматра да је исти одлучио у корист туженог само из разлога што је његово имовно стање у време подношења тужбе било знатно лошије у односу на његову бившу супругу. Суд је очигледно ценио да би се наметањем обавезе да седмично издваја две фунте за имућну бившу жену, г. Комб довео у прилично неправичну ситуацију. Иста аргументација, само у инверзији, поентира Атија, могла би се употребити и за сасвим другачији исход парнице, какав би без сумње и уследио да је којим случајем муж био бољег имовинског стања.<sup>280</sup>

На крају, треба још нагласити да се захтев даваоца обећања не сме довести у везу са условним обећањем. У већ наведеном примеру Мирашево обећање да свом синовцу да 10 перпера уколико овај обећа да ће сутрадан да му опере ауто, захтевана радња прања аутомобила је без сумње *consideration* његовог обећања исплате 10 перпера. Међутим, уколико би Мираш синовцу обећао да ће му дати 10 перпера за случај да у незгоди током скијања сломи ногу, Мираш од њега никако не захтева да овај сломи ногу – шта више он то и не жели – већ му само даје обећање које има (нежељени) услов.

Ову разлику видимо и у предмету *Карлил*,<sup>281</sup> где је *consideration* коју је Компанија *Carbolic Smoke Ball* затражила у замену за обећаних 100 фунти била две седмице редовне употребе њиховог производа према приложеном упутству, док је услов њихове обавезе обољевање од прехладе или грипа (који је такође нежељен).

## 2.2. Тест полазне тачке

Следећи захтев који енглеско право ставља пред *consideration*, је да он мора да „исходи”, да „потиче”, или у дословном преводом са енглеског „да се помакне” од примаоца обећања (*move from the promisee*). Према мерилу полазне тачке, *consideration* мора само

<sup>278</sup> Denning, A., 1952, p. 2.

<sup>279</sup> Patrick Selim Atiyah, 1931–2018.

<sup>280</sup> Atiyah, P., 2001, *Essays on Contract*, Oxford, Clarendon Press, pp. 231–233.

<sup>281</sup> *Carlill v Carbolic Smoke Ball Co* [1893] 1 QB 256.

„да се помакне” од примаоца обећања (*move from the promisee*), при чему није од значаја да ли ће на крају „да дотакне” онога ко је обећање дао (*need not move to the promisor*).<sup>282</sup> Овакво схватање је у целости усаглашено са претходним критеријумом захтева – може се рећи да је његов логичан наставак. Овим се потврђује принцип да је енглески уговор, у ствари, погодба (*bargain*). Конкретно, само онај прималац обећања од кога исходи узвратни *consideration* има правни основ да од суда захтева испуњење обећане му престације.<sup>283</sup> Одсуство услова да захтевани *consideration* дође у непосредни контакт са даваоцем обећања (*need not move to the promisor*), је у пракси енглеских судова доводило и до случајева да је прималац обећања простом чинидбом прекида свог радног односа<sup>284</sup> или исељења из одређеног стана<sup>285</sup>, иако тим радњама даваоцу обећања није осигурао било какву корист, понудио правно прихватљиву „цену” обећања које је примио.

Претежни део енглеске правне мисли у мерилу полазне тачке открива и аргументе који јасно указују на закључак да се *consideration* суштински разликује од побуде (мотива) за закључење уговора. Наиме, побуде из којих људи дају обећања могу бити разне, попут жеље да остваре добит, да попију чашу доброг црвеног вина док посматрају залазак Сунца, да обезбеде своју децу у будућности, чак и да створе осећај личног задовољства тиме што су дали донацију у племените сврхе, међутим сви ови разлози су део њихове унутрашње природе, интима. Насупрот томе, како мора да потекне од њиховог сауговарача *consideration* датог обећања никада не може да се сведе на неку личну компоненту. Он је увек радња или трпња неког другог и тиме измештен из сфере даваоца обећања.

Ово мерило је према недавној одлуци Апелационог суда Енглеске и Велса добило и свој нешто прецизнији облик. Конкретно, у пресуди *Pumc*<sup>286</sup> суд је утврдио како је довољно да *consideration* објективно потекне из сфере примаоца обећања, без обзира да ли је овај имао јасну свест о томе да својом чинидбом, у ствари, обезбеђује *consideration* за противчинидбу коју је примио. У конкретном случају, директор и власник већинског удела привредног друштва (тужени) је запосленима и мањинским члановима (тужиоци), саопштио да ће продати свој удео у привредном друштву, као и да је потенцијални купац заинтересован да под истим условима купи и преостале уделе у друштву. Тужиоци су пристали на продају својих удела, након чега су се у складу са општим актима друштва

<sup>282</sup> O’Sullivan J., Hilliard, J., 2016, p. 100.

<sup>283</sup> Treitel, G., 2015, p. 434 (3-023).

<sup>284</sup> *Jones v Padavatton* [1968] EWCA Civ 4.

<sup>285</sup> *Tanner v Tanner* [1975] 1 WLR 1346.

<sup>286</sup> *Pitts v Jones* [2007] EWCA Civ 1307.

одрекли права прече куповине. Након неког времена, тужени је саопштио тужиоцима да ће продаја њихових удела уследити нешто касније, понудивши им уместо тога опције за куповину удела на основу које би по истеку рока од шест месеци могли да исходују продају својих удела под истим условима под којима би он свој удео продао одмах. Тужиоци у почетку нису хтели да пристану на ове услове, сматрајући да би на тај начин остали необезбеђени, међутим тужени им је усмено саопштио како ће у случају да њихове уделе купац не откупи у датом року, њихову вредност исплатити он лично. Тужиоци су након тога пристали на прибављање опција, при чему су потписали и посебну изјаву којом су се одрекли захтева за сазивањем ванредне скупштине друштва у циљу продаје удела друштва који припада туженом. Како купац након шест месеци тужиоцима није исплатио вредност њихових удела, поднели су тужбу против директора због повреде уговорне обавезе. Тужени је истакао приговор да за његово обећање јемства од тужилаца није примио никакав *consideration*, те да га оно правно не обавезује. Суд је утврдио да су тужиоци потписивањем изјаве о одрицању права на сазивање ванредне скупштине друштва испунили захтев који је директор тражио у замену за своје обећање јемства у случају да купац не плати цену удела у року од шест месеци. На овај начин су они, иако тога у време закључења уговора нису ни били свесни, обезбедили пуноважан *consideration* за примљено обећање. Ипак, суд је у конкретном случају морао да донесе одлуку у корист туженог, с обзиром на то да је за закључење уговора о јемству у енглеском праву, према Закону о преварама још из 1677 године (*Statute of Frauds*), обавезна писана форма, док је тужени своје обећање јемства дао усмено.

Критеријум полазне тачке постојања правно ваљаног *consideration*-а је претежно везан за сферу уговора у корист трећих лица. Наиме, енглеско уговорно право је веома привржено својој ригидној доктрини *privity of contract*, древног *inter partes* принципа, који је на Континенту још у време великих грађанских кодификација напуштен као апсолутан. Примера ради, Мирашево обећање да ће свом синовцу дати 10 перпера уколико овај обећа да ће његову пријатељицу сутрадан ујутро превести до аеродрома, представља размену два правно ваљана *consideration*-а, без обзира што синовац своју престацију неће извршити у корист Мираша (превоз његове пријатељице, а не њега лично), иако је он и уговорна страна, и обвезник противпрестације (исплата 10 перпера). У складу са *privity* принципом, Мирашева пријатељица не може да истакне захтев за превозом до аеродрома од синовца како она нити је уговорна страна, нити је за захтевану радњу понудила свој *consideration*. Критеријум да је *consideration* правно ваљан уколико исходи од примаоца обећања (синовац), и у случају да не доноси корист његовом даваоцу лично (Мираш), је

довело до раздвајања ове две готово онтолошке доктрине енглеског уговорног права (*privity* и *consideration*). Енглеска правна мисао је тако дошла до закључка да *privity* дефинише уговорне стране, онога ко је обећање дао и ко је обећање примио, док *consideration* обезбеђује да њихов правни однос задовољава услов да се ради о нагодби (*bargain*).<sup>287</sup>

Усвајањем Закона о уговорним правима трећих лица 1999. године<sup>288</sup> потреба за оваквим теоријским промишљањем односа две основне доктрине енглеског уговора у циљу обезбеђења права трећих лица изгубила је свој практични значај. Наиме, закон експлицитно предвиђа активну страначку легитимацију трећих лица у великом броју случајева. У уводним напоменама *Извештаја*<sup>289</sup> Законодавне комисије наводи се како је у својим дотадашњим разматрањима Комисија била на становишту како је двојност *privity* и *consideration*, у складу са правилом да *consideration* мора да исходи од даваоца обећања, била довољна да осигура настанак прецизних права трећих лица у оквиру енглеског уговора. Ипак, према ставу Комисије изнетом нешто пре усвајању наведеног закона, енглеско законодавство мора да унапреди постојеће правило о даваоцу обећања као тачки од које *consideration* мора да потекне, у довољној мери како би се спречило да оно у свом тренутном облику анулира предложене измене у односу на *privity* начело.<sup>290</sup>

Наведена одвојеност у практичној примени два основна принципа енглеског уговора (*privity* и *consideration*), када се ради о правима трећих лица и уговорних страна, може довести до недоумице и у обрнутом смислу. Наиме, у предмету пред Високим судом Аустралије, познатијем као случај *Коулс*,<sup>291</sup> поставило се готово „јеретичко” питање да ли би поред трећих лица, активно легитимисана била и она страна уговора која није понудила никакав *consideration*? Господин Коулс је компанији *O'Neil Constructions* дозволио да са његовог земљишта вади камен у замену за накнаду која се требала уплаћивати у корист њега и његове супруге. Сам уговор између Компаније и господина Коулс је његова супруга заједно са њим само потписала, иако у замену за понуђену накнаду за вађење камена није понудила никакав *consideration*. Господин Коулс је завештањем своју

<sup>287</sup> O'Sullivan J., Hilliard, J., 2016, p. 101.

<sup>288</sup> Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999.

<sup>289</sup> The Law Commission (LAW COM No 242) *Privity of Contract: Contracts for the Benefit of Third Parties*, Item 1 of the Sixth Programme of Law Reform: The Law of Contract. ([https://www.lawcom.gov.uk/app/uploads/2017/02/lc242\\_privity-of-contract-contracts-for-the-benefit-of-third-parties.pdf](https://www.lawcom.gov.uk/app/uploads/2017/02/lc242_privity-of-contract-contracts-for-the-benefit-of-third-parties.pdf) 27. 5. 2022).

<sup>290</sup> „[T]he legislation should ensure that the rule that consideration must move from the promisee is reformed to the extent necessary to avoid nullifying our proposed reform of the doctrine of privity.” –*Ibid*, p. 70.

<sup>291</sup> *Coulls v Bagot's Executor & Trustee Co Ltd* (1967) 119 CLR 460.



имовину поверио на управљање посебном субјекту. Након његове смрти, удовица Коулс је од суда захтевала да утврди да ли уговорена накнада за вађење камена припада земљишту или њој као уговорној страни.

Високи суд Аустралије је у својој пресуди утврдио да гђа Коулс у конкретном случају није сауговарач уз преминулог супруга јер обећање компаније *O'Neil Constructions* није било дато њој и њему заједно, те да на основу тога нема право на исплату накнада за употребу земљишта. Међутим, четворо судија је у *obiter* делу одлуке истакло како би у случају да су господин и госпођа Коулс са компанијом *O'Neil Constructions* закључили уговор као сауговарачи, она имала право на исплату накнаде без обзира на околност да у самом уговорном односу недостаје њен *consideration*. Судија Виндејер<sup>292</sup>, у свом издвојеном мишљењу посебно наглашава како у случају постојања сауговарача, њихов *consideration* у замену за примљено обећање не мора постојати за сваког од њих појединачно, већ је довољно да један *consideration* исходи од њих збирно, чиме је његова заједничка полазна тачка јединствена у односу на сваког од конкретних појединачних сауговарача.<sup>293</sup>

Изненађујуће је да је овакав став аустралијског суда претрпео оштру критику новозеландског професора права Брајана Кута<sup>294</sup>, који истиче како би се гђа Коулс могла сматрати за пуноважног сапримаоца обећања само у случају да је у односу на примљено обећање имала и одређену обавезу. У ситуацији у којој је она ништа друго до пасивни адресат нечијег обећања, не може се сматрати да има својство уговорне стране.<sup>295</sup>

Дилема коју је наведена расправа отворила је питање: Ко се у енглеском праву може сматрати за уговорну страну? Да ли је довољно бити наведен на уговорној исправи и исту потписати како би суд сматрао да је одређено лице закорачило у уговорни однос или је неопходно лично се обавезати на одређену чинидбу, односно нечинидбу, у ком смислу не би било могуће замислити пријемника уговорног обећања који за исто не би имао обавезу понудити лични *consideration*. Комисија је у *Извештају* из 1996. године, у делу који се односи на ово питање, навела како се с обзиром на његову тежину, коначни

<sup>292</sup> Sir William John Victor Windeyer, 1900–1987.

<sup>293</sup> „Still, it was said, no consideration moved from her. But that, I consider, mistakes the nature of a contract made with two or more persons jointly. The promise is made to them collectively. It must, of course, be supported by consideration, but that does not mean by considerations furnished by them separately. It means a consideration given on behalf of them all, and therefore moving from all of them. In such a case the promise of the promisor is not gratuitous; and, as between him and the joint promisees, it matters not how they were able to provide the price of his promise to them.” – *Coulls v Bagot's Executor & Trustee Co Ltd* (1967) 119 CLR 460.

<sup>294</sup> Brian Coote, 1929–2019.

<sup>295</sup> Coote, B., 1978, Consideration and the Joint Promise, *The Cambridge Law Journal*, Vol. 37, No. 2, p. 307.

одговор мора препустити судовима. Међутим, Комисија је истакла да сматра како се особа која као сапрималац обећања за исто није понудила свој *consideration* не би смела сматрати трећим лицем. Овакав став је усвојен уз наду да ће енглески судови избећи бесмислени закључак по коме би сапримаоцу обећања који на исто није понудио лични *consideration* била ускраћена активна страначка легитимација.<sup>296</sup>

### 2.3. Тест правне вредности

Трећи у низу критеријума на основу кога енглеско право утврђује да ли одређени уговор садржи *consideration* као услов његове пуноважности је везан за питање односа економске вредности узајамних давања уговорних страна. Како је раније већ истакнуто, енглески уговор не познаје општи услов еквивалентности престације и контрапрестације, односно принцип прекомерног оштећења, као што је то случај са континенталним правима.

За *consideration* енглеског уговора се каже како није потребно да буде „адекватан”, уколико је „довољан”.<sup>297</sup> Другим речима, није неопходно да одражава стварну или тржишну вредност у односу на ону понуђену или дату. Уместо ове тржишне, *consideration* мора да поседује своју правну вредност, па се тако, примера ради, неће сматрати за правно прихватљиву „цену обећања” обавеза која је претходно већ испуњена, или на коју пријемник обећања свакако има право. Овде треба нагласити да овако дефинисана правна вредност мора имати свој имовински (економски) параметар, чак и уколико се он не би могао прецизно квантификовати. Тако је у предмету *Мансукани*<sup>298</sup> суд утврдио како исправа по којој је право својине пренето са родитеља на сина у замену за његову „спонтану љубав и приврженост” не представља уговор о продаји, већ се ради о поклону, пошто тако дефинисана захтевана обавеза пријемника обећања нема имовински елемент. Суд је овакву одлуку донео упркос околности да је према одредбама дате исправе обавеза плаћања преосталих obroка хипотекарног дуга за дату непокретност прешао са родитеља на сина као новог власника.<sup>299</sup>

<sup>296</sup> „[W]e therefore consider that a joint promisee who has not provided consideration should not count as a third party within our proposed reforms. We adopt this approach in the confident expectation that, particularly in the light of our reforms, the English courts will avoid the absurdity referred to above by accepting the ‘joint promisee exception’ so that a joint promisee who has not provided consideration will not be left without a basic right to enforce the contract.” – *Privity of Contract: Contracts for the Benefits of Third Parties*, The Law Commission Report No. 242, HMSO – Her Majesty’s Stationery Office, London, 1996, p. 72.

<sup>297</sup> O’ Sullivan, J., Hilliard, J., 2016, p. 102.

<sup>298</sup> *Mansukhani v Sharkey* [1992] 2 E.G.L.R. 105.

<sup>299</sup> McBain, G., 2020, Modernising the Law of Gift, *International Law Research*, Vol. 5, No. 1, pp. 198–199.

Енглески правници наведено одсуство захтева вредносне еквивалентности узајамних уговорних давања објашњавају аргументом да се уговорном праву не сме дати у задатак да се стара о томе да ли се за стране може рећи да су оствариле „добар пазар”. Крајње је немогуће замислити да право нуди своју заштиту само оним уговорима у којима је суд дошао до закључка да су стране размениле пун тржишни еквивалент својих чинидби. Парадокс оваквог концепта се јасно огледа већ у томе да по редовном току ствари, примера ради, сваки *купац* много више жели ствар коју купује него новац који за њу даје, док сваки *продавац* много више жели новац који ће примити од ствари коју нуди на продају. Намера купца да плати непотребно високу цену за ствар која за неког другог не представља никакву вредност, односно намера продавца да веома вредну ствар прода у бесцење, представља пуноважне уговоре које право мора да штити као и све друге.

Суштина ове рефлексије своје упориште има у првом од три наведена критеријума: *consideration* одговара ономе што је давалац обећања захтевао. Околност на коју Орлић указује, да је енглеско обећање другачије од континенталне понуде пре свега по томе што њега даје искључиво будући дужник,<sup>300</sup> на овом месту долази до пуног изражаја. Престација коју је будући дужник захтевао у замену за уговорну обавезу коју је сам понудио, без обзира на то колико она безвредна била, мора бити довољна, и као таква искључује сваку могућност накнадног захтева за поништајем уговора или његове измене из разлога несразмере узајамних давања.

Средином педесетих година XX века, енглески судови су одлучивали у спору грамофонске куће *Chappell & Co* против познатог произвођача чоколада, који је тако и остао упамћен као предмет *Нестле*.<sup>301</sup> Тужилац је имао ауторска права на у то време веома популарну песму вокалног трија *The King Brothers*. У оквиру посебне продајне кампање, Нестле је свакоме ко би им доставио доказ о уплати једног шилинга и шест пенија уз три омота било које од њихових чоколадица у вредности од минимум шест пенија, продао сингл са песмом *Rockin' Shoes*. Према одредбама тада важећег *Закона о ауторском праву*<sup>302</sup> имаоцу ауторског права се на име законске накнаде исплаћивао износ у висини од 6,25% од остварене малопродајне цене сваког примерка дела. Питање на које је Дом лордова у овом случају требао да одговори је да ли се у износ остварене малопродајне

<sup>300</sup> „Својство обећаоца нужно се претвара у својство дужника по закључењу уговора.” – Орлић, М., 1996, Смисао понуде у европском и англо-саксонском праву, *Анали*, 2–3, стр. 109.

<sup>301</sup> *Chappell & Co Ltd v Nestle Co Ltd* [1960] AC 87.

<sup>302</sup> The Copyright Act 1956.

цене има урачунати и вредност омота чоколадица – односно да ли се и подерана амбалажна фолија може сматрати за правно ваљани *consideration*?

Већина чланова Апелационог комитета Дома лордова заузела је становиште да може. Према аргументацији лорда Рида<sup>303</sup>, тужени је захваљујући постављеном захтеву свакако имао корист, која се огледа како у расту обима продаје Нестле чоколадица, тако и у расту популарности самог брэнда, па тако захтевани употребљени омоти чоколадица јесу део укупне вредности који се означава као *consideration*, и не могу се сматрати простим административним условом (што би, примера ради, био захтев да се уз уплату достави и коверта адресирана на купца у којој би му се сингл плоча доставила). Мањина која је оспоравала овакав закључак, је указивала на околност да се захтевани омоти чоколадица не могу сматрати за *consideration*, с обзиром на то да их је тужени, без сваке сумње, одмах по пријему бацао у отпад. У том смислу, они се морају сматрати само за неопходни услов како би се сингл плоча могла купити по цени од једног шилинга и шест пенија, а никако за *consideration*. Супротан став већине упечатљиво је образложио лорд Самервел<sup>304</sup> речима како је у енглеском праву одавно утврђено да је *consideration* све оно што давалац обећања захтева, па било то и зрно бибера, без обзира на околност да не воли бибер, и да ће примљено зрно истог тренутка бацити.

Поред његове очигледне тривијалне вредности, *consideration* је правно ваљан и у случају да представља обећање извршења обавезе која за даваоца обећања не представља никакав напор, или радња коју би свакако предузео. У предмету *Детел*<sup>305</sup> компанија *Shanklin Pier* (тужилац) је била власник пристаништа за чију реконструкцију је ангажовала одређену грађевинску фирму. Према одредбама уговора, тужилац као наручилац посла био је у могућности да самостално врши избор материјала који би извођач употребљавао током реконструкције. Произвођач боја, компанија *Detel Products* (тужени), је у замену за обећање да ће се за реконструкцију пристаништа употребљавати искључиво њихови производи, тужиоцу издао посебну потврду о својству боја, по којој је њихов век трајања између седам и десет година. Како је свега неколико месеци по окончању радова боја почела да отпада, тужилац је од суда захтевао накнаду штете по основу повреде уговора. Према одлуци Краљевог судбеног стола,<sup>306</sup> тужилац је имао активну страначку легитимацију без обзира на околност да је уговор о продаји боје закључен

<sup>303</sup> James Scott Cumberland Reid, 1890–1975.

<sup>304</sup> Donald Bradley Somervell, Baron Somervell of Harrow, 1889–1960.

<sup>305</sup> *Shanklin Pier Ltd v Detel Products Ltd* [1951] 2 KB 854.

<sup>306</sup> *King's Bench* је једно од одељења Високог суда Енглеске и Велса.

између туженог и грађевинске фирме као извођача радова, а не између парничних страна. Суд је, такође, утврдио да је тужилац својим избором куповине производа туженог обезбедио довољан *consideration* за обећана му својства ствари, без обзира на околност да се датим избором тужилац само користио правом који је имао на основу уговора са извођачем радова, као и да се може замислити да би тужилац исту одлуку донео и да му није понуђена вишегодишња гаранција. Основни разлог оваквог закључка лежи у чињеници да је тужилац имао могућност да одлучи другачије.

Слична правна аргументација требала је бити примењена и у чувеном случају са половине XIX века *Блут*<sup>307</sup>. Тужени је дуговао свом оцу извесну своту новца по основу личне менице. Након очеве смрти г. Вајт је као извршилац завештања путем суда покушао наплатити дуг по меници. Тужени је оспорио постојање дуга тврдећи да му је отац обећао како ће му опростити дуг уколико престане да му приговара о начину на који овај врши расподелу имовине. Суд је овакав приговор туженог одбио. Судија Полок<sup>308</sup> је у свом образложењу истакао како дати однос не садржи *consideration* пошто син нема права да се противи начину на који његов отац врши поделу имовине, па се његово обећање да ће се уздржати од понашања које му је свакако забрањено не може бити *consideration*.<sup>309</sup> Међутим, према мишљењу претежног дела каснијих теоретичара, тужени је сасвим извесно био у могућности да негодује свом оцу, па се тако аргумент судије Полока у конкретном случају не може применити. Наиме, синовљев *consideration* није супротан праву, као што би то било, примера ради, његово обећање да ће у замену за опрост дуга престати да поткрада оца. У прилог оваквог закључка говори одлука Апелационог суда у Њујорку из 1891. године у предмету *Хамер*<sup>310</sup> где је суд утврдио како је нећаково обећање да ће се уздржавати од алкохола, дувана, вулгарног изражавања, коцкарских игара са картама и билијара до своје 21. године правно ваљани *consideration* у односу на стричево обећање да ће му за то исплатити, у оно време позамашну своту од 50.000 америчких долара. Мекендрик<sup>311</sup> посебно истиче како би одлуку у предмету *Блут* суд много боље образложио чињеницом да се ради о правном послу који карактерише изразита формалност (менични послови), те се тако околност да отац меницу није уништио или предао сину, већ да је задржао све до своје смрти мора ценити као доказ који не говори у прилог синовљевих тврдњи. У исто време, из држања оца и сина се може

<sup>307</sup> *White v Bluett* (1853) 23 LJ Ex 36.

<sup>308</sup> Sir Charles Edward Pollock, 1823–1897.

<sup>309</sup> *White v Bluett* (1853) 23 LJ Ex 36.

<sup>310</sup> *Hamer v. Sidway* 124 N.Y. 538, 27 N.E. 256 (N.Y. 1891).

<sup>311</sup> Ewan McKendrick, 1960.

закључити одсуство јасне намере обе стране да се уговор о опросту дуга закључи, што је много бољи аргумент у циљу одбијања синовљеве одбране, од онога који је понудио судија Полок.<sup>312</sup>

Енглеско право ће за пуноважан *consideration* сматрати и повлачење поднете тужбе или прихватање судског поравнања, чак и у ситуацији када је изглед за успехом у парници готово никакав, односно уколико је вредност тужбеног захтева прениска, под условом да је страна која одустаје од свог захтева била у искреном уверењу да је њена тужба основана. У противном, уколико би тужилац био свестан да нема основа за поднету тужбу, понуда да се иста повуче нема правну вредност, односно не може представљати правно ваљани *consideration*. Оваква одлука је донета у предмету *Bejd*<sup>313</sup> где је тужени покушао да оствари одређену корист од тужиоца, нудивши му одустанак од тужбе за коју је добро знао да нема изгледа да успе.

Недавно одлуком Судског комитета Крунског савета<sup>314</sup> у предмету „P” против *Правобраниоца Енглеске и Велса*<sup>315</sup> је наведени принцип додатно конкретизован ставом како одговорност довољна да обезбеди *consideration* постоји и у ситуацији када судског поступка није ни било. Током Заливског рата 1991. године једна од елитних јединица британске војске била је заробљена од стране ирачких снага. Чланови ове јединице су о својим језивим искуствима из заробљеништва објавили неколико књига, на основу којих је снимљено и неколико филмова, што је значајно ослабило борбени морал Специјалних ваздушних снага британске војске (SAS). У жељи да спречи сличан развој ситуације у будућности, Министарство одбране Уједињеног Краљевства је од свих припадника ове елитне јединице захтевало да потпишу посебан уговор о тајности података, којим им се убудуће забрањује објављивање сличних података. Једном од припадника Специјалне јединице, који се у списима предмета означава као „P”, је указано да ће бити премештен у другу јединицу уколико не потпише наведени уговор, иако је до тада одбијање престанка на измене у уговорном односу доводило до дисциплинског поступка, а не и премештања у друге јединице. „P” је потписао уговор, али је након престанка војне службе, по повратку на Нови Зеланд, објавио своје мемоаре у којима је изнео и податке који су

<sup>312</sup> McKendrick, E., Breach of Contract, Restitution for Wrongs and Punishment, in: Burrows, A., Peel, E., (eds.), 2004, *Commercial Remedies*, Oxford, Oxford University Press, ch. 10.

<sup>313</sup> *Wade v Simeon* [1846] 2 CB 548.

<sup>314</sup> *Judicial Committee of the Privy Council* је врховна судска инстанца у споровима странака са подручја Комонвелта и осталих прекоморских територија Уједињеног Краљевства уколико оне немају своје врховне судове, као и у односу на одређене домаће судове и друге органе (примера ради у односу на одлуке Суда Адмиралитета, Црквеног суда Англиканске цркве, и сл).

<sup>315</sup> *“R” v Attorney General for England and Wales* [2003] UKPC 22.

сматрани за тајне. Министарство одбране је покренуло судски поступак против „P”. У свом одговору на тужбу, „P” је, између осталог, изнео како уговор о чувању тајних података не може бити примењен пошто Министарство одбране није понудило свој *consideration* у замену за његову уговорну обавезу. Крунски савет је утврдио како је одговорност Министарства одбране да не премести „P” у другу јединицу правно прихватљиви *consideration* у замену за његову обавезу чувања тајности података до којих у току борбених операција дође. Крунски савет је посебно истакао како је околност да је у ранијој пракси Министарства неприхватање понуђених измена у уговорним односима доводило до дисциплинске повреде, а не премештања у друге јединице без утицаја на наведени случај. Оно што је од значаја је чињеница да је Министарство одбране било у могућности да премести војника „P” у другу јединицу, али да оно то није учинило. На крају, Савет такође указује како се *consideration* Министарства одбране не огледа у обећању да тужиоца неће преместити у другу јединицу, обзиром да би такво поступање било противно овлашћењима Министарства, већ чињеници да оно своје право није користило, односно у чину одрицања.

### 3. ПРАВНО УПИТАН *CONSIDERATION*

Као правни институт формиран од стране судова, *consideration* као *conditio sine qua non* енглеског уговора је поред свог позитивног одређења, временом добијао и јасне контуре захваљујући аргументу *a contrario*, или аналогiji по супротности. Руковођени овом логичком матрицом, англоамеричке судије су релативно јасан правни израз онога што *consideration* јесте, неретко утврђивали оним што он *није*. Тако се временом формирао већи број прецедената којима су успостављане типолошке негације енглеског основа уговора (*consideration*), од којих ћемо овде набројати оне најзначајније. У наредним излагањима понуђен је преглед судских прецедената везаних за питање правне прихватљивости односно неприхватљивости *consideration*-а понуђеног у замену за примљено обећање. Дати примери укључују: 1) ранији *consideration*, 2) обавезу утврђену општом правном нормом, 3) постојећу уговорну обавезу према трећем лицу, 4) постојећу уговорну обавезу према другој уговорној страни и 5) делимично испуњење обавезе.

### 3.1. Ранији *consideration*

Основа ове поставке, у енглеској правној мисли познатој под називом *past consideration*, се веома добро уочава у два спора из прве половине XIX века, у којима је одлучивао лорд Денман<sup>316</sup>. Први је предмет *Иствуд*<sup>317</sup> из 1840. године. Отац је завештањем сву своју имовину оставио малолетној ћерки, одредивши г. Иствуда као извршиоца теста-мента и њеног старатеља. Након што је сачинио завештање, отац је купио додатне парцеле на којима је на основу хипотекарних зајмова отпочео изградњу већег броја грађевина, које за живота није успео да доврши. Након његове смрти, Иствуд је без накнаде за свој труд, довршио започету градњу, доплаћујући из сопствених средстава трошкове за које хипотекарни зајмови нису били довољни. Такође, својим новцем је финансирао прилично скупо школовање своје младе штићенице. По навршеном пунолетству, ћерка се удала за извесног Кејнона, који је Иствуду обећао да ће исплатити све њене дугове. Како се то није догодило, Иствуд је поднео тужбу за исплату обећаног.

Суд је у конкретном случају утврдио да је мужевљево обећање неутуживо, с обзиром на то да је Иствудов *consideration*, као примаоца обећања, постојао много пре него је обећање туженог за исплатом дугованог уопште дато. Лорд Денман своју одлуку базира на схватању да је уговор нагодба (*bargain*), односно узајамност два дата обећања. Иствудове чинидбе би се могле сматрати за *consideration* да су учињене у замену за мужевљево обећање поврата утрошеног. Образлажући овакав став, лорд Денман прилично оштро одбија аргументе засноване на одлукама лорда Мансфелда из XVIII века, о постојању Кејнонове моралне обавезе да обештети Иствуда (*uberrima fides*), те поентира како би се усвајањем таквог гледишта „*consideration* као услов постојања утуживог уговора у целости поништио, а свака изјава пуког обећања створила моралну обавезу испуњења.”<sup>318</sup>

Други предмет је две године млађи, познат као случај *Роскорла*.<sup>319</sup> Парничне странке су закључиле уговор о куповини коња. Након закљученог уговора, продавац је купцу дао усмену потврду квалитета, тврдећи да је коњ у добром стању (*free from vice*). Након испоруке, купац утврђује да коњ има недостатке, те покреће парницу за повреду уговора. Суд утврђује како је на основу закљученог уговора *consideration* исплате куповне цене био испорука коња. За накнадно обећање доброг стања коња (потврда

<sup>316</sup> Thomas Denman, 1st Baron Denman, 1779–1854.

<sup>317</sup> *Eastwood v Kenyon* (1840) 113 ER 482.

<sup>318</sup> *Ibid.*

<sup>319</sup> *Roscorla v Thomas* (1842) 3 QB 234.



квалитета) се као *consideration* не може применити исплате цене од стране купца јер се он односи на раније закључени уговор о продаји. Речима лорда Денмана: „Неопходно је утврдити као опште правило, уз одређене изузетке [...] да обећање мора постојати у исто време када и *consideration*. У датом случају, једино обећање које се односи на изјављени *consideration*, дакле које постоји заједно са њим, је предаја коња у тренутку када то купац буде захтевао. Продаја је комплетирана без потврде о квалитету, у складу са захтевима туженог, и не укључује додатне обавезе за продавца. Према томе, јасно је како конкретан *consideration* не укључује и обећање да је коњ у добром стању.”<sup>320</sup>

Цитирана одлука се позива на правило међузависности у вези обећање-*consideration*, при чему не даје јасне назнаке о томе у чему се дата међузависност тачно огледа. Каснији развој доктрине *consideration* је пред судове поставио донекле незахва-лан задатак да утврђују у којим случајевима се изјављени *consideration* може сматрати делом исте трансакције у односу на обећање које би било дато накнадно. Чини се да је суд одговор покушао да пронађе у откривању постојања јасне намере уговорних страна, односно да ли је у време давања обећања утврђено да ће прималац обећања бити обавезан да на исто одговори својим обећањем.<sup>321</sup>

Трејтел наглашава како суд приликом одређивања да ли одређени *consideration* спада у категорију „ранијег” није везан строгим хронологијом догађаја. У случају да су обећање и *consideration* суштински делови истог правног посла (*substantially one transaction*), сам редослед радњи не мора бити од пресудног значаја.<sup>322</sup> Постојање суштинске целовитости правног посла суд утврђује као чињенично питање. У том смислу, није од пресудног значаја начин на који су обавезе уговорних страна језички формулисане у самој уговорној исправи. У предмету *Мекардил*<sup>323</sup> Виљем Мекардил је породично имање завештао у корист своје петоро деце, уз обавезу доживотног плодуюживања за преживелу удовицу. Супруга једног од синова-наследника је извршила преправке на делу имања, у вредности од 488 фунти, које је одмах сама и исплатила. По завршетку радова, од свих пет сунаследника захтевала је да се писмено обавезу на поврат уложеног

<sup>320</sup> „It may be taken as a general rule, subject to exceptions [...] that the promise must be coextensive with the consideration. In the present case, the only promise that would result from the consideration, as stated, and be coextensive with it, would be to deliver the horse upon request. The precedent sale, without a warranty, though at the request of the defendant, imposes no other duty or obligation upon him. It is clear, therefore, that the consideration stated would not raise an implied promise by the defendant that the horse was sound or free from vice.” – Lord Denman, *Roscorla v Thomas* (1842) 3 QB 234.

<sup>321</sup> O’Sullivan, J., Hilliard, J., 2016, p. 106.

<sup>322</sup> Treitel, G., 2015, p. 431.

<sup>323</sup> *Re McArdle* [1951] Ch 669.

из остварене продајне цене, пошто се имаће буде продало. Након смрти удовице Мекардил, преостало четворо сунаследника су одбили да исплате свој део новчане обавезе из остварене продајне цене. Суд је утврдио да је упркос формулације у исправи по којој је њихово обећање дато „у замену за *consideration* у виду грађевинских радова који ће се извршити” неутуживо, пошто је у тренутку сачињавања саме исправе, понуђени *consideration* (грађевински радови) већ био извршен и исплаћен. Дакле, обећање сунаследника је неутуживо, с обзиром на то да претходни *consideration* није правно прихватљив.

Један од изузетака обавезне временске међузависности обећања и противобећања (*consideration*), на које у предмету *Роскорла* указује и лорд Денман, проналазимо у одлуци *Лампли*<sup>324</sup> из 1615. године. Тужени је извршио незаконито убиство и замолио извесног Ламплија да у његово име изађе пред краља и моли га за милост. Пошто је краљ након већег броја Ламплијевих покушаја коначно услишио молбу, тужени му је у знак захвалности обећао исплатити 100 фунти. Како се помиловани оглушио о дато обећање, Лампли је поднео тужбу захтевајући исплату. Краљев судбени сто је утврдио да је накнадно обећање исплате 100 фунти у замену за Ламплијеве напоре правно обавезујуће и донео одлуку у корист тужиоца. Суд је до оваквог закључка дошао утврдивши да је између уговорних страна постојао споразум који омогућава подразумевану обавезу (*implied assumpsit*)<sup>325</sup> накнаде за учињени труд.

Овом одлуком је установљен један од првих изузетака правила о правној неприхватљивости претходног *consideration*-а, Конкретно, уколико се из околности случаја може утврдити да је у замену за захтевану погодност разумно очекивати награду, њено накнадно обећање није вид просте уљудности (*a mere voluntary courtesie*), већ правно утужива обавеза. О’Саливен и Хилард наглашавају како је одлука у случају *Лампли* не само пример изузетка у односу на *past consideration* правило, већ пре свега пример изузетка међузависности „обећање-*consideration*”, на које лорд Денман указује. Наиме, према њиховој тврдњи, основна разлика између случајева *Иствуд* и *Лампли* огледа се у одступању у односу на критеријум захтева. Конкретно, *Иствуд* не измирује доспеле обавезе Сариног покојног оца на захтев њеног каснијег супруга Кеџона, већ то чини самоиницијативно, док *Лампли* поступа према захтеву туженог, који у замену за свој захтев накнадно одговара обећањем исплате 100 фунти.<sup>326</sup> Овакав закључак

<sup>324</sup> *Lampleigh v Braithwait* [1615] EWHC KB J 17.

<sup>325</sup> Појам *assumpsit* се додатно обрађује у оквиру целине 4.2. ове главе.

<sup>326</sup> О’ Sullivan, J., Hilliard, J., 2016, p. 106.

О'Саливенове и Хилара, мора се допунити околношћу да је суд у образложењу пресуде *Лампли* посебно истакао постојање прећутног споразума о исплати накнаде за труд, без обзира што она иницијално није поменута. Дакле, осим мерила захтева, *Лампли* изузетак подразумева и имплицитно постојање намере уговорних страна да закључе уговор о налогу уз накнаду.

Потврду *Лампли* изузетка у односу на *past consideration* правило проналазимо у одлуци Крунског савета из 1979. године у предмету *Пао Он*.<sup>327</sup> Тужени, као већински власници недавно основаног акционарског друштва били су заинтересовани за куповину зграде у власништву привредног друштва чији је већински власник био тужилац са породицом. Уместо готовинске исплате куповне цене, парничне странке су се споразумеле о исплати путем преноса права својине на акцијама у њиховим привредним друштвима. Према одредбама уговора, компанија тужиоца, као власник непокретности, постаје власник 4,2 милиона акција у привредном друштву купца непокретности (тужени), при вредности сваке акција од један хонгконшки долар (HKD), у замену за све акције компаније у чијем власништву се налазила дата непокретност, односно укупно 4,2 милиона акција при вредности сваке акције од 2,5 HKD. Како би осигурао да вредност акција привредног друштва купца непокретности не би нагло опала, тужилац је пристао да у периоду од једне године од дана промета, 60% купљених акција не нуди на даљу продају. Заузврат, тужени се обавезао да ће у случају да вредност акција привредног друштва купца у периоду од једне године опадне, заштићени удео од 60% акција откупити од тужиоца по утврђеној цени од 2,5 HKD по акцији.

Након овако закљученог уговора, тужилац је схватио да би и у случају раста вредности акција у периоду од једне године, тужени био у могућности да 60% акција купи по заштићеној цени од 2,5 HKD, што би га оставило без значајне добити. Из тог разлога, захтевао је измену уговора на начин да је купац у обавези да обештети продавца у случају да се вредност купљених акција спусти испод износа од 2,5 HKD, ставивши јасно до знања другој страни да без дате измене неће испунити своју обавезу из првобитног уговора. Како је убрзо након извршене трансакције вредност акција привредног друштва купца стрмоглаво пала испод почетне вредности од 2,5 HKD, продавац је поднео тужбу за исплату уговореног обештећења. Тужени је истакао приговор по основу *past consideration* правила, тврдећи да је накнадни уговор неутужив пошто је за обећање обештећења, тужилац понудио *consideration* из првобитног уговора, који се на дате измене не

<sup>327</sup> *Pao On v Lau Yiu Long and another* [1979] UKPC 17.

односи. Тужени је, такође, истакао како је приликом закључења анекса уговора дошло до мане воље, имајући на уму претње друге стране.

Суд је донео одлуку у корист тужиоца, применом *Лампли* изузетка. У образложењу ове одлуке, лорд Скарман<sup>328</sup> истиче како су у датом случају присутна сва три услова за примену изузетка из предмета *Лампли*. Конкретно: 1) прималац обећања чини оно што је од њега захтевано; 2) стране су се сагласиле да се *consideration* састоји од исплате новца или неке сличне користи; и 3) *consideration* би био правно прихватљив и утужив у случају да је био обећан раније. Суд је такође одбио и приговор мане воље.

На крају, поставља се питање у чему се огледа правни смисао, оправданост постојања *past consideration* правила? Према мишљењу О'Саливен-Хилард, то је свакако вид заштите савесне стране од наметања накнадне обавезе у односу на корист иницијално примљену по основу добродиног правног посла, а коју давалац обећања сада ретроактивно жели да „наплати”.<sup>329</sup> Наведени *Лампли* изузетак управо подржава овакво схватање, пошто дозвољава утуживост обећања само онда кад се из околности случаја може закључити како се *consideration* у виду новчане или сличне накнаде, иако неисказан, приликом утврђивања узајамног односа, неспорно, подразумевао.

### 3.2. Обавеза утврђена општом правном нормом

Испуњење обавезе која је санкционисана општом правном нормом, односно обећање испуњења такве обавезе, енглеско право не прихвата за *consideration* релевантан у односу на примљено уговорно обећање. Као што је био случај и са претходним примерима, разлог оваквог правног уређења проналазимо у кључном обрасцу енглеског уговора, принципу који се темељи управо на доктрини *consideration*, по коме је енглески уговор, пре свега и изнад свега, нагодба или „трампа” (*bargain*). Наиме, према овом обрасцу, давалац обећања треба да прими *consideration* у замену за своје обећање, што не би био случај уколико би се радило о обавези коју правни поредак свакако диктира.

Основни прецедент овог правног стандарда проналазимо у предмету *Колинс*<sup>330</sup> из 1831. године. Суд је издао наредбу (*subpoena*) којом је позвао Колинса да приступи суду у својству сведока. Како би осигурао његово давање исказа, Годфри као предлагач његовог саслушања, обећао је Колинсу једну гвинеју на дан у замену за његов труд

<sup>328</sup> Leslie George Scarman, Baron Scarman, 1911–2004.

<sup>329</sup> O’Sullivan, J., Hilliard, J., 2016, p. 107.

<sup>330</sup> *Collins v Godefroy* (1831) 109 ER 1040.

појављивања пред судом. Иако је на захтев суда провео шест дана у судници, Колинс није био позван да сведочи. По окончању спора затражио је од Годфрија исплату обећаних шест гвинеја. Како је овај то одбио, обратио се суду. Суд је утврдио да Колинсово обећање појављивања пред судом не представља правно прихватљиви *consideration* у замену за обећану накнаду, имајући у виду да његово појављивање пред судом у случају пријема судског позива представља јасну обавезу утврђену општим правним нормама. Трошкови настали приликом повиновања обавези утврђеном општом правном нормом не могу се сматрати за *consideration* у замену за обећање накнаде.

Накнадном конкретизацијом уређења овог питања, енглески судови су дошли до закључка да и у случају да прималац обећања учини више од обавезе како је иста утврђена општом правном нормом, таква радња ипак представљала правно прихватљиви *consideration*. Проблем који се у примени овако формулисаног критеријума појавио односи се на прецизирање ситуација у којима је прималац обећања надмашио своју општом нормом утврђену обавезу. Најчешћи примери недоумица у овом смислу везани су за обавезе управних органа и оне из породичних односа.

У предмету *Гласбрук*<sup>331</sup> из 1924. године, током штрајка власници рудника су од локалне полиције захтевали заштиту. Како су капацитети полиције били ограничени, власници су у замену за стални надзор рудника полицији понудили новчану накнаду. По окончању штрајка рудара, власници су одбили захтев полиције за исплатом накнаде позивајући се на околност да је општим правним нормама прописана јасна обавеза полиције да пружи заштиту имовини и лицима. Уском већином од три према два, Дом лордова је стао на становиште да је у конкретном случају полиција пружила „посебну услугу” у односу на ону каква је утврђена правним прописима, те је у том смислу обећање управе рудника за исплатом новчане накнаде обавезујуће. Према мањинском мишљењу правних лордова, оваква одлука је изразито опасна, с обзиром на то да би се на тај начин могао увести принцип по коме би полиција своју друштвену обавезу заштите имовине и лица могла условити плаћањем разних додатних накнада. Енглески законодавац је принцип утврђен у предмету *Гласбрук* коначно потврдио 1996. године доношењем Закона о полицији.<sup>332</sup>

Проблем јасног омеђења обавеза санкционисаних општим правним нормама је свој специфичан израз добио и у деликатној сфери породичних односа. У предмету *Вард*<sup>333</sup>

<sup>331</sup> *Glasbrook Brothers Ltd. v Glamorgan County Council* [1924] UKHL 3.

<sup>332</sup> Police Act 1996, s25(1).

<sup>333</sup> *Ward v Byham* [1956] 1 WLR 496.

из 1956. године, по окончању вишегодишњег заједничког живота невенчаног пара, отац ванбрачног детета рођеног у току трајања ове заједнице обавезао се на плаћање седмичног издржавања у висини од једне фунте, у замену за мајчину обавезу старања да дете буде збринуто и срећно. Након што се мајка детета удала, отац је преостао са плаћањем преузете обавезе. Мајка је поднела тужбу ради исплате обећаног. У току парнице отац се позивао на аргумент да за његово обећање исплате једне фунте седмично мајка није понудила никакав додатни *consideration*, при чему њена обавеза старања о добробити и срећи детета представља захтев који јој опште правне норме свакако намећу. Према одлуци Апелационог суда, мајка је пружањем бриге о добробити и срећи детета пружила више од минимума који опште правне норме од ње захтевају, и тиме обезбедила довољан *consideration* у замену за очево обећања плаћања једне фунте седмично. Лорд Денинг<sup>334</sup> се сложио са закључком суда да је очево обећање утуживо, међутим он у конкретном случају истиче како мајка није учинила више него што је њена јасна обавеза у складу са позитивним правом, али да је по његовом мишљењу принцип по коме обавеза утврђена правним прописима не може бити *consideration* уговорног односа погрешан, имајући на уму да испуњење и такве обавезе може представљати добит за онога у чију корист је извршена.<sup>335</sup>

Слична разлика у мишљењима чланова судског већа појавила се и годину дана касније у предмету *Вилијамс*.<sup>336</sup> Након женине одлуке да напусти мужа, супружници су се споразумели да ће у замену за њено обећање да се стара о себи и да не истиче захтеве за додатним новчаним средствима, супруг на име издржавања плаћати одређени седмични износ. У току парнице, супруг је истакао приговор да је његово обећање исплате седмичног издржавања неутуживо пошто је супруга у замену за исто понудила одрицање од истицања захтева за додатним новчаним средствима, на која свакако, због тога што је самоиницијативно напустила брачну заједницу, не би ни имала право. Чланови судског већа су се усагласили да је обећање супруге да се стара о себи довољан *consideration* у замену за обавезу плаћања седмичног издржавања од стране бившег супруга, при чему је додатни аргумент лорда Денинга у прилог такве одлуке поново остао усамљен. Наиме, лорд Денинг је поновио како сматра да је супруга понудила правно ваљани *consideration* већ и тиме што се обавезала на оно на шта је по важећем праву једино и могла (одрицање

<sup>334</sup> Alfred Thompson Denning, Baron Denning, 1899–1999.

<sup>335</sup> „I have always thought that a promise to perform an existing duty, or the performance of it, should be regarded as good consideration, because it is a benefit to the person to whom it is given.” – Lord Denning, *Ward v Byham* [1956] 1 WLR 496.

<sup>336</sup> *Williams v Williams* [1957] 1 WLR 148.

од истицања додатних захтева), с обзиром да је тиме бившем супругу пружила јасну корист. У односу на одлуку у предмету *Vard*, лорд Денинг овде прецизира како обавеза одређена општом правном нормом може представљати правно ваљани *consideration*, под условом да то није у супротности са јавним поретком.

О’Саливен и Хилард сматрају да је већина судија усвојила тужбени захтев бивше супруге фингирајући постојање додатне обавезе у односу на ону прописану позитивним правом (обавеза старања о самом себи), донекле на сличан начин на који је Крунски савет околност да Министарство одбране није преместило војника „Р” из специјалних снага „читао” као правно ваљани *consideration*. У оба случаја је судско веће очигледном правном гимнастиком покушало да удовољи крутој форми енглеске доктрине *consideration*, иако за то није било довољно основа.<sup>337</sup> У том смислу су ставови лорда Денинга искренији, међутим његово тумачење утуживости конкретних обећања новчаног издржавања од стране оца детета, односно бившег супруга, су на самој граници оспоравања доктрине *consideration*. Ставови лорда Денинга, руковођени потребом заштите имовински слабије стране у породичним односима, су добили своју накнадну потврду кроз реформу породичног законодавства.

### 3.3. Постојећа уговорна обавеза према трећем лицу

Досадашња излагања о правном карактеру односа обећања датог у замену за ранији *consideration* или обавезу утврђену општом правном нормом, наводе на закључак да би сличан правни положај постојао и у ситуацији када се *consideration* доводи у везу са већ постојећом уговорном обавезом у корист трећег лица. Међутим, енглеско право на овом месту чини отклон у односу на очекивану нормативну логику, утврђујући да одраније постојећа уговорна обавеза према трећем лицу јесте правно прихватљиви *consideration* у замену за обећање примљено у накнадно закљученом уговору.

Судски прецедент којим је наведено правило коначно уобличено проналазимо у предмету *Шедвел*<sup>338</sup> из 1860. године. Након веридбе тужиоца (у време спора заруке су сматране као вид уговорног односа), његов стриц се писмено обавезао да ће му по закључења брака сваке године исплаћивати износ од 150 фунти, све до тренутка када му приходи досегну износ од бар 600 гвинеја годишње. Дванаест година касније стриц је преминуо услед чега су годишње уплате престале. Незадовољни нећак је поднео тужбу

<sup>337</sup> O’Sullivan, J., Hilliard, J., 2016, p. 108.

<sup>338</sup> *Shadwell v Shadwell* (1860) 142 ER 52.

против стричеве заоставштине у циљу даљег испуњења уговорне обавезе. Тужена страна је истакла приговор по коме је стричево обећање неутуживо пошто нећак у замену за исто није понудио никакав *consideration*. Суд је утврдио да је приговор туженог неоснован, с обзиром на то да се тужиочев *consideration* открива у испуњењу његове уговорне обавезе према вереници да исту ожени. Судија Ерл<sup>339</sup> у образложењу одлуке истиче како је испуњење уговорне обавезе закључења брака правно ваљани *consideration* у односу на стричево обећање, без обзира на околност да оно, у суштини, представља испуњење већ постојеће уговорне обавезе према трећем (вереница). Разлог оваквог закључка судија Ерл види у томе што је стричево обећање, у ствари, подстицај на испуњење претходно настале уговорне обавезе. Тужилац се својим венчањем ослонио на стричево обећање, наводећи на исти корак и своју вереницу, чиме је у бити изменио свој друштвени положај на начин да би у случају стричевог непоштовања преузете обавезе себе и своју породицу изложио јавној срамоти. Дакле, нећаково ступање у брак је за њега неповољност (*detriment*), којим се остварује јасан интерес заснован у корист стрица (*benefit*).

У каснијим анализама прецедента *Шедвел* покушало се доћи до јасног образложења у чему се стричево обећање разликује од иначе неутуживог доброчиног обећања са условом? О’Саливен и Хилард истичу како већина правних мислилаца у језичкој анализи стричевог писма откривају његов *захтев* упућен нећаку да ступи у брак са одабраном вереницом. Наведено тумачење ставља знак једнакости између стричевог подстицаја (начин на који писмо доживљава судија Ерл) и захтева да се брак закључи, иако је и више него очигледно да појмови *подстицај* и *захтев* не деле идентично значење. Наиме, обећање годишње новчане помоћи у вредности од 150 фунти би могло представљати подстицај нећаку да ступи у брак и у ситуацији да стриц венчање уопште није ни поменуо. Коначно, дошло се до закључка да писмо, ако се и схвати као стричев подстицај на закључење брака, несумњиво представља његову намеру да нећак ступи у брак, чиме се одлука суда у његову корист чини правно оправданом.<sup>340</sup>

Годину дана касније, у предмету *Скотсон*<sup>341</sup>, наведени принцип добио је додатну потврду. Тужилац је закључио уговор са трећим лицем о продаји и испоруци угља према коме се обавезао да ће испоруке угља вршити свом сауговарачу или лицу које он одреди. Сауговарач је продао угаљ туженом и наложио тужиоцу да му га испоручи. На захтев туженог, парничне странке су закључиле уговор по коме би тужилац туженом испоручио

<sup>339</sup> Sir William Erle, 1793–1880.

<sup>340</sup> O’Sullivan, J., Hilliard, J., 2016, p. 109.

<sup>341</sup> *Scotson v Pegg* (1861) 158 ER 121.



угаљ који је већ био натоварен на тужиочев брод у замену за обавезу туженог да угаљ истовари брзином од 49 тона угља на дан, што тужени није испоштовао, узрокујући застој у раду тужиоца од пет дана. Тужилац је поднео тужбу за накнаду штете. Тужени је истакао приговор неутуживости пошто за његово обећање истовара угља тужилац није обезбедио *consideration*. Суд је донео одлуку у корист тужиоца уз образложење да испуњење обавезе према једној уговорној страни не спречава могућност да то исто испуњење представља *consideration* у односу на посебан уговор закључен са трећим лицем, с обзиром на то да би у случају неиспуњења исте обавезе тужилац могао бити тужен два пута, како од свог сауговорача, тако и од стране туженог.

Черман додаје како је образложење суда у овом предмету прихватљиво само због тога што се *consideration* тужиоца и у другом уговору појављује у облику обећања, а не пуког испуњења обавезе, пошто је она већ постојала у првом уговору. „Понављање” једног те истог обећања у замену за два различита обећања примљена од две различите уговорне стране чини га подложним њиховим одвојеним тужбама у циљу извршења исте обавезе.<sup>342</sup> Да је уговор између тужиоца и туженог био унилатералан, односно да је Скотсон „одговорио” на захтев туженог испуњењем, а не обећањем испуњења, тужби против њега у другом уговору не би било места, па се тако образложење суда у овом предмету не може применити на све врсте уговорних односа, односно ограничено је само на билатералне уговоре. Оваква логика професорке Черман подложна је критици у делу у коме се тужбени захтев друге стране своди искључиво на захтев за испуњењем обавезе. Ово мишљење, чини нам се, не узима у обзир околност да прималац обећања из другог уговора, без обзира на околност да је уговорна обавеза испуњена, може истицати приговоре правних или материјалних недостатака ствари, накнаде штете због доцње, и томе слично, што не би могла уколико би суд утврдио да уговора, у ствари, нема. Елиот и Квин указују да је према мишљењу одређених аутора тужилац у другом уговору понудио више од онога на шта је био обавезан према одредбама првог уговора, чиме је за друго обећање понудио посебан *consideration*.<sup>343</sup>

Према једном од објашњења зашто енглеско право у испуњењу или у самом обећању испуњења већ постојеће уговорне обавезе према трећем открива правно прихватљив *consideration* накнадно примљеног обећања, О’Саливен и Хилард откривају у томе што се на тај начин на страни примаоца обећања ствара додатно уговорно оптерећење.

<sup>342</sup> Charman, M., 2007, *Contract Law*, Devon, Willian Publishing, p. 56.

<sup>343</sup> Elliot, C., Quinn, F., 2009, *Contract Law*, Essex, Pearson Education Ltd., p. 102.

Конкретно, поред повериоца из првобитног уговорног односа, активну страначку легитимацију у евентуалном поступку за принудно остварење уговорне обавезе добија још једно лице: нови сауговарач.<sup>344</sup>

Сходну правну логику проналазимо у одлуци Крунског савета у предмету *Јуаримедон*<sup>345</sup> из 1974. године. Према одредбама уговора о превозу робе бродом између власника терета и возара, као и припадајуће теретнице, право на подношење тужбе ради накнаде штете поводом превоза робе било је временски ограничено на годину дана. Агенција задужена за истовар терета са брода је у луци одредишта услед непажње својих радника приликом истовара оштетила робу. Власник терета је по истеку рока од једне године поднео тужбу против агенције, која се у својој одбрани позвала на једногодишњи рок застарелости из основног уговора о превозу. Крунски савет је одлуку донео у корист агенције за истовар уз образложење да је према одредбама теретнице власник робе био овлашћен да свој захтев за накнаду штете усмери непосредно против возара или свих других учесника у превозу и испоруци робе. Агенција за истовар робе са брода, као један од учесника у поступку превоза, у замену за овај вид своје одговорности је стекла право на једногодишње ограничење одговорности утврђено првобитним уговором. Лорд Вилберфорс<sup>346</sup> је у свом образложењу посебно истакао како је споразум да се давалац обећања обавезе на чинидбу коју трећој страни већ дугује правно ваљани *consideration*, с обзиром на то да на тај начин прималац обећања добија корист која се огледа у могућности подношења директне тужбе за њено принудно извршење.<sup>347</sup>

### 3.4. Постојећа уговорна обавеза према сауговарачу

Класично одређење енглеског уговора не говори у прилог концепту по коме би већ постојеће уговорно обећање могло представљати прихватљиви *consideration* у односу на ново обећање примљено од стране истог сауговарача. У прилог оваквом закључку стоји одлука у предмету *Робинсон*<sup>348</sup> из 2010. године. Купац непокретности, након што је одустао од куповине, од суда је захтевао да обавезе продавца на поврат примљене

<sup>344</sup> O'Sullivan, J., Hilliard, J., 2016, p. 109.

<sup>345</sup> *New Zealand Shipping Co. Ltd. v A. M. Satterthwaite & Co. Ltd.* [1974] UKPC 1.

<sup>346</sup> Richard Orme Wilberforce, Baron Wilberforce, 1907–2003.

<sup>347</sup> „An agreement to do an act which the promisor is under an existing obligation to a third party to do, may quite well amount to valid consideration and does so in the present case: the promisee obtains the benefit of a direct obligation which he can enforce.” – Lord Wilberforce, *New Zealand Shipping Co. Ltd. v A. M. Satterthwaite & Co. Ltd.* [1974] UKPC 1.

<sup>348</sup> *Robinson & Anor v Lane* [2010] EWCA Civ 384.

капаре позивајући се на то да му је продавац приликом предаје обећао да ће му је вратити. Апелациони суд Енглеске и Велса је утврдио како је обећање продавца на поврат примљене капаре неутуживо пошто купац непокретности за њега није понудио узвратни *consideration*. Ипак, у конкретном случају, суд је донео одлуку у корист купца из разлога што је конкретан уговор о продаји непокретности био усмен, односно ништав, па је суд сваку страну обавезао на поврат примљеног.

Питање употребљивости постојеће уговорне обавезе као основа за накнадно обећање истог сауговорача се у највећем броју случајева своди на питање правоваљаности измена у већ постојећем уговору. У ситуацији када су измене уговора обостране, односно када до модификација у претходно утврђеним уговорним обавезама долази код обе стране, ради се о интервенцијама које задовољавају *consideration* услов, због тога што обе стране нешто дају заузврат за оно што добијају. Проблем настаје када до корекција обавеза долази само код једне од уговорних страна. Примарни прецедент енглеског права у овој ситуацији проналазимо у предмету *Стилк*<sup>349</sup> са почетка XIX века.

Стилк је био један од десеторо морнара ангажованих на пловидби од Лондона до Балтичког мора и назад, за накнаду од пет фунти месечно. Током пловидбе двојица морнара су напустила брод што је проузроковало одређене потешкоће у даљем путовању. Капетан је преосталим морнарима, не би ли их тиме задржао на броду, обећао да ће износ накнада које је требало да буду исплаћене двојници одметника, у случају безбедног окончања планираног путовања, поделити на једнаке делове. По повратку у Лондон, капетан брода није испунио обећано, па је Стилк покренуо парницу. Суд је тужбени захтев за исплату износа преко првобитно уговорених пет фунти месечно одбио.

Основни проблем у примени овог прецедента тиче се околности да разлози због којих је лорд Еленбро<sup>350</sup> одбио Силков тужбени захтев нису идентично забележени у два судска летописа у којима су објављени. Према Еспинсовим билтенима (*Espinasse's Reports*)<sup>351</sup> суд доноси одлуку у корист туженог из разлога општег интереса, односно намере обесхрабривања морнара да у случају измењених околности свој рад услове

<sup>349</sup> *Stilk v Myrick* (1809) 170 ER 1168.

<sup>350</sup> Edward Law, 1st Baron Ellenborough, 1750–1818.

<sup>351</sup> *Espinasse's Reports* представљају збирку од шест томова одлука претежно Краљевског судбеног стола донетих у периоду од 1793. до 1807. године, које је сабрао Исак Еспинс. Прецизност ових зборника судских одлука се међу енглеским правницима неретко доводи у питање. Приликом цитирања, Еспинсови билтени се означавају скраћеницом „Esp.”

повећањем претходно уговорених надница. Кембелови билтени (*Campbell's Reports*)<sup>352</sup> бележе како је лорд Еленбро овакву одлуку донео због тога што тужилац на капетаново обећање исплате додатних надница није понудио никакав узвратни *consideration*, па је тако дато обећање неутуживо. Према Кембелу, лорд Еленбро је посебно истакао како се одлазак двојице морнара мора сматрати пропратним ризиком сваке пловидбене експедиције, као што би то био случај и да су два морнара, примера ради, несрећно погинула. Такав развој догађаја не би остатак посаде ослободио обавезе да под првобитно уговореним условима осигурају безбедан повратак брода у луку одредишта.

Енглески правници су дуго времена потенцирали Кембелову верзију пресуде, сматрајући Еспинсове зборнике за непоуздане.<sup>353</sup> Кембелово истицање недостатка *consideration* услова у накнадном односу капетана и посаде је, у ствари, на веома елегантан начин задовољио потребу решавања проблема потенцијалне принуде коју би посада на отвореном мору могла да врши у односу на официре.<sup>354</sup> Овакав приступ, типичан за енглески утилитаризам, отклања потребу за утврђивањем евентуалног постојања принуде у односу посаде и официра брода, спуштајући разлоге за одбијање сличних тужбених захтева на недостатак простог техничког услова уговора: *consideration*. Коначно, прецедент *Стилк* настаје на самом почетку XIX века, недуго након Француске револуције, због које је и сам лорд Еленбро из странке Виговаца (претеча Либерала), попут већине припадника енглеске елите оног времена, прешао на страну Питоваца (Торијевци).<sup>355</sup>

О'Саливен и Хилард указују на одређени број критика које су се у међувремену појавиле везано за одлуку у предмету *Стилк*.<sup>356</sup> Пре свега, у одсуству уцене или принуде,

<sup>352</sup> *Campbell's Reports* су збирке одлука Краљевског судбеног стола насталих у периоду од 1807. до 1816. године, објављене у четири тома, које је на самом почетку своје правничке каријере сакупио каснији лорд-канцелар Џон Кембел. Приликом цитирања, Кемпелови билтени се означавају скраћеницом „Campr.”

<sup>353</sup> Мора се признати да је и сам Исак Еспинс у својим мемоарима, објављиваним током 1832. и 1833. године у часопису *Фрејзеров Магазин* (*Fraser's Magazine*), под насловом „Моји савременици: из бележнице умировљеног адвоката” (*My Contemporaries; from the Notebook of a Retired Barrister*), у јануарском броју за годину 1883, на страници 48, нагласио како је одлуке лорда Еленброа делимично бележио он сам, али да је у претежном делу то чинио г. Кембел.

([https://books.google.je/books?id=q1XPAAAAMAAJ&pg=PA44&hl=cs&source=gbs\\_toc\\_r&cad=3#v=one-page&q&f=false](https://books.google.je/books?id=q1XPAAAAMAAJ&pg=PA44&hl=cs&source=gbs_toc_r&cad=3#v=one-page&q&f=false), 11. 2. 2021).

<sup>354</sup> Luther, P., 1999, Campbell, Espinasse and the sailors: text and context in the common law, *Legal Studies*, Vol. 19, Iss. 4, pp. 534–536.

<sup>355</sup> Француска револуција је довела до расцепа међу Виговцима, пошто су њен истакнути лидер Фокс (Charles James Fox, 1749–1806) уз још неколицину млађих чланова странке, попут Греја (Charles Grey, 1764–1845) и Ирца Шеридана (Richard Brinsley Butler Sheridan, 1751–1816) на француске револуционаре гледали прилично благонаклоно, чему се остатак предвођен Едмундом Бурком (Edmund Burke, 1729–1797) снажно противио.

<sup>356</sup> O'Sullivan, J., Hilliard, J., 2016, pp. 110–111.

сасвим је разумно очекивати да су се капетан и посада могли усагласити о прерасподели накнада које би припале одбеглим морнарима у корист оних који су остали на броду из разлога просте економске оправданости. У прилог оваквом закључку говори чињеница да је капетан своје обећање присутним морнарима дао док се брод налазио у луци, а не на отвореном мору, односно да је могао у случају самовоље посаде, ангажовати додатну радну снагу. Стоун додаје како би се *consideration* преосталих морнара могао потражити у посебној процени суда да ли су они на капетаново обећање узвратили радом који премашује оквире првобитно уговореног, односно уобичајеног ризика пловидбе.<sup>357</sup> Ова сугестија не само да у целости прати логику доктрине *consideration*, већ своју потврду има у одлуци Краљевог судбеног стола која је донета пола века касније<sup>358</sup>. У овом случају је околност да је посаду од 36 морнара у првој луци пристаништа напустило њих 17, при чему је од преосталог броја само њих шест имало радног искуства, суд ценио као довољан отклон од уобичајеног ризика пловидбе и обећање увећаних надница сматрао за утуживо. Коначно, енглески судови су у међувремену развили посебан институт економске принуде (*economic duress*), јасно раздвајајући принуду од оправдане модификације уговора, пружајући јој правну заштиту по основу оцене да је већ и постојање практичне користи за даваоца обећања правно прихватљиви *consideration*.

До одређеног напретка у класичном приступу односа доктрине *consideration* и измене постојећег уговора дошло је у одлуци Апелационог суда Енглеске и Велса из 1989. године<sup>359</sup>. Грађевинска фирма Рафи закључила је уговор о реконструкцији 27 станова, након чега је као подизвођача тесарских радова ангажовала фирму Вилијамс. Вредност поверених радова је износила 20.000 фунти. По окончању радова у девет станова, Вилијамс је запао у финансијске потешкоће пошто је уговорио веома ниску цену свог ангажмана, због чега није био у могућности да врши ефикасан надзор над својим запосленима. Рафи као главни извођач радова је увидевши споро напредовање и слаб квалитет тесарских радова, у страху од могућности плаћања високе уговорне казне предвиђене у случају прекорачења рокова из основног уговора, за благовремени завршетак посла на преосталих 18 станова, Вилијамсу понудио додатну уплату од 575 фунти по стану, или укупно 10.300 фунти. Вилијамс је након тога окончао радове на још осам станова, међутим како је Рафи за то доплатио свега 1.500 фунти, одлучио је да прекине даљу сарадњу. Рафи је био приморан да потражи нове подизвођаче, а како је дошло и до пробијања

<sup>357</sup> Stone, R., 2009, *The Modern Law of Contract*, New York, Routledge-Cavendish, p. 129.

<sup>358</sup> *Hartley v Ponsonby* [1857] 26 LJ QB 322.

<sup>359</sup> *Williams v Roffey Bros & Nicholls (Contractors) Ltd* [1989] EWCA Civ 5.

рокова, наручиоцу посла је платио и уговорну казну. Након неког времена, подизвођач Вилијамс је поднео тужбу ради исплате преосталог износа од накнадно обећаних 575 фунти по завршеном стану. Рафи је оспорио захтев тужиоца позивајући се на околност да за обећану доплату у односу на првобитно уговорену цену радова, Вилијамс није понудио узвратни *consideration*. Апелациони суд је усвојио тужбени захтев подизвођача и утврдио постојање правно ваљаног *consideration*-а.

Судско веће од тројице судија је једногласно утврдило да је измењени уговорни однос садржао *consideration*, мада са нешто другачијим образложењима. Приступ судије Расела<sup>360</sup>, је био нешто умеренији, пошто по његовом мишљењу до измене у уговорном односу није дошло једнострано, већ су стране првобитно одабрани „паушални” метод обрачуна узајамних обавеза, споразумно заменили прецизнијим видом плаћања, по систему обрачунавања вредности окончаних радова по појединачној стамбеној јединици. Судија Глајдвел<sup>361</sup>, са којим се сложио и трећи члан већа, је имао нешто радикалнији приступ. Према овом мишљењу, прецедент у предмету *Стилк* се мора редефинисати, и то на начин да је његова примена ограничена само на оне уговорне односе у којима постоји елемент принуде. Како је енглеско право у претходна два века формирало прилично софистицирану доктрину принуде, не постоји више разлог због кога би се она третирали на исти начин као и модификација уговора која има јасно оправдање (*genuine renegotiations*). Према прецеденту у предмету *Рафи*, у случају уравнотежене преговарачке позиције уговорних страна, код оправданих накнадних модификација уговора, „практична корист” (*practical benefit*) коју давалац накнадног обећања прима у случају испуњења првобитне уговорне обавезе примаоца новог обећања, се мора сматрати за *consideration* који је довољан основ његове утуживости.

Оваква одлука Апелационог суда је у англоамеричкој правничкој јавности готово одмах наишла на подршку.<sup>362</sup> Коментари су указивали како прецедент *Рафи* уважава нову стварност у привредним односима, разграничава оправдане измене уговора од случајева стварне принуде, као и да коначно енглеско право удаљава од бесмисленог *consideration* захтева код измена постојећег уговора. Наиме, општи је закључак да су измене уговора претежно једностране, те да су судови своју заштиту давали оним

<sup>360</sup> Sir Thomas Patrick Russell, 1926–2002.

<sup>361</sup> Sir Iain Glidewell, 1924–2016.

<sup>362</sup> Birks, P., 1990, The travails of duress, *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, Vol. 17, No. 3, p. 342, pp. 342–351; Halson, R., 1990, Sailors, Sub-Contractors and Consideration, *Law Quarterly Review*, Vol. 106, pp. 183–184; Chen-Wishart, M., Practical Benefit and the Emperor's New Clothes, in: Beatson, J., Friedman, D. (eds.), 1995, *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford, Oxford University Press, ch. 5.

модификацијама уговорног односа који су задовољавали пуку форму узајамности, ма колико узвратно обећање било беспредметно у односу на свеукупност уговорног односа. Према овом мишљењу, прецедент *Рафи* уноси нову дозу реалности у енглеско уговорно право, утврђујући да оправдане модификације уговорног односа морају уживати јасну правну заштиту.

О’Саливен и Хилард износе одређене примедбе у односу на прецедент *Рафи*.<sup>363</sup> Прво, дрводеља Вилијамс је напустио градилиште пре окончања радова, што значи да је добио више новца за мање посла него што је првобитно обећао. Рафи је морао да ангажује нове подизвођаче, као и да плати уговорну казну, што све заједно озбиљно доводи у питању „практичну корист” коју је примио од Вилијамса. Друго, неспорна је практична корист када једна уговорна страна испуни своју обавезу (примера ради, тиме се избегавају додатни судски трошкови, избегава уговорна казна, и сл.), али прецедент *Рафи* прописује како је пуко понављање већ датог обећања довољна „практична корист” за даваоца новог обећања. Прималац новог обећања не само да није испунио своју основну обавезу, већ у замену за додатну корист не чини ништа друго до само понавља обећање које је једном већ дао и које је као такво већ утуживо. Треће, није у целости извесно на чему суд заснива своју оцену да у односу Вилијамса и Рафија нема елемената принуде. Тренутно стање енглеског права по питању принуде као мане воље није у целости заокружено, те се још увек тражи одговор на дилему у ком случају је стављање у изглед саговорачу могућности неиспуњења преузете обавезе довољна како би се такав поступак сматрао за принуду.<sup>364</sup> Суд је у предмету *Рафи* одсуство принуде засновао на околности да је главни извођач радова свом подизвођачу самоиницијативно понудио додатна новчана средства. Међутим, мора се узети у обзир као реална могућност постојања, иако прећутне, довољно јасне назнаке да би у одсуству додатних новчаних исплата, могла уследити немогућност испуњења обећања као вид значајног финансијског ризика. Конкретно, у прецеденту донетом исте године<sup>365</sup>, Краљичин судбени сто је утврдио како принуда постоји и у случају прећутне претње.<sup>366</sup>

<sup>363</sup> O’Sullivan, J., Hilliard, J., 2016, pp. 113–114.

<sup>364</sup> O’Sullivan, J., Hilliard, J., 2016, pp. 260–262.

<sup>365</sup> *Vantage Navigation Corporation v Suhail And Saud Bahwan Building Materials Llc (The “Alev”)* [1989] 1 Lloyd’s Rep 138.

<sup>366</sup> Phang, A., 1990, Whither Economic Duress? Reflections on Two Recent Cases, *The Modern Law Review*, Vol. 53, No. 1, pp. 107–108

Трејтел такође указује на одређене недоследности у прецеденту *Рафи*.<sup>367</sup> Пре свега, сво троје судија недвосмислено изјављује да он не потиरे прецедент *Стилк*. Уколико је тако, у оба предмета наилазимо на подударности које су различито вредноване. Примера ради, и капетан брода је у замену за своје накнадно обећање увећане накнаде примио „практичну вредност” у облику безбедног повратка брода у лондонску луку. О’Саливен додаје како се прецедент *Стилк* не сме читати само као акција суда против могуће принуде, већ и као апел странкама да своје уговорне обавезе на време промишљено утврде. Уколико то не би био случај, поентира О’Саливен, шта може да спречи грађевинске фирме да цену својих радова опредељују крајње произвољно уколико им право омогућава да се касније потешкоће у испуњењу уговорних обавеза бележе као довољан основ за повећање цене већ уговорених радова?<sup>368</sup> Заговорници прецедента *Стилк* подсећају како се већина трговинских уговора не ограничава на размену једне радње за другу, већ да се често ради о трајнијем односу у коме је крајње нереално очекивати узвратни *consideration* за сваки случај потребе за оправданим модификацијама уговора. Заиста, сасвим је на месту захтев да право уговорим странама мора да обезбеди могућност како би, у одредбама првобитног уговора, предвидели услове његових каснијих измена (као што је могућност прерачунавања износа закупнине у одређеним временским интервалима). Иако оправдана, ова примедба је у предмету *Рафи* крајње непримењива, пошто се у конкретном случају, како истичу О’Саливен и Хилард<sup>369</sup>, радило о појединачном грађевинском подухвату.

Прецедент *Рафи* међу енглеским судијама није прихваћен без одређених резерви. Тако је, примера ради, судија Колман<sup>370</sup>, одлучујући као судија-појединац у предмету из 2004. године,<sup>371</sup> у *obiter* делу своје пресуде истакао како је прецедент *Рафи* погрешан, при чему је он обавезан да га примени само из разлога што о њему Дом лордова није накнадно одлучивао. Главна критика судије Колмана у односу на прецедент *Рафи* је то што није усаглашен са основним правилом доктрине *consideration*: захтеву да он мора да исходи од примаоца обећања. О’Саливен и Хилард поентирају како су судови, за сада, усвајали тужбене захтеве у складу са прецедентом *Рафи* у ситуацији када је у замену за „практичну вредност” давалац обећања понудио повећање своје новчане обавезе, док се

<sup>367</sup> Treitel, G., 2015, 3-051, p. 449.

<sup>368</sup> O’Sullivan, J., 1996, In Defence of Foakes v Beer, *The Cambridge Law Journal*, Vol. 55, Iss. 2, pp. 219–228.

<sup>369</sup> O’Sullivan, J., Hilliard, J., 2016, p. 114.

<sup>370</sup> Sir Anthony Colman, 1938–2017.

<sup>371</sup> *South Caribbean Trading Ltd v Trafigura Beheer Bv* [2004] EWHC 2676 (Comm).



не може са сигурношћу тврдити на који начин би енглески судови одлучили у случају да се „практична вредност” замењује за умањења новчане обавезе даваоца обећања, у односу на ону првобитно одређену.<sup>372</sup>

### 3.5. Делимично испуњење обавезе

У складу са општим правилом енглеског уговорног права, уколико постоји намера страна да сагласно модификују обавезу дужника према повериоцу захтева се узвратни *consideration* од стране примаоца обећања. Примера ради, када у замену за делимично испуњење обавезе пре њене доспелости, поверилац одобри накнадни рок за испуњење преосталог дела обавезе, пошто су спроведене корекције узајамне, измене првобитног уговора ће добити правну потврду. Међутим, каква је правна судбина погодбе по којој поверилац прихвати делимично испуњење обавезе као њено намирење у целости? Односно, може ли поверилац накнадно да захтева испуњење дела дуга који је пре тога добровољно „отписао”?

На први поглед, стиче се утисак да се ради о ситуацији која се може довести у везу са прецедентом *Рафи*, као његова чињенична инверзија. Конкретно, није ли евидентна аналогија између правно обавезујућег обећања да се у замену за испуњење већ уговорених тесарских радова понуди увећање постојеће новчане обавезе, са обећањем да се у замену за тренутно испуњење обавезе прихвати њено умањење? У оба случаја се ради о сагласности воља уговорних страна, где једна страна у замену за „практичну вредност” (примера ради, избегавање судског поступка) прихвата измене у уговорној обавези оне друге. Описана симетрија ипак открива одређена одступања, при чему се суштинска разлика између замишљене ситуације и прецедента *Рафи* огледа у томе што је Вилијамсова обавеза била *услуга*, док је у другом случају то дужникова *исплата*.

Примарни прецедент енглеског уговорног права по питању правног дејства повериоцеве изјаве да исплату мањег износа од првобитно уговореног сматра намирењем обавезе у целости, проналазимо у нешто више од четири века старом *Случају Пинел*<sup>373</sup>. Пинел је поднео тужбу против Кола захтевајући исплату од 8 фунти и 10 шилинга по основу обвезнице. Тужени је истакао приговор да је на захтев тужиоца, месец дана пре доспелости, тужиоцу исплатио износ од 5 фунти, 2 шилинга и 2 пенија, ком приликом је Пинел такву исплату прихватио као испуњење уговорне обавезе у целости. Суд је донео

<sup>372</sup> O’Sullivan, J., Hilliard, J., 2016, pp. 114–115.

<sup>373</sup> *Penny v Cole: Pinnel’s Case* [1602] 5 Co. Rep. 117a.

одлуку у корист тужиоца. Најчешће цитирано образложење овакве одлуке суда је оно које је дао чувени лорд Коук<sup>374</sup>. Према мишљењу суда, исплата дела новчане обавезе у замену за њен пун износ не може се сматрати за правно задовољавајуће. У случају да је дужник у замену за своју новчану обавезу дао коња, јастреба или огртач, суд би такво испуњење сматрао за довољно, јер се може прихватити како је повериоцу од веће користи коњ, јастреб или огртач од новца који би примио.<sup>375</sup>

Наведени прецедент је три века касније добио своју потврду у предмету *Фаукс*<sup>376</sup>. Извесни Фаукс је на основу пресуде дуговао гђи Бир нешто више од 2.090 фунти, увећано за износ припадајуће затезне камате. Шеснаест месеци по доношењу пресуде, пошто је затражио додатни рок за испуњење, странке су се споразумеле да уколико Фаукс одмах исплати износ од 500 фунти, а преосталу обавезу у полугодишњим оброцима, гђа Бир неће покренути поступак извршења, као и да неће захтевати износ припадајуће камате. Међутим, након што је Фаукс исплатио обавезу по споразуму у целости, гђа Бир је покренула извршни поступак ради наплате камата. Дом лордова, иако прилично невољно, руковођен прецедентом *Пинел* донео је одлуку у корист гђе Бир, закључивши да Фаукс на њено обећање одрицања од покретања поступка извршења, односно припадајуће камате није понудио узвратни *consideration*, услед чега је оно неутуживо. Лорд Селброн<sup>377</sup> је истакао како би се у циљу унапређења енглеског права морало установити као обавезујуће повериочево одрицање од дела обавезе у замену за тренутно испуњење, чак и у ситуацији када га овај не чини у форми оверене изјаве (*deed*).

Други члан Апелационог комитета, лорд Блекберн<sup>378</sup> је чак припремио и издвојено мишљење, које с обзиром на став већине правних лордова није изнео. Према размишљању лорда Блекберна, Коук је у предмету *Пинел* погрешно утврдио чињенично стање, пошто је очигледно како претежни део енглеског друштва испуњење дела доспеле обавезе у краћем року сматра за вид јасне користи у односу на инсистирање на каснијем испуњењу обавезе у целости, до чега се понекад може доћи једино принудним путем. Осим што се оваква пракса показала тачном и у случају солвентних дужника, она је

<sup>374</sup> Sir Edward Coke, 1552–1634.

<sup>375</sup> „[P]ayment of a lesser sum on the day in satisfaction of a greater, cannot be any satisfaction for the whole, because it appears to the Judges that by no possibility, a lesser sum can be a satisfaction to the plaintiff for a greater sum: but the gift of a horse, hawk, or robe, etc. in satisfaction is good. For it shall be intended that a horse, hawk, or robe, might be more beneficial to the plaintiff than the money.” – Lord Coke, *Pinnel's Case* [1602] 5 Co. Rep. 117a.

<sup>376</sup> *Foakes v Beer* [1884] UKHL 1.

<sup>377</sup> Roundell Palmer, 1st Earl of Selborne, 1812–1895.

<sup>378</sup> Colin Blackburn, Baron Blackburn, 1813–1896.

нарочито присутна у ситуацији када је платежна способност дужника упитна.<sup>379</sup> Другим речима, тест „практичне користи”, настао у прецеденту *Рафи*, лорд Блекберн уводи у дискурс енглеског права пуних сто година раније. Међутим, енглески судови све до данас одбијају проширење наведене аналогије у случајевима делимичног испуњења обавезе, руководећи се искључиво прецедентом из случаја *Пинел*. Врховни суд Уједињеног Краљевства је своју недавну прилику (2018)<sup>380</sup> да коначно редефинише Коуков принцип недовољности делимичне исплате упадљиво превидео.<sup>381</sup>

У предмету *Селектмув*<sup>382</sup> Апелациони суд је одлучивао у спору између привредног друштва Селектмув и Пореске управе. Према тврдњама пореског обвезника дошло је до закључења споразума о исплати доспелог пореског дуга у месечним оброцима. Суд је утврдио да странке такав споразум нису закључиле, а чак и у случају да јесу, према представљеним околностима, он не би садржао неопходни *consideration*, те би у том смислу био неутужив. Судија Гибсон<sup>383</sup> је у свом образложењу, након што је прихватио тврдњу да поверилац који прихвати испуњење обавезе у оброцима свакако стиче одређену практичну корист, заузео веома јасан став да енглеско право у датим околностима не омогућава примену прецедента *Рафи*, имајући у виду да та одлука ни не помиње прецедент *Фаукс*, чиме је његова обавезност неупитна. Следствено, у недостатку другачије одлуке Дома лордова или интервенције законодавца по предлогу Комисије за енглеско право, прецедент *Фаукс* је обавезујући за све судове.<sup>384</sup> Појединост која посебно даје на значају овако артикулисаном ставу судије Гибсона лежи у чињеници да је Комитет за ревизију

---

<sup>379</sup> „What principally weighs with me in thinking that Lord Coke [in Pinnel's case] made a mistake of fact is my conviction that all men of business, whether merchants or tradesmen, do every day recognise and act on the ground that prompt payment of a part of their demand may be more beneficial to them than it would be to insist on their rights and enforce payment of the whole. Even where the debtor is perfectly solvent, and sure to pay at last, this often is so. Where the credit of the debtor is doubtful it must be more so.” – Lord Blackburn, *Foakes v Beer* [1884] UKHL 1.

<sup>380</sup> *Rock Advertising v MWB Business Exchange Centres* [2018] UKSC 24.

<sup>381</sup> Roberts, M., 2018, *Foakes v Beer: Bloodied, Bowed, but Still Binding Authority?*, *King's Law Journal*, Vol. 29, No. 3, pp. 344–353.

<sup>382</sup> *Re Selectmove Ltd* [1993] EWCA Civ 8.

<sup>383</sup> Sir Peter Leslie Gibson, 1934.

<sup>384</sup> „[I]f the principle of *Williams v Roffey Bros Ltd* is to be extended to an obligation to make payment, it would in effect leave the principle in *Foakes v Beer* without any application. When a creditor and a debtor who are at arm's length reach agreement on the payment of the debt by instalments to accommodate the debtor, the creditor will no doubt always see a practical benefit to himself in so doing. In the absence of authority there would be much to be said for the enforceability of such a contract. But that was a matter expressly considered in *Foakes v Beer* yet held not to constitute good consideration in law. *Foakes v Beer* was not even referred to in *Williams v Roffey Bros Ltd*, and it is in my judgment impossible, consistently with the doctrine of precedent, for this court to extend the principle of *Williams's* case to any circumstances governed by the principle of *Foakes v Beer*. If that extension is to be made, it must be by the House of Lords or, perhaps even more appropriately, by Parliament after consideration by the Law Commission.” – Gibson LJ, *Re Selectmove Ltd* [1993] EWCA Civ 8.

права још 1937. године у свом Извештају<sup>385</sup> покренуо иницијативу да енглеско право укине прецедент *Фаукс*, међутим та иницијатива је све до данас остала само „мртво слово на папиру”.

Значајан број енглеских писаца доживљава правило из прецедента *Фаукс* као бесмислено.<sup>386</sup> Пре свега, енглески судови су очигледно и више него спремни да чак и примере мимикрије обавезе на страни примаоца обећања „броје” као правно релевантан *consideration*, чиме у бити једностране модификације уговора ферментишу у узајамне. Овакав приступ, осим што откривамо у прецеденту *Стилк*, читамо и у *Случају Пинел* где се искључиво корак у правцу умањења обавезе сматра за правно ирелевантан, док би све модификације друге врсте (примера ради, накнадни споразум о исплати новчане обавезе у драхмама, након што их Грчка по могућем осамостаљењу од Османлија евентуално поново уведе као средство плаћања), уживале недвосмислену правну заштиту Краљевог судбеног стола из времена лорда Коука. Додатни метеж ствара правило успостављено у прецеденту *Хирачанд*<sup>387</sup> из 1911. године, где је суд исплату дела новчане обавезе од стране треће особе на име намирења целог дуга, ценио као правно ваљану.

Тврдња лорда Коука у прецеденту *Пинел* како суд не може да потврди споразум о исплати мањег новчаног износа као облик испуњења целе обавезе, док би „исплата” у виду коња, јастреба или огртача уживала заштиту суда такође уноси одређене недоумице. Критике ове врсте износи и судија Џесел<sup>388</sup>, који у образложењу пресуде из 1881. године примећује како према енглеском праву поверилац може у замену за испуњење новчане обавезе да прихвати чак и канаринца, али не и 19 и по шилинга у замену за једну фунту.<sup>389</sup> Одиста, тешко је разумети због чега би суд искључио могућност измирења обавезе од 1000 фунти исплатом 900 фунти, када би руковођен логиком правне вредности *consideration*-а и предају зрна бибера морао уважити као прихватљив са становишта енглеског права. О’Саливен и Холард нуде три аргумента у прилог оваквог гледишта.<sup>390</sup>

<sup>385</sup> The Law Revision Committee’s Sixth Interim Report, *The Modern Law Review*, Vol. 1, No. 2, The Modern Law Review Ltd., London, 1937, pp. 97–110.

<sup>386</sup> Treitel, G., 2015, 3-101, p. 480; O’Sullivan, J., Hilliard, J., 2016, pp. 116-117; Charman, M., 2007, pp. 56–59; <sup>386</sup> Stone, R., 2009, pp. 99–100.

<sup>387</sup> *Hirachand Punamchand v Temple* [1911] 2 KB 330.

<sup>388</sup> Sir George Jessel, 1824–1883.

<sup>389</sup> „According to English Common Law a creditor may accept anything in satisfaction of his debt except a less amount of money. He might take a horse, or a canary or a tom-tit if he chose, and that was accord and satisfaction; but by a most extraordinary peculiarity of the English Common Law, he could not take 19s 6d in the pound; that was nudum pactum.” – *Couldery v Bartrum* (1880) 19 Ch. D. 394.

<sup>390</sup> O’Sullivan, J., Hilliard, J., 2016, pp. 117–118.

Пре свега, до модификације уговорне обавезе дужника може доћи само на захтев повериоца. Енглеско право не може да осујети повериочеву могућност доношења самосталне одлуке, те уколико њему јастреб вреди колико и 1.000 фунти, енглески суд му такву погодбу не може ускратити. Нешто је другачији случај са новчаним износима: новчанице које у збиру износе 900 фунти, не могу се никако „рачунати” другачије од своје номиналне вредности. Исплата 900 фунти уместо 1.000 пре рока доспелости обавезе, очигледно задовољавају захтев *consideration*, јер обе стране нешто дају у замену за оно што добијају. Међутим, уколико дужник након дана доспелости дуга од 1.000 фунти повериоцу исплати 900 на основу договора да тиме измирује обавезу у целости, не спречава повериоца да се накнадно ипак предомисли и захтева испуњење преосталих 100 фунти, увећано за камату и трошкове.

Други аргумент О’Саливен и Хилард виде у бојазни од принуде. У предмету *Рис*<sup>391</sup> из друге половине XX века, омања грађевинска фирма *D & C Builders* је вршила преpravке на непокретности у власништву породице Рис. Укупна вредност радова је износила 732 фунте, док је г. Рис на име аванса платио свега 250 фунти. Шест месеци након окончања радова, суочени са могућношћу стечаја, *D & C Builders* су у телефонском разговору са гђом Рис затражили остатак новца. Гђа Рис, свесна њиховог финансијског стања, прво је указала на одређене замерке у извршеним радовима, након чега је на име исплате преостале обавезе у целости понудила чек на износ од 300 фунти. Свесна готово безизлазне ситуације, грађевинска фирма је прихватила овакву исплату. Након консултација са адвокатом, поднели су тужбу за исплату преосталог износа.

Апелациони суд је заузео становиште да се у конкретном случају има применити прецедент *Рид*, те је донео одлуку у корист тужиоца. Према оцени суда, споразум о прихвату мањег износа од укупно дугованог није садржао *consideration*, услед чега је неутужив. Суд је, такође, одбио приговор туженог да је исплата извршена предајом чека, а не исплатом у готовом новцу, чиме је испуњен услов из *Случаја Пинел*, о могућности замене новчане обавезе за предају неке друге ствари. Додуше, судија Вин<sup>392</sup>, приметио је како би се такав приговор могао уважити у случају да је захтев за исплатом путем чека потекао од повериоца.

Трејтел сматра како је у наведеној пресуди заштиту повериоцу, уместо применом матрице из прецедента *Пинел*, требало омогућити путем института економске принуде

<sup>391</sup> *D & C Builders Ltd v Rees* [1965] EWCA Civ 3.

<sup>392</sup> Sir Charles Rodger Noel Winn, 1903–1972.

(*economic duress*).<sup>393</sup> Према његовом мишљењу, *Случај Пинел* онемогућава сваки облик правне заштите споразума о намирењу новчане обавезе у целости исплатом мањег износа од укупно дугованог, иако се неретко ради о смисленијем и правичнијем уређењу узајамних дужничко-поверилачких односа. У прецеденту *Бир*, и сам лорд Блекберн истиче како се у одређеним ситуацијама делимично испуњење обавезе мора из угла повериоца разумети за повољније у односу на инсистирање на испуњење обавезе у целости. Енглеско право је постојање практичне користи даваоца обећања већ усвојило као правно задовољавајући *consideration* у околностима које би се морале сматрати аналогним са случајевима делимичног испуњења новчане обавезе. Оваквим изменама енглеско право би постало значајно доследније.

И коначно, О’Саливен и Хилард истичу неопходност потпунијег усаглашавања о томе којој од уговорних страна треба пружити судску заштиту. Према овом мишљењу, право мора уочити разлику између положаја дужника који се поуздао у повериочево обећање и у складу са истим већ поступио, и онога који то није. О’Саливен и Хилард сматрају како поверилац који, након што је отписао део дуга западне у финансијске потешкоће, а дужник не измени свој правни положај на основу поуздања у повериочево обећање умањења обавезе, мора имати правну могућност истицања захтева за исплатом преосталог износа новчане обавезе. Енглеско право (прецизније: његов *equity* корпус), управо је у намери да понуди коректив немогућности правне заштите споразума о умањењу новчане обавезе, формирао посебан институт – *promissory estoppel*.

#### 4. РАЗВОЈ ЕНГЛЕСКЕ ДОКТРИНЕ *CONSIDERATION*

Будући да ниједан правни систем на свету не може дозволити принудно остварење свих обећања које људи размењују, већ од самих почетака постојања уговора, показало се као неопходно утврдити одређени број критеријума на основу којих би се ценило којим споразумима би судови морали пружити заштиту, а којима не. У енглеском праву, одговор на ово питање је напослетку поверено доктрини *consideration*. Атија сматра како енглески судови у првој фази примене параметра *consideration*, у њему нису откривали само пуки разлог утуживости одређеног обећања. Када би утврдио да је дати *consideration* ваљан (*good consideration*), суд је у њему идентификовао онај степен

---

<sup>393</sup> Treitel, G., 2015, 3-101, p. 480.

оправдања који је неопходан како би се апарат државне принуде умешао у појединачни приватноправни однос.<sup>394</sup>

#### 4.1. Од доказног средства до доктрине

Једну од могућих верзија историјског контекста у коме је *consideration* настао, представио је амерички правник Оливер Холмс<sup>395</sup>, у оквиру серије предавања накнадно објављених 1881. године под насловом *The Common Law*<sup>396</sup>. Према његовом мишљењу, најранији облици тужби за наплату новчане обавезе у енглеском праву су дуг (*debt*) и заветно писмо (*covenant*).<sup>397</sup> О основним контурама ових правних послова сазнајемо кроз податке које имамо о ондашњим германским обичајима, чији се утицај на Острву примећује још од времена норманске инвазије.<sup>398</sup> Тако је, примера ради, краљ Хенрих I<sup>399</sup>, познат по напорима да унапреди енглеско право оног времена, у својим прописима дословце преписивао појединачне одредбе Салијског законика.<sup>400</sup>

Аврамовић и Станимировић истичу како је германска форма закључења уговора, познатијег као „чврста вера” (*fides facta*), била изразито свечана: одвијала се пред сведоцима, на традиционалан начин, уз доста симболике, попут руковања, предаје грумена земље, гранчице, и овоме слично.<sup>401</sup> Од времена Савињија<sup>402</sup>, претежни део правне науке сматра како су првобитни римски и германски уговори, у ствари, потекли из оних облика продаје који нису могли бити истог тренутка у целости заокружени.<sup>403</sup> Другим речима, уговори настају као реакција на ситуације када се *сада* морало претворити у *накнадно*, односно *испуњење у обећање*.

Према Холмсу древни правни посао познат као тужба за дуг (*debt*), одиграо је веома важну улогу у каснијем настанку онога што данас означавамо као *consideration*.<sup>404</sup> Парница за наплату дуга (*action of debt*) из преднорманског периода, по свему судећи, није

<sup>394</sup> Atiyah, P., 2001, pp. 181–182.

<sup>395</sup> Oliver Wendell Holmes Jr, 1841–1935.

<sup>396</sup> Holmes, O., 2011, *The Common Law*, Toronto, University of Toronto Law School, pp. 219–255.

<sup>397</sup> Поред наведених, Холмс наводи још промисорну заклетва и јемство; ово друго значајно по томе што за разлику од данашње превасходно акцесорне, у германским правима раног средњег века има превасходно талачку природу. У литератури се поред дуга и завета, наводе још и *detinue* и *account*, као облици реалних уговора (примера ради зајам).

<sup>398</sup> Ames, J., 1894, Parol Contracts Prior to Assumpsit, *Harvard Law Review*, Vol. 8, No. 5, p. 252.

<sup>399</sup> Владао од 1100. до 1135. године.

<sup>400</sup> Adams, H., et al., 1876, *Essays in Anglo-Saxon Law*, Boston, Little Brown and Co., p. 290.

<sup>401</sup> Аврамовић, С., Станимировић, В., 2006, *Упоредна правна традиција*, Београд, Номос / Правни факултет Универзитета у Београду, стр. 193.

<sup>402</sup> Friedrich Carl von Savigny, 1779–1861.

<sup>403</sup> Holmes, O., p. 222.

<sup>404</sup> *Ibid*, p. 224.

имала самосталну форму, већ је потпадала под уопштени поступак за остварење новчаног потраживања, који се није много разликовао од поступка за повраћај покретних ствари које би се без правног основа нашле код несавесног држаоца.<sup>405</sup> Тужилац који би од суда тражио издавање наредбе за исплату дугованог (*writ of debt*), није имао обавезу да свој захтев поткрепи чињеницама, било је довољно да просто устврди како му тужени дугује. Наравно, и друга страна је могла сличном изјавом, без потребе за претераним објашњавањем, да просто оповргне наводе тужиоца. О раширености оваквих парница сведочи и податак да их чак и Гленвиллов<sup>406</sup> *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Anglie*, настао при крају његовог живота, помиње као једно од веома популарних правних средстава.<sup>407</sup>

Након норманског освајања долази до помака у процесним правилима, те је сада поверилац свој захтев за исплатом дугованог морао поткрепити одређеним доказима, од којих су најчешће коришћени били двобој, исправа (*covenant*) или сведоци (*debt*). Улога сведока била је веома значајна, с обзиром на то да се услед опште неписмености становништва готово целокупан правни промет одвијао усмено. Међутим, учешће сведока у судском поступку је дуго времена задржало свој англосаксонски<sup>408</sup> облик.

Основна улога сведока у имовинским споровима је до времена Виљема Освајача, била доказивање како одређена покретна ствар, која би се нашла код туженог, истом припада по основу куповине, размене, или неког другог правног посла. Порота, као каснији основни облик одлучивања енглеских судова о томе којој страни у спору поклонити веру, настаје управо из околности да је тужени на рочиште позвао већи број мушкараца из свог места становања не би ли они потврдили опште познате чињенице о томе како је одређена ствар завршила у његовим рукама. Ови англосаксонски очевици<sup>409</sup> ваљаног преноса права својине временом се појављују и као сведоци постојања дуга (*debt*).

Енглески судови су веома брзо утврдили како се постојање обавезе веродостојније доказује исправом, него што је то случај са изјавама сведока. Тако се, још од времена Хенриха II Плантагенета<sup>410</sup>, у пракси Краљевог судбеног стола, свака обавеза потврђена

<sup>405</sup> Holdsworth, W. S., 1913, Debt, Assumpsit, and Consideration, *Michigan Law Review*, Vol. 11, No. 5, p. 348.

<sup>406</sup> Ranulf de Glanvill, †1190.

<sup>407</sup> Holmes, O., 2011, p. 221.

<sup>408</sup> Одредница „англосаксонски” се у овом поглављу употребљава искључиво да означи период који претходи норманском освајању Енглеске 1066. године, односно периоду који претходи ономе што данас означавамо као *common law*.

<sup>409</sup> Пандан нашим средњовековним саклетвеницима.

<sup>410</sup> Владао од 1154. до 1189. године.



писаном исправом сматрала као веродостојна, док би се у случају доказивања сведоцима (*debt*), за пуноважност захтевало и постојање посебног односа *quid pro quo*, у чему проналазимо обресе првобитне улоге англосаксонских сведока да превасходно потврђују правне послове преноса права својине.

Холмс сматра како је у Гленвилово време једини облик судске заштите за потраживање које није могло бити доказано исправом дуг (*debt*), а да је од времена Едварда III Плантагенета<sup>411</sup>, онај дуг који би се доказивао сведоцима, а који у себи није садржао *quid pro quo*, није могао бити принудно остварен путем суда.<sup>412</sup> Овоме је без сумње допринела и Велика повеља слобода (*Magna Carta Libertatum*), чији члан 38 онемогућава позивање туженог на суд само на основу изјаве тужиоца, односно уколико он своје наводе не поткрепи изјавама сведока којима се може поклонити вера. Цвајгерт и Кеџ сматрају како природа новчане обавезе која се желела принудно остварити путем тужбе *debt* није била од нарочитог значаја. Као примере релевантних новчаних обавеза наводе, између осталог, поврат зајма, новчану казну, или неизвршену обавезу из уговора.<sup>413</sup>

Холмс сматра да је до оваквог развоја института *debt* дошло под утицајем римског права.<sup>414</sup> Пре свега, познато је да је у време Хенриха II<sup>415</sup> о дугу за који није постојала исправа или изјава сведока у одређеним околностима (*fidei laesio*) могао да одлучује црквени суд. Црквени судови Енглеске овог времена, све до времена Хенриха VIII, примењују канонско право Римокатоличке цркве, које се пре свега базира на одредбама римског права. На сличан начин, утицај римског права на Острву проналазимо и у *equity* корпусу енглеског права, с обзиром на то да се оно базира на одлукама лорд-канцелара који је све до времена Томаса Мора<sup>416</sup> долазио из редова свештеника.<sup>417</sup>

Гленвил се у свом „Трактату” написаном управо у време Хенриха II, у десетом поглављу, које је посвећено дугу, јемству и другим облицима обезбеђења, терминолошки у свему ослања на правне изразе Континента. До овога је могло доћи било усвајањем речника енглеских црквених судова, или преписивањем појмова непосредно из Јустинијанове кодификације. Када описује дуг (*debt*) Гленвил га прилично натегнуто

<sup>411</sup> Владао од 1327. до 1377. године.

<sup>412</sup> Holmes, O., 2011, p. 231.

<sup>413</sup> Zweigert, K., Kötz, H., 1998, *Introduction to Comparative Law*, Oxford, Clarendon Press, pp. 551–552.

<sup>414</sup> Holmes, O., 2011, pp. 235–236.

<sup>415</sup> Владао од 1154. до 1189. године.

<sup>416</sup> Sir Thomas More, 1478–1535.

<sup>417</sup> Најочигледнији пример тога је инквизиторски поступак примењиван пред Канцеларским судом, за разлику од акузаторског пред *common law* судовима (Краљевски судбени сто, Општи парнични суд и Порески суд). – Šite, D., 2019, str. 185.

поистовећује са реалним контрактима римског права (*mutuum, commodatum, depositum, pignus*). Холмс сматра да веза између ове два правна посла не постоји чак ни на начелном нивоу. Међутим, Гленвил је усвојио овај тип паралеле, који су каснији писци преузимали од њега. Примера ради, писац зборника „Флета” (*Fleta*)<sup>418</sup> приликом описивања дуга (*debt*) закључује како он не постоји чим неко нешто обећа, него само ако неко нешто обећа заузврат<sup>419</sup>.

Холмс након анализе „Летописа” (*Year Books*), „незваничне [...] годишње књиге одабраних најважнијих пресуда”<sup>420</sup> енглеских краљевских судова, запажа како се у периоду од Едварда I<sup>421</sup>, па све до Хенриха VI<sup>422</sup>, не може пронаћи ниједан пример одлуке *common law* суда где је тужбени захтев за наплату дуга (*debt*) усвојен, а да није подразумевао однос који садржи *consideration*.<sup>423</sup> Холмс, такође, открива како су још од времена Едварда III<sup>424</sup> судови сматрали како обавезе доказиване без исправа настају по основу уговора (*contract*), за разлику од дуга (*debt*) који се заснива на облигацији (*obligation*). Тако се захтев *consideration* почео постављати у односну на све обавезе које не би биле „оверене печатом” (*under seal*)<sup>425</sup>, односно за које није постојала исправа, без обзира на то да ли су оне потицале од уговора (*contract*) или дуга (*debt*).

Коначно, у време Хенриха VI, *quid pro quo* прераста у предуслов пуноважности свих облика уговора. На почетку његове владавине, у спору пред Општим парничним судом (*Common Pleas*) из 1425. године<sup>426</sup>, тужени је оспоравао постојање обавезе да доврши изградњу млина на земљишту тужиоца, пошто овај није назначио колико ће му за тај посао платити. Стиче се утисак како је у пресудама донетим при крају његове дуге владавине доктрина *consideration* (уобличена у захтев *quid quo pro*), већ у целости позната и општеприхваћена. Ипак, мора се признати постојање значајних неподударности у начинима примене ове доктрине све до времена Елизабете I<sup>427</sup>.

<sup>418</sup> Спис писан на латинском језику, настао у време владавине Едварда I Плантагенета (владао у периоду од 1272. до 1307. године), који према каснијим писцима (нпр. Едвард Коук) представља аутентичан приказ енглеског права у време када је настао. У добром делу се ослања на писања Бректона.

<sup>419</sup> *Fleta seu Commentarius iuris Anglicani*, Књига II, глава 60, §25.

<sup>420</sup> Аврамовић, С., Станимировић, В., 2006, стр. 211.

<sup>421</sup> Владао од 1272. до 1307. године.

<sup>422</sup> Владао од 1422. до 1461. године.

<sup>423</sup> Holmes, O., 2011, p. 237.

<sup>424</sup> Владао од 1327. до 1377. године.

<sup>425</sup> Уговори оверени печатом (*under seal*), у ствари, представљају исправе на којима су племићи оверавали постојање своје обавезе отиском свог породичног печатног прстена на воску.

<sup>426</sup> *Year Book, Hen. VI, Regnal year 3, plea 33.* (<https://www.bu.edu/phpbin/lawyearbooks/display.php?id=16931>, 21. 2. 2021).

<sup>427</sup> Владала од 1558. до 1603. године.

Холмс закључује како се у развоју тужбе за наплату дугованог могу уочити три стадијума. Прво, новчана обавеза, осим за накнаду штете, принудно се могла остварити само на основу тужбе за наплату дуга (*writ of debt*), која се није много разликовала од захтева за предају ма које друге покретне ствари. Постојање дуга се доказивало на било који од начина који је ондашње право признавало. У другој фази, дужничко-поверилачки однос по основу споразума дефинише захтев *quid pro pro*, који наглашава захтев постојања користи за даваоца обећања. Овај приступ је временом пренет на све облике уговора, док се највећи број прецедената односи на наплату по основу дуга (*debt*). И коначно, у последњој фази долази до настанка саме доктрине *consideration*, која услов користи на страни даваоца обећања замењује условом неповољности (*detriment*) на страни примаоца обећања. Доктрина *consideration* из сфере процесног права, као средства доказивања, сада прелази у посебан институт уговорног материјалног права.

Харвардски професор права Џејмс Ејмс<sup>428</sup>, у чланку објављеном 1894. године<sup>429</sup> изнео је неколико критика на Холмсове тврдње о могућности подношења тужбе за дуг (*debt*), без задовољавања захтева *quid pro quo*. Ејмс, позивајући се такође на Гленвила, наводи како пред *common law* судовима тужилац никада није могао да очекује заштиту уколико је свој захтев базирао искључиво на „повреди поверења” (*fidei laesio*). Према његовом мишљењу, од самих почетака енглеског права, захтев за наплату дуга (*debt*) је уживао судску заштиту само уколико је задовољио захтев *quid pro quo*.

Мартин Хог<sup>430</sup>, донекле подржава Холмсове наводе, те истиче како се тужба за наплату дуга неком од општих судова могла поднети без потребе навођења правног основа истакнутог захтева. Међутим, у самом поступку пред судом, цитирајући Гленвила, проста изјава тужиоца о „повреди вере” од стране туженог није се сматрала за довољну, већ би о таквој повреди могао одлучивати искључиво црквени суд.<sup>431</sup> Ибетсон сматра како су ове иницијалне повезнице између енглеске тужбе за наплату дуга (*writ of debt*) и позивања на стид и непоштење, примери додирних тачака између правног института *debt* и првобитних идеја облигација римског права.<sup>432</sup> Хог, опет, закључује како енглеско право све до XVI века не познаје доктрину *consideration*, те уговоре дели на

<sup>428</sup> James Barr Ames, 1846–1910.

<sup>429</sup> Ames, J., 1894, pp. 252–264.

<sup>430</sup> Martin Hogg, професор облигација на Правном факултету Универзитета у Единбургу.

<sup>431</sup> Hogg, M., 2011, *Promises and Contract Law: Comparative Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 120.

<sup>432</sup> Ibbetson, D., 2001, *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, Oxford, Oxford University Press, p. 19.

формалне (*under seal*), код којих је обавеза примарно једнострано обавезујућа (племић дужник се својим породичним печатом обавезује на одређену престацију), и неформалне, код којих се могућност правне заштите омогућава само у случају двострано обавезујућег односа, другим речима: реципроцитета.<sup>433</sup>

Принцип *quid pro quo* тужбе за наплату дуга (*debt*), иако очигледно значајан за развој доктрине *consideration*, истовремено је довео и до одређених недостатака у виду ограничавања овог правног средства. Пре свега, *debt* се може објаснити као захтев чији је правни основ могуће довести у везу и са институтом неоснованог обогаћења. Тужилац подноси суду захтев за издавањем наредбе за исплату дугованог на основу чињенице да се у државини туженог налази одређена ствар која му по праву не припада, руковођен принципом реципроцитета *целине* за *целину*. Конкретно, уколико би тужилац поднео захтев за исплату дуга (*debt*) од 20 фунти, при чему би обавеза туженог неспорно износила 19 фунти, суд би такав захтев одбијао, као што би то учинио у посебној врсти тужбе из уговора о зајму (*detinue*) уколико би тужилац захтевао да му тужени врати коња, док се код туженог налази његова крава.

Наведене особености тужбеног обрасца *debt*, чине га могућим видом правне заштите искључиво оне стране у дужничко-поверилачком односу која је своју обавезу претходно већ испунила у целости.<sup>434</sup> *Debt* ни на који начин не може да пружи заштиту тужиоцу који је дао „пуко” обећање туженом, на исти начин на који не би могао да заштити продавца који је одобрио исплату куповне цене у оброцима, све док не протекне рок за исплату и последњег obroка, с обзиром на то да се обавеза увек сагледавала искључиво у целости, односно само ако је већ испуњена. Дакле, *debt* је искључиво вид правне заштите оне стране која је своју уговорну обавезу већ испунила у целости, а *covenant* средство принудног остварења обећања датог од стране онога ко има право на употребу породичног печата.

Наведена ограничења могућих тужбених образаца у енглеском праву захтевале су настанак нових могућности за заштиту додатних права из уговора. Поред Канцеларевог суда, који је формирањем *equity* корпуса енглеског права пружао појединачне, и у великој мери практичне одговоре на ригидност *common law* права, и судови опште надлежности, пре свега Краљев судбени сто као нешто либералнији у односу на Општи парнични суд, понудили су своје одговоре на уочене недостатке. Један од примера

<sup>433</sup> Hogg, M., 2011, p. 123.

<sup>434</sup> Ames, J., 1894, p. 260.

проналазимо и у посебном тужбеном обрасцу насталом током XIV века, познатијем као *assumpsit*, а који је неопходан ради разумевања даљег развоја доктрине *consideration*.

#### 4.2. *Assumpsit*

По норманском освајању Енглеске, грађанска парница пред *common law* судовима је отпочињала када је краљ издао наредбу (*writ*) којом би позвао туженог да се појави пред судом и одговори на наводе тужиоца. У циљу лакшег администрирања правде, након одређеног времена формиран је затворени круг образаца краљевских наредби (*writ of debt, writ of covenant, writ of trasspas*), од којих је сваки одговарао конкретном виду спора.<sup>435</sup> На овај начин су установљене прецизне процесне претпоставке за сваку од датих тужби, које су у исто време условљавале и коначну одлуку суда. Као што смо видели, број тужбених образаца ради наплате новчаног потраживања био је изразито сужен, при чему је исход код сваке од њих зависио од конкретне чињеничне грађе. Како је живот увек маштовитији од права, веома брзо се показало да се велики број ситуација, које објективно захтевају заштиту суда, не може подвести ни под један од прописаних тужбених образаца. Управо у овоме проналазимо и један од преломних узрока настанка паралелног корпуса енглеског права: *equity*.<sup>436</sup>

Другим вестминстерским статутом<sup>437</sup>, енглеско *common law* право дефинише коначан број дозвољених тужбених образаца (*writ*). У одељку 24 овог закона<sup>438</sup>, прописани су и услови под којима би постојећи обрасци могли бити примењени и на спорове који не спадају у оне већ предвиђене, а који се пре свега тичу начина за утврђивање довољног степена сличности, како би их суд усвојио.

Путања којом је тужбени образац *assumpsit* постао основ утужења новчаних обавеза насталих из уговора протеже се кроз неколико векова. Сама тужба *assumpsit* односно њен првобитни облик познатији као *special assumpsit*<sup>439</sup>, настаје развојем једног од

<sup>435</sup> Континентални правник не може, а да у овоме не види утицај римског права, такође карактеристично по одсуству опште тужбе, односно конкретизације и именовања сваког од могућих облика (нпр. *rei vindicatio, manus iniectio, actio Pauliana, actio empti*, и тако даље).

<sup>436</sup> Šite, D., 2019, str. 182–188.

<sup>437</sup> Вестминстерски статут из 1285. године, означен као први статут донет током тринаесте године владавине Едварда II (13 Edw. I, St. 1), познатији као Други вестминстерски статут, подељен је у педесет одељака посвећених већем броју тематских области, чиме се сврстава у један од централних прописа средњовековне Енглеске. Први одељак овог статута, *De donis conditionalibus* („О условним даровањима“) је и данас на снази на простору Енглеске и Велса (текст закона се може прочитати на интернет страници [www.legislation.gov.uk/aep/Edw1/13/1](http://www.legislation.gov.uk/aep/Edw1/13/1)), док је одељак 46, *Commons Act 1285* („Закон о атарима“) за подручје Енглеске и Велса укинут истоименим прописом донетим 2006. године.

<sup>438</sup> Други део наслова одељака 24 гласи: *In like Cases like Writs be grantable*.

<sup>439</sup> Како би се на тај начин разликовао од каснијег облика *general assumpsit* или *indebitatus assumpsit*.

тужбених образаца за накнаду штете (*tort*), познатог као *trespass on the case super se assumpsit*. Основни облик тужбе *trespass* је тзв. Глостерским законом (*Statute of Gloucester*) из времена Едварда I<sup>440</sup>, ограничен на захтеве за накнаду штете настале услед сакаћења, рањавања, пребијања, односно када би вредност тужбеног захтева премашила износ од 40 шилинга. Због наведених карактеристика ова тужба је била познатија као *writ vi et armis* (силе и оружја). Ипак, према неким писцима, као што су Луни и Олифант, постоје и примери случајева у којима је суд дозволио примену овог тужбеног образаца (*trespass on the case*) у крајње фиктивном смислу. Један од примера који наводе је спор из 1317. године<sup>441</sup> у коме је тужилац тврдио како му је тужени продао флашу вина коју је претходно намерно покварио разблаживши га сланом водом.<sup>442</sup> Сличну прилагодљивост и флексибилност откривамо и у начинима на који је каснији образац *assumpsit* из одштетног прерастао у тужбу уговорног права.<sup>443</sup>

Првобитни облик деликтне грађанске одговорности штетника (*tort*) енглеског права почива на начелу да је умањење имовине оштећеног наступило искључиво услед радње њему непознате особе (*stranger*), односно да тужилац ни на који начин није могао предвидети или учествовати у радњи којом је њему причињена штета. Уколико је до несрећног случаја дошло услед пропуста у испуњењу уговора, чак обичног договора између парничних страна, оштећени није могао остварити правну заштиту по основу института *tort*. Све недостатке у раду посленика сносио је искључиво наручилац посла који је, сматрало се, избором сауговорача, у ствари, проузроковао и нежељени коначан исход. Уочивши очигледну неправичност овако круто постављеног оквира накнаде штете, енглески судови су увели одговорност познату као *assumpsit*, којом је уведено правило да штетник који се бави одређеном професијом одговара за штету коју у вршењу своје делатности причини наручиоцу посла. Дошло се до закључка да опште право (*common law*) за занатлију, трговца, односно оног ко своје услуге нуди у виду занимања, подразумева постојање аутоматске обавезе поступања према уобичајеним захтевима посла којим се бави. Код овог типа одговорности, важно је уочити да је основ одговорности био ограничен само на случајеве испуњења са недостатком, али не и на неиспуњења.<sup>444</sup>

<sup>440</sup> Владао од 1272. до 1307. године.

<sup>441</sup> *Rattlesdene v Grunestone* (YB 10 Edw II (54 SS) 140).

<sup>442</sup> Lunney, M., Oliphant, K., 2013, *Tort Law: Texts and Materials*, Oxford, Oxford University Press, p. 5.

<sup>443</sup> Reppy, A., 1958, The Action of Indebitatus (General) Assumpsit – At Common Law, under Modern Codes, Practice Acts and Rules of Court, *North Dakota Law Review*, Vol. 34, No. 2, p.110.

<sup>444</sup> Дудаш, А., 2011а, *Кауза облигационих уговора*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, стр. 97.

Прве познате судске одлуке које помињу тужбу *assumpsit* проналазимо у Летописима судских одлука још из времена Едварда III<sup>445</sup>. Конкретни спорови које откривају ови зборници тичу се тужби поднетих против скелеције који је преоптеретио скелу робом услед чега се тужиочев коњ удавио у реци<sup>446</sup>, видара чијим је несавесним третманом оштећен тужилац или његове животиње, ковача који је озледио копито коња док га је поткивао, берберина који је унаказио тужиочево лице, дрводеље који је изградио несолидну грађевину, и томе слично.<sup>447</sup> Заједничка карактеристика цитираних примера је околност да су тужилац лично, или неко његово добро (коњ, грађевина), задобили физичку повреду услед одређеног пропуста у раду туженог у оквиру његове професионалне делатности. У свим наведеним случајевима тужба *assumpsit* део је искључиво права на накнаду штете по основу грађанске деликтне одговорности штетника (*tort*), која према енглеској класификацији облигација, нема никаквих додирних тачака са уговорним односом.

Након скелеција, бербера, или дунђера, прво значајно проширење домашаја одговорности по основу претпостављене обавезе поступања „у складу са правилима струке” проналазимо у споровима везаним за правни посао поверавања ствари (*bailment*),<sup>448</sup> где је онај коме је ствар поверена одговарао за њено несавесно чување. Код овог правног посла, једини могући тужбени образац против особе код кога се ствар налазила је био *detinue*, чија се ограниченост огледала у околности да је тужилац могао успети у спору само уколико се његова ствар налазила код туженог, а тужбом је захтевао да му се сама ствар, или њена вредност, преда. Могућност утужења против чувара ствари се кроз формулу *express assumpsit* довела у везу са већ постојећом одговорношћу видара, ковача, или скелеције. Поред захтева за поврат ствари или њене вредности, *assumpsit* је дозволио одштетни захтев и за случај несавесног поступања њеног држаоца. Наравно, основ одговорности је још увек везан искључиво за случајеве испуњење с недостатком услед чега је дошло до штете (*tort*).

Следећи, и донекле најзначајнији искорак у проширењу одговорности проналазимо код одговорности трговца који обмањује купце. И ова врста тужби се односи на захтеве за накнаду штете (*tort*). Одговорност продавца у односу на квалитет понуђене или

<sup>445</sup> Владао од 1237. до 1377. године.

<sup>446</sup> *Bukton v Tounesende* (or *The Humber Ferryman's case*) (1348) B&M 358.

<sup>447</sup> Ames, J., 1888, *The History of Assumpsit. I. Express Assumpsit*, *Harvard Law Review*, Vol. 2, No. 1, p. 2.

<sup>448</sup> Енглески правни институт *bailment* у себи обједињује карактеристике два наша уговора: остава и послуга, те је у том смислу неопходно понудити посебан појам који би га донекле веродостојније представио. Јовановић, Н., 2015, стр. 217.

продате робе је била везана искључиво за постојање нарочите гаранције о својствима (*warranty*). У недостатку овог типа нарочите „декларације”, свака друга изјава продавца, макар и лажна, о квалитету робе, није производила правне последице. Развој примене института *assumpsit*, дошао је тако у везу за несавесним понашањем везаним за уговорне послове – обећање квалитета.

Два забележена случаја<sup>449</sup> из времена Хенриха VI<sup>450</sup> уводе посебан облик *assumpsit* одговорности за случај злоупотребе туђег поверења. У првом спору, суд је утврдио одговорност туженог по основу преваре зато што је, након што га је тужилац ангажовао да у његово име и за његов рачун купи одређено имање, злоупотребивши поверење тужиоца, трећем лицу саопштио све околности намераваног пазара и прибавио имање у корист те треће особе на штету тужиоца. Проширење домашаја института *assumpsit* у овом предмету откривамо у одсуству стварне повреде која би задесила самог тужиоца или неко његово постојеће добро, што смо означили као основни услов везан за *tort*. Злоупотреба поверљивих података које је тужилац саопштио туженом су по мишљењу суда били довољни како би одговорност туженог била потврђена. Други случај тиче се спора у коме је тужилац исплатио туженом износ од 100 фунти на име купопродајне цене одређеног имања, након чега је тужени дато имање предао у феуд трећем лицу. Готово неприметно, испуњење с недостатком сада постаје прихватљив основ тужбе *assumpsit* на место до тада једино могућег приговора неиспуњења. Основ оваквог проширења темељен је на поуздању тужиоца у обећање туженог.

Оно што два наведена примера чини посебно значајним је увођење одговорности у односну на обећање. Намера суда да санкционише превару ставља у други план околност да ли је оштећени штетнику исплатио одређени новчани износ или му је само обећао исплату. Изједначавањем *испуњења* и *обећања испуњења*, створили су се предуслови како би суд додатно разрадио питање директне или индиректне користи на страни даваоца обећања. Жермен<sup>451</sup> у свом делу збирци *Дијалога доктора и студента права*<sup>452</sup> тврди како „Онај коме је обећање дато има право на тужбу, без обзира да ли је онај ко је обећање дао ужива личну корист од истог или не.”<sup>453</sup> У развоју енглеског права од посебног је значаја тренутак када однос обећање-противобећање од првобитно захтеваног концепта користи даваоца обећања (*benefit*), бива преобликован у мерило постојања

<sup>449</sup> Ames, J., 1888, pp. 12–14.

<sup>450</sup> Владом од 1422. до 1461. године.

<sup>451</sup> Christopher St. Germain, 1460–1540.

<sup>452</sup> *Dialogus de fundamentis legum Anglie et de conscientia*.

<sup>453</sup> Ames, J., 1888, p. 14.



неповољности за примаоца обећања (*detriment*). Овај принцип све до данашњих дана представља једно од суштинских особености доктрине *consideration*.

Сам термин *consideration* у енглеско право улази кроз одлуке Канцеларевог суда. Љубоморно чување надлежности од стране општих судова у односу на одлуке лорд-канцелара, натерало их је да помно послушају правце стремљења *equity* корпуса права, не би ли некако предупредили његову премоћ. Тако се широким тумачењем тужбе *assumpsit*, дошло до санкционисања преваре, односно довођења грађанске деликтне одговорности (*tort*) у везу са обећањима, што је, свакако, корак у правцу његовог проширења на уговорне односе.

Одлучан корак правцу утуживости обећања проналазимо у институту који настаје у другој половини XVI века – *indebitatus assumpsit*, чију коначну примену у енглеском праву откривамо у чувеном случају *Слејд*<sup>454</sup>. *Indebitatus assumpsit* је примарно био само још један облик унапређења процесних могућности, на сличан начин на који су се развијале могућности ограничене тужбама *debt*, *covenant*, *detinue*, и слично. Обећања су сада ушла у арену утуживости, формираних на основу постојања одговорности која се везује за примаоца обећања, а све засновано на древном правилу *quid pro quo*. Оно што тужбу *indebitatus assumpsit* чини посебно значајном је то што она у себи сада обухвата и могућност истицања тужбеног захтева који је до тада био везан за тужбу *debt*, а чија употреба од тада престаје.<sup>455</sup>

Термин који је на задовољавајући начин могао да обједини овај „проширени” правни услов, општи судови краљевине преузимају из терминологије Канцеларевог суда, дајући му сасвим ново значење. Тај појам је *consideration*. Најкасније од времена Хенриха VIII<sup>456</sup> *consideration* постаје део обавезне формуле адвоката који од тада сваку тужбу *assumpsit* заснивају или на неповољности (*detriment*) примаоца обећања (*indebitatus assumpsit*) или на постојању дуга (*special assumpsit*).

### 4.3. Случај *Слејд* и настанак појма *consideration*

Енглеска правна доктрина коначно уобличавање појма *consideration* приписује одлуци у предмету *Слејд*<sup>457</sup> са краја XVI и почетка XVII века.<sup>458</sup> Да се радило о спору од

<sup>454</sup> *Slade v Morley* (1598) 4 Co Rep 92b.

<sup>455</sup> Дудаш, А., 2011а, стр. 98.

<sup>456</sup> Владао од 1509. до 1547. године.

<sup>457</sup> *Slade v Morley* (1598) 4 Co Rep 92b.

<sup>458</sup> Дудаш, А., 2011а, стр. 99.

великог значаја оног времена откривамо и у околности да је сам судски поступак трајао релативно дуго за енглеске прилике (од 1596. до 1602. године), да је у поступку по правном леку одлучивао велики број судија ондашњих општинских судова, као и да су странке заступали најзначајнији правници оног времена: Едвард Коук<sup>459</sup> у име тужиоца и Френсис Бејкон<sup>460</sup> као један од пуномоћника туженог. Коначну одлуку суда у предмету *Слејд* значајан број енглеских правних мислилаца сматра једним од преломних момената у развоју енглеског *common law* права.<sup>461</sup>

На основу тада важећих процесних правила, стварну надлежност у поступку ради исплате дуга (*writ of debt*) имао је Општи парнични суд (*Court of Common Pleas*), познат по својој ригидности. Употребом обрасца *assumpsit*, енглески правници су успевали одређене спорове ове врсте да пренесу у надлежност Краљевог судбеног стола (*King's Bench*) који је имао надлежност у случају преваре. Правна фикција којој су у том циљу прибегавали огледала се у тврдњи како је тужени избегавањем обавезе да плати оно што дугује, у ствари, преварио тужиоца пошто није испунио оно што је првенствено обећао. Разлог због кога су се повериоци радије одлучивали за надлежност Краљевог судбеног стола, поред одсуства ригидности, проналазимо и у томе да је пред њим одлуку доносила непристрасна порота, док је у поступку пред Општим парничним судом, слично нашем средњовековном судском поступку, тужени могао доказати своју правну неодговорност заклетвом чију би истинитост потврдио одређени број *саклетвеника* („честити, непорочни, веродостојни људи који су по заклетвом потврђивали извесне [...] чињенице“<sup>462</sup>). Оваква пракса је веома брзо довела до сукоба надлежности између два стожерна *common law* суда, с обзиром да је заједнички другостепени суд (*Court of Exchequer Chamber*) у коме је најчешће већина судија долазила из редова Општег парничног суда, почео да преиначава одлуке Краљевског судбеног стола донете на основу обрасца *assumpsit*. О ривалству ова два суда коначно је сазнала и сама краљица Елизабета I<sup>463</sup>, па је затражила да судови „водећи се дивљењем према праву” пронађу заједничко решење.<sup>464</sup>

<sup>459</sup> Sir Edward Coke, 1552–1634.

<sup>460</sup> Francis Bacon, 1st Viscount St Alban, 1561–1626.

<sup>461</sup> Ibbetson, D., 1984, Sixteenth Century Contract Law: Slade's Case in Context, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 4, No. 3, p. 295.

<sup>462</sup> Тарановски, Т., 1935, *Историја српског права у Немањинској држави*, Београд, Геца Кон, стр. 200; Аврамовић, С., Станимировић, В., 2006, стр. 197.

<sup>463</sup> Владала од 1558. до 1603. године.

<sup>464</sup> Reppy, A., 1958, p. 117.

У самом предмету *Слејд* у првом степену одлучивало је Путујуће веће општих суда (*courts of assize*)<sup>465</sup>, на основу тужбеног обрасца *assumpsit*. Како је тужени оспорио одлуку Путујућег већа, у поступку по правном леку, значајан број судија Краљевог судбеног стола успео је да се укључи у рад другостепеног суда. На челу судског већа се налазио нико други до председник Краљевог судбеног стола, сер Џон Попам<sup>466</sup>. До овакве могућности прегласавања судија Општег парничног суда дошло је применом тада већ напуштеног процесног правила, заснованог на чињеници да је другостепено Веће заседало у једном од судских конака (*Serjeant's Inn*) у коме је учешће судија Краљевог судбеног стола било нарочито дозвољено.<sup>467</sup>

Сам спор настао је између Џона Слејда, трговца житарицама, који је тврдио како се Хамфри Морли (тужени) обавезао да ће му за род пшенице и ражи посејан на одређеној парцели исплатити износ од 16 фунти, што овај није учинио. Првостепени суд је релативно брзо обавезао Морлија на исплату дуваног. Након уложене жалбе, дошло је до правог окршаја у поступку пред другостепеним судом. Едвард Коук је све време тврдио како Краљев судбени сто има надлежност да одлучује на основу тужбеног обрасца *assumpsit*, док је Френсис Бејкон веома вешто указивао на недостатке Коукових аргумената позивајући се на прецеденте које је познавао много боље од њега.<sup>468</sup> Уместо да се директно супротставља очигледно вештијем Бејкону, Коук своје аргументе своди на два кључна: прво, надлежност Краљевог судбеног стола у поступцима по основу *assumpsit* је дуги низ година прихваћена као неспорна, па се тако сада већ по основу инерције мора прихватити као правно установљена; и друго, *assumpsit* се неспорно примењује у ситуацијама када давалац обећања прекрши оно што је обећао, док је у конкретном случају тужени дао имплицитно обећање да ће платити товар житарица који је наручио.<sup>469</sup> Овај други део Коукове аргументације ће касније постати нарочито значајан када се ради о развоју правне мисли о доктрини *consideration*.

Како се ни након неколико година већања другостепени суд није успео усагласити, 1602. године председавајући лорд Попам доноси коначну одлуку. Попут Коука, и

<sup>465</sup> Путујућа већа формирана су још одредбама Другог вестминстерског закона (*Statute of Westminster II*), донетог 1285. године, у намери да се странкама омогући да свој спор изнесу пред краљевски суд без обавезе да путују до Лондона. Путујућа већа су се најчешће састојала од једног судије Краљевског судбеног стола и једног судије Општег парничног суда. David, R., 1960, *Uvod u privatno pravo Engleske*, Beograd, Institut za uporedno pravo, str. 14.

<sup>466</sup> Sir John Popham, 1531–1607.

<sup>467</sup> Simpson, B., The Place of Slade's Case in the History of Contract, in: Boyer, A. (ed.), 2004, *Law, Liberty and Parliament: Selected Essays on the Writings of Sir Edward Coke*, Indianapolis, Liberty Fund, p. 79.

<sup>468</sup> Boyer, A., 2003, *Sir Edward Coke and the Elizabethan Age*, Palo Alto, Stanford University Press, p. 128.

<sup>469</sup> Boyer, A., 2003, p. 129.

Попамово правно становиште се може свести на две основне тврдње: прво, сваки уговор који тек треба да се изврши подразумева у себи постојање обећања чиме се омогућава примена обрасца *assumpsit*; и друго, иако се конкретан спор односи на исплату дуга, тужилац има довољан правни основ да покрене тужбу *assumpsit*.<sup>470</sup> Лорд Попам дакле широм отвара врата могућности да се за постојање новчане обавезе (*debt*) која је настала по основу обећања, тужиоци применом обрасца *assumpsit* обратe суду са захтевом исплате дугованог. У Блекстоновим *Коментарима*, проналазимо мишљење да је управо овакав обрт довео и до потребе за доношењем посебног Закона о преварама (*Statute of Frauds*) из 1766. године.<sup>471</sup>

У *ratio* делу пресуде *Слејд*, наводи се следеће образложење лорда Попама: „Утврђено је да је сваки уговор који тек треба да се изврши подразумева и право на подношење тужбе ради испуњења обавезе (*assumpsit*), јер сваки онај ко се са другим сагласи да ће му одређени износ исплатити или да ће некоме нешто предати, он уједно даје и обећање да ће нешто платити или предати; дакле када неко некоме нешто преда, или када се сагласи да нешто у одређени дан некоме преда, а други на основу тога оном првом обећа да ће му исплатити одређени новчани износ (*consideration*), обе стране имају право на утужење ради наплате дуга, или тужбе ради испуњења обавезе (*assumpsit*), јер узајамни споразум о каснијем испуњењу обећаног у себи подразумева и постојање реципрочног права на подношење тужбе, односно утужења ради наплате дуга, у складу са пресудом из предмета *Reade and Norwoods Case*.“<sup>472</sup>

Дакле, директна последица одлуке у предмету *Слејд* је успостављање јасне могућности утужења неформалних обећања чак и у ситуацијама када ниједна од уговорних страна није предузела (или пропустила да предузме) ниједну од договорених радњи. Овај развојни пут пратимо још од тужбених образаца *debt*, преко *special assumpsit*, до коначног облика *general* или *indebitatus assumpsit*. Истовремено, додатни или посредни значај одлуке *Слејд*, енглески правници проналазе у околности да је у њему Коук у оквиру своје аргументације понудио и дефиницију појма *consideration*.<sup>473</sup> Коукова дефиниција се готово од речи до речи слаже са цитираним *ratio* делом образложења пресуде. Коук дакле

<sup>470</sup> *Ibid*, p. 132.

<sup>471</sup> Blackstone, W., 1771, *Commentaries on the Laws of England*, Vol. III, Dublin, John Exshaw, et al., p. 157. (<https://archive.org/details/commentariesonla713blac/page/156/mode/2up?view=theater>, 17. 3. 2021).

<sup>472</sup> Šite, D., 2021, *Common law pravna norma*, *Strani pravni život*, god. 65, br. 1, str. 24 (<https://www.stranipravnizivot.rs/index.php/SPZ/article/view/808/776>, 26. 4. 2021).

<sup>473</sup> Sacks, D. H., The Promise and the Contract in Early Modern England: Slade's Case in Perspective, in: Kahn, Victoria Ann, Hutson, Lorna (eds.), 2001, *Rhetoric and Law in Early Modern Europe*, New Haven, Yale University Press, p. 30.

*consideration* уобличава као реципрочно обећање за добијено обећање на основу кога обе уговорне стране имају могућност утужења за дуг, јер управо реципрочност обећања омогућава и реципрочну могућност утужења.<sup>474</sup> Коначно, свега десетак година касније, у одлукама енглеских судова се настанак уговора сада већ јасно условљава постојањем узајамних обећања уз која стоји узвратни *consideration*.<sup>475</sup>

#### 4.4. Коментар

Као што је наведено, недоумице везане за могуће начине настанка доктрине *consideration* су у оквиру англоамеричке правне заједнице довеле до формирања не мање од три паралелне теорије о овом питању.

Према једној школи мишљења, упориште доктрине *consideration* првобитно проналазимо у споровима стварноправног карактера, код којих се основ тужбеног захтева предаје ствари своди на задовољење захтева *quid pro quo*. Руковођени овим принципом, енглески судови од најранијих времена пружају заштиту само оним неформалним односима где обе стране у спору нуде нешто у замену за оно што примају. Околност одсуства писане исправе којом се потврђује постојање захтеване новчане обавезе успех у парници условљава присуством додатног квалитета датог односа – узајамности давања. Као најзначајнији представници овог схватања издвајају се амерички правник Оливер Холмс у XIX и професор Симпсон<sup>476</sup> у XX веку.

Према неким писцима, енглески *consideration* упловљава у острвске уговорне односе пре свега као имитација римске каузе. Енглески црквени судови све до времена формирања посебне Англиканске цркве, на Острву примењују римокатоличко канонско право које се у великој мери заснива на рационализму римског права. Према овом схватању, *common law* је у сусрету са крајње неправичним исходима уговорних спорова потражио узор у континенталним правима, пре свега франачко-германским (са којима је дуго времена био у непосредном контакту захваљујући норманској династији), препишујући оне правне аргументе које би проналазио у одлукама лорд-канцелара. У том свом трагању, чини се пре свега погрешним интерпретацијама реалних уговора римског права, које енглески судови доживљавају као неформалне, *common law* формира своју верзију

<sup>474</sup> Reppu, A., 1958, p. 118.

<sup>475</sup> „A person who promises cannot countermand and recall his own promise, because every assumpsit is made by the mutual agreement of both parties and on reciprocal consideration, and through this creates a contract.” – *Hurford v Pile* (1618) Cro Jac 483, 79 ER 412.

<sup>476</sup> Alfred William Brian Simpson, 1931–2011.

римске каузе, метаморфозирајући је у посебан појам *consideration*. Ипак, мора се приметити да у образложењима одлука црквених судова не проналазимо јасну разлику између римског *causa* и хришћанског захтева поштења и придржавања новозаветним вредностима. Заговорник ове школе мишљења је, пре свега, новозеландски професор Салмонд<sup>477</sup>. О значају који су црквени судови имали у енглеском праву вероватно најбоље говори податак да су, примера ради, спорови о наслеђивању или брачни спорови све до 1857. године били у њиховој надлежности.<sup>478</sup>

Трећа група мишљења полази од претпоставке да се *consideration* формира као неизоставни елемент у оквиру тужбеног обрасца *assumpsit*, у коме добија свој посебни значај у виду неопходног услова како би се постојање дуга довело у везу са преваром – обећањем. Наиме, без овог начина тумачења правне природе новчане обавезе дати тужбени образац не би се ни могао применити на случајеве за које је до тада био резервисан искључиво *debt*. Један од представника овог схватања је амерички судија и професор права Џон Хер<sup>479</sup>.

Изнета анализа путање развоја енглеске доктрине *consideration*, чини се, не дозвољава закључак како се она формира искључиво захваљујући једној од понуђених алтернатива. Као правни институт који у себи носи талог вишевековног периода обликовања, мишљења смо да он никако не може бити резултат само једног сплета околности.

Енглеско опште право, познатије као *common law*, одиста у свом првобитном облику пада под делимични утицај германских права. Победа Виљема Освајача 1066. године свој свеобухватни значај на енглеску повесницу открива и у томе што је управо на тај начин основна сфера утицаја на Острво са севера Европе (Викинзи) померена у правцу срца Континента (Нормандија). У том смислу треба разумети да је у свом најранијем периоду који можемо пратити све до времена владавине анжујске династије, *common law* далеко заостајао за донетима римског права, чију је примену Римокатоличка црква отворено заговарала.<sup>480</sup> Тако, сам појам *consideration* своје порекло недвосмислено проналази у римском појму *causa*. Оваквом закључку свакако доприноси околност да га пре свих проналазимо у одлукама Канцеларевог суда, односно аргументима које износи лорд-канцелар као високи достојанственик Римокатоличке цркве.

<sup>477</sup> Sir John William Salmond, 1862–1924.

<sup>478</sup> Chloros, A.G., 1965, *Civil law u Engleskoj*, Beograd, Institut za uporedno pravo, str. 13.

<sup>479</sup> John Hare, 1816–1905.

<sup>480</sup> Првобитни покушаји уједињења Европе у Средњем веку су, пре свега, били засновани на идеји о примату Рима, који се огледао у једној вери (римокатоличка црква), једном праву (римско право), и једном језику (језик Рима: латински).

Међутим, стварни утицај римског права на *common law* је веома ограничен. Иако готово у целости норманска, енглеска властела опште право формира пре свега на затеченим правним правилима из англосаксонског периода. Општи је став да судови не формирају *common law* већ га само уочавају у постојећим обичајима и просто примењују у својим одлукама. Такође, снажна и упорна борба барона, односно велепоседника против свемоћи Круне доводи до јасних захтева за отклоном од римског права. У таквом амбијенту, сваки правни институт *common law* права је свој темељ морао пронаћи у сопственим правним установама. У том смислу је и више него очигледно да је захтев *quid pro quo* истоветан механизму деловања принципа *consideration*. Реципрочност као услов могућности утужења, односно принудног остварења неформалног уговорног обећања се на овај начин јасно издваја из постојећих постулата стварноправних односа.

Коначно, све наведене интерпретације свој стварни облик добијају искључиво кроз призму процесног права. *Common law* као правни систем у чијој средишњој тачки откривамо суд, а не парламент, свој развој дугује пре свега непрегледном низу судских спорова и начинима на који су они решавани. Упућивање на развој посебних тужбених образаца у циљу њиховог прилагођавања потребама живота јесте један од основних начина да се разуме путања развоја сваког института *common law* права. У том смислу се мора оценити као тачна констатација да је из арене процесноправних правила, *consideration* прерастао у институт материјалног права. Његово коначно дефинисање и јасне линије развоја дугујемо управо одлукама енглеских судова. У којој мери је ова тврдња тачна можемо уочити и у околности да су негативне аспекте доктрине *consideration*, како то увек бива у енглеском праву, из правног система уклањани како законима (нпр. *Statute of Frauds*) тако и у оквиру *equity* корпуса права (нпр. *promissory estoppel*).

На крају, чини се погодним цитирати шпанског професора упоредног права Торона<sup>481</sup>, по коме ће одговор на питање да ли су тужба *assumpsit* и доктрина *consideration* резултат утицаја канонског права или је тачније претпоставити да се оне формирају искључиво у оквиру *common law* права, највероватније остати једна од оних тајни које историја тако љубоморно чува за себе.<sup>482</sup>

---

<sup>481</sup> Javier Martínez-Torrón, 1955.

<sup>482</sup> „Whether the action of *assumpsit* and the doctrine of *consideration* were the result of canon law influence, or rather emerged from within the common law, will likely remain one more of those secrets which are jealously guarded by history.” – Martínez-Torrón, J., 1998, *Anglo-American Law and Canon Law: Canonical Roots of the Common Law Tradition*, Berlin, Duncker & Humblot, p. 135.

## 5. КРИТИКА ДОКТРИНЕ *CONSIDERATION*

Доктрина *consideration* у енглеској правној мисли трпи одређене критике како у начелу, тако и у појединостима. Седамдесетих година XX века повела се једна од најпознатијих дебата англоамеричког правног света између двојице угледних професора права: Атије и Трејтела. Атија је у свом приступном предавању на Националном универзитету Аустралије у Канбери 1971. године изнео низ критика на рачун енглеске доктрине *consideration*<sup>483</sup>, на које је Трејтел неколико година касније (1976) одговорио у чланку објављеном у Правном прегледу Аустралије (*Australian Law Journal*)<sup>484</sup>. Међутим, пре него што се упустимо у анализу Атијиних запажања и реакције правничке јавности на његове сугестије, неопходно је поменути један од првих значајнијих помака у правцу сагледавања доктрине *consideration* у оквиру Уједињеног Краљевства, коју је тамошњи Комитет за ревизију права понудио још у првој половини XX века.

### 5.1. Извештај Комитета за ревизију права из 1937. године

Комитет за ревизију права Енглеске и Велса се у свом Шестом извештају позабавио питањем реформе Закона о преварама (*Statute of Frauds*) из 1677. године и доктрине *consideration*. Готово пророчки, део посвећен другој теми, Комитет започиње констатацијом како сасвим извесно напори у сагледавању тог питања неће наићи на шире одобравање. Међутим, према мишљењу Комитета, бескомпромисни карактер ове доктрине све више доводи у питање њену елементарну правичност и логичку заокруженост. Своја запажања Комитет износи у девет тачака.<sup>485</sup>

Под један, обећање треба да буде утуживо уколико је сачињено у писаној форми од стране даваоца обећања или његовог пуномоћника, или уколико га прати *consideration* било ранији или актуелни. На овом месту Комитет, у ствари, нуди алтернативу захтеву *consideration*, те писану форму обећања претвара у могући доказ његове правне ваљаности. Овде се мора истаћи да Комитет не изједначава писмено обећање са доказом закључења уговора, односно не изједначава га са *animus contrahendi*, већ само жели да створи додатну могућност по којој обећање које је његов давалац изразио у писаној форми не

<sup>483</sup> Atiyah, P., 1971, *Consideration in Contracts: A Fundamental Restatement*, Cambera, Australian National University Press.

<sup>484</sup> Treitel, G. H., 1976, Consideration – A Critical Analysis of Professor Atiyah's fundamental restatement, *Australian Law Journal*, No. 50, pp. 439–461.

<sup>485</sup> Editorial Committee of the Modern Law Review, „The Law Revision Committee's Sixth Interim Report”, *The Modern Law Review*, Vol. 1, No. 2, Modern Law Review Ltd., London, 1937, pp. 97–111.



мора као услов утужења да испуњава *consideration* захтев реципрочне вредности. Такође, у овој тачки се ранији *consideration* жели довести у раван актуелног, односно правно прихватљивог.

Под два, споразум о прихвату исплате мањег износа од укупно дугованог као вид испуњења обавезе у целости се мора прихватити као правно ваљани *consideration*, под условом да је исплата мањег износа извршена. У случају да дужник не поступи ни у складу са накнадним споразумом, поверилац је у могућности да захтева испуњење првобитне новчане обавезе у целости. У овом делу Комитет се изјашњава у прилог делимичног ублажавања правила из прецедента *Пинел*, с обзиром на то да би у случају неиспуњења умањене обавезе, поверилац био у могућности да по аутоматизму захтева исплату првобитно утврђеног дуга у целости.

Под три, обећање испуњења обавезе у замену за противчинидбу која је општим актом, претходним уговором са даваоцем обећања или трећим лицем, већ предвиђена као дужност примаоца обећања би се морала сматрати за правно ваљани *consideration*.

Под четири, прималац обећања може захтевати његово принудно остварење и у ситуацији када је *consideration* потекао од трећег лица или је извршен у корист трећег лица. У овом делу Комитет предлаже ублажавање дејства једног од основних начела енглеског уговорног права – *privity of contract*, указујући на оправданост потребе за заштитом права трећих лица у случајевима када се уговорни *consideration* може довести у везу са њима.

Под пет, обећање везаности понудом у одређеном року или под раскидним условом мора бити правно обавезујуће без обзира на околност да за исто није понуђен узвратни *consideration*.

Под шест, унилатерални уговора се има сматрати закљученим оног тренутка када је прималац обећања отпочео са испуњењем захтеване противчинидбе, осим у случајевима када је давалац обећања приликом саопштавања понуде посебно назначио како је у могућности да исту повуче све до тренутка када понуђени не испуни своју обавезу у целости.

Под седам, уколико је давалац обећања знао, или морао знати, да ће се понуђени поуздати у оно што му је стављено у изглед, обећање мора бити утуживо уколико је прималац обећања, ослонивши се на исто, већ поступио на своју штету.

Под осам, код уговора закљученог у корист трећег лица, корисник мора стећи сопствено и непосредно право утужења према дужнику, а дужник према трећем може изнети све приговоре које би могао истаћи и према свом сауговорачу. Уговорне стране би могле, под условом да није другачије предвиђено самим уговором, споразумом опозвати корист

трећег све док је он не прихвати, било изјавом било конклюдентно. Интересантно је да се Комитет у овој тачки не окреће ка правилу из шкотског права, познатије као *ius quaesitum tertio*, чија се примена неретко уговарала у енглеским уговорима у корист трећег.

Под девет, корисник полисе животног осигурања или завештања сачињеног у циљу финансирања образовања, мора имати активну легитимацију у спору за принудно испуњење пренете му користи, осим у одређеним законом предвиђеним случајевима заштите појединих поверилаца.

Како је Комитет у свом Извештају и сам предвидео, реакција правничке јавности у односу на предложене реформе доктрине *consideration* није била нарочито благонаклона. До првих отворених оспоравања дошло је већ наредне године, примера ради у чланку професора Хамсона<sup>486</sup> или у полемикама уређивачког одбора тада формираног стручног часописа *Modern Law Review*. Све ово је довело до одређеног затишја, да би се прве намене поновног отварања питања проблема *consideration* вратиле у сферу научног интересовања шездесетих година XX века. Професор упоредног права Клорос<sup>487</sup> у свом чланку објављеном 1968. године примећује како би се преовлађујућа клима у време објављивања Извештаја (1937) међу енглеским правницима у односу на доктрину *consideration* могла описати речима „инерција и помиреност са ситуацијом” (*inertia and resignation*), при чему је из накнадне реакције и више него евидентна приврженост енглеских правника свим вредностима, али и манама које та доктрина има<sup>488</sup>. Нову моду да се *consideration* напада чак и у Енглеској, Клорос је поменуо и током свог предавања одржаног на београдском Институту за упоредно право 21. јануара 1964. године, ком приликом је изјавио да је лично заговорник идеје да се доктрина *consideration* напусти.<sup>489</sup> У уџбенику уговорног права оксфордских професора Џефрија Чешира<sup>490</sup> и Сесила Фифута<sup>491</sup> из тога времена, посебно се истиче како је у Извештају Комитета за ревизију права о реформи доктрине *consideration* речено све што се за сада може рећи о тој теми, док се за поновно

<sup>486</sup> Hamson, C., 1938, The Reform of Consideration, *Law Quarterly Review*, Vol. 54, Iss. 2, pp. 233–257.

<sup>487</sup> Alexandros Chloros, 1926–1982. Треба истаћи да се проф. Хлорос бавио и анализом југословенског грађанског права, о чему је у издању издавачке куће *Oxford University Press* 1970. године објављена његова књига „Yugoslav civil law: history, family, property”. Проф. Хлорос је на самом крају свог живота био именован и за судију Европског суда правде.

<sup>488</sup> Chloros, A., 1968, The Doctrine of Consideration and the Reform of the Law of Contract. A Comparative Analysis, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 17, No. 1, p. 137.

<sup>489</sup> Chloros, A.G., 1965, str. 8.

<sup>490</sup> Geoffrey Chevalier Cheshire, 1886–1978.

<sup>491</sup> Cecil Herbert Fifoot, 1899–1975.

отварање питања *consideration* у енглеском уговорном праву морају сачекати неки будући „извештаји”.<sup>492</sup>

Управо један такав „извештај” је 1971. године изашао из пера донекле особеног енглеског академика и професора права, Патрика Атије.

## 5.2. Полемика професора Атије

У свом приступном говору на Правном факултету у Канбери, Атија пре свега оспорава начелни став енглеских правника да је *consideration* много више од простог разлога правне заштите конкретног уговорног односа. Према његовој тези, претварање *consideration* обрасца у називи „доктрину” је вештачки створено и прилично гротескно. Његовим речима, учитати у *consideration* нешто више од шаблонског разлога утуживости датог обећања значи формирати доктрину која много више подсећа на измотавање (*mumbo jumbo*).<sup>493</sup> У исто време, енглески судови показују висок степен слободе приликом одлучивања о питању пуноважности одређеног уговорног односа. У том смислу, Атија изричито критикује Трејтелов став да је, између осталог, суд чак у могућности да креира (*invent*) *consideration* уколико закључи да је то оправдано. Конкретне замерке које Атије има по питању доктрине *consideration* тичу се: 1) правила о односу користи и неповољности (*benefit and detriment*), 2) начина њене примене код унилатералних уговора, 3) концепта размене или „трампе”, 4) захтева да *consideration* исходи од примаоца обећања, те 5) проблема принудног остварења доброделиних обећања.

### 5.2.1. Однос корист – неповољност

Општеприхваћена премиса енглеске правне мисли како се *consideration*, пре свега, темељи на принципу узајамности користи и неповољности, је за Атију у најмању руку криво постављена. Његов је став да корелација корист-неповољност за енглеске судове није ни нужан (*necessary*), ни довољан (*sufficient*) услов принудног остварења уговорног обећања.

Када се ради о примерима недовољности, много је разлога који могу спречити утуживост уговорног обећања: противан је јавном поретку, резултат је мане воље, постоји одсуство намере стварања правног односа, и тако даље. Атија признаје да се

---

<sup>492</sup> Cheshire, G., Fifoot, C., 1964, *The Law of Contract*, Oxford, Butterworths, p. 92.

<sup>493</sup> Atiyah, P., 2001, p. 182.

наведени примери могу објаснити као околности које нису у директном односу са доктрином *consideration*, међутим према његовом мишљењу, много је рационалније тврдити како они не задовољавају услов *consideration*, него да је код њих *consideration* правно ваљан, а да су разлози неутуживости друге природе.

У односу на аспект нужности, Атија пре свега указује на чињеницу да код енглеског билатералног уговора (код кога се стране обавезују на испуњење обавезе у будућности), могућност његове утуживости настаје понекад и много пре него што релација корист-неповољност уопште заживи. Такође, сам концепт уговорне „користи” је према промишљању суда понекад у најмању руку чудан, наводећи као пример оцену суда у предмету *Нестле*, где се чак и безвредни омоти чоколадица рачунају у „активу”. Прецедент којим се зрно бибера броји као корист је из угла сваког мислећег појединца и више него очигледан пример њеног стварног одсуства, или бар постојања у нечем другом а не ономе што суд означава као *consideration*.

Конечно, Атија указује на одређене уговоре где обавеза трпљења једне од уговорних страна, нити је за њу неповољност, нити је за другу страну корист, већ много више подсећа на побуду (мотив) за закључење уговора коју енглеско право искључује из оквира *consideration*. Као пример наводи предмет из америчке судске праксе где је рођак свом нећаку понудио одређени новчани износ у замену за уздржавање од дувана до његове 21. године. Обавеза уздржавања од пушења примаоца обећања није ни на који начин оштетила (шта више, она је допринела његовом здрављу), док рођак од ње није имао никакву личну корист. Исто тако, није тешко замислити примере унилатералног уговора где прималац обећања прима корист у замену за радњу коју би учинио и да обећања није било, која се тако тешко може окарактерисати као неповољност за њега. Такав пример је одлука суда у предмету *Шедвел*, где би до венчања младог рођака за одабрану невесту дошло и без стричевог обећања новчане помоћи.

Наведени примери, нарочито када се *consideration* доведе у везу са обећањима из породичних односа, указују на додатни проблем у ставу судова да однос корист-неповољност мора имати своју економску вредност. Обећање бивше ванбрачне партнерке да ће се старати о срећи заједничког детета, или да ће се старати о себи, је веома тешко подвести под матрицу економске рачунице. Стварни разлози судова у „откривању” *consideration*-а у сличним ситуацијама свој основ без сумње имају у намери осигурања егзистенцијалног минимума у ситуацијама када енглеско законодавство није пружало адекватну заштиту. Иако похвални, они се према Атијином мишљењу веома тешко могу аргументовати у складу са класичним енглеским схватањем доктрине *consideration*.

Аргумент у прилог оваквом закључку Атија проналази и у околности да су енглески судови економску вредност односа корист-неповољност редефинисали у „правну” (*in the eye of the law*) чиме су, у ствари, оголили своју праксу изразито произвољне примене овог критеријума.

### 5.2.2. Унилатерални уговори

Подела *common law* уговора на унилатералне и билатералне почива на разлици између размене обећања за противобећање, односно обећања за чинидбу. Проблем утуживости унилатералног уговора везује се за дилему у ком тренутку је прималац обећања у могућности да поднесе захтев за принудно остварење обавезе понудиоца. Наиме, енглеско право стоји на становишту да је унилатерални уговор закључен тек пошто је прималац обећања извршио захтевану радњу у целости, при чему је понудилац у могућности да повуче своју понуду чак и након што је прималац обећања отпочео испуњење захтеване чинидбе.

Уочивши могућност настанка последица које би код унилатералних уговора биле изразито неправичне у односу на примаоца обећања, енглеска правна мисао је формирала две идеје о потенцијалним начинима превазилажења овог проблема. Прва могућност је да се тренутак отпочињања извршења захтеване чинидбе сматра за тренутак прихвата понуде, док би прималац обећања у могућности подношења захтева за принудно извршење датог му обећања имао тек након што своју обавезу изврши у целости. Са друге стране, може се кренути од правне претпоставке да је понудилац поред основног обећања, имплицитно обећао и то да га, када понуђени отпочне са извршењем захтеване чинидбе, првобитна понуда обавезује до времена истека разумног рока неопходног како би се она компетирала.

Атија сматра како је наведене опције погрешно тумачити као алтернативе. По његовом мишљењу, могућност повлачења понуде би се морала ценити у односу на очитовану намеру странака. Радња отпочињања извршења уговорне обавезе примаоца обећања треба да садржи довољно елемената како би се сматрала видом поуздања у примљено обећање. На тај начин она у себи акумулира довољно тежине неопходне да послужи као правно образложење могућности утуживости макар и дела примљеног обећања. Ниједна од две алтернативе, појединачно, не дозвољава овакав приступ, већ се до њега може доћи само њиховом комбинацијом. *Consideration* као основ утуживости би се код

унилатералних уговора, на тај начин, доводио у везу са питањем тренутка прелаза ризика, при чему би се такав тренутак морао ценити од случаја до случаја.

Атија као илустрацију наведеног издваја случај *Луксор*<sup>494</sup> из 1940. године. Тужени је агенцији за промет непокретности *Луксор* обећао провизију од 10.000 фунти, уколико успе да прода зграду биоскопа по цени од минимум 185.000 фунти. Након што је тужилац пронашао потенцијалне купце, тужени је одустао од даље продаје. Тужилац је поднео тужбу ради исплате накнаде за свој труд. Једно од питања које се током поступка поставило је да ли је тужени, а ако јесте на који начин, повредио своју уговорну обавезу. Наиме, уколико се у конкретном случају ради о размени два обећања (што је био став Апелационог суда), тужилац се обавезао да омогући закључење уговора о продаји непокретности, док се тужени обавезао да му за то исплати уговорену провизију. У таквим околностима, тужени би свакако морао да се уздржи од радњи којима би могао да осујети успешно испуњење обавезе друге стране. Међутим, Дом лордова је утврдио како се у конкретном случају не ради о билатералном, већ о унилатералном уговору, односно понуди туженог да тужиоцу у замену за успешно окончану продају непокретности исплати одређени износ провизије. У складу са традиционалним тумачењем, тужени је дакле био у могућности да у било ком тренутку пре него што би до закључења уговора о продаји дошло, повуче своју понуду.

Атија истиче како сама одлука до које су правни лордови дошли није од толиког значаја, колико је то аргументација на којој су је засновали. Пре свега, у одлуци Дома лордова *consideration* се ни не помиње. Уместо анализе размене обећања, прелази се на оцену могућности постојања имплициране обавезе туженог да својим понашањем не угрожава тужиоачеве напоре. Док је Апелациони суд стао на становиште да се таква обавеза подразумева, Дом лордова ју је одбацио као непримењиву. Након тога, прешло се на питање да ли тужилац има право да захтева накнаду штете. Дом лордова је сматрао да таква могућност не постоји из три разлога. Прво, планирани подухват се тиче продаје непокретности, где је продавац до тренутка закључења уговора у могућности да одустане од саме продаје. У том смислу, не делује прихватљиво установити обавезу продавца према посреднику у продаји пре него што би она настала према могућем купцу. Друго, посредник у продаји непокретности, као и сви други привредни субјекти, послује са одређеним ризиком који прати дату делатност. Како се у конкретном послу ризици свODE на немогућност проналажења потенцијалног купца, односно одустанак продавца од

---

<sup>494</sup> *Luxor (Eastbourne) Limited and Others v Cooper* [1941] AC 108.

даљег поступка продаје, на њих посредник свакако мора рачунати. И треће, посредник је пристао на исплату великодушне паушалне провизије по окончаној продаји, при чему се њен износ није доводио у везу са бројем радних сати или сличних параметара. Лорд Расел<sup>495</sup> је у том смислу посебно истакао како је накнада за посао од десетак дана која одговара годишњој заради лорд-канцелара „вредна сваког ризика”.<sup>496</sup> Конкретно, Атија закључује како је Дом лордова наведену одлуку донео искључиво руковођен осећањем правичности чланова Апелационог комитета. У исто време, да се тако шта желело, применом шаблона *consideration* Дом лордова би веома лако донео одлуку у корист тужиоца.

### 5.2.3. Концепт нагодбе (*bargain*)

Трећа целина Атијиних примедби тиче се одређења енглеског уговора као нагодбе, или трампе (*bargain*), наводећи примере који по његовом мишљењу нису усаглашени са преовлађујућим ставом енглеских правника.

Пре свега, он сматра како се у примерима где *consideration* у односу на примљено обећање има вредност зрна бибера, односно када се ради о пуком задовољењу форме, или такозваном номиналном *consideration*-у, може говорити о размени искључиво у ширем смислу те речи. Тешко се може замислити ситуација у којој би просечни грађанин корелацију престаџија тог типа означио као нагодбу (*bargain*), што је по њему довољан разлог како би се енглеско право по правилу морало руководити захтевима размене у складу са основним значењем тог појма.

Атија потом наводи примере тзв. споредних уговора (*collateral contract*). Споредни уговор настаје када се давалац обећања обавезује у замену за закључење неког другог уговора. Пример ради, трговац аутомобилима у замену за закључење уговора о финансијском лизингу ради прибављања аутомобила, нуди обавезу сервисирања кочица у периоду од једне године. У наведеном примеру Атија види искључиво размену у ужем смислу, међутим никако корелацију *еквивалената*. Сличан однос проналази и у пословима аукцијских кућа, где аукционар нуди обећање продаје у замену за учињену највишу понуду (*bid*). У овом односу не постоји размена ни у најужем смислу те речи. Аукционар нуди обећање продаје одређене ствари у замену за „вредност” простог извикавања броја који представља понуђену цену.

<sup>495</sup> Charles Ritchie Russell, Baron Russell of Killowen, 1908–1986.

<sup>496</sup> Lord Russell – *Luxor (Eastbourne) Limited and Others v Cooper* [1941] AC 108.

Додатна примедба односи се на тврдњу (Атија користи термин: обећање) трговачког заступника о поступању у складу са примљеним овлашћењима. Заступник, тврди Атија, за овакво *обећање* од његовог примаоца стиче само акт закључења уговора. У односу где заступник за своје обећање поступања у складу са примљеним овлашћењем од примаоца тог обећања не прима ништа, до само његову радњу закључења уговора са трећим лицем не може се говорити ни о каквом односу размене. Као пример наводи пресуду Привредног одељења Краљичиног судбеног стола из друге половине XX века<sup>497</sup>, где су трговачки заступници бродарске компаније били одговорни према купцу пошто су у теретницу унели податак о већој количини послате робе од стварног стања. Суд је *consideration* у датом случају пронашао у поуздању купца у податке унете у теретни лист. Сваки покушај да се у овој однос учита постојање нагодбе (*bargain*) је осуђен на пропаст, закључује Атија.

Наредни пример на који указује тиче се правног посла познатог као послуга. Обећање послугопримца да ће ствар њеном власнику након уговореног времена вратити, је према одлуци Краљевог судбеног стола са почетка XIX века<sup>498</sup> утуживо јер је суд ценио како је оно ваљан *consideration* у односу на добровољну предају ствари на употребу. Опет, о никаквој размени се овде не може говорити. Атија у овом примеру признаје да се у конкретном случају не ради о примеру из енглеског уговорног права, као и да бу у случају да послугопримац ствар оштети, био подложен грађанској деликтној одговорности (*tort*). Међутим, шта уколико корисник исту ствар врати касније него што је обећао? Енглеско право не познаје овакав основ накнаде штете (*tort*). Уколико би се тужбени захтев послугодавца базирао на обећању друге стране да ће ствар у одређеном року вратити, није сасвим јасно у чему би суд утврдио ваљани *consideration* руковођен принципом размене.

Наредна група примера се такође односи на правне послове које енглеско право не сврстава у уговоре. Ради се о тзв. обећањима са условом, која су према општем правилу неутужива у одсуству испуњења узвратног *consideration* принципа. Први случај у коме Атија не уочава постојање принципа нагодбе (*bargain*) тиче се спора са почетка тридесетих година XX века<sup>499</sup>. Послодавац (тужени) је обећао тужиоцу да ће му исплативати пензију у висини од двеста фунти годишње под условом да овај не обавља послове за које је на свом радном месту био задужен. Суд је *consideration* оваквог

<sup>497</sup> *V/O Rasnoimport v Guthrie & Co., Ltd.* [1966] 1 Lloyd's Rep. 1.

<sup>498</sup> *Bainbridge v Firmstone* (1838) 8 Ad. & E. 743 (K. B. 1838).

<sup>499</sup> *Wyatt v Kreglinger & Fernau* [1933] 1 KB 793.



обећања пронашао у уздржавању од обављања одређене делатности и усвојио тужбени захтев за исплатом обећане пензије. Следећи пример тиче се спора из 1806. године<sup>500</sup> у коме је суд обећање туженог да ће исплатити продајну цену куће уколико тужилац закључи купопродајни уговор са продавцем ценио као утуживо. Овом случају може се придружити и одређени број одлука у којима је суд за принудно остварива ценио, на пример, обећање преноса права својине на земљишту уколико прималац обећања на истом изгради одређене грађевине или обећање донације школи која се на основу тог обећања обавезала према трећим лицима. У свим овим примерима, сматра Атија, недостаје елемент размене, без обзира какав је формални *consideration* суд у њима утврдио.

Потврдивши и сам да се ради о релативно старим одлукама које се веома лако могу подвести под накнадно уобличене доктрине, као што је *promissory estoppel*, Атија нуди два додатна примера. Први је одлука Апелационог суда из 1961. године<sup>501</sup> у спору између професионалног фудбалера и његовог спортског удружења које је уговорило посебно осигурање у случају повреде са познатом кућом Лојд. Осигурана сума за случај повреде је била 500 фунти, коју је он након повреде ока примио, под условом да се професионално више не бави спортом. Како је након неког времена поново био ангажован од стране одређеног фудбалског клуба, удружење је од спортисте захтевало поврат примљеног износа. Суд је утврдио да је обећање престанка професионалног бављења спортом утуживо, и донело одлуку у корист тужиоца. Други пример је неколико година старија одлука истог суда<sup>502</sup>, у спору између пензионерке и обједињеног јавног предузећа Ливерпула. Ливерпул је свим пензионерима понудио бесплатне аутобуске карте за своје линије, под условом да се одрекну одговорности њиховог јавног предузећа за штету који бу у превозу евентуално претрпели. Гђа Гор, као један од корисника бесплатне карте, приликом укрцавања на аутобус се спотакла и повредила ногу, након чега је поднела тужбу ради накнаде штете. Атија подвлачи да је сасвим немогуће прихватити аргументацију како је њено обећање одрицања од одговорности *consideration* у замену за примљену бесплатну карту. Суд је, на крају, своју одлуку донео на основу законских одредаба о јавном превозу, по којима се одговорност предузећа за јавни превоз грађана не може ограничавати уговорним односом.

Наредни аргумент који Атија износи тиче се проблема захтева даваоца обећања као вида критеријума на основу кога суд дати *consideration* цени као довољан. Наиме,

<sup>500</sup> *Crosbie v M'Doual* (1806) 13 Ves. Jr. 148.

<sup>501</sup> *Alder v Moore* [1961] 2 W.L.R. 426.

<sup>502</sup> *Gore v Van Der Lann* [1967] 2 W.L.R. 358.

проблем се не открива у ситуацијама када захтева има, већ као што је био у чувеној одлуци *Комб*<sup>503</sup>, где је суд услед непостојања мужевљевог јасног истицања захтева бившој жени за неподношење тужбе за законским издржавањем, обећање исплате 100 фунти годишње сматрао за неутуживо. Поставља се питање да ли је постојање захтева одиста једини поуздан критеријум како би се потврдио *consideration*? Зар није довољно да давалац обећања, уместо истицања захтева (*request*) означи (*specify*) какву контрапрестацију жели у замену за обећано?

Конечно, Атија указује на три разлога због којих се уговор као нагодба (*bargain*) не може у целости уклопити ни у односу на правила неприхватљивости везаних за ранији *consideration*. Прво, обећање послодавца у односу на његове раније обавезе су утуживе уколико се могу довести у везу са будућим поступцима запосленог. Пример је наведени спор о исплати годишње пензије у замену за уздржавање од обављања истих послова. Сличан пример се проналази и у одлуци Дома лордова из 1931 године<sup>504</sup>, где је руководилац привредног друштва прихватио да га напусти уз позамашан<sup>505</sup> износ отпремнине. Очигледно је, сматра Атија, како је будуће обећање исплате богате накнаде (*golden handshake*) замена за рад који је већ био извршен у прошлости. Други пример је уговор о јемству, где је *consideration* за обећање јемца обавеза која је претходно већ испуњена према основном дужнику. И као треће, правна ваљаност обећања да се одустане од тужбеног захтева, такође свој основ има у ранијем *consideration*-у. У том смислу Атија наводи одлуку суда у предмету *Хортон*<sup>506</sup>. Странке су током споразумног развода саставиле оверену исправу (*deed*) по којој је муж сваког месеца требао исплатити супрузи на име издржавања 30 фунти умањено за износ припадајућег пореза. Накнадном исправком на полеђини исправе, која није била оверена, супруг се обавезао на исплату 30 фунти, без умањења по основу пореза. Након што је Пореска управа од њега захтевала исплату пореза на извршене исплате, муж је престао са плаћањем. Супруга је поднела тужбу ради исплате. Приговор мужа како за његово накнадно обећање није од ње примио никакав узвратни *consideration*, суд је одбио са образложењем да је околност како се супруга ради уређења односа на начин на који је он био првобитно замишљен није обратила суду, иако је за то имала правну могућност, радња која задовољава услов његове пуноважности.

<sup>503</sup> *Combe v Combe* [1951] 2 KB 215.

<sup>504</sup> *Bell v Lever Brothers Ltd* [1931] UKHL 2.

<sup>505</sup> У конкретном случају, накнада који је одлазећи руководилац примио премашује износ зарада које би примио по основу рада за преостало време трајања уговора.

<sup>506</sup> *Horton v Horton* [1960] 3 WLR 914.

#### 5.2.4. Давалац обећања као полазна тачка

Наредна група питања којима Атија посвећује пажњу тиче се захтева енглеских судова по коме *consideration* мора да потекне или извире од примаоца обећања. У складу са претходно изнетом аргументацијом, он и на овом месту истиче како је у претежном броју случајева дати критеријум доиста испуњен, али да се у одређеним одлукама могу пронаћи примери када је одлука суда у односу на наведено мерило упитна.

Пре свега, наилазимо на околност да се захтев полазне тачке узвратне престације (*consideration*) у одређеном броју прецедената првенствено доводи у везу са принципом *inter partes*, односно *privity* како се он означава у енглеском праву, а не самом доктрином *consideration*. У предмету *Твидл*<sup>507</sup>, будући свекар и таст су се писмено узајамно обавезали да ће младожењи након закључења брака исплатити 100, односно 200 фунти. Како је таст преминуо пре него што је испунио обећање, младожења је поднео тужбу ради исплате 200 фунти против његове заоставштине. Суд је утврдио како тужилац није активно легитимисан пошто није уговорна страна (захтев *inter partes*). Околност да су се стране сагласиле о поступању у његову корист суд није сматрао од посебног значаја, с обзиром на то да *consideration* није потекао од њега као примаоца обећане користи. Пола века касније, у два готово узастопна случаја, суд је безмало отворено игнорисао наведено правило. У предмету *Дарак*<sup>508</sup> суд није применио правило о примаоцу обећања као исходишту противчинидбе (*consideration*) из прецедента *Твидл*, са образложењем да у основном случају тужилац није био уговорна страна, што сада јесте. У случају *Хирачанд*<sup>509</sup> Апелациони суд је такође одлучио да не примени правило полазне тачке у ситуацији када је отац исплатио део синовљеве новчане обавезе у замену за отпис дуга у целости.

Случај који енглески правници означавају као наредни ауторитет у односу на захтев полазне тачке је прецедент *Данлон*<sup>510</sup> из априла 1915. године, међутим као што је то случај и са предметом *Твидл*, судови и ову одлуку пре свега доводе у везу са *inter partes* дејством уговора, а не првенствено са доктрином *consideration*. Дом лордова је у неколико својих одлука донетих током шездесетих година XX века<sup>511</sup> чини се у целости игнорисао захтев за исходиштем *consideration* на страни примаоца обећања, већ се искључиво бавио *privity* доктрином енглеског уговора.

<sup>507</sup> *Tweddle v Atkinson* [1861] EWHC J57 (QB).

<sup>508</sup> *West Yorkshire Darracq Ltd. v Coleridge* [1911] 2 KB 326.

<sup>509</sup> *Hirachand Punamchand v Temple* [1911] 2 KB 330.

<sup>510</sup> *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v Selfridge & Co Ltd* [1915] UKHL 1.

<sup>511</sup> *Scruttons Ltd v Midland Silicones Ltd* [1961] UKHL 4; *Beswick v Beswick* [1967] UKHL 2.

Атија сматра како је сасвим логично замислити ситуацију у којој *consideration* не потиче од примаоца обећања. Примера ради, обећање исплате 100 фунти особи  $\beta$ , под условом да особа  $\Omega$  изврши одређену радњу у корист даваоца обећања се мора сматрати за утуживо, без обзира што прималац обећања ( $\beta$ ) у замену за исто не даје ништа што „потиче од њега” директно, већ од пружаоца захтеване услуге ( $\Omega$ ). Као аргумент у прилог оваквог закључка Атија наводи одлуку Високог суда Аустралије у предмету *Коулс*<sup>512</sup> где је суд готово једногласно закључио да би у случају да је била сапријемник обећања, удовица била у могућности да потражује исплату накнаде за употребу земљишта, без обзира што *consideration* није потекао од ње лично.

Атија на крају закључује како су енглески судови прецедент *Данлон*, у ствари, примењивали не као правило о примаоцу обећања као полазној тачки узвратне уговорне радње, већ у светлу доктрине *inter partes* дејства уговора. Међутим, у великом броју случајева код којих се одлука заснива на наведеном прецеденту, у ствари, суд даје правну заштиту оном односу давалац-прималац обећања, код кога је до конкретне или стварне користи за даваоца обећања дошло не радњом примаоца обећања, већ треће особе. Како се у свим тим случајевима ради о обећањима која се морају сматрати за утужива, овај сегмент доктрине *consideration* је неопходно, по мишљењу Атије, коначно напустити.

#### 5.2.5. Утуживост добротних обећања

Последња целина у којој Атија препознаје разлоге у прилог постојања потребе за реформом доктрине *consideration*, тичу се суштинске природе енглеског уговора – његове обавезне теретности. Добротина обећања не уживају правну заштиту енглеских судова и она су, у ствари, измештена из сфере уговора. Одступања од овог принципа он проналази у ситуацији када дође до сусрета два посебна правна института: *promissory estoppel* и унилатерални уговор. Након што излиста девет варијетета интеракција између даваоца и примаоца обећања, базираних на градацији могућих начина дефинисања узвратне престације са једне и њене изведбе са друге стране, Атија закључује како је линија раздвајања између ове две правне установе недовољно прецизна. Та околност, сматра он, дозвољава да се под плаштом института *promissory estoppel*, у ствари, омогући принудно остварење добротиног унилатералног уговора.

<sup>512</sup> *Coulls v Bagot's Executor & Trustee Co Ltd* (1967) 119 CLR 460.

Могући начини артикулације узвратне радње код унилатералних уговора се за Атију крећу од оних које давалац обећања јасно изражава речима (захтев, изјава, опис), преко оних које могу бити конклюдентно уочене (намера даваоца обећања се „чита” као она радња која би се од примаоца обећања могла разумно, природно очекивати), до оних које нису уопште намераване. Оквир потенцијалног сусрета института *promissory estoppel* и унилатералног уговора он прво открива код две граничне ситуације. У оба случаја давалац обећања другој страни не саопштава очекивану узвратну радњу. У ситуацији број један она се апстрахује као радња која би се у конкретним околностима могла разборито или рационално очекивати, док је у другом случају то радња која је природни и предвидљиви исход примљеног обећања.

Након овако постављеног контекста, Атија, наговештава свој стварни циљ: критику образложења одлуке суда у предмету *Комб*<sup>513</sup>. Најкраће речено, цео одељак расправе посвећен питању утуживости добротних обећања је, у ствари, његова полемика са аргументацијом пресуде *Комб*. Управо у њој, он види пример инхерентне грешке доктрине *consideration* и јасан доказ потребе за њеним редефинисањем. Иако се слаже са крајњим исходом спора, уважавајући у оно време актуелну друштвену потребу раскида са праксом аутоматског обавезивања мужа на новчано издржавање бивше супруге у ситуацији када је њено имовно стање кудикамо боље од мужевљевог, прагматизам суда у примени доктрине *consideration* у конкретном случају доживљава као недопустив. Како је то већ раније наведено, суд је у случају *Комб* мужевљево писмено обећање исплате износа од 100 фунти годишње на име издржавања бивше супруге сматрао за неутуживо пошто она за исто није обезбедила узвратни *consideration*. Околност да је гђа Комб у замену за примљено обећање у даљем току бракоразводне парнице намерно пропустила да истакне посебан захтев за новчаним издржавањем суд није прихватио као правно релевантан, како тај њен поступак г. Комб ни у једном тренутку од ње није затражио. Одлука *Комб* се тако базира на првом од три мерила за правно прихватљиви *consideration*, односно на околности да он мора да одговара ономе што понудилац захтева у замену за своје обећање.

Атија примећује да код великог броја судских одлука, одсуство јасног захтева даваоца обећања не чини да конкретни *consideration* и заиста постане правно неприхватљив. Као пример наводи пресуду Краљичиног судбеног стола из 1965. године<sup>514</sup>. У

<sup>513</sup> *Combe v Combe* [1951] 2 KB 215.

<sup>514</sup> *Wells v Buckland Sand* [1965] 2 QB 170.

конкретном случају, судија Дејвис<sup>515</sup> доноси одлуку у корист тужиоца који је специфичну врсту песка за потребе хортикултуре купио од трећег лица, а за који му је тужени, од кога сада тражи накнаду штете, претходно дао потврду потребног квалитета (*collateral warranty*). Суд је закључио како је и само обећање квалитета производа утуживо, без обзира што приликом пријема потврде о квалитету песка (обећање), тужилац и тужени нису закључили уговор о продаји, већ се то догодило накнадно, у посебном уговорном односу тужиоца и трећег лица.

Као још један пример односа института *promissory estoppel* и унилатералног уговора, поред две наведене граничне ситуације, Атија наводи и могућност да чак и када понудилац прецизира жељени *consideration*, прималац обећања на име испуњења уговорне обавезе може да предузме и неку другу радњу која је неопходна како би се намеравана радња испунила, али да ипак не учини оно што је од њега понудом захтевано. Преклапања свих наведених нијанси он открива у пресуди *Холер*<sup>516</sup> донетој почетком XX века. Гђа Естон је обећала свом рођаку Холеру да ће у Лондону купити посебну кућу за потребе становања своје нећаке и њеног супруга, брачног пара Роло. Ролови су се убрзо потом одрекли свог права коришћења сеоске куће и преселили се у Лондон. Међутим, како је гђа Естон преминула пре него што је куповина непокретности комплетирана, г. Холер је поднео тужбу против заоставштине своје рођаке како би се обећање куповине куће принудно спровело (*specific performance*). Судија Саргант<sup>517</sup> доноси одлуку у корист тужиоца, иако у образложењу саме пресуде наводи како постоји могућност да обећање гђе Естон није утуживо уколико се брачни пар Роло није одрекао свог права коришћења сеоског имања на њен изричит захтев (узвратни *consideration*). Међутим, према његовом мишљењу, у конкретном случају одбијање тужбеног захтева би довело до несагледивих невоља за брачни пар Роло. Судија Саргант својим јасним упућивањем на овако изнијансирану одсечност доктрине *consideration*, у ствари, истиче како је у конкретном случају та линија раздвајања између „да” и „не” толико танка, да је у исто време и неразумна. Наиме, одлука суда у случају *Холер* би се морала свести на само једно питање: да ли расположиви докази говоре у прилог закључка да је гђа Естон макар једном речју затражила од брачног пара Роло да се одрекну свог права коришћења сеоског имања и преселе се у Лондон. Сва је прилика да је доказивање такве чињенице у равни немогућег.

<sup>515</sup> Herbert Edmund Edmund-Davies, Baron Edmund-Davies of Aberpennar, 1906–1992.

<sup>516</sup> *Hohler v Aston* [1920] 2 Ch 420.

<sup>517</sup> Sir Charles Henry Sargant, 1856–1942.

Када је 1947. године лорд Денинг изнео своје мишљење у *obiter* делу пресуде *Сентрал Лондон Траст*,<sup>518</sup> претежни део правничке јавности уочио је да се ради о оштром отклону од класичног промишљања енглеског уговора као облика нагодбе (*bargain*). Вероватно из тог разлога, сматра Атија, лорд Денинг се свега неколико година касније у предмету *Комб* свесно вратио корак уназад, у намери да потврди крутост доктрине *consideration*. У првостепеном поступку, суд је руковођен одлуком *Сентрал Лондон Траст* донео одлуку у корист гђе Комб, међутим Апелациони суд доноси познату одлуку у корист мужа. Чини се да су сви чланови другостепеног судског већа били на становишту да је таква одлука пре свега правична. И управо у тој околности Атија открива смисао одлуке *Комб*, одбацујући званични став енглеских правника по коме је она успоставила правило по коме се институт *promissory estoppel* ограничава само на вид заштите примаоца обећања, а не и његову могућност да захтева принудно испуњење примљеног обећања („штит, а не мач”). Према његовом мишљењу, сви наведени примери говоре у прилог закључку да је доктрина *consideration* каучук норма чији се стварни смисао огледа у захтеву *правичног*. Она, пре свега, омогућава суду да руковођен оним што је у датим околностима „поштено” усваја или одбија тужбене захтеве у сфери уговорног права, без посебне потребе да образлаже своју крајњу одлуку.

У прилог овој тврдњи Атија наводи неколико примера. Први је одлука некадашњег Апелационог канцеларевог суда из 1862. године, у предмету *Делвин*<sup>519</sup>. Отац је саставио приватну белешку којом је одређени земљишни посед оставио у наследство свом млађем сину. Како наведена исправа није била прописно оверена (*deed*), на основу ње није могло доћи до преноса права својине на непокретности. Млађи син је уз очево одобрење отпочео изградњу своје породичне куће на датом земљишту, међутим до преноса права својине није дошло за очеве живота. Старији син је након очеве смрти оспоравао право свог млађег брата на дато земљиште, те је млађи син поднео тужбу против очеве заоставштине захтевајући пренос права својине на земљишту. Првостепени суд је одбио овакав захтев, руковођен принципом да је за пренос права својине неопходна посебно оверена исправа (*deed*), уз образложење да млађи син на датој парцели може стећи право доживотног плодоживања (*life interest*). Међутим, Апелациони суд је закључио да је млађи син примио непотпун поклон (*incomplete gift*) на основу кога може доћи до преноса права својине на датој парцели. Атија посебно наглашава како отац ни у једном тренутку није захтевао од

<sup>518</sup> *Central London Property Trust v High Trees House Limited* [1947] KB 130.

<sup>519</sup> *Dillwyn v Llewelyn* [1862] EWHC Ch J67.

млађег сина да овај отпочне изградњу на препуштеном му земљишту. Суд је ипак овакво обећање сматрао за утуживо.<sup>520</sup>

Други пример је одлука Дома лордова из 1854. године у предмету *Џордан*<sup>521</sup>. Тужилац је на основу дуга предао повериоцу обвезницу на износ од 1.200 фунти, која је као део наследства припала туженој. Пошто је намеравао да ступи у брак, у жељи да уреди своје дужничко-поверилачке односе, тужилац се обратио повериочевој наследници која је њему и већини заједничких пријатеља и познаника обећала како обвезницу неће никада наплатити. Ослонивши се на ову изјаву, тужилац се оженио. Након неког времена и тужена је ступила у брак и убрзо након тога презентовала обвезницу на наплату. Тужилац се обратио суду са захтевом да утврди како је потраживање отписано, те да је његова обавеза по основу обвезнице угашена. Првостепени суд је донео одлуку у корист тужиоца, на коју је тужена уложила жалбу. Дом лордова је одбио тужбени захтев са образложењем да се *estoppel*<sup>522</sup> може применити само у случају поуздања на указане чињенице, а не и на изјаве о ономе што друга страна намерава, односно не намерава предузети.

Атија овде поставља питање: уколико је *estoppel* ограничен на чињенице, а не и на намере, на који начин је суд омогућио да се странка применом истог принципа (*estoppel*) ослони на обећање (*promissory estoppel*), које је у бити ништа више но изјава о личним намерама. Енглеска правна мисао нуди неколико одговора: да је *promissory estoppel* институт настао у оквиру *equity* корпуса права, што му омогућава да буде другачији у односу на *common law*, да прецедент *Џордан* не формира апсолутно *estoppel* правило, већ један његов део, да наследница обвезнице није имала озбиљну намеру да се правно обавезе својим изјавама о отпусту дуга, па чак и оних који сматрају да је суд у предмету *Џордан* погрешно.

Једино могуће објашњење дате дилеме Атија види пре свега у чињеници да је однос тужиоца и тужене пре свега уговорни, и да веома јасно задовољава захтев *consideration*, односно да је обећање гашења новчане обавезе доведен у везу са ступањем у брак дужника (касније тужиоца). Једини проблем који би тужиоцу овакав приступ проузроковао, иако је правно најподеснији, огледа се у чињеници да је према тада још увек важећим одредбама древног Закона о преварама (*Statute of Frauds*) из 1766. године, сваки уговор

<sup>520</sup> Прецедент *Делвин* сматра се одлуком којом је успостављен правни институт *proprietary estoppel*.

<sup>521</sup> *Jorden v Money* [1854] UKHL J50.

<sup>522</sup> Тужилац је свој захтев засновао на *equity* институту *estoppel by representation*, по коме се свакоме може онемогућити поступање супротно чињеницама како их је сама особа представила, под условом да се друго лице поуздао у наводе о чињеницама.



који се односио на закључење брака морао бити сачињен у писменој форми. Адвокат тужиоца се, очигледно, знајући за овај недостатак, намерно окреће ка доктрини *estoppel*. Дом лордова свестан несагледивих последица до којих би могућност изигравања јасне законске одредбе путем института *estoppel* могла довести, с обзиром на то да тада још увек није постојало правило о „штиту и мачу”, намерно га ограничава на изјаву о чињеницама, а не и намерама.

Цитиране судске одлуке за Атију представљају јасан показатељ да је у одлуци *Комб* суд институту *estoppel* наметнуо услов постојања захтева даваоца обећања, иако га као таквог не проналазимо у претходним одлукама. Примера ради, у пресуди *Џордан*, суд није онемогућио примену института *estoppel* због тога што тужена ни у једном тренутку није у замену за отпуштање дуга истакла захтев његовог ступања у брак, иако је суд управо трагао за разлозима да одбије тужбени захтев. Из овога Атија закључује да су судови до одлуке *Комб* доктрину *consideration* доводили у везу са исходом који би се могао сматрати за поштени исход спора неvezано за постојање исказаног захтева даваоца обећања. Са друге стране, прецедент *Комб* је у сличној намери фиксирао сасвим ново ограничење древне доктрине *estoppel*, апстрахујући је као „штит, а не мач”, које је у међувремену у тој мери добило на снази да су судови сада већ немоћни да учине много по овом питању.

#### 5.2.6. Предлог реформе

На крају своје расправе, Атија нуди неколико предлога реформе доктрине *consideration*. Пре свега он истиче да је њен значај у уговорном праву веома велик и да се никако не може озбиљно говорити о њеном укидању. Одиста, судови не смеју дозволити утуживост свих обећања, и због тога је неопходно створити јасне механизме којим погодбама ће право пружити заштиту, а којима не. Овај задатак се, према Атији, може остварити на тај начин што ће се суд првенствено концентрисати на технички услов утврђивања постојања јасне намере уговорних страна за стварањем правног односа. Захтев овог типа мора опстати на нивоу техничког критеријума, јер би стварање нове доктрине, каква је тренутни *consideration* могла довести до идентичних проблема због којих је реформа неопходна.

Услов постојања јасне намере за формирањем правног односа између уговорних страна захтева додатне критеријуме када се ради о добротним уговорима, које би енглеско право морало коначно прихватити као реалност. У овим ситуацијама, мерило *намере*

се мора допунити захтевом рационалности, смислености. Као пример Атија наводи добротине уговоре у привреди, који само на први поглед одају утисак бесплатности, док су, у ствари, стварне нагодбе где обе уговорне стране имају јасан и рационално оправдани интерес закључења таквог уговора.

Такође, добротина обећања (*gratuitous promises*) представљају у то мери широк појам, да их је у циљу примене неопходно додатно категорисати, с обзиром да су то односи који у многоме зависе од контекста у коме су настали. Тако је, примера ради, према његовом мишљењу могуће прихватити утуживост добротиних обећања само против онога ко је обећање дао, а не и против његових наследника. Такође, очево обећање да ће новчано подржавати сина има своје правно оправдање уколико се син налази на студијама, међутим тешко је замислити оправданост утуживости истог обећања у случају да је син склон доколици и да намерно избегава ступање у радни однос. Као могуће решење би се у сличним ситуацијама даваоцу добротиног обећања морала пружити могућност личне грешке, или права опозива добротиног обећања које би било временски ограничено. Коначно, чини се да се не могу исти аршини примењивати на сва добротина давања: обећање донације добротворној установи односно члану породице не делују као изјаве које би требале имати истоветне правне последице.

Укратко, закључује Атија, неопходно је редефинисати јасне разлоге (*consideration*) због којих је оправдано пружити правну заштиту у виду принудног испуњења датог обећања, као и круг обећања за које је таква заштита оправдана.

### 5.3. Реакција правничке јавности

Критика доктрине *consideration* академика Атије је у оквиру овог рада морала бити представљена онолико исцрпно колико је то у датом формату могуће, с обзиром на то да се ради о најсвеобухватнијем и најобимнијем подухвату ове врсте сачињеном од стране неког енглеског правника. Након неколико почетних, претежно умерених реакција, први значајнији одговор на његове наводе, а према мерилима седамдесетих година прошлог века вероватно и онај најоштрији, понудио је Трејтел у чланку објављеном 1976. године.

Тако је, примера ради, Трејтел *inter alia* закључио како је Атија у својој анализи начинио невиђени пропуст (*striking omission*) превидевши принцип по коме судови по правилу не испитују да ли је одређени *consideration* адекватан у датом уговорном

односу<sup>523</sup>, док је његову анализу разлога утуживости билатералних уговора са будућим престацијама описао као све само не убедљиву (*far from conclusive*)<sup>524</sup>. Коначна оцена професора Трејтела у односу на предлоге које Атија износи у својој полемици је да они неће допринети било каквом значајнијем унапређењу доктрине *consideration* у односу на тренутну ситуацију<sup>525</sup>.

Интересантно је приметити да је исте те 1976. године, Атија ушао у још један оштар сукоб са адвокатом Питером Милетом<sup>526</sup>, касније једним од правних лордова Горњег дома британског парламента, везано за спор<sup>527</sup> у коме је Милет представљао једну од странака. Према писању Атије, одлука суда да усвоји тужбени захтев руковођен стандардима *equity* корпуса права је симптоматична за „невиђени концептуални глиб у које енглеско уговорно право све више пропада, у великој мери захваљујући застарелим идејама о смислу и суштини доктрине *consideration*”<sup>528</sup>, поентирајући како је тужилац сасвим извесно могао да се ослони на одредбе уговорног права, без потребе да се позива на *equity*. Милет је у свом одговору Атијино запажање окарактерисао као „интересантно, ако не неумерено” (*interesting, if intemperate*)<sup>529</sup>, указујући како је његова критика одлуке промашена (*misplaced*)<sup>530</sup>, имајући на уму да је тужилац свој захтев првобитно засновао на уговорном праву, да би тек касније одустао од тог основа, суочивши се са неотклоњивим препрекама таквог приступа.

Већ се из наведених примера даје закључити како би у оквиру енглеске правне заједнице и сама помисао на значајније захвате у односу на доктрину *consideration*, сасвим извесно, поред академске сталожености, наишла и на жустре мисионаре њене неупитности. Један од ретких заговорника укидања доктрине *consideration* био је лорд Рајт<sup>531</sup>, дугогодишњи судија и члан Апелационог комитета Дома лордова.<sup>532</sup> Уосталом, у прилог таквој тврдњи говори и релативно хладан пријем на који је наишао Извештај Комитета за ревизију права из 1937. године. Међутим, мора се признати да се, паралелно са

<sup>523</sup> Treitel, G. H., 1976, p. 439.

<sup>524</sup> *Ibid*, p. 442.

<sup>525</sup> „Professor Atiyah’s suggested Restatement will not lead to any significant improvements in the current position.” – *Ibid*, p. 449.

<sup>526</sup> Peter Julian Millett, 1932.

<sup>527</sup> *Crabb v Arun District Council* [1976] Ch 179 (CA).

<sup>528</sup> „[E]xtraordinary conceptual morass into which English contract law is falling, largely because of outmoded ideas about the purpose and nature of the doctrine of consideration.” – Atiyah, P., 1976, When is an enforceable agreement not a contract? Answer: when it is an Equity, *Law Quarterly Review*, Vol. 92, No. 1, p. 174.

<sup>529</sup> Millett, P., 1976, *Crab v Arun District Council*—a Riposte, *Law Quarterly Review*, Vol. 92 No. 2, p. 342.

<sup>530</sup> *Ibid*, p. 343.

<sup>531</sup> Robert Alderson Wright, Baron Wright, 1869–1964.

<sup>532</sup> Wright, R., 1936, Ought the Doctrine of Consideration to be Abolished from the Common Law?, *Harvard Law Review*, vol. 49, no. 8 pp. 1225–1253.

гласним захтевима очувања доктрине *consideration*, о све јаснијој потреби њеног редесфинисања у енглеским правним круговима већ дуже времена отворено разговара.<sup>533</sup> Такође, постоје и заговорници Атијиних предлога, који у њима виде његов напор да се *consideration* врати свом основном задатку, који је формирањем великог броја крутих правила (које судови очигледно не примењују доследно) изгубио своју основну сврху: указивање на разлог могућности принудног остварења уговорног обећања.<sup>534</sup>

У том смислу и сам Трејтел након почетног запажања да су примедбе Комитета из 1937. године у великој мери решене накнадним изменама уговорног права које је понудила законодавна власт, те да су у том смислу савремени захтеви за реформом доктрине *consideration* неспорно другачији од онога какви су могли бити пред почетак Другог светског рата, признаје постојање неколико спорних ситуација. Према његовом мишљењу, данас се доктрина *consideration* суочава са два основна питања: прво, треба ли право и даље да пружа заштиту понудиоцу у случају добротних обећања; и друго, у којој мери треба заштитити примаоца обећања у ситуацијама када се поуздао у примљено обећање за које није пружен узвратни *consideration*? Према његовом мишљењу на друго питање је енглеско право већ понудило одговор кроз институт *promissory estoppel*. Међутим, коначни Трејтелов закључак је да је корист коју доктрина *consideration* нуди у ситуацији непромишљених добротних обећања околност на коју се мора обратити посебна пажња у намерама да се она редесфинише.<sup>535</sup>

О’Саливен и Хилард, након указивања на Атијина запажања, као и ставове професора Фрајда<sup>536</sup> који и поред јасног залагања за очување концепта уговора као нагодбе (*bargain*), доктрину *consideration* доживљава као инхерентно противречну и произвољну у примени<sup>537</sup>, постављају своје контрапитање: „Да ли је практична примена захтева *consideration* одиста у тој мери упитна као што то изнете критике сугеришу?”<sup>538</sup> Према њиховом мишљењу, уколико би се *consideration* и изместио из енглеског уговора, нашли бисмо се пред проблемом за који се сасвим извесно може рећи да би био много већи, а

---

<sup>533</sup> Први значајнији покушај укидања доктрине *consideration* учинио је лорд Мансфелд (William Murray, 1st Earl of Mansfield, 1705-1793), у пресуди донетој 1765. године. Према његовом мишљењу, *consideration* је пре свега доказ постојања уговора, а не његов витални део. Дом лордова је у пресуди из 1778. године оштро одбацио ово становиште.

<sup>534</sup> Stone, R., 2009, p. 153.

<sup>535</sup> Treitel, G., 2015, p. 519 (3-175).

<sup>536</sup> Charles Anthony Fried, 1935.

<sup>537</sup> Fried, C., 2015, *Contract as Promise*, New York, Oxford University Press USA, p. 142.

<sup>538</sup> O’Sullivan, J., Hilliard, J., 2016, p. 127.

то је који алтернативни филтер би судови примењивали у оцени којим обећањима право мора пружити заштиту, а којима не? У том смислу они нуде три могуће варијанта.

Прва могућност је форма. Примера ради, обећања која су дата у писаном облику би могла бити утужива. Наравно и више је него очигледно да би у условима савременог пословања таква регулатива била погубна. Друга варијанта, као прилично смисленија, био би захтев утврђивања намере формирања правног односа. Овакав филтер би свакако био флексибилнији од онога који нуди доктрина *consideration*, међутим према њиховом мишљењу флексибилност је синоним за произвољност и арбитрарност у одлучивању. Наравно, намера би се могла доказивати у складу са унапред дефинисаним мерилима. Опет, не бисмо ли се тако само вратили на почетне позиције које данас већ имамо у оквиру доктрине *consideration*? И коначно, трећа варијанта би могла бити тест поуздања понуђеног у примљено обећање као услов његове утуживости. Чини се да би у случају спора доказивање овако субјективног параметра (поуздање у обећано) довело до много веће неправде од онога што нуди тренутна регулатива.<sup>539</sup>

Стиче се утисак да је заједничка оцена заговорника доктрине *consideration* како су изнете критике пре свега ситничаве и да се базирају на бизарностима до којих је дошло у конкретним парницама (попут вредности зрна бибера), при чему се губе из вида значајне предности које сама доктрина пружа у погледу сигурности и јасних контура енглеског уговора. Одиста, критика професора Атије је пре свега усмерена на конкретне одлуке енглеских судова са којима се очигледно не слаже, било у делу образложења или по питању саме одлуке. Међутим, оваквог сучељавања може бити у било ком правном систему и у односу на ма који институт права. Атија на неколико места и сам признаје како суд конкретан спор и није тумачио у контексту доктрине *consideration*.<sup>540</sup> Мишљења смо како загледаност у појединачни спор неретко може довести до тога да се превиди суштина, јер се ниједна доктрина не може сагледавати само из угла њених недостатака. Такав приступ је у супротности са основним постулатима херменаутике. Примера ради, правописно правило о обавезном одвојеном писању одричне речце *не* од глаголских облика уз које стоји није ни најмање окрњено услед постојања изузетака *нећу*, *немам*, *нисам* и *немој*. Коначно, и сам Атија признаје како ће инсистирања на догматизму у пракси постојати све док буде права и правника.<sup>541</sup>

<sup>539</sup> O'Sullivan, J., Hilliard, J., 2016, p. 128.

<sup>540</sup> Atiyah, P., 2001, pp. 204; 219–220.

<sup>541</sup> *Ibid*, p. 217.

**ГЛАВА 3**  
***CONSIDERATION* ИЗ УГЛА КОНТИНЕНТАЛНОГ**  
**УГОВОРНОГ ПРАВА**

## 1. ПОЛАЗНЕ ОСНОВЕ ИСТРАЖИВАЊА

У даљем излагању ћемо приказати додирне тачке доктрине *consideration* са паралелним установама европско-континенталног уговорног права и, што је чини се много битније, на јасне равни одступања које се међу њима откривају.

Свака компаративност мора да почива на прихватању постојања два пола, два угла посматрања идентитета који се анализира. Прва димензија је сагледавање изнутра, док је други угао сагледавања онај спољни, садржан у ономе како се дати идентитет перципира извана. Дакле, сваки идентитет је расцепљен или подељен на две димензије које Пол Рикер<sup>542</sup> означава латинским појмовима *ipse* и *idem*,<sup>543</sup> на повратно одређење самога себе са једне, и оно по чему је нешто могуће идентификовати извана са друге стране. Донекле сличну мисао проналазимо код грчког судије Какориса<sup>544</sup> који сматра како правници у намери да што боље разумеју право, морају сазнати које је правило нормотворац успоставио, али и разумети због чега је конкретно правило одабрано.<sup>545</sup> Није ли још историчар Бродел<sup>546</sup> приметио како је историја најсличнија вишегласној композицији? Да бисмо је разумели на прави начин, написао је, неопходно је узети у обзир целину, а не само неки од гласова.<sup>547</sup> Задатку упоредноправне анализе у овом раду приступа се на начин да се одабрани предмет поређења истовремено чита као *субјект* (ко?) и као *објект* (шта је

---

<sup>542</sup> Jean Paul Ricœur, 1913–2005.

<sup>543</sup> Рикер, П., 2004, *Сопство као други*, Београд, Службени листу СЦГ / Јасен, стр. 9.

<sup>544</sup> Constantinos Kakouris, 1919–2000.

<sup>545</sup> Kakouris, C., 1994, Use of the Comparative Method by the Court of Justice of the European Communities, *Pace International Law Review*, Vol. 6, Iss. 2, p. 267.

<sup>546</sup> Fernand Braudel, 1902–1985.

<sup>547</sup> Braudel, F., 1958, „Histoire et Sciences sociales : La longue durée”, *Annales. Economies, sociétés, civilisations*, 13e année, N. 4, pp. 725–753.

то?). Предмет поређења се овако, у ствари, непрестано доводи у питање, што је битан предуслов сваког научног сагледавања.

Системи знања који изучавају универзалне феномене не могу себи дозволити да буду омеђени државним или националним границама. Као што, према речима Цвајгерта и Кеца, не постоји немачка физика, британска микробиологија или канадска геологија,<sup>548</sup> на сличан начин се може рећи како не могу постојати ни француска, енглеска, јапанска, или српска наука о уговорима. Та наука мора бар донекле бити само једна, универзална. Ипак, руковођени племенским нарцизмима, европски правници су се још од краја XVIII века, нарочито након доношења великих националних кодификација, неретко задовољавали изучавањем искључиво домаћих правних института, формирајући системе правничких сазнања нахијског карактера.

Фон Мерен<sup>549</sup> на почетку своје компаративне анализе енглеске доктрине *consideration* у односу на европско-континентална права, објављене 1959. године, истиче како упоредноправна анализа на задату тему у доктриналном смислу „не долази у обзир” (*out of question*), с обзиром на постојање непремостивих суштинских разлика. Тежиште компарације се мора усмерити, сматра он, на преглед функционалних проблема за која доктрина *consideration* нуди решења у оквиру правног система у коме је настала. Анализа се тако мора оријентисати на начине на које је европско-континентална породица права уредила своје одговоре на истоветне друштвене изазове, као и на резултате до којих се на тај начин у обе породице права дошло.<sup>550</sup>

У складу са наведеним, полазна тачка овог упоредноправног изучавања енглеске доктрине *consideration* се не налази у енглеском праву као таквом, већ у простору наднационалног, метаправног, у друштвеним вредностима које она претендује да садржи у себи. Прецизније: исходиште овог изучавања крије се у уочавању „здатка” повереног институту *consideration*, његове универзалне, метаправне димензије. Након тога ће се анализирати нормативно остварење те и такве основе у енглеском и одабраним европско-континенталним правима, као и њихов узајамни однос. Ова двострука перспектива изучавања ће несумњиво, речима Гиљема<sup>551</sup>, „откривати напетости између локалног и

<sup>548</sup> Zweigert, K., Kötz, H., 1998, *Introduction to Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, p. 15.

<sup>549</sup> Arthur Taylor von Mehren, 1922–2006.

<sup>550</sup> Mehren, A., 1959, *Civil-Law Analogues to Consideration: An Exercise in Comparative Analysis*, *Harvard Law Review*, Vol. 72, No. 6, p. 1010.

<sup>551</sup> Claudio Guillén, 1924–2007.



универзалног, посебног и општег”<sup>552</sup>, несвесно се приближавајући једном или другом од ових полова уз истовремено удаљавање од оног алтернативног. Хуманистички идеали енглеског уговорног права институту *consideration* поверавају јасан метаправни задатак, чије ћемо обресе покушати да откријемо у аналогним установама континенталних националних и наднационалних права.

Предмет овог истраживања је *consideration* енглеског уговора, који се посматра из перспективе европско-континенталних права. У том смислу је од посебног значаја истаћи како ће рад у својој анализи свести на установу уговора у оквирима који јој поставља енглеско право, и само у том оквиру испитивати доктрину *consideration*, не узимајући у обзир начине на који се уговор разуме у европско-континенталној породици права. Дакле, *consideration* ће се доводити у везу са сличним институтима синалагматичких уговора европско-континенталне породице права, без обзира на околност да та права познају и друге врсте уговора (доброчини). Примера ради, немачки Грађански законик у оквиру целине која уређује облигационе односе настале на основу уговора садржи и посебан одељак (§§ 320-327) у коме регулише питања везана за „ужи” појам узајамног уговора (*Gegenseitiger Vertrag*). Члан 1467 италијанског Грађанског законика посебно уређује питања својствена „уговору са узвратном престацијом” (*Contratto con prestazioni corrispettive*). Детаљна анализа *фрагмента* несумњиво доводи до јаснијег тумачење *ширег појма*, односно његовог бољег разумевања, чиме се заузврат наилази на нове димензије самог фрагмента.

У складу са одабраном методологијом упоредноправне анализе – функционални приступ – од посебног значаја за ово истраживање је сагледавање задатка који енглеско право поставило пред институт *consideration*, односно уочавање његове метаправне друштвене сврхе. У складу са досадашњим излагањима, очигледно је да је основни задатак института *consideration* диференцирање оних сагласности воља (*agreement*) којима енглеско право мора пружити судску заштиту (утуживост – *enforceability*), од оних које апарат државне принуде не треба да штити. Јовановић примећује како ни у једној земљи не уживају правну заштиту сви споразуми, односно сва обећања. Тако је, према његовом закључку, правни појам уговора ужи од социолошког, јер право пружа заштиту само споразумима који испуњавају правне услове за уговор.<sup>553</sup>

<sup>552</sup> Guillén, C., 1993 *The Challenge of Comparative Literature*, Cambridge, Massachusetts (USA) and London (UK), Harvard University Press, p. 5.

<sup>553</sup> Јовановић, Н., 2008, Појам уговора у англосаксонском праву, *Анали*, 1, стр. 64.

Важно је нагласити да недостаци једног броја других елемената уговора – попут форме, мане воље, одсуства правне способности уговарача, очигледне несразмере – могу довести до одсуства његовог правног дејства. Како је сваки од њих могуће накнадном конвалидацијом „надоместити”, очигледно је да се код ових елемената не ради о суштинском недостатку сагласности воља. *Consideration* са друге стране чини онај суштински састојак уговора чије се одсуство не може релативизовати и који исти по аутоматизму оставља без правног дејства, односно уговорно обећање измешта из сфере правних послова којима државни апарат принуде пружа своју заштиту. Упоредноправна анализа ће се бавити оним институтима уговора европско-континенталне породице права који испуњавају овај уско повезан метаправни, друштвени задатак.

Како би се избегло евентуално убризгавање *личног у објективно дато*, у току истраживања ће од нарочитог значаја, поред указивања на подударности или комплементарности одређених института уговора европско-континенталних права, бити и проналажење одговора на питање због чега конкретни правни системи не нуде своја решења за одређене аспекте доктрине *consideration* или их нуде на неки други начин. У каталог релевантних установа уговора европско-континенталне породице права у односу на енглески *consideration*, пре свих, улазе основ уговорне обавезе (*causa*) и њен предмет (*do, dare, facere, non facere*).

Компаративна анализа енглеске доктрине *consideration* ће се у овом раду вршити у односу на релевантне позитивноправне прописе европско-континенталне породице права који се у науци сматрају њеним референтним представницима. Према устаљеној подели, истраживање ће почивати на основним континенталним подсистемима: романистички, германистички и нордијски. Наведене подсистеме красе јасне структурне разлике. Док се романистички круг може рећи да представља групаацију хетерономних права (Италија, Шпанија) формирану око једног аутономног (Француска), германистички круг се састоји на три јасно омеђена самостална правна система (Немачка, Аустрија, Швајцарска), настала у различитим историјским и друштвеним околностима. Нордијски (скандинавски) подсистем, опет, пре свега карактерише процес договорне унификације отпочео током XIX века, из чијег примера су црпеле инспирацију каснија наднационална груписања (Бенелукс, европске економске заједнице, балтичке земље).

Коначно, посебна пажња ће бити посвећена односу доктрине *consideration* и југословенског Закона о облигационим односима из 1978. године, односно његовим варијететима, у складу са новелама спроведеним у националним законодавствима након нестанка заједничке државе.

## 2. CONSIDERATION И КОНТИНЕНТАЛНА КАУЗА

### 2.1. Causa римског права

Први облици намераваних дужничко-поверилачких односа римског права своју обавезност црпе из сфере магијско-ритуалног. Поверилац и дужник пред „надлежним” божанством свечаним гестовима покрећу усуд, провоцирајући одмазду превртљивих богова у случају да се неки од њих оглуши о обавезу наметнуту прецизним обредним корацима. Учесници церемонијала се, тако, не обавезују примарно један другом, већ пре свега ћудљивом божанству, присегом да ће поступити на одређени начин. Знаковити показатељ домашаја ове религиозне форме у оквиру првобитног римског дужничко-поверилачког односа откривамо у околности да се дужник не ослобађа своје обавезе њеним испуњењем „у свему како она гласи”. Наиме, све док стране новим, паралелним, ритуалним радњама не пониште магијске последице првобитног обреда, опстаје и њихова обавеза.<sup>554</sup> У таквом „правном” амбијенту, настанак промењених околности, присуство прекомерног оштећења, околност неиспуњења обавезе друге стране или злоупотребе туђег стања нужде, да набројимо само неке од института каснијег уговорног права, нису од било каквог значаја.<sup>555</sup> Ова прожетост права религијом карактеристична је за најстарији период римске историје, односно за време преласка житеља седам брежуљака из родовске заједнице у *cives romani*. У условима таквих међуљудских односа, у праву уопште, а нарочито оном облигационом, пресудну улогу има свечана реч. Речима професора Станојевића, „са боговима се никада не говори обичним језиком и речником, осим, донекле, у протестантским црквама”<sup>556</sup>. *Ex nudo pacto non oritur actio*<sup>557</sup> или правило да „голи споразум” не ствара право на тужбу, веома добро осликава првобитни облигационо-правни оквир старог Рима.

Јачање империје, развој великих градова, сусрет са освојеним цивилизацијама, доводе до тога да нови значајно измењени оквири економског промета све мање успева да трпи раније „гломазне форме”<sup>558</sup>. Еиснер и Хорват управо у утицају који на *ius civile* врши *ius gentium* или право других народа, виде продор консензуализма, односно

<sup>554</sup> Stojčević, D., 1954, *Rimsko obligaciono pravo*, Београд, Научна књига, 1954, стр. 29.

<sup>555</sup> Антић, О., 2007, Облигација: правна природа, садржина и закон корелације, *Анали*, 1, стр. 23.

<sup>556</sup> Станојевић, О., 1997, *Римско право*, Београд, Правни факултет Универзитета у Београду / Досије, стр. 271.

<sup>557</sup> Zimmermann, R., 1992, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, Wetton, Johannesburg, Juta & Co, Ltd, p. 549.

<sup>558</sup> Станојевић, О., 1997, стр. 271.

околности да се уместо форми, обреду, облику („икони”), предност све више придаје стварној вољи учесника одређеног правног посла.<sup>559</sup> Тако, римско право коначно усваја и четири контракта који се закључују простом сагласношћу воља: купопродаја (*emptio-vendito*), закуп или најам (*locatio-conductio*), ортаклук (*societas*) и уговор о заступању (*mandatum*). Међутим, римски правници уочавају да, осим код набројаних контракта, обавезујуће дејство *contractus* не може да црпи само из пуке сагласности воља, већ је за то неопходан и један „извањски, објективни елеменат форме (т. зв. *causa civilis*)”<sup>560</sup> Ова „кауза” или разлог на коме се базирала утуживост контракта по класичном цивилном праву је или већ поменуто изговарање свечаних речи (вербални контракти), употреба писмене форме (литерарни контракти), предаја ствари (реални контракти) или у наведеним случајевима, проста сагласност воља (консенсуални контракти). Тако, док је код формалних правних послова изговорена свечана реч *causa* обавезе, развојем римског друштва, право на тужбу (*actio*), односно *causa* дужникове обавезе све јасније лежи у противчинидби друге стране.<sup>561</sup>

У том смислу ваља указати и на развој самих вербалних контракта, међу којима се као посебно значајан издваја *stipulatio*. Код овог правног посла разлог настанка обавезе (*causa*) је у прво време небитан, јер он стоји ван симетричне формуле *Обећавам?—Обећавам!* Примера ради, обећање исплате одређене своте новца не крије у себи и разлог те исплате: да ли се ради о зајму, куповини, поклону, итд. Међутим, од времена Јустинијана, тужилац обавезе настале стипулацијом мора посебно доказати и разлог обавезе, те тако овај правни посао од апстрактног постаје све више каузални.<sup>562</sup> У том смислу се дужнику сада омогућује посебан приговор (*exemptio doli*) којим он истиче како *causa* његове обавезе није испуњења, чиме истовремено побија повериочеву тужбу.<sup>563</sup> Приговор *exemptio doli* у римску стипулацију, у ствари, убризгава економски разлог њеног правног опстанка или пуноважности.

Гај уз стипулације помиње и два вербална контракта који за разлику од општег режима који својом апстрактношћу дозвољава утаначење најразличитијих садржаја, сада могу настати између одређених лица и само из одређених правних разлога (*causae*). То су обећање мираза (*dotis dictio*) и обећање ослобођеног роба на одређене обавезе према

<sup>559</sup> Eisener, B., Horvat, M., 1948, *Rimsko pravo*, Zagreb, Nakladni zavod Hrvatske, str. 310–311.

<sup>560</sup> *Ibid*, str. 344.

<sup>561</sup> Stojčević, D., 1954, str. 35.

<sup>562</sup> Eisener, B., Horvat, M., 1948, str. 392.

<sup>563</sup> Stojčević, D., 1954, str. 60.

бившем господару (*promissio iurate liberli*).<sup>564</sup> Важно је приметити да временом стипулација од првобитно закључаног латинског језичког пара<sup>565</sup>, прихвата правно дејство респонзоријалне комуникације и на језику који разумеју оба учесника (уместо латинског, примера ради грчки), чак размену свечаних речи на различитим језицима (рецимо, питање на египатском а одговор на грчком).

У напорима ослобађања римског облигационог права од формализма, морало се пронаћи компромисно решење које би помирило древно *ex nudo pacto* правило са све гласнијим захтевима развијене тржишне размене. Одлучујућу улогу у овим напорима је имао претор, формирајући посебан тужбени образац: *actiones in factum*.<sup>566</sup> Код ових тужби, суд пружа заштиту оној страни облигационог односа која је испунила своју обавезу, а друга још није. Како је на овај начин правна заштита омогућена непрегледном броју синалагматичких дужничко-поверилачких односа, они се накнадно обједињују као безимени контракти (*anonumon synalagma*).<sup>567</sup> Маленица сматра како су безимени контракти употпунили ону празнину у римском праву која је постојала услед непостојања појма „уговор”. Да је римско право наставило овим правцем развоја, закључује, оно би сасвим извесно дошло и до овог појма, с обзиром на то да је форма у посткласичном периоду сматрана врло еластично, а законодавство је давало превагу сагласности воља над самом формом.<sup>568</sup> Тако, Папинијан у Дигестама пише: „У споразумима између странака заузето је становиште да се више треба држати воље него речи” (D. V. 16. 219).<sup>569</sup>

У правној науци данас је усаглашено мишљење о неподударности римске каузе са начином на који исти термин разуме савремено уговорно право. Пре свега, истиче се како је сам појам кауза у делима римских правника имао велики број различитих значења. Маленица указује како се само у Јустинијановим Дигестама термин *causa* појављује самостално или у изразима 3120 пута. Ипак, по њему, ова околност не дозвољава закључак како је употреба овог појма била нејасна или непрецизна. Термин кауза у својој основи означава чинилац који доводи до одређене последице: узрок, повод, мотив, разлог,

<sup>564</sup> Eisener, B., Horvat, M., 1948, str. 398.

<sup>565</sup> Стипулација настаје у виду свечаног питања и односног одговора. Примера ради: „Обећаваш? Обећавам!” (*Promittis? Promittio!*), „Чисти ти? Чисти ми!” (*Fidepromittis? Fidepromitto!*). Станојевић, О., 1997, стр. 281.

<sup>566</sup> Stojčević, D., 1954, str. 35.

<sup>567</sup> *Ibid*, str. 40.

<sup>568</sup> Маленица, А., Деретић, Н., 2011, *Римско право*, Нови Сад, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, стр. 402.

<sup>569</sup> Станојевић, О., 1997, стр. 272.

прилика, случај.<sup>570</sup> Коначно, и у најпознатијем суђењу европске цивилизације, Пилат након што је испитао Исуса, окупљеном народу саопштава да у њему не налази никакве кривице речима: „*Ego nullam invenio in eo causam*”<sup>571</sup>.

Када се појам *causa* доведе у везу са римским контрактима, стиче се утисак да се он може апстраховати као разлог или основ тужбе, односно она околност која омогућава правну заштиту незадовољне стране. Овакво тумачење посебно добија на значају ако се зна да је римско право поистовећивало појам тужбе са данашњим појмом субјективног права. Наиме, за римске правнике је одређено право постојало само у случају да је било заштићено конкретном тужбом.<sup>572</sup>

Уколико се усвоји овакво разумевање, долазимо до закључка да је *кауза* у ствари основ судске заштите дужничко-поверилачког односа. Тај основ је, како је већ наведено, у најранијим односима овог типа свечана религиозна форма. Само је погодба „обучена” у калуп свечаних гестова била достојна заштите коју је пружао римски форум. Накнадним напуштањем основног облика стипулације, римско право овај основ утуживости (*causa*) проналази у писаној форми (литерарни контракти), околности да је престација једне стране већ извршена (реални контракти), и коначно код неколико најраширенијих правних послова – купопродаја, закуп или најам, ортаклук, мандат – каузом се сматра већ и сама сагласност страна (консенсуални контракти).

Треба нагласити да се у овој последњој категорији, код којих се *causa*, односно основ утуживости, поистовећује са сагласношћу воља, ради готово искључиво о синалагматичним уговорима. Код последњег од четири консенсуална контракта (мандат) се по правилу говори као о бесплатном уговору, у коме је властодавац обавезан само да накнади евентуалне трошкове које би његов пуномоћник имао у испуњавању налога. Чини се да се овакав закључак захтева додатни коментар. Мандат се од најма разликује пре свега у природи посла који друга уговорна страна преузима на себе. Док је код уговора о најму то такав посао за који се исплаћује „најамнина”, код мандата се одређеном лицу поверавају донекле престижнији послови (адвокат, лекар), коме се уместо најамнине, исплаћује накнада у облику „части” или хонорара (*honorarium*), што донекле ревидира начелну бесплатност овог уговора.<sup>573</sup> У сваком случају, воља несумњиво постаје погон правног промета.

<sup>570</sup> Маленица, А., 2008, О римском погледу на каузу посла, каузу облигације и каузу престације у контрактима, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, год. 42, бр. 1-2, стр. 173.

<sup>571</sup> *Biblia Sacra Vulgata*, Ioannes, XVIII, 38.

<sup>572</sup> *Nihil aliud est actio, quam ius quod sibi debeatur, iudicio persequendi.* (D. LXIV, 7, 51).

<sup>573</sup> Станојевић, О., 1997, стр. 302.

Функционална веза овако схваћене римске каузе са каснијим континенталним основом уговорне обавезе (пре свега француска кауза), односно енглеском доктрином *consideration*, поприма нешто подударније контуре. Поменимо у том смислу околност да попут римске стипулације или литерарних контракта, енглеско право ни данас не поставља захтев *consideration* код правних послова закључених у свечаној форми (*deed*), односно у ранија времена, код уговора закључених у писаном облику снабдевеним инсигнијама племића (*under seal*).

Најзад, иако не успева да досегне до апстрактног појма уговора,<sup>574</sup> римско право ипак нуди своју дефиницију облигације. У Дигестама проналазимо чувену Павлову сен-тенцу да суштина облигације није у томе да нам прибави неку ствар или службеност, него да другог обавезе да нам нешто да, учини или преда у државину.<sup>575</sup> Већина писаца сматра како се у овој формулацији, пре свега, алудира на релативност дејства облигација. Међутим, Станојевић држи како Павле, у ствари, указује на садржину облигације, односно да „истиче како непосредни ефект облигације није прибављање својине или друго права, већ *обавезивање дужника да нешто да или учини.*”<sup>576</sup>

### 2.1.1. Римска *causa* и континентална кауза

Антун Маленица је домаћој романистици понудио једну од исцрпнијих анализа римске каузе. У овом раду он издваја две тврдње: 1) сама реч „кауза” је у римским правним текстовима имала велики број значења<sup>577</sup>, о чему је већ било речи, и 2) римски правници нису до краја системски обрадили појам каузе, односно понудили заокружену теорију о њему<sup>578</sup>. За потребе овог истраживања, неопходно је указати на неке од примера употребе термина *causa* у односу на римско стварно и облигационо право.

Када се ради о стварном праву, појам *causa* се у Риму употребљавао у значењу правног основа (титулус) за стицање права својине, односно државине – *iusta causa*. Еисенер и Хорват, уз опаску како се о значењу овог појма мишљења у науци разилазе, закључују како су римски класични правници под њим подразумевали „правнословни акт, који правни поредак сматра прикладним да оправда пријенос власништва”<sup>579</sup>. Како

<sup>574</sup> Даниловић, Ј., 1974, Контракт у римском класичном праву, *Анали*, 1–2, стр. 32.

<sup>575</sup> *Obligationum substantia non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum aut servitutum nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vet praestandum.* (D. LXIV, 7, 3).

<sup>576</sup> Станојевић, О., 1971, Садржина и предмет облигационог односа, *Анали*, 5-6, стр. 522.

<sup>577</sup> Маленица, А., 2008, стр. 173.

<sup>578</sup> *Ibid*, стр. 174.

<sup>579</sup> Eisener, В., Horvat, М., 1948, str. 242.

се до преноса права својине долазило предајом (*traditio*), такав правни основ се означавао као *iusta causa traditionis*<sup>580</sup>. Државина који није стечена „ни силом ни потајно ни на замолбу до опозива”<sup>581</sup> се у посткласичном праву и у Јустинијановој кодификацији означавала као *possessio ex iusta causa*. Станојевић наводи како се овај појам користио и како би означио правни основ стицања права својине на основу одржаја – *iusta causa usucapionis*.<sup>582</sup>

У домену облигационог права, појам *causa* се употребљавао у различитим врстама дужничко-поверилачких односа. Тако је, примера ради, од времена републике, за разлику од првобитног строгог формализма, свака обавеза, без обзира потицала она из стипулације, контракта или пресуде, престајала уколико је дужник чинидбу извршио у циљу њеног испуњења (*solutionis causa*).<sup>583</sup>

У категорији квазиконтракта, посебно место припада кондикцијама, односно случајевима када се у имовини једног лица налазе туђе ствари или вредности на основу непостојећих или ништавих правних послова, па је оно због тога обавезно да их врати (*condictiones sine causa*).<sup>584</sup> Еиснер и Хорват ове случајеве означавају као безразложно обогаћење, и наводе следећи њихов распоред у посткласичној римској систематици: а) *condictio indebiti*, б) *condictio ob causam datorum*, в) *condictio ob causam finitam*, г) *condictio ob turpem vel iniustam causam*, те коначно д) *condictio sine causa* у ужем смислу.<sup>585</sup> Појам (*sine*) *causa* се у кондикцијама употребљава како би означило непостојање основа стицања (исплата недугованог или исплата по неморалном основу), и у овим случајевима се он може поистоветити са појмом титулус. Међутим, у случају *condictio ob causam datorum* који се у литератури појављује и као *condictio causa data causa non secuta* „римско право пружа заштиту остварењу очекивања осиромашеника, циља ради којег је умањење имовине учињено”<sup>586</sup>. Дудаш управо у овом виду заштите очекивања осиромашеника види један од нуклеуса савременог концепта каузе обавезивања.<sup>587</sup>

<sup>580</sup> *Ibid.*

<sup>581</sup> Eisener, B., Horvat, M., 1948, str. 216.

<sup>582</sup> Станојевић, О., 1997, стр. 203.

<sup>583</sup> Eisener, B., Horvat, M., 1948, str. 382–383.

<sup>584</sup> Stojčević, D., 1954, str. 127.

<sup>585</sup> Eisener, B., Horvat, M., 1948, str. 447–448.

<sup>586</sup> Дудаш, А., 2011а, *Кауза облигационих уговора*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, стр. 35.

<sup>587</sup> *Ibid*, стр. 35–36.



Маленица посебну пажњу, између осталог, посвећује и теми каузе правног посла<sup>588</sup>, као и каузи престације у контрактима<sup>589</sup>. Појам правног посла у римском праву (*negotium*), никада није добио јасно техничко значење, какав се, примера ради, веже за *actio*, па се он осим у грађанском праву, употребљавао и како би описао јавноправну делатност државних службеника.<sup>590</sup> Римски правни посао је готово увек формалан и у малом броју случајева узима у обзир циљ због кога је предузет. Маленица указује на два примера: разлози ослобађања из ропства и поклон између супружника. Сваки господар је могао да ослободи свог роба, осим уколико би то учинио у циљу изигравања повери-лаца или ако је био млађи од двадесет година (а роб млађи од тридесет година), а за то није имао ваљани разлог. У категорији ваљаних разлога су се налазили ослобађање срод-ника или блиског лица (примера ради, дојиља) или роба који је спасио господара од жи-вотне опасности или инфамије. Еиснер и Хорват ове разлоге означавају као *causae probatio*. Што се тиче поклона између супружника, они су по правилу били ништави<sup>591</sup>. Међутим, римско право је омогућавало и овакве поклоне, уколико би били дати у циљу отклањања сиромаштва супружника (*causa exilii*), ради одржавања породичне свечано-сти, ради подизања надгробног споменика (*sepulturae causa*), или даровања мужа пово-дом његовог уласка у ред сенатора или витезова.<sup>592</sup>

Поред означавања правноваљаног циља правног посла, термин *causa* се понекад употребљава и како би означио сам правни посао. Тако постоје *causa lucrativa*, или добротини правни посао и *turpa causa* – правни посао који је противан добрим обича-јима.<sup>593</sup>

Када се ради о каузи престације, римско право за разлику од модерног концепта уговора, не познаје општи појам правне заштите сагласности воља која се не противи општем интересу (уговор), већ искључиво познаје типизирани правне послове, код којих сваки има увек један и јасно унапред одређен циљ. Ове правне послове, дакле одређују како форма (свечана, писана, реална), тако и њихова садржина. Стране правног посла у класичном праву не могу утицати на каузу своје обавезе. Тако је, примера ради, у случају налога (*mandatum*), као једног од четири консенсуална контракта, кауза увек била пружање бесплатне, пријатељске услуге. Уколико су стране желеле да укључе награду,

<sup>588</sup> Маленица, А., 2008, стр. 175–186.

<sup>589</sup> *Ibid*, стр. 189–193.

<sup>590</sup> Eisener, В., Horvat, М., 1948, стр. [305].

<sup>591</sup> *Ibid*, стр. 154.

<sup>592</sup> Маленица, А., 2008, стр. 182.

<sup>593</sup> *Ibid*, стр. 183–184.

морали су закључити контракт о закупу (најму) радне снаге (*locatio-conductio operarum*). Дакле, тип контракта је дефинисао и његову каузу, а не споразум његових страна.

Када се ради о консенсуалним контрактима, Гај уочава како је суштина ових контраката међусобна условљеност престација: „Један је обавезан другом због онога што треба међусобно испунити у складу са добрим и правичним.”<sup>594</sup> Док је ову тврдњу лако довести у везу са теретним консенсуалним контрактима, у односу на налог (*mandatum*) Дудаш закључује како одсуство синалагматичности дозвољава закључак да је *causa* овог типа контракта осећај дужности и пријатељства.<sup>595</sup>

Конечна етапа развоја споразумно насталих дужничко-поверилачких обавеза у оквиру римског права је пружање правне заштите пактима, односно безименим синалагматичним контрактима. У ситуацији када су стране правног посла могле самостално да дефинишу престацију (*do, dare, facere*), коју нуде у замену за слободно одређену противпрестацију (узвратни *do, dare, facere*), дошло се до коначног облика сагласности воља који се данас разуме као уговор. Кауза ове слободне форме самообавезивања је у римском праву међусобна условљеност синалагматичних престација<sup>596</sup>, односно, код доброделиних послова побуда због које се одређена обавеза преузима<sup>597</sup>. Ипак, мора се нагласити да према мишљењу дела науке, безимени контракти своју обавезност црпе не из сагласности воља, већ из околности да је једна страна испунила своју обавезу, по чему су они најприближнији реалним контрактима.<sup>598</sup>

Наведени примери дозвољавају закључак да, иако је римска *causa* појам који подразумева ширу употребу од онога како се данас схвата у европско-континенталним правима, њој и римски и савремени правници дају јасну економску и друштвену функцију. Док се економска функција очитује у захтеву узајамности престација, или принципа *quid pro quo*, друштвена функција каузе се проналази у дефинисању јасног оквира консенсуализма (Гајев захтев доброг и правичног). У случају доброделиних уговора, римска кауза, попут оне европско-континенталне, у први план уздиже питање побуде за закључење правног посла, дајући им исти значај који код теретног правног посла има узвратна обавеза уговорних страна. На овај начин се, закључује Дудаш, римско облигационо право из првобитне доминације формализма и апстрактности постепено развило уз израз

<sup>594</sup> „[I]n his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et equo praestare oportet.” – D. 44. 7. 2. 3., Gaius libro secundo aureorum. Цитирано према: *Ibid*, стр. 190.

<sup>595</sup> Дудаш, А., 2011а, стр. 43.

<sup>596</sup> *Ibid*, стр. 45.

<sup>597</sup> Разлози за ослобађање роба или поклањање између супружника. *Ibid*, стр. 47.

<sup>598</sup> Станојевић, О., 1997, стр. 302–304.

консензуализма и каузалности.<sup>599</sup> Нешто другачије мишљење проналазимо код Станојевића, који сматра да став англосаксонског права, по коме, примера ради, поклон не спада у категорију утуживих уговора, приближно одговара римском схватању каузе.<sup>600</sup>

### 2.1.2. Римска *causa* и енглески *consideration*

Иако се према виђењу претежног дела англоамеричке правне мисли енглески *consideration* не може довести у везу са римским схватањем каузе, поједини правници, с времена на време, понуде и нешто другачија запажања. Тако, је јужноафрички судија Морис<sup>601</sup> својевремено приметио како се римска *causa* може схватити као заметак (*germ*) енглеске доктрине *consideration*.<sup>602</sup> У претходним разматрањима већ је указано на мишљење новозеландског професора Салмонда, по коме се управо римска *causa*, захваљујући пре свега судској делатности лорд-канцелара, постепено инфилтрирала у *common law* судове где је касније добила свој коначни облик.

Овај Салмондов закључак претрпео је оштру критику америчког професора Ејмса, након чега је дошло до мање-више усаглашеног схватања како је енглески *consideration* аутохтони *common law* институт на који нису утицали ни римско ни каснија континентална права. Према овом виђењу, енглеско право од Рима преузима само девизу *ex nudo pacto non oritur actio* којој придаје нешто другачије значење. Наиме, иако се појављује у појединим ранијим записима енглеских правника, римски појам *causa* се у њима разуме као „рухо” (*clothing*) или „одежда” (*vesture*) споразума. Међутим, чак и присталице овог релативно крутог става, признају да се током средњег века у појединим пресудама општих судова појмови *causa* и *consideration* употребљавају наизменично и да означавају истоветан уговорни концепт.<sup>603</sup>

Ипак, за заговорнике ове школе мишљења јасна је чињеница како се разлика између енглеских уговора који задовољавају услов *consideration* и оних који то не чине, не може довести у везу са римском поделом на контракте и пакте којима право пружа заштиту са једне и просте споразуме (*nudum pactum*) са друге стране. Конкретно, општи уговор енглеског права који испуњава услов *consideration* није могуће изједначавати са прецизно дефинисаним, готово *numerus clausus* оквиром контракта и пактова који су у Риму

<sup>599</sup> Дудаш, А., 2011а, стр. 48–49.

<sup>600</sup> Станојевић, О., 1997, стр. 275.

<sup>601</sup> George Thomas Morice, 1858–1930.

<sup>602</sup> Morice, G. T., 1905, *English and Roman-Dutch Law*, Pretoria, African Book Company, p. 78.

<sup>603</sup> Lorenzen, E., 1919, *Causa and Consideration in the Law of Contracts*, *Yale Law Journal*, Vol. 28, No. 7, p. 636.

уживали правну заштиту. Такође, поједини споразуми којима по схватању енглеског права недостаје *consideration* би, упркос чињеници што су добротине, у Риму ипак могли бити принудно остварени. У ове спадају већ поменути *mandatum*, затим *constitutum*<sup>604</sup>, или под одређеним условима поклон (*donatio*).<sup>605</sup>

Један од гласнијих противника оваквог става је био Мелијус де Вије<sup>606</sup>, дугогодишњи председник Врховног суда Слободне државе Оранје<sup>607</sup>. Према његовом мишљењу, захтев *consideration* је у римском праву био чак израженији него у енглеском.<sup>608</sup> Као пример, де Вије наводи консенсуални контракт купопродаје који је према римском праву био рушљив уколико је у замену за ствар понуђена неадекватна цена (мања од једне половине стварне вредности). Иако римско право не формира апстрактни појам онога што ће се у енглеској правној мисли развити у доктрину *consideration*, де Вије верује да је могуће уочити истоветан општи принцип: у оба правна система се открива заједничка идеја онемогућавања уговорне неадекватности. Овај општи принцип који деле римска *causa* и енглески *consideration* се, према његовом суду, проналази у Дигестама: „Доброти и правичности не одговара да неко има користи од штете другога, нити да неко трпи штету ради нечије користи.”<sup>609</sup> У анализи односа ова два појма, де Вије закључује како римска *causa* има исто значење као и енглески *consideration*, док се у домену примене могу открити одређена одступања. У циљу илустрације, он указује на поједине правне послове римског права. Ипак, према његовом мишљењу, упркос појединим одступањима, опште је правило да је римски контракт синалагматичан. У том смислу де Вије цитира Лабеонову сентенцу из Дигеста: *Contractus est ultro citroque obligatio, quod Graeci synallagma vocant.*<sup>610</sup>

Први пример који де Вије наводи је *transactio* односно ситуација у којој стране у спору постижу компромис у циљу избегавања парнице. Обе стране закључују споразум ове врсте претпостављајући корист која се огледа у избегавању будућег неизвесног исхода судског поступка. Околност постојања обостране користи је према њему оно што

<sup>604</sup> *Constitutum debiti* је споразум којим једна страна обећава да ће у одређеном року исплатити свој или туђ дуг. Станојевић, О., 1997, стр. 306.

<sup>605</sup> Sohm, R., 1892, *The Institutes of Roman Law*, Oxford, Clarendon Press, pp. 138–139.

<sup>606</sup> Melius de Villiers, 1849–1938.

<sup>607</sup> Слободна држава Оранје (Orange Free State), независна република јужноафричких Бура, формирана у другој половини XIX века нестала је након Другог бурског рата, 1902. године.

<sup>608</sup> Villiers, M., 1924, Consideration in the Roman Law of Contract, *Journal of Comparative Legislation and International Law*, Vol. 6, No. 1, p. 120.

<sup>609</sup> „Bono et aequo non convenit aut lucrari aliquem cum damno alterius, aut damnum sentire per alterius lucrum.” Цитирано према: Чавошки, К., 2017, *О Правни и правичности*, Београд, САНУ, стр. 222.

<sup>610</sup> D. L., 16, 19; Villiers, M., 1926, The Roman Contract According to Labeo, *The Yale Law Journal*, Vol. 35, No. 3, p. [292].

енглеско право разуме као *consideration*. Аргумент у прилог ове тврдње проналази у цитату из Јустинијанове кодификације по којој се ваљаност овог правног посла огледа у томе што обе стране морају учинити нешто оној другој страни, и у исто време од ње примити или чинидбу или право да задрже нешто што су од ње примили.<sup>611</sup>

У циљу илустрације, де Вије наводи случај две сестре које су имале заједничко право на наследство, а које су оне договорно међусобно поделиле. Поставило се накнадно питање да ли је овакав њихов споразум обавезујући. Император Антонин Пије<sup>612</sup>, пред кога је питање изнето, дао је потврдан одговор с обзиром на то да су обе стране од њега имале јасну корист која се огледа у избегавању неизвесности до које би парница могла довести. Дакле, закључује де Вије, пуноважност правног посла *transactio* се базира на ономе што енглеско право дефинише као *consideration*. У прилог овој тврдњи он указује на разлику између правних послова *transactio* и поклона, коју проналазимо у Дигестама. Према цитираној сентенци, правни посао *transactio* у себи носи неизвесност, околности о којима суд није дао своју коначну одлуку, док код поклона такве неизвесности нема, и страна која дарује, тај правни посао врши слободно (*liberalitate*).<sup>613</sup>

Следећи пример који наводи су безимени контракти. Према његовом мишљењу, како се ради о правним пословима који нису имали унапред одређену садржину, правило је да је за њихову пуноважност неопходно постојање престације и контрапрестације.<sup>614</sup> Ове уговоре је, одиста каснија бејрутска школа<sup>615</sup> сврстала у четири основне категорије: *do ut des, do ut facias, facio ut des, и facio ut facias*.<sup>616</sup> Де Вије у оваквом одређењу безимених контракта недвосмислено препознаје енглески концепт *consideration*.

У оквиру ових контраката, он посебно указује на околност да је у случају трампе (*permutatio*), ризик пропасти предмета прелазео са његовог држаоца на онога коме је ствар требало предати већ у тренутку постизања сагласности воља, као што је то случај код купопродаје (*emptio-venditio*). До оваквог закључка он долази с обзиром на начин на

<sup>611</sup> „Transactio nullo dato vel retento vel promisso minime procedi.” С. II, 4, 38. Пропис готово идентичне садржине проналазимо у чл. 1809 шпанског Грађанског законика: „La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado.” – Artículo 1809 Código Civil.

<sup>612</sup> Император Антонин Пије владао је од 138. до 161. године.

<sup>613</sup> „Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit. Qui vero paciscitur donationis causa rem certam et indubitata liberalitate.” – D. II, 15, 1.

<sup>614</sup> Villiers, M., 1924, p. 121.

<sup>615</sup> Крајем периода принципата, под утицајем Грка, а и услед потребе за школованим државним чиновницима, у Римском царству се уводе правне школе, од којих је најчувенија била оне у Бејруту (названа „мајка закона”), као и у Константинопољу и самом Риму. Станојевић, О., 1997, стр. 66.

<sup>616</sup> Stojčević, D., 1954, str. 100.

који се у Дигестама описује однос ова два контракта.<sup>617</sup> Наиме, он прихвата да се на први поглед из дате дефиниције може закључити како је трампа контракт који се може сматрати закљученим тек након што једна страна преда ствар. Међутим, термин *obligatio* у делу сентенце која се односи на трампу, се може разумети или као одговорност (обавеза) једне стране да да или учини нешто када год би била позвана на такво чињење, или да та обавеза настаје управо као последица таквог позива. Де Вије закључује да би се у овом случају морало применити ово друго, те је тако, према његовом мишљењу, у тренутку закључења контракта *permutatio*, без обзира да ли је нека од страна и извршила предају, обавеза настала самом сагласношћу воља.

Де Вије прецизно наводи аргументе који се у романистици појављују у прилог закључка да је трампа (*permutatio*) реални контракт, иако га римски правници не сврставају у ту категорију, односно да се његова *causa* проналази у предаји ствари једне стране. То су, под један, закон донет у име цара Диоклецијана и Максимијана који прописује да се из споразума о трампи, ако није уследила предаја ствари, не рађа тужба, и под два, правило да се купопродаја не може једнострано раскинути, а размена може све док друга странка не почне извршење своје чинидбе.<sup>618</sup>

У односу на први аргумент, де Вије истиче како се лако може уочити да се у оним деловима Европе где локално право почива на оном римском, распрострањен принцип канонског права по коме је *понуда испуњења* обавезе основ њене утуживости једнак *испуњењу*. Што се тиче могућности раскида контракта о трампи, или како га де Вије означава *ius pœnitendi*, према његовом тумачењу ова могућност може много више имати улогу правила донетог у циљу подстицања испуњења преузете обавезе без одлагања. Наиме, тужба којом је страна која је предала одређену ствар могла да захтева њен поврат од стране која није испунила своју обавезу је *condictio causa data causa non secuta*, појам који опет недвосмислено указује на употребу израза *causa* на начин који одговара ономе како се у енглеском праву схвата *consideration*.<sup>619</sup>

Де Вије употпуњује своје аргументе илустрацијама којима се, по њему, у Дигестама *causa* доводи у везу са безименим контрактима. Први такав случај је обећање награде коју робовласник нуди ономе ко ухвати и доведе одбеглог роба. Улпијан наводи како

<sup>617</sup> „Item emptio ac venditio nuda consentientium voluntate contrahitur, permutatio autem ex re tradita initium obligationi praebet.” – D. XIX, 4, 1, 2.

<sup>618</sup> Cod. Iust. IV, 64, 3 = Bas. XX, 3, 5, vol. VII, 1007. Преузето од: Шаркић, С., 2015, Уговор о размени (*permutatio*) у римском, византијском и српском средњовековном праву, *Зборник радова Византолошког института*, год. 52, стр. 332–333.

<sup>619</sup> Villiers, M., 1924, p. 122.

лице које ухвати и доведе роба стиче право на тужбу из разлога што се тај правни посао (*negotium*) у Дигестама разуме као размена (*habet in se negotium aliquod*)<sup>620</sup>. Тако, за ваљаност правног посла се као одлучујући услов појављује *quid pro quo*, као основ настанка облигације, односно околност на којој сама могућност утуживости управо и почива. „Уколико се случај не би могао приписати неком од познатих контракта, уколико постоји *causa*, у складу са Аристовим добро утемељеним одговором Целзу, настала је и облигација. На пример, дадох ти нешто разумевши да ти мени мораш дати неку другу, или дадох ти ствар а ти треба да учиниш нешто. Ово, рече Аристо, ствара синалагму, односно контракт, на коме почива грађанска облигација.”<sup>621</sup>

Када се ради о контрактима, њихова позната класификација је: вербални, реални, литерарни и консенсуални. Де Вије сматра како би погрешно било код ових контраката *verba, res, literæ*, или *consensu* поистоветити са појмом који одговара појму *causa*, већ се ради само о начинима на који су дати контракти класификовани. Примера ради, међу консенсуалне контракте спадају купопродаја, закуп или најам, ортаклук и заступништво. Усаглашено је мишљење да се пуноважност прва три контракта заснива на *quid quo pro* принципу. Примера ради, код ортаклука, римско право утврђује како се ни један од ортака не може искључити из добити (*societas leonina*).<sup>622</sup> Разлог због чега је то тако је тај што би тиме ортаклук постао *iniquissimum*, односно не би био саобразан цитираном принципу да доброту и правичности не одговара да неко има користи од штете другога, нити да неко трпи штету ради нечије користи.<sup>623</sup> У реалне контракте су спадали зајам, послуга, остава, фидуција и ручна залога. Ови контракти су, у суштини, добротини, односно бесплатни. Де Вије истиче како се ту не ради о добротиним пословима као што је то поклон, с обзиром на то да код њих предајом ствари настају конкретна права и обавезе, што се код поклона не дешава. Према његовом мишљењу, код реалних контракта до саме предаје ствари договорене обавезе нису утуживе јер не садрже *consideration*. Међутим, након предаје ствари долази до промене. Наиме, тада наступа обавеза враћања.

Де Вије уочава сличност између овог типа „бесплатности”, са начином на који се и консенсуални *mandatum* сматра добротиним. Наиме, уколико Марко преда Гају неку своју ствар на бесплатно чување, то се сматрало за оставу. Међутим, уколико би му предао исту ствар са налогом да је прода, то је консенсуални *mandatum*. Де Вије сматра да

<sup>620</sup> D. XV, 5, 5.

<sup>621</sup> D. II, 14, 7, 2.

<sup>622</sup> Eisener, B., Horvat, M., 1948, str. 434.

<sup>623</sup> D. XXIII, 3, 6, 2.

је *mandatum* сасвим извесно настао на темељу послова који су подразумевали предају ствари, да би временом страни која се обавезала на бесплатно вршење одређеног посла било онемогућено да од истог одустане. Тако се од одговорности за недостатке у испуњењу, дошло до одговорности за неиспуњење уопште. Аргумент у прилог овакве тврдње де Вије проналази у морфологији речи *mandatum* која по њему настаје као кованица од *manus* и *dare*.<sup>624</sup>

На крају, де Вије примећује како се захтев који енглеско право разуме као *consideration* може довести у везу како са контрактима, тако и са и правом заштићеним пактима, али не и са стипулацијом. Наиме, код тог правног посла, суштински основ утуживости је форма, независно од захтева *quid quo pro*, на сличан начин на који у енглеском праву исту заштиту ужива правни посао *deed*, без обзира да ли задовољава услов *consideration* или не.

## 2.2. Каузалистичко становиште

Према преовлађујућем мишљењу, римска *causa* не може се довести у везу са њеним нововековним изразом. Основ обавезе једне стране у римском праву није у директној вези са обавезом оне друге, већ пре свега, у заклетви датој божанству (*forma dat esse rei*). Међутим, Антић дозвољава и нешто другачији закључак. Према његовом мишљењу, уколико каузу дефинишемо као непосредни разлог обвезивања, онда је и кауза у римском праву имала, у основи, исто значење као и оно савремено. Непосредни разлог обвезивања је ритуал или свечана форма. Дакле, обавеза се мора испунити другој страни зато што је то обећано самим боговима. До каснијег раздвајања форме од основа је према његовом мишљењу могло доћи тек након суштинских измена у филозофском погледу на свет, за шта је била неопходна ренесанса.<sup>625</sup>

Најзаступљенија класификација теоријских схватања о каузи у правној науци данас је подела на класичну теорију, негације каузе, и њена савремена тумачења.

<sup>624</sup> Villiers, M., 1926, p. 293.

<sup>625</sup> Antić, O., 2005, *Pravni život*, broj 10, tom. 2, str. 827–828.



### 2.2.1. Класична теорија каузе

Представницима класичне теорије каузе сматрају се француски<sup>626</sup> теоретичари Дома, Поттије и Порталис<sup>627</sup>. Основ њиховог промишљања овог питања је схватање да је уговор израз, пре свега, сагласности воља (консенсуализам). Уговорна обавеза настаје зато што је самонаметнута, односно свака од страна се обавезала искључиво пошто је тако хтела (*solo consensu*). Међутим, према овом схватању, како би уговор настао, поред јасне сагласности воља, те пословне способности, предмета и понегде форме, потребно је да има и допуштени циљ (разлог обавезивања).<sup>628</sup>

Дома, који се сматра творцем класичне теорије о каузи,<sup>629</sup> своју класификацију уговора заснива на римској подели безимених контракта, насталој у оквиру бејрутске школе. Тако по његовом схватању постоје уговори са два узајамна давања, два узајамна чињења, оних који се заснивају на односу давања и чињења, те коначно уговори код којих откривамо давање или чињење само једне стране.<sup>630</sup> Код прве три категорије уговора обавезе постоје на обе стране, док се у четвртој налазе реални и добротини уговори. Код теретних уговора, обавеза саговорача представља основ или каузу уговора друге стране. Ова кауза је објективна, с обзиром на то да је код исте врсте уговора увек идентична.<sup>631</sup> Гамс закључује како код теретних и реалних уговора Дома каузу разуме као економски ефекат обавеза.<sup>632</sup> Објективно схватање каузе, у ствари, почива на идеји да како су и сви други елементи закључења уговора једнаки за обе стране (изјава воље, пословна способност, форма), то мора бити случај и по питању каузе.<sup>633</sup>

Са друге стране, када се ради о бесплатним, добротиним уговорима, Дома у мотивима онога ко се обавезује види ништа друго до замену за каузу (*lieu de cause*)<sup>634</sup>. Тако према његовом мишљењу објективна или „стварна” кауза постоји само у

<sup>626</sup> Немачка правна доктрина такође познаје богату дискусију о појму каузе, али после доношења немачког Грађанског законика она се смањује. Сигој, S., Uloga i značaj kauze (osnova) u ugovornom pravu, u: Đekić, D. (ur.) 1988, *Zakon o obligacionim odnosima: 1978–1988: knjiga o desetogodišnjici*, tom 1, Beograd, Savez udruženja pravnik SR Srbije, str. 121.

<sup>627</sup> Jean Domat, 1625–1696; Robert Joseph Potier, 1699–1772; Jean-Étienne-Marie Portalis, 1746–1807.

<sup>628</sup> Салма, Ј., 2006, Кауза облигационих уговора, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, год. 40, бр. 2, стр. 178.

<sup>629</sup> Perović, S., 1975, *Zabranjeni ugovori*, Beograd, Službeni list SFRJ, str. 199.

<sup>630</sup> Гамс, А., 1959б, Кауза и правни основ, *Анали*, 2, стр. 161.

<sup>631</sup> Примера ради, код продаје је то однос цена-ствар. Код реалних уговора основ обавезе једне стране је претходно испуњење обавезе оне друге. Perović, S., 1975, str. 199-200.

<sup>632</sup> Гамс, А., 1959б, стр. 161.

<sup>633</sup> Салма, Ј., 2006, стр. 178.

<sup>634</sup> Jean Domat: „Et ce motif tient lieu de cause, de la part de celui qui reçoit et ne donne rien.“ Преузето из: Newman, H., 1952, The Doctrine of Cause or Consideration in the Civil Law, *The Canadian Bar Review*, Vol. 30, No. 7, p. 666.

синалагматичким уговорима, док је код добротних уговора присутан њен сурогат.<sup>635</sup> Оваква „кауза” има субјективно, психичко обележје и открива се у намери даривања (*animus donandi*),<sup>636</sup> односно остварењу врлине дарежљивости, намери да се друга страна ослободи обавезе противчинидбе (*intentio liberalis*).<sup>637</sup> То је, искључиво, кауза онога ко преузима обавезу (дужник), док се за каузом обдареног ни не трага, она се не разматра с обзиром да он није дужник.<sup>638</sup>

Потије је у начелу задржао основне Домине ставове о каузи, међутим у великој мери релативизује њен примарно објективни карактер.<sup>639</sup> Тако, он одбацује Домин закључак да је *animus donandi*, захваљујући својој субјективној природи, само сурогат каузе добротних уговора. Поттије сматра како свака уговорна обавеза мора имати своју каузу која се, опет, може другачије дефинисати у различитим уговорима. Тако је то или обавеза друге стране, извршење неке радње, или коначно намера добротинства.<sup>640</sup> Дакле, *animus donandi*, упркос својој субјективној природи, према његовом схватању испуњава све услове како би се сматрао каузом обавезе (добротиног) уговора.

У свом релативизовању њеног примарно објективног одређења, Поттије каузи додаје захтев „поштености” (*une cause honnête*). Према преовлађујућем мишљењу правне науке, овај став је имао директан утицај на *Code civil*, који у своје одредбе уводи појам недозвољене каузе (*cause illicite*)<sup>641</sup>. Како према Поттијеу само поштена или морална кауза обавезује, увођењем овог њеног одређења у грађанска законодавства, судови су добили прилично моћно средство контроле до тада релативно широко постављене аутономије воље странака.<sup>642</sup> Према мишљењу одређених аутора, француски теоретичари никада нису успели понудити задовољавајуће објашњење овог појма<sup>643</sup>, што је несумњиво један од разлога због чега је дошло до његовог напуштања у оквиру опсежне реформе француског Грађанског законика извршене 2016. године.

Поттијеова схватања о каузи, захваљујући њиховом утицају на решења француског Грађанског законика, пресудно утиче на каснији нормативни развој овог института. Тако је резултат његовог схватања да свака уговорна обавеза мора имати своју каузу, увео

<sup>635</sup> Антић, О., 2012, *Облигационо право*, Београд, Правни факултет Универзитета у Београду, стр. 253.

<sup>636</sup> Perović, S., 1975, str. 200; Гамс, А., 1959б, стр. 161–162.

<sup>637</sup> Antić, O., 2005, str. 827–829.

<sup>638</sup> Салма, Ј., 2006, стр. 184.

<sup>639</sup> Гамс, А., 1959б, стр. 162.

<sup>640</sup> Дудаш, А., 2011а, стр. 57.

<sup>641</sup> Art. 1131-1133 *Code civil*.

<sup>642</sup> Антић, О., 2012, стр. 254.

<sup>643</sup> Гамс, А., 1959б, стр. 162.

општу обориву претпоставку њеног постојања како код теретних, тако и код добротних уговора.<sup>644</sup> Такође, тврдњом како само морална или поштена кауза обавезује, Поттије овај институт измешта из искључивог домена узајамности уговорних страна, како га разуме Дома, премештајући га у сферу јавног поретка и добрих обичаја. Захваљујући овоме, Антић закључује како би класичну теорију о каузи требало, пре свега, везати за име Поттијеа, а не толико његовог претходника Деме.<sup>645</sup> Поттије је уживао велики углед и међу енглеским правницима. Према тврдњи енглеског судије Беста<sup>646</sup> изнетој у пресуди са почетка XIX века<sup>647</sup>, Поттијеов ауторитет у Енглеској је изразито висок, готово одмах уз одлуке тамошњег суда.<sup>648</sup>

Порталис прати мисаони ток Деме и Поттијеа, задржавајући њихов став о неопходности постојања каузе у циљу настанка пуноважног уговора. И према његовом мишљењу код теретних уговора кауза се огледа у допуштеној противчинидби коју свака од уговорних страна прима, док је код оних добротних то сама намера добротинства или дарежљивости. Међутим, његово поимање каузе уводи два нова елемента. Пре свега, Порталис каузу обавезе не своди примарно на узајамност престација уговорних страна, већ њихових интереса, односно користи коју они од уговора очекују. На овај начин се кауза синалагматичких уговора усмерава не на саму контрапрестацију, већ на њено извршење – реална противчинидба. Значај оваквог промишљања се, пре свега, огледа у околности да за разлику од уговора као *titulusa* преноса права својине који проналазимо у германистичком подсистему, у француском праву већ и сам пуноважан уговор има јасно транслативно дејство.<sup>649</sup> Међутим, уколико би након закључења уговора о продаји одређене ствари без њене предаје, продавац накнадно закључио нови уговор са савесним купцем, коме би ствар и предао, својина би прешла на каснијег купца.

Руковођен значајем испуњења противчинидбе као суштине одређења каузе уговорне обавезе, Порталис, додатно закључује како она у теретним уговорима мора бити сразмерна контрапрестација. Према његовом мишљењу, одсуство пропорције или еквивалентности у узајамним давањима, која се огледа у постојању прекомерног оштећења

<sup>644</sup> „Претпоставља се да обавеза има основ иако није изражен.” Чл. 51 ст. 3 ЗОО.

<sup>645</sup> Антић, О., 2012, стр. 254.

<sup>646</sup> William Draper Best, 1767–1845

<sup>647</sup> *Cox and Others v Troy* [1822] 106 Eng. Rep. 1264.

<sup>648</sup> „His standing in the Common law is demonstrated by the remark of Best J in *Cox v. Troy*, that ‘the authority of Pothier ... is as high as can be found, next to the decision of a Court of Justice in this country’.” – Hogg, M., 2011, *Promises and Contract Law: Comparative Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, p.153.

<sup>649</sup> Станковић, О., Орлић, М., 1996, *Стварно право*, Београд, Номос, стр. 72

(*laesio enormis*) не испуњава услове каузе. Другим речима, „облигација не може постојати без разумне и вредносно примерене каузе.”<sup>650</sup>

### 2.2.2. Модерна схватања

Класична теорија о каузи није успела да пружи одговоре на сва питања која се тичу (дозвољеног) циља уговора. Примера ради, наведена тумачења нису успела да пронађу образложење каузе фидуцијарних послова, па су се тако могли чути ставови како би требало успоставити посебну *фидуцијарну* каузу, као типичну каузу овог типа правних послова. Такође, утврђено је како *causa solvendi* не може да објасни испуњење обавезе код јемства или залогѐ.<sup>651</sup> У исто време, немали број теоретичара је заузео прилично чврст став негације каузе (антикаузалисти).

Током XIX и XX века дошло је до значајног развоја каузалистичке мисли, или према тврдњама неких аутора „златног доба”<sup>652</sup> каузе. Захваљујући новим промишљањима искристалисала су се три приступа овом питању. Правна доктрина их дефинише као субјективну теорију, објективну теорију и мешовиту теорију о каузи.

Субјективна теорија каузе најчешће се везује за име немачког теоретичара Виндшајда<sup>653</sup>. Према његовом схватању, кауза је унутрашњи, психолошки елемент који се огледа у мотивима који покрећу вољу саговорача и тако постаје одлучујући фактор који доводи до сагласности њихових воља.<sup>654</sup> Оно што каузу диференцира од непрегледног броја побуда услед којих је дошло до закључења уговора код било које од страна, јесте то што се она открива искључиво у одлучујућем или пресудном мотиву који је код истог типа уговора увек једнак. Другим речима, кауза је апсорбовама управо овим – пресудним мотивом.<sup>655</sup>

Ова теорија се чврсто наслања на теорију о изјави воље: то што су стране хтеле и као своју вољу изјавиле, спада у основ правног посла.<sup>656</sup> Њу је додатно разрадио Ертман<sup>657</sup> који је тврдио да основ правног посла треба гледати и у околностима које стране нису изразиле приликом његовог закључења, али које су свакако имале у виду, чиме се он, у ствари, приближава теорији воље, насупрот теорији о изјави воље. Ради се

<sup>650</sup> Антић, О., 2012, стр. 255.

<sup>651</sup> Сигој, S., 1988, стр. 115–116.

<sup>652</sup> Дудаш, А., 2011а, стр. 60.

<sup>653</sup> Bernhard Windscheid, 1817–1892.

<sup>654</sup> Antić, O., 2005, стр. 832.

<sup>655</sup> Perović, S., 1975, стр. 201.

<sup>656</sup> Сигој, S., 1988, стр. 121.

<sup>657</sup> Paul Oertmann, 1865–1938.

о представама о стварном стању које су стране имале приликом закључења уговора и које су за њих у том смислу одлучујуће. Побуда која се тиче само једне стране није од значаја, већ само она са којом рачунају обе стране.<sup>658</sup> У том смислу, није довољно да једна страна само уочава побуде друге стране. Она на основу датих околности мора доћи до закључка да је представа друге стране одлучујућа како би она закључила дати правни посао. Примера ради, ако неко купи парцелу у жељи да на њој изгради одређени објекат, продавац мора схватити да купац уговор не би закључио уколико терен није подесан за намеравану изградњу.<sup>659</sup> Код субјективне теорије дакле, околност коју су стране својом вољом одредиле за циљ свог правног посла представља његову каузу. Управо тај конкретни циљ постаје каузом правног посла по вољи страна које су га закључиле.<sup>660</sup>

Како се доследном применом теорије (изјаве) воље као основа утврђивања каузе уговорне обавезе у великој мери релативизује правна сигурност, одређени број теоретичара у целости одбацује улогу воље, премештајући каузу на чисто економски терен, што представља суштину објективне теорије каузе. Једним од зачетника ове школе мишљења сматра се Шлосман<sup>661</sup>. Према његовом мишљењу, сви мотиви сауговарача су правно ирелевантни не само када се ради о настанку уговора, већ и по питању његовог опстанка.<sup>662</sup> „Ко склапа неки посао [...] његова је намера пре свега управљена не на правне последице, него на економске,” записао је једном приликом.<sup>663</sup>

Док је код теретних уговора релативно једноставно каузу поистоветити са економским ефектом правног посла, односно економским интересом који свака од страна има од његовог закључења и реализације, када се ради о добротиним, односно бесплатним уговорима ствар постаје донекле замршенија. Наиме, иста врста теретних уговора одиста производи исте економске ефекте. Уколико се ради о продаји, купац у замену за исплаћену цену у својој активи бележи право својине на одређеној ствари, док продавац у замену за губитак права својине на истој ствари остварује заједнички утврђен новчани износ (цена). Када се ради добротиним уговорима међу присталицама објективне теорије откривамо неколико ставова. Тако, према једном мишљењу добротини уговори ни немају каузу јер се она очитује у економском еквиваленту кога овде нема, по другима кауза

---

<sup>658</sup> Oertman, P., 1921, *Die Geschäftsgrundlage*, Leipzig, A. Deichert, S. 28.

<sup>659</sup> *Ibid*, S. 41.

<sup>660</sup> Cigoj, S., 1988, str. 120.

<sup>661</sup> Siegmund Schloßmann, 1844–1909.

<sup>662</sup> Antić, O., 2005, str. 832–833.

<sup>663</sup> Гамс, А., 19596, стр. 166.

је одлука дужника да се одрекне тог економског еквивалента, док је према трећима кауза и даље економски ефекат, само што је он у овом случају негативан.<sup>664</sup>

Како обе наведене теорије, као и све идеје које се заснивају на крајностима, наилазе на одређене нелогичности, током XX века настају мешовите теорије о каузи, које се у свом промишљању ослањају како на аргументе присталица субјективног, тако и аргументе оних који заступају објективни поглед на одређење циља уговора. Како се ради о теоријама које се заснивају на премисама две опречна приступа, код мешовитих теорија су приметне оне које нешто већи значај дају фактору воље у свом одређењу каузе, док је код других приметно нагињање ка економским ефектима. Као најзначајнији представници две наведене интерпретације мешовите теорије могу се навести француски теоретичари Жак Мори (објективно-субјективни приступ) и Анри Капитан (субјективно-објективни приступ).

Мори<sup>665</sup> каузу пре свега схвата као појам који објашњава или оправдава пренос одређене економске вредности са једног лица на друго.<sup>666</sup> Разрадом овако постављене основне премисе, Мори закључује како она у себи обједињује и субјективне и објективне елементе. Код теретних уговора, кауза је тако *жељени еквивалент*. Објективни део ове каузе је постојање самог еквивалента, док је онај субјективни намера, интенција да се дати еквивалент оствари. Како код поклона оваквог еквивалента нема, кауза се проналази у његовом намераваном одсуству.

Како би диференцирао каузу од мотива, Мори код добротних уговора уводи додатни критеријум по коме је неопходно дефинисати да ли кауза штити појединачни интерес самих сауговорача или се ради о околности која је од значаја у циљу заштите општег, јавног интереса, чиме у њен појам уводи и улогу њене функције. У првом случају, Мори предност даје свом концепту жељеног еквивалента, па тако страна не може захтевати поништај уговора само на основу мотива. Међутим, у случају да кауза вређа јавни интерес, Мори дозвољава утицај субјективног критеријума (побуда) у циљу утврђивања да ли се у конкретном случају ради о забрањеном или неморалном правном послу.<sup>667</sup>

<sup>664</sup> Perović, S., 1975, str. 202-203.

<sup>665</sup> Jacques Maury, 1889–1981.

<sup>666</sup> Идентична схватања проналазимо у модерној теорији каузе у Италији: „La causa del contratto è la giustificazione di esso nei confronti dell'ordinamento giuridico; causa, quindi, = giustificazione giuridica.” – Franceschetti, P., Causa del contratto, *AltalexPedia*, електронско издање (објављено: 07. 3. 2016). (<https://www.altalex.com/documents/altalexpedia/2016/02/29/causa>, 05. 4. 2021).

<sup>667</sup> Perović, S., 1980, *Obligaciono pravo*, Beograd, Privredna štampa, str. 329–330; Antić, O., 2005, str. 834–835.

Захваљујући начину на који Капитан<sup>668</sup> у својој теорији каузе, коју је изнео двадесетих година XX века, врши симбиозу њених објективних и субјективних аспеката, код значајног броја теоретичара она добија епитет „неокласичне”.<sup>669</sup> Капитан креће од претпоставке да се свако лице обавезује према неком другом лицу искључиво због циља који тим обавезивањем жели постићи. На овај начин је његово основно гледиште субјективно. Међутим, овај психолошки, унутрашњи циљ се, опет, своди на могућност реализације, хипостазирања тог циља. У овом делу кауза добија свој објективни облик.

Капитан сматра како се овај објективизовани елемент каузе код синалагматичких уговора, у ствари, своди на *извршење обавезе друге стране*.<sup>670</sup> На овај начин се кауза не „исцрпљује” у тренутку закључењу уговора, већ она прати уговор све до часа његове реализације. Другим речима, облигација постоји само док постоји њена кауза.<sup>671</sup> Ова дистинкција дозвољава утицај каузе и на случајеве када је услед накнадне немогућности испуњења уговора, која у тренутку закључења није постојала, исти потребно раскинути.

У својој анализи мотива, Капитан сматра да он не улази у поље уговора на начин на који то чини циљ, чиме се у овом делу његова теорија приближава објективном схватању. Међутим, Капитан сматра да се питање побуда може укључити у појам каузе у случајевима када би тај мотив био забрањен или неморалан. Нивелација мотива и каузе је у оваквом промишљању ограничено само на оне случајеве када су странке знале или морале знати да ће их њихови мотиви одвести у правцу недозвољеног циља. Тако, код добротних уговора забрањена или неморална побуда доводи до његове ништавости, а кауза тих уговора се огледа у намери дарежљивости (*intentio liberalis*).<sup>672</sup>

### 2.2.3. Позитивноправна регулатива

Кључни елемент упоредноправне анализе крије се у позитивноправној регулативи којом је конкретни предмет истраживања уређен. Норматива која регулише *consideration* енглеског уговора садржана је у различитим корпусима енглеског права. Примарни извор је, свакако, *common law*, међутим одређени сегменти се могу пронаћи како у тамошњим законима (нпр. *Sale of Goods Act*), тако и у оквиру еквитета или права правичности – *equity* (нпр. *promissory estoppel*), о чему је већ било речи.

<sup>668</sup> Henri Capitant, 1865–1937.

<sup>669</sup> Perović, S., 1975, str. 204.

<sup>670</sup> Antić, O., 2005, str. 832–835.

<sup>671</sup> Дудаш, А., 2011а, стр. 65.

<sup>672</sup> Perović, S., 1975, str. 204–205.

Како се енглески *consideration* пре свега доводи у везу са континенталном каузом, неопходно је указати на делове европских прописа који регулишу овај правни институт. Може се уочити како се одредбе о каузи или основу уговорне обавезе проналазе пре тежно у оквиру романистичког подсистема европско-континенталне породице права. До оваквог нормативног раслојавања у Европи дошло је пошто је кауза, захваљујући несум њивом утицају Поттијеа, у француски Грађански законик ушла на велика врата, након чега се прелила и у законодавства оних држава на које је *Code civil* извршио пресудни утицај. Германистички подсистем не садржи одредбе о каузи захваљујући, између оста лог, јаког утицају антикаузалиста на решења немачког Грађанског законика.

Француски Грађански законик<sup>673</sup> је до измена и допуна из 2016. године садр жао чувена четири члана о каузи, чиме је *Code civil* дуже од два века представљао бастсион каузалистичке мисли у Европи. Међутим, недавно спроведеном реформом су дати чланови брисани из текста закона, те је тако концепт каузе као услова важности уговора у француском праву напуштен.

Ипак, с обзиром на њихов утицај на остале европске прописе о каузи, неопходно је указати на недавно брисане одредбе.<sup>674</sup>

Члан	Изворни текст	Превод
Article 1108	Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : Le consentement de la partie qui s'oblige ; Sa capacité de contracter ; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; Une cause licite dans l'obligation.	Четири су услова битна за важност уговора: пристанак стране која се обавезује; њена способност за уговарање; одређен предмет који чини садржину обавезе; допуштен основ у облигацији.

Након ове „кровне” одредбе, *Code civil* је у посебном одељку нормирао три аспекта свог института кауза.

Члан	Изворни текст	Превод
Article 1131	L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet.	Облигација без основа, или на лажном основу, или на недопуштеном основу, не може имати никаквог дејства.
Article 1132	La convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée.	Уговор важи и ако његов основ није изра жен
Article 1133	La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public.	Основ је недопуштен, кад је законом забра њен, кад је противан добрим обичајима или јавном поретку.

<sup>673</sup> *Le Code civil des Français* entrée en vigueur 21 mars 1804.

<sup>674</sup> Српски превод француског Грађанског законика преузет је из: Марковић, Ч., 1925, *Општи део тра жбеног права, одговарајући текстови француског, немачког и швајцарског грађанског законика*, Београд, Геца Кон, стр. 10, 15.



Пре спроведених реформи, француски правници су разликовали *објективну* и *субјективну* каузу. Објективном каузом сматран је апстрактни циљ уговора који се проналази у противчинидби друге стране и који је код одређене врсте уговора увек исти (на пример, код уговора о продаји то је однос *стицање права својине – цена*). Субјективна кауза се односила на личне разлоге због којих су стране закључиле уговор и који су претежно различити. Како би уговор био пуноважан, ови субјективни разлози су морали испуњавати услов допуштености (*cause licite*).<sup>675</sup> Цитиране одредбе су и данас на снази у белгијском и луксембуршком праву.<sup>676</sup>

Проблематичност каузе огледала се у околности да су је француски судови нашироко користили како би спречили дејство уговора који је остављао утисак „лоше погодбе”.<sup>677</sup> Ово је довело да жустрих расправа међу тамошњим правницима. Према њеним поборницима, кауза је била инструмент очувања правичности уговора, док је према њеним критичарима стимулисала изразиту правну несигурност. На крају, мишљење ових других је преовладало. Ипак, упркос усхићењу оних који у реформама из 2016. године препознају револуционарни обрт француског уговора<sup>678</sup>, промене нису толико далекосежне као што се на први поглед може учинити.

Када се ради о ранијем захтеву формираном око концепта субјективне каузе, изменама и допунама из 2016. године уведен је нови члан Законика који се може разумети као њен наставак, а који гласи:

Члан	Изворни текст	Превод
Article 1162	Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties.	Уговор не може нарушити јавни поредак, било својим одредбама или својим циљем, без обзира да ли је потоњи био познат свим странама или не.

<sup>675</sup> Rowan, S., 2017, The New French Law of Contract, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 66 No. 4, pp. 813–814.

<sup>676</sup> Белгија и Луксембург су две европске државе које нису самостално израдиле своје националне цивилне кодексе, већ су француски *Code civil* у целости преузеле као део свог позитивног права. Наравно, временом су законодавна тела ових држава усвајала, свака своје измене и допуне датог законика, праћена специфичним тумачењима од стране судова тих држава. Цитиране одредбе француског Грађанског законика су у ове две државе још увек на снази у свом основном облику.

<sup>677</sup> Примера ради, француски Касациони суд је у одлуци из 1996. године, познатој као *Случај видео касета*, утврдио како уговор нема каузу пошто би његово извршење било економски немогуће на начин на који су га стране закључиле (<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007036953/>, 28. 9. 2021).

<sup>678</sup> Deshayes, O., Genicon, T., Laithier, Y., 2016, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Paris, LexisNexis, p. 171.

У односу на ранији захтев постојања објективне каузе, чини се да се редактори законика и даље руководе сличним принципима када су му додали следећа два нова члана:

Члан	Изворни текст	Превод
Article 1169	Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire.	Онерозни уговор сматра се за ништак уколико је у време његовог закључења уговорена против-чинидба у корист друге стране илузорна или бесмислена.
Article 1170	Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite.	Све одредбе уговора које суштину дужникових обавеза лишшавају смисла се сматрају за неуговорене (неписане).

На који начин ће француски судови примењивати ове нове одредбе Грађанског законика, остаје да се види.

Италијански Грађански законик<sup>679</sup> готово у целости подражава одредбе брисаних чланова свог француског еквивалента. *Codice civile* осим што прати ранију француску систематику четири услова постојања пуноважног уговора, на сличан начин дефинише и појам недопуштене каузе.

Тако, по узору на ранији чувени члан 1108. француског законика, и италијански прво нормира услове пуноважности уговора.

Члан	Изворни текст	Превод
Art. 1325.	<p><i>Indicazione dei requisiti.</i></p> <p>I requisiti del contratto sono:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1) l'accordo delle parti;</li> <li>2) la causa;</li> <li>3) l'oggetto;</li> <li>4) la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità</li> </ol>	<p><i>Испис услова</i></p> <p>Услови уговора су:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1) споразум страна;</li> <li>2) кауза;</li> <li>3) предмет;</li> <li>4) форма, у случају када је законом предвиђена под претњом ништавости.</li> </ol>

Ипак, у односу на свој узор, италијански Грађански законик иде корак даље прецизирајући утицај заједничке намере уговорних страна на каузу уговора. Тако, у односу на француски концепт недопуштене каузе, *Codice civile* прецизира како она постоји и у случајевима када стране својим споразумом желе да избегну примену принудних прописа. Такође, законик нормира и утицај заједничких недозвољених побуда страна уговорница предвиђајући да је такав уговор недопуштен.

<sup>679</sup> *Codice civile*; promulgazione 16 marzo 1942.

Члан	Изворни текст	Превод
Sezione II <b>Della causa del contratto</b> Art. 1343.	<i>Causa illicita</i> La causa è illecita quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume	<i>Недопуштена кауза</i> Кауза је недопуштена када је противна принудним прописима, јавном поретку и добрим обичајима.
Art. 1344.	<i>Contratto in frode alla legge</i> Si reputa altresì illecita la causa quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa	<i>Уговор којим се изиграва закон</i> Сматраће се да уговор закључен у намери да се избегне примена принудних прописа садржи недопуштену каузу.
Art. 1345.	<i>Motivo illecito</i> Il contratto è illecito quando le parti si sono determinate a concluderlo esclusivamente per un motivo illecito comune ad entrambe	<i>Недопуштена побуда</i> Уговор је недопуштен када су стране одлучиле да га закључе искључиво из заједничких недопуштених побуда.

Иако су цитиране одредбе италијанског Грађанског законика подударне са његовим француским панданом, одређена појмовна разлика ипак постоји. Француско право оптира за каузу обавезе, док према наслову (рубруму) цитираног одељка италијанско право има на уму каузу уговора (*Della causa del contratto*). Према појединим тумачењима, док би се кауза обавезе могла посматрати као субјективно одређење („најјача, најнепосреднија побуда која усмјерава уговаратеља не само да склопи уговор, него и да преузме обавезу”<sup>680</sup>), кауза уговора би имала објективни параметар који је код исте врсте уговора увек исти (примера ради, код купопродаје кауза уговора је прелазак права својине са продавца на купца).

Шпански Грађански законик<sup>681</sup> је за разлику од француског и италијанског, пре конкретних одредби о дејству каузе на уговорне обавезе, формирао њену јасну дефиницију. *Código Civil* је на тај начин један од атипичних примера у романистичком подсистему европско-континенталне породице права, с обзиром на то да су законске дефиниције у њему веома ретке. Може се закључити како је шпански законодавац, вероватно у намери да ограничи претежни утицај партикуларних права (*derecho foral*), прибегло пракси карактеристичној за германистички подсистем, пре свега немачког Грађанског законика који карактерише доследна примена јасно дефинисаних израза што, како смо већ приметили, у многоме доприноси његовој нормативној прецизности.

Дефиниција каузе шпанског Грађанског законика гласи:

<sup>680</sup> Klarić, P., Vedriš, M., 2009, *Gradansko pravo*, Zagreb, Narodne novine, str. 150.

<sup>681</sup> *Código Civil de España*; promulgación 24 de julio de 1889.

Члан	Изворни текст	Превод
Artículo 1274	En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor	Код онерозних уговора каузом сваке уговорне стране сматра се престација или обећање ствари или чинидбе друге стране, код уговора уз накнаду, чинидба или корист која се плаћа, а код чисто добротворних уговора је то проста великодушност добротвора.

Након законске дефиниције каузе, шпански *Código Civil* у складу са цитираним француским и италијанским одредбама, пре свега нормира утицај који на уговор има недозвољена кауза. Попут свог француског пандана, и овде проналазимо одредбу о претпоставци постојања каузе иако није изражена, коју италијански законик испушта. Међутим, шпански законодавац предвиђа могућност да у случају неизражене каузе дужник може доказивати њено непостојање.

Поред проширења одредбе о неизраженој каузи, шпански законодавац и француску лажну каузу (коју *Codice civile* не нормира), допуњује одредбом о опстанку уговора у случају да се на место оне лажне, утврди постојање стварне и допуштене каузе.

Члан	Изворни текст	Превод
Artículo 1275.	Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral.	Не производе дејство уговори без каузе или са недозвољеном каузом. Кауза је недозвољена уколико је противна закону или моралу.
Artículo 1276.	La expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita.	Не производе дејство уговори без каузе или са недозвољеном каузом. Кауза је недозвољена уколико је противна закону или моралу.
Artículo 1277.	Aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario.	Претпоставља се да уговор садржи дозвољену каузу и када она није изражена, осим уколико дужник не докаже другачије.

Румунски Грађански законик из 2011. године<sup>682</sup> када се ради о основу уговорне обавезе (кауза) прати основни концепт свог француског имењака. Ово каузалистичко опредељење, румунско облигационо право је дефинисало још у свом првом цивилном кодексу из 1865. године.

Попут претходно цитираних законских одредби, и најновији *Codul civil* каузу наводи као један од експлицитних услова пуноважности уговора.

<sup>682</sup> *Codul civil al României*; Monitorul Oficial Partea I nr. 505-2011.

Члан	Изворни текст	Превод
Articolul 1.179	<p><i>Condițiile esențiale pentru validitatea contractului</i></p> <p>(1) Condițiile esențiale pentru validitatea unui contract sunt:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. capacitatea de a contracta;</li> <li>2. consimțământul părților;</li> <li>3. un obiect determinat și licit;</li> <li>4. o cauză licită și morală.</li> </ol> <p>(2) În măsura în care legea prevede o anumită formă a contractului, aceasta trebuie respectată, sub sancțiunea prevăzută de dispozițiile legale aplicabile</p>	<p><i>Основни услови пуноважности уговора</i></p> <p>(1) Основни услови пуноважности уговора су:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. способност уговарања;</li> <li>2. споразум страна;</li> <li>3. одређен и законит предмет;</li> <li>4. дозвољена и морална кауза.</li> </ol> <p>(2) У случају да закон предвиђа посебну форму уговора, она мора бити примењена под претњом последица предвиђеним сходним законским одредбама</p>

Након што утврди њену неопходност за заснивање уговорног односа, румунски Грађански законик ближе одређује не само правно дејство каузе у уговору, већ нуди и њен општи појам.

Члан	Изворни текст	Превод
§5. Cauza Articolul 1.235	<p><i>Noțiune</i></p> <p>Cauza este motivul care determină fiecare parte să încheie contractul.</p>	<p><i>Појам</i></p> <p>Кауза је разлог који сваку од страна наводи на закључење уговора.</p>
Articolul 1.236	<p><i>Condiții</i></p> <p>(1) Cauza trebuie să existe, să fie licită și morală.</p> <p>(2) Cauza este ilicită când este contrară legii și ordinii publice.</p> <p>(3) Cauza este imorală când este contrară bunelor moravuri</p>	<p><i>Услови</i></p> <p>(1) Кауза мора постојати, те бити дозвољена и морална.</p> <p>(2) Кауза је недозвољена уколико је противна закону и јавном поретку.</p> <p>(3) Кауза је неморална уколико је противна добрим обичајима.</p>
Articolul 1.237	<p><i>Frauda la lege</i></p> <p>Cauza este ilicită și atunci când contractul este doar mijlocul pentru a eluda aplicarea unei norme legale imperative.</p>	<p><i>Изигравање закона</i></p> <p>Кауза је недозвољена и уколико је уговор само средство страна да избегну примену принудних прописа.</p>
Articolul 1.238	<p><i>Sanctiune</i></p> <p>(1) Lipsa cauzei atrage anulabilitatea contractului, cu excepția cazului în care contractul a fost greșit calificat și poate produce alte efecte juridice.</p> <p>(2) Cauza ilicită sau imorală atrage nulitatea absolută a contractului dacă este comună ori, în caz contrar, dacă cealaltă parte a cunoscut-o sau, după împrejurări, trebuia s-o cunoască</p>	<p><i>Правна последица</i></p> <p>(1) Недостатак каузе доводи до рушљивости уговора, осим уколико је уговор погрешно квалификован и може узроковати друге правне последице.</p> <p>(2) Незаконита и неморална кауза доводе до апсолутне ништавости уговора уколико је то обострано познато, односно уколико је друга страна за то знала или из околности морала знати.</p>
Articolul 1.239	<p><i>Proba cauzei</i></p> <p>(1) Contractul este valabil chiar atunci când cauza nu este expres prevăzută.</p> <p>(2) Existența unei cauze valabile se prezumă până la proba contrară.</p>	<p><i>Доказивање каузе</i></p> <p>(1) Уговор је пуновачан и када кауза није изражена.</p> <p>(2) Постојање каузе се претпоставља док се не докаже супротно.</p>

Дакле *Codul civil*, попут шпанског Грађанског законика, осим што уређује питање дејства каузе, нуди и своју законску дефиницију тог појма, одређујући га као онај *разлог* (једнина) који стране наводи на закључење уговора. За разлику од дескриптивне и фрагментисане дефиниције каузе из члана 1274 шпанског Грађанског законика, румунски законодавац апстрахује дати правни институт као типски узрок покретача воље, по чему се он приближава његовим објективно-субјективним тумачењима.

Бугарски Закон о облигацијама и уговорима из 1950. године<sup>683</sup> такође следи каузалистички концепт уговора. Недостатак каузе у бугарском праву доводи до ништавости уговора. Међутим, *Закон за задълженията и договорите* каузу, односно основ, регулише свега једном својом одредбом – члан 26, став 2.

Члан	Изворни текст	Превод
Чл. 26	(2) Нишожни са и договорите, които имат невъзможен предмет, договорите, при които липсва съгласие, предписана от закона форма, основание, както и привидните договори. Основанието се предполага до доказване на противното	(2) Ништави су уговори који имају немогући предмет, уговори којима недостаје сагласност воља, законом предвиђена форма, основ, као и привидни уговори. Постојање основа се претпоставља док се не докаже супротно.

Португалски Грађански законик из 1966. године<sup>684</sup> је за разлику од свог сто година старијег претходника<sup>685</sup>, у добром делу напустио романистичку традицију и приклонио се решењима карактеристичним за германистички подсистем европско-континенталне породице права. У том смислу су из њега изостале и одредбе које се тичу каузе или основа уговора на начин на који их нормирају француски, италијански или шпански цивилни кодекс. Међутим, треба приметити да је у португалски *Código civil* током недавно спроведених измена и допуна<sup>686</sup> уврштен и један нови члан којим се у португалско уговорно право уводи претпоставка симетричности и паритета свих грађанских и трговачких уговора, осим уколико је посебним одредбама другачије одређено. Под појмовима „паритет” односно „симетричност”, свакако треба разумети узјаманост обавеза на чему почивају како *causa* континенталног теретног уговора, тако и *consideration* енглеског уговора као таквог.

<sup>683</sup> *Закон за задълженията и договорите*; Обн. ДВ, бр. 275 от 22.11.1950 г.; в сила от 01.01.1951 г.

<sup>684</sup> *Código Civil português*; vigente foi aprovado a 25 de Novembro de 1966 e entrou em vigor a 1 de Junho de 1967.

<sup>685</sup> Чл. 657-660 португалског Грађанског законика из 1867. године су садржали јасне одредбе о каузи уговорне обавезе.

<sup>686</sup> Lei nº 13.874, de 2019.

Осим што успоставља претпоставку узајамности уговора, нови члан Законика наведени принцип додатно унапређује заштитом у односу на прописе других закона.

Члан	Изворни текст	Превод
Art. 421-A.	<p>Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que:</p> <p>I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução;</p> <p>II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e</p> <p>III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada</p>	<p>Претпоставља се да се грађански и трговачки уговори заснивају на односу паритета и симетричности, под условом да конкретни чиниоци не оправдају поништај такве претпоставке, осим када је посебним законима зајемчено</p> <p>I – да стране у преговорима могу успоставити објективне параметре за тумачење одредби уговора које се односе на услове њихове контроле и укидања;</p> <p>II – да споразум странака о прелазу ризика мора бити уважен и примењен; и</p> <p>III – да до ревизије уговора може доћи само изузетно и под ограниченим условима.</p>

### 2.3. Антикаузалистичко становиште

Убрзо након формирања класичне теорије о каузи и њеног нормирања у француском Грађанском законнику, појављују се мишљења да се ради о сувишном појму који треба напустити. Овакав став дела правничке јавности може се разумети и као оправдана реакција на неуспех класичне француске теорије да до краја реши проблем појмовног одређења каузе.<sup>687</sup> Присталице ове школе мишљења се означавају као *антикаузалисти*. Захваљујући управо њиховом утицају, грађански законици германистичког подсистема европско-континенталне породице права (Немачка, Аустрија, Швајцарска, српски Грађански законик 1844) не садрже одредбе о каузи као услову пуноважности уговора<sup>688</sup> на начин на који је то случај у романистичком подсистему.

#### 2.3.1. Теорија оспоравања каузе

Зачетником антикаузалистичке мисли сматра се белгијанац Ернст<sup>689</sup>, професор Универзитета у Лијежу. Ернст је 1826. године објавио посебну студију<sup>690</sup> у којој доводи у

<sup>687</sup> Гамс, А., 1959б, стр. 162.

<sup>688</sup> Markesinis, B., 1978, Cause and Consideration: A Study in Parallel, *The Cambridge Law Journal* Vol. 37, Issue 1, p. 54.

<sup>689</sup> Antoine Ernst, 1796–1841.

<sup>690</sup> Ernst, A., 1826, *La cause est-elle une condition essentielle pour la validité des conventions?*, Tome I, Liège, Fr. Lamarié.

питање неопходност каузе за пуноважност уговора и поставља јасне контуре аргумената о излишности тог појма у уговорном праву.

Основна идеја антикаузалиста почива на схватању да је идеја о циљу уговора као услову његовог настанка супротност сама по себи (*contradictio in adiecto*).<sup>691</sup> Приговор логичке неодрживости захтева каузе код двострано обавезујућих уговора почива на чињеници како се не може рећи да је обавеза једне стране кауза обавезе оне друге, пошто се кауза и дејство уговора не рађају истовремено.<sup>692</sup> Касније је приговор да се последицом уговора жели објаснити његов настанак допуњен околношћу да уговорне обавезе настају истовремено, док кауза логички претходи настанку дејстава уговора, односно претходи самим уговорним обавезама. *Ergo*, ако је услов настанка обавезе једне стране управо обавеза оне друге, а дате обавезе настају истовремено, те обавезе не могу никада настати.<sup>693</sup> Ову појединост је истакао француски цивилиста Планиол<sup>694</sup> који је тиме унапредио Ернстово схватање, јер је првобитно уочену противречност по којој дејство уговора условљава његов настанак, преместио на проблем симултаног односно истовременог настајања обавеза обеју страна.<sup>695</sup>

Поред аргумента логичке неодрживости, антикаузалисти своје становиште о излишности каузе доказују и одређеним практичним аргументима. Њихов је закључак да се укупност онога што се каузом жели објаснити, у ствари, на задовољавајући начин објашњава предметом уговора и сагласношћу воља.

Када се код двострано обавезујућих уговора каже да им недостаје кауза, односно да је кауза недопуштена, ништавост уговора, у ствари, почива на непостојању или недопуштености предмета уговора. Примера ради, када се код уговора о продаји утврди да продата ствар не постоји, или да је њен промет императивним прописима забрањен, сувишно је рећи како је купчева обавеза исплате продајне цене „без каузе” или да се заснива на „недозвољеној каузи”. Недостатак датог правног посла је ништа више до немогућност или недопуштеност предмета – престације продавца.<sup>696</sup>

Ствар постаје нешто јаснија код реалних уговора. Према мишљењу антикаузалиста, не може се сматрати за каузу оно што је чињеница из које уговор уопште настаје. Наиме, како се до закључења реалних уговора долази радњом – предајом ствари која је обавеза

<sup>691</sup> Салма, Ј., 2006, стр. 180–181.

<sup>692</sup> Perović, S., 1975, str. 201.

<sup>693</sup> Antić, O., 2005, str. 830.

<sup>694</sup> Marcel Planiol, 1853–1931.

<sup>695</sup> Дудаш, А., 2011а, стр. 60.

<sup>696</sup> Perović, S., 1975, str. 201.



једне од страна (нпр. зајмодавац) – кауза уговора не може бити истовремено и претпоставка његовог настанка. Нема смисла говорити о томе да кауза код уговора о зајму није постојала ако ствар није дата, пошто ни обавеза враћања није постојала све док није дошло до предаје, односно док уговор није закључен.<sup>697</sup>

У делу цивилистике став о сувишности каузе довео је до схватања како је, у ствари, излишно бавити се проблематиком предмета уговора. Другим речима: управо каузом може се решити све што изискује потребу за појмом предмета уговора.<sup>698</sup> Карбоније<sup>699</sup>, сматра како је цео овај проблем архаично обојен, односно да је енигма забрањеног предмета уговора, или боље забрањене каузе, само остатак једног од табуа Наполеоновог законодавства који води порекло још од *res sacra* римског права.<sup>700</sup>

Када се ради о добротиним уговорима, одсуство намере добротинства према антикаузалистима није никакво одсуство *каузе* уговора већ пре свега одсуство *сагласности воља*.<sup>701</sup> Споразум или сагласност воља представља онтолошко одређење уговора, његово биће. *Animus donandi* не може се одвојити од намере добротвора, од његове воље, а без те воље нема ни уговора јер је *animus donandi* ништа друго до услов настанка те сагласности.<sup>702</sup> Тако је појам каузе у овом смислу вештачки створен и сувишан.

Коначно, антикаузалисти истичу и одређене историјске разлоге у прилог својих ставова. Према њиховом мишљењу, до савременог концепта каузе се дошло погрешном интерпретацијом онога што се у римском праву означавало појмом *causa*. Док се данас каузом сматра основ или циљ уговорне обавезе, римски правници су дати појам употребљавали, између осталог, у значењу самог контракта из кога су обавезе настајале.

### 2.3.2. Немачке теорије о каузи

Основе немачке грађанскоправне теорије треба, пре свега, тражити у „модерном” пандектном праву које је чак представљало корпус позитивних прописа све до почетка примене Грађанског законика 1900. године. Немачки правници дуго су занемаривали питање каузе уговорне обавезе. Додуше, *циљ правног посла* нису могли избећи у односу на материју неоснованог обогаћења (*condictio sine causa*), али руковођени римским правом, као основним узором пандектиста, појам *causa* су превасходно везали за *правни основ*

<sup>697</sup> Cigoj, S., 1988, str. 117.

<sup>698</sup> Станојевић, О., 1971, стр. [519]–520.

<sup>699</sup> Jean Carbonnier, 1908–2003.

<sup>700</sup> Carbonnier, J., 1963, *Théorie des obligations*, Paris, Presses Universitaires de France, p. 130.

<sup>701</sup> Antić, O., 2005, str. 831.

<sup>702</sup> Perović, S., 1975, str. 201.

или титулус. Ипак, одредбе немачког Грађанског законика о апстрактним правним пословима су веома брзо актуелизовале питање ближег одређења овог појма.<sup>703</sup>

Апстрактни правни послови присутни су у готово свим правима и примарно се одnose на издавање меница и других хартија од вредности. *Bürgerliches Gesetzbuch* познаје одређени број конкретних апстрактних правних послова, као што су пренос потраживања (§ 398), обећање дуга односно плаћања (§ 780), те тзв. стварни уговор (§ 929 – *Einigung über den Übergang*).<sup>704</sup> Код овог последњег, ради се о уговору о преносу права својине на основу споразума,<sup>705</sup> који се разликује од основног правног посла. Њега бисмо се, у складу са аустријском правном традицијом, у домаћим правним круговима означили као *modus acquirendi*. Другим речима, извршење или реализација основног уговора (*iustus titulus*), код преноса права својине на покретним стварима је нова сагласност воља, која сада није каузална – није од значаја зашто је једна од страна одлучила да пренесе право својине на другу – чиме овај уговор подсећа на римску стипулацију. У случају неслагања између основног правног посла и овог „транслативног”, преносилац није у могућности да се користи ревиндикацијом (што би био случај у нашем или аустријском праву), већ искључиво кондикцијом.<sup>706</sup> Овакав домашај апстрактних правних послова је у немачком праву актуелизовао прецизирање појма каузе.

Немачки професор грађанског права Нипердеј<sup>707</sup> истиче како према претежном ставу немачких теоретичара, кауза постоји само у случају правних послова о отуђењу на основу споразума (*Zuwendungs geschäfte*). Другим речима, кауза се појављује само код оних правних послова који служе као средство економског односно имовинског промета.<sup>708</sup> Он каузу дефинише у објективном и у субјективном смислу, па је према овом другом то *намера* управљена на одређени правни циљ отуђења, а у објективном *резултат* или *остварење* тог циља.<sup>709</sup> Сличан закључак проналазимо и нешто раније, код Цителмана<sup>710</sup> који каузалност изјаве воље пре свега разуме као *мотивисани правни циљ*.<sup>711</sup>

<sup>703</sup> Гамс, А., 1959б, стр. 163.

<sup>704</sup> Ehmman, H., 2003, Zur Causa-Lehre, *Juristen Zeitung*, 58. Jahrg., Nr. 14, S. 703.

<sup>705</sup> „Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, dass der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, dass das Eigentum übergehen soll. Ist der Erwerber im Besitz der Sache, so genügt die Einigung über den Übergang des Eigentums.” – § 929 *Bürgerliches Gesetzbuch*.

<sup>706</sup> Гамс, А., 1959б, стр. 164–165.

<sup>707</sup> Hans Carl Nipperdey, 1895–1968.

<sup>708</sup> Гамс, А., 1964, Апстрактни правни послови, *Анали*, бр. 1, стр. 55.

<sup>709</sup> Ennecserus, L., Nipperdey, H. C., 1952, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, Tübingen, Siebeck, S. 621-622.

<sup>710</sup> Ernst Zitelmann, 1852–1923.

<sup>711</sup> Zitelmann, E., 1879, *Irrtum und Rechtsgeschäft: Eine psychologisch-juristische Untersuchung*, Leipzig, Duncker & Humblot, S.160–161.

Цитирани ставови о каузи су у делу немачке правне мисли оспоравани, пре свега у оквиру тамошње економске теорије, чији је први представник Шлосман. Традиционално немачко схватање каузе критиковао је и Штамп<sup>712</sup>, који је на место традиционалне поделе на каузалне и апстрактне правне послове, предлагао деобу на основне и помоћне послове. Како је правни посао увек усмерен на одређени економски ефекат, у групу основних спадају они којима се жели постићи укупан економски ефекат. За ове послове је карактеристично да су типични, као и да свака од категорија основних послова увек остварује унапред познате идентичне ефекте. Помоћни послови само модификују или на други начин врше одређене измене у основним пословима (цесија, отпуст дуга).<sup>713</sup>

Појам основа правног посла (*Geschäftsgrundlage*) у немачкој правној теорији двадесетих година прошлог века коначно развија Пол Ертман, најзначајнији представник ове теорије која је и данас доминантна међу немачким теоретичарима. Према Ертману, основ правног посла је она очигледно присутна и од друге стране уочљива представа о постојању или будућем наступању, односно ненаступању одређених околности на којима се заснива воља изражена у правом послу приликом његовог закључења.<sup>714</sup> Примери околности на које се заједничка представа уговорних страна може односити су начелна еквивалентност узајамних давања, приближна стабилност цена, могућност набавке робе, и сл.<sup>715</sup> Ертман сматра да основ правног посла карактеришу три кључна обележја. Прво, његова суштина је заједничка представа страна о одређеној околности или представа једне од страна која је другој била позната и коју она није оспорила. Затим, представа се односи на чињенице које су постојале у тренутку закључења уговора, или на очекивано наступање или ненаступање одређених чињеница. И коначно, основ посла није део воље за закључење уговора, већ он тој вољи претходи.<sup>716</sup>

Овај, превасходно субјективни притуп основу правног посла накнадно је унапредио теоретичар Ларенц<sup>717</sup> укључивши у појам основа правног посла и одређене објективне елементе. Субјективни основ правног посла је код њега релативно подударан са Ертмановим схватањима, у који он укључује појам заблуде. Под објективним основом правног посла Ларенц разуме оне околности које су нужне за постојање уговора као

<sup>712</sup> Ernst Stampe, 1856–1942.

<sup>713</sup> Stampe, E., 1904, *Das Causa-problem des Civilrechts, eine rechtspolitische Studie am [Paragrafen] 365 B.G.B.*, Greifswald, Julius Abel.

<sup>714</sup> Дудаш, А., 2011а, стр. 67-68.

<sup>715</sup> Ђурђевић, М., 1994, *Раскидање или измена уговора због промењених околности*, магистарски рад, Правни факултет Универзитета у Београду, стр. 78.

<sup>716</sup> Дудаш, А., 2011а, стр. 68.

<sup>717</sup> Karl Larenz, 1903–1993.

смисленог, сврсисходног и правичног уређења односа његових страна. Значај овог института он види у ситуацијама када није дошло до немогућности испуњења уговорне обавезе, али је одређени поремећај на конкретно испуњење обавезе утицао на тај начин да је оно, иако још увек могуће, постало нецелисходно. По Лоренцу, када отпадне овакав основ правног посла, могућа решења су његов раскид или измена садржине.<sup>718</sup>

Економској теорији основа правног посла се у немачкој доктрини приговарало због тога што каузу дефинише на крајње нереалан начин. Наиме, код двострано обавезујућих уговора кауза је *корист* коју дужник прима од друге стране у замену за своју обавезу. Оваква узајамна корист коју стране уговором омогућавају једна другој, је у економском смислу неостварива. Наиме, уколико продавац прода ствар за цену која је повољнија од просечне, купац нема корист од датог уговора, и обрнуто. Тако, уколико би се кауза обавезе разумела као корист, она постоји само код оне стране која ју је остварила, док обавеза друге стране нема своју каузу, обзиром да у замену за њу није никаква корист остварена. Сличан приговор постоји и у готово нереалној ситуацији када обавезе уговорних страна имају идентичну економску вредност. У тој ситуацији кауза опет не постоји, али сада код обе стране, пошто ниједна од њих није у замену за своју обавезу остварила никакву корист.<sup>719</sup>

Модерна немачка цивилистика експлицитно се не позива на теорију каузе. Међутим, код теретних уговора се јасно препознаје како њихову суштину представља узајамност обавеза. Другим речима, једна страна се обавезала на испуњење своје обавезе узимајући у обзир обавезу испуњења противчинидбе оне друге.<sup>720</sup> Теретни уговор се закључује у односу на одређени правни циљ (*Rechtswzweck*), односно циљ уговора (*Zweck des Vertrages*). Основна карактеристика оваквог циља је да је типизиран или објективно дат за сваку врсту уговора, чиме се одваја од побуда за закључење уговора.<sup>721</sup>

Фикенчер<sup>722</sup> примећује разлику између изворне синалагматичности (*genetisches Synallagma*) и функционалне синалагматичности (*funktionelles Synallagma*) теретних уговора. Док је она прва присутна у тренутку закључења уговора, друга прати уговор све до тренутка његовог престанка, пружајући основ разумевању утицаја које околности као што су неиспуњење обавезе или испуњење са недостатком имају на уговорни однос.<sup>723</sup>

<sup>718</sup> Ђурђевић, М., 1994, стр. 80-83.

<sup>719</sup> Салма, Ј., 2006, стр. 181-182.

<sup>720</sup> Fikentscher, W., Heinemann, A., 2006, *Schuldrecht*, Berlin, Rechtswissenschaftsverlag, S. 37.

<sup>721</sup> *Ibid*, S. 89.

<sup>722</sup> Wolfgang Fikentscher, 1928-2015.

<sup>723</sup> Fikentscher, W., Heinemann, A., 2006, S. 89.

Када се ради о циљу добродиног посла (*Liberalitätszweck*) Ехман<sup>724</sup> истиче како му се у овим случајевима никакав додатни циљ, осим дарежљивости, не сме придавати. Иако иза сваког поклона лежи одређена лична побуда, она је за право невидљива и ирелевантна. Наиме, у случају укључивања такве побуде у правни посао, он би престао бити добродин и претворио би се у класичну трампу или размену. Једина „узвратна обавеза“ дарованог је благодарност.<sup>725</sup>

Швајцарски професор Симониус<sup>726</sup> сматра да нормативно одсуство каузе у тамошњем Законику о облигацијама почива на нечему што он назива „теорија поуздања“ (*la théorie de la confiance*). Уговорне стране, сматра Симониус, претпостављају да уговор садржи и све предуслове његове пуноважности, без обзира на околност да исти нису у целости изражени. Овако формулисана, теорија поуздања умногоме подсећа на Ертманов концепт заједничке представе уговорних страна. Одсуство посебног нормирања каузе у швајцарском праву је, према Симониусу, омогућено чињеницом да је кауза обухваћена једним ширим појмом „основног услова“ (*Voraussetzungen*) који швајцарски судови пре свега одвајају од свих могућих мотива који су уговорне стране навеле на његово закључење. На тај начин, закључује Симонису, швајцарско уговорно право је у техничком смислу антикаузалистичко, а у суштини каузалистичко.<sup>727</sup>

### 2.3.3. Позитивноправна регулатива

Грађанска права која се заснивају на антикаузалистичком схватању уговора не садрже прописе о каузи какве проналазимо у француском, италијанском, те шпанском цивилном кодексу. Већина грађанских законика насталих у Европи током XX века (има их преко тридесет) су у својој суштини „антикаузалистички“. Могло би се рећи да су они на подручју Европе у већини.<sup>728</sup> У ову групу европских права спадају, свакако, германистички подсистем, нордијска права, као и права бивших народних република<sup>729</sup>. У међувремену, и одређена права која припадају романистичком подсистему су напустила своје

<sup>724</sup> Horst Ehmman, 1935.

<sup>725</sup> Ehmman, H., 2003, S. 709.

<sup>726</sup> August Simonius, 1885–1957.

<sup>727</sup> „Il semble donc loisible de dire, si l'on se place au point de vue de la doctrine française, que le droit suisse est 'causaliste' en principe, mais 'anticausaliste' en ce concerne sa technique.“ – Simonius, A., 1939, Quelques remarques sur la cause des obligations en droit suisse, *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Paris, Dalloz, p. 760.

<sup>728</sup> Салма, Ј., 2006, стр. 185-188.

<sup>729</sup> Појам „права народних република“ настао је у оквиру упоредноправне мисли у периоду Хладног рата како би означио правне системе држава централне и источне Европе формираних по узору на совјетско право.

јасно каузалистичко одређење. Последњи пример отклона ове врсте проналазимо у реформи француског Грађанског законика из 2016. године.

Међутим, као што је већ наведено, кауза као циљ правног посла није се могла у целости избећи у прописима који следе антикаузалистички приступ уговору. У том смислу је већ указано на поделу на каузалне и апстрактне правне послове немачког Грађанског законика, чији је утицај приметан и у осталим европским правима. Другим речима, и у прописима антикаузалистичког круга правних поредака, осетно је „присуство непостојећег”.

Немачки грађански законик<sup>730</sup> спада у ред оних националних прописа у којима је појам каузе изостављен. Редактори законика сматрали су како је појам предмета уговора довољан да покрије и поље које је код каузалиста резервисано за основ уговорне обавезе. *Bürgerliches Gesetzbuch*, заједно са швајварским Законом о облигацијама, уместо „предмет” користи појам „садржина уговора” (*Inhalt des Rechtsgeschäfts*), којим, према мишљењу домаћих каузалиста, обједињује појмове кауза и предмет.<sup>731</sup>

Одредбу немачког Грађанског законика на коју се у каузалистичкој правној мисли најчешће указује као „доказ” неадекватности свођења каузе на предмет уговора, је његов § 812, који се односи на институт стицања без основа.

Члан	Изворни текст	Превод <sup>732</sup>
§ 812	(1) Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet. Diese Verpflichtung besteht auch dann, wenn der rechtliche Grund später wegfällt oder der mit einer Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt.	(1) Ко чинидбом другог или на неки други начин на штету другог што добије без правног основа, обавезан му је на повраћај. Ова обавеза постоји и онда кад правни основ доцније отпадне или кад не наступи успех, који је према садржини правног посла, био циљ чинидбе

Цитирана одредба, иако у себи садржи формулацију „на штету другог”, се сасвим извесно не односи на штету која је последица деликтне радње, опасне ствари или делатности јер би се у том случају радило о облигационом односу чији је основ накнада штете, а не неосновано обогаћење, институт регулисан §§ 812-822 законика. Исто тако, „правни основ” из става 1 несумњиво се односи на титулус, као што су одређени правни посао или законска одредба, а не на основ обавезе, коју поистовећујемо са каузом.

<sup>730</sup> *Bürgerliche Gesetzbuch*; Ursprüngliche Fassung vom: 18. August 1896; Inkrafttreten am: 1. Januar 1900.

<sup>731</sup> Antić, O., 2005, str. 831.

<sup>732</sup> Превод преузет из: Марковић, Ч., 1925, стр. 118.

Према мишљењу професора Перовића, други део првог става цитираног параграфа указује да је немачки Грађански законик кроз установу неоснованог обogaћења усвојио објективно схватање каузе, с обзиром да је изједначио *правни основ* и *циљ чинидбе*.<sup>733</sup> Наиме, оваквим изједначавањем се доводе у везу одређени вид правног посла (титулус) са типизираним правним циљем који се за дати титулус везује. Гамс истиче како се у овом параграфу „*дејство правног основа изједначава са резултатом*” (успехом) „којим се остварује циљ правног посла”.<sup>734</sup> У том смислу би *успех* или *резултат (Erfolg)* који је према тексту цитиране одредбе циљ чинидбе, у ствари био *кауза* правног посла. Дакле, лице које изјављује вољу за закључење правног посла изражава намеру да прихвати обавезе које производи тај правни посао како би постигло одређени циљ. Циљ обавезе једнога, која произилази из самог посла, није ништа друго до извршење обавезе другог.<sup>735</sup>

Немачка теорија као пример односа *циљ-титулус* наводи пример исплате вредности украдене ствари код уговора о осигурању имовине.<sup>736</sup> На основу цитиране одредбе, у случају да се украдена ствар накнадно врати у посед осигураника, наступа и његова обавеза поврата исплаћеног износа. Дакле, у конкретном случају титулус није отпао, уговор о осигурању имовине је и даље пуноважан. Међутим, извршена исплата осигуране суме по основу датог уговора је изгубила свој циљ (каузу) на основу чега је дошло до обавезе враћања исплаћеног.

Законик садржи и додатну одредбу о циљу чинидбе, у коме га у одређеној мери приближава концепту заштите јавног интереса као једне од функција каузе коју проналазимо у француском и њему сродним правима.

Члан	Изворни текст	Превод <sup>737</sup>
§ 817	<p><i>Verstoß gegen Gesetz oder gute Sitten</i></p> <p>War der Zweck einer Leistung in der Art bestimmt, dass der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat, so ist der Empfänger zur Herausgabe verpflichtet. Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt, es sei denn, dass die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand; das zur Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit Geleistete kann nicht zurückgefordert werden</p>	<p><i>Повреда закона или добрих обичаја</i></p> <p>Ако је циљ неке чинидбе био одређен тако, да се је прималац пријемом огрешио о неку законску забрану или добре обичаје, прималац је обавезан на повраћај. Повраћај је искључен, ако даваоцу исто тако на терет пада погрешка, осим ако се чинидба састојала у узимању неке обавезе; повраћај онога што је дато и циљу испуњења таквог уговора не може се тражити.</p>

<sup>733</sup> Perović, S., 1975, str. 202.

<sup>734</sup> Гамс, А., 19596, стр. 165.

<sup>735</sup> Tasić, K., *Pravno neosnovano obogaćenje, pravni osnov i kauza u nemačkom Građanskom zakoniku*, u: Vasiljević, M., Čolović, V., (ur.), 2011, *Uvod u pravo Nemačke*, Beograd, Institut za uporedno pravo / Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, str. 477.

<sup>736</sup> Fikentscher, W., Heinemann, A., 2006, S. 715.

<sup>737</sup> Превод преузет из: Марковић, Ч., 1925, стр. 119.

Код цитиране одредбе мора се приметити да је се заштита јавног интереса релативне нарави, односно да противност циља чинидбе закону и добрим обичајима производи правно дејство само у ситуацији када је она резултат поступања обогашеног. У случају да је до повреде дошло радњом осиромашеног или оба учесника правног посла, није могуће истаћи захтев на основу неоснованог обогашења.

Иако је у немачком Грађанском законнику евидентно да циљ уговора не улази у услове његовог пуноважног закључења, његов значај се открива у ситуацијама када су се стране руководиле недопуштеним или неморалним циљевима, као и у случајевима када накнадно наступе одређене околности које битно утичу на остварење циља због кога је уговор закључен. Законик, истина, не садржи експлицитне одредбе на основу којих би недозвољени или неморални циљ уговора доводио до његове ништавости, већ се до таквог закључка долази тумачењем кровних одредби о ништавости правних послова уколико су противни законским одредбама (§ 134) или добрим обичајима (§ 138).<sup>738</sup>

Теоријска схватања немачке правне доктрине о основну правног посла, односно његовом циљу, како су их тумачили Ертман и Ларенц, су изменама Грађанског законика из 2001. године добиле и свој нормативни израз у делу који се односи на измене и престанак уговора.

Члан	Изворни текст	Превод
§ 313	<p><i>Störung der Geschäftsgrundlage</i></p> <p>(1) Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsabschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.</p> <p>(2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen.</p> <p>(3) Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauer-schuldverhältnisse das Recht zur Kündigung.</p>	<p><i>Нарушење основа уговора</i></p> <p>(1) Уколико су се околности које су представљале основ уговора након његовог закључења значајно измениле и уколико стране не би закључиле дати уговор или би га закључиле са другачијом садржином да су дате околности предвиделе, може се захтевати исправка уговора уколико се од једне стране не може разумно захтевати да се придржава неизмењеног уговора када се узму у обзир све околности датог случаја, нарочито уговорне и законске одредбе о подели ризика.</p> <p>(2) Сматраће се да је дошло до измењених околности уколико су се битне претпоставке које су чиниле основ уговора испоставиле као нетачне.</p> <p>(3) Уколико исправљање уговора није могуће или се оно не може разумно очекивати од једне стране, незадовољна страна може опозвати уговор. Право на опозив се код трајних обавеза замењује правом на раскид уговора.</p>

<sup>738</sup> Perović, S., 1975, str. 32.



Законик, пре свега, говори о околностима, или како смо у наведеним теоријским разматрањима истакли *представама страна*, као о основу уговора. У случају наступања измењених околности, полазна опција коју законик предвиђа је измена самог уговора, односно његово уподобљавање свом основу у складу са новонасталим околностима. Околности које представљају основ уговора, у складу са Ертман-Ларецовом субјективном приступу основу правног посла,<sup>739</sup> су оне узајамно прихваћене претпоставке које су стране имале приликом закључења уговора.

У случају немогућности измене уговора на начин да он одговара основној представи које су стране имале приликом његовог закључења, последица је његов опозив, односно раскид када се ради о уговору са трајним престацијама. Цитирана одредба не уређује ситуацију када је наступила немогућност испуњења обавезе једне од уговорних страна. Уговорне обавезе је и даље могуће испунити, међутим, такво испуњење не одговара битним претпоставкама које су чиниле основ уговора (*Geschäftsgrundlage*) што омогућава истицању захтева за изменом уговора, односно његовим уклањањем из правног промета. Дакле, није дошло до немогућности испуњења уговорне обавезе, већ је испуњење дате обавезе постало нецелисходно.<sup>740</sup> Оно више не одговара основном циљу уговора.

Аустријски Општи грађански законик<sup>741</sup> не условљава пуноважност уговора постојањем циља или каузе, већ као захтеве за закључење уговора наводи способност лица (§§ 865-868), истинити пристанак (§§ 869-877) и могућност испуњења (§§ 878-880). Одредбе Законика о могућности испуњења у одређеном смислу дотичу подручје каузе.

Члан	Изворни текст	Превод <sup>742</sup>
§ 878	Was geradezu unmöglich ist, kann nicht Gegenstand eines gültigen Vertrages werden. Ist Mögliches und Unmögliches zugleich bedungen, so bleibt der Vertrag in ersterem Teile gültig, wenn anders aus dem Vertrage nicht hervorgeht, daß kein Punkt von dem anderen abgesondert werden könne. Wer bei Abschließung des Vertrages die Unmöglichkeit kannte oder kennen mußte, hat dem anderen Teile, falls von diesem nicht dasselbe gilt, den Schaden zu ersetzen, den er durch das Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrages erlitten hat.	Што је управо немогуће не може бити предмет пуноважног уговора. Ако је могуће и немогуће једновремено уговорено, онда остаје уговор у првом делу пуноважан, ако иначе из уговора не излази да се ни једна тачка од друге не може одвојити. Ко је при закључењу уговора за немогућност знао или морао знати, накнадиће другој страни, ако то исто о њој не вреди, штету коју је она претрпела услед поверења у важност уговора.

<sup>739</sup> Дудаш, А., 2011а, стр. 272–273.

<sup>740</sup> *Ibid*, стр. 274.

<sup>741</sup> *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*; Datum des Gesetzes: 1. Juni 1811; Inkrafttretensdatum: 1. Jänner 1812.

<sup>742</sup> Превод преузет из: Аранђеловић, Д., 1922, *Аустријски грађански законик*, Београд, Геца Кон, стр. 240.

Цитирана одредба се у једном сегменту може довести у везу са каузом, на начин да она успоставља јасан захтев узајамности или реципроцитета. Наиме, у случају да су истовремено уговорене могућа и немогућа престација, она могућа остаје на снази само уколико би се она немогућа могла од ње одвојити. Другим речима, у случају да престација и контрапрестација формирају каузалну везу, односно да је једна неодвојива од друге, тада уговор престаје да важи. Речима каузалиста, уколико уговору отпадне кауза престаје и његово правно дејство.

*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* попут осталих цивилних кодекса германистичког круга, није у целости могао да избегне питање циља уговора. Он се, примера ради, појављује код одредбе која уређује утицај побуде на уговор.

Члан	Изворни текст	Превод <sup>743</sup>
§ 901	Haben die Parteyen den Bewegungsgrund, oder den Endzweck ihrer Einwilligung ausdrücklich zur Bedingung gemacht; so wird der Bewegungsgrund oder Endzweck wie eine andere Bedingung angesehen. Außer dem haben dergleichen Aeufferungen auf die Gültigkeit entgeltlicher Verträge keinen Einfluß. Bey den unentgeltlichen aber sind die bey den letzten Anordnungen gegebenen Vorschriften anzuwenden.	Ако су стране побуду, или крајњи циљ свога пристанка изречно као услов поставиле, онда ће се побуда или крајњи циљ посматрати као и други какав услов. Ван тога случаја таква изјашњења немају никаквог утицаја на важност уговора са накнадом. Код уговора без накнаде примениће се прописи постављени за наредбе последње воље.

Опште правило Законика предвиђа да побуде односно крајњи циљ пристанка на закључења теретног уговора нису од утицаја на његову пуноважност. Међутим, стране могу самостално побуде или крајњи циљ (*Endzweck*) уздићи на ниво услова његове пуноважности, претварајући их тако у *conditio sine qua non* опстанка датог правног посла. Ипак, законска формулација „крајњи циљ” (*Endzweck*) много више подсећа на побуду него на објективни циљ уговора како би се он разумео код каузалиста (*Zweck*). Такође, значај правна релевантност крајњег циља у теретном уговору постоји само уколико су га стране предвиделе. У случају доброчиног уговора, *ABGB* предвиђа сходну примену одредби о утицају побуда или крајњег циља код завештања.

Законик изричито не регулише питање утицаја недозвољених побуда на закључење уговора. Оквир који се у том смислу може поставити је, пре свега, општи простор слободу уговарања (аутономије воље), дефинисан у § 879 који прописује како „Уговор који се огрешује о неку законску забрану или благонравље, ништав је.”<sup>744</sup>

<sup>743</sup> Превод преузет из: *Ibid*, стр. 247.

<sup>744</sup> Превод преузет из: *Ibid*, стр. 240.

Одредба аустријског Општег грађанског законика која се готово у целости приближава циљу уговора као пандану романистичке каузе проналазимо код уговора у корист трећих лица.

Члан	Изворни текст	Превод <sup>745</sup>
§ 881	<p>(1) Hat sich jemand eine Leistung an einen Dritten versprechen lassen, so kann er fordern, daß an den Dritten geleistet werde.</p> <p>(2) Ob und in welchem Zeitpunkt auch der Dritte unmittelbar das Recht erwirbt, vom Versprechenden Erfüllung zu fordern, ist aus der Vereinbarung und der Natur und dem Zwecke des Vertrages zu beurteilen. Im Zweifel erwirbt der Dritte dieses Recht, wenn die Leistung hauptsächlich ihm zum Vorteile gereichen soll.</p>	<p>(1) Ко је уговорио да се радња изврши неком трећем лицу, може тражити да се радња трећем лицу изврши.</p> <p>(2) Када и у ком тренутку и то треће лице непосредно стиче право да од обећаоца испуњење тражи, судиће се из уговора и циља и природе уговора. У сумњи стиче треће лице ово право ако радња поглавито њему има да буде од користи.</p>

Право трећег лица да истакне захтев за испуњење обавезе коју су стране уговориле у његову корист не може се регулисати одредбама о предмету уговора. У складу са древним *inter partes* начелом, правоваљани предмет уговора односно престације уговорних страна су пре њиховог испуњења искључиво у домену самих страна. У њиховој је диспозицији да располажу својим уговорним правима искључиво на начин на који оне сматрају за целисходан. Треће лице, у чију корист је уговор закључен, није у могућности да захтева од дужника испуњење обавезе, јер је она обећана повериоцу, а не њему.

Овако круто постављено правило данас је напуштено и трећа лица стичу јасну активну легитимацију за истицање захтева ка „свом” обвезнику. Аустријско право предвиђа да је тренутак настанка тог права трећег лица или одређен самим уговором, или се он утврђује на основу *природе* односно *циља уговора*. Овако постављени критеријум, у ствари, успоставља објективни приступ циљу уговора, везујући га за његову природу, чиме се он приближава, ако не поистовећује, са типизираном каузом разних врста уговора.

Истоветни критеријум Законик прописује и у случају потребе утврђивања места испуњења уговора (§ 905), те одредбама о престанку уговора због неиспуњења (§§ 919-920), или пуноважности предуговора (§ 936).

*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* у одређеним случајевима успоставља и критеријум „правог својства” без указивања на циљ уговора (*wahren Beschaffenheit*).

<sup>745</sup> Превод преузет из: *Ibid*, стр. 242.

Члан	Изворни текст	Превод <sup>746</sup>
§ 916	(1) Eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber mit dessen Einverständnis zum Schein abgegeben wird, ist nichtig. Soll dadurch ein anderes Geschäft verborgen werden, so ist dieses nach seiner wahren Beschaffenheit zu beurteilen.	(1) Изјава воље која је према другоме с његовим пристанком привидно учињена, ништава је. Ако се тиме има прикрити други посао, онда ће се овај ценити према његовом правом својству.

Право својство прикривеног другог посла се, опет, може ценити само у складу са објективно постављеним критеријумом сврхе или циља датог правног посла. Наиме, како се у конкретном случају не може ослонити на учињене изјаве страна, пошто се ради о симулованом правном послу, право својство уговора се може ишчитати искључиво из његове каузе. Цитирана одредба припада одељку који уређује питање тумачења уговора (§§ 914-916).

Члан	Изворни текст	Превод <sup>747</sup>
§ 914	Bei Auslegung von Verträgen ist nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften, sondern die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht.	При тумачењу уговора не треба се држати дословног смисла израза, већ треба испитати намеру странака и уговор тако разумети како то схватању поштенога саобраћаја одговара.

Намера страна (*Absicht der Parteien*), такође, указује на правни значај циља уговора као објективно узетог критеријума његовог тачног тумачења. У овом смислу је од посебног значаја указивање на мерило поштеног правног промета (*redlichen Verkehrs*). Наиме, честитост одређеног поступања се може ценити само уколико се упореди са јасним критеријумима одређене врсте правних послова.

Швајцарски Законик о облигацијама<sup>748</sup> традиционално припада групи анти-каузалистичких права германистичког подсистема. Ипак, као правни пропис чија основна верзија, попут некадашњих југословенских савезних закона, постоји у неколико језика, његова немачка, француска и италијанска редакција откривају незнатне, али уједно довољно упечатљиве разлике релевантне за предмет овог истраживања.

Одредбе чланова од 19 до 22 законика посвећени су уређењу предмета уговора, на начин на који тај се појам разуме у оквиру домаћег облигационог права. Тако, француска редакција (*Code des obligations*) рубрум овог одељка означава као „Предмет уговора”

<sup>746</sup> Превод преузет из: *Ibid*, стр. 252.

<sup>747</sup> Превод преузет из: *Ibid*, стр. 251.

<sup>748</sup> *Obligationenrecht / Code des obligations / Diritto delle obbligazioni / Dretg d'obligaziuns*; Inkrafttreten der Neufassung am: 1. Januar 1912.

(*Objet du contrat*). Међутим, немачка верзија на истом месту користи термин у складу са германистичким приступом обједињавања каузе и предмета, те је тако истоветни рубрум формулисан као *Inhalt des Vertrages*, односно „Садржина уговора”.<sup>749</sup>

Даље, рубрум члана 17 законика означен је као „Основ обавезе”: *Verpflichtungsgrund / Cause de l’obligation / Causa dell’obbligazione*. Дудаш указује да је према ставу савремене швајцарске доктрине основ обавезивања укупност свих материјалних претпоставки и услова од којих зависи пуноважност једног правног посла. Овај појам у теретном уговору представља однос престације и контрапрестације, а у добротном намера за добротном. Швајцарска правна теорија, попут немачке, код теретних уговора препознаје разлику између изворне и функционалне синалагматичности или узајамности. Овај приступ приметан је и у тамошњој судској пракси. Међутим, нормативни текст члана 17 законика, чини се, ни на који начин не кореспондира са својим насловом.

Изворни текст			Превод <sup>750</sup>
Art. 17	Art. 17	Art. 17	Члан 17
Ein Schuldbekentnis ist gültig auch ohne die Angabe eines Verpflichtungsgrundes.	La reconnaissance d’une dette est valable, même si elle n’annonce pas la cause de l’obligation.	Il riconoscimento di un debito è valido quantun-que non sia espressa la causa dell’obbligazione.	Признање дуга је пуноважно и без назначења основа обавезе.

Дакле, за разлику од француског и њему сродних права, швајцарски Законик о облигацијама у одредби насловљеној „Основ обавезе”, у ствари, уређује институт признања дуга, нормирајући да је оно пуноважно и без назначења тог основа (*Grund / causa*). Слична језичка колебања у различитим редакцијама законика проналазимо већ код наслова његовог првог одсека. Док је на немачком то *Die Entstehung der Obligationen*, односно на француском *De la formation des obligations*, у преводу Чедомира Марковића „Постанак облигација”<sup>751</sup>, док италијанска верзија на истом месту бележи: *Delle cause delle obbligazioni* (узроци или разлози обавеза).

<sup>749</sup> Овај појмовни дуализам проналазимо и у домаћим преводима швајцарског Законика о облигацијама. Чедомир Марковић у свом преводу објављеном 1925. године, у складу са немачком редакцијом оптира за *садржај* (страна 132), док професор Константиновић у преводу објављеном 1976. године, у складу са француском терминологијом, дати рубрум означава као *предмет уговора* (страна 16). Италијанска редакција Законика (*Diritto delle obbligazioni*), у складу са романистичком традицијом, приклања се француском решењу: *Oggetto del contratto*.

<sup>750</sup> Превод преузет из: Konstantinović, М., 1976, *Švajcarski zakonik o obligacijama*, Beograd, Institut za uporedno pravo, str. 16.

<sup>751</sup> Марковић, Ч., 1925, стр. 132. Професор Константиновић у свом преводу оптира за „Извори облигација” Konstantinović, М., 1976, str. 13.

Признање дуга из члана 17 швајцарског Законика о облигацијама, попут обећања дуга (§ 780) и признања дуга (§ 781) немачког Грађанског законика, спада у категорију апстрактних послова. Правна литература<sup>752</sup> указује како признање дуга у швајцарском праву има декларативни карактер (признаје се дуг који већ постоји), док су правни послови обећања и признања дуга немачког имају конститутивно дејство (без обзира на нелогичност таквог схватања код признања дуга). Сви наведени правни послови су апстрактни, односно поверилац није у обавези да доказује основ дужникове обавезе. У немачком праву је једини захтев који се код ових послова поставља постојање писане форме.

Међутим, у пракси апстрактни карактер ових правних послова није изведен до краја, обзиром да се у случају исплате недуга осиромашена страна може позвати на стицање без основа. Другим речима, иако немачко и швајцарско право не нормирају условљеност правног посла постојањем каузе, правна могућност неутралисања последица испуњења обавеза које нису имале свој основ доводи до истог резултата. Дакле, и апстрактни правни послови имају своју каузу, која се из самог посла не види.<sup>753</sup>

Попут немачког права (§ 817) и швајцарски законик поједине аспекте каузе доводе у везу са ограничењима могућности санирања неоснованог обогаћења у случају да је осиромашени поступао из разлога који вређа јавни интерес.

Изворни текст			Превод <sup>754</sup>
Art. 66	Art. 66	Art. 66	Члан 66
Was in der Absicht, einen rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolg herbeizuführen, gegeben worden ist, kann nicht zurückgefordert werden.	Il n'y a pas lieu à répétition de ce qui a été donné en vue d'atteindre un but illicite ou contraire aux moeurs	Non vi ha luogo a ripetizione di ciò che fu dato intenzionalmente per uno scopo contrario alla legge od ai buoni costumi	Не може се тражити повраћај онога што је дато ради постизања неког недозвољеног или неморалног циља.

Одредбу швајцарског законика која заслужује пажњу када се ради о значају основа обавезе проналазимо и у делу који се односи на тумачење уговора.

<sup>752</sup> Дудаш, А., 2011а, стр. 285.

<sup>753</sup> Nikšić, S., 2006а, *Kauza obveze i srodni instituti u poredbenom pravu, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 56, No. 4, broj 10, tom 2, str. 1088–1089.

<sup>754</sup> Превод преузет из: Konstantinović, M., 1976, str. 26.

Изворни текст			Превод <sup>755</sup>
Art. 18	Art. 18	Art. 18	Члан 18
(1) Bei der Beurteilung eines Vertrages sowohl nach Form als nach Inhalt ist der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten, die von den Parteien aus Irrtum oder in der Absicht gebraucht wird, die wahre Beschaffenheit des Vertrages zu verbergen.	(1) Pour apprécier la forme et les clauses d'un contrat, il y a lieu de rechercher la réelle et commune intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention.	(1) Per giudicare di un contratto, sia per la forma che per il contenuto, si deve indagare quale sia stata la vera e concorde volontà dei contraenti, anziché stare alla denominazione od alle parole inesatte adoperate per errore, o allo scopo di nascondere la vera natura del contratto.	Ради оцене форме и садржине уговора, треба одредити праву и заједничку намеру уговорних страна, без обзира на нетачне изразе или називе које су стране употребиле у заблуди или у циљу прикривања праве природе уговора

Швајцарски законодавац „стварну меру” уговора доводи у везу са правом и заједничком *намером* уговорних страна. Иако се у конкретном члану не упућује на основ обавезе, значај онога што су стране *намеравале да остваре* (циљ уговора) је у овде одређен као законска мерна јединица, како у случају тумачења недовољно прецизних одредби самог уговора, тако и у случају потребе за интервенцијом код фиктивних или симулованих правних послова. Овим померањем тежишта анализе са *уговорних воља*, као параметра који се код тумачења спорних одредби примењује у већини права, на *намеру* уговорних страна, швајцарски законодавац се определио за откривање *праве природе уговора*. Опредељењем да се *права природа уговора* учини релевантном приликом тумачења уговора се, у ствари, циљ уговора дефинише у свом објективном значењу.<sup>756</sup>

Чешки Грађански законик<sup>757</sup> не спада у ред европских цивилних кодекса који садрже прецизне одредбе о самој каузи уговорне обавезе. Међутим, *Občanský zákoník* у једној кровној одредби нормира разлику између каузалних и апстрактних обавеза, прецизирајући пре свега утицај околности да неизражени основ обавезе не спречава њен настанак и дејство.

Члан	Изворни текст	Превод
§ 1791	<p>[<i>Kauzální a abstraktní závazky</i>]</p> <p>(1) Vzniku a trvání závazku nebrání, není-li vyjádřen důvod, na jehož základě má dlužník povinnost plnit; věřitel je však povinen prokázat důvod závazku.</p> <p>(2) Jedná-li se o závazek z cenného papíru, věřitel důvod závazku neprokazuje, ledaže to zákon zvlášť stanoví</p>	<p><i>Каузалне и апстрактне обавезе</i></p> <p>(1) Настанак и дејство обавезе не спречава околност да основ дужникове обавезе није изражен; терет доказивања постојања основа лежи на повериоцу.</p> <p>(2) Код обавезе из хартија од вредности, поверилац нема обавезу да докаже постојање њеног основа, осим уколико законом није другачије прописано.</p>

<sup>755</sup> Превод преузет из: *Ibid*, str. 16.

<sup>756</sup> Дудаш, А., 2011а, стр. 288.

<sup>757</sup> *Občanský zákoník*, číslo předpisu 89/2012 Sb, platnost: 22. března 2012.

Чешко облигационо право се од самих почетака формира под јаким утицајем германистичког подсистема карактеристичног по израженом антикаузалистичком гледишту. Ипак, приликом доношења најновијег Грађанског законика 2012. године<sup>758</sup> препозната је јасна потреба да се макар у једној кровној одредби дефинише значај основа или циља дужникове обавезе. Терет доказивања постојање таквог основа, у случају спора, лежи на повериоцу.

Дилеме које су се у међувремену појавиле<sup>759</sup> да ли се под основном из става 1 § 1791, треба разумети правни основ (нпр. уговор) или терминологијом чешких правника „економски циљ” (*causa*) обавезе, се релативно једноставно могу разрешити применом става 2 истог §. Наиме, околност да се код обавеза које настају из хартија од вредности поверилац ослобађа обавезе да доказује њихов основ, јасно може закључити да се под тим појмом не мисли на питање постојања исправе, односно да се ради о појму који европска права препознају као *causa* обавезе.

Према преовлађујућем ставу чешке правне теорије, кауза се мора схватити искључиво у свом објективном смислу, као типизирани циљ уговора, односно оне обавезе која се очекује од друге стране, а која је код исте врсте уговора увек идентична.<sup>760</sup>

Мађарски Грађански законик<sup>761</sup> попут других цивилних кодекса германистичког круга европских права, не условљава пуноважност уговора постојањем каузе. Међутим, појединим својим одредбама указује како на значај циља уговора, тако и на истакнути положај противчинидбе.

Пре свега, мађарско облигационо право већ у својим уводним одредбама успоставља јасну законску претпоставку узајамности или теретности свих уговора, односно претпоставке постојања противчинидбе код свих уговора.

Члан	Изворни текст	Превод
6:61. §	[ <i>Visszterhesség vélelme</i> ] A szerződéssel kötött szolgáltatásért – ha a szerződésből vagy a körülményekből más nem következik – ellenszolgáltatás jár	<i>Претпоставка узајамности</i> За обавезу одређену уговором – уколико из уговора или из околности случаја не следи шта друго – следи узвратна обавеза.

Претпостављена теретност уговора мађарског грађанског права, сасвим извесно, индукује и садржину одредбе о мотивима за његово закључење, којом је прописано како

<sup>758</sup> *Ibid.*

<sup>759</sup> Hulmák, M., *et al*, 2014, *Občanský zákoník V: Závazkové právo*, Praha, Nakladatelství C. H. Beck, str. 301.

<sup>760</sup> Knapp, V., 1957, O důvodu vzniku závazků a o jejich kauze, *Stát a právo*, IV, str. 44.

<sup>761</sup> 2013. évi V. törvény a Polgári Törvénykönyvről.



скривене побуде или тајанствено држање страна не утиче на пуноважност уговора.<sup>762</sup> Међутим, неизражена или узајамно претпостављена намера страна за закључење уговора може бити од значаја у случају његове ништавости.

Тумачењем цитиране одредбе може се закључити како мађарско право претпостављену намеру – *циљ* – због кога су га стране закључиле, одређује као пресудни услов опстанка уговора који би сам по себи био ништав, уколико задовољава услове пуноважности неког другог уговора. На овај начин је мађарски законодавац утврдио како *дозвољени циљ уговора* за који су се стране определиле приликом закључења, у случају ништавости уговора, има јаче правно дејство од оних прописа који доводе до те ништавости. Формулација „претпостављена намера страна” претпоставља њено утврђивање у објективним оквирима, па се тако мађарски циљ уговора који стране имају приликом његовог закључења, у случају ништавости, очигледно доводи у везу са типским узајамним престаацијама, што нас у одређеном смислу приближава каузи. У прилог оваквог закључка иде и околност да је сваки уговор мађарског права претпостављено теретан.

Ништавост уговора према мађарском Грађанском законнику наступа уколико је исти противан прописима, који је очигледно противан добрим обичајима, уколико закон изричито предвиђа његову ништавост, уколико је циљ прописа да забрани намеравано правно дејство конкретног уговора и ако је уговор закључен у циљу изигравања прописа, осим уколико самим законом није другачије одређено.<sup>763</sup>

Значај *циља* или разлога због кога су стране закључиле уговор проналазимо и у случају очигледне немогућности испуњења обавезе о доспелости.

Члан	Изворни текст	Превод
6:151. §	<p>[<i>Előzetes szerződészegés</i>]</p> <p>(1) Ha a teljesítési határidő lejártá előtt nyilvánvalóvá válik, hogy a kötelezett a szolgáltatását az esedékességkor nem tudja teljesíteni, és a teljesítés emiatt a jogosultnak már nem áll érdekében, a jogosult gyakorolhatja a késedelemből eredő jogokat</p>	<p><i>Прелиминарна повреда уговора</i></p> <p>(1) Уколико пре доспелости обавезе постане очигледно да је дужник у време доспелости неће моћи испунити, а због овога њено испуњење више не одговара повериоачевом интересу, поверилац се може користити правима којима располаже по основу доцње.</p>

<sup>762</sup> „A fél titkos fenntartása vagy rejtett indoka a szerződés érvényességét nem érinti.” – 6:92. § 2013. évi V. törvény a Polgári Törvénykönyvről.

<sup>763</sup> „Semmis az a szerződés, amely jogszabályba ütközik, vagy amelyet jogszabály megkerülésével kötöttek, kivéve, ha ahhoz a jogszabály más jogkövetkezményt fűz. Más jogkövetkezmény mellett is semmis a szerződés akkor, ha a jogszabály ezt külön kimondja, vagy ha a jogszabály célja a szerződéssel elérni kívánt joghatás megtiltása. Semmis az a szerződés, amely nyilvánvalóan a jóerkölcsbe ütközik.” – 6:95-6:96. §§ 2013. évi V. törvény a Polgári Törvénykönyvről.

Повериочев *интерес* се извесно може сматрати и *циљем* због кога је он пристао на закључење уговора и обавезао се на конкретну престацију. Околност да друга страна извесно неће бити у могућности да у тренутку доспелости своје обавезе исту испуни, поверилац стиче право на примену свих правних могућности које му стоје на располагању услед доцње дужника и пре него што би она према одредбама уговора наступила. До овакве правне ситуације долази захваљујући околности да извесна немогућност испуњења обавезе о доспелости не задовољава његов интерес – односно онај циљ због кога је уговор уопште закључио. На тај начин се повериочев интерес, дакле: циљ његове уговорне обавезе, у ствари, доводи у везу са смислом опстанка самог уговора. Другим речима, он представља његов јасан *основ*. *Ergo*, када кауза обавезе једне стране извесно отпадне, друга страна може без одлагања да захтева правне последице које таква околност предвиђа.

Попут раније цитираних цивилних кодекса германистичког круга и мађарски Грађански законик усваја основну поделу на апстрактне и каузалне правне послове. Примера ради, признање дуга не мења правни основ (титулус) обавезе, док је на ономе ко је дуг признао терет доказивања да је иста умањена или на други начин промењена.

Члан	Изворни текст	Превод
6:26. §	<p>[<i>Tartozáselismerés</i>]</p> <p>Ha a kötelezett a tartozását elismeri, a tartozás jogcíme nem változik meg, de a tartozását elismerő kötelezettet terheli annak bizonyítása, hogy tartozása az elismerő jognyilatkozat megtételének időpontjában nem vagy alacsonyabb összegben állt fenn, bírósági eljárásban nem érvényesíthető követelésen vagy érvénytelen szerződésen alapult</p>	<p><i>Признање дуга</i></p> <p>Уколико обвезник призна дуг, његов правни основ се не мења, а на признаваоцу лежи терет доказивања да је у време давања изјаве обавеза престала или је мањег обима, да се судским путем не може остварити, или да се заснива на неважећем уговору.</p>

Дакле, признање дуга нема конститутивно дејство, попут решења у немачком Грађанском законуку, већ се ради о декларативном правном послу који не утиче на већ постојећи титулус раније преузете обавезе (швајцарски Законик о облигацијама). Како се ради о правном послу који успоставља правну претпоставку постојања пуноважног правног основа (титулус), за њега је под претњом ништавости прописана форма јавне или приватне исправе оверене од стране адвоката.<sup>764</sup>

<sup>764</sup> „A házastársaknak az életközösség fennállása alatt egymással kötött adásvételi, csere, ajándékozási és kölcsönszerződése és a házastársak közötti tartozáselismerés akkor érvényes, ha közokiratba vagy ügyvéd által ellenjegyzett magánokiratba foglalták.” – 4:41. § 2013. évi V. törvény a Polgári Törvénykönyvről.

## 2.4. Упоредноправна анализа: кауза-*consideration*

Упоредноправна анализа института појединачних правних система неретко подсећа на Прокрустову постељу.<sup>765</sup> Калупи националних прописа, каткад и у значајној мери, модификују чак и институте истоветних назива. Као добар пример могу да послуже варијације које је *consideration* претрпео у новозенландском, америчком или аустралијском праву у односу на његово изворно енглеско поимање.

### 2.4.1. Настанак и историјски развој два института

Европско-континентална *кауза* и енглески *consideration* нормативно се појављују у различитим историјским периодима и развијају на дијаметрално супротне начине. Кауза је неупоредиво млађи институт у односу на *consideration* с обзиром на то да се овај други иницијално формира још у одлукама средњовековних енглеских судова. Са друге стране, континентално грађанско право, како га ми разумемо данас, своје јасне контуре добија тек у време доношењу великих цивилних кодификација (XIX-XX век).

*Consideration* је продукт одлука енглеског суда. Друштвена потреба за овим институтом се у време његовог настанка везује за скучени правни простор који *common law* судови предвиђају за остварење потраживања из уговора, у коме неформални споразумни дужничко-поверилачки односи готово да нису уживали никакву правну заштиту. Како се дуг могао наплатити искључиво на основу унапред прецизно дефинисаних тужбених образаца (*writ*), временом се као основ тужбеног захтева древни принцип *quid pro quo* у оквиру процесне форме везане за накнаду штете (*assumpsit*) проширио и на случајеве повреде поверења у оквиру уговорног односа. Дакле, *consideration* је требао да премости случајеве када формални захтеви наплате дугованог нису ишли у корист повериоцу, премда је његова тражбина према околностима случаја била и више него основана. Речима професора Фифута<sup>766</sup> „мистерија института *consideration*, који је фасцинирао правнике викторијанске епохе, није ништа више до практично решење једног горућег проблема.”<sup>767</sup>

<sup>765</sup> „По миту Прокруст је живео у Атици, у долини реке Кефис и имао је гостионицу у коју је позивао путнике намернике да их угости и да се одморе у његовој постељи. Ако је постеља госту била мала Прокруст би му одсецао ноге, а ако би му постеља била велика он би га истезао. Прокруста је убио јунак Тезеј тако што га је оборио на сопствену постељу која му је била прекратка.” Извор: <https://sr.m.wikipedia.org/sr-ec/Прокруст>.

<sup>766</sup> Cecil Herbert Stuart Fifoot, 1899–1975.

<sup>767</sup> Fifoot, C., 1949, *History and sources of the common law: tort and contract*, London, Stevens, p. 399.

У оквиру англоамеричког правног простора се временом појавило неколико хипотеза о настанку самог института. Док према једнима *consideration* у енглеско право стиже путем незграпне рецепције римског права од стране Суда лорд-канцелара, нешто јачи одјек има налаз да се ради о аутохтоном продукту општих судова краљевине. Ипак, припадници обе школе мишљења се слажу у једном: и *equity* и *common law* судови су готово истовремено пригрлили и од самих почетака здушно примењивали „нови” институт.<sup>768</sup> Ово је значајно истаћи с обзиром да су два наведена система енглеских судова<sup>769</sup> током свог дугог периода паралелног постојања<sup>770</sup> функционисали као изразито ривалски форуми, са углавном супростављеним правним ставовима. Ипак, захтев *consideration* је очигледно одговарао пракси и једног и другог јуридикског корпуса.

Прекоморски центри британске империје су такође у целости усвојили доктрину *consideration* у своје покрајинске норме уговорног права. Док оваква рецепција у јурисдикцијама Аустралије, Канаде, Новог Зеланда, или Хонг Конга није посебно изненађујућа пошто се тамошње националне врховне судске инстанце формирају тек од друге половине XX века, значајно је истаћи да права САД, иако се од Декларације о независности (1776) развијају самостално и без било каквих формалних или суштинских могућности утицаја из Вестиментера, пуноважност уговора такође базирају на доктрини *consideration*.

*Кауза* као саставни део архитектонике уговора појединих европско-континенталних права резултат је опсежних и дуготрајних теоријских расправа. Ове дискусије су се на европском континенту водиле, пре свега, око разлике између стварног и тражбеног (облигационог) права. До њиховог распламсавања је нарочито дошло из разлога што се са рецепцијом римског права није могао преузети и римски критеријум разликовања ове две гране права. Ова околност је нарочито дошла до изражаја приликом формирања великих грађанских кодификација када се на класични језик права покушала „превести” збиља распламсалог капиталистичког друштва.<sup>771</sup>

Римско право линију разграничавања између стварног и облигационог права базира на свом процесном схватању постојања сваког субјективног права. Та подела се

<sup>768</sup> Jenks, E., 1892, *The History of the Doctrine of Consideration in English Law*, London, C.J. Klay and Sons, pp. 150–151.

<sup>769</sup> Временом су и *equity* и *common law* судови развили сопствене првостепене и другостепене (апелационе) надлежности, док је функцију заједничког врховног суда вршио Дом лордова.

<sup>770</sup> До укидања посебних *common* и *law equity* судова је дошло тек 1875. године, када је Законима о правосуђу (*Judicature Acts 1873-75*) формирана обједињена мрежа судова у којима су се примењивали сви корпуси енглеског права (*common law, statute, equity, custom, ecclesiastical law*).

<sup>771</sup> Vedriš, M., et al, 1979, *Opći dio građanskog prava*, Zagreb, Informator, str. 277.

најпластичније открива у римском разврставању тужби на *actiones in rem* и *actiones in personam*. Демоломб<sup>772</sup> истиче како је стварноправни однос непосредна правна веза између лица и ствари, док облигационо право ту везу формира између два лица (од којих једно има тражбину, а друго обавезу).<sup>773</sup> Дакле, према класичном концепту, конститутивни елементи стварноправног односа су *ствар* (објект права) и *лице* (носилац права), а оног облигационог субјекти *поверилац* и *дужник*, те *престација* као његов објект.

Планиол<sup>774</sup>, уз још неке француске писце<sup>775</sup> и пандектисте (попут Виндшајда<sup>776</sup>) у европску цивилистику уводи нови поглед на разумевање стварног права. Уместо правне везе између лица и ствари, заузима се заменско становиште по коме правни односи могу постојати само између људи (тзв. *персоналисти*). Тако, онај стварноправни постаје *iuris vinculum* између појединца као власника са једне и свих других лица са друге стране, оних које повезује заједничка пасивна облигација. У таквој правној ситуацији, грађанско право се почело третирати као систем субјективних права који у свим областима тзв. имовинског права има идентичну структуру. Сваки носилац права постаје уједно и господар самог односа.

Питање на које се сада морао пронаћи одговор је шта чини (правни) основ оваквог правног односа. Пандектна наука је на подручју уговора дефинисала два основна концепта основа изражавања воље уговорних страна: узрок који му претходи (*causa efficiens*) и његов циљ или сврха (*causa finalis*). У оба случаја се ради о конкретној чињеници реалног света која захваљујући прописаној норми постаје правно релевантна: чињеница од чијег постојања зависи и постојање самог правног односа. Циљ који стране желе да постигну закључењем уговора (*causa finalis*) се према преовлађујућем мишљењу временом изједначава са оним што данас разумемо под појмом каузе.

<sup>772</sup> Jean Charles Florent Demolombe, 1804–1887. Чувен је по свом вишетомном коментару Наполеоновог Грађанског законика.

<sup>773</sup> Demolombe, J., 1867, *Cours de Code Napoleon*, Paris, Auguste Durand et L. Hachette, pp. 357–358 ([https://books.google.rs/books?id=YFAUAAAAQAAJ&pg=PA425&hl=sr&source=gbs\\_toc\\_r&cad=3#v=onepage&q&f=false](https://books.google.rs/books?id=YFAUAAAAQAAJ&pg=PA425&hl=sr&source=gbs_toc_r&cad=3#v=onepage&q&f=false), 14. 10. 2021)

<sup>774</sup> Planiol, M., 1928, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, Librairie générale de droit & de jurisprudence, pp. 701–703.

<sup>775</sup> Ortolan, J., 1876, *Histoire de la législation romaine*, Paris, E. Plon et Cie imprimeurs, pp. 549–554; Roguin, E., 1889, *La règle de droit*, Paris / Leipzig, Laussane, pp. 54–57.

<sup>776</sup> Windscheid, B., 1887, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd. 1, Frankfurt am Main, Rütten und Loening, § 38.

#### 2.4.2. Правно-теоријска компарација

Европско-континентална права *каузалност* супротстављају групи правних послова које дефинишу као апстрактне. Опет, сам појам *каузе* како правно-теоријски, тако и позитивноправно, прилично упорно одржавају као упадљиво апстрактан. Ова циљана појмовна непрецизност омогућава судовима да каузу, или њену германистичку млађу сестру (*die Geschäftsgrundlage*), примењују по слободном нахођењу као аргумент било у прилог било *против* конкретног уговорног односа. Релативно идентична „практична вредност” прати и енглески *consideration*, па су у том смислу оба правна института процесно подједнако издашна.<sup>777</sup> Ипак, стиче се утисак како је континентална кауза појам донекле апстрактнији у односу на енглески *consideration*.

Ова теоријска недоследност или недовољно разрађено појмовно одређење оба института су уједно и најчешћи узрок озбиљних критика којима су у својим правним системима неретко изложени. Интересантно је приметити као су заступници разних теорија веома страсно опредељени за своју школу мишљења<sup>778</sup>. Идентична је ситуација и у оквиру њихове упоредноправне анализе. Подједнако се пасионирано припада групи оних који сматрају да су кауза и *consideration* подударни појмови, групи оних који се таквом закључку противе, или који се питају има ли уопште смисла доводити у везу ова два појма.

Кауза је недвосмислено правни појам чија су теоријска промишљања много богастија у односу на енглески *consideration*. Може се слободно рећи да се у оквиру *common law* света у напорима за његово апстраховање најдаље отишло тек у недавној полемици између заговорника укидања или суштинске реформе доктрине *consideration* (Атија), и њених бранилаца (Трејтел). Весник ове расправе, лорд Рајт, је у чланку објављеном тридесетих година XX века приметио како оно што французи разумеју као кауза нешто сасвим друго у односу на енглески *consideration*.<sup>779</sup>

Англоамерички правни свет усаглашен је у ставу да је *consideration*, пре свега, услов утуживости уговора (*enforceability*). Могућност принудне остваривости

<sup>777</sup> Није кауза једини пример института уговорног права „широког спектра”. Сличан би био и критеријум пажње доброг домаћина, привредника или стручњака који се у енглеском праву појављује као стандард *reasonably prudent person*, или начело савесности и поштења – *good faith*.

<sup>778</sup> Каузалисти / антикаузалисти, односно мишљења „за” или „против” доктрине *consideration*.

<sup>779</sup> „[B]ut as I am only concerned with consideration in the technical sense given to it by the common law I need not determine exactly what is meant by cause in French law, since it is clear that it is different from what is meant by consideration. [...] It is, however, enough to say here that whatever cause may mean, it is not the same as consideration.” – Wright, R., 1936, Ought the Doctrine of Consideration to be Abolished from the Common Law?, *Harvard Law Review*, vol. 49, no. 8, pp. 1237–1238.

уговорне обавезе друге стране сасвим извесно представља суштину овог института. Већ и летимичан поглед на континенталну каузу у овом смислу открива јасне подударности.

Пре свега, неопходно је подсетити се да је предмет овог истраживања *consideration* енглеског уговора, за који је истакнуто да је искључиво теретан, чак синалагматичан. Дакле, добротини правни посао у *common law* правном амбијенту није део уговорног права, већ се разуме као једнострана изјава воље дата у форми посебно оверене исправе (*deed*). Лорд Менсфилд је у енглеско право крајем XVIII века покушао унети идеју како је и добротино обећање утуживо у ситуацијама када би се друштвени захтеви честитости (*honesty*) и исправности (*rectitude*) морали сматрати довољном уговорном противчинидбом (*moral consideration*).<sup>780</sup> Овај принцип тамошња правна заједница никада није прихватила.<sup>781</sup>

Идеју о континенталној каузи као оправдању судске интервенције у уговорном односу проналазимо, пре свега, у радовима италијанских теоретичара (*giustificazione giuridica*).<sup>782</sup> Скоњамиљо<sup>783</sup> овакав став италијанске теорије доводи у везу са јасним захтевом да се кауза мора одвојити од мотива који представљају искључиво субјективни однос према уговору. Кауза је, тако, према његовим речима, „просто техничко оправдање дејства уговора” (*la causa sembra risolversi integralmente nella semplice giustificazione “tecnica” dell’operazione contrattuale*).<sup>784</sup> Кауза као *основ* уговорне обавезе, у ствари, подразумева да се управо у њој открива суштина могућности принудног, судског остварења обећане престације.

Карактеристика енглеске доктрине *consideration* нам открива и околност да се она доводи у везу искључиво са каузом уговорне обавезе, на начин на који је разуме француско право, а не каузом уговора, како је означава рубрум чланова 1343-1345 италијанског Грађанског законика. Наиме, Трејтел јасно наглашава да *consideration* не стоји у вези са уговором као целином, већ се он искључиво цени у односу на обећање за које је

<sup>780</sup> Grosse, J., 1971, Moral Obligation as Consideration in Contracts, *Villanova Law Review*, Vol. 17, No. 1, p. 3.

<sup>781</sup> Европско-континентална правна мисао је своја колебања о каузи испољила, пре свега, управо у односу на каузу добротиних уговора, која суштински подсећа на *moral consideration* лорда Менсфилда. Тако су се још међу представницима класичне теорије појавила схватања како је намера добротинства само сурогат каузе (Дома), да би се касније дошло до закључка да се ради о каузи која је по својим својствима идентична ономе што је код теретних уговора противчинидба (Потије, Порталис). Антић, О., 2012, стр. 253.

<sup>782</sup> Ferri, G. B., 1968, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, Giuffrè.

<sup>783</sup> Claudio Scognamiglio, 1965.

<sup>784</sup> Scognamiglio, C., 2006, La dottrina della causa nel diritto italiano, *Revista de Derecho*, XXVII, 2, p. 178.

понуђен (однос обећање-контраобећање).<sup>785</sup> Дакле, и *consideration* и кауза теретних уговора обезбеђују услов узајамности као основ уговорне обавезе, а не уговора као целине.

Лоренцен<sup>786</sup> указује да се у томе што енглеско право доктрину *consideration* повезује са својством утуживости уговора често учитава његова јасна улогу у разлучивању споразума којим су стране намеравале да формирају *правну везу* од оног у коме се њихова интеракција заснива на осталим друштвеним, односно неправним основама. Другим речима, према овом схватању *consideration*, односно кауза, нам могу помоћи како бисмо уочили карактер намере даваоца обећања, на сличан начин на који то чине и други фактори, попут природе односа страна, околности у коме се њихова комуникација одвијала, и слично.<sup>787</sup> Тако се, у ствари, енглески *consideration* доводи у непосредну везу са немачким схватањем циља правног посла као узајамне претпоставке страна о последицама до којих ће њихова сагласност воља довести. Та *заједничке представе* о којима у својој теорији говори Пол Ертман, би у ствари биле подударне доктрини *consideration*, као основу на коме почива чињеница да се конкретан споразум мора разумети као *iuris vinculum* његових страна. Овакав закључак сам Лоренцен, међутим, одбацује.<sup>788</sup>

Поједини аутори заступају мишљење да је *consideration* институт који је ужи од континенталне каузе.<sup>789</sup> Један од понуђених аргумената у прилог схватању да је *consideration* појам који је ужи од континенталне каузе је и мишљење како *consideration* у себи не обједињује и циљ (разлог) због кога је друга страна закључила уговор.<sup>790</sup> Често се наглашава како кауза омогућава пуноважност добротних уговора, док *consideration* то не чини, осим уколико се узме у обзир његово задовољење вредношћу зрна бибера, што практично доводи до идентичног економског ефекта.<sup>791</sup> У овом смислу је илустративно указати на члан 1890 првог Грађанског законика Луизијане из 1825. године, који прописује како је кауза „*consideration* или мотив”<sup>792</sup>. Овај особени пропис једне од

<sup>785</sup> Treitel, G., 2015, *The Law of Contract*, London, Sweet & Maxwell, p. 422.

<sup>786</sup> Ernest Gustav Lorenzen, 1876–1951. Ернст Лоренцен је у младости емигрирао из Немачке у САД. Крајем XIX и почетком XX века се вратио у Европу, како би у Француској и Немачкој дипломирао и докторирао права. Био је дугогодишњи професор престижног Универзитета Јејл.

<sup>787</sup> Lorenzen, E., 1919, pp. 644–645.

<sup>788</sup> *Ibid*, p. 646.

<sup>789</sup> Markesinis, B., 1978, pp. 54–55.

<sup>790</sup> Јовановић, Н., 2015, *Увод у common law уговорно право*, Београд, Правни факултет Универзитета у Београду, стр. 30–31.

<sup>791</sup> Lorenzen, E., 1919, p. 639.

<sup>792</sup> „Cause is consideration or motive. By the cause of the contract in this section is meant the consideration or motive for making it.“ – Article 1890 *Louisiana Civil Code* (1825). Идентичну одредбу садржи и чл. 1896 Грађанског законика Луизијане из 1890. године.



савезних америчких држава<sup>793</sup> на овај начин, у ствари, усваја концепт који је заговарао још Дома, а по коме код теретних уговора кауза одговара противчинидби друге стране (*consideration*), а код бесплатних уговора је то намера добротинства (*motive*).<sup>794</sup> Каснијим изменама и допунама Грађанског законика Луизијане (из 1960. и 1992. године) законска дефиниција каузе је измењена у „разлог због које се страна обавезује”<sup>795</sup>.

Настанак и развој ова два института откривају како и енглески *consideration* (код развоја преко тужбеног обрасца *assumpsit*) и континентална кауза, у себи обухватају интерес стране да у замену за своју чинидбу оствари ону која јој је обећана и на коју је уговором пристала. Овај *интерес* је енглеска правна мисао дефинисала као *корист*. Основна енглеска дефиниција института *consideration* је, како је више пута наведено: корист, добит, бољитак једне стране (*some right, interest, profit, or benefit accruing to one party*) те одговорност, неповољност или губитак за ону другу (*or some forbearance, detriment, loss, or responsibility, given, suffered, or undertaken by the other*)<sup>796</sup>. Циљ *обавезе* једне стране је управо *корист* коју она кроз уговор прима. Како се у енглеском праву ради искључиво о теретним уговорима, та корист је увек типизирана, односно у складу са објективним поимањем континенталне каузе, увек једнака или иста код истог типа уговора. Дакле, може се закључити како и енглески *consideration* и континентална кауза (код теретних уговора) представљају типизирани интерес, односно циљ због кога страна закључује дати уговор.

Ово изједначавање каузе са типизираним циљем преузимања уговорне обавезе је, у ствари, у континенталним правима довело до тога да у каузи откривамо основни критеријум систематизације именованих уговора. Иако не познаје појам „именованог уговора”, енглеско уговорно право са Континентом дели став о типским престацијама и контрапрестацијама исте категорије уговора. Мишљења смо како одсуство именованих уговора у енглеском праву није знак одсуства препознавања разлике у „типским каузама”, већ искључиво питање нормативне праксе.<sup>797</sup> Наиме, континентална права, уочавајући

<sup>793</sup> Грађанско право Луизијане се у великој мери разликује од права осталих савезних америчких држава, с обзиром да је све до 1803. године то била територија под француском влашћу, када ју је Наполеон продао САД.

<sup>794</sup> Stoyanov, D., 2016, Causa and Consideration – A Comparative Overview, *Challenges of the Knowledge Society*, București, Universitatea Nicolae Titulescu, pp. 262–263.

<sup>795</sup> „Cause is the reason why a party obligates himself.” – Article 1967(1) Civil Code of Louisiana. У европским правима веома сличну одредбу садржи чл. 1295 румунског Грађанског законика.

<sup>796</sup> *Currie v Misa* (1875) LR 10 Ex 153.

<sup>797</sup> Енглеско право је, примера ради, још у Закону о преварама из XVII века (*Statute of Frauds* 1677) дефинисао услов закључења у писаној форми код појединих типских уговора – код располагања непокретностима, јемство, брачни уговори, чак уговори са одложним дејством дужим од годину дана.

учесталост одређене врсте уговора, те антиципирањем проблема на које би се у њиховој широкој употреби могло наићи, уређују уговоре на основу класификованих престаџија и контрапрестаџија, у покушају да тако уведу виши степен правне сигурности у конкретне учестале уговорне односе.

Иако не дели ову нормативну философију са остатком Европе, енглеско право, нарочито од друге половине XX века, усвајањем већег броја закона и подзаконских аката нормира један број уговора који су у суштини подударни појединим именованим уговорима европско-континенталне породице права. То су, примера ради, уговор о продаји покретних ствари (*Sale of Goods Act 1979*), потрошачки уговори (*Consumer Rights Act 2015*)<sup>798</sup>, уговори о осигурању (*Insurance Contracts Act 1984*), уговор о раду (*Employment Rights Act 1996*), као и поједини уговори о делу, пуномоћству, или налогу (*Commercial Agents (Council Directive) Regulations 1993*).

На крају своје полемике<sup>799</sup> о доктрини *consideration*, Атија признаје како је њен основни смисао – онемогућавање судске заштите пукој сагласности воља – сепаратор без кога ниједан систем уговорног права не може да се замисли. Подударан став проналазимо и у оквиру европско-континенталне породице права. „Неће сваки правни посао произвести намераване правне учинке јер за настанак намераваних правних учинака није довољно да је неки правни посао склопљен, већ и да је ваљан.”<sup>800</sup> Дакле, морамо закључити како романистичка кауза, циљ правног посла или основ уговора германистичког правног круга, те енглески *consideration* имају јасну заједничку улогу: њима је дато у задатак да онемогуће апсолутни „тријумф воље”<sup>801</sup> уговорних страна. Код теретних уговора, је у том смислу приметно готово идентично условљавање: постојање јасне узвратне користи за онога ко је на себе преузео какву уговорну обавезу – односно синалагма (*συνάλλαγμα*).

Чинилац у коме се две европске породице права суштински разликују по питању узвратне користи теретног уговора је питање лезије. Наиме, енглеска доктрина *consideration* је веома јасна како економска несразмера у вредностима узајамних давања уговорних страна није од утицаја на пуноважност самог посла као што је то случај на

<sup>798</sup> Закон о заштити потрошача је особен по томе што припада једном од ретких прописа парламента у Вестминстеру који се примењује у свим јурисдикцијама Уједињеног Краљевства (Енглеска и Велс, Шкотска, Северна Ирска).

<sup>799</sup> Atiyah, P., 1971, *Consideration in Contracts: A Fundamental Restatement*, Cambera, Australian National University Press..

<sup>800</sup> Nikšić, S., 2006a, str. 1058.

<sup>801</sup> *Triumph des Willens* је назив чувеног пропагандног филма у режији Лени Рифенштал сниманог током конгреса Национал-социјалистичке партије Немачке одржаног 1934. године у Нирнбергу.

Континенту. На то јасно указује чувени енглески прецедент: „И зрно бибера ће задовољити!“.<sup>802</sup> Међутим, енглески критеријуми правне ваљаности узвратне чинидбе онемогућавају „лезију“ у случајевима када понудилац или давалац обећања свом саговорачу нуди оно што му већ свакако, било по основу уговора или законске одредбе, дугује (*past consideration*). Континентална права у обећању чинидбе на коју је понудилац већ свакако обавезан не уочавају постојање лезије, сводивши је на случајеве понуде економске вредности када је иста очигледно несразмерна у односу на корист која се уговором остварује.

Континентални теоретичари су веома често у каузи откривали узвратну економску корист или вредност. Може се рећи да је континентална кауза мерна јединица уговорне еквивалентности. У овом смислу имамо подударност са оним енглеским концептом доктрине *consideration* који онемогућава понуду постојеће обавезе у замену за нову, или понуду вредности која се не може новчано изразити (захвалност, поштење, част). Међутим, енглеско право полазећи од принципа аутономије воље, у новчаним вредностима узајамних давања захтева искључиво адекватност на начин како је странке саме одмере. У исто време, *common law* права онемогућавају пуноважност уговорног односа у коме обе стране нису оствариле *нову* или *додату вредности* у односу на оно на шта већ свакако имају право. Континентална права, полазећи од концепта лезије, аутономију воље ограничавају на економске еквиваленте узајамних давања, али у исто време дозвољавају да једна страна „тргујући“ постојећом обавезом омогући себи нову вредност (дакле: *ништа* ново за *нешто* ново)<sup>803</sup>, односно трговину економске вредности за ону некономску или негативну економску (имовинско осиромашење), као код поклона. Примера ради, понуда Мираша да свом синовцу исплати 10 перпера које му већ дугује на основу претходног споразума као накнаде за два прања аутомобила, у замену за још једно, треће прање аутомобила, је на континенту пуноважан споразум без обзира на околност да синовчевој *новој* обавези недостаје и *нова* узвратна вредност – кауза. Енглеско право у овом случају открива јасан недостатак захтева *consideration* и таквој сагласности воља јасно одбија да пружи правну заштиту.

<sup>802</sup> *Chappell & Co Ltd v Nestle Co Ltd* [1959] UKHL.

<sup>803</sup> Чувен је пример из песме Душка Радовића „Размена“, по којој у дечјем емисији *На слово на слово* Аћим и Мића тргују речима: „Чекајте, ако хоћете да се мењамо – могу вам дати *ништа* а ви мени поклоните *нешто* [...] хоћете ли овако: да ја вама дам *немам* и још нешто, а ви мени дате *имам* [...] Не, ја бих вама дао нећу за хоћу, ако хоћете. Нећу!“.

Грчки компаратиста Маркесинис<sup>804</sup> у својој анализи<sup>805</sup> одсуства каузе приликом закључења континенталног уговора, односно захтева *consideration* код енглеског уговора, у обе породице права проналази јасну подударност у исходима. Тако, наводи он, француска правна теорија ништавост (*nulle*) уговора о продаји услед потпуне пропасти ствари у тренутку закључења уговора<sup>806</sup> објашњава као одсуство *предмета* из угла продавца, односно одсуства *каузе* из угла купца. Са друге стране, у својој одлуци<sup>807</sup> донетој половином XIX века, Дом лордова је утврдио како је уговор о продаји товара кукуруза који је пре његовог закључења већ био пропао и бачен у море, ништав (*void*) услед непостојања „онога што се хтело продати (према тумачењу енглеских правника: *subject matter*) и онога што се хтело купити (*consideration*).“<sup>808</sup>

Даље, Маркесинис пореди ситуације у којима су кауза, односно *consideration* након закључења уговора, отпали. Према француској доктрини, екстензивност утицаја каузе на цео период трајања уговора је резултат судске праксе, који тамошњи теоретичари не прихватају са претераним одушевљењем. Француски Касациони суд је у својој одлуци са краја XIX века јасно дефинисао како у случају да из ма ког разлога обавеза једне стране у синалагматичном уговору не буде испуњења, обавеза друге стране губи своју каузу.<sup>809</sup> Идентична ситуација се у енглеској правној мисли, према Маркесинису, открива у концепту познатом као *failure of consideration*. Као пример наводи спор у коме је Краљичин судбени сто одлучивао почетком шездесетих година XIX века.<sup>810</sup>

Извесни Тејлор закључио је уговор о закупу концертне дворане чији је власник био Калдвел, за накнаду од 100 фунти на дан, са намером да током четири вечери организује забавни садржај са познатим извођачима онога времена. Седам дана пре прве приредбе, концертна дворана је изгорела до темеља. Тејлор је поднео тужбу против Калдвела због повреде уговора. Суд је одбио његов захтев. Лорд Блекбурн<sup>811</sup> је у свом образложењу истакао како се постојање концертне дворане мора сматрати за основни услов уговора,

<sup>804</sup> Basil Markesinis, 1944.

<sup>805</sup> Markesinis, B., 1978, pp. 58–59.

<sup>806</sup> „Si au moment de la vente la chose vendue était périe en totalité, la vente serait nulle.” – Art. 1601(1) *Code civil*.

<sup>807</sup> *Couturier v Hastie* (1856) 5 HLC 673.

<sup>808</sup> „The contract plainly imports that there was something which was to be sold at the time of the contract, and something to be purchased. No such thing existing [...] there must be judgment given by your Lordships for the Defendants.” – The Lord Chancellor, *Couturier v Hastie* (1856) 5 HLC 673.

<sup>809</sup> „[D]ans un contrat synallagmatique, l'obligation de l'une des parties a pour cause l'obligation de l'autre et réciproquement, en sorte que, si l'obligation de l'une n'est pas remplie, quel qu'en soit le motif, l'obligation de l'autre devient sans cause.” – Cour de Cassation, Chambre civile, du 14 avril 1891. (<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006952698/>, 25. 10. 2021).

<sup>810</sup> *Taylor v Caldwell* [1863] 3 B&S 826.

<sup>811</sup> Colin Blackburn, 1813–1896.

онај који сам уговор подразумева без обавезе да буде исказан (*express or implied condition underlying the contract*). Њеним нестанком, уколико се он не може приписати у кривицу ниједне од уговорних страна, свака се ослобађа свих обавеза које је на основу уговора имала. Блекбурн у свом обраћању цитира Дигесте, као и самог Поттијеа, закључујући како у конкретном случају енглеско право дели став са континенталним правима. Маркесинис истиче како Блекбурн у овој одлуци у ситуацији нестанка основног предмета уговора, јасно ослобађа од обавезе обе уговорне стране, а не само ону која је савесна, имајући на уму да се је урок ослобађања свих обавеза у уговору само један, односно да је он заједнички.<sup>812</sup>

Међутим, ова подударност у правним последицама код *common law* и европско-континенталне породице права престаје у случају делимичне пропасти ствари. Наиме, док континентална права предвиђају могућност сразмерног умањења обавезе, односно постојање делимичне обавезе у односу на остварени степен испуњења обавезе друге стране, енглеско право категорички почива на правилу да делимично испуњење обавезе не може бити основ захтева за испуњење. Ипак, примећује Маркесинис, у пракси енглеских судова је приметно ублажавање овог крутог става, применом фикције да се ради о уговорима са дељивим престајама у свим ситуацијама када би то било могуће.<sup>813</sup>

#### 2.4.3. Позитивноправна компарација

Поређење прописа европско-континенталне и *common law* породице права у великој мери отежава суштинска разлика која постоји између њихових правних норми. Оштра регулаторна одступања последица су концептуалне неподударности између два централна европска нормотворца: парламент (континентална права), односно суд (*common law*).<sup>814</sup> Када се ради о доктрини *consideration*, она је готово у целости уређена судским прецедентом, чија примена, као и правилно разумевање, за континенталног правника неретко представља озбиљан изазов.

Дефиниција енглеског института *consideration* се проналази у прецеденту са краја XIX века, потврђеном од стране Дома лордова, у коме судија Лаш закључује како се *consideration* очитује било као неко право, корист, добит или ма какав бољитак једне стране (*some right, interest, profit, or benefit accruing to the one party*), односно као

<sup>812</sup> Markesinis, B., 1978, pp. 61–62.

<sup>813</sup> *Ibid*, pp. 66–67.

<sup>814</sup> Šite, D., 2021, *Common law pravna norma, Strani pravni život*, god. 65, br. 1, str. 15-29 (<https://www.stranipravnizivot.rs/index.php/SPZ/article/view/808/776>, 26. 4. 2021).

трпљење, неповољност, губитак или дужност коју даје, трпи или предузима она друга (*or some forbearance, detriment, loss, or responsibility, given, suffered, or undertaken by the other*).<sup>815</sup> Европско-континентална права у већини случајева избегавају законску дефиницију каузе. Изузеци у том смислу су шпанско и румунско право. Шпански Грађански законик (члан 1274) прописује различите врсте каузе за различите типове уговора. Тако се код оних онерозних, каузом сваке уговорне стране сматра престација или обећање ствари или чинидбе друге стране. Код уговора уз накнаду, кауза је чинидба или корист за коју се врши плаћање. У случају добротних уговора, кауза је ништа друго до великодушност добротвора.<sup>816</sup> Румунски Грађански законик (члан 1235) садржи нешто свеобухватнију дефиницију, нормирајући каузу као разлог који сваку од страна наводи на закључење уговора.<sup>817</sup>

Анализом наведених одредби, посебно када се ради о односу шпанског и енглеског права, стиче се утисак изражене нормативне подударности. Мишљења смо како енглески прецедент *Currie* не условљава *корист са трпљењем*, па се тако, на основу само те норме, може закључити како енглески уговор може бити и добротин, што никако није случај. Тако се дефиницији из прецедента *Currie*, мора додати и њен неодвојиви део из прецедента *Данлон*<sup>818</sup> са почетка XX века. У њему лорд Дандин, позивајући се на ставове професора Полока, закључује како је *consideration* цена односно вредност дата у замену за обећања, што само обећање чини утуживим.<sup>819</sup> На овај начин, енглески уговор добија правну потврду само као узајаман, реципрочан, односно синалагматичан. Континентална права која, истина искључиво у начелу, прате англоамерички *quid quo pro* концепт проналазимо у претпоставци паритета и симетричности свих трговачких и грађанских уговора португалског Грађанског законика (члан 421-А), или одредби мађарског Грађанског законика по којој за обавезу утврђену уговором следи узвратна обавеза, осим уколико из самог уговора или околности не следи шта друго (§ 6:61).

<sup>815</sup> *Currie v Misa* (1875) LR 10 Ex 153; (1875-76) LR 1 App Cas 554.

<sup>816</sup> Изван Европе, готово идентична одредба се проналази у чл. 1350 Грађанског законика Филипина: „In onerous contracts the cause is understood to be, for each contracting party, the prestation or promise of a thing or service by the other; in remuneratory ones, the service or benefit which is remunerated; and in contracts of pure beneficence, the mere liberality of the benefactor.”

<sup>817</sup> Подударну законску дефиницију изван Европе, проналазимо у чл. 1967 ст. 1 Грађанског законика Луизијане: „Cause is the reason why a party obligates himself.”

<sup>818</sup> *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v Selfridge & Co Ltd* [1915] UKHL 1; [1915] AC 847.

<sup>819</sup> „My Lords, I am content to adopt from a work of Sir Frederick Pollock, to which I have often been under obligation, the following words as to consideration: ‘An act or forbearance of one party, or the promise thereof, is the price for which the promise of the other is bought, and the promise thus given for value is enforceable.’” – Lord Dunedin, *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v Selfridge & Co Ltd* [1915] UKHL 1.

Упркос одсуству јасне дефиниције шта кауза јесте, појам неадекватне каузе је на Континенту од самог почетка њеног нормирања веома јасно дефинисан. Тако је још француски *Code civil* прописивао (некадашњи члан 1133) како је кауза недопуштена уколико је забрањена законом, односно противна добрим обичајима и јавном поретку. Идентичну одредбу садржи и италијански *Codice civile* (члан 1343), док шпански Грађански законик изоставља супротност јавном поретку (члан 1275), а румунски, поред недозвољене каузе која је противна закону и јавном поретку, уводи и појам неморалне каузе (члан 1236). Сви наведени прописи поред недозвољене каузе, познају и тзв. лажну каузу, односно околност да стране својим уговором, у ствари, желе да прикрију неки други правни посао, односно да избегну примену принудних прописа. Немачки Грађански законик, иако не припада каузалистичком кругу уговорног права, прописује да уколико је циљ неке чинидбе одређен тако да се прималац пријемом огрешо о неку законску забрану или добре обичаје, обавезан је на повраћај примљеног (§ 817).

Енглески прописи неадекватност у односу на *consideration*, пре свега, доводе у везу са односом самих уговорних страна, а не широким критеријумима попут принудних прописа, јавног поретка или добрих обичаја која проналазимо у наведеним одредбама европско-континенталне породице права. Тако *consideration*, првенствено, мора да одговара ономе што је давалац обећања захтевао од друге стране,<sup>820</sup> да исходи од сауговорача,<sup>821</sup> те да има своју економску вредност<sup>822</sup>. Ниједан од наведених енглеских стандарда адекватности не проналазимо у континенталним теоријама о каузи или немачком циљу чинидбе.

Енглеско право онемогућава пуноважност уговорне обавезе понуђеног која се заснива на престацији коју је понудилац већ извршио пре закључења уговора (*past consideration*),<sup>823</sup> када се ради о обавези коју давалац обећања има на основу опште норме,<sup>824</sup> раније уговорне обавезе према понуђеном,<sup>825</sup> односно када делимичним испуњењем жели да се ослободи обавезе у целости<sup>826</sup>. Сустрет континенталне неадекватности каузе, и *common law* захтева *consideration* унеколико проналазимо у односу на обавезу

<sup>820</sup> *Combe v Combe* [1951] 2 KB 215; *Carlill v Carbolic Smoke Ball Co* [1893] 1 QB 256.

<sup>821</sup> *Pitts v Jones* [2007] EWCA Civ 1307.

<sup>822</sup> *Chappell & Co Ltd v Nestle Co Ltd* [1960] AC 87.

<sup>823</sup> *Eastwood v Kenyon* (1840) 113 ER 482. Потпуно је био један од ретких континенталних теоретичара који је заговарао примену принципа *past consideration* као пример недозвољене каузе. Newman, H., 1952, p. 669.

<sup>824</sup> *Collins v Godefroy* (1831) 109 ER 1040.

<sup>825</sup> *Stilk v Myrick* (1809) 170 ER 1168.

<sup>826</sup> *Penny v Cole: Pinnel's Case* [1602] 5 Co. Rep. 117a; *Foakes v Beer* [1884] UKHL 1.

утврђену општом нормом. Наиме, док европско-континентална породица права спречава понуду општим прописом наметнуте обавезе у замену за какву контрапрестацију сауговарача, судска пракса је у каталог недопуштене каузе уврстила погодбу по којој се у замену за какву корист понудилац уздржи од радње која је општом нормом забрањена.

*Common law* норме о утицају принудних прописа или јавног поретка на пуноважност уговора су значајно другачије од оних европско-континенталних, пре свега у смислу да у великој мери релативизују њихов директни утицај на важење самог уговора. У *obiter* делу судске одлуке из 1957. године<sup>827</sup> заузето је становиште како није могуће претпоставити да је циљ законске норме директни утицај у опште уговорно право.<sup>828</sup> У конкретном случају, *Законом о трговачкој пловидби*<sup>829</sup> прописану забрану вршења превоза терета бродом преко одређене тежине, уговорне стране су сагласно прекорачиле. У тужби ради накнаде уговорне штете, тужени се позвао на околност да је уговор ништав с обзиром на то да је супротан принудним прописима. Суд није уважио овај приговор туженог, уз образложење да пошто је законодавац за кршење конкретне забране предвидео изрицање новчане казне, не може се по аутоматизму закључити како би уговорена чинидба противна принудним прописима довела и до аутоматске ништавости самог уговора.

Готово идентичну одлуку донео је недавно (2019. године) и Апелациони суд Енглеске и Велса<sup>830</sup> чиме је претходни став тамошњег Високог суда потврђен. Одредбама *Закона о имиграцијама, азилу и држављанству*<sup>831</sup> забрањено је закључење уговора о раду или делу са странцима без адекватне дозволе. Парничне стране су упркос јасне законске забране закључиле уговор о раду, по коме је тужена обављала послове у кући тужиоца. Након одређеног времена тужена је поднела тужбу против свог „послодавца” због незаконитог отказа. Тужилац је истакао приговор ништавости уговора јер је исти противан принудним прописима. Апелациони суд је у свом образложењу утврдио како у енглеском праву постоје две врсте ништавости – законска (*statutory*) и *common law* ништавост – те да се на конкретан уговорни однос не може применити ова друга. Лорд Андерхил<sup>832</sup> је посебно истакао како се одредбе конкретног закона не могу тумачити као основ

<sup>827</sup> *St John Shipping Corporation v Joseph Rank* [1957] 1 QB 267.

<sup>828</sup> „[A] court should be very slow to hold that a statute intends to interfere with the rights and remedies given by the ordinary law of contract.” – Devlin Justice, *St John Shipping Corporation v Joseph Rank* [1957] 1 QB 267.

<sup>829</sup> Merchant Shipping (Safety and Load Line Conventions) Act 1932.

<sup>830</sup> *Okedina v Chikale* [2019] EWCA Civ 1393.

<sup>831</sup> Immigration, Asylum and Nationality Act 2006.

<sup>832</sup> Sir Nicholas Edward Underhill, 1952.



неутуживости датог уговора, упркос неупитном јавном интересу онемогућавања странаца да ступају у незаконите радне односе.<sup>833</sup>

Неизраженост каузе у уговорној исправи, на основу јасних прописа, не утиче на пуноважност уговора. Овај правни стандард добио је своју јасну законску санкцију још у француском Грађанском закону (члан 1132). Идентичну законску претпоставку постојања каузе и када она није изражена садрже и шпански Грађански законик (члан 1277), односно његов румунски пандан (члан 1239).

Енглеско право донедавно није уопште уређивало ово питање. Међутим, прецедент из 2007. године<sup>834</sup>, иако се директно не односи на ситуацију у којој *consideration* није изражен, формира пропис који се логичким тумачењем лако може применити у таквој ситуацији. Наиме, суд је утврдио како на пуноважност уговора не утиче околност да га странке у тренутку закључења уговора нису биле свесне: „Држим да су подносиоци жалбе своју сарадњу понудили у замену за одређени подухват противне странке. Такође држим да се то има сматрати довољним основом уговорне обавезе (*consideration*), без обзира на околност да подносиоци жалбе нису били свесни да су потписима на уговорним исправама себе подредили неповољности (*detriment*) у замену за напоре противне странке.”<sup>835</sup> Наведени прецедент, иако не нормира питање пуноважности уговора у случају неизражене „каузалности”, дозвољава закључак да околност да странке нису биле свесне испуњености захтева *consideration* апсорбује и ону ситуацију када га само нису изразиле.

Пуноважност уговора, као суштински појмовни оквир оба института се нормативно везује како за романистичку каузу, тако и за енглески *consideration*. У том смислу, треба само указати на готово пресликане одредбе европских грађанских законика који каузу укључују у номенклатуру услова пуноважности уговора. У том смислу су од значаја некадашњи члан 1108 француског Грађанског законика, чије транспозиције проналазимо у члану 1325 италијанског, 1179 румунског прописа идентичног назива, односно члану 26 бугарског Закона о облигацијама и уговорима.

Мишљења смо како енглеско право континентални концепт пуноважности уговора разуме као његов атрибут утуживости (*enforceability*). Значајан број прецедената

---

<sup>833</sup> „I do not believe that it can be said that the undoubted public interest in preventing foreign nationals from working illegally requires [...] section 21 to be construed as evincing a clear statutory intention that contracts of the kind to which they refer should be unenforceable.” – Lord Underhill, *Okedina v Chikale* [2019] EWCA Civ 1393.

<sup>834</sup> *Pitts v Jones* [2007] EWCA Civ 1307.

<sup>835</sup> Превод преузет из: Šite, D., 2021, str. 25.

енглеских судова, од којих је довољно указати само на оне цитиране у оквиру овог поднаслова, садрже јасна одређења како је *consideration* управо онај предзнак енглеског уговора који се мора читати као *conditio sine qua non* његове утуживости, односно континенталним речником: пуноважности.

Одсуство каузе у оквиру каузалистичког круга европских законодавстава<sup>836</sup> готово по аутоматизму доводи до апсолутне ништавости уговора, што за последицу има обавезу обе стране да оној другој врате све што су на основу таквог уговора примиле. У енглеском праву ништавост уговора, било апсолутна (*nullity*), било релативна (*voidability*), измешта конкретни облигациони однос из сфере уговорног права (*contract law*) у оквир неоснованог обогаћења (*unjust enrichment*).<sup>837</sup> Доктрина *consideration* се у енглеском праву задржава на питању могућности утуживости обавезе друге стране (*enforceability*), док последице њеног одсуства не регулише у оквиру уговорног права (*contract law*). Уколико *consideration* отпадне након закључења уговора (*failure of consideration*) у енглеском праву постаје основ тужбе осиромашеног за повратом онога што је без основа прешло у имовину обогаћеног. Судски прецедент у коме је изражен став у овом смислу је одлука Дома лордова из 1943. године.<sup>838</sup> Лорд Рајт<sup>839</sup> наглашава како се тужбени захтев за враћањем исплаћеног не заснива на уговору чије је дејство престало услед суштински измењених околности (*frustration*), већ на чињеници да је обогаћени примио новац који на основу каснијих догађаја нема право да задржи.

Међутим, ова могућност постоји само уколико једна од страна није испунила своју уговорну обавезу у целости. Уколико је дошло макар до делимичног испуњења, оштећена страна неће моћи истаћи захтев за враћањем на основу правила *failure of consideration*. Судским прецедентом из друге половине XIX века<sup>840</sup> формирано је јасно правило. Тужилац је захтевао од извршиоца завештања да изврши поврат дела новца које је исплатио на име уговорене накнаде за шест година подучавања његовог сина

<sup>836</sup> Белгија, Бугарска, Италија, Луксембург, Румунија, Словенија, Србија, Шпанија.

<sup>837</sup> Birks, P., 1993, No Consideration: Restitution After Void Contracts, *Western Australian Law Review*, Vol. 23, No. 2, p. 198.

<sup>838</sup> „There was no intention to enrich him in the events which happened. No doubt, when money is paid under a contract it can only be claimed back as for failure of consideration where the contract is terminated as to the future. Characteristic instances are where it is dissolved by frustration or impossibility or by the contract becoming abortive for any reason not involving fault on the part of the plaintiff where the consideration, if entire, has entirely failed, or where, if it is severable, it has entirely failed as to the severable residue, as in *Rugg v Minett*. The claim for repayment is not based on the contract which is dissolved on the frustration but on the fact that the defendant has received the money and has on the events which have supervened no right to keep it.” - Lord Wright, *Fibrosa Spolka Akcyjna v Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd* [1942] UKHL 4.

<sup>839</sup> Robert Alderson Wright, 1869–1964.

<sup>840</sup> *Whincup v Hughes* [1871] LR 6 CP 78.

васпитачу који је преминуо након свега једне године рада. Суд је одбио захтев тужиоца са образложењем да није могуће захтевати враћање новца исплаћеног на основу уговора у случају када је друга страна макар делимично извршила узвратни *consideration*.

Енглески правници истичу како се институт *failure of consideration* као основ тужбе за поврат на основу неоснованог обogaћења, не сме побркати са обећањем датим приликом закључења уговора у замену за обавезу друге уговорне стране (*consideration*), иако се ради о идентичном термину. Како би се истакла разлика, институт *failure of consideration* је у пракси преименован у *failure of basis* или недостатак основа.<sup>841</sup>

Доброчини уговор је, по правилу, неутужив у енглеском праву јер му према тамошњем схватању недостаје *consideration*. У овом погледу је европско-континентални захтев каузе, свакако, институт који је шири од свог енглеског функционалног еквивалента. Наиме, док се у теретним уговорима кауза и *consideration* готово савршено преклапају, код бесплатних правних послова долази до јасног раскорака међу њима с обзиром да енглеско уговорно право *великодушност* онога који се обавезује без узвратне имовинске користи не прихвата за основ утуживости, односно одриче пуноважност таквог правног посла.

Ипак, у једном истина изразито уском сегменту, енглеско право је од друге половине XX века дозволило пуноважност уговорног обећања и у ситуацији када за њега не постоји узвратни *consideration*. Овај изузетак је дефинисао лорд Денинг у чувеној одлуци<sup>842</sup> Краљичиног судбеног стола из 1947. године формирајући јасније контуре института *promissory estoppel*. Иако је могућност његове примене поприлично ограничена, у једном свом сегменту могло би се сматрати како се *promissory* „кауза” унеколико приближава оној континентално доброчиној. Наиме, основни услов примене института *promissory estoppel* је околност да се страна која се на њега позива *поузда* у обећање друге стране и деловала на основу тог поуздања. Ова околност је посебно истакнута у одлуци<sup>843</sup> Крунског савета из 2007. године. Дакле, основ примене института *promissory estoppel* је поуздање (*reliance*) пасивно легитимисане стране, чиме се он у извесној мери приближава континенталном концепту великодушности као каузи правног посла. Дакле, за примљену корист се узвраћа нечим што нема своју економску вредност. Ипак, како се ради о институт чију је примену сам лорд Денинг прецедентом донетим свега коју годину

<sup>841</sup> O'Sullivan, J., Hilliard, J., 2016, *The Law of Contract*, Oxford, Oxford University Press, pp. 447–448.

<sup>842</sup> *Central London Property Trust v High Trees House Limited* [1947] KB 130.

<sup>843</sup> *Bolkiah and Others v The State of Brunei Darussalam* [2007] UKPC 62.

касније<sup>844</sup> значајно редуковао, мишљења смо како је ова околност много више изузетак који потврђује правило о искључивој теретности енглеског уговора, него доказ проширења доктрине *consideration* на бесплатне „противчинидбе” као што је *поуздање* у примљено обећање.

Исто питање посматрано из континенталног угла, дозвољава учечавање још једног прилично значајног функционалног нивоа подударача код две европске породице права. Примера ради, члан 931 француског Грађанског законика јасно прописује како се сви добротичини правни послови *inter vivos* у форми уговора закључују испред јавног бележника који, под претњом ништавости посла, мора задржати један примерак уговорне исправе.<sup>845</sup> Слична је ситуација и код других европских кодификација.<sup>846</sup> Немачки Грађански законик (§ 518) прописује да је пуноважност уговора о обећању поклона условљена његовом солемнизацијом од стране јавног бележника. Дародавалац недостатак форме може конвалидирати извршењем обећање престације.<sup>847</sup> Швајцарски Законик о облигацијама (члан 243) је донекле мање стриктан, па за обећање поклона прописује само обавезну писану форму, док је код поклона неког стварног права на непокретностима неопходна форма оверене исправе.<sup>848</sup> Италијански Грађански законик у односу на поклон има нешто рестриктивнији приступ. Осим што изјаву о поклону условљава њеном овером од стране јавног бележника, у случају када изјава дарованог о пријему није саставни део исте исправе, и саму изјаву је неопходно посебно оверити код јавног бележника (члан 782). У случају да се ради о покретној ствари мале вредности (члан 783) предаја покретне ствари у циљу даривања се неће сматрати ништавом услед недостатка форме. Вредност поклона се утврђује на основу имовног стања дародаваоца.<sup>849</sup>

<sup>844</sup> *Combe v Combe* [1951] 2 KB 215.

<sup>845</sup> „Tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaires dans la forme ordinaire des contrats ; et il en restera minute, sous peine de nullité.” – Article 931 *Code civil*.

<sup>846</sup> Истоветан услов предвиђен је и у Предоснови грађанског законика Краљевине Југославије (§ 930) – „Усмено склопљен уговор о даривању без праве предаје дароване ствари не вреди. За ваљаност уговора без праве предаје тражи се јавнобележнички акт.”

<sup>847</sup> „(1) Zur Gültigkeit eines Vertrags, durch den eine Leistung schenkweise versprochen wird, ist die notarielle Beurkundung des Versprechens erforderlich. Das Gleiche gilt, wenn ein Schuldversprechen oder ein Schuldanerkennnis der in den §§ 780, 781 bezeichneten Art schenkweise erteilt wird, von dem Versprechen oder der Anerkennungserklärung. (2) Der Mangel der Form wird durch die Bewirkung der versprochenen Leistung geheilt.” – § 518 *Bürgerliches Gesetzbuch*.

<sup>848</sup> „(1) Das Schenkungsversprechen bedarf zu seiner Gültigkeit der schriftlichen Form. (2) Sind Grundstücke oder dingliche Rechte an solchen Gegenstand der Schenkung, so ist zu ihrer Gültigkeit die öffentliche Beurkundung erforderlich. (3) Ist das Schenkungsversprechen vollzogen, so wird das Verhältnis als Schenkung von Hand zu Hand beurteilt.” – Art. 243 *Obligationenrecht* (немачка верзија).

<sup>849</sup> „(1) La donazione deve essere fatta per atto pubblico, sotto pena di nullità. Se ha per oggetto cose mobili, essa non è valida che per quelle specificate con indicazione del loro valore nell'atto medesimo della donazione, ovvero in una nota a parte sottoscritta dal donante, dal donatario e dal notaio. (2) L'accettazione può essere fatta nell'atto stesso o con atto pubblico posteriore. In questo caso la donazione non è perfetta se non dal momento in cui l'atto

Поређењем цитираних чланова грађанских законика о условима пуноважности бесплатних уговора са модалитетима на који енглеско и њему сродна права омогућавају подударне правне послове, уочавају се јасна преклапања. Наиме, у обе европске породице права приликом обећања поклона се сусрећемо са, пре свега, писаним исправама, које је под претњом ништавости правног посла неопходно оверити пред имаоцем јавних овлашћења. Околност да се таква исправа под претњом ништавости правног посла у енглеском праву не може сматрати уговором, већ има свој посебан назив (*deed*), док је, примера ради, у француском праву то изричито уговор (*dans la forme ordinaire des contrats*), чини се, није од утицаја на закључак да се ради о јасним функционалним подударностима. Тако, у италијанском праву ни немамо назив саме исправе, већ само одређење да се поклон под претњом ништавости мора учинити у форми „јавног акта” (*per atto pubblico*).

## 2.5. Закључак

Слобода која сама себи не уме да постави ограничења није слобода него хаос.

Опредељењем да уговор регулишу као правом заштићени израз консензуализма израслог управо на концепту слободе уговарања (аутономија воље), европска права су морала јасно прописаним критеријумима дефинисати и јасне контуре те аутономије, односно условити афирмацију државне принуде у индивидуалним дужничко-поверилачким односима насталим на основу споразума. Сва европска права, како она из *common law* породице права, тако и континентална, садрже спољашњи оквир аутономије воље који се пре свега огледа у неважности оних уговора који су супротни принудним прописима. Енглеско право овај концепт дефинише као *illegality defence*, познавајући своја два облика: противност уговора принудним *common law* прописима, те противност императивним законским нормама (*statute*). Међутим, пракса показује како чак и уговори противни принудним прописима могу добити потврду тамошњих судова, па је у том смислу ово ограничење у енглеском праву нешто порозније од оног континенталног. Такође, енглески концепт *illegality*, чини се, не прави јасну разлику између принудних прописа и

---

di accettazione è notificato al donante. (3) Prima che la donazione sia perfetta, tanto il donante quanto il donatario possono revocare la loro dichiarazione.

(1) La donazione di modico valore che ha per oggetto beni mobili è valida anche se manca l'atto pubblico, purché vi sia stata la tradizione. (2) La modicità deve essere valutata anche in rapporto alle condizioni economiche del donante.” – Art. 782–783 *Codice Civile*.

јавног поретка (*public interest, public order*), користећи их наизменично, готово као синониме.<sup>850</sup>

Европско-континентална породица права, са друге стране, не само што спољашњи оквир аутономије воље уговорних страна, оличен у противности уговора принудним прописима и јавном поретку, разуме крајње рестриктивно, исти по правилу допуњује захтевом добрих обичаја, добре вере, односно савесности и поштења. Концепт *bona fide*, енглеско уговорно право не само да не препознаје, већ га и експлицитно игнорише.

Међутим, поред овог спољашњег, вануговорног оквира аутономије воље, европска права су морала пронаћи и један унутрашњи критеријум пуноважности сагласности воља, критеријум који би се морао разумети као неопходни интегрални чинилац те сагласности. Овај захтев је посебно дошао до изражаја након победе консенсуализма, када форма више није могла да осигура условљеност пуноважности правног посла. У својој потрази за алтернативом форме, европска права су наишла на релативно сличан, а функционално готово идентичан институт. У неким правима је то кауза, док је у другима то *consideration*. Стиче се утисак како су у својој актуелној инкарнацији кауза, односно *consideration*, уједно и најпростији и најсложенији елемент уговора. Најпростији – јер се исцрпљују у ономе што очекујемо од свог сауговорача у замену за престацију коју му нудимо. Најсложенији – јер својом свеобухватношћу могу да се изједначе са уговором у целини, да се укодирају у сваку његову честицу и дају свој коначни суд о његовој судбини.

Кауза чини да уговор буде више од форме која је равнодушна према карактеру свог садржаја. Њу интересује правно релевантни разлог уговорног самообавезивања. У том смислу се открива њена разлика у односу на меницу. Наиме, оба правна посла су правом предвиђени инструмент уређења дужничко-поверилачких односа заснованих на консенсуализму. Међутим, док је код менице форма у себи апсорбовала садржај, уговор не дозвољава превласт сагласности воља, супротстављајући јој сувереност каузе чији је основни задатак да буде чувар злоупотребе воље, омогућавајући јој тиме правно дејство које у нашем облигационом праву припада принудним прописима, јавном поретку и добрим пословним обичајима. Доктрина *consideration* енглеског уговора покушава да одгонетне његову суштину, и у том смислу се она мора довести у везу са континенталним покушајима за разумевањем суштине уговора, који се открива у напорима да се

---

<sup>850</sup> Види: *obiter* лорда Андерхила (Lord Underhill) у пресуди Апелационог суда Енглеске и Велса *Okedina v Chikale* [2019] EWCA Civ 1393.

дефинише стварно значење каузе уговорне обавезе. Наиме, решење загонетке *Шта је consideration?* је уједно и разумевање суштине уговора, као што је *разумевање каузе уговора*, такође, разумевање суштине уговора.

Путања откривања овог инхерентног критеријума пуноважности уговора своју почетну станицу проналази у жељи да се открије његов *циљ*, односно да се одговори на питање који је то правно релевантан разлог због кога се стране одлучују на самообавезивање спрам свог саговорника. Поред Јеринга, који сваки покрет *воље* условљава постојањем јасног *циља*<sup>851</sup>, промишљање о овом концепту на себи особен начин изражава Радбрух тврдњом како „Облигационо право носи у себи клицу своје смрти: оно се гаси кад са испуњењем постигне свој циљ”<sup>852</sup>.

Обе европске породице права методолошки одговор у откривању циља уговора којим би се премостила раздаљина од форме до консенсуализма, проналазе у истоветном појму римског права – *causa*. Паралелно, обе породице права увиђају и његову очиту неадекватност. Наиме, римско право осим што термин *causa* не употребљава доследно, оно не нуди ни његово појмовно одређење. Коначно, не може се „фино ткање” савременог уговора заснивати на праву које осим што има скептичан однос према дефиницијама<sup>853</sup>, никада није ни дошло до појма уговора као таквог. Енглеско право, пре свега кроз „слободна читања” лорд-канцелара, римско *causa* претвара у *quid quo pro*, формирајући тако основни принцип касније доктрине *consideration*. Континентална права, истина неколико векова касније, тај инхерентни циљ уговора једне уговорне стране препознају у обавези оне друге. Тако се у оквиру романистичког подсистема датом појму римског права (*causa*) прописује хибридно, унапређено, значење.

*Consideration* и кауза, осим што указују на истоветни елемент уговора (контрапRESTација), истовремено желе да послуже и као индиција озбиљности намере уговорних страна да својим изјавама воље успоставе правну везу (*iuris vinculum*).<sup>854</sup> На тај начин, њима се даје подједнак задатак: служе као надоместак форме, односно задовољавају захтев квалитативне провере којим се споразумима има дати правна заштита, а којима не. У том смислу је од значаја указати да оба института на истоветан начин идеју одсуства форме уговара испољавају у одсуству захтева изражености самог института. Стране, дакле, не морају исказати циљ свог обавезивања: довољно је да он постоји. У исто време,

<sup>851</sup> Јеринг, Р., 1998, *Циљ у праву*, Београд / Подгорица / Сремски Карловци, Службени лист СРЈ / ЦИД / Издавачка књижарница Зорана Стојановића, стр. 17.

<sup>852</sup> Radbruch, G., 1980, *Filozofija prava*, Beograd, Nolit, str. 182.

<sup>853</sup> „Omnis definitio in iure civili periculosa est; parum est enim, ut non subverti posset.” – D. L.17.202.

<sup>854</sup> Stoyanov, D., 2016, p. 262.

како би се овај неисказани, немушти циљ уговорне обавезе на неупитан начин сазнао, код обе породице права се он нормативно дефинише као исти типски циљ, различит од мноштва мотива који су стране подстакле на закључење уговора.

Та путања од форме ка овакво квалификованом консенсуализму, свакако, није имала једнаке маршуте у енглеском и европско-континенталним правима, нити се одвијала у подударним историјским околностима и епохама. Гамс примећује како су се међу модерним правима трагови овога процеса највише сачували управо у енглеском праву, које је одржало многе архаична правне форме.<sup>855</sup> Мишљења смо како се настале разлике тичу само детаља, док је суштина белодано иста: основ обавезе једне уговорне стране се крије у узвратној обавези оне друге.

Успостављањем оваквог *основа* се хтело пронаћи правно оправдање државне интервенције у приватним дужничко-поверилачким односима насталим на основу споразума, објашњењем да страна своју обавезу из уговора врши управо *због* обавезе друге стране. Мора се признати да је овакав закључак донекле наиван. Наиме, уговорне стране се не придржавају уговора због обавезе оне друге, већ због тога што их на то наводи јасна императивна правна норма, односно због неповољних правних последица које могу наступити у случају непоштовања уговора. У противном, страна која није испунила своју обавезу не би касније истицала приговор застарелости, како то у највећем броју случајева ипак бива, већ би и упркос околности да је наступила застарелост, своју обавезу према другој страни испунила зато што је од ње већ примила испуњење. Очигледно је да *основ* у оваквим разматрањима, пре свега, израз намере да се у уговору, као изразу грубог економско-интересног односа, открију и „неке друге, љепше, и ведрије категорије”<sup>856</sup>.

У намери да се у институту *основ обавезе* открије некакво концептуално оправдање државне интервенције у приватним дужничко-поверилачким односима насталим на основу споразума морало се одустати од јасног појмовног одређења јер ниједан није могао боље од појма *контрапрестације* да обухвати све аспекте који се основу уговорне обавезе морао приписати. Одсуство развојне дефиниције основа уговорне обавезе је у пракси довео до значајних проклизавања и произвољности у примени овог института. Тако се дошло до позитивног и негативног читања института основ уговорне обавезе како у оквиру европско-континенталних (каузалисти / антикаузалисти), тако и *common law* породице права (присталице и заговорници напуштања доктрине *consideration*).

<sup>855</sup> Гамс, А., 1959б, стр. 157.

<sup>856</sup> Vedriš, M., *et al.*, 1979, str. 282.



Коначно, у име академске честитости, мора се признати да се како у енглеском, тако и у каузалистичком кругу европско-континенталних права, услед непостојања јасне нормативне дефиниције, овај основ уговорне обавезе (*consideration*, кауза) преобразио у својеврсну Роршахову мрљу. Подложен непрегледним нијансама тумачења, овај институт се у великом броју случајева, у пракси, свео на издашни судски реквизит за дељење личне правде и тако се опасно примакао логици адвокатских трикова.

Подударност каузе и енглеске доктрине *consideration* је евидентна у европско-континенталном контексту синалагматичких уговора. Међутим, када се покуша објаснити кауза европско-континенталних добротних уговора, она се претвара у његов метафизички елемент. За метафизичке појмове у овом смислу ћемо сматрати оне који су по својој природи подобни да измичу рационалној расправи с обзиром да је њихов простор изразито тешко, чак немогуће тематизовати. У том смислу се један од видова европско-континенталног уговора крије иза готово мистификоване каузе као једног од оних „широких појмова“, подобних за непредвидљиву употребу. Наиме, у поступку утврђивања постојања каузе код добротних уговора од суда се захтева примена готово трансцендентних знања, чиме се врши трансмисија произвољности у координате дискреционог овлашћења. Кауза добротних уговора у свом радикалном облику постаје мета-уговорни простор у коме се суд непрестано судара са својим границама, дозвољавајући му при то да се у њему сасвим слободно креће.

Мишљења смо како намере каузалиста да основ уговорне обавезе изместе из сфере његовог предмета (као парадигме антикаузаистичке логике), иако у бити опипљиве, се код добротних уговора губе услед фиктивног оквира у кога је смештају. Указујући на метафизичке оријентире, каузалисти основу обавезе добротног уговора одузимају простор реалности, истовремено повећавајући фрустрацију, крећући се тако корак даље од жељеног циља. Привржени традиционално постављеним механизмима, каузалисти превиђају јасну омеђеност својих парадигми, односно околности да функционисање каузе има своје јасне границе и да се оно распада уколико покушамо да их проширимо. Жеља да каузом објаснимо основ обавезе добротних уговора неминовно доводи до тога да одабрани механизми по унутрашњој нужности заказују, на шта се реагује паничним гомилањем *квантитета* аргумената, са надом да ће у неком од њих настати *квалитет*. Оваква дијалектичка алхемија успева само у уџбеницима, али не и у стварности.

На концу, може се закључити како је *consideration* енглеског уговора неспорно функционални пар каузи европско-континенталних теретних уговора, у оним правима који тај институт препознају. Како у правно-теоријском, тако и у позитивноправном

аспекту, основ обавезе једне стране теретног уговора и у енглеском и у каузалистичком кругу континенталних права јасно одговара контрапрестацији, противчинидби друге стране. Разлике у примени овог функционално истог института се своди на питање дефинисања мере асиметричности предмета уговора (престација и контрапрестација), које се испољава у нормативним одређењима њихове еквивалентности (европско-континентална права) односно довољности (*common law*). Ипак, питање мере ове асиметричности није везано за институт основа уговорне обавезе, већ се оно пре свега тиче концепта прекомерног оштећења. У том смислу, чини нам се како је неопходно проблематизовати следећи парадокс: док европско-континенталним правима принципијелно смета могућност да се ценовна скала енглеског уговора може спустити до вредности „зрна бибера”, истовремено их не буни уговорна размена *нечег* за *ништа* код бесплатних уговора које, опет, енглеско право истрајно подвргава терору доктрине *consideration*, па макар то било и зрно бибера.

### 3. *CONSIDERATION* КАО ПРЕСЕК ВОЉЕ, ПРЕДМЕТА И ДЕЈСТВА КОНТИНЕНТАЛНОГ УГОВОРА

Доктрина *consideration* енглеског уговора се поред каузе, или германистичког циља уговорне обавезе, може препознати и у неким другим институтима европско-континенталног уговорног права. Салма примећује како се и у континенталној породици права суштина каузе понегде покушава одредити на основу њеног поређења са другим сличним установама уговорног права, означавајући овакво промишљање о каузи као *диференцирајућа схватања*.<sup>857</sup> Тако је, у случају њеног поређења са предметом уговора, кауза оно *за што* се дугује (сврха дуговања), а предмет је оно *шта* се дугује (давање, чињење, нечињење). У поређењу са дејством уговора, заједничко је да су и кауза и дејство – циљ уговора. Разлика је што је кауза циљ који претходи закључењу уговора, тако да мора да постоји у тренутку закључењу уговора, а дејство, као коначан ефекат уговора који се огледа у стварању „права и обавеза између уговорних страна, наступа тек по закључењу уговора. Први представља услов за настанак и пуноважност, а други је последица већ насталог уговора.”<sup>858</sup>

<sup>857</sup> Салма, Ј., 2006, стр. 180.

<sup>858</sup> *Ibid.*

Појмови уговорног права које се морају анализирати у оквиру промишљања о енглеској доктрини *consideration* у односу на континентална права су *воља*, те *предмет* и *дејство уговора*.

### 3.1. Воља

Уговор настаје искључиво захваљујући вољи његових страна. *Animus contrahendi* или намера за закључење уговора је у оној мери компонента неопходна за његово важење, као што је то, примера ради, захтев да приликом састављања свог тестамент за вешталац буде у животу. Дакле, воља или прецизније сагласност воља сауговарача је ништа мање до онтолошка одредница уговора. Језиком математичара, уговор постоји *ако и само ако* (акко) постоји сагласност воља.

#### 3.1.1. *Animus contrahendi* и *consideration* у енглеском праву

Амерички професор уговорног права Вилистон<sup>859</sup> био је познат по закључку како је *animus contrahendi* концептуални производ европско-континенталне групе права и да га је као страног и непотребног потребно одстранити из *common law* система с обзиром на то да овај одавно поседује сопствени маркер утуживости уговора: доктрину *consideration*.<sup>860</sup> Ипак, претежни део англо-америчке правне мисли сматра како и *consideration* и *animus contrahendi* представљају, сваки за себе, јасне предуслове настанка уговора. Околност да веома често *consideration* на несумњиви начин оличава *animus* уговорних страна, не дозвољава закључак по коме би ова два појма требало поистоветити.<sup>861</sup>

Једно од основних питања које се у оквиру *common law* породица права појавило у односу на ова два института је пре свега, практичне природе. Своди се на недоумицу да ли судови у случају потребе треба прво да утврде постојање намере уговарача, након чега би се поставило питање да ли дати уговор задовољава критеријум *consideration* или је поредак обрнут. Одговор на ову дилему, као и готово увек у енглеском праву, проналазимо пре свега у одлукама тамошњих вишестепених судова.

---

<sup>859</sup> Samuel Williston, 1861–1963.

<sup>860</sup> Tuck, R., 1943, Intent To Contract and Mutuality of Assent, *The Canadian Bar Review*, Vol. 21, No. 2, pp. 123–124.

<sup>861</sup> Lücke, H. K., 1970, The Intention to Create Legal Relations, *Adelaide Law Review*, Vol. 10, No. 3–4, p. [419].

У одлуци Дома лордова из 1924. године<sup>862</sup> упркос устаљеним претпоставкама енглеског права, предност је дата критеријуму *animus*. Компанија *Роуз и Френк* била је ексклузивни амерички дистрибутер индиго папира британске компаније *Кромптон*. У току пословне сарадње, стране су у једном тренутку потписале додатну исправу о модальтетима њиховог заједничког пословања у којој је било изричито наведено како се не ради о формалном и правно-обавезујућем споразуму (*arrangement is not entered into, nor is this memorandum written, as a formal or legal agreement*) већ само о прецизнијем изразу и забележби циља и намере његових страна (*but it is only a definite expression and record of the purpose and intention*) да се обавезу на сарадњу (*to which they each honourably pledge themselves*) на основу узајамне лојалности и пријатељске сарадње (*with mutual loyalty and friendly co-operation*). Након што су се лични односи између потписника ове исправе нарушили, *Кромптон* је одбио да испоручи неке од својих производа, па је компанија *Роуз и Френк* поднела тужбу ради принудног остварења њеног садржаја. Након што је првостепени суд одбио тужбени захтев, Апелациони суд је исти усвојио са образложењем да се намера страна (*animus*) може утврдити како на основу садржине исправе, тако и на основу природе узајамних обавеза. Док се у породичним и пријатељским односима претпоставља одсуство намере стварања правног односа (уговор), у трговачким стварима је таква претпоставка управо обрнута. Међутим, Дом лордова је закључио како јасно изражено одсуство намере успостављања правног односа, иако исти у свим осталим сегментима садржи јасне особине уговора у привреди, има превагу над природом датог односа. Тако је закључено како се у случају изричитог одрицања постојања намере уговарања не примењује претпоставка енглеског права да *animus contrahendi* увек постоји у трговинско-пословним релацијама.

Ипак, цитирани прецедент се односи на ситуације када потписници одређене исправе изричито истакну одсуство намере уговарања. У највећем броју случајева такве одредбе неће бити, па је стварна намера учесника неког односа фактичко питање на које суд мора дати свој разгветно аргументовани одговор у случају њихове несагласности. У тим ситуацијама енглески судови примењују објективни критеријум<sup>863</sup>, по коме се постојање *намере* закључења уговора повезује са држањем страна и њиховим изјавама – пре свега датим обећањима – у складу са општим стандардом разумног поступања. Претпоставке су да стране нису намеравале закључити уговор у оквиру породичних и

<sup>862</sup> *Rose & Frank Co v JR Crompton & Bros Ltd* [1924] UKHL 2.

<sup>863</sup> O'Sullivan, J., Hilliard, J., 2016, p. 48.

пријатељских односа, док је код оних трговинских претпоставка да је такве намере свакако било.

Амерички судија Лурнид<sup>864</sup> је у пресуди са почетка XX века<sup>865</sup> изнео став како у стриктном смислу енглески уговор нема никаквих додирних тачака са субјективном или личном намером његових страна. Уговор је, сматра он, извор обавезе коју правни систем повезује са конкретним поступцима сауговарача, најчешће њиховим изјавама. Суд има закључити како су управо ти поступци уједно и јасан израз њихове намере. Обећања која стране размене су обавезе које након закључења уговора постају утуживе јер су тим истим странама наметнуте од стране прописа (*law*). Питање на које суд треба да одговори није шта су стране *намеравале*, већ шта су стране *обећале* једна другој. На основу оваквог промишљања, уговор не настаје примарно на основи онога што су стране одиста намеравале, већ онога што се из њихових очитовања – поступака или изјава – може објективно закључити.<sup>866</sup> У том смислу, управо је однос обећања и контраобећања, у ствари, индикатор који потврђује *animus contrahendi*. Дакле, у оквиру енглеског уговорног права, испуњење услова *consideration* уједно ствара и претпоставку постојања намере да се уговор закључи.

Прецедент Апелационог суда Енглеске и Велса из 1970. године<sup>867</sup> успоставља један од критеријума изузетка у примени претпоставка о одсуству намере уговарања у породичним односима. Брачни пар Мерит је на основу хипотекарног кредита изградио породичну кућу. Након више од четврт века брачног живота, г. Мерит је у намери да започне нови живот са нешто млађом женом напустио заједнички дом. На захтев супруге је током разговора о споразумном уређењу даљих односа, у његовом аутомобилу, на парчету хартије исписао како се обавезује да јој на име издржавања плаћа 40 фунти месечно, док ће она исплатити преостали износ хипотекарног кредита. На исти начин, обавезао се и да након што она исплати дати кредит у целости, дозволи упис права својине на целој непокретности у њену корист. Пошто је отплатила преостали износ кредитне обавезе, г. Мерит је наставио бившој супрузи да на име издржавања плаћа 25 фунти месечно, међутим одбио је да дозволи упис преноса права својине на целој непокретности у њену корист. У парничном поступку тужени се позивао на претпоставку одсуства намере уговарања у породичним односима, односно на околност да је његово обећање о преносу права

<sup>864</sup> Billings Learned Hand, 1872–1961.

<sup>865</sup> *Hotchkiss v. National City Bank of N.Y.*, 200 F. 287, 293 (S.D.N.Y. 1911).

<sup>866</sup> Tuck, R, 1943, pp. 123–124.

<sup>867</sup> *Merritt v Merritt* [1970] EWCA Civ 6.

својине неутуживо пошто му за њега бивша супруга није понудила узвратно обећање (*consideration*). Суд је утврдио да није могуће применити претпоставку одсуства намере уговарања у ситуацији када се брачни пар налази у процесу престанка заједничког живота, односно у периоду након што је дошло до њиховог разлаза. Такође, исплата оброчних обавеза од стране гђе Мерит представља довољан *consideration* за обећање њеног бившег супруга да ће након исплате кредита у целости, право својине на непокретности пренети у њену корист. Лорд Денинг је у образложењу овакве одлуке посебно нагласио како суд не утврђује постојање намере тако што би завирио у главе сауговарача. Суд посматра ситуацију у којој се странке налазе и покушава да утврди да ли би свако разуман сматрао да је споразум који је закључен правно обавезујући или не.<sup>868</sup> Дакле, у складу са јасним ставом енглеског права, *animus contrahendi* се утврђује на основу објективних критеријума, чак и у ситуацији када је потребно напустити општеприхваћене претпоставке. У циљу утврђивања намере уговарања, од великог је значаја *consideration*, као онај показатељ који *намеру уговарања* везује директно за контрапрестацију сауговарача. Енглеско право, дакле, не стоји на становишту да су *animus* и *consideration* истоветни појмови, али у исто време постојање једног изводи из присуства оног другог.

У односу ова два института уговорног права, управо је поменути лорд Денинг у енглеском праву учинио и највећи искорак у њиховом разграничењу, када је у чувеном спору *High Trees*<sup>869</sup>, истина у *obiter* делу пресуде, закључио како је конкретно обећање дато у намери да буде правно обавезујуће (*animus contrahendi*), па самим тим и утуживо, упркос околности да за њега није понуђен узвратни *consideration*. Вероватно и сам недовољно свестан домашаја једне такве тврдње, лорд Денинг је тиме формирао готово револуционарне контуре института *promissory estoppel*. Суочен са несагледивим последицама закључка да се постојање *намере* стварања пуноважне правне обавезе може утврдити и без постојања противчинидбе, Денинг је врло брзо у предмету *Комб*<sup>870</sup> отишао корак уназад и подвукао неупитност доктрине *consideration*. Институт *promissory estoppel* је том приликом свео на искључиви аргумент одбране (штит), али не и основ тужбеног захтева (мач).

<sup>868</sup> „In all these cases the court does not try to discover the intention by looking into the minds of the parties. It looks at the situation in which they were placed and asks itself: would reasonable people regard the agreements as intended to be binding?” – Lord Denning, *Merritt v Merritt* [1970] EWCA Civ 6.

<sup>869</sup> *Central London Property Trust v High Trees House Limited* [1947] KB 130.

<sup>870</sup> *Combe v Combe* [1951] 2 KB 215.

Енглеско право као основни услов примене института *promissory estoppel*<sup>871</sup> наводи околност да се дужник поуздао у дато му обећање о одређеној користи. Чини се да се на овај начин дати институт удаљава од доктрине *consideration* и приближава захтеву *animus contrahendi*. Наиме, управо околност да се дужник ослонио на изјаву друге стране и у складу са њом деловао, у ствари указује на постојање намере сауговорача да створе правно обавезујућу везу, а не толико да дефинишу основ (*consideration*) добротине обавезе.

### 3.1.2. Воља и континентална кауза

Континентална правна мисао готово једногласно заговара идеју како је уговор правни посао који почива на рационалности његових страна. Прихватање личне везаности уговором, односно воља да се буде дужник, неупитно се заснива на неком логичком, прагматичном и разумном основу. Најранија промишљања о каузи уговорне обавезе (Дома, Поттије, Порталис) указују да се смислени разлог због кога неко прихвата да преузме уговорну обавезу крије у истовременој намери да од друге стране било прими неку корист (теретни уговор) или да другу страну ослободи захтева за узвратном користи (бесплатан уговор). Дакле, воља да се закључи уговор се доводи у директну везу било са узвратном обавезом друге стране или са одлуком да се таква узвратна обавеза не захтева. Сматра се како истицање циља или каузе као суштине воље у уговору, *animus contrahendi* добија своје реално објашњење. Како се правни субјекти обавезују у уговору ради остваривања одређених циљева, воља у правном послу, у ствари, добија свој материјални садржај.<sup>872</sup>

Француски правник Мори<sup>873</sup> примећује како код теретних уговора (*les contrats à titre onéreux*) кауза одговара намераваном еквиваленту (*l'équivalent voulu*) који је постојао или морао постојати у време закључења уговора.<sup>874</sup> Овај концепт континенталне каузе као *намераваног еквивалента*, у ствари, почива на схватању да кауза одговара ономе што

<sup>871</sup> *Promissory estoppel*, осим што је ограничен на веома уско поље примене, као институт еквитета (*equity*), уједно је и подложен дискреционој одлуци судије који у сваком конкретном случају може, али и не мора, прихватити његову примену, без обзира што су за то испуњени сви неопходни услови.

<sup>872</sup> Ковачевић-Куштримовић, Р., Улога воље у уговорном праву, у Ђекић, Д. (ur.), 1988, *Zakon o obligacionim odnosima: 1978–1988: knjiga o desetogodišnjici*, том 1, Београд, Savez удружења правника SR Србије, стр. 184.

<sup>873</sup> Jacques Maury, 1889–1981.

<sup>874</sup> „La cause des obligations des contractants dans les contrats à titre onéreux, c'est l'équivalent voulu tel qu'il existe ou doit exister au moment où le contrat se forme.” – Maury, J., 1951, Le concept et le rôle de la cause des obligations dans la jurisprudence, *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 3 N°3, p. 495.

сауговарачи утврде као каузу. У њиховој вољи да се самообавежу почива и разлог због кога то чине. То је намеравани еквивалент уговора – онај који стране сматрају за довољни основ своје обавезе. Мори сматра да се намеравани еквивалент појављује у два облика, као квалитативан (*quantitatif*) и квантитативан (*qualitatif*), при чему су оба критеријума у већини европских законодавстава подређена вољи уговорних страна. У том смислу, он указује на одредбу некадашњег члана 1118 француског Грађанског законика по коме оштећење (*la lésion*) чини манљивим погодбе само у извесним уговорима (*ne vicié la convention que dans certains contrats*). Готово идентичне одредбе се проналазе и у члану 1293 шпанског<sup>875</sup>, односно члану 1448 италијанског<sup>876</sup> Грађанског законика.

Схватање које је у једном периоду имало велики број присталица, сводило се на поделу свих извора облигација на уговор или закон.<sup>877</sup> Према овој подели, облигације које почивају на уговору настају независно од закона, односно израз су индивидуалне воље, а не воље законодавца. Перовић истиче како код ове поделе индивидуална воља има креативну снагу те пресудно утиче на одређивање предмета, домашаја и модалитета облигације. „Једно лице уговором стиче својство повериоца односно дужника зато што то хоће, а не зато што му то закон прописује. Воља, дакле, има сопствену снагу извора, и она је независна од закона. Закон може да интервенише само у случају непоштовања обавеза преузетих сагласношћу воља.”<sup>878</sup> Овакво поједностављена класификација извора облигација је временом напуштена.

Антић вољу уговорних страна у великој мери доводи у везу са каузом. Према његовом мишљењу, намера уговарања је стварна уколико се изјава воље поклапа са каузом<sup>879</sup>, док понуду за закључење уговора дефинише као „каузално обећање”<sup>880</sup>. Другим речима, понуда је оно обећање сауговарачу које у себи садржи податак о узвратној престајацији, односно ономе што понудилац захтева у замену за своје обећање. Сагласност воља је на тај начин у директној вези са каузом сваке од преузетих обавеза. „Намера за

<sup>875</sup> Artículo 1293: „Ningún contrato se rescindirá por lesión, fuera de los casos mencionados en los números 1.º y 2.º del artículo 1.291.”

<sup>876</sup> Art. 1448. „Azione generale di rescissione per lesione: Se vi è sproporzione tra la prestazione di una parte e quella dell'altra, e la sproporzione è dipesa dallo stato di bisogno di una parte, del quale l'altra ha approfittato per trarne vantaggio, la parte danneggiata può domandare la rescissione del contratto. L'azione non è ammissibile se la lesione non eccede la metà del valore che la prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto. La lesione deve perdurare fino al tempo in cui la domanda è proposta. Non possono essere rescissi per causa di lesione i contratti aleatori. Sono salve le disposizioni relative alla rescissione della divisione.”

<sup>877</sup> Planiol, M., 1904, Classification des sources des obligations, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, LIII<sup>e</sup> année, tome 33, p. 225.

<sup>878</sup> Перовић, С., 1973, Теорија о изворима облигација, *Анали*, 2, стр. 246.

<sup>879</sup> Антић, О., 2012, стр. 297.

<sup>880</sup> *Ibid*, стр. 309.



закључење уговора је”, закључује Антић, „последича каузалне карике која је повезала два обећања.”<sup>881</sup>

Цигој примећује да је поред основног вида типизираних кауза, у правном промету могућа ситуација да сауговорачи сагласношћу својих воља пуноважност целог правног посла доведу у директну зависност од одређене индивидуално прецизиране околности.<sup>882</sup> Према примеру који сам наводи, у највећем броју случајева зајмодавац се не интересује у коју ће сврху зајмопримац употребити зајам. Међутим, понекад се зајам даје само у одређену сврху, попут изградње стамбене зграде. У оваквој ситуацији, сматра Цигој, циљ подизања стамбене зграде је постао каузом уговора по вољи странака. Овакво схватање каузе је према његовом мишљењу настало у оквиру теорије о вољи странака коју су посебно развили немачки теоретичари Виндшајд и Ертман. На основу оваквог промишљања формирана је теорија о мотиву (побуди) као каузи.<sup>883</sup> Ваља приметити како аустријски Општи грађански законик још од свог настанка (1811) прописује да када су странке побуду или крајњи циљ свог пристанка изричито поставиле као услов, онда се тај крајњи циљ или побуда морају сматрати условом правног посла (§ 901).

Према немачкој теорији, основ уговора (*Geschäftsgrundlage*) представља оне заједничке представе сауговорача које, иако неизражене, свакако постоје у тренутку закључења уговора и које свака од страна прихвата из разлога што су њене намере у односу на правни посао засноване на истоветним представама (Ертман)<sup>884</sup>. Ова доктрина постала је саставни део немачког позитивног права 2001. године (новелирани § 313 BGB-а), који пре свега регулише питање накнадно измењених околности које утичу на опстанак уговора услед нестанка његовог основа. Лохер<sup>885</sup> је још почетком XX века приметио како је Виндшајд, у намери да заокружи теорију о вољи странака, закључио да је кауза претпоставка правног посла на начин да оно што су стране *хтеле*, и као своју вољу *изјавиле*, представља основ правног посла.<sup>886</sup>

Цвајгер и Кеџ у доктрини *consideration* препознају прилично амбициозни покушај енглеског права да она, измрђу осталог, послужи и као свеобухватна (*comprehensive*) потврда постојање озбиљне намере уговарања (*indicia of seriousness*).<sup>887</sup> У исто време,

<sup>881</sup> *Ibid*, стр. 296.

<sup>882</sup> Цигој, S., 1988, стр. 114.

<sup>883</sup> *Ibid*, стр. 120-121.

<sup>884</sup> Дудаш, А., 2011а, стр. 67–68.

<sup>885</sup> Eugen Locher, 1890–1946.

<sup>886</sup> Locher, E., 1923, *Gefchäftsgrundlage und Gefchäftszweck*, *Archiv für die civilistische Praxis*, Vol. 121, No. 1, p. 1.

<sup>887</sup> Zweigert, K., Kötz, H., 1998, p. 397.

заступају став како у оквиру европско-континенталне породице права није могуће пронаћи концепт који би понудио сличну практичну ширину.<sup>888</sup> У оквиру дате анализе, ова два научника континенталну каузу не препознају као адекватан пандан индиције озбиљне намере уговорања на начин на који је енглеско право препознаје у доктрини *consideration* из разлога што своје упоредноправно истраживање заснивају на супротстављању енглеског уговора са добротним уговорима континенталног права и начинима на које континентални судови процењују да ли конкретном изразу алтруизма треба дати карактер обавезујућег. С обзиром да добротни уговори представљају један од најпластичнијих примера шизме енглеског и континенталног уговорног права, као и околности да кауза добротних уговора у оквиру саме европско-континенталне породице права представља њен догматско најосетљивији сегмент, стиче се утисак да је изостанак уочавања истоветног функционалног потенцијала ова два института (кауза и *consideration*) пре свега резултат одабраног методолошког приступа.

### 3.1.3. Две вољне одлике доктрине *consideration*

Доктрина *consideration* се у два своја сегмента може довести у директни додир са начелом аутономије воље уговорног права. То су *тест захтева* и *модификација уговора*.

Тест захтева (*request*) је први од три параметра које енглеска правна мисао идентификује као маркере на основу којих се конкретна узвратна обавеза примаоца обећања препознаје као пуноважни *consideration*. Преостала два тичу се питања да ли *consideration* потиче (извире) од примаоца обећања (*move from the promisee*), односно да ли има номиналну вредност (*sufficient consideration*).

Оно што захтевамо је несумњиво једнако ономе што изјављујемо да желимо, једнако ономе што представља артикулацију наше воље. Када се у уговорном праву покушава утврдити шта је једна уговорна страна имала на уму да представља основ њене самонаметнуте обавезе, односно која би узвратна обавеза сауговорача требало да одговара њеној обавези, нема се шта приговорити тврдњи да се одговор крије у идентификацији онога што је понудилац изјавио да жели заузврат. Овакво промишљање енглеске правне мисли се у целости може довести у везу са континенталним схватањем каузе као намераваног еквивалента.

---

<sup>888</sup> *Ibid*, pp. 397-398.

У ранијим разматрањима теста захтева, већ је утврђено како га енглески судови везују за питање разликовања узвратне обавезе (*consideration*) од услова настанка уговора. У том смислу се најчешће указује на прецедент *Карлил*<sup>889</sup> где је обавеза компаније *Carbolic Smoke Ball* зависила од нежељене околности да ли ће купац медицинског средства оболети од грипа или неке сличне болести (услов), док се захтевани *consideration* крио у купчевој обавези непрекидне употребе медицинског средства у периоду од најмање две седмице.

Поред ове изразито практичне димензије теста захтева у односу на доктрину *consideration*, воља даваоца обећања има одређени утицај на њен домаћај у бар два додатна сегмента. Први се односи на значај захтева код изузетка опште неприхватљивости везане за ранији *consideration*, док је други везан за утемељење прихватљивости одсуства користи коју би давалац обећања имао од узвратне обавезе свог сауговорача.

Изузетак од општег правила енглеског права о неадекватности узвратне уговорне обавезе уколико ју је прималац обећања у време закључења уговора већ био извршио (*past consideration*), се у пресуди Крунског савета из 1979. године<sup>890</sup> доводи у везу са три кумулативно постављена захтева. Прво, и за ову анализу најзначајније, прималац обећања чини оно што је од њега захтевано. Друго, стране су се сагласиле да се *consideration* састоји од исплате новца или неке сличне користи. И коначно, *consideration* би био правно ваљан, односно утужив и у случају да је обећан раније.

Други сегмент утицаја аутономије воље на правну ваљаност узвратне обавезе (*consideration*) захтеване од стране даваоца обећања, уочавамо у ситуацији када та обавеза њему не доноси никакву корист. Одлуком Апелационог суда из 1975. године<sup>891</sup>, суд је околност да је тужена на захтев тужиоца као даваоца обећања напустила свој стан оценио као правно ваљани *consideration* без обзира што конкретна радња ње као примаоца обећања тужиоцу није донела никакву корист. Кључни аргумент суда тицао се чињенице да је конкретна узвратна обавеза примаоца обећања одговарала ономе што је давалац обећања захтевао у замену за своју уговорну обавезу.

Анализом наведених случајева, може се уочити како енглеско право оцену да ли конкретна узвратна обавеза примаоца обећања задовољава све стандарде доктрине *consideration*, пре свега везује за околност да ли дата обавеза одговара ономе што је понудилац захтевао у замену за своје обећање. Овај захтев даваоца обећања је несумњиви

<sup>889</sup> *Carlill v Carbolic Smoke Ball Co* [1893] 1 QB 256.

<sup>890</sup> *Pao On v Lau Yiu Long and another* [1979] UKPC 17.

<sup>891</sup> *Tanner v Tanner* [1975] 1 WLR 1346.

израз његове воље која на овај начин има директан утицај на институт *consideration* у сваком конкретном уговорном односу.

Модификација уговора (*variation*). За разлику од европско-континенталне породице права где је простом сагласношћу воља могуће слободно мењати садржину уговора, енглеско право накнадна обећања уговорних страна, под претњом неутуживости, везује за постојање нове узвратне обавезе уговорних страна. Другим речима, свако обећање измене постојећег уговорног режима мора имати „свој” *consideration*. Основни прецедент који енглеско право у овом смислу истиче је пресуда у предмету *Стилк*<sup>892</sup>, са почетка XIX века. Суд је овај захтев одбио са образложењем да за капетаново обећање увећаних надница морнари нису понудили узвратни *consideration*. Одлуком Апелационог суда Енглеске и Велса из 1989. године<sup>893</sup> овако круто постављени прецедент је делимично ублажен. У ситуацијама када је из околности случаја евидентно да модификација уговора има рационално оправдање и није резултат принуде (*genuine renegotiations*), узвратни *consideration* се крије у „практичној користи” (*practical benefit*) коју давалац накнадног обећања прима у замену за исто. У сваком случају, измене и допуне већ постојећег уговора, било „опипљиво” или у виду правне претпоставке, морају да задовоље услов *consideration*.

На овом месту се може стећи утисак како је по овом питању енглеска доктрина *consideration*, осим догматски, и функционално другачија у односу на европско-континенталну каузу. Наиме, измене и допуне већ закљученог уговора се на Континенту не доводе у везу са основом обавезе (кауза). Околност да ли модификацијом уговора стране сагласно мењају садржину своје обавезе (узајамна права и обавезе) или неки други сегмент свог уговорног односа није од утицаја на основ (каузу) њихове првобитно одређене или накнадно измењене, односно допуњене обавезе. Примера ради, уколико се анексом уговора о продаји предвиди измена начина исплате продајне цене у шест уместо у првобитно уговорених дванаест месечних obroка, споразумно предвиђене измене су пуно важне без да је дошло до било каквог утицаја на обавезу друге стране. Продавац и даље мора да пренесе право својине на ствари на купца, као и да му исту преда, док се купац и даље обавезује да за то исплати уговорену цену, само овог пута душло брже.

<sup>892</sup> *Stilk v Myrick* (1809) 170 ER 1168. Након што су двојица од десет морнара чланова посаде недалеко од Санкт Петербурга напустила брод, капетан је преосталим морнарима обећао да ће им по повратку у Лондон равномерно поделити наднице двојице одбеглих морнара. Како по окончању пловидбе капетан није поступио у складу са својим обећањем, *Стилк*, један од осморо морнара, је поднео тужбу ради исплате разлике у надницама.

<sup>893</sup> *Williams v Roffey Bros & Nicholls (Contractors) Ltd* [1989] EWCA Civ 5.

Енглеско право код измена и допуна постојећих уговора, доктрину *consideration* не објашњава више искључиво као основ утуживости обавезе друге стране (у чему би била функционално повезана са континенталном каузом), већ пре свега као механизам спречавања вршења принуде јаче уговорне стране у односу на ону слабију.<sup>894</sup> На први поглед може деловати како је у овом смислу европско-континентални примат аутономије воље код измена и допуна постојећих уговора у енглеском праву кроз доктрину *consideration* и функционално измењен. Међутим, чини се да се и даље ради о истоветном односу, коме се само прилази из различитих углова. Наиме, док је континентална модификација уговора примарно израз сагласности воља уговорних страна, она то неспорно јесте и у оквиру енглеског уговора. Доктрина *consideration* ту исту сагласност воља функционално само треба да заштити од потенцијалне принуде као једног од видова њене аномалија, познатије као *мане воље*.

Ради постизања донекле сличног циља, европско-континентална породица права је у другој половини XX века посебно разматрала проблематику *клаузуле прилагођавања* (фр. *clause d'adaptation*, нем. *Anpassungsklausel*).<sup>895</sup> Ова врста одредаба уговора је у англо-америчком правном миљеу познатија као *hardship clauses*. Заједнички функционални именоватељ овог сегмента уговорног права и доктрине *consideration* је спречавање могућности да накнадне измене уговора добију отворени или прикривени антиуговорни карактер. Међутим, док се идеја *клаузуле прилагођавања* односи на институт *rebus sic stantibus*, доктрина *consideration* је у сегменту који се тиче модификације уговора, примарно постављена као „заштитник” слабије уговорне стране од намераване злоупотребе измењених околности од стране надмоћнијег сауговарача.

### 3.1.4. Коментар

Теоријска анализа појединих института уговора је, како у оквиру *common law* тако и европско-континенталне породице права, наишла на јасне тачке додира или сусрета каузе, односно енглеског *consideration* са аспектом воље уговорних страна. У теорији се указује како циљ уговора није ништа друго до основни садржај воље сауговарања.<sup>896</sup> Тако се ова два напоредна института уговорног права, према мишљењу појединих писаца, могу разумети било као белодана индиција озбиљне намере уговарања (*indicia of*

<sup>894</sup> O'Sullivan, J., Hilliard, J., 2016, p. 98.

<sup>895</sup> Fabre, R., 1983, Les clauses d'adaptation dans les contrats, *Revue trimestrielle de droit civil*, Vol. 82, No. 1, pp. 1-30.

<sup>896</sup> Kovačević-Kuštrimović, R., 1988, str. 185.

*seriousness*) или као јасан израз сагласности воља (намеравани еквивалент, тест захтева). Мишљења смо да премда *consideration* није врело уговора, већ је то сагласност воља уговорних страна, *consideration* је неспорно врело воље неопходне како би се до сагласности уопште дошло.

Кауза и *consideration*, као неодвојиви делови садржине уговора, без икакве сумње представљају његову суштину. Како каузу и *consideration* није једноставно децидно и критички конструктивно одвојити од предмета уговора, у одређеним правним теоријама (антикаузалисти) бивају схваћени као готово једини састојак садржине уговора. На тај начин се ови напоредни институти уговорног права опасно приближавају његовој основној одредници – сагласности воља као последица јасне намере уговарања.

Ипак, сагласност воља се мора јасно одвојити од каузе или онога што разумемо као *consideration* из простог разлога што је код *сваког* појединог уговора *сваки* његов сегмент, у ствари, израз аутономије воље. Наиме, кауза, односно *consideration*, не може да не буде одраз сагласности воља уговорних страна. Разлог је што не постоји нијдан део уговора која није производ те сагласности, утемељене на слободи уговарања.

Аутономија воље се у уговорном праву слободно креће у оним координатама који јој је омогућен од стране конкретног правног система. Она, и само она ауторитативно дефинише како каузу, или *consideration*, тако и све карактеристике ових института уговора у простору у коме они нису императивно ограничени. На исти начин, аутономија воље детерминише и све друге аспекте уговора, до најситнијих детаља. Коначно, уговорне стране се својом слободном вољом опредељују и за примену императивних прописа, критеријума јавног поретка, те добрих обичаја код закључења појединачних уговора, ако не другачије онда на начин да сам уговор закључују у датим оквирима, с обзиром да уколико на конкретне императивне оквире не би добровољно пристали, конкретан уговор не би ни закључили.

Сматрамо како је анализа института *consideration* показала да је његов положај у односу на аутономију воље нешто другачији у односу на паралелне аспекте европско-континенталних права. Та различитост се понекад огледа у ширем простору слободе (на пример, начелно одсуство принципа *laesio enormis* енглеског права), а понекад у нешто ужем маневарском простору (као што је неадекватност узвратне чинидбе која је већ извршена пре закључења уговора – *past consideration*). Околност да аутономија воље може у различитим правним амбијентима на различите начине утицати на основ обавезе сваке од уговорних страна није од нарочитог значаја на појмовно одређење самог основа њихових обавеза. Коначно, аутономија воље ни у једном од правних система Старог

континента, било у оквиру *common law* било европско-континенталне породице права, нема капацитет да поништи јасан захтев постојања основа уговорне обавезе.

### 3.2. Предмет

Однос основа обавезе (кауза, односно *consideration*) и предмета као два института уговорног права који су повезани по систему спојених судова, захтева посебан опрез с обзиром да је код сваког покушаја њиховог диференцирања готово увек могуће запасти у контрадикторност. У том смислу Перовић истиче како појам предмета облигације, као и његово разграничење од садржине облигације, улази у ред оних питања која у правној теорији уживају епитет „вечите младости”, имајући на уму да су увек мотив нових схватања и нових предлога.<sup>897</sup>

#### 3.2.1. Европско-континентално одређење предмета уговора

Уговор није сам себи циљ, већ средство за постизање одређеног циља. Ту своју мисију он испуњава стварањем права (овлашћења) и обавеза за уговорне стране. Скуп права и обавеза уговорних страна представља *садржину облигације*.<sup>898</sup> Јасно означавање овако постављене садржине је од посебног значаја уколико се узме у обзир примедба професора Кимела како се уговор има разумети и као средство које омогућава временски ограничену сарадњу између људи који се међусобно уопште не познају.<sup>899</sup> Чини се да би се у том смислу, уместо као „средство сарадње” (*cooperation*), уговор могао разумети и као „средство координације” (*coordination*) правног односа страна које су до тренутка његовог закључења неретко потпуни незнанци.

Извршење уговорних обавеза састоји се у давању, чињењу или уздржавању. Дакле *непосредни* предмет сваке уговорне обавезе је одређени акт давања, чињења или уздржавања<sup>900</sup> које су уговорне стране, чак и када се у животу никада нису ни сусреле (нпр. уговори по приступу, закључење уговора на даљину), обавезне испунити једна другој. Својства која се још од времена римских правника постављају пред предмет уговора су његова могућност, допуштеност и одређеност. Претходно изнета разматрања о основу, односно каузи тако дефинисане уговорне обавезе указивале су на њен циљ, због чега се

---

<sup>897</sup> Перовић, С., 1974, Одређеност предмета облигације, *Анали*, 5-6, стр. [753].

<sup>898</sup> Станојевић, О., 1971, стр. 521.

<sup>899</sup> Kimel, D., 2003, *From Promise to Contract*, Oxford and Portland, Hart Publishing, pp. 19–21.

<sup>900</sup> Perović, S., 1975, str. 168.

једна уговорна страна обавезала према другој (*cur debetur*). Предмет уговора, дефинисан као преузета обавеза испуњења одређеног акта давања, чињења или уздржавања, са друге стране, даје одговор на питање шта се дугује другој страни (*quid debetur*). Из свега наведеног могло би се закључити како се садржина облигације састоји из два своја основна елемента: овлашћења и обавезе, односно каузе и предмета.

Део правне мисли који заступа мишљење да је за пуноважност уговора неопходно постојање допуштене каузе (каузалисти) у исто време истиче и значај њеног појмовног диференцирања у односу на предмет обавезе. Мирабели је својевремено приметио како о проблему предмета и садржине облигације постоје готово идентична неслагања каква су карактеристична за питање каузе.<sup>901</sup> Неокласична теорија каузе, коју је понудио Капитан, а која још увек ужива велики углед међу каузалистима, указује на неподударност ова два појма (кауза и предмет), с обзиром на то да, примера ради, код двострано обавезујућих уговора, циљ сваке стране није обавеза оне друге (како је то сматрала класична теорија), него извршење обавезе друге стране.<sup>902</sup>

Домаћа литература појмове предмет и садржина категорички супротставља састојцима уговора као што су субјекти, кауза, или побуде. Три елемента који се доводе у везу са садржином облигације су: овлашћења и обавезе, понашање дужника (престација), и у неким случајевима ствар или објект поводом кога је уговор закључен. Закључак је да појам садржина облигације одговара овлашћењима и обавезама.<sup>903</sup> У делу некадашње југословенске правне теорије формиране на традицији аустријског грађанског права, за пуноважност правног посла је, поред способности и воље, односно њеног очитовања, била неопходна и „могућност и допустивост садржаја”.<sup>904</sup>

Законски текстови европско-континенталне породице права који припадају каузалистичком кругу не прибегавају употреби појма „садржина облигације”, „садржина уговора”, већ његову пуноважност условљавају, поред сагласности воља, присуством предмета и каузе. Са друге стране, антикаузалистички круг европских права посебну пажњу посвећују управо концепту садржине уговорних обавеза. Тако је одредбама немачког Грађанског законика нормирана садржина дуговинског односа, док се у посебним одредбама уређују питања оправдања, садржине и окончања обавеза насталих на основу

<sup>901</sup> Mirabelli, G., 1950, Causa, oggetto, funzione, interesse, *Archivio giuridico "Filippo Serafini"*, Vol. CXXXIX, p. 91.

<sup>902</sup> Petrović, S., 1975, str. 204.

<sup>903</sup> Станојевић, О., 1971, стр. 521.

<sup>904</sup> Vizner, B., 1962, *Грађанско право у теорији и пракси*, Zagreb, izdanje autora, str. 96–98.



уговора.<sup>905</sup> Немачка редакција члана 20 швајцарског Законика о облигацијама прописује како је уговор ништав уколико му је садржај немогућ или недопуштен.<sup>906</sup> Са друге стране, аустријски Општи грађански законик, познаје само појам предмета уговора (*Gegenstand*).<sup>907</sup>

Изменама и допунама француског Грађанског законика из 2016. године, уместо раније системске поделе на предмет и основ (каузу), француски законодавац се определио за јединствени појам садржине уговора (*le contenu du contrat*). Тако је сада поред сагласности страна и њихове способности уговарања, услов пуноважности уговора постојање његовог прецизног и законитог садржаја.<sup>908</sup> Елементи садржине француског уговора су његове клаузуле (*stipulations*), циљ (*but*) и предмет (*objet*). Док клаузуле и циљ уговора не могу бити противне јавном поретку, за предмет уговора је предвиђено да мора бити могућ и одређен, односно одредив. Код синалагматичних уговоре, новелирани законик прописује како одсуство једнаке вредности давања (*équivalence des prestations*) по правилу не доводи до ништавости, али је уговор ништав уколико је у време његовог закључења уговорена противчинидба (*la contrepartie*) у корист друге стране била илузорна или бесмислена (*illusoire ou dérisoire*).<sup>909</sup> Наведене измене и допуне француског Грађанског законика указују на концептуалну једнакост захтева који се у логичком смислу морају поставити пред каузу и предмет уговора, из простог разлога што код ова два института „системом спојених судова” наилазимо на идентичан елемент синалагматичког уговора. Наиме, оно што је кауза за понудиоца, то је предмет за понуђеног. И обрнуто, оно што је предмет за понудиоца је кауза за понуђеног. Дакле, и кауза и предмет морају задовољити истоветне услове допуштености и одређености, односно одредивости.

Када се ради о степену одредивости предмета, европско-континентална права не подразумевају његову механичку или аритметичку прецизност, већ се задовољавају постојањем довољног броја критеријума, од којих сваки може садржати одређени степен

<sup>905</sup> Немачки Грађански законик, §§ 241–304 *Inhalt der Schuldverhältnisse*; §§ 311–319. *Begründung, Inhalt und Beendigung*.

<sup>906</sup> „Ein Vertrag, der einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig.” – Art. 20(1) *Obligationenrecht*. Француска и италијанска верзија швајцарског Законика о облигацијама у истом члану користи термин предмет уговора (фр. *objet*, ит. *oggetto*).

<sup>907</sup> „Was geradezu unmöglich ist, kann nicht Gegenstand eines gültigen Vertrages werden.” – § 878 *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*.

<sup>908</sup> „Sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1 Le consentement des parties ; 2 Leur capacité de contracter ; 3° Un contenu licite et certain.” – Article 1128 *Code civil*.

<sup>909</sup> „Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement. Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire.” – Art. 1168–1167 *Code civil*.

релативности, на основу којих би се предмет уговора могао извесно утврдити. Тако се више не захтева искључиво одређеност предмета (*obligatio certa*), већ је довољна и његова одредивост (*obligatio incerta*).<sup>910</sup> Тек ако „не би било могуће ући у траг тој намјери уговор не вриједи”<sup>911</sup>, језгровито је прописивао црногорски Општи имовински законик. Значајно је истаћи како у оквиру европско-континенталне породице права, поред индивидуално одређених обавеза, уговор може садржати и алтернативне, генеричке, те факултативне облигације.

Одређење предмета уговора након његовог закључења стране могу препустити како само једној од њих, тако и неком трећем. У овом смислу приметан је значајан број међусобно чак различитих правила, на основу којих се жели осигурати правичан избор уговорне обавезе која није непосредни израз сагласности воља његових страна. Тако, примера ради, француски Грађански законик прописује како је обавеза чије испуњење зависи искључиво од воље дужника ништава.<sup>912</sup> Немачки Грађански законик предвиђа да у случају да чинидбу треба да одреди један од уговарача, у сумњи има се узети, да исту треба одредити по правичној оцени. Само одређивање врши се изјавом према другој страни, док је учињено одређивање за другу страну само онда обавезно ако одговара правичности. У противном, или уколико се са одлучивањем одуговлачи, обавеза се одређује пресудом.<sup>913</sup> Уколико је одређивање чинидбе остављено неком трећем, у сумњи такође има се узети да треба да се учини правично. Када више трећих лица одређују обавезу, у сумњи потребна је сагласност свих. Ако треба да се одреди нека сума, у сумњи меродавна је просечна сума кад су одређене различите суме.<sup>914</sup>

Класична теоријска разматрања о предмету уговора у оквиру европско-континенталне породице права у бар два своја сегмената може се довести у директну везу са

<sup>910</sup> „Ergo si qui fundum sine propria appellatione vel hominem generaliter sine proprio nomine aut vinum frumentumve sine qualitate dari sibi stipulatur, incertum deducit in obligationem.” – D. XLV 1. 75. 1.

<sup>911</sup> *Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору*, ОБОД, Цетиње, 1980, стр. 171 (чл. 514).

<sup>912</sup> „Est nulle l’obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur. Cette nullité ne peut être invoquée lorsque l’obligation a été exécutée en connaissance de cause.” – 1304-2 *Code civil*.

<sup>913</sup> „Soll die Leistung durch einen der Vertragsschließenden bestimmt werden, so ist im Zweifel anzunehmen, dass die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist. Die Bestimmung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil. Soll die Bestimmung nach billigem Ermessen erfolgen, so ist die getroffene Bestimmung für den anderen Teil nur verbindlich, wenn sie der Billigkeit entspricht. Entspricht sie nicht der Billigkeit, so wird die Bestimmung durch Urteil getroffen; das Gleiche gilt, wenn die Bestimmung verzögert wird.” – § 315 *Bürgerliches Gesetzbuch*.

<sup>914</sup> „Ist die Bestimmung der Leistung einem Dritten überlassen, so ist im Zweifel anzunehmen, dass sie nach billigem Ermessen zu treffen ist. Soll die Bestimmung durch mehrere Dritte erfolgen, so ist im Zweifel Übereinstimmung aller erforderlich; soll eine Summe bestimmt werden, so ist, wenn verschiedene Summen bestimmt werden, im Zweifel die Durchschnittssumme maßgebend.” – § 317 *Bürgerliches Gesetzbuch*.

доктрином *consideration* енглеског уговора. То су, пре свега, имовински карактер предмета уговора и повериочева корист од чинидбе.

Поједини теоретичари сматрају како облигација, односно њен предмет увек мора имати новчану вредност, односно да је предмет увек могуће новчано изразити, без обзира да ли се ради о новчаним обавезама или не.<sup>915</sup> Наиме, новац као универзални еквивалент указује да облигација, посредством свога предмета, ангажује имовине својих субјеката, па се у том смислу она пре свега представља као имовинскоправни однос.<sup>916</sup> Ова карактеристика предмета уговора присутна је и у ситуацији када је једна од страна спремна да у замену за обавезу друге стране испуни обавезу која не представља њен вредносни еквивалент. Чињеница да у случајевима примене афекционе вредности долази до одступања од начела еквивалентности у складу са објективно постављеним критеријумима није од утицаја на околност да и у таквим случајевима предмет уговора има јасан имовински карактер. Да скуп овлашћења, односно обавеза у оквиру уговорног односа има своју јасну имовинску димензију видљиво је и из тога што је заштита савесне уговорне стране могућа једино у односу на имовину оне друге. Примера ради, принудно остварење сваког грађанскоправног потраживања се реализује једино у виду умањења имовине дужника. Дакле уговорна обавеза, односно предмет уговора (престација), осим што се састоји из давања, чињења, односно уздржавања, мора бити подобна да се имовински, односно у крајњој линији новчано изрази. У противном, отпада могућност њене правне заштите. Може се рећи да је сваки дужничко-поверилачки однос, у својој суштини однос две имовине, а не два лица.<sup>917</sup>

Други услов који европско-континентална правна теорија поставља пред предмет уговора, а који се може довести у директну везу са доктрином *consideration* енглеског уговора, правило је да се његовим испуњењем остварује одређени интерес повериоца. Према ставу континенталних правника, уколико такав интерес недостаје, не постоји ни предмет уговора.<sup>918</sup> Антић примећује како облигација настаје, остварује се и гаси ради задовољења имовинских интереса повериоца и дужника, што подразумева да престација мора имати вредност или корист за повериоца. Уколико би поверилац од дужника

<sup>915</sup> Weill, A., 1971, *Droit civil, les obligations*, Paris, Dalloz, p. 6; Carbonnier, J., 1963, *Théorie des obligations*, Paris, Presses Universitaires de France, p. 7.

<sup>916</sup> Perović, S., 1975, str. 173.

<sup>917</sup> Примера ради, грађанскоправна обавеза дужника се не гаси његовом смрћу, већ на место преминулог дужника долази његов наследник који за преузете обавезе одговара само у висини вредности имовинске масе која је на њега пренета.

<sup>918</sup> Enneccerus, L., Lehmann, H., 1958, *Recht der Schuldverhältnisse*, Mohr, Tübingen S. 6;

захтевао неку чинидбу која за њега нема апсолутно никакве користи, не би се радило о облигацији већ о шикани и злоупотреби права, закључује.<sup>919</sup>

Поједини писци примећују како престација не мора неопходно да представља корист за повериоца, већ је довољно да она одговара његовој вољи.<sup>920</sup> У том смислу се указује на уговоре у корист трећег. Радишић истиче како дужник који обећа да направи неку ствар не може рећи да је тражбина неважећа због тога што ствар повериоцу ничему не служи, што му је без користи. Свакако, човеку као разумном бићу није својствено да од другог захтева чинидбу која не користи ни њему ни неком трећем, таква корист логична је последица повериочевог тражења. Ипак, кад те користи не би било, оцењује Радишић, тражбина би опстала јер дужника не обавезује повериочева корист од чинидбе, већ дато обећање.<sup>921</sup> Корист коју поверилац има од дужникове престације је у претежном броју случајева имовинске природе. У случају да се ради о неимовинској користи (као што би била обавеза да се одржава гроб повериочевих родитеља), она би и даље, у складу са ранијим излагања, неспорно морала бити подобна да добије свој новчани израз, односно да буде процењена према својој текућој тржишној вредности. Наведени концепти предмета уговора су у оквиру европско-континенталне породице права добили и свој нормативни израз. Тако, члан 1174 италијанског Грађанског законика прописује да престација која представља предмет обавезе мора бити подобна економској процени и мора задовољити неки повериочев интерес, макар и неимовински.<sup>922</sup>

### 3.2.2. Предмет уговора енглеског права

Први термин који се у оквиру енглеског права може довести у везу са континенталним концептом предмета уговора је *subject matter*. Вилис<sup>923</sup> сматра како се у контексту тамошњег позитивног права овај термин правилно употребљава како би означио садржину, односно предмет или материју која се уређује, а чији саставни елементи нису ништа друго до „правна овлашћења” (*legal rights*).<sup>924</sup> Исти аутор уочава како се често у правним текстовима исти термин појављује како би идентификовао *res*, односно неки опипљиви предмет попут конкретне покретне телесне ствари или одређено земљиште на

<sup>919</sup> Антић, О., 2012, стр. 52.

<sup>920</sup> Tuhr, A., Peter, H., 1974, *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, S. 13; Fikentscher, W., 1992, *Schuldrecht*, Berlin, Walter de Gruyter & Co, S. 38.

<sup>921</sup> Радишић, Ј., 2004, стр. 39.

<sup>922</sup> „La prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale del creditore.” Art. 1174 – *Codice civile*.

<sup>923</sup> Hugh Evander Willis, 1875–1967.

<sup>924</sup> Willis, H. E., 1909, Subject-Matter, *Columbia Law Review*, Vol. 9, No. 5, p. [419].

који се дати документ односи. Право се од осталих друштвених појава разликује управо по својом садржини. Садржина права нису *ствари* већ увек и искључиво *овлашћења*. Као што је „садржина” кочије дрво, метал и остали материјали, тако је садржина права увек неко овлашћење, поентири Вилис.<sup>925</sup>

Идентична термилошка пометња присутна је и у европско-континенталној породици права. Примера ради, све до измена и допуна из 2016. године, члан 1126 француског Грађанског законика прописивао је како сваки уговор има за предмет неку ствар коју се једна страна обавезује да преда, или радњу на коју се једна страна обавезује да је чини или не чини.<sup>926</sup> Накнадна теоријска разматрања дефинисала су како предмет уговора није „нека ствар” на коју се уговорна обавеза односи, већ одређена престација, тачније конкретно давање, чињење, или уздржавање на које се уговорна страна обавезала према оној другој. Ипак, слична појмовна недоследност задржала се и у каснијим нормативним текстовима. Тако се још и у делу Предоснове грађанског законика за Краљевину Југославију који се односи на допустивост и могућност предмета као услова ваљаности уговора прописује да „ако је предмет, о којем је уговор склопљен, повучен из промета пре него што је предан, сматраће се да уговор није ни склопљен” (§ 866).

Вилис *subject matter* уговора дефинише као приватноправно овлашћење *in personam* настало на основу споразума. Код унилатералних уговора енглеског права ово правно овлашћење има само прималац обећања, док га код билатералних имају обе стране. Примера ради, уколико је *subject matter* уговора пренос права употребе одређене непокретности на ограничени временски период, ради се о уговору о закупу (*lease*), уколико је *subject matter* уговора пренос права употребе, држања и располагања неком покретном ствари, ради се о уговору о продаји (*sale*), и тако даље.<sup>927</sup>

Нажалост, предлози професора Вилиса нису наишли на већи одјек у англо-америчком правном свету. Појам *subject matter* се и даље, пре свега, везује за конкретну ствар, за објект о коме се уговора, који бисмо у оквиру европско-континенталне породице права могли означити као предмет престације. Тако је у пресуди енглеског Пореског суда донетој половином XIX века<sup>928</sup> недозвољени *subject matter* уговора разматран у односу на проблем дозвољености промета конкретне ствари на коју се уговор односио, а не на питање дозвољености престације. Наиме, парничне стране су закључиле уговор о продаји

<sup>925</sup> *Ibid.*

<sup>926</sup> „Tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire.” – Art. 1126 *Code civil* (version en vigueur du 17 février 1804 au 01 octobre 2016).

<sup>927</sup> Willis, H. E., 1909, p. 422.

<sup>928</sup> *Smith v Mawhood* (1845) 14 M & W 452.

дувана, при чему продавац није испуњавао законске услове за бављење том делатношћу. Како је дошло до повреде уговора, купац је поднео тужбу ради накнаде уговорне штете. Продавац је тврдио како је уговор као противан императивним прописима ништав, те да је тако тужба без основа. Суд је усвојио тужбени захтев са образложењем да се у конкретном случају недозвољеност (*illegality of the subject matter*) не односи на општу забрану трговине дуваном, већ на околност да продавац није испуњавао законске услове за добијање дозволе за такву трговину, за шта је обавезан да плати новчану казну. Међутим, сам уговор није ништав јер његов *subject matter* – дуван – под условима одређеним законом, може бити предметом слободне трговине.

Према прецеденту из одлуке Дома лордова<sup>929</sup> уговор је у енглеском праву ништав уколико му недостаје *subject matter*. У конкретном случају, уговорне стране су закључиле уговор о продаји одређеног товара кукуруза за који су обе веровале да се налази на броду који је пловио од Солуна ка Великој Британији. Међутим, ниједна од страна није знала, нити могла знати, да је у време када су закључиле уговор капетан брода конкретан товар кукуруза на основу посебних овлашћења већ продао пошто је исти током пловидбе у довољној мери пропао. Лорд Кренворт<sup>930</sup> је одлуку суда свео на основно питање: „Да ли је у тренутку закључења уговора постојало оно што су стране желеле да продају, односно да купе?“<sup>931</sup> Како је термин *subject matter* поистоветио са кукурузом, очигледно је да га енглеско право у контексту уговора, пре свега, разуме као објект, ствар, односно континентални „предмет престације“.

О’Саливен и Хилард појам *subject matter*, такође, доводе у јасну везу са *res*, односно ствари на коју се уговор односи. Тако, један од основа престанка уговора услед немогућности испуњења за коју не одговара ни једна страна, с обзиром да је дошло до пропасти ствари, означавају као *destruction of the subject matter of the contract* позивајући се на прецедент из друге половине XIX века<sup>932</sup>, о коме је раније већ било речи.

Други термин енглеског права који се може довести у везу са европско-континенталним концептом предмета уговора је *promise* – обећање. У уводним разматрањима приказана је упоредноправна анализа континенталне понуде (*offer*) и англоамеричког обећања (*promise*), где су дати појмови разматрани у односу на период који претходи

<sup>929</sup> *Couturier v Hastie* (1856) 5 HLC 673.

<sup>930</sup> Robert Monsey Rolfe, 1st Baron Cranworth, 1790–1868.

<sup>931</sup> „The whole question turns upon the construction of the contract... Looking to the contract... alone it appears to me clearly that what the parties contemplated... was that there was an existing something to be sold and bought.” – Lord Cranworth, *Couturier v Hastie* (1856) 5 HLC 673.

<sup>932</sup> *Taylor v Caldwell* [1863] 3 B&S 826.

закључењу уговора. Међутим, терминологија енглеских судова и англоамеричке правне науке дозвољава закључак да се институт *promise* не исцрпљује у тренутку када уговорне стране постигну сагласност воља, већ да се он преноси и у период након закључења уговора, све до окончања његовог правног дејства. Наиме, у оквиру европско-континенталне породице права може се казати како у тренутку закључења уговора долази до јасне метаморфозе *понуде* у његову садржину: предмет и каузу. Међутим, енглески уговор не познаје прелом овакве врсте када се ради о институту *promise*. Енглеска понуда (*offer*) се пре свега сагледава у односу на ребус њеног прихвата (*acceptance*). Оно што је до тренутка закључења уговора било познато као обећање (*promise*), као такво опстаје све док се коначно не испуни или док не дође до престанка уговора. Након закључења уговора англоамерички *promise* није ништа друго него еквивалент континенталног *quid debetur*.

Примарни аргумент у прилог оваквог закључка се проналази у раније већ цитираном образложењу прецедента Дома лордова<sup>933</sup> из 1915. године. У оквиру свог излагања лорд Дандин<sup>934</sup> између осталог, *consideration* објашњава као „чинидбу или трпљење, односно обећање трпљења једне стране као цену по којој се купује обећање друге стране.”<sup>935</sup> Из досадашњих излагања је јасно да је *consideration* институт који представља *condicio sine qua non* како настанка, тако и опстанка пуноважног енглеског уговора. Довести у директну везу *consideration* и *promise* значи представити их на функционално подударан начин на који се у синалагматичким уговорима европско-континенталне породице права разумеју предмет уговора и кауза обавезе.

Са друге стране, антикаузалистички приступ континенталном уговору у садржини уговора открива две престације увезане јасним циљем. У том смислу је од посебног значаја чињеница да лорд Дандин уговор представља као чинидбу, трпљење или њихово обећање које се као *consideration* нуди у замену за обећање друге стране. Дакле, пошто је енглески уговор закључен, у складу са појмовним оквиром антикаузалиста, његову *садржину* можемо описати као једно обећање (*promise*) и једну чинидбу или трпљење, односно као два обећања чинидбе или трпљења – континенталним језиком бисмо рекли два предмета уговора – чија је правна обавезност директно условљена захтевом *consideration* – у овом смислу: континенталном каузом.

<sup>933</sup> *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v Selfridge & Co Ltd* [1915] UKHL 1.

<sup>934</sup> Andrew Graham Murray, 1st Viscount Dunedin, 1849–1942.

<sup>935</sup> „An act or forbearance of one party, or the promise thereof, is the price for which the promise of the other is bought, and the promise thus given for value is enforceable.” – Lord Dunedin, *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v Selfridge & Co Ltd* [1915] UKHL 1.

Додатни аргумент у прилог закључка да се континентални предмет уговора и *promise* енглеског уговора могу довести у садржинску раван проналасимо у појмовним одредницама енглеских пресуда као основном регистру норми тамошњег уговорног права. Енглески судови изразито ретко уговорне стране означавају формулацијама поверилац-дужник (*creditor-debtor*)<sup>936</sup>. Уговорне стране се или означавају у складу са врстом уговора: продавац–купац (*seller-buyer*), закуподавац–закупац (*lessor-lessee*), давалац и прималац франшизе (*franchisor-franchisee*) или уопштено давалац и прималац обећања: *promisor – promisee*.

У оквиру овог свеобухватно постављеног појмовног пара, давалац обећања (*promisor*) је она страна која се обавезала на одређену престацију, док је прималац обећања (*promisee*) страна у чију корист или на чији захтев се дата престација има извршити. Дакле, оно на шта је давалац обећања обавезан, одговара ономе што је садржина његовог обећања (*promise*), континенталним речником *quid debetur* или предмет уговора. Како је енглески уговор увек синалагматичан, свака од уговорних страна је уједно и давалац обећања и прималац обећања, па је тако свака од уговорних страна обавезна да испуни свој *promise*, односно „свој” предмет уговора.

### 3.2.3. Коментар

*Consideration* енглеског уговора се у неколико аспеката може довести у везу са европско-континенталним предметом уговора.

Енглеско право своју дефиницију института *consideration* садржи у одлуци *Капу*<sup>937</sup> из 1874. године. Према овој дефиницији, како је више пута наведено, *consideration* се мора састојати од неког права, користи, добити или ма каквог бољитка који се приписује једној страни (*some right, interest, profit, or benefit accruing to the one party*), односно трпљења, неповољности, губитка или дужности коју даје, трпи или предузима друга страна (*or some forbearance, detriment, loss, or responsibility, given, suffered, or undertaken by the other*). Континентална правна мисао, а како смо видели у неким случајевима и позитивно право,<sup>938</sup> као једну од неопходних одредница предмета уговора, попут енглеског *consideration*, означава постојање користи за повериоца. Другим речима, предмет

<sup>936</sup> Појам *debtor-creditor law* у англоамеричкој породици права означава групу прописа који уређују дужничко-поверилачке односа у ситуацији када једна од уговорних страна није више у могућности редовно да измирује доспеле обавезе.

<sup>937</sup> *Currie v Misa* (1875) LR 10 Ex 153; (1875-76) LR 1 App Cas 554.

<sup>938</sup> Чл. 1174 италијанског Грађанског законика.



уговора мора да задовољава неки повериочев интерес. Према појединим писцима, одсуство оваквог интереса може довести и до неважности правног посла и представљати облик злоупотребе права. Са друге стране, у литератури се могу пронаћи и ставови да конкретна корист не мора бити везана искључиво за повериоца, већ она може служити и интересима неког трећег. У таквим ситуацијама је довољно да предмет уговора одговара ономе што је поверилац захтевао од дужника.

Усклађивање критеријума повериочеве користи на начин да се иста уочава у обавези коју је поверилац затражио од дужника се према нашем мишљењу у целости преклапа са првим од три мерила на основу којих који енглеско право утврђује правно валиани *consideration* – тест захтева. Опет, тест захтева *common law* уговора је много наглашенији него што је то случај у европско-континенталној породици права. Могућност поверавања накнадног утврђивања обавезе уговорних страна неком трећем, или групи трећих лица, коју готово по правилу проналазимо у цивилним кодексима Континента, енглеско право као да уопште не познаје. Корист повериоца може да дефинише сам поверилац или друга уговорна страна (унилатерални уговори), али не и особе које се налазе изван уговорног односа. Ово правило исходи из још једне примарне доктрине енглеског уговора - *privity of contract* – по којој је уговор готово искључиво ограничен на стране које су га закључиле.

Примећујемо, међутим, како се захтев користи за повериоца или неког трећег, који европско-континентална права доводе у везу са предметом уговора, код синалагматичних уговора садржински целисходније може поистоветити са функционалним обрасцима које везујемо за каузу или основ обавезе. Наиме, повериочев интерес, односно његова или корист неког трећег по његовом избору, се уместо у предмету уговора, или ономе у чему се састоји његова обавеза (*quid debetur*), много јасније оцртава на њеном основу или каузи (*cur debetur*). Када одговоримо на питање *зашто* се поверилац обавезује, добијемо и јасан одговор на питање шта је *основ* његове обавезе. Енглеска доктрина *consideration* на овај начин управо и објашњава спону коју *consideration* има са интересом даваоца обећања (*promisor*). На тај начин, *common law* приступ мерило користи за повериоца чини појмовно прецизнијим у односу на европско-континентална уопштавања. Уколико је *consideration* цена коју давалац обећања „наплаћује” у замену за своје обећање, тада је *цена* једнака његовој обавези, а *вредност* коју добија заузврат у обавези друге уговорне стране. Одлука француског законодавца да на место раније диференцијације предмета уговора и каузе обавезе уведе обједињени институт садржине уговора

(*le contenu du contrat*) се у овом смислу може мапирати као „средњи пут” између германистичког антикаузализма и енглеске доктрине *consideration*.

Критеријум по коме предмет уговора одговара користи коју доноси повериоцу се у теорији редовно допуњује условом могућности исказивања његове имовинске, чак новчане вредности. Готово идентично мерило откривамо у последњем од три параметра на основу којих енглеско право апстрахује пуноважни *consideration*: тест правне вредности. Наиме, и енглески *consideration* у уговорни однос уноси потребу постојања имовинске везе његових страна. Дакле, како се у енглеском праву увек ради о синалагматичном уговору, обавеза сваке стране мора имати и своју економску, односно у крајњој инстанци, новчано исказану вредност. Разлика између *common law* и европско-континенталног обрасца имовинске вредности откривамо у англоамеричком одсуству начела обавезне еквивалентности узајамних обавеза. Међутим, како је већ неколико пута истакнуто, та разлика није од значаја у односу на анализу истоветног концептуалног услова који две европске породице права постављају пред предмет уговора, односно *consideration*.

Коначно, све што важи за континентални предмет уговора (могућ, допуштен, одређен, одредив), као што важи за каузу обавезе, важи и за енглески *consideration*.

### 3.3. Дејство уговора

Енглеска доктрина *consideration* поред додирних тачака које има са институтима кауза, предмет уговора, те сагласност воља европско-континенталне породице права, у појединим својим сегментима може се довести у везу и са континенталним концептом дејства уговора. Могућности поређења се откривају како у односу на поједина општа дејства уговора, тако и у односу на нешто ужи вид узајамних, односно двострано обавезујућих уговора цивилних кодекса Старог континента.

#### 3.3.1. Општа дејства уговора

Уговор као акт сагласности воља уговорних страна у најопштијем смислу ствара права и обавезе за одређена лица. Швајцарска теорија облигационог права основно дејство уговора идентификује као обавезу испуњења уговорне обавезе на начин како је уговором предвиђено.<sup>939</sup> Неспорно је да се уговором могу заснивати облигациона права.

---

<sup>939</sup> Guhl, T., 1980, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, S. 205.

У науци се често поставља питање: Има ли уговор капацитет да ствара и нека друга имовинска права, попут оних стварних?

Домаћи правни поредак капацитет уговора задржава на успостављању искључиво облигационоправног односа. Улога уговора у механизму преласка стварних права се исцрпљује у његовој функцији правног основа (*iustus titulus*). До перфектизације правног посла, односно коначног преласка стварног права са преносиоца на стицаоца, долази реализацијом посебног начина стицања (*modus acquirendi*). Овај захтев *традиције* или *предаје* покретне ствари, формиран још у римском праву, ипак није присутан у свим европским правима. Примера ради, француски Грађански законик, као и права која га баштине, припадају тзв. *консенсуалистичком систему* у коме самом сагласношћу воља, конкретно већ на основу уговора, долази и до аутоматског преласка стварног права са једне уговорне стране на другу. У домаћој литератури<sup>940</sup> се поред романистичке групе права, као примери одсуства захтева *modus acquirendi* наводе и енглеско, односно англоамеричка породица права.

Одиста, основно је правило енглеског права да право својине код покретних ствари прелази са продавца на купца у тренутку закључења уговора о продаји, уколико конкретне покретне ствари у време његовог закључења већ постоје. Међутим, енглески Закон о продаји покретних ствари<sup>941</sup> прописује да ће у ситуацији када су покретне ствари након закљученог уговора остале у државини продавца, који закључи нови уговор о продаји, па исте преда каснијем сауговорачу, под условом да овај није знао или могао знати за претходно закључени уговор, он постати њихов законити власник.<sup>942</sup> Идентична је ситуација и у случају да купац покретних ствари, након што су му предате, исте прода и преда трећем лицу пре него што би на њима стекао право својине. И у овој ситуацији савесно треће лице постаје њихов законити власник.<sup>943</sup> У наведеним ситуацијама неопходно је да накнадни купац закључи уговор о продаји и преузме покретне ствари у доброј

<sup>940</sup> Krulj, V., 1972, *Dejstvo ugovora o kuporodaji*, Beograd, Institut za uporedno pravo, str. 15; Регладић, Р., 1960, Из теорије вриједносних папира, *Анали*, 1–2, стр. 43.

<sup>941</sup> Sale of Goods Act 1979.

<sup>942</sup> „Where a person having sold goods continues or is in possession of the goods, or of the documents of title to the goods, the delivery or transfer by that person, or by a mercantile agent acting for him, of the goods or documents of title under any sale, pledge, or other disposition thereof, to any person receiving the same in good faith and without notice of the previous sale, has the same effect as if the person making the delivery or transfer were expressly authorised by the owner of the goods to make the same.” – S 24 *Sale of Goods Act 1979*.

<sup>943</sup> „Where a person having bought or agreed to buy goods obtains, with the consent of the seller, possession of the goods or the documents of title to the goods, the delivery or transfer by that person, or by a mercantile agent acting for him, of the goods or documents of title, under any sale, pledge, or other disposition thereof, to any person receiving the same in good faith and without notice of any lien or other right of the original seller in respect of the goods, has the same effect as if the person making the delivery or transfer were a mercantile agent in possession of the goods or documents of title with the consent of the owner.” – S 25(1) *Sale of Goods Act 1979*.

вери (*good faith*), без сазнања да друга уговорна стране није власник ствари које се налазе у његовој државини. Код продаје непокретности, у енглеском праву је након закључења уговора о продаји неопходно право својине уписати у јавну књигу (*Land Registry*), како би дошло до његовог преласка са преносиоца на стицаоца.

Прелазак стварног права са преносиоца на стицаоца је и у немачком праву „двотактно”. Међутим, за разлику од римског концепта диференцирања између правног основа (*iustus titulus*) и начина стицања (*modus acquirendi*), *Bürgerliches Gesetzbuch* уводи обавезу закључења два уговора између истих лица, од којих је први каузалан, а други апстрактан. Први уговор има чисто облигационоправно дејство обавезујући једну страну да на ону другу пренесе неко стварно право. Након тога, стране закључују уговор о преносу стварног права, односно „стварни уговор” – *Einigung über den Übergang* – који је у целости независан од оног претходног. Прецизније, обична предаја ствари која се продаје није довољна како би дошло до преноса стварног права, већ је неопходно да се стране *saglasе* о самом послу предаје. Закључењем овог другог уговора се извршава обавеза из оног првог.

Опште дејство уговора крије се у обавези испуњења обећане престације другој уговорној страни под претњом санкције (*pacta sunt servanda*). Француски Грађански законик је у свом ранијем члану 1134. наведено дејство уговора формулисао познатом одредбом по којој уговор за стране које су га закључиле има снагу законске обавезе.<sup>944</sup> Другим речима, свака уговорна страна везана је одредбама уговора на исти начин на који је везана обавезама које јој налаже закон. У случају неиспуњења, савесна страна има могућност принудног остварења уговорне обавезе друге стране. Правне последице неиспуњења су или дефинисане самим уговором или предвиђене општим правним нормама (закон). Сличну мисао проналазимо и у црногорском Општем имовинском законнику, према чијој познатој одредби „Разговор је разговор, а уговор странама закон”.<sup>945</sup> Овако дефинисано дејство уговора јасно означава како се не ради о „закону” који попут правих закона обавезује *erga omnes*, већ има строго ограничено *inter partes* дејство, односно он за трећа лица не производи ни права ни обавезе. Ово релативно дејство уговора било је познато још у римском праву, према коме је уговор за сва трећа лица туђи посао (*alios acta*) који њима не може ни штодити ни користити (*alios neque nocere neque prodesse potest*).

<sup>944</sup> „Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.” – *Code civil* Article 1134(1) – version en vigueur du 17 février 1804 au 01 octobre 2016.

<sup>945</sup> *Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору*, ОБОД, Цетиње, 1980, стр. 343 (чл. 1020).

Дакле, закључењем уговора стране стичу право захтевати међусобно испуњење преузетих обавеза у време и на начин како су предвиделе самим уговором. Ово персонализовано дејство, по правилу, прелази из строгог оквира лица која су закључиле уговор, пре свега у односу на њихове универзалне сукцесоре (наследници). Изузетак су уговори закљученим с обзиром на неко нарочито лично својство сауговорача (*intuitu personae*). Осим тога, у случају када дужник својим располагањима штети интересима повериоца, овај је у могућности да побија дејство дужникових правних радњи према трећим лицима у делу који је неопходан како би се остварила права која су уговором установљена у његову корист (*actio Pauliana*).

### 3.3.2. Двострани континентални уговор

Облигациони прописи европско-континенталне породице права неретко садрже посебне одредбе о дејству двострано-обавезујућих уговора. Њихова основна карактеристика је да обавеза једне стране чини основ обавезе друге, што их захваљујући доктрини *consideration* поистовећује са енглеским концептом уговора уопште. Међутим, уочено типолошко сагласје се у овако постављеном услову међузависности готово у целости и исцрпљује. Док енглеско право обострану корист мери односом *benefit-detriment* без сагледавања узајамног ценовног коефицијента, европско-континентална права истичу значај усаглашене вредности реципрочних давања страна, понегде чак покушавајући законском нормом да пропишу „аритметичку средину” уговора.<sup>946</sup>

Дејства двострано-обавезујућих уговора су на Континенту условљена постојањем имовинске равнотеже узајамних давања захваљујући чему су формирана и извесна правна средства са задатком да ту равнотежу очувају.<sup>947</sup> Дејства узајамних уговора европско-континенталне породице права огледају се у следећем: 1) обе стране су, по правилу, дужне да истовремено испуне своје обавезе; 2) страна која другој пренесе неко право на ствар дужна је да гарантује за правна и физичка својства ствари; 3) узајамне чинидбе треба да буду приближно једнаких вредности; 4) ако једна страна не жели да испуни своју обавезу, друга може одустати од уговора; 5) ако се на штету једне стране битно промене околности под којима је уговор закључен, она може тражити да се уговор

<sup>946</sup> У том смислу: седам дванаестина (7/12) из чл. 1674 француског Грађанског законика, једна половина (1/2) из § 934 аустријског Општег грађанског законика и чл. 1448 италијанског Грађанског законика, једна трећина (1/3) из чл. 24 нашег ранијег Закона о промету земљишта и зграда *Сл. лист СФРЈ* бр. 43/65, те једна четвртина (1/4) из чл. 1291 шпанског Грађанског законика.

<sup>947</sup> Perović, S., 1980, *Obligaciono pravo*, Beograd, Privredna štampa, str. 377.

раскине или ревидира; б) ако испуњење обавезе једне стране постане немогуће, тада ни друга страна није дужна да испуни своју обавезу.<sup>948</sup>

Када се од једне стране захтева испуњење уговорне обавезе двострано-обавезујућег уговора, она може истаћи приговор неиспуњеног уговора у случају да није дужна прва испунити своју обавезу. Чак и када би то био случај, уколико се имовинске прилике друге стране након закључења уговора погоршају у тој мери да њено испуњење обавезе постане неизвесно, уговорна страна која је иначе већ требала извршити своју престацију, може то условити било претходним испуњењем контрапрестације или пријемом разумног обезбеђења.<sup>949</sup>

Слична је ситуација и када уговорна страна која захтева испуњење обавезе своју престацију извршила делимично или погрешно. У том смислу могућа су решења по којима се код делимичног испуњења једне стране може захтевати сразмерно испуњење противчинидбе, док се код погрешног испуњења осим раскида уговора, може захтевати и његово правилно испуњење. У случају незнатних одступања или када су мане испуњења безначајне, приговор неиспуњења није могуће истаћи. Према ставу немачке правне теорије и судске праксе, страна од које се захтева испуњење може истаћи приговор неиспуњења и у ситуацији када је њено противпотраживање застарело.<sup>950</sup>

Двострано обавезујући уговор европско-континенталне породице права примарно одликује захтев одсуства лезије, односно заштите од прекомерног оштећења неке од уговорних страна. Знатна несразмера узајамних престација пружа могућност страни која се сматра оштећеном да од таквог уговора одустане. Ово правно средство представља једну он најпластичнијих примера корекције начела аутономије воље у оквиру европско-континенталне породице права. Питање на које европска права нису до сада успела да дефинишу јединствени одговор је да ли прекомерно оштећење остаје у домену мане воље, односно у свом субјективном аспекту који за последицу има рушљивост, или се ради о повреди јавног поретка, у ком смислу би као објективна препрека уговора постала узрок његове апсолутне ништавости.

<sup>948</sup> Радишић, Ј., 2004, стр. 146.

<sup>949</sup> „(1) Wer aus einem gegenseitigen Vertrag vorzuleisten verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung verweigern, wenn nach Abschluss des Vertrags erkennbar wird, dass sein Anspruch auf die Gegenleistung durch mangelnde Leistungsfähigkeit des anderen Teils gefährdet wird. Das Leistungsverweigerungsrecht entfällt, wenn die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit für sie geleistet wird. (2) Der Vorleistungspflichtige kann eine angemessene Frist bestimmen, in welcher der andere Teil Zug um Zug gegen die Leistung auf die Gegenleistung zu bewirken oder Sicherheit zu leisten hat. Nach erfolglosem Ablauf der Frist kann der Vorleistungspflichtige vom Vertrag zurücktreten.” – § 321 *Bürgerliches Gesetzbuch*.

<sup>950</sup> Enneccerus, L., Lehmann, H., 1958, S. 143.

Француски Грађански законик, у делу који се односи на уговор о продаји, још 1804. године је прописао како продавац непокретности коме је на име продајне цена исплаћен износ нижи од седам дванаестина њене вредности може одустати од продаје. Продавац ово право има чак и у случају да га се уговором одрекао или изјавио како разлику у вредности поклања купцу.<sup>951</sup> У осталим случајевима, француско право је утицај прекомерног оштећења на пуноважност уговора везивало за субјективни критеријум мане воље, па је ранијим чланом 1109 Грађанског законика<sup>952</sup> било одређено како пристанак на уговор нема важности ако је дат у заблуди, изнуђен насиљем или изазван преваром. Законик је у истом одељку нормирао како оштећење чини погодбе манљивим само у извесним уговорима или у погледу извесних лица.<sup>953</sup> Цитиране одредбе су у оквиру опсежних измена Грађанског законика из 2016. године брисане, док је новом одредбом посебно нормирано како одсуство еквивалентности код синалагматичних уговора не представља основ његове неважности, осим уколико није другачије прописано законом.<sup>954</sup> Тако, неколико чланова касније овај закон предвиђа како се код уговора по приступу (адхезиони уговори) одредбе о којима стране нису могле преговарати, а које доводе до значајне несразмере у њиховим правима и обавезама, сматрају за непостојеће (неписане – *non écrite*). Исти члан посебно прописује како се значајне несразмере не може односити на основни предмет уговора, као ни на уговорену цену.<sup>955</sup>

Шпански Грађански законик прецизира како уговор није могуће раскинути због лезије, осим у случајевима када је закључен без неопходног судског овлашћења датог од стране законског заступника, односно старатеља, као и у случају одсуства друге стране, под условом да су заштићена лица претрпела штету већу од једне четвртине вредности ствари која је предмет обавезе.<sup>956</sup> Аустријски Општи грађански законик могућност

<sup>951</sup> „Si le vendeur a été lésé de plus de sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente, quand même il aurait expressément renoncé dans le contrat à la faculté de demander cette rescision, et qu'il aurait déclaré donner la plus-value.” – *Code civil*, Art. 1674.

<sup>952</sup> „Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol.” – *Code civil*, Art. 1109 (version en vigueur du 17 février 1804 au 1 octobre 2016).

<sup>953</sup> „La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera expliqué en la même section.” – *Code civil*, Art. 1118 (version en vigueur du 17 février 1804 au 1 octobre 2016).

<sup>954</sup> „Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement.” – *Code civil*, Art. 1168.

<sup>955</sup> „Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation.” – *Code civil*, Art. 1171.

<sup>956</sup> „Ningún contrato se rescindiré por lesión, fuera de los casos mencionados en los números 1.º y 2.º del artículo 1.291. [...] 1.º Los contratos que hubieran podido celebrar sin autorización judicial los tutores o los curadores con facultades de representación, siempre que las personas a quienes representen hayan sufrido lesión en más de la

раскида уговора услед оштећења преко тачно одређене математичке вредности (једна половина) не везује само за послове продаје непокретности, већ га уводи као могућност код свих двострано обавезујућих уговора. Мера несразмере узајамних чинидби се утврђује у тренутку закључења уговора.<sup>957</sup> Италијански Грађански законик, такође, познаје правило оштећења преко једне половине, међутим оно поред постојања натполовичне несразмере, примену овог института условљава околношћу да је до диспропорције дошло услед злоупотребе стања нужде оштећене стране.<sup>958</sup> На овај начин италијанско право проблем лезије суштински припаја концепту зеленашког уговора. Слично нормативно решење проналазимо и у пољском Грађанском законнику.<sup>959</sup>

Зеленашки уговор, као класични пример прекомерног оштећења услед злоупотребе стања нужде или неког својства сауговарача свој нормативни израз је прво добио у немачком Грађанском законнику по коме је уговор ништав уколико је до очигледне несразмере у вредности узајамних давања уговорних страна дошло услед злоупотребе стања нужде, неискуства, или проблема у расуђивању једне стране<sup>960</sup>, након чега је усвојен и у другим европским цивилним кодексима. Тако швајцарски Законик о облигацијама предвиђа како у случају очигледне несразмере између чинидбе и противчинидбе оштећена страна може у року од годину дана изјавити да раскида уговор и тражити повраћај датог, ако је друга страна искористила њено стање нужде, лакомисленост или неискуство.<sup>961</sup>

---

cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquellos. 2.º Los celebrados en representación de los ausentes, siempre que éstos hayan sufrido la lesión a que se refiere el número anterior.” – Art. 1293; 1291(1)(2) *Código Civil*.

<sup>957</sup> „Hat bey zweyseitig verbindlichen Geschäften ein Theil nicht einmahl die Hälfte dessen, was er dem andern gegeben hat, von diesem an dem gemeinen Werthe erhalten, so räumt das Gesetz dem verletzten Theile das Recht ein, die Aufhebung, und die Herstellung in den vorigen Stand zu fordern. Dem andern Theile steht aber bevor, das Geschäft dadurch aufrecht zu erhalten, daß er den Abgang bis zum gemeinen Werthe zu ersetzen bereit ist. Das Mißverhältniß des Werthes wird nach dem Zeitpuncte des geschlossenen Geschäftes bestimmt.” – § 934 *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*.

<sup>958</sup> „Se vi e' sproporzione tra la prestazione di una parte e quella dell'altra, e la sproporzione e' dipesa dallo stato di bisogno di una parte, del quale l'altra ha approfittato per trarne vantaggio, la parte danneggiata puo' domandare la rescissione del contratto. L'azione non e' ammissibile se la lesione non eccede la meta' del valore che la prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto. La lesione deve perdurare fino al tempo in cui la domanda e' proposta.” – Art. 1448 *Codice civile*.

<sup>959</sup> „§ 1. Jeżeli jedna ze stron, wyzyskując przymusowe położenie, niedołęstwo lub niedoświadczzenie drugiej strony, w zamian za swoje świadczenie przyjmuje albo zastrzega dla siebie lub dla osoby trzeciej świadczenie, którego wartość w chwili zawarcia umowy przewyższa w rażącem stopniu wartość jej własnego świadczenia, druga strona może żądać zmniejszenia swego świadczenia lub zwiększenia należnego jej świadczenia, a w wypadku gdy jedno i drugie byłoby nadmiernie utrudnione, może ona żądać unieważnienia umowy. § 2. Uprawnienia powyższe wygasają z upływem lat dwóch od dnia zawarcia umowy.” – Art. 388 *Kodeks cywilny*.

<sup>960</sup> „Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen.” – § 138(2) *Bürgerliches Gesetzbuch*.

<sup>961</sup> „Wird ein offenbares Missverhältnis zwischen der Leistung und der Gegenleistung durch einen Vertrag begründet, dessen Abschluss von dem einen Teil durch Ausbeutung der Notlage, der Unerfahrenheit oder des



Важно је да швајцарско право, попут италијанског, као последицу зеленашког уговора не прописује његову ништавост, већ само рушљивост. Аустријски Општи грађански законик је поред цитиране одредбе о оштећењу преко половине, под утицајем свог немачког пандана, новелираном одредбом § 879 посебно утврдио ништавост оних уговора код којих се, између осталог, искоришћавањем нечије лакомислености, тешког положаја, слабоумности, неискуства или душевног узбуђења за себе или неког трећег захтева или прима противобећање чија имовинска вредност стоји у очигледној несразмери са вредношћу давања.<sup>962</sup> У том смислу су одредбе аустријског права у одређеном смислу подударне са решењима нашег Закона о облигационим односима.

Код двострано обавезујућих уговора европско-континентална права посебно пажњу посвећују и питању немогућности испуњења обавезе. У том смислу, присутне су три опције: немогућност за коју не одговара ниједна од страна, немогућност за коју одговара дужник, односно немогућност за коју одговара поверилац.

Када се немогућност испуњења не може приписати у одговорност ниједне од уговорних страна, логично је да се у таквој ситуацији обавезе обеју страна гасе. Како планирана размена чинидби отпада, страна која није у могућности да испуни своју обавезу не може захтевати испуњење обавезе оне друге. Међутим, уколико је друга страна обавезу већ испунила, било у целости или делимично, она може захтевати поврат на основу стицања без основа. Тако, швајцарско право предвиђа како се тражбина гаси када њено испуњење постане немогуће услед околности за које дужник не одговара. Ипак, он је дужан вратити оно што је већ примио у смислу правила о обогаћењу без основа.<sup>963</sup>

У случају да је до немогућности испуњења дошло услед околности за које одговара дужник, аустријски Општи грађански законик предвиђа да друга страна може раскинути уговор или захтевати накнаду штете. У случају делимичне немогућности поверилац је овлашћен да захтева раскид уговора у целости уколико се због природе посла или из

---

Leichtsinn des andern herbeigeführt worden ist, so kann der Verletzte innerhalb Jahresfrist erklären, dass er den Vertrag nicht halte, und das schon Geleistete zurückverlangen.“ – Art. 21 *Obligationenrecht*.

<sup>962</sup> „Insbesondere sind folgende Verträge nichtig [...] wenn jemand den Leichtsinns, die Zwangslage, Verstandeschwäche, Unerfahrenheit oder Gemütsaufregung eines anderen dadurch ausbeutet, daß er sich oder einem Dritten für eine Leistung eine Gegenleistung versprechen oder gewähren läßt, deren Vermögenswert zu dem Werte der Leistung in auffallendem Mißverhältnisse steht.“ – § 879(2)(4) *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*.

<sup>963</sup> „Soweit durch Umstände, die der Schuldner nicht zu verantworten hat, seine Leistung unmöglich geworden ist, gilt die Forderung als erloschen. Bei zweiseitigen Verträgen haftet der hienach freigewordene Schuldner für die bereits empfangene Gegenleistung aus ungerechtfertigter Bereicherung und verliert die noch nicht erfüllte Gegenforderung.“ – Art. 119(1)(2) *Obligationenrecht*.

циља дуговане чинидбе може закључити да он нема интерес за њеним непотпуним испуњењем.<sup>964</sup>

Када за немогућност испуњења одговара поверилац, дужникова обавеза се гаси, али он задржава своје потраживање према другој страни. У случају делимичне немогућности, дужник за своју обавезу непотпуне чинидбу може захтевати повериочеву противчинидбу у свему како она гласи.<sup>965</sup>

Посебно питање у оквиру дејства двострано обавезујућих уговора европско-континенталне породице права је и значај промењених околности. Према класичном схватању, чињеница да су се околности на које су стране рачунале, а које нису посебно дефинисале за време трајања уговора измениле, у складу са начелом *pacta sunt servanda*, нису од утицаја на обавезу њиховог безусловног поштовања.

Накнадно је дошло до формирања посебне теорије, познатија као *rebus sic stantibus* („док ствари тако стоје“)<sup>966</sup>, по којој сваки уговор обавезује само дотле док не дође до суштинских промена у околностима под којима је закључен. Овакво тумачење се надовезује на општи принцип еквивалентне вредности узајамних чинидби, као и начела добре вере у односу уговорних страна. Примена овог правила се не заснива на одсуству еквиваленције вредности престација у тренутку закључења уговора, већ у несразмери узајамних обавеза у време њиховог испуњења.<sup>967</sup>

Институт промењених околности се појављује у француском праву у време Првог светског рата. Високи управни суд Француске (*Conseil d'État*) је у својој пресуди од 30. марта 1916. године<sup>968</sup> у предмету који се тичао драстичног скока цене испоруке гаса граду и становништву, оценио да упркос општем начелу да су се уговором о концесији стране обавезне да испуне своје уговорне обавезе у свему како оне гласе до истека његовог важења, те да измене у ценама сировина представљају ону околност које су као код сваког ризика пословања уговарачи свесни у време закључења уговора, у конкретном случају дошло до околности које се не смеју занемарити. Наиме, чињеница да је у

<sup>964</sup> „Wird die Erfüllung durch Verschulden des Verpflichteten oder einen von ihm zu vertretenden Zufall vereitelt, so kann der andere Teil entweder Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern oder vom Vertrage zurücktreten. Bei teilweiser Vereitlung steht ihm der Rücktritt zu, falls die Natur des Geschäftes oder der dem Verpflichteten bekannte Zweck der Leistung entnehmen läßt, daß die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat.“ – § 920 *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*.

<sup>965</sup> Радишић, Ј., 2004, стр. 160.

<sup>966</sup> Gruzin, A., 1922, *Essai sur la notion d'imprévision et sur son rôle en matière contractuelle*, Le Puy-en-Velay, Imprimerie J. Prély, p. 23.

<sup>967</sup> Salma, J., 2001, *Obligaciono pravo*, Novi Sad, Pravo, str. 338.

<sup>968</sup> Conseil d'État, N° 59928, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, publié au recueil Lebon, p. 125 ([www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007629465/](http://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007629465/), 12. 4. 2022).

условима рата, услед дуготрајне окупације простора са кога се прибавља угaљ као основно средство у производњи гаса, дошло до промена у ценама „у обиму који није само ванредан на начин како се тај појам разуме уобичајено, већ подразумева промене [...] у размерама које драстично превазилазе сва предвиђања која су била могућа у време закључења уговора, економија уговора је у целости нарушена”.<sup>969</sup> Убрзо пошто је суд донео цитирану одлуку, међу правним теоретичарима, превасходно оним француским, почела се развијати теорија непредвидљивости, односно импревизије (*la théorie de l'imprévision*).<sup>970</sup>

Први цивилни кодекс у Европи који нормира утицај промењених околности на уговорни однос је италијански Грађански законик из 1942. године. Према њему, уколико је код уговора са трајним или периодичним престацијама обавеза једне стране услед ванредних и непредвидливих околности постала изразито отежана, та страна може захтевати раскид уговора. Раскид уговора се не може захтевати услед неповољних околности које спадају у редован ток ствари у односу на предмет уговора. Друга страна може уместо раскида уговора понудити правичну измену уговора и тако га одржати на снази.<sup>971</sup> Иако су и француска и немачка правна теорија, као и судска пракса, у доброј мери разрадиле институт *rebus sic stantibus*, до његовог нормирања је у овим правима дошло релативно касно. Према недавно измењеној одредби § 313 немачког Грађанског законика, уколико су се околности које су представљале основ уговора након његовог закључења значајно измениле и уколико стране не би закључиле дати уговор или би га закључиле са другачијом садржином да су дате околности предвиделе, може се захтевати исправка уговора у случају да се од једне стране не може разумно захтевати да се придржава неизмењеног

---

<sup>969</sup> „Mais considérant que, par suite de l'occupation par l'ennemi de la plus grande partie des régions productrices de charbon dans l'Europe continentale, de la difficulté de plus en plus considérable des transports par mer à raison tant de la réquisition des navires que du caractère et de la durée de la guerre maritime, la hausse survenue au cours de la guerre actuelle, dans le prix du charbon qui est la matière première de la fabrication du gaz, s'est trouvée atteindre une proportion telle que non seulement elle a un caractère exceptionnel dans le sens habituellement donné à ce terme, mais qu'elle entraîne dans le coût de la fabrication du gaz une augmentation qui, dans une mesure déjouant tous les calculs, dépasse certainement les limites extrêmes des majorations ayant pu être envisagées par les parties lors de la passation du contrat de concession ; que, par suite du concours des circonstances ci-dessus indiquées, l'économie du contrat se trouve absolument bouleversée.” – Conseil d'État, N° 59928, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, publié au recueil Lebon, p. 125. ([www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007629465/](http://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007629465/), 12. 4. 2022).

<sup>970</sup> Wéry, P., 2010, *Droit des obligations*, Bruxelles, Larcier, p. 649.

<sup>971</sup> „Nei contratti a esecuzione continuata o periodica, ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'articolo 1458. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto.” – Art. 1647 *Codice Civile*.

уговора када се узму у обзир све околности датог случаја, а нарочито уговорне и законске одредбе о подели ризика. Сматраће се да је до битно измењених околности дошло уколико су се претпоставке које су чиниле основ уговора испоставиле као нетачне. Уколико исправљање уговора није могуће или се оно не може разумно очекивати од једне стране, незадовољна страна може уговор опозвати. Право на опозив се код трајних обавеза замењује правом на раскид уговора.<sup>972</sup> Једна од измена и допуна француског Грађанског законика у оквиру његове обимне ревизије из 2016. године, увела је и правило да уколико промена околности која се није могла предвидети у време закључења уговора у значајној мери отежава испуњење обавезе стране која није посебно прихватила сношење таквог ризика, она може другој страни предложити измене уговора. У случају да преговори уговорних страна не доведу до „нове” сагласности, уговор се може раскинути.<sup>973</sup>

Једно од дејстава двострано обавезујућих уговора се испољава и у захтеву гаранције за правна и материјална својства ствари које чине објект престације. Европско-континентална права овај сегмент узајамних уговора везује, пре свега, за уговор о продаји, те се он у том смислу може најбоље и сагледати.

Када се теретним уговором уступа неко право на ствар, преносилац поред обавезе преноса државине има и обавезу преноса конкретног права на ствар. Преносилац даје обећање како пренето право постоји, односно да не постоје правне сметње за његову употребу. Поред гаранције заштите од евикције, преносилац преноси ствар која одговара сврси којој она треба да послужи. Дакле, поред преноса права својине или неког другог права на ствари које није осујећено правима трећих, преносилац гарантује и постојање могућности физичке употребе пренете ствари у уобичајене или редовне сврхе које дата ствар подразумева. Наравно, у већини европских права, неопходно је да прибавилац

---

<sup>972</sup> „Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen. Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung.” – § 313 *Bürgerliches Gesetzbuch*.

<sup>973</sup> „Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.” – Art. 1195 *Code civile*.

прегледа ствар са дужном пажњом, па преносилац не одговара за недостатке који су се могли опазити на основу њеног уобичајеног прегледа.<sup>974</sup>

Правне последице постојања неких од наведених недостатака огледају се било у обавези њиховог отклањања, било у обавези накнаде штете коју је савесни стицалац због датих недостатака претрпео. Према одредбама швајцарског Законика о облигацијама, продавац је дужан да штити купца како од потпуне тако и од делимичне евикције купљене ствари до које би дошло на основу права које у време закључења уговора припада неком трећем. Уколико је купцу била позната опасност од евикције, продавчева обавеза заштите постоји само уколико се на њу изричито обавезао. У случају да је продавац намерно прећутао постојање права трећих лица на ствари, одредбе уговора о искључењу или ограничењу обавезе заштите од евикције су ништаве.<sup>975</sup> Истовремено, продавац одговара како за уговорена својства ствари, тако и за недостатке који физички или правно одузимају ствари њену вредност или њену предвиђену корисност, односно умањују их у знатној мери. Продавац за ове недостатке одговара чак и уколико није знао за њих.<sup>976</sup> Купац у наведеним случајевима има право да захтева раскид уговора, те да након што је ствар вратио продавцу, захтева повраћај исплаћене цене са каматама, уз одбитак плодова и других користи које је од ње имао. Продавац је дужан и да накнади штету који је купац имао услед конкретних недостатака ствари<sup>977</sup>.

### 3.3.3. Коментар

Основно дејство уговора је стварање права и обавеза за стране које су га закључиле. Швајцарска теорија ову тврдњу употпуњује на начин да се као опште дејство уговора идентификује обавеза испуњења уговорне обавезе на начин како је самим уговором

<sup>974</sup> § 928 *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*; § 460 *Bürgerliches Gesetzbuch*; Art. 1642 *Code civile*; Art. 200 *Obligationenrecht*; Art. 1491 *Codice Civile*; Art. 557 *Kodeks cywilny*.

<sup>975</sup> „Der Verkäufer hat dafür Gewähr zu leisten, dass nicht ein Dritter aus Rechtsgründen, die schon zur Zeit des Vertragsabschlusses bestanden haben, den Kaufgegenstand dem Käufer ganz oder teilweise entziehe. Kannte der Käufer zur Zeit des Vertragsabschlusses die Gefahr der Entwehrung, so hat der Verkäufer nur insofern Gewähr zu leisten, als er sich ausdrücklich dazu verpflichtet hat. Eine Vereinbarung über Aufhebung oder Beschränkung der Gewährspflicht ist ungültig, wenn der Verkäufer das Recht des Dritten absichtlich verschwiegen hat.” – Art. 192 *Obligationenrecht*.

<sup>976</sup> „Der Verkäufer haftet dem Käufer sowohl für die zugesicherten Eigenschaften als auch dafür, dass die Sache nicht körperliche oder rechtliche Mängel habe, die ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder erheblich mindern. Er haftet auch dann, wenn er die Mängel nicht gekannt hat.” – Art. 197 *Obligationenrecht*.

<sup>977</sup> Чл. 198 и 208 швајцарског Законика о облигацијама.

предвиђено.<sup>978</sup> Овако уобличена интерпретација дејства уговора поприлично подсећа на основну карактеристику енглеске установе *consideration*.

Конкретно, принудна остваривост (*enforceability*) обавезе енглеског уговора условљена је уважавањем критеријума *consideration*, који не само да мора бити задовољен, већ како смо видели, испуњава параметре које тамошње право веома прецизно нормира. Савесна страна, управо захваљујући томе што је пре свега „покрила” услов *consideration*, према схватању енглеских правника овлашћена је да захтева принудно остварење уговорне обавезе друге стране. Постигнута сагласност воља учесника појединачних преговора, према енглеском праву, превазилази домет пуког споразума и добија карактер уговора пре свега захваљујући испуњењу услова *consideration*. Прецизније: споразум поприма дејство правно обавезујућег односа (*iuris vinculum*) ако и само ако у себе укључује услов *consideration*.

Међутим, примећујемо како успостављање права и обавеза страна као опште дејство континенталног уговора и енглески *consideration* не садрже онај степен подударности који је неопходан за препознавање њихове упоредноправне аналогије. Наиме, док се опште дејство европско-континенталног уговора испољава као успостављање права и/или обавеза за обе његове стране, *consideration* узрокује обавезност уговорног обећања само једне стране, оне која управо у замену за њега и нуди испуњење своје обавезе. Дакле, *consideration* је искључиво основ обавезе једне стране, услов правне везаности датог обећања, а не обавезности уговора као целине. Док је према чувеној сентенци Валтазара Богишића, на континенту „разговор разговор, а уговор странама закон”, енглески *consideration* чини да је њено обећање „закон” само за ту једну страну, ону која је своје обећање управо и дала у замену за одређени *consideration*.

Када се ради о посебним дејствима европско-континенталног узајамног, односно двострано-обавезујућег, теретног уговора, она су, пре свега, фокусирана на очување економске равнотеже узајамних престација. Несразмера у вредности чинидбе и противчинидбе нарочито интригира домаће правнике. У том смислу примећујемо како је уговорно право грађанских кодификација, у неким својим сегментима, скројено у складу са циљевима који право као такво у доброј мери превазилазе. Континентални законодавац уговорне стране неретко уместо као „личности”, третира као лица којима је науштрб личне слободе уговарања много потребнија заштита од њих самих. *Common law* уговорно

---

<sup>978</sup> Guhl, T., 1980, S. 205.

право, са друге стране, себи не дозвољава, или прецизније: себи не сме да дозволи овакав степен одсуства уважавања и поштовања достојанства оних чије поступке регулише.

Енглеско право, иако у складу са доктрином *consideration* не познаје принцип забране очигледне несразмере вредности уговорних престација, у складу са правилом „и зрно бибера ће задовољити”<sup>979</sup>, још од друге половине XIX века<sup>980</sup> познаје посебан вид заштите слабије уговорне стране познате као *unconscionable bargain*. По основу „несавесне погодбе”, оштећена страна може од суда захтевати поништај уговора у коме је злоупотребом њеног неповољног положаја друга страна уговорила несразмерну корист. Судија Блер<sup>981</sup> је у пресуди Високог суда Енглеске и Велса из 2009. године на једном месту сажео три кумулативна услова примене овог института. То су: (а) неповољни положај једне стране, (б) коју је друга страна на нечастан начин злоупотребила, што је (в) довело до обавезе која је прекомерна и изразито тешка.<sup>982</sup>

Енглеско право је још законом<sup>983</sup> донетим у време Едварда I Плантагенета<sup>984</sup> забранило сваки облик лихве (*usury*), односно зајмова оптерећених прекомерним каматама. Хенрих VIII<sup>985</sup> је 1545. године донео посебан Закон против лихве (*An Act Against Usurie*) којим је одобрено давање новца у зајам уз примерене камате. Слични закони су донети у доба краљице Елизабете I<sup>986</sup>, те Чарлса I Стјуарта<sup>987</sup>. Енглески парламент 1660. године усваја Закон о лихви (*Usury Act 1660*) којим је највиша каматна стопа за новчане позајмице са 8% спуштена на 6%. Изменама и допунама тог закона из 1714. године је стопа спуштена на 5%. Посебним законом из 1845. године, у време владавине краљице Викторије<sup>988</sup> сви наведени закони су укинати. Почетком XX века енглески парламент је Законом о новчаним позајмицама<sup>989</sup> омогућио судовима да интервенишу у случају високих каматних стопа и увео обавезу уписа лица која се баве пружањем новчаних позајмица у посебан Регистар који је водила Пореска управа. Законом истог назива из 1927. године

<sup>979</sup> *Chappell & Co Ltd v Nestle Co Ltd* [1959] UKHL.

<sup>980</sup> *Earl of Aylesford v Morris* (1873) LR 8 Ch App 484.

<sup>981</sup> Sir William James Lynton Blair, 1950.

<sup>982</sup> „In summary, therefore, before the court will consider setting a contract aside as an unconscionable bargain, one party has to have been disadvantaged in some relevant way as regards the other party, that other party must have exploited that disadvantage in some morally culpable manner, and the resulting transaction must be overreaching and oppressive. No single one of these factors is sufficient—all three elements must be proved.” – Blair J, *Strydom v Vendside Ltd* [2009] EWHC 2130 (QB).

<sup>983</sup> Statute of the Jewry (Statutum de Judaismo) 1275.

<sup>984</sup> Владао у периоду 1272–1307.

<sup>985</sup> Владао у периоду 1509–1547.

<sup>986</sup> Владала у периоду 1558–1603.

<sup>987</sup> Владао у периоду 1625–1649.

<sup>988</sup> Владала у периоду 1837–1901.

<sup>989</sup> Moneylenders Act 1900.

је за упис у дати Регистар било неопходно прибавити посебну лиценцу. Након Другог светског рата прописи о несразмерно високим каматним стопама на новчане позајмице су садржани у делу Закона о потрошачком кредиту<sup>990</sup> из 1974. године.<sup>991</sup> Изменама и допунама овог закона из 2006. године посебна овлашћења у заштити у случају високих каматних стопа на новчане позајмице су поверена Финансијском омбудсману (*Financial Ombudsman Service*), као и Канцеларији за поштено пословање (*Office of Fair Trading*).

Одсуство начела једнаке вредности узајамних давања уговорних страна, како га дефинише наше и одређени део континенталних закона, у енглеском и њему сродним правима не подразумева непостојање заштите у случају да је до несразмере дошло услед злоупотребе или другог вида несавесног поступања неке од уговорних страна. Сличне тенденције се могу препознати у начинима на које се тренутно развија уговорно право европско-континенталне породице права.<sup>992</sup> Међутим, према мишљењу неких домаћих писаца „прекомерно оштећење је поремећај у каузи“<sup>993</sup>, установе која је по свом дејству најприближнија енглеском *consideration*.

Континентални принцип измењених околности (*rebus sic stantibus*) свој пандан проналази у *common law* доктрини *frustration*. Док се у одређеним разматрањима измењене околности у енглеском праву доводе у везу са принципом *force majeure*<sup>994</sup>, на сличан начин на који поједини континентални мислиоци теорију импревизије схватају као проширење теорије више силе.<sup>995</sup> Чувени прецедент из 1903. године<sup>996</sup> је околност да је услед отказивања процесије поводом крунисања краља Едварда VII уговор о закупу просторије из које би је закупац могао посматрати сматрао за повреду „темеља” или „основа” (*foundation*) уговора. На тај начин се енглески *frustration*, односно континентални *rebus sic stantibus* могу довести у везу са ситуацијом у којој након закључења уговора, из разлога због кога не одговара ниједна од уговорних страна, *consideration* отпада, услед чега је дошло и до гашења обавезе друге стране. Сличну мисао проналазимо и код Антића који сматра како „установа *rebus sic stantibus* има, дакле, за циљ да заштити саму каузу

<sup>990</sup> Consumer Credit Act 1974.

<sup>991</sup> Goode, R. M., 1982, Usury in English Law, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Vol. 38, Iss. 1, pp. 45–50.

<sup>992</sup> Види новелирани чл. 1168 француског Грађанског законика; обједињавање установе прекомерног оштећења са правилима зеленашког уговора.

<sup>993</sup> Антић, О., 2012, стр. 402.

<sup>994</sup> O’ Sullivan, J., Hilliard, J., 2016, p. 337.

<sup>995</sup> Perović, S., 1980, str. 427.

<sup>996</sup> *Krell v Henry* [1903] 2 KB 740.



уговора,<sup>997</sup> као и да „[...] само теорија каузе може да објасни установу промењених околности.”<sup>998</sup>

Коначно, недостаци у правним и материјалним својствима ствари у енглеском праву се нормирају кроз опште одредбе о повреди уговора (*breach of contract*). Савесна уговорна страна, попут њеног положаја у европско-континенталној породици права, има на располагању неколико опција, од којих је најзначајнија она да ускрати испуњење своје обавезе, односно да захтева раскид уговора.<sup>999</sup>

### 3.4. Закључак

Сагласност воља онтолошка је одредница уговора. Уговор настаје ако и само ако постоји сагласност воља. На исти начин га дефинише и наше право.<sup>1000</sup> Теоријска промишљања о односу каузе континенталних права и енглеског *consideration* са сагласношћу воља је код појединих писаца у обе породице права довела до закључка да су те две категорије готово истоветне. По једнима, та подударност дозвољава закључак како је један од та два појма излишан пошто је у целости конзумиран оним другим. По другима та се два појма апсолутно преклапају. Претежни део правне мисли, ипак, не дели овакво мишљење. Околност да кауза, односно *consideration* у највећем броју случајева на непосредан начин идентификује сагласност воља уговорних страна не дозвољава закључак како се између израза *сагласност* и *основ обавезе* може ставити знак једнакости. Разлоге који доводе до ове теоријске збуњености треба тражити у околности да се неретко постојање једног изводи из присуства оног другог. Стоји, наиме, тврдња како су кауза, односно *consideration* намеравани еквивалент уговора.

Интересантно је приметити како се овај „покрет воље” који доводи до усаглашавања са вољом друге стране, па тако и настанка уговора, по читавом архипелагу европског уговорног права (каузалисти, антикаузалисти, *consideration*) теоријски тумачи на готово истоветан начин. Кауза, односно *consideration* су оно што су стране *хтеле*, дакле као своју *вољу* изразиле, што одговара антикаузалистичком *циљу правног посла*. Јеринг запажа како се покрет воље без довољног разлога никако не може замислити. Воља се не покреће спонтано, без икаквог разлога који је на то тера, јер би тиме подсећала на барона Минхаузена који сам себе извлачи из блата држећи се за перчин. Сваки разлог покретања

<sup>997</sup> Антић, О., 2012, стр. 414.

<sup>998</sup> *Ibid*, стр. 415.

<sup>999</sup> O’ Sullivan, J., Hilliard, J., 2016, p. [359].

<sup>1000</sup> Чл. 26 ЗОО.

воље је, према Јерингу, психолошке врсте и открива се као *циљ* који *жели* да се постигне (*causa finalis*).<sup>1001</sup> Овај *циљ* немачка правна теорија (Ертман) означава као заједничку представу уговорних страна о жељеним последицама до којих ће правни посао довести. Јасна вододелница између наведених појмова је околност да је сагласност нужни услов настанка уговора, док је кауза, односно *consideration* онај циљ због кога долази до покрета воља како би до сагласности уопште дошло.

Енглеско право не познаје појам предмета уговора на начин на који се он појављује у каузалистичком кругу европско-континенталне породице права. Њега бисмо, у оквиру *common law* терминологије, према нашем мишљењу, могли открити у изразу *promise*, односно обећање. У прилог оваквог одабира се може истаћи како енглеско право уговорно обећање (*promise*) не исцрпљује у периоду који претходи закључења уговора (као јасан саставни део концепта *offer*, односно понуда), већ се он задржава као обавезни пар концепта *consideration*. Из наведеног следи како је енглески однос *promise-consideration* једнозначан континенталном кауза-предмет.

Основна разлика између континенталног предмета и енглеског *promise* је та што цивилни кодекси омогућавају да уговорну обавезу (престација) дефинишу и лица која нису уговорне стране, док *common law* такву могућност не предвиђа. Први од три услова који пуноважни *consideration* мора да задовољи је тај да он одговара ономе што давалац обећања захтева у замену за њега (тест захтева). Дакле узајамне обавезе стране енглеског уговора одређују у строго затвореном кругу између њих (*privity of contract*), без могућности утицаја трећих лица.

Са друге стране, својства континенталног предмета која се јасно оцртавају на енглеској доктрини *consideration* препознајемо у имовинском карактеру предмета уговора и околности да он мора одговарати интересу повериоца, или бар ономе што он дефинише као свој интерес. Стиче се утисак како је континентално упаривање повериоцевог интереса са предметом уговора (оним на шта се он обавезује) терминолошки непрецизно, те да би његов интерес требало довести у везу са каузом, јер управо она одговара питању *због чега* се поверилац обавезао на одређену престацију (на оно што из његовог угла представља предмет уговора). У том смислу, закључујемо како је *common law* увезивање интереса даваоца обећања са институтом *consideration* много прецизније и логичније.

Дејство континенталног уговора и енглески *consideration*, као уосталом и кауза, поседују истоветну одредницу – представљају јасан циљ уговора. Сви ови институти су

---

<sup>1001</sup> Јеринг, Р., 1998, стр. 17.

директно и недвосмислено усмерени ка остварењу правне последице до које ће уговор довести, онога због чега је уопште закључен. Већ је наведено да је управо тај циљ покретач воље<sup>1002</sup> без које уговор није могуће закључити (сагласност).

Како би се намеравани циљ остварио, неопходно је указати на основно дејство уговора – стварање права и обавеза за његове стране. Успостављање правне везе (*iuris vinculum*) између уговорних страна, односно настанак могућности остварења уговореног потраживања под претњом државне интервенције, представља околност коју континентална права дефинишу као опште дејство уговора. Енглеско право идентичну могућност „утуживости” уговорног обећања (*enforceability*) доводи у директну везу са доктрином *consideration*, описујући је као њену основну карактеристику (*quid quo pro*). Видели смо како је аналогија у овом смислу само делимично оправдана, с обзиром да се континентално опште дејство уговора разуме као стварање права и обавеза у оквиру уговора као целине (за обе његове стране), док *consideration* намеће обавезу за једну уговорну страну – даваоца обећања. Обавезан сам испунити своју престацију зато што је захтевана контрапрестација било извршена или је њено испуњење обећано.

Нагласак који се у појединим европско-континенталним правима даје једнакој вредности узајамних давања, при чему се посебно истичу одредбе домаћег права, као основног лакмуса дејства двострано-обавезујућих уговора, енглеско право у целости одбацује. Начелна обавеза нивелације вредности обећања и противобећања енглеско право не само да не познаје, већ га у оквиру доктрине *consideration* („и зрно бибера ће задовољити”) изричито потиरे. Међутим, одредбе појединих цивилних кодификација Старог континента јасно условљавају могућност примене института прекомерног оштећења са захтевом присуства злоупотребе доминантног положаја једне стране у чију корист су неправичне одредбе уговорене. Функционално истоветни правни режим проназимо у енглеској установи *unconscionable bargain*. Мишљења смо како се на овај начин често прокламована суштинска разлика између енглеског и европско-континенталног уговорног права по питању лезије у значајној мери релативизује.

Континентална немогућност испуњења уговорне обавезе за коју не одговара ниједна страна у енглеској судској пракси представља јасну ситуацију у којој долази до престанка уговора услед околности да је *consideration* отпао. Континентални пропис који немогућност испуњења доводи у директну везу за опцијом његовог раскида услед околности да парцијално или алтернативно испуњење не би било у складу са сврхом

---

<sup>1002</sup> *Ibid.*

престације, односно интересом друге стране, читај: каузом, проналазимо у §920 аустријског Општег грађанског законика.

Слична ситуација се открива и у случају промењених околности. Недавне измене § 313 немачког Грађанског законика нормирају како је до битно измењених околности дошло уколико су се претпоставке које су чиниле основ уговора показале као нетачне. Основ уговора (*Grundlage des Vertrag*) који немачко право сада и нормативно доводи у везу са утицајем које измењене околности могу имати на његов опстанак, а које се мере у складу са интересом, циљем које уговорне стране желе да остваре на основу уговора, се у енглеском праву препознаје у доктрини *frustration of the contract*. Како смо видели, према једном делу енглеске правне мисли поред везе са институтом више силе, *frustration* описује као ситуација услед које је дошло до повреде самог темеља или основа уговора.

Установе кауза, предмет, садржина уговора, те *consideration* уговорних права на подручју целог Старог континента неретко се у оквиру правничке заједнице доживљавају као узрок правне несигурности, како услед њихове позитивноправне недоследности, тако и неуједначене судске праксе, која би бар у својим основним контурама морала бити како-тако усаглашена. Захтеви друштва за санацијом оваквог стања довели су до својеврсног замора нормативног апарата каузалистичког круга европско-континенталне породице права и јасних покушаја за изналажењем нешто функционалнијих алтернатива. Тренд напуштања каузе није новијег датума. Након спроведених реформи грађанских законика Португала и Холандије,<sup>1003</sup> дати институт је у овим правима у целости напуштен.

Ипак, „најгласнија издаја” каузе догодила се у праву које ју је на Старом континенту прво и увело. Наравно, у питању је француски *Code civil*. Опсежним изменама и допунама овог законика из 2016. године након брисања појма кауза, француски законодавац од антикаузалистичке групе европско-континенталне породице права преузима термин „садржине уговора” (*le contenu du contrat*), чији су саставни елементи: уговорне одредбе (*stipulations*), циљ (*but*) и предмет (*objet*). Како је о овим изменама већ било речи, оне се на овом месту неће посебно анализирати. Сматрамо како дати нормативни заокрет у односу на паневропски појам *основа* или *циља* обавезе у француском праву представља вид компромиса између германистичког антикаузализма и енглеске доктрине *consideration*.

---

<sup>1003</sup> Нови португалски Грађански законик донет је 1966. године и примењује се од 1. јуна 1967. године; првобитни холандски Грађански законик из 1838. године више је пута био мењан и допуњаван, од чега су значајније измене биле извршене 1947. године; нови холандски Грађански законик усвојен је 1992. године.

На основу савремених тенденција развоја европског уговорног права, може се стећи утисак како предвиђање професора Антића из 2005. године, да „[у]колико се једног дана, у англо-америчком праву, напусти доктрина consideration-a, истог ће дана бити прихваћена теорије каузе”<sup>1004</sup>, данас захтева одређену корекцију. Наиме, док европско-континентална права, једно за другим, напуштају теорију каузе, енглески *consideration* је период озбиљних оспоравања током друге половине XX века прошао неокрњен, да би сада, нарочито након Бреgzита<sup>1005</sup>, почео да доживљава своју нову младост.

#### 4. CONSIDERATION И ПРАВО ЕУ

Јан Смитс<sup>1006</sup> уговорно право Европске уније перцепира као парадигму глобализације приватног права уопште. Уговор као основни инструмент економских трансакција је према његовом мишљењу уједно и примарни огледни механизам усаглашавања различитих правних система. Наиме, Европска унија већ деценијама развија интерне вештине нормативног повезивања у бити различитих правних система. Дебате које се у оквиру Европске уније воде о могућностима повезивања европског уговорног права представљају идеални микрокосмос који може указати на суштинске закономерности напора за хармонизацијом приватног права као таквог.<sup>1007</sup>

Напори за изједначавањем уговорног права Старог континента нису новијег датума. Јасна опредељења појединих националних држава ка унификацији ове гране права се у Европи, са мање или више успеха, јасно уочавају већ од краја XIX и почетка XX века.

##### 4.1. Развој прекограничног уговорног права у Европи

Појавни облици идеје обједињавања правних система Старог континента могу се препознати у различитим епохама европске цивилизације, од којих неки сежу далеко у прошлост. Свакако, један од вероватно најинтезивнијих пројеката у том смислу се спроводи управо у оквиру модерних евроинтеграција започетих убрзо по окончању Другог

---

<sup>1004</sup> Antić, O., 2005, str. 844.

<sup>1005</sup> Појам „Брегзит” (енгл. *Brexit*) означава процес иступања Уједињеног краљевства Велике Британије и Северне Ирске из Европске уније, који је трајао од британског референдума 2016. године до поноћи (по средњоевропском времену) 31. јануара 2020. године.

<sup>1006</sup> Jan M. Smits, 1967.

<sup>1007</sup> Smits, J., 2007, Law Making in the European Union: On Globalization and Contract Law in Divergent Legal Cultures, *Louisiana Law Review*, Vol. 67, No. 4, p. [1181].

светског рата. Међутим, у периоду између два светска рата, као и у времену непосредно пре њега, слични концепти су већ били заживели или требали да заживе. Сматрамо да три таква подухвата заслужују посебну пажњу.

#### 4.1.1. Нацрт заједничког француско-италијанског Закона о облигацијама

Идеја о доношења заједничког француско-италијанског Закона о облигацијама појавила се нешто пре краја Првог светског рата.<sup>1008</sup> Њу је представио и донекле разрадио професор Виторио Шалоја<sup>1009</sup> у оквиру предавања које је 18. априла 1918. године одржао на Сорбони. Шалоја примећује како прогрес модерних цивилизација пред њих поставља јасан захтев наднационалног уједначавања у сфери приватног права. Европски народи су, ако не у другом, а онда засигурно када се ради о уговорима, вековима имали једнака правна правила. Појавом националних кодификација дошло је и до већих позитивноправних одступања. Ипак, настале нормативне разлике нису довеле и до несклада у „духу права” који је код сродних народа остао неподељен. На крају свог обраћања, Шалоја закључује како древно савезништво романске групе народа, додатно учвршћено током Великог рата, мора довести до њиховог интензивнијег зближавања у будућности.

Шалојин предлог израде заједничког француско-италијанског Закона о облигацијама је од стране Правног факултета у Паризу био подржан готово истог тренутка када је и представљен. Резултат је био формирање две поткомисије, једне италијанске чијим је радом руководио управо професор Шалоја, и једне француске на чијем челу је био професор Ларно<sup>1010</sup>. Поред представника академске заједнице, у састав ових радних тела ушли су и представници виших правосудних тела (судије, адвокати), бивши министри, чланови националних парламената, те високи представници разних министарстава две државе. Идеја израде заједничког наднационалног прописа о облигацијама наишла је на бројна одобравања од стране правничких јавности Белгије, Румуније, Грчке и Канаде.

<sup>1008</sup> Подаци наведени у овом одељку преузети су из предговора Нацрта заједничког италијанско-француског Закона о облигацијама објављеног у Риму 1928. године – *Progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti : testo definitivo approvato a Parigi nell'ottobre 1927 – anno VI = Project de code des obligations et des contrats : texte définitif approuvé à Paris en octobre 1927*, Commissione reale per la riforma dei codici, Commission française d'études de l'union législative entre les nations alliées et amies, Provveditorato Generale dello Stato, Rome, 1928.

<sup>1009</sup> Vittorio Scialoja, 1856–1933.

<sup>1010</sup> Ferdinand Larnaude, 1853–1942.

Убрзо након свог формирања, италијанска поткомисија је добила и званичну потврду као тело коме се поверава рад на унификацији облигационог права држава чланица Антанте. Први нацрт заједничког Закона о облигацијама који је израдила ова сада Краљевска комисија објављен је на италијанском језику већ 1920. године. У периоду од 1924. до 1927. године две поткомисије су на заједничким сусретима одржаваним наизменично у Паризу и Риму израдиле коначну верзију Нацрта заједничког закона о облигацијама. Предлог је припремљен на француском и италијанском језику и послат двема владама на даљи поступак.

Учесници овог пројекта били су надахнути идејом да ће усвојени законски текст послужити као основа за даље уједначавање приватног права на подручју ако не целе, оно бар већег дела Европе, са могућношћу укључивања и појединих прекоморских држава. У том смислу његови приређивачи су поред одредби већ важећих грађанских законика Италије и Француске, поједина нормативна решења преузимали из других цивилних кодификација Старог континента. Руководећи се идејом да у свој пројекат уврсте најоптималнију регулативу модерног облигационог права, његови креатори су узимали у обзир и позитивноправне новине присутне у Немачкој, Чешкој, Бразилу, Швајцарској, Мађарској, чак и у Совјетском Савезу.

Нацрт заједничког француско-италијанског Закона о облигацијама броји 739. чланова, подељених у двадесет целина и у доброј мери прати релативно уједначену систематику два цивилна кодекса. Одступања у односу на постојеће националне прописе нису заступљена у већој мери. Пројекат се примарно састоји од решења присутних било у италијанском или француском грађанском законнику, у зависности од заједничке оцене који од њих на целисходнији начин уређује поједино питање.

Племенита идеја да би попут *Code civil*-а који је обележио цео XIX век, у новом XX веку заједнички италијанско-француски Закон о облигацијама могао послужити као основа даље хармонизације приватног права модерног света, нажалост, захваљујући јачању фашизма се убрзо након објављивања Нацрта показала као утопија. Француско грађанско право је наставило са даљим развојем заснованом на Наполеоновој кодификацији, док је Италија 1942. године усвојила нови Грађански законик, који је уместо ранијих француских, своје узоре сада почео тражити у германистичком подсистему европско-континенталне породице права.

#### 4.1.2. Нордијско уговорно право

Од друге половине XIX века скандинавске државе спровеле су неколико успешних заједничких подухвата у циљу унификације својих права. Први такви напори су, разумљиво, вршени у циљу унаопређења прекограничне привредне сарадње. Тако је 7. маја 1880. године у парламентима Норвешке, Шведске и Данске усвојен истоветан текст Закона о меници. Недуго након тога, скандинавске државе су усвојиле неколико усаглашених закона о жигу, привредним регистрима, представништвима привредних субјеката, те чеку.<sup>1011</sup>

На прекретници векова, дански професор Ласен<sup>1012</sup> понесен у то време управо усвојеним немачким Грађанским закоником, предлаже стварање заједничког скандинавског кодекса приватног права. Након иницијалног ентузијазма, брзо је утврђено како је такав пројекат преамбициозан, па се приступило разматрању идеје о изради усаглашеног прописа у области уговорног права.<sup>1013</sup> Први пропис ове врсте био је Закон о продаји покретних ствари<sup>1014</sup>, усвојен 1905. године у Шведској, 1906. године у Данској и 1907. године у Норвешкој. Иако уређује само један, истина значајан, сегмент уговорног права, овај закон је у недостатку општијег прописа, дуго времена представљао основ по коме су судови изналазили аналогна решења и у осталим сферама грађанског права. Закон је готово одмах по настанку привукао пажњу правне науке, тако да је био предмет научних чланака, осим у државама у којима се примењивао, и у суседној Финској. Иако из политичких разлога Финска у то време није била у могућности да учествује у законодавној сарадњи нордијских држава<sup>1015</sup>, њени судови су ускоро своје одлуке базирали на принципима успостављеним једнообразним скандинавским законима.

Следећи значајан заједнички закон је, без сумње, Закон о уговорима.<sup>1016</sup> Овај закон, упркос широко постављеном наслову, уређује свега три сегмента уговорног права: закључење уговора, овлашћења пуномоћника и рушљивост. Дуго након доношења, све

<sup>1011</sup> Стренхолм, С., 1986, Увод у нордијско право, *Анали*, 6, стр. 600–601.

<sup>1012</sup> Julius Lassen, 1847–1923.

<sup>1013</sup> *Salmonsens Konversationsleksikon*, Blangstrup, С., Brøndum-Nielsen, J., Raunkjær, P., (eds.), 1915–1930, Copenhagen, Schultz Forlagsboghandel, p. 487.

<sup>1014</sup> Поред немачког Грађанског законика, на одредбе овог заједничког нордијског прописа, утицала су и решења енглеског Закона о продаји покретних ствари из 1893. године (*Sale of Goods Act 1893*).

<sup>1015</sup> Финска је своју независност од Русије успела да оствари након Октобарске револуције.

<sup>1016</sup> *Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer* – овај закон је 1915. године ступио на снагу у Шведској, потом 1917. године у Данској, 1918. године у Норвешкој, те 1929. године у Финској.



до 1962. године, закон није био уопште мењан.<sup>1017</sup> Нордијски Закон о уговорима (*Avtaleloven*) изразито је кратак пропис. О његовој упадљивој штурости најпластичније говори чињеница да садржи свега нешто више од четрдесет параграфа. Подељен је у пет целина: закључење уговора (§§ 1-9а), пуномоћство (§§ 10-27), мане изјаве воље (§§ 28-38), предуговори (§§ 38а-38б)<sup>1018</sup>, и завршне одредбе (§§ 39-41).

Одредбе закона које нормирају проблематику закључења уговора (прва целина), су посвећене искључиво уређењу односа понуде и прихвата понуде. На самом почетку, закон нормира како ће се одредбе његовог првог одељка примењивати под условом да други закони, пословна пракса или обичаји не предвиђају шта друго.

Нордијски Закон о уговорима ни једном својом одредбом не дотиче питање *culpa in contrahendo*, не бави се проблематиком незаконитих или недозвољених уговора, тумачења уговора, правних последица повреде уговорне обавезе, и овоме слично. Веома је значајно из угла одабране теме упоредноправне анализе нагласити да нордијско уговорно право уопште не апстрахује концепт садржине уговора, његовог циља, предмета, или основа обавезе (кауза).

Стиче се утисак да нордијски уговор не познаје захтеве које *common law* и европско-континентална породица права артикулишу у институтима као што су *consideration*, кауза, циљ уговор, садржина уговора (француско право). Сводећи нормативни оквир закључења уговора на формално постављене захтеве пуноважног прихвата учињене понуде, нордијско уговорно право је, у ствари, најближе идеји доминације аутономије воље. Другим речима, општи уговор је примарно оно што су се стране споразумеле, без значајнијих капацитета државе да на тако заокружену вољу страна утиче.

Упркос превасходном значају који уговори имају у општем друштвеном општењу, скандинавска друштва не показују намеру да своју регулативу употпуне. Тај задатак је поверен судској пракси и правној науци. Другим речима, скандинавски парламенти се већ дуже од једног века вољно одричу својих надлежности у сфери уговорног права – тог основног инструмента тржишне економије – свесно се подређујући утицају судова и утицајних професора облигационог права. Група скандинавских правника која је припремила предлог Закона о уговорима, са незнатним персоналним изменама, је за кратко време припремила нацрте бројних прописа које су у првој половини XX века усвојили

<sup>1017</sup> До краја XX века је претрпео неколико скромних корекција (1983, 1985, 1994, и 1995), да би највећи број измена и допуна био усвојен релативно скоро (2002, 2010, 2013, 2014, 2015. и 2018. године).

<sup>1018</sup> Део закона додат 2014. године, и допуњен 2018. године.

национални парламенти.<sup>1019</sup> То су, примера ради, Закон о трговачком заступању<sup>1020</sup>, Закон о оброчној продаји<sup>1021</sup>, Закон о уговорима о осигурању<sup>1022</sup> те Закон о меници<sup>1023</sup>.

#### 4.1.3. Балканска конференција

Октобра 1930. године је у Атини одржана Прва балканска конференција на којој су учествовале делегације Албаније, Бугарске, Грчке, Југославије, Румуније и Турске. Током рада усвојено је неколико докумената, међу којима су Статут Балканске конференције и Резолуција Прве балканске конференције. Као један од заједничких циљева Резолуција се већ на самом почетку рада дефинише, између осталог, изједначавање права балканских држава.<sup>1024</sup> Предвиђено је да Савет конференције<sup>1025</sup> посебно размотри проблеме изједначавања права балканских народа. У периоду између прве две конференције, Савет је предвидео како се напори ка изједначавању права у прво време имају односити на сферу приватног права. У том смислу је за рад Друге конференције<sup>1026</sup> предвиђено три реферата<sup>1027</sup> на тему изједначавања приватног права.

На основу изнетих реферата, те дискусије која је уследила, учесници Конференције усагласили су се како појам приватног права не треба свести на чисто грађанско право, већ да напори ка изједначавању морају подразумевати и унификацију трговачког права, меничног права, права жигова и овоме слично. Учесници Друге балканске конференције закључили су како је прогресивно изједначавање права њихових држава корисно не само

<sup>1019</sup> Hellner, J., 1968, Unification of Law in Scandinavia, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 16, No. 1/2, p. 91.

<sup>1020</sup> Усвојиле су га: Шведска 1914, Норвешка 1916, Данска 1917.

<sup>1021</sup> Шведска 1915, Норвешка 1916, Данска 1917.

<sup>1022</sup> Шведска 1927, Норвешка и Данска 1930, Финска 1933.

<sup>1023</sup> Шведска 1936, Данска 1938, Норвешка 1939, Финска 1947.

<sup>1024</sup> „Прва балканска конференција сматрајући да постепено изједначавање права балканских земаља такође може да допринесе зближењу међу реченим земљама; мислећи с друге стране да је потребно да се склопе многострани уговори у извесним подручјима у којима се намеће јача кооперација међу свим балканским државама а нарочито по предмету указивања правне помоћи, изражава следеће жеље: 1. Да Савет Конференције стави на проучавање проблем постепеног изједначавања права Балканских Народа. 2. Да би Владе земаља које су представљене на конференцији имале да узму у разматрање склапање многостраног уговора по предмету указивања правне помоћи.” – *Прва балканска конференција*, Југословенска национална група за Балканску конференцију, Београд, 1931, стр. 105.

<sup>1025</sup> Статутом Балканске конференције предвиђена су четири стална органа Конференције: Главна скупштина, Савет, Биро и секретаријат, и Националне групе (чл. 4 Статута). Савет конференције, кога чине шефови националних делегација уз два члана делегације, дефинисан је као врховни извршни орган Конференције (чл. 15-20 Статута).

<sup>1026</sup> Друга балканска конференција одржана је 1931. године у Истанбулу и Анкари. Суботић, И., 1932, Изједначавање приватног права балканских држава, *Архив за правне и друштвене науке*, књ. ХЛI, стр. 310.

<sup>1027</sup> Реферате су изнели: С. Тријандафилопулос, професор Правног факултета у Атини, на тему: „О унификацији приватног права балканских земаља”, Ђ. Касиматис, адвокат из Атине, са темом: „О могућности и начинима изједначавања приватног права балканских земаља”, те Ахмет Самим Бег као представник турске Националне групе, са сумарним рефератом на тему „О унификацији права”.

у циљу политичког и културног зближавања, већ и за развијање међусобних трговачких односа. Оцењено је како је унификација приватног права Балкана могућа захваљујући хомогености његове економске и социјалне структуре, као и сличности делова већ важећих прописа захваљујући сличним европским узорима у развоју појединачних националних права. Како рад на унификацији права изискује много напора, у том је смислу било неопходно утврдити делове права од којих треба почети, а које намеће сама друштвена реалност.<sup>1028</sup>

Резолуција усвојена на крају Конференције предвидела је стварање Сталне међубалканске комисије правника, у коју ће свака Национална група именовати бар једног представника, а чији је први састанак требао бити одржан у Букурешту, марта 1932. године. Планирано да на првом састанку представник сваке чланице поднесе исцрпан извештај у коме ће да прикаже право и јуриспруденцију своје државе. Резолуцијом је у циљу изједначавања права препоручена интензивна размена професора правних факултета и правника-практичара балканских држава, те формирање катедри за упоредно право на већини правних факултета.<sup>1029</sup> Уместо у Букурешту, први састанак Међубалканске комисије правника одржан је од 11. до 13. јуна 1932. године у Београду. У раду Комисије учествовали су представници из Грчке, Југославије и Турске. Албанију и Румунију су заступали чланови њихових дипломатско-конзуларних представништава у Београду, док су делегати из Бугарске отказали учешће услед финансијских тешкоћа. Радом Комисије је руководио др Драгољуб Аранђеловић.

Међубалканска правничка комисија је након заједничке расправе о могућим методологијама унификације балканских права рад наставила у две поткомисије, од којих се једна бавила питањима из сфере грађанског права, а друга из домена кривичног и јавног права. Након претресања у оквиру поткомисија, одржана је пленарна седница Комисије на којој је утврђено да се у оквиру грађанског права отпочне са изучавањем могућности унификације прописа који уређују питање брака, држављанства, наслеђа и општих начела облигационог права.<sup>1030</sup> Предложено је објављивање публикације на француском језику у којој би се извршио преглед позитивног права балканских држава. Чланови

---

<sup>1028</sup> Суботић, И., 1932, стр. 311–312.

<sup>1029</sup> *Ibid.*

<sup>1030</sup> У сфери трговачког права радови на изједначавању су предлагани у односу на меницу, чек, привредна друштва и домен трговинске сарадње. У оквиру кривичног права, повело се питање усвајања међубалканске конвенције о екстрадицији, рада на унификацији кривичног права у складу са одлукама које су већ биле усвојене од стране Међународног удружења за кривично право, као о питању трговине женама. Комисија је посебно истакла неопходност решавања питања извршења страних пресуда.

Комисије су се, такође, усагласили и о неопходности заједничког наступа у оквиру међународних правничких организација, како би предлози за изједначавање права на ширем нивоу одржавали ставове подударне са правцима развоја балканских права.<sup>1031</sup> Међубалканска правничка комисија је, након састанка у Београду, израдила Нацрт конвенције за екстрадицију, нацрте заједничких прописа меничног и чековног права, док је у девет области утврдила могућност унификације права.<sup>1032</sup>

Трећа балканска конференција одржана је октобра 1932. године у Букурешту. Том приликом учесници су припремили Нацрт балканског пакта препоручивши владама својих држава његово усвајање. Пакт је предвиђао одредбе о узајамном пријатељству и не нападању, мирном решавању спорова и сукоба, узајамној помоћи, те заштити мањина.<sup>1033</sup> Међутим, већ током рада Конференције бугарска делегација је унапред у целини одбацила текст Нацрта, док је југословенска делегација одбацила одредбе поглавља IV посвећене заштити националних мањина.<sup>1034</sup> Током рада Треће конференције одржан је и други састанак Међубалканске правничке комисије, ком приликом је изабран њен генерални секретар. Међутим, значајнијих помака у правцу даљег усаглашавања права балканских држава није било.

Четврта, уједно и последња балканска конференција одржана је новембра 1933. године у Солуну, ком приликом је одржан и последњи састанак Међубалканске правничке комисије. Током рада Комисије предвиђена је припрема нацрта неколико заједничких предлога прописа.<sup>1035</sup> До одржавања Пете балканске конференције, предвиђене за октобар 1934. (у Југославији), па померене на април 1935. године (у Цариграду)<sup>1036</sup> није дошло с обзиром на то да је фебруара 1934. године у Атини потписан Балкански пакт<sup>1037</sup>.

Даљих напора у циљу унапређења и изједначавања приватног права балканских држава није било.

<sup>1031</sup> Пржић, И., 1932, Балканска правничка недеља и састанак међубалканске правничке комисије, *Архив за правне и друштвене науке*, књ. XLI, стр. 500–501.

<sup>1032</sup> Поповић, Ђ., 1934, Балканске конференције, *Архив за правне и друштвене науке*, књ. XLVI, стр. 43.

<sup>1033</sup> *Трећа балканска конференција*, Ђурђевић, Ч, Вељић, Ј (ур.), 1934, Београд, Југословенска национална група за Балканску конференцију, стр. [191]–199.

<sup>1034</sup> Један члан југословенске делегације је гласао за усвајање главе IV. Поповић, Ђ, 1934, стр. 44.

<sup>1035</sup> Авакумовић, М., 1938, Рад балканских конференција на изједначавању права балканских држава, *Архив за правне и друштвене науке*, књ. LIV, стр. 186.

<sup>1036</sup> Поповић, Ђ., 1934, стр. 46.

<sup>1037</sup> Државе чланице Балканског савеза формираног 1934. године биле су Грчка, Југославија, Румунија, и Турска.

## 4.2. Уговорно право Европске уније

Један од основних, ако не и основни мотив стварања Европске економске заједнице далеке 1957. године, онај на коме ова целина почива и данас, свакако је унапређење протока роба, услуга, људи и капитала на њеном целом подручју. Остварење овог заједничког идеала, који данас означавамо као „Четири слободе Европске уније”<sup>1038</sup>, поред политичке решености, захтева и изразито сложене напоре усклађивања правних прописа различитих јурисдикција обједињених у јединствени простор ЕУ. Како би одговорила овом критеријуму, Европска унија од самих почетака свој стратешки циљ види у унификацији и хармонизацији права држава чланица.<sup>1039</sup>

### 4.2.1. Активности предузете у ЕУ у правцу хармонизације уговорног права

Правни систем Европске уније почива на тзв. принципу споредних елемената према коме се „Унија бави само оним правним питањима која су од значаја за читаву Заједницу, истовремено остављајући слободу земљама чланицама да самостално регулишу питања од националног интереса”.<sup>1040</sup> Међутим, општи интерес унапређења функционисања јединственог унутрашњег тржишта, већ од самих почетака, наметнуо је као неопходност превазилажење постојећег шаренила грађанских кодекса Старог континента. У том циљу је Европски парламент је 1989. године усвојио *Резолуцију о раду на уједначавању приватног права држава чланица*.<sup>1041</sup> Резолуцијом је било предложено формирање посебног комитета стручњака са задатком да дефинише приоритете самог пројекта и да организује рад на унификацији приватног права оних држава чланица које би биле заинтересоване да приступе иницијативи. У преамбули Резолуције посебно је истакнуто како је већ присутна могућност унификације оних грана приватног права које су од нарочитог значаја за развој заједничког тржишта, као што је то уговорно право.. Веома брзо се показало да је идеја усвајања јединственог европског цивилног кодекса сувише амбициозна, па је тако 1994. године Европски парламент усвојио нову *Резолуцију*

<sup>1038</sup> Кованицу „четири слободе” амерички председник Рузвелт употребио је у свом обавезном обраћању пред оба дома Конгреса, познатијем као „Говор о стању нације”, одржаном 6. јануара 1941. године. Универзалне четири слободе, према Рузвелту, укључују: слободу изражавања, слободу вероисповести, слободу од немаштине и слободу од страха. (<https://voicesofdemocracy.umd.edu/fdr-the-four-freedoms-speech-text/>, 28. 4. 2022).

<sup>1039</sup> Дудаш, А., 2012, Од начела европског уговорног права до нацрта оквирних правила, *Анали*, 1, стр. 320 – 321.

<sup>1040</sup> Вулетић, В., 2011, *Ius commune Europaeum* нови термин за старо решење, *Анали*, 2, стр. 164.

<sup>1041</sup> *Official Journal of the European Communities*, No. C 158, 1989, pp. 400–401.

о хармонизацији одређених сектора приватног права држава чланица.<sup>1042</sup> Овом Резолуцијом препоручено је формирање комитета стручњака који би указали на секторе приватног права чију је хармонизацију могуће остварити у кратком периоду, док је општи европски цивилни кодекс означен као дугорочни пројекат. Резолуцијом је посебно предложена сарадња са другим међународним организацијама, попут UNCITRAL, UNIDROIT, Савет Европе, као и потврђен наставак подршке тзв. Ландо комисији. Временом политички напори ка чвршћем повезивању држава чланица ЕЕЗ-а све више добијају на интензитету. Тако, 1985. година настаје Шенгенски простор. Две године касније (1987) ступа на снагу Јединствени европски акт (*Single European Act*), усвојен како би се до краја 1992. године довршило формирање заједничког европског тржишта. Коначно, Уговором из Мастрихта (1992) основана је Европска унија.

Комисија за европско уговорно право, познатија као Ландо комисија, свој је скраћени назив добила по свом председнику, професору Олеу Ланду<sup>1043</sup> Ова неформална група правника окупила се почетком осамдесетих година XX века око идеје о неопходности израде нацрта општих Начела уговорног права држава чланица Европске економске заједнице. Њихов је заједнички став био како су таква Начела неопходни први корак у даљим напорима систематске хармонизације општег европског уговорног права.<sup>1044</sup>

Свој допринос у развоју усаглашеног европског уговорног права понудило је још неколико приватних иницијатива. Новембра 1992. године основана је у Павији Академија европских цивилиста (итал. *Accademia dei Giusprivatisti Europei*). Као један од циљева Академије, предвиђених Статутом, означено је пружање доприноса, путем научног истраживања, како самој унификацији европског приватног права, тако и развоју унапређеног метода његовог тумачења и примене, прилагођено новом духу европских конвенција.<sup>1045</sup> Овом формалном оснивању Академије претходила је научна конференција одржана у Павији две године раније (1990), ком приликом су учесници конференције, каснији оснивачи Академије, изразили намеру припреме Нацрта европског законика о уговорима.<sup>1046</sup> Рад на изради Нацрта отпочео је 1995. године. Књига I насловљена *Oniute*

<sup>1042</sup> *Official Journal of the European Communities*, No. C 205, 1994, pp. 518–519.

<sup>1043</sup> Ole Lando, 1922–2019.

<sup>1044</sup> Lando, O., 1992, Principles of European Contract Law: An Alternative to or a Precursor of European Legislation?, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 40, No. 3, p. 576.

<sup>1045</sup> Подаци о Академији европских цивилиста (фр. *Académie des privatistes européens*, енгл. *Academy of European Private Lawyers*, шпан. *Academia de Iusprivatistas Europeos*, нем. *Akademie Europäischer Privatrechtswissenschaftler*, итал. *Accademia dei Giusprivatisti Europei*) могу се пронаћи на њеној интернет страници: [www.eurcontrats.eu](http://www.eurcontrats.eu).

<sup>1046</sup> *Incontro di studio su il futuro codice europeo dei contratti*, Pavia, 20–21 ottobre 1990, Stein, P. (ed.), 1993, Università di Pavia, A. Giuffrè, Milano.

одредбе о уговорима, припремљена је на француском језику 1999. године, да би недуго потом била и објављена (2001). Исправљено и прегледано издање Књиге I на немачком, енглеском, италијанском и шпанском језику објављено је годину дана касније (2002). Књигу I Нацрта чине чланови 1-173, и подељена је у једанаест целина: уводне одредбе, закључење уговора, садржина уговора, форма уговора, тумачење уговора, дејства уговора, испуњење уговора, неиспуњење уговора, уступање уговора, престанак уговора, те остале повреде уговора. Књига II Нацрта (чланови 174-220) посвећена је уређењу уговора о продаји. Академија је 2017. године објавила посебан зборник научних радова посвећен нормирању банкарских уговора.<sup>1047</sup>

Следећа значајна приватна иницијатива усаглашавања европског уговорног права потиче такође из Италије и везана је град Тренто. Група професора Правног факултета у овом граду окупила се 1994. године око идеје изналажења „заједничког језгра“<sup>1048</sup> европског приватног права. Припадници ове међународне иницијативе састају се једном годишње<sup>1049</sup> како би заједнички анализирали одређену тему из домена приватног права. Суштинска разлика између Пројекта заједничког језгра европског приватног права<sup>1050</sup> и сличних платформи је та што циљ ове научне сарадње није израда конкретног нормативног текста са намером да он једном постане саставни део комунитарног права. Намера ове групације, према сопственом казивању, јесте да на чисто академским и научним основама понуде боље, садржајније и свеобухватније информације о приватном праву Европе.<sup>1051</sup>

Основна метафора коју Пројекат заједничког језгра примењује је „мапирање“. Бројна тематска издања ове иницијативе посвећена су, свака појединачно, посебној теми приватног права, у оквиру које се покушава дефинисати на који начин је иста нормирана у оквиру различитих правних система Европе. Радом на посебно одабраној теми руководи један од чланова иницијативе који саставља посебан упитник. Сваки од чланова групације након тога обезбеђује одговоре на обједињена питања из перспективе свог

<sup>1047</sup> Електронска издања објављених радова могу се пронаћи на интернет страници Академије: <https://www.eurcontrats.eu>.

<sup>1048</sup> Амерички професор права немачког порекла Рудолф Шлезингер (Rudolf Berthold Schlesinger, 1909–1996) шездесетих година XX века представио је нову и прилично оригиналну методу упоредног права, засновану на нечему што он назива „фактографски приступ упоредноправној анализи“. Захваљујући наслову двотомне студије о закључењу уговора чији је главни уредник био управо Шлезингер (*Formation of Contract. A Study on the common core of legal systems*, 1968), овај модел упоредноправне анализе постао је познат као „метод заједничког језгра“ (*common core*).

<sup>1049</sup> Свој XXVII годишњи сусрет ова група је одржала почетком марта 2022. године у Стокхолму.

<sup>1050</sup> Дудаш, А., 2012, стр. 325.

<sup>1051</sup> Gerber, D., 2004, *The Common Core of European Private Law: The Project and Its Books*, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 52, No. 4, p. 996.

националног права. Упитници поред података о позитивноправном режиму дате теме, захтевају и тумачења идентичних хипотетичких случајева за које је потребно дати правне квалификације.<sup>1052</sup>

Методолошки приступ Пројекта заједничког језгра европског приватног права, у ствари, представља комбинацију механизма који је представио Рудолф Шлезингер (*common core*) и функционалног приступа упоредноправној анализи који од двадесетих година XX века развија Ернст Ребел. Примера ради, једно од издања ове групе покушава да понуди одговор на питање „Када су обећања утужива?”, базирајући своје истраживање на разлици између континенталне каузе и енглеске доктрине *consideration*.<sup>1053</sup> Одабрани тип упоредноправне анализе који се базира на сагледавању вишеслојне текстуре права (доктрина, начини примене, друштвени контекст), уобличио је један од истакнутих чланова ове иницијативе, италијански професор права Родолфо Сако<sup>1054</sup>.<sup>1055</sup>

Број објављених књига у оквиру Пројекта заједничког језгра одиста је импозантан. Истовремено, свака од њих крије у себи велику вредност не само захваљујући компетентности сарадника, већ и околности да поред догматске, функционалне и контекстуалне упоредноправне анализе, аутори неретко тему која се обрађује сагледавају и из личне перспективе. Коначно, оно што овај пројекат чини изразито значајним је његова униформност. Упркос великом броју објављених наслова, у којима су своје прилоге понудили различити аутори, сваком наредном истраживачу ће укупност података из ових издања захваљујући обједињеној методологији обраде, бити веома лако доступни након што се са истом упозна у једној од публикација ове импозантне серије.

Последња иницијатива коју на овом месту треба истаћи је Студијска група европског грађанског законика (*Study Group on a European Civil Code*) чијим радом руководи професор Кристијан фон Бар<sup>1056</sup>. Ова платформа основана је 1999. године као својеврсни наследник Ландо комисије, па је тако циљ деловања обе групације релативно изједначен. Наиме обе групе раде на систематизацији кључних начела основних сегмената европског облигационог права који су од нарочитог значаја за функционисање заједничког тржишта. Док је Ландо комисија са своје стране израдила Начела европског уговорног

<sup>1052</sup> *Ibid*, p. 997.

<sup>1053</sup> *The enforceability of promises in European contract law*, Gordley, James (ed.), 2001, Common core of European private law series, Cambridge University Press.

<sup>1054</sup> Rodolfo Sacco, 1923–2022.

<sup>1055</sup> Sacco, R., 1991, Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 39, No. 1, pp. 1–34.

<sup>1056</sup> Christian von Bar, 1952. Универзитет у Новом Саду је 2016. године професору Кристијану фон Бару доделио звање почасног доктора наука.



права (*Principles of European Contract Law*), Студијска група је у сарадњи са Истраживачком групом позитивног приватног права Европске уније (*Research Group on Existing EC Private Law*) израдила Нацрт оквирних правила (*Draft Common Frame Of Reference*). Прво издање Нацрта објављено је 2008. године.

Према речима професора фон Бара, напори Студијске групе не могу се праволинијски довести у везу са промоцијом хармонизације европског приватног права.<sup>1057</sup> Чланови ове иницијативе свој рад доживљавају искључиво као научно-истраживачки, који попут сваког другог, нуди нови поглед на постојеће право и указује на могуће моделе његовог даљег развоја. Тако, закључује фон Бар, и само питање да ли је Европски грађански законик потребан или не је пре свега политичко, и о њему сваки члан Студијске групе може имати своје лично мишљење.<sup>1058</sup>

Паралелно са напорима академске јавности у правцу хармонизације европског приватног, односно уговорног права, став политичких структура, посебно Европске комисије о самој идеји је током времена варирао. У почетном периоду, Комисија је пружала финансијску подршку раду појединих приватних иницијатива. Накнадно је тај тренд на таласу реафирмације принципа споредних елемената успорен. Потом, на прекретници векова дошло је до новог заокрета, истина благог.

Европска комисија је 2001. године издала своје *Саопштење Савету и Европском парламенту о европском уговорном праву*.<sup>1059</sup> Сам документ је предочио два основна става који је Комисија заузела. Прво, постављено је питање да ли разлике између постојећих правних система заиста представљају непремостиве препреке за пословање у оквиру јединственог европског тржишта (тачка 72). Друго, Комисија је указала на четири алтернативна модела њеног даљег ангажмана по питању хармонизације европског приватног права (тачке 41-69). Алтернативе су: (а) одсуство било каквих даљих потеза Комисије, (б) промоција развоја заједничких принципа уговорног права који би довели до приближавања националних права, (в) унапређење постојеће регулативе комунитарног права, те (г) усвајање општих прописа на нивоу Европске уније.

Реакције на објављено Саопштење су се међусобно разликовале. Основна неслагања су се тичала првог питања, односно да ли постојећа национална регулатива у значајној мери онемогућава функционисање заједничког тржишта. Док је по једнима

---

<sup>1057</sup> Bar, C., 2005, Working Together Toward a Common Frame of Reference, *Juridica International*, Vol. 10, pp. 18–19.

<sup>1058</sup> *Ibid.*

<sup>1059</sup> Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European Contract Law, *Official Journal of the European Communities* No. 255/01, 2001.

одговор био категоричко „Да!”, други део заинтересоване јавности сматрао је како се озбиљније препреке појављују само у појединим секторима, попут осигурања и делимично код пружања других финансијских услуга. Већина је ипак била на становишту да тренутно стање не спречава трговинску сарадњу између различитих држава чланица Уније. У односу на понуђене алтернативе, најмање подршке је добила прва опција, док су опције (б) и (в), односно њихова комбинација, препознати као оптимални правац развоја европског уговорног права. Последња опција је изазвала највећи број коментара, док су је представници из Уједињеног Краљевства категорично одбацили.<sup>1060</sup>

Након Саопштења Комисије из 2001. године, значајнијих помака у раду органа Европске уније по питању усаглашавања европског приватног права није било, све до 2003. године када је Комисија саопштила свој Акциони план за даље усклађивање европског уговорног права.<sup>1061</sup> Акционим планом је затражено достављање података од стране заинтересоване јавности о три предложене мере: унапређење комунитарног права, анализа стандардних уговорних одредби на подручју Европске уније и даљи рад на утврђивању степена неопходности мера које би се бавиле одређеним секторима уговорног права. Наредне 2004. године Европски парламент је усвојио *Резолуцију о приближавању грађанског и трговинског права држава чланица*<sup>1062</sup> у којој је предвидео прилично амбициозне рокове деловања. Примера ради, Парламент је затражио да Европска комисија до краја исте године на свим језицима Европске уније састави базу података националних прописа у сфери уговорног права и да на основу прикупљених података поспешу упоредноправна истраживања и сарадњу између привредника, теоретичара права и правника практичара. Паралелно са наведеним напорима, Парламент је затражио да до краја исте године, на основу података до којих буде дошла, Комисија објави и предлоге прописа којима би се остварило даље усаглашавање европског уговорног права. Слични предлози су предвиђени и за наредну 2005, затим 2006, те 2008. годину. Истом Резолуцијом предвиђено је да се од 2010. године успостави корпус правила уговорног права који ће се базирати на заједничким концептима.

<sup>1060</sup> Beale, H., 2005, The Development of European Private Law and the European Commission’s Action Plan on Contract Law, *Juridica International*, Vol. 10, pp. 8–9 .

<sup>1061</sup> Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – A More Coherent European Contract Law – An Action Plan, *Official Journal of the European Union*, No. C 63, 2003.

<sup>1062</sup> European Parliament resolution on the approximation of the civil and commercial law of the Member States, *Official Journal of the European Communities*, No. C 140 E, 2002, pp. 538–542.

Октобра исте године (2004), Европска комисија издала је ново Саопштење.<sup>1063</sup> Значај овог документа огледа се како у још једној потврди секторског приступа уједначавања европског грађанског, односно уговорног права, тако и пре свега успостављање временског оквира у коме би требало израдити Оквирна правила (*Common Frame of Reference*). Саопштење, такође, прецизира намеравани садржај Оквирних правила. То су: (а) јасне дефиниције правних појмова, (б) нормирање основних принципа, те (в) коначно израда модела правила уговорног права заснованих на комунитарном праву (*acquis*) и најповољнијим решењима која се могу пронаћи у националним правима држава чланица.<sup>1064</sup> Средином 2008. године донета је Уредба бр. 593/2008 о праву меродавног за уговорне обавезе<sup>1065</sup>, познатија као Уредба Рим I. Ова уредба нормира како је за сваки уговор, било у целини или његов део, меродавно право које су стране одабрале. Стране меродавно право могу определити изреком у самом уговору, или се оно утврђује на основу околности случаја.<sup>1066</sup> У случају да стране нису уговориле меродавно право или се оно из околности случаја не може одредити, Уредба Рим I предвиђа додатна правила о одређивању меродавног права за поједине врста уговора (продаја покретних ствари, закуп, франшиза, и овоме слично). Значај ове Уредбе огледа се у томе што она у целости замењује ранију Конвенцију о праву меродавног за уговорне односе из 1980. године,<sup>1067</sup> која је истина ступила на снагу 1991. године.

Начела европског уговорног права (PECL) и Нацрт оквирних правила (DCFR) представљају два најзначајнија инструмента усаглашавања општег уговорног права на подручју Европске уније. Остале напоре приближавања тамошњег приватног, односно уговорног права, карактерише изразити секторски приступ. Примера ради, Директивом бр. (EU)

<sup>1063</sup> *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – European Contract Law and the revision of the acquis: the way forward* (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004DC0651&from=EN>, 29. 4. 2022).

<sup>1064</sup> „The CFR will provide clear definitions of legal terms, fundamental principles and coherent model rules of contract law, drawing on the EC *acquis* and on best solutions found in Member States’ legal orders.” *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – European Contract Law and the revision of the acquis: the way forward*, p. 3.

<sup>1065</sup> Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I), *Official Journal of the European Union* No. L 177, 2008.

<sup>1066</sup> „A contract shall be governed by the law chosen by the parties. The choice shall be made expressly or clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case. By their choice the parties can select the law applicable to the whole or to part only of the contract.” Art. 3(1) *Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I)*, *Official Journal of the European Union* No. L 177, 2008.

<sup>1067</sup> Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations *Official Journal of the European Communities* No. L 288, 1980.

2019/770 из 2019. године<sup>1068</sup>, уређена су поједина питања из сфере дигиталне трговине. Са друге стране, није мали број примера како рад на хармонизацији уговорног права у оквиру Европске уније неретко наилази на бројне потешкоће. Тако, септембра 2020. године Европска комисија је након готово десет година одлучила да повуче свој предлог Уредбе о општем европском праву продаје<sup>1069</sup> из 2011. године.

#### 4.2.2. Начела европског уговорног права

Досадашње искуство европских интеграција крије у себи један крајње неочекивани раскорак. Упркос чињеници да представља примарни инструмент тог процеса, право се у исто време јавља и као подједнако отежавајући фактор хармонизације националних правних система Старог континента.<sup>1070</sup> Ову наизглед хроничну аномалију у односу општег и националног, у сфери приватног права на најбољи начин су успеле да превазиђу приватне иницијативе. Састављене примарно од научних радника, групе попут Ландове комисије, управо захваљујући изолованости од политичких центара, своје деловање могу да позиционирају у простору који није „ни европски, ни националан”. Чланови оваквих групација нису политички пуномоћници својих држава, већ много више „академски репрезенти” правних система из којих потичу, окупљени око заједничког циља њиховог даљег усаглашавања. Тако се уместо правца *надоле*, односно концепта по коме заједничка правила усвајају органи Европске уније, прешло на алтернативни модел *нагоре*. Овај паралелни механизам почива на замисли како релевантна правна правила треба да артикулише стручна и академска јавност. Основна карактеристика оваквог „права” је његов необавезујући карактер, са тежњом да захваљујући снази унутрашњег ауторитета временом добије своје место у пракси, попут савременог *lex mercatoria*.<sup>1071</sup>

Управо је у таквом амбијенту отпочео рад на изради Начела европског уговорног права (даље у тексту: НЕУП)<sup>1072</sup>. Захваљујући финансијској подршци Европске комисије, први резултат овог научног подухвата било је објављивање Прве књиге НЕУП 1995. године. Према писању професора Ландоа, Комисија је увидевши јасан економски и

<sup>1068</sup> Directive (EU) 2019/770 of the European Parliament and of the Council on Certain Aspects Concerning Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services, *Official Journal of the European Union*, No. L 136, 2019.

<sup>1069</sup> *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law*, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011PC0635&from=EN>, 29. 4. 2022).

<sup>1070</sup> Joerges, C., 1997, The Impact of European Integration on Private Law: Reductionist Perceptions, True Conflicts and a New Constitutional Perspective, *European Law Journal*, Vol. 3, Iss. 4, p. 378.

<sup>1071</sup> Дудаш, А., 2012, стр. 322–333.

<sup>1072</sup> *The Principles of European Contract Law – PECL*.

правни значај правилног испуњења, односно неиспуњење преузетих уговорних обавеза, ова два питања поставила као примарна.<sup>1073</sup> На тај начин је опредељена и садржина најраније компилације правила Ландо комисије. Друга књига НЕУП, објављена 1999. године, уређује области као што су настанак уговора, заступање, важење, тумачење, садржај и дејство уговора. Трећа књига НЕУП из 2003. године садржи правила о множини субјеката у уговорном односу (уговори са више лица на истој страначкој позицији), преносу потраживања, преузимању дуга, уступању уговора, поравнању, застарелости потраживања, забрањеним уговорима, појму услова, каматама и сл.<sup>1074</sup>

#### 4.2.3. Нацрт оквирних правила

Студијска група европског грађанског законика (*Study Group on a European Civil Code*) и Истраживачка група позитивног приватног права Европске уније (*Research Group on Existing EC Private Law*) објавили су почетком 2008. године прво издање Нацрта оквирних правила (*Draft Common Frame Of Reference*).<sup>1075</sup> Попут аутора НЕУП, и творци Нацрта свој текст виде искључиво као академско штиво које, између осталог, може послужити политичким актерима као предоснова накнадно формализованог извора приватног права Европске уније, који је познатији као Оквирна правила (*The Common Frame of Reference – CFR*). Међутим, чак и када то не би био случај, писци Нацрта се надају како ће тим текстом, пре свега, унапредити разумевање приватног права у националним јурисдикцијама Европске уније. Нацрт, према њиховом мишљењу јасно указује и на велики број сличности у постојећем нормативном оквиру приватног права у појединачним државама Европске уније. Управо из тог разлога, сматрају они, национална приватна права у оквиру ЕУ могу се посматрати и као регионалне манифестације заједничког европског наслеђа.<sup>1076</sup>

У складу са *Саопштењем* Европске комисије из 2004. године<sup>1077</sup> у коме се прецизира садржај будућих Оквирних правила (CFR), припремљени Нацрт оквирних правила

<sup>1073</sup> Lando, O., 1992, p. 578.

<sup>1074</sup> Дудаш, А., 2012, стр. 324.

<sup>1075</sup> *Draft Common Frame Of Reference – DCFR*. ([https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality\\_distribution/public/documents/EUROPEAN\\_PRIVATE\\_LAW/EN\\_EPL\\_20100107\\_Principles\\_definitions\\_and\\_model\\_rules\\_of\\_European\\_private\\_law\\_-\\_Draft\\_Common\\_Frame\\_of\\_Reference\\_\\_DCFR\\_.pdf](https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/EUROPEAN_PRIVATE_LAW/EN_EPL_20100107_Principles_definitions_and_model_rules_of_European_private_law_-_Draft_Common_Frame_of_Reference__DCFR_.pdf), 21. 3 .2022).

<sup>1076</sup> *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, Bar, C., Clive, E., Schulte-Nölke, H., et al. (eds), 2009, Munich, Sellier European Law Publishers, p. 7.

<sup>1077</sup> *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – European Contract Law and the revision of the acquis: the way forward* (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004DC0651&from=EN>, 29. 4. 2022).

се састоји од начела, дефиниција и модела правила. Распоређен у десет тематских књига и један анекс, Нацрт представља обиман текст који поред уговорног права, како је било предвиђено *Саопштењем*, нуди решења и за остале видове облигационих односа. Начела, те модели правила који уједно чине и најобимнији део текста, чине садржину десет књига, док се дефиниције правних појмова налазе у анексу. Тематски распоред по књи-гама извршен је на следећи начин.

Прва књига садржи заједничка правила, као што су предвиђени домен примене Нацрта, правила о рачунању времена у грађанском праву, итд. Друга књига је посвећена општем делу уговорног права и других правних послова и састоји од девет поглавља. Тематске области ове књиге су настанак односно опозив уговора, заступање, неважност уговора, тумачење, садржина, правно дејство уговора, и овоме слично. Трећа књига обухвата питања о дејству и престанку облигационих односа и подељена је у седам поглавља. Она уређује питања као што су испуњење обавеза, санкције за случај неиспуњења, множина поверилаца или дужника у облигацији, пренос права и обавеза, престанак облигационих односа услед пребијања или сједињења, као и правила о застарелости потраживања.

Након општег дела, предмет четврте књиге чине поједини именовани уговори. Подељена је у осам поглавља разврстаних према одређеној врсти или групи уговора. То су, примера ради, уговор о продаји, уговор о зајму, уговор о закупу, уговор о налогу, уговор о трговинском заступању, франшизингу, уговор о пружању услуга, уговори којима се стварају лична средства обезбеђења потраживања, као и уговор о поклону. Пета књига Нацрта посвећена је области пословодства без налога, шеста проблематици одговорности за штету, док је у седмој књизи уређен институт стицања без основа. Осма и девета књига обухватају начине стицања, односно престанка права својине, као и поједина стварноправна средства обезбеђења потраживања на покретним стварима. Десета књига посвећена је англоамеричком институту траст (*trust*).<sup>1078</sup>

Иако су приређивачи Нацрта оквирних правила за свој почетни узор поставили НЕУП Ландо комисије<sup>1079</sup>, веома брзо су установили како се њихов рад мора проширити и на вануговорне изворе облигационог односа.<sup>1080</sup> На овај начин је рад на изради Нацрта

<sup>1078</sup> Дудаш, А., 2012, стр. 330.

<sup>1079</sup> Професор Кристијан фон Бар, руководилац Студијске групе, такође је био и један од чланова Ландо комисије. Веале, Н., 2005, р. 5.

<sup>1080</sup> Ваг, С., 2005, р. 22.

увелико надмашио не само тематски простор НЕУП, већ и опсег Оквирних правила на начин на који је он предвиђен *Саопштењем* Европске комисије из 2004. године.

### 4.3. Уговорно право Европске уније и енглеска доктрина *consideration*

Сва европска национална права сагласна су у ставу да је уговор обавезујући само уколико су његове стране намеравале да својим обећањима образују правну везу (*iuris vinculum*). Критеријум настанка „намераване правне везе” огледа се у логичком захтеву да њен садржај буде у довољној мери одређен или бар одредив. Релевантна норматива Европске уније своје услове за закључење уговора исцрпљује у два наведена кључна фактора: намера правног обавезивања и постигнута сагласност.<sup>1081</sup> Начела европског уговорног права, примера ради, прецизирају како се испуњењем ових услова уговор сматра закљученим „без икаквих даљих захтева”<sup>1082</sup>. Са друге стране, одређени број националних права Старог континента пуноважност уговора додатно условљава постојањем основа обавезе (каузалистички круг). У Енглеској и Ирској чак и озбиљно дато обећање није правно обавезујуће уколико га не прати узвратни *consideration*.

Европско уговорно право, прецизније: НЕУП и Нацрт оквирних правила, у потпуности одбацује овај концепт. Примера ради, Ландо комисија је у свом раду посебно анализирао управо питања континенталне каузе и енглеске доктрине *consideration*. Према примерима које сами наводе у својој анализи, обећање послодавца да запосленом плати за рад или услугу након што га је овај завршио (*past consideration*) или јавно обећање имућног индустријалца да ће донирати милион евра у фонд формиран у корист породица чији су очеви погинули као део међународних снага ангажованих за одржавање мира у бившој Југославији (*gratuitous promise*), морају уживати правну заштиту.<sup>1083</sup>

У даљим разматрањима, опште уговорно право Европске уније ће се анализирати према одредбама НЕУП, с обзиром да она представљају базични оквир његовог накнадног развоја.

<sup>1081</sup> НЕУП, чланови 2:101-2:103 .

<sup>1082</sup> „A contract is concluded if: (a) the parties intend to be legally bound, and (b) they reach a sufficient agreement, without any further requirement.” Art. 2:101 *The Principles of European Contract Law* – PECL.

<sup>1083</sup> „The Commission of European Contract Law found that in business there are promises, such as promises to pay for work or services already done, which should be enforced though they lack consideration. The same applies to promises to make a gift or donation. A wealthy industrialist who in public announces that he will pay 1 million Euro into a fund for the benefit of wives and children of soldiers killed when doing service in the peace keeping forces in Ex-Yugoslavia, should be held by his promise.” – Lando, O., 2000, Some Features of the Law of Contract in the Third Millennium, *Scandinavian Studies in Law 2000*, Vol. 40, p. 383.

### 4.3.1. Циљ уговора

Антикаузалистичка група европско-континенталне породице права је одсуство концепта основа обавезе (*causa*), у појединим случајевима морала надоместити критеријумом *циља* који су уговорне стране имале приликом његовог закључења. Примера ради, немачки Грађански законик у случају стицања без основа, обавезу враћања везује како за ситуацију када правни основ касније отпадне, тако и за околност да не наступи успех који је био *циљ чинидбе*.<sup>1084</sup> Обавеза враћања постоји и када је циљ чинидбе супротан принудним прописима или добрим обичајима.<sup>1085</sup> Аустријски Општи грађански законик дозвољава да побуда страна или крајњи *циљ престанка* има значај услова пуноважности уговора уколико је самим уговором тако предвиђено.<sup>1086</sup> Тренутак у коме треће лице у чију корист је уговор закључен стиче активну легитимацију ради принудног остварења обавезе у аустријском праву зависи од *циља* и природе *уговора*.<sup>1087</sup>

Опште уговорно право Европске уније, пре свега оличено у НЕУП и Нацрту оквирних правила, се јасно афирмисало као подмладак антикаузалиста, те попут германистичке групе европских права је у свој нормативни каталог уврстило и појам *циља уговора*. Одредбе НЕУП-а на овај принцип указују у четири случаја. Прво, уколико дође до прекомерног оштећења, страна може захтевати поништај уговора, ако је у време његовог закључења, зависила од друге стране, била са њом у односу поверења, била у стању економске нужде, била без искуства или преговарачких вештина, имала хитне потребе, деловала непромишљено или у незнању, а друга страна је то знала или морала знати с обзиром на околности и циљ уговора, па је дату ситуацију искористила.<sup>1088</sup> Даље, приликом

<sup>1084</sup> „Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet. Diese Verpflichtung besteht auch dann, wenn der rechtliche Grund später wegfällt oder der mit einer Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt.“ – § 812(1) *Bürgerliches Gesetzbuch*

<sup>1085</sup> „War der Zweck einer Leistung in der Art bestimmt, dass der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat, so ist der Empfänger zur Herausgabe verpflichtet. Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt, es sei denn, dass die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand; das zur Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit Geleistete kann nicht zurückgefordert werden.“ – § 817 *Bürgerliches Gesetzbuch*

<sup>1086</sup> „Haben die Parteyen den Bewegungsgrund, oder den Endzweck ihrer Einwilligung ausdrücklich zur Bedingung gemacht; so wird der Bewegungsgrund oder Endzweck wie eine andere Bedingung angesehen. Außer dem haben dergleichen Aeußerungen auf die Gültigkeit entgeltlicher Verträge keinen Einfluß. Bey den unentgeltlichen aber sind die bey den letzten Anordnungen gegebenen Vorschriften anzuwenden.“ – §901 *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*

<sup>1087</sup> „Ob und in welchem Zeitpunkt auch der Dritte unmittelbar das Recht erwirbt, vom Versprechenden Erfüllung zu fordern, ist aus der Vereinbarung und der Natur und dem Zwecke des Vertrages zu beurteilen. Im Zweifel erwirbt der Dritte dieses Recht, wenn die Leistung hauptsächlich ihm zum Vorteile gereichen soll.“ – §881(2) *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*.

<sup>1088</sup> „A party may avoid a contract if, at the time of the conclusion of the contract: it was dependent on or had a relationship of trust with the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant,



тумачења уговора посебну пажњу, између осталог, треба обратити на природу и циљ уговора.<sup>1089</sup> Као треће, околност да ли уговор поред изричитих одредаба садржи и неке прећутне које се подразумевају проистиче и из природе уговора и његовог циља.<sup>1090</sup> Коначно, НЕУП циљ уговора сврстава у један од параметара који се користе код процене што се има сматрати за разумно. Према одредбама НЕУП-а, *разумно* је оно што би лица која поступају у доброј вери (савесно) и нађу се у истој ситуацији као уговорне стране, сматрале за разумно. Приликом испитивања стандарда *разумног* нарочито се води рачуна о природи и циљу уговора, околностима случаја, те обичајима или пракси који владају унутар дате делатности или професије.<sup>1091</sup>

Један од основних принципа НЕУП-а, је континентална „добра вера”, српској правничкој јавности познатија као „начело савесности и поштења“. Енглеско уговорно право је овај принцип морало да инкорпорира у свој правни поредак још од времена усаглашавања са европском политиком заштите потрошача. Иницијално, енглески судови су концепт „добре вере” заменили тестом „поштеног и разумног” (*fairness and reasonableness*)<sup>1092</sup> како је исти уређен тамошњим Законом о неправичним уговорним клаузулама из 1977. године.<sup>1093</sup> Међутим, временом је у британским правним круговима сазрело мишљење како се основна примедба у односу на континентални стандард добре вере, као недовољно јасан и сугестиван, може напустити пошто је постојећа судска пракса, како европских тако и судова Уједињеног Краљевства, сасвим довољна како би принцип добре вере био разумљив и енглеским правницима.<sup>1094</sup> Тако су до иступања

---

inexperienced or lacking in bargaining skill, and the other party knew or ought to have known of this and, given the circumstances and purpose of the contract, took advantage of the first party's situation in a way which was grossly unfair or took an excessive benefit.” – Art. 4:110(1)(a)(b) *Principles of European Contract Law*.

<sup>1089</sup> „In interpreting the contract, regard shall be had, in particular, to [...] the nature and purpose of the contract.” – Art. 5:102(1)(c) *Principles of European Contract Law*.

<sup>1090</sup> „In addition to the express terms, a contract may contain implied terms which stem from [...] the nature and purpose of the contract.” – Art. 6:102(1)(b) *Principles of European Contract Law*.

<sup>1091</sup> „Under these Principles reasonableness is to be judged by what persons acting in good faith and in the same situation as the parties would consider to be reasonable. In particular, in assessing what is reasonable the nature and purpose of the contract, the circumstances of the case, and the usages and practices of the trades or professions involved should be taken into account.” – Art. 1:302 *Principles of European Contract Law*.

<sup>1092</sup> „Slightly more than half of our respondents agreed with the provisional proposal. Those who did so tended to favour the absence of a specific reference to good faith on the grounds that it was confusing and likely to mislead. [...] It will be easier for UK lawyers to apply than a more ‘European’ test which makes express reference to good faith. Therefore we still recommend that the test should be one of ‘fairness and reasonableness.’” – Unfair Terms In Contracts, Report on a reference under section 3(1)(e) of the Law Commissions Act 1965, Law Com No 292, Scot Law Com No 199, 2005, par. 3.86, 3.89.

<sup>1093</sup> Unfair Contract Terms Act 1977.

<sup>1094</sup> *Unfair Terms in Consumer Contracts: Advice to the Department for Business, Innovation and Skill*, The Law Commission and The Scottish Law Commission, March 2013, par. 6.42.

Уједињеног Краљевства из Европске уније, код примене различитих прописа примењивана релативно слична начела различитих назива.

У одредбама НЕУП-а усвојен је концепт паралелне примене оба стандарда: и принципа добре вере и принципа разумног. При том је принцип разумног ближе одређен природом и циљем уговора. Принцип разумног се у одредбама НЕУП појављује на више места, а ми ћемо указати само на неколико најзначајнијих. Приликом оцене постојања и пуноважности споразума уговорних страна о примени Начела као меродавног права, страна се може позвати на право земље у којој је њено уобичајено боравиште. Ово је могуће у случају недостатка такве сагласности, уколико из околности случаја не би било разумно одређивати последице понашања те стране у складу са одредбама НЕУП.<sup>1095</sup> Дакле, на питање „Да ли је разумно ценити како су стране уговориле примену НЕУП као меродавног права или није?“, први параметар одговора крије се у природи и циљу уговора. Слична је ситуација и са споразумом страна о примени обичаја или праксе (НЕУП члан 1:105).

Посебну пажњу заслужује одредба НЕУП којом је дефинисано када се одређено питање сматра за „битно“<sup>1096</sup>. У конкретном уговорном односу *битно* је оно што би у идентичној ситуацији разумно лице као уговорна страна морало знати да представља основ одлуке друге стране да ли уговор да закључи или не.<sup>1097</sup> Овакво нормирање „битног“ се у великој мери приближава Ертмановој теорији каузе као заједничке представе страна. Овај концепт је свој нормативни израз добио још у швајцарском Законнику о облигацијама, по коме се оцена форме и садржине уговора одређује према стварној и заједничкој намери уговорних страна<sup>1098</sup> Сличан механизам недавно је усвојен и у немачком Грађанском законнику, где се концепт битно измењених околности везује за питање да ли би стране закључиле другачији уговор да су нове околности предвиделе, односно да ли

<sup>1095</sup> „The existence and validity of the agreement of the parties to adopt or incorporate these Principles shall be determined by these Principles. Nevertheless, a party may rely upon the law of the country in which it has its habitual residence to establish that it did not consent if it appears from the circumstances that it would not be reasonable to determine the effect of its conduct in accordance with these Principles.” – Art. 1:104 *Principles of European Contract Law*.

<sup>1096</sup> Пандан нашим „битним састојцима уговора“ из чл. 26 ЗОО.

<sup>1097</sup> „In these Principles, except where the context otherwise requires [...] a matter is 'material' if it is one which a reasonable person in the same situation as one party ought to have known would influence the other party in its decision whether to contract on the proposed terms or to contract at all.” – Art. 1:301(5) *Principles of European Contract Law*.

<sup>1098</sup> „Bei der Beurteilung eines Vertrages sowohl nach Form als nach Inhalt ist der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten, die von den Parteien aus Irrtum oder in der Absicht gebraucht wird, die wahre Beschaffenheit des Vertrages zu verbergen.” – Art. 18 *Obligationenrecht*.

оне и даље одговарају њиховој заједничкој представи. Одговор на ово питање се и у немачком праву везује за стандард разумног.<sup>1099</sup>

У одредбама НЕУП-а стандард *разумног* предвиђен је као критеријум оцене значајног броја елемената уговорног односа, попут питања примене услова о којима се није преговарало (члан 2:104), опозива понуде (члан 2:202), могућност пуномоћника да примљено пуномоћје пренесе на другог (члан 3:206), околност постојања претње (члан 4:108), делимични поништај уговора (члан 4:116), тумачење уговора (члан 5:101), могућност условљавања испуњења доспеле обавезе пријемом обезбеђењем од оне друге (члан 8:105), и тако даље.

#### 4.3.2. Императивни прописи

Тема која заслужује додатну пажњу је питање утицаја националних императивних прописа на примену НЕУП у ситуацији када су се стране определиле да их прихвате као меродавно право свог облигационог односа. У складу са општим правилом, у том случају национални принудни прописи се не примењују на дати уговор. Међутим, у ставу два истог члана НЕУП предвиђају како се признаје дејство оним принудним прописима националног, међународног или наднационалног права, који се морају применити према релевантним правилима међународног приватног права без обзира на то које је право меродавно за дати уговор.<sup>1100</sup>

Питање алтернативне примене националних императивних прописа у сфери уговорног права ЕУ је након објављивања НЕУП, извесно, представљало предмет одређених усаглашавања. Наиме, осам година након објављивања Прве књиге НЕУП, 2003. године се у оквиру Треће књиге посебно нормира незаконитост уговора. У складу са уводном одредбом овог одељка, уговор нема дејство уколико је противан принципима који се сматрају основним у правима држава-чланица Европске уније.<sup>1101</sup> Наредни члан

---

<sup>1099</sup> „Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.“ – § 313(1) *Bürgerliches Gesetzbuch*.

<sup>1100</sup> „Where the otherwise applicable law so allows, the parties may choose to have their contract governed by the Principles, with the effect that national mandatory rules are not applicable. Effect should nevertheless be given to those mandatory rules of national, supranational and international law which, according to the relevant rules of private international law, are applicable irrespective of the law governing the contract.“ – Art. 1:103 *Principles of European Contract Law*.

<sup>1101</sup> „A contract is of no effect to the extent that it is contrary to principles recognised as fundamental in the laws of the Member States of the European Union.“ – Art. 15:101 *Principles of European Contract Law*.

подробније уређује питање примене императивних националних прописа из цитиране одредбе Прве књиге НЕУП. У случају да је националном императивном нормом прописано на који начин повреда императивног прописа националног права утиче на сам уговор, примењује се одредба националног права. У противном, према одредбама НЕУП, уговор се може сматрати за пуноважан у целини, делимично пуноважан или остаје без дејства. Степен пуноважности уговора се цени према циљу императивне норме која је повређена, категорији лица због којих је заштита успостављена, последица које национално право предвиђа у датом случају, степена озбиљности повреде уговора, постојање намере повреде уговора, те степена односа повреде и самог уговора. Одлука о последицама повреде императивне националне норме мора представљати примерени и пропорционални одговор на саму повреду.<sup>1102</sup>

Од нарочитог значаја је указати на одредбу наредног члана, по ком у случају делимичне пуноважности уговора, његов преостали сегмент остаје на снази само уколико у складу са околностима случаја то не би било неразумно.<sup>1103</sup> Дакле, опстанак уговора који би само у једном делу био противан националним императивним прописима, у складу са општим правилима НЕУП, зависи, између осталог, од природе и циља уговора.

Дудаш примећује како према цитираним одредбама примена НЕУП мора имати супсидијарни карактер у односу на оне одредбе националног уговорног права које су везане за јавни поредак.<sup>1104</sup> Тако, како је кауза у појединим правима (раније француском, још увек домаћем) саставни део јавног поретка, питање постојања стварне, односно допуштене каузе има пресудан значај на опстанак таквог уговора, без обзира на околност да такав услов НЕУП експлицитно искључују.

---

<sup>1102</sup> „Where a contract infringes a mandatory rule of law applicable under Article 1:103 of these Principles, the effects of that infringement upon the contract are the effects, if any, expressly prescribed by that mandatory rule. Where the mandatory rule does not expressly prescribe the effects of an infringement upon a contract, the contract may be declared to have full effect, to have some effect, to have no effect, or to be subject to modification. A decision reached under paragraph (2) must be an appropriate and proportional response to the infringement, having regard to all relevant circumstances, including: (a) the purpose of the rule which has been infringed; (b) the category of persons for whose protection the rule exists; (c) any sanction that may be imposed under the rule infringed; (d) the seriousness of the infringement; (e) whether the infringement was intentional; and (f) the closeness of the relationship between the infringement and the contract.” – Art. 15:102 *Principles of European Contract Law*.

<sup>1103</sup> „If only part of a contract is rendered ineffective under Articles 15:101 or 15:102, the remaining part continues in effect unless, giving due consideration to all the circumstances of the case, it is unreasonable to uphold it.” – Art. 15:103(1) *Principles of European Contract Law*.

<sup>1104</sup> Дудаш, А., 2011а, стр. 334.

#### 4.4. Закључак

Комунитарно право не садржи обавезујуће прописе у сфери општег уговорног права, у складу са одабраним секторским приступом уређења грађанскоправне материје на нивоу Европске уније. Правни инструменти који се примењују у овој грани права на генералном нивоу су део тзв. меког права чија примена зависи од одлуке страна. Овакав концепт се базира на искуству развоја древног *lex mercatoria*, пројектован са идејом да поспеши препознавање унутрашње кохерентности и стварне вредности модела правила насталих, пре свега, напорима академске заједнице Старог континента. Два основна сета правила проналазимо у НЕУП и Нацрту оквирних правила.

Наведени нормативни оквир је изразито аникаузалистички. Настанак уговора је условљен постојањем намере правног обавезивања уговорних страна и њихове већ пре-тежне, терминологијом НЕУП: довољне сагласности. Ипак, дејство одређених сегмената овако насталог уговорног односа, попут германистичке групе европско-континенталне породице права, комунитарно право је такође морало условити појмом *циља уговора*. Поред директног утицаја који циљ уговора има на сам уговор, значај овог концепта свој централни утицај има у односу критеријум *разумног* као стандарда који у значајном броју случајева опредељује како дејство, тако и опстанак самог уговора.

Како је одабрана тежишна тачка хармонизације уговорног права Европске уније видно опредељена у оквиру германистичког подсистема, појам циља уговора се несумњиво мора црпсти из те школе мишљења. Од Јеринговог условљавања сваког покрета воље постојањем јасног циља, преко Ертманове заједничке представе уговорних страна, до новелираних одредаба немачког, а сада и француског цивилног кодекса, тај циљ одговара коначном исходу који уговорне стране имају на уму када у њега улазе, са јасном намером да се управо жељени исход оствари када се уговор испуни, односно оконча.

Мишљења смо како се овако дефинисани циљ уговора у оквиру права ЕУ функционално готово у целости подудара са централним карактеристикама енглеске доктрине *consideration*. Појмовно одређена као цена датог уговорног обећања, односно корист која се жели остварити од друге уговорне стране, доктрина *consideration* ни на који начин, осим у случају агресивне догматске острашћености, не може а да се не доведе у јасну функционалну везу са континенталним циљем теретног уговора. Одиста, комунитарно уговорно право не познаје услов настанка правне везе уговорних страна аналоган ономе који енглеском праву намеће доктрина *consideration*. Међутим, одређени услови правног дејства тако насталог уговора се у оквиру комунитарног права испитују готово

идентичним мерним јединицама, којима *common law* судови цене испуњеност услова *consideration*.

У том смислу треба посебно истаћи одредбу НЕУП која прописује да се код тумачења уговора мора обратити пажња на његов циљ (члан 5:102). Тумачити синалагматички уговор (опређен као оквир овог истраживања) у складу са његовим циљем, без икакве сумње значи анализирати га кроз филтер који у целости одговара концепту доктрине *consideration* као експлицитном циљу енглеског уговора посматраног из угла обе његове стране.

Конечно, дејство европског уговорног права као меродавног за одређени правни однос, условљено је оквирима националних императивних прописа који одговарају датом јавном поретку. У оквиру англоамеричког правног екосистема, концепт јавног поретка се веома опрезно доводи у везу са уговорним, односно грађанским правом уопште. Међутим, *consideration* је једини експлицитни сегмент уговора који енглески судови, макар посредно, доводе у везу са јавним поретком на начин да се могућност интервенције државне принуде у приватноправни однос условљава управо задовољењем тог услова. Тамо где недостаје пуноважни *consideration*, недостаје и импулс неопходан како би „јавни поредак” ауторитативно уредио конкретан уговорни однос. Тако, може се рећи да је из спектра енглеског уговорног права доктрина *consideration* функционално подударна начину на који се у европско-континенталној групи права разумеју они делови уговорног права који имају додирне тачке са сфером јавног поретка.

## 5. *CONSIDERATION* И ЗАКОН О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА

Основни функционални еквивалент енглеске доктрине *consideration* у оквиру европско-континенталне породице права недвојбено препознајемо у институту кауза третних уговора на начин како га је уобличила француска цивилистика. Како се домаће право сврстава у каузалистички ред европских права, његова упоредноправна анализа у односу на енглески *consideration* се приоритетно мора тицати степена паритета који овај *common law* концепт има са појмом *основ обавезе* Закона о облигационим односима (даље у тексту: ЗОО)<sup>1105</sup>.

<sup>1105</sup> Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89; *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93; *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003; *Службени гласник РС*, бр. 18/2020.

До доношења ЗОО марта 1978. године, правна правила који су се примењивала на простору тадашње државе нису уређивала институт каузе. Шта више, већ и летимични осврт на српски Грађански законик, аустријски Општи грађански законик, црногорски Општи имовински законик и мађарско уговорно право, довољан је како би се сваки од датих прописа заправо морао означити као изразито антикаузалистички. Доношењем ЗОО југословенско грађанско право друге половине XX века се уз романистички круг европских права чврсто сврстало у ред каузалистичких система.

Српско право се са континенталном каузом сусреће доста рано, још од времена деловања првих „француских ђака” у оквиру тадашње правничке јавности. Свакако, домаћа теоријска разматрања о самом институту ће свој пуни и заокружени израз добити у периоду када га професор Михаило Константиновић на велика врата уведе у своју Скицу за законик о облигацијама и уговорима.

### 5.1. Домаћа теоријска разматрања о каузи до доношења Закона о облигационим односима

Правац развоја српског права се још од времена доношења српског Грађанског законика 1844. године превасходно засновао на решењима његовог аустријског узора. Бечки оријентир није напуштан ни током рада на изради обједињеног цивилног кодекса Краљевине Југославије. Шта више, југословенско грађанско право се и у периоду између два светска рата определило за рецепцију аустријског Општег грађанског законика. Образложење овакве одлуке базирало се на околности да се у претежном делу нове заједничке државе приватно право или ослања на одредбе тог законика (србијанско правно подручје), или је оно део позитивног права, било у целини (далматинско-словеначко подручје), било у форми „овлашћеног превода”<sup>1106</sup> (хрватско-славонско подручје), или прописа који је имао карактер норми наметнутих од стране „колонијалне управе” (босанско-херцеговачко подручје).<sup>1107</sup> Југословенска цивилистика након Другог светског рата, и то превасходно њен београдски круг, одлучила се за оштар заокрет. На тај начин је, пре свега, захваљујући напорима професора Константиновића, формиран јасан

---

<sup>1106</sup> У време Баховог апсолутизма, 1853. године је у издању дворске и државне штампарије у Бечу објављен једини службени превод аустријског Општег грађанског законика на хрватски језик. Овај Опћи грађански законик је, употпуњен новелама донетих током Првог светског рата које на простору Хрватске и Славоније нису примењиване, послужио је као основа израде Предоснове грађанског законика за Краљевину Југославију, објављен 1934. године.

<sup>1107</sup> Мирковић, З., 2021, Рад Живојина Перића на кодификовању грађанског законика међуратне Југославије, *Анали*, 1, стр. 2.

облигационоправни оквир који се и данас са потпуним правом доживљава као драгуљ у круни југословенског права.

### 5.1.1. Ђорђе Павловић

Француску теорију о каузи домаћој правничкој јавности доноси Ђорђе Павловић<sup>1108</sup> први професор предмета грађанско право и грађански судски поступак на Правном факултету Велике школе. Његова монографија *О обвезностима и уговорима уопште* објављена 1869. године је и након што је отишао са Велике школе (1871), сасвим извесно представљала користан извор знања каснијим студентима.<sup>1109</sup>

Ђорђе Павловић први у домаће уговорно право уводи појам каузе, за коју користи термин „узрок”. Већ на самом почетку поглавља посвећеном каузи, истиче како обавезност нема никакво дејство уколико нема узрока, ако стоји на привидном односно лажном узроку, те уколико је узрок недозвољен. Предмет, узрок и побуђење у обавезности су три различите ствари и оне се не смеју мешати. Док је предмет корист коју поверилац има од дужника, она ствар коју дужник има извршити или коју поверилац има право да захтева, узрок је оно због чега се обавезујемо, односно непосредни циљ који се уговором жели постићи.<sup>1110</sup>

Овако дефинисан појам узрока у уговору јасна је рецепција класичне француске теорије. Значај Павловићевог промишљања за домаће право огледа се у чињеници да се ради о првом појављивању теорије о каузи у нашој литератури чиме је понуђена смислена алтернатива до тада доминантном гледишту Стеријиног ученика Димитрија Матића. Наиме, у свом *Објаснењу Грађанског законика за Књажество Србско* из 1850. године, Матић као услове пуноважног уговора наводи способност за саизволење, сагласност воља или „право саизволење”, те „да је могуће да се да или учини оно што је уговорено”.<sup>1111</sup> Поред наведених, Ђорђе Павловић као додатни, четврти, услов наводи каузу, или у његовом преводу „узрок у уговору”. Код двостраних уговора једна обавеза служи другој као узрок. У случају једностраног уговора, узрок обавезности лежи у преносу користи коју поверилац прибавља дужнику. Код добротних уговора узрок обавезности је

<sup>1108</sup> Ђорђе Павловић, 1838–1921.

<sup>1109</sup> О значају публикације говори и чињеница да је две деценије након првог, објављено и њено друго поправљено и допуњено издање. Ђурђевић, М., 2014, *О обвезностима и уговорима уопште* Ђорђа Павловића – први научни рад српске теорије облигационог права (предговор), Београд, Правни факултет Универзитета у Београду, стр. 34.

<sup>1110</sup> Павловић, Б., 2014, *О обвезностима и уговорима уопште*, Београд, Правни факултет Универзитета у Београду, стр. 243.

<sup>1111</sup> Ђурђевић, М., 2014, стр. 29.



у користи коју поклонодавац као дужник жели да пренесе поклонопримцу – „то је задовољство или срећа коју сваки честит човек осећа, кад другоме чини услугу или какво добро.”<sup>1112</sup>

Поред јасног разграничења узрока од побуда које су навеле стране да закључе уговор, са којима се узрок у уговору не сме мешати, Павловић француску теорију о каузи уредно прати и по питању последица које уговор без узрока производи. Истиче да уговорена обвезност може важити важно је „само да има узрока, чак и када он није специјално означен.”<sup>1113</sup> На „важење обвезности” од утицаја може бити и подметнути или лажни узрок. Уколико подметнутом узроку служи као основа какав заиста постојећи узрок, уговор је важећи, истиче Павловић. Међутим, узрок не сме бити неморалан или недозвољен.<sup>1114</sup> У таквим случајевима не вреди ни обавезност.

Законску потврду одсуства важења недозвољеног узрока, Павловић открива у одредби српског Грађанског законика, по којој се „уговор може само о оним стварима учинити које међу људима пролазе и које су могуће и дозвољене” (§ 538)<sup>1115</sup>. Међутим, поред изричите забране појединих уговорних обавеза означених у самом законнику, Павловић у групу недозвољених узрока сврстава и оне који су противни моралу, одредбама других закона, те који се косе са јавним поретком. У случају недоумице, коначан одговор на питање који узрок је противан јавном поретку, према његовом мишљењу доносе судови у сваком појединачном случају.<sup>1116</sup>

Узроке уговора који се косе са захтевима јавног поретка, Павловић сврстава у неколико категорија. Препознаје оне који се проналазе у уставним и политичким законима, затим оне противне полицијским и законима о јавној безбедности, финансијским законима, као и оне које проналазимо у грађанском праву.<sup>1117</sup> Тако, у категорију недозвољених услова спадају уговори о кулуку, тимарету, зијамету, чифлуку, ропству, наплати незаконитог пореза, уговори о спречавању учествовања на јавним продајама, коцкању, продаја лажних лекова, уговор о уносу забрањеног еспапа, уговор о претходном трајном одрицању права на жалбу или касацију, обвезивању да се никада не активира хипотека, и овоме слично. Уговори које Грађански законик изричито забрањује су „уговор за труд при каквој просидби девојке и брачној погодби”, „уговор лекара или видача са

---

<sup>1112</sup> Павловић, Ђ., 2014, стр. 244.

<sup>1113</sup> *Ibid*, стр. 245.

<sup>1114</sup> *Ibid*, стр. 247.

<sup>1115</sup> *Ibid*, стр. 247–248.

<sup>1116</sup> *Ibid*, стр. 247.

<sup>1117</sup> *Ibid*, стр. 247-252

болесником што ће се лечења какве болести примити”, те „уговор којим би правозаступник парницу поверену прекупио одређеном неком ценом”.<sup>1118</sup> У односу на узроке у уговору противне моралу, Павловић пре свега указује на оне који се тичу брака или обећања дата чиновнику због неког дела које он по закону мора учинити.<sup>1119</sup>

### 5.1.2. Поимање каузе у периоду до Првог светског рата

Од иницијалне намере да се грађанско право младе, још увек вазалне Кнежевине Србије угледа на француско цивилно законодавство се веома брзо одустало.<sup>1120</sup> Српски Грађански законик из 1844. године, уз одређене изузетке, у целини узевши представља скраћену верзију аустријског Општег грађанског законика<sup>1121</sup>. Захваљујући овом заокрету, утицај француске правне културе, попут поменутог Павловићевог осврта на француску теорију каузе односно узрока у уговору, веома брзо је потиснут у други план. У овом периоду домаће цивилистике, доминантна схватања о каузи проналазимо код Драгољуба Аранђеловића, Живојина Перића и Лазара Марковића.

Драгољуб Аранђеловић<sup>1122</sup> руковођен пре свега германистичким погледом на грађанско право, појам каузе доводи у везу са поделом правних послова на каузалне и апстрактне. У складу са јеринговском циљном јуриспруденцијом, Аранђеловић закључује како није могуће претпоставити како би се разуман човек обавезао без одређеног циља. Тако, сматра он, сваки уговор мора имати свој циљ, односно основ, који он означава као каузу.<sup>1123</sup> Кауза у уговорном односу обједињује два задатка. Са једне стране, она одређује узрок због кога се давалац обећања обавезао, односно представља основ његове обавезе. Исто тако, кауза одређује и карактер правног посла. У случају каузалног или његовом терминологијом материјалног уговора, овај основ је могуће уочити. Код теретних уговора свако обећање има своје противобећање, док је код добротиних уговора ова узајамност свесно искључена. Апстрактни правни посао према његовом мишљењу не карактерише изостанак основа, већ намера да њиме поверилац лакше оствари своје потраживање.<sup>1124</sup>

<sup>1118</sup> § 539 Српског грађанског законика.

<sup>1119</sup> Павловић, Ђ., 2014, стр. 248–256.

<sup>1120</sup> Константиновић, М., 1982, Југословенски грађански законик, *Анали*, 3–4, стр. 385–386.

<sup>1121</sup> Станковић, О., Водинелић, В., 2004, *Увод у грађанско право*, Београд, Номос, стр. 30–31.

<sup>1122</sup> Живео од 1873. до 1950.

<sup>1123</sup> Дудаш, А., 2011в, Схватања о каузи уговора у домаћој цивилистици у периоду до усвајања закона о облигационим односима, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1, стр. 440–441.

<sup>1124</sup> Дудаш, А., 2011в, стр. 440–441.

Живојин Перић<sup>1125</sup> каузу не сврстава у услове настанка пуноважног уговора. Сам појам каузе он разрађује тек у публикацији посвећеној уговору о продаји<sup>1126</sup> први пут објављеној непосредно након окончања Првог светског рата (1920). Кауза се у овом разматрању анализира у односу са правним основом (*iustus titulus*) прибављања права својине на основу уговора о продаји. Кауза се, према његовом тумачењу, мора разграничити од овог правног основа. Она је, у ствари, непосредна побуда воље. Кауза обавезивања је она корист коју правни посао доноси ономе ко га је закључио. Таква кауза се диференцира од свих осталих побуда које су, допринеле настанку правног посла, а које он препознаје као „каузу каузе”.<sup>1127</sup>

Разлог због којих сви остали мотиви не могу бити од утицаја на пуноважност правног посла, већ је то случај само са каузом, Перић образлаже на један прилично упечатљив начин. Наиме, према његовом схватању мотиви представљају атрибуте личне слободе појединца у којима се огледа суштина његове суверености. Уколико би се покушало испитивати које су побуде довеле до коначне одлуке у прилог закључења правног посла, дошло би до задирања у простор туђе индивидуалне суверености. Како је такав подухват забрањен, дати мотиви не могу бити правно релевантни.<sup>1128</sup> Перић нуди и своје виђење каузе добротних уговора. У њиховом случају неопходно је разликовати управо наведени скуп мотива од намере дарожљивости – *animus donandi*. Побуде због којих је дошло до формирања воље за даривањем, иако битне за самог дародавца, не могу бити од правног значаја. Ту тежину има само *animus donandi* који, као и код класичне теорије о каузи, чини управо основ обавезе добротног уговора.<sup>1129</sup>

Лазар Марковић<sup>1130</sup> попут својих савременика, у каузи не види услов настанка пуноважног уговора, већ њен значај види у подели правних послова на каузалне и апстрактне. Основ обавезности уговора се према његовом схватању, свакако, може анализирати у оквиру правне философије, међутим апстраховања те врсте нису од посебног значаја за само право. Одлука законодавца да дејство одређеног правног посла услови разлогом обавезивања или да се задовољи простом изјавом воље има изразито практичну вредност. Ова практична вредност се огледа у намери обезбеђења услова за ефикасније

<sup>1125</sup> Живео од 1868. до 1953.

<sup>1126</sup> Перић, Ж, 1986, *О уговору о продаји и куповини*, Београд, Службени лист СФРЈ.

<sup>1127</sup> *Ibid*, стр. 182.

<sup>1128</sup> Дудаш, А., 2011в, стр. 441–443

<sup>1129</sup> Дудаш, А., 2011в, стр. 441–443.

<sup>1130</sup> Живео од 1882. до 1955.

остварење повериоачеве тражбине.<sup>1131</sup> Разлика између каузалних и апстрактних уговора своди се на то да је код прве групације разлог обавезивања јасно видљив, док код друге то није случај. С обзиром да апстрактни уговори имају дејство независно од основа обавезивања, тај основ у њиховом случају ни нема никакав правни значај.<sup>1132</sup>

### 5.1.3. Југословенска мисао о каузи до објављивања Скице за законик о облигацијама и уговорима

Након окончања Првог светског рата и нестанка Аустроугарске монархије, правничка јавност младе југословенске државе постепено напушта доминантан утицај германистичког приступа грађанском праву и своје узоре покушава да пронађе и у романистичком кругу европских права. У складу са крајње прагматичним разлозима, првобитни пројекат обједињеног цивилног кодекса требало је да остане на курсу аустријског Општег грађанског законика. Међутим, овако припремљени нормативни текст, уобличен у Предоснову грађанског законика за Краљевину Југославију, иако објављен још 1934. године, никада није добио своју потврду од стране законодавног тела.

Након окончања Другог светског рата дошло је до оштрог концептуалног отклона у односу на дотадашња законска решења. У сфери приватног права поједини предратни закони силом прилика су одређено време морали бити примењивани као правна правила. Југословенска правничка јавност је на курсу који је предводила београдска школа грађанског права, све приметније прелазила у каузалистички круг европских правних система. У том смислу, ваља указати на ставове које су о каузи заступали Анрија Гамс, Стеван Јакшић и Владимир Капор.

Андрија Гамс<sup>1133</sup> је доследан представник објективног схватања о каузи. Полазећи још од класичне теорије која, према његовом мишљењу, у каузи открива циљ уговора, преко идеје немачког теоретичара Шлосмана<sup>1134</sup>, који каузу разуме као економски циљ, Гамс закључује како „сваки правни посао, дакле, у грађанском праву има извесан економски циљ. Тај економски циљ које странке хоће да постигну је кауза уговора и правног посла уопште.”<sup>1135</sup> Дистинкцију између каузе и мотива Гамс уочава у економском ефекту који за њега представља суштину каузе. Наиме, у појединим фазама процеса

<sup>1131</sup> Марковић, Л., 1997, *Облигационо право*, Београд, Службени лист СРЈ, 1997, стр. 212.

<sup>1132</sup> Дудаш, А., 2011в, стр. 443.

<sup>1133</sup> Живео од 1911 до 1997.

<sup>1134</sup> Siegmund Schloßmann, 1844–1909.

<sup>1135</sup> Гамс, А., 1959а, *Увод у грађанско право*, Београд, Научна књига, стр. 172.

хтења, циљ правног посла се очитује и у ономе што разумемо као мотив. Међутим, кауза је један нарочити мотив, мотив који се разликује од свих других мотива. То је економски мотив који се „намеће својством надградње правног посла над актом економског промета и паралелношћу правног посла са тим економским актом”.<sup>1136</sup> Овај нарочити економски мотив издваја још једна његова особеност: његова стереотипност. Ова стереотипност мотива као економског циља у процесу воље која ствара грађанскоправни однос, том акту воље даје карактер фактора грађанскоправног односа.<sup>1137</sup> Коначно, да би дати економски циљ из сфере субјективног прерастао у објективно дат чинилац – кауза се од свих циљева издваја тиме што је она, у ствари, само један *непосредни* економски циљ.<sup>1138</sup>

Овај непосредан економски ефекат се остварује у имовинској маси лица која изјавама воље стварају правни посао. Разлику између теретног и добродиног уговора, Гамс објашњава управо карактером тог ефекта. Када је он позитиван, ради се о теретном послу. Када је он за једну страну позитиван, а за другу негативан, ради се о добродином уговору.<sup>1139</sup> Критеријум непосредног економског ефекта даље објашњава и разлику између каузе и предмета уговора. Предмет уговора не мора увек да има економску вредност јер он може бити и нечињење. У тим случајевима се економски ефекат нечињења појављује као кауза, док сам предмет (нечињење) тај ефекат не садржи. У случају добродиних уговора на страни прибавиоца нема предмета, али има непосредног економског ефекта, односно каузе. У двострано обавезујућим уговорима, кауза као непосредни економски ефекат се показује као имовинска вредност која се прима од друге стране, оно што из угла те друге стране представља предмет уговора. Коначно, предмет уговора у економском смислу представља статику датог правног односа, док се кауза, или непосредни економски ефекат, очитује као његова динамика.<sup>1140</sup>

Стеван Јакшић прихвата како стране закључују облигациони уговор ради постизања одређеног, првенствено, економског циља. Овај економски циљ, иако може да послужи правилном тумачењу воље уговорних страна, ипак не опредељује правну природу уговора. Пуноважност и правна природа уговора зависе од правног основа због кога је свака од њих преузела на себе уговорне обавезе. Основ обавезивања или кауза, се очитује у најближем правном разлогу због кога је уговор уопште настао. Коначно, непосредни економски ефекат, примера ради исплата одређеног новчаног износа, може бити исти у

<sup>1136</sup> Гамс, Андрија, 1959б, Кауза и правни основ, *Анали*, 2, стр. 169.

<sup>1137</sup> *Ibid.*

<sup>1138</sup> *Ibid.*, стр. 170.

<sup>1139</sup> *Ibid.*

<sup>1140</sup> *Ibid.* стр. 172–173.

већем броју различитих уговора, што значи да она не указује на конкретан правни основ сваког од њих појединачно.<sup>1141</sup> Постојање оваквог правног основа, односно законом признатог разлога обавезивања, представља битан елемент настанка облигационог уговора. Другим речима, према Јакшићевом схватању, уговор не може настати уколико нема каузу.<sup>1142</sup> Код двострано обавезујућих уговора свака се страна обавезује на испуњење одређене чинидбе другој страни из разлога што од ње очекује одређену противчинидбу. Укупност ових различитих разлога обавезивања, обједињен у садржину уговора, представља његов правни основ. Код једностраних (тј. реалних) уговора овај основ се огледа у околности да је једна страна већ испунила своју обавезу. Код доброчиних уговора овај правни основ је намера поклонодавца да увећа имовину друге стране без накнаде.<sup>1143</sup> Јакшић пуно дејство каузалног уговора не своди на околност да дати уговор има каузу, већ је неопходно да се она и испуни, односно оствари. У том смислу, попут појединих писаца, и овде се указује на практични значај апстрактних правних послова, који у многама олакшавају привредни промет.<sup>1144</sup>

Кауза се од предмета разликује по томе што она уместо на питање *шта* се дугује, указује на то *зашто* се дугује. Диференцијација између правног основа и мотива везана је за објективну природу каузе, односно субјективну природу мотива или побуда за закључење уговора. Мотив, по правилу, не утиче на пуноважност и дејство уговора већ се пре свега, попут економског ефекта, појављује као помоћно средство у тумачењу воље уговорних страна.<sup>1145</sup> Правни основ постоји иако није изражен. Оно што је, опет, неопходно јесте његов квалитет: кауза мора бити правно и морално допуштена. У односу на спор у оквиру правне науке о питању потребе за каузом, Јакшић закључује како је она, свакако, битан елемент уговора јер у модерном правном промету указује на питање правне допустивости конкретног уговорног обавезивања.<sup>1146</sup>

Владимир Капор<sup>1147</sup> је у својим схватањима близак ставу професора Гамса. У том смислу, каузу разуме као претежно економски ефекат, који се код теретних уговора остварује као размена имовинских вредности, а код бесплатних уговора као њен изостанак. Овај економски ефекат, према њему, како би се могао разумети као кауза, пре свега,

<sup>1141</sup> Jakšić, S., 1962, *Obligaciono pravo*, Sarajevo, Veselin Masleša, 1str. 138.

<sup>1142</sup> *Ibid.*, str. 138–139.

<sup>1143</sup> *Ibid.*, str. 139.

<sup>1144</sup> *Ibid.*, str. 140.

<sup>1145</sup> *Ibid.*, str. 140–141

<sup>1146</sup> *Ibid.*

<sup>1147</sup> Живео од 1911. до 1983.

мора бити допуштен. Према његовој дефиницији каузе, то је „законом дозвољени економски (имовински) циљ који је дужник имао у виду обавезујући се, а који је, по правилу, изражен садржином правног посла.”<sup>1148</sup> Ситуација у којој садржина правног посла не открива питање допуштености овог економског циља се појављује код добротних уговора у којима побуде не морају бити јасно означене.

Овако појмовно одређену каузу, када се иста разуме као допуштени економски циљ, поред уговора могуће је довести у везу и са осталим изворима облигационог односа. Дистинкција између различитих извора облигација везана је на овај начин било за израз приватне воље (уговор) или оне друштвене, када обавезу намеће сам законодавац. Овај општи појам каузе грађанскоправне облигације, Капор дефинише као „дозвољени економски циљ одређен вољом дужника или закона”.<sup>1149</sup>

#### 5.1.4. Михаило Константиновић

Професор Михаило Константиновић<sup>1150</sup> оставио је далекосежни утицај на развој савременог домаћег грађанског права. Аутор је неколико предлога законских текстова<sup>1151</sup>, од којих је свакако најзначајнији његов рад на Скици за законик о облигацијама и уговорима, која је била основ за израду ЗОО. Као француски ђак, у међуратну Југославију доноси напредни концепт каузе, коју је теоријски први заокружио, а потом и уткао у домаће позитивно право. У наставку наводимо кратак приказ теоријске поставке каузе професора Константиновића забележена у белешкама са његових предавања, а које у свом чланку цитира Дудаш.<sup>1152</sup>

Кауза је један од централних услова настанка уговора. Она представља непосредни правни разлог за његово закључење чиме се од побуда разликује по томе што су они удаљенији покретачи воље. Додатна разлика између мотива и каузе огледа се у томе што је она код исте врсте уговора увек иста, па тако и указује на његову правну природу, док побуде за закључење уговора могу бити разне.

У класификацији видова каузе, Константиновић полази од неокласичног концепта. Тако код теретних уговора, кауза обавезивања једне стране је обавеза оне друге, код

---

<sup>1148</sup> Дудаш, А., 2011в, стр. 447.

<sup>1149</sup> *Ibid.*

<sup>1150</sup> Живео од 1897 до 1982.

<sup>1151</sup> Основни закон о браку (1946), Основни закон о односима родитеља и деце (1947), Основни закон о старатељству (1947), Закон о усвојењу (1947), Закон о застарелости потраживања (1953), Закон о наслеђивању (1955).

<sup>1152</sup> Дудаш, А., 2011в, стр. 447–450.

реалних дужникова обавеза почива на ономе што је примио од повериоца, док је код бесплатних уговора то намера добротинства. Овом устаљеном оквиру он додаје и додатни, четврти, образац по коме основ обавезе дужника може бити и постојање неке раније обавезе. Тако је, примера ради, кауза обећања испуњења природне облигације у самом постојању обавезе која се не може принудно остварити.

Када се ради о правним последицама одсуства каузе, Константиновић указује на неједнакост импликација до којих доводе непостојећа, незаконита, односно неистинита кауза. Непостојећа кауза се рефлектује у непостојећем уговору, чиме се обавеза повраћаја заснива на стицању без основа. Незаконита кауза има за последицу апсолутну ништавост уговора. Неистинита кауза привидни уговор чини непостојећим с обзиром на то да он не одговара вољи његових страна. Међутим, у случају прикривеног уговора, његов опстанак условљен је тиме да ли му је она стварна кауза допуштена или не. Побуде за закључење уговора, по правилу, нису од утицаја на његову пуноважност осим уколико стране нису споразумом тако шта предвиделе. Недопуштене побуде доводе до ништавости уговора уколико је за њих друга страна знала или морала знати.

Код теретних уговора, Константиновић присуство каузалне везе између узајамних престација препознаје и у појединим институтима уговорног права, као што је престанак обавезе једне стране уколико друга услед више силе није у могућности да испуни своју обавезу, приговор неиспуњења уговора, раскид уговора због испуњења, и овоме слично.

У подели уговора на каузалне и апстрактне, за разлику од осталих писаца, Константиновић не уочава две врсте уговора, већ дату поделу своди на околност да је код апстрактних уговора положај повериоца умногоме једноставнији. Наиме, у случају спора око постојања основа дужникове обавезе, терет доказивања се код апстрактних уговора премешта са повериоца на дужника, односно туженог.

## 5.2. Домаћа теоријска разматрања о каузи након доношења ЗОО

Усвајањем ЗОО 1978. године кауза постаје саставни део југословенског позитивног права. То свакако не значи да она до тада није била присутна у домаћем праву. Судска пракса након Другог светског рата познавала је овај институт, сагледавајући га као „циљ уговарања који обе странке имају у виду”, чиме је он уједно и „саставни део уговора”.<sup>1153</sup> Такође, разликовање каузе од мотива је у пракси судова имало нарочити значај с обзиром

---

<sup>1153</sup> Perović, S., 1980, str. 333.



на поделу уговора на теретне и добротине. У складу са образложењем одлуке Савезног врховног суда из 1961. године, „Кад је уговор теретан, онда је према правним правилима имовинског права, побуда релевантна уколико је међу странкама утврђена као услов важности уговора. Напротив, кад је уговор даровни, побуда је релевантна и онда кад није међу странкама утврђена као услов, али је дародавцу послужила као једини разлог даровања, тј. да је воља дародавца једино на тој побуди заснована.”<sup>1154</sup>

Кауза се у терминологији ЗОО појављује као „основ”. Законодавац је на овом месту учинио благи отклон у односу на Скицу професора Константиновића који је дати институт означио као „правни основ”,<sup>1155</sup> што нас може, истина погрешно, упутити на *titulus*. Много значајније одступање извршено је у односу на предлог нормирања неистинитог основа код кога би, према Скици, уговор остао на снази уколико се иза неистинитог основа налази неки дозвољени основ.<sup>1156</sup> Ова одредба је у коначном тексту закона изостављена.

Константиновић у Скици предвиђа још два нормативна решења која законодавац није уврстио у коначни текст закона. Прво се тиче разлике између правног дејства ситуације када уговор садржи основ који је противан закону, јавном поретку или моралу, у ком случају је уговор ништав,<sup>1157</sup> и ситуације када основ не постоји па је обавеза без дејства<sup>1158</sup>. На овом месту Скица разврстава ситуације у којима основ постоји, али је незаконит и оне када га уговор уопште не садржи. У првом случају је последица, свакако, апсолутна ништавост. У другом, предложена формулација „обвеза је без дејства” дозвољава закључак да би се у таквој ситуацији радило о непостојећем уговору.<sup>1159</sup> Други отклон у односу на предложени законски текст тиче се ситуације када је један од уговорника био у заблуди о основу. Последица овог квалификованог облика заблуде је, такође, непостојећи уговор, с обзиром на то да у том случају није дошло ни до сагласности воља страна.<sup>1160</sup> Овај предлог је, такође, изостављен.

Према коначном тексту ЗОО, свака уговорна обавеза мора имати допуштен основ. Основ је недопуштен ако је противан принудним прописима, јавном поретку или добрим

---

<sup>1154</sup> *Ibid*, str. 334.

<sup>1155</sup> Konstantinović, M., 1969, *Obligacije i ugovori, Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima*, Beograd, Centar za dokumentaciju i publikacije Pravnog fakulteta u Beogradu, str. 22.

<sup>1156</sup> *Ibid*, str. 23 (čl. 31 st. 3).

<sup>1157</sup> *Ibid*, str. 22 (čl. 31 st. 1).

<sup>1158</sup> *Ibid*, str. 22 (čl. 31 st. 2).

<sup>1159</sup> Дудаш, А., 2011в, стр. 452.

<sup>1160</sup> Konstantinović, M., 1969, str. 23 (čl. 31 st. 4).

обичајима<sup>1161</sup>, док је претпоставка да обавеза има основ и уколико он није изражен. Када основ не постоји или је недопуштен, уговор је ништав. Коначно, побуде из којих је уговор закључен не утичу на његову пуноважност. Међутим, ако је недопуштена побуда битно утицала на одлуку једног уговарача да закључи уговор и ако је то други уговарач знао или морао знати, уговор је без дејства, осим код уговора без накнаде који нема правно дејство и кад други уговарач није знао да је недопуштена побуда битно утицала на одлуку његовог сауговарача.<sup>1162</sup>

### 5.2.1. Основне карактеристике југословенске правне мисли о каузи

Теоријска анализа каузе по усвајању ЗОО у југословенској правној мисли добија свој пуни замах. У оквиру академске заједнице, приметна су три основна приступа каузи, а која се могу везати за три изворна универзитетска центра југословенске државе: Љубљану, Загреб и Београд.

Стојан Цигој<sup>1163</sup> каузу анализира синтезом романистичких и германистичких теорија. Примећујући како је кауза превасходно „парцијално обрађивана”,<sup>1164</sup> Цигој, у ствари, покушава да је дефинише на један свеобухватан начин.

Након што усвоји почетну идеју како је кауза непосредни разлог обавезе, Цигој отвара широко питање шта се има сматрати за овај „непосредни разлог”. Неспорно је да их може бити веома велики број. Према једнима то су објективно дати разлози, типски атрибути одређеног правног посла, док други у дати оквир укључују и субјективне разлоге страна. Коначно, примећује како је према појединим писцима каузу чак потребно изместити и из објективно и из субјективно одређених разлога обавезивања, диференцирајући је тиме из садржине уговора. Заједничко свим наведеним гледиштима је да је кауза подлога уговора. Дакле, реч је о разлозима на којима се облигација заснива. Према његовом мишљењу, сваки од потенцијалних разлога може доћи у обзир, било да се ради о околностима које су економске, социолошке, психолошке, и овоме слично. Неопходно је само да се ради о елементу који је постао битан за закључење уговора.<sup>1165</sup> У наставку своје анализе Цигој синтетизује три врсте каузе.

<sup>1161</sup> Према тексту Закона из 1978. године, основ је недопуштен ако је противан уставом утврђеним начелима друштвеног уређења, принудним прописима и моралу социјалистичког самоуправног друштва. Данас важећи текст закона о основу дефинисан је новелама из 1993. године.

<sup>1162</sup> ЗОО, 1978, чл. 51–53.

<sup>1163</sup> Стојан Цигој, 1920–1989, професор Правног факултета Универзитета у Љубљани.

<sup>1164</sup> Cigoj, S., 1988, str. 113.

<sup>1165</sup> *Ibid.*

Прва је *класична кауза* која проистиче из природе правног посла. Из природе сваког правног посла извире његов непосредни циљ који је карактеристичан за дати тип обавезе. У том смислу он указује на примере који се појављују у правној науци где је код синалагматичких уговора тај циљ обавеза друге стране, док је код добротичних то корист која једна страна прима без накнаде за ону другу.<sup>1166</sup>

Други тип каузе је *побуда коју су странке подигле на степен каузе*. Начин на који стране то чине је сагласност о томе да одређени разлог или циљ поставе као услов закључења уговора. Као и свака сагласност, и до ове је могуће доћи било изричито, било конклюдентним радњама. Како би жељени циљ правног посла постао и његова кауза, неопходно је да једна страна предочи дату околност, а друга да схвати како ће она прва уговор закључити само уколико се дати услов испуни, ако дата побуда буде остварена. Тако је мотив израстао у каузу вољом самих уговорних страна.<sup>1167</sup>

Трећи тип каузе откривамо у оним *побудама* које нису истицале саме стране, већ које су у *тој мери важне да без њиховог остварења непосредни разлог обавезивања не постоји*. Утицај оваквог спољњег разлога на судбину уговора, онога који превазилази његову садржину, суд утврђује у сваком поједином случају.

У оквиру Свеучилишта у Загребу теоријско сагледавање основа обавезе ЗОО базира се на покушају помирења продора француског концепта каузе у југословенско уговорно право и нормативног оквира базираног на аустријском праву, које у оквиру хрватског правног простора, према нашем мишљењу, представља његов основи грађанско-правни концепт. Једно од могућих решења хтело се пронаћи у покушају сагледавања новог института не као француске каузе, већ као *titulosa* у складу са формулацијом предвиђеном у Скици професора Константиновића – „правни основ”. Алтернативни приступ почива на сагледавању *основа* ЗОО као Ертмановом „темељу уговора” – *die Geschäftsgrundlage*. Представници ових идеја су Борис Визнер и Мартин Ведриш.

Борис Визнер<sup>1168</sup> непосредно пре усвајања ЗОО изнео је став како у Скици професора Константиновића формулација „правни основ” није случајна, те да се под тим појмом не мисли на каузу уговора већ да се ради о јасном *titulusu*.<sup>1169</sup> Ову полазну идеју Визнер доводи у везу са првим чланом коначног предлога ЗОО (кога у Скици иначе нема), а који даје енумерацију извора облигација, попут уговора, проузроковања штете,

<sup>1166</sup> *Ibid.*

<sup>1167</sup> *Ibid.*, str. 113-114.

<sup>1168</sup> Живео од 1917 до 1982.

<sup>1169</sup> Vizner, B., 1977, Da li je u pitanju pravni osnov (titulus iuris) ili glavni cilj (causa finalis) obveznog ugovora, *Naša zakonitost*, god. 31, br. 8, str. 39.

стицања без основа. Визнер сваки од ових извора облигација разуме као посебан „титулус”, који је у ствари онај „правни основ” на који се Скица односи, па такав правни основ никако не може бити пандан француској каузи.<sup>1170</sup>

Саму каузу, у складу са германистичком традицијом, Визнер укључује у појам „садржина уговора”, као део обавезних елемената правног посла о којима стране морају постићи сагласност воља. То су: битни елементи уговора (*essentialia negotii*), одређени разлог обвезивања (*causa debendi*), те могућност и допустивост уговорне радње. Разлог обвезивања омогућује да се разабере правна сврха и правни карактер самог правног посла. *Causa debendi* се према његовом мишљењу, најчешће састоји од *donandi*, *obligandi* или *solvendi causa*. Изостанак разлога обвезивања указује на недостатак озбиљне воље, што проузрокује одсуство ваљаности уговора.<sup>1171</sup>

Мартин Ведриш<sup>1172</sup> проблематику каузе разматра „на рубу сраза романске и германске концепције.”<sup>1173</sup> Полазећи од идеје како је кауза објективно постављена правно обликована економска сврха, а *основ* како га нормира Закон о облигационим односима, субјективно постављени циљ заснован на заједничким представама и очекивањима страна, Ведриш закључује како се тако дошло до терена који немачка цивилистика на основу Ертманове студије познаје као „темељ уговора”.<sup>1174</sup>

Стране пре него што закључе правни посао, односно пре него што ступе у уговорне односе, на основу постојећих искустава формирају своје представе о смислу правног посла, односно о његовој вредности за њих. Ту и такву субјективну вредност треба да оствари дати уговор. Док су исте околности навеле стране да закључе уговор, појединачне представе о сврси уговора које су му претходиле не морају бити исте. Дакле, до уговора су довеле заједничке околности, без којих уговора не би ни било, што према Ведришу чини један од елемената правилног разумевања садржаја и смисла *основа обавезе* Закона о облигационим односима.<sup>1175</sup>

Инсистирање дела теорије на крајње објективизираним појму каузе, као правно израженом економском циљу, условило је настанак појма „темељ уговора”, којим се неопходна интимна веза правног посла са његовим странама желела поново успоставити. Тај субјективни елемент ЗОО дефинише као „допуштени основ”. Овај допуштени основ

<sup>1170</sup> *Ibid.*, str. 37.

<sup>1171</sup> Vizner, B., 1962, str. 480–481.

<sup>1172</sup> Живео од 1919. до 1995.

<sup>1173</sup> Goldštajn, A., Barbić, J., Vedriš, M., Matić, Ž., 1979, *Obvezno pravo*, Zagreb, Informator, str. 287.

<sup>1174</sup> *Ibid.*

<sup>1175</sup> *Ibid.*

није типски, објективно дат параметар, већ она најјача, најнепосреднија побуда, која сада престаје бити обичан мотив јер се на темељу ње формира она заједничка представа страна која постаје садржина уговора. На тај начин настаје *основ обавезе* ЗОО.<sup>1176</sup> Као закључак, Ведриш истиче како је ступањем на снагу ЗОО, у правнотеоријској анализи правних послова, а нарочито уговора, неопходно разликовати три елемента: правни основ, каузу као објективну сврху уговора и основ као субјективну сврху уговора.<sup>1177</sup>

### 5.2.2. Београдска школа грађанског права

Београдска школа грађанског права своје виђење *основа обавезе* Закона о облигационим односима у претежном делу везује за француску теорију каузе. Следи осврт на разматрања Јакова Радишића, Слободана Перовића и Оливера Антића.

Јаков Радишић<sup>1178</sup> сваки облик уговорног обавезивања везује за постојање одређеног броја побуда као представе о циљевима које се уговором желе постићи. Такве побуде могу бити ближе или даље, посредне или непосредне, правне односно економске. Међутим, уговорно право пажњу поклања једном, типизираним, непосредном, правном основу обавезивања, који се означава латинским појмом *causa*. Како ЗОО за дати институт примењује термин *основ*, исти треба раздвојити од формулације *правни основ*, односно оних чињеница које имају моћ стварања облигационих односа.<sup>1179</sup>

Овај непосредни разлог обавезивања зависи од врсте уговора. Код узајамних уговора обавеза једне стране чини основ обавезе оне друге. У тај основ не улази само постојање узвратне обавезе, већ и њена реализација: изостанком испуњења обавезе једне стране, нестаје и обавеза оне друге. Код добротних уговора, основ обавезе дужника лежи у његовој намери да на свој рачун увећа имовину поклонопримца. Основ обавезе указује да уговор није сам себи циљ, већ средство за постизање неког циља.<sup>1180</sup>

Радишић дистинкцију између основа и мотива врши на начин да ове друге означава као циљеве другог реда. Мотиви изазивају жељу за постизањем оног циља који је основ: док основ објашњава обавезу уговорне стране, мотиви пружају објашњење за сам основ. Разлика између ова два појма се открива и у томе што је код исте врсте уговора *основ* увек исти, односно типски, док мотиви могу бити различити.<sup>1181</sup> Иако по правилу, побуде

<sup>1176</sup> *Ibid*, str. 288.

<sup>1177</sup> *Ibid*, str. 290.

<sup>1178</sup> Рођен 1931. године.

<sup>1179</sup> Радишић, Ј., 2004, стр. 85.

<sup>1180</sup> *Ibid*.

<sup>1181</sup> *Ibid*, стр. 86.

не утичу на пуноважност уговора, оне на њега ипак могу имати разорно дејство. Уколико је код теретних уговора недопуштена побуда битно утицала на одлуку једне стране да уговор закључи, а друга је то знала или морала знати, уговор је без дејства. Код добротних уговора, недозвољене побуде дужника доводе до тога да такав уговор нема правно дејство и када друга страна није знала за њих. Разлог овоме лежи у чињеници да су код добротних уговора мотиви много ближи основу него код оних теретних.<sup>1182</sup>

Значај основа открива се у томе што без њега нема ни уговора: уговор без основа је празно обећање. Овај циљ, или основ, мора бити допуштен, односно не сме бити противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима. Основ, исто тако, мора бити и истинит. У случају постојања заблуде о основу уговор остаје без дејства. Уколико, међутим, прикривени основ одговара неком другом дозвољеном основу, уговор остаје пуноважан.<sup>1183</sup> Посебан сегмент у коме кауза долази до изражаја јесу одређена дејства узајамних уговора. Наиме, како је код ове врсте уговора обавеза једне стране основ обавезе оне друге, поремећај ове узајамности повлачи за собом и конкретне правне последице. До њих долази услед, примера ради, немогућности или изостанка испуњења обавезе једне стране, настанка битно измењених околности, несразмере у вредности узајамних давања, и овоме слично.<sup>1184</sup>

Слободан Перовић<sup>1185</sup> је питању каузе посветио велики део свог истраживања и домаћој цивилистици понудио једну од најисцрпнијих, ако не и најисцрпнију, теоријску разраду овог правног института. Јасно руковођен француским схватањем каузе, у својим ставовима је најближи тзв. мешовитој или неокласичној теорији чији је творац француски правник Капитан. Овај концепт дејства каузе Перовић је донекле проширио<sup>1186</sup>. Кауза је један од битних услова настанка пуноважног уговора. Она мора бити допуштена, те је уговор који садржи каузу која је противна закону, јавном поретку или моралу ништав. Претпоставља се да уговорна обавеза има свој правно релевантни основ и у случају да он није посебно изражен.<sup>1187</sup>

У својој анализи каузе, професор Перовић прво указује на разлике између њеног објективног и субјективног објашњења. У првом случају кауза се изједначава са економским циљем обавезивања. Овим приступом се долази у проблем приликом покушаја

<sup>1182</sup> *Ibid*, стр. 87.

<sup>1183</sup> *Ibid*.

<sup>1184</sup> *Ibid*, стр. 146.

<sup>1185</sup> Живео од 1932. до 2019.

<sup>1186</sup> Salma, J., 2001, str. 265.

<sup>1187</sup> Perović, S., 1975, str. 205.

разумевања каузе добротних уговора. Идеја да се она „открије” у негативном економском ефекту, према његовом мишљењу, само ствара додатне забуне. Кауза добротних уговора је несумњиво *animus donandi* односно она је изразито субјективна. Ипак, коначни или општи појам каузе не може се у целости пренети на поље психологије и побуда. Њу је неопходно анализирати у складу са правним појмовима.<sup>1188</sup> Обједињеним сагледавањем ова два готово екстремна приступа – објективни и субјективни – долази се до закључка како је истина негде на средини. Кауза није ни искључиво економски, ни искључиво психолошки, већ искључиво правни циљ који странке желе остварити испуњењем преузете уговорне обавезе. Тако је код теретних уговора основ обавезе једне стране узвратна обавеза оне друге, а код оних добротних је то намера да се другоме учини нека корист (*intentio liberalis*), односно намера да се учини поклон (*animus donandi*).<sup>1189</sup>

Перовић једну од базичних функција каузе види не само у остварењу индивидуалне заштите уговорних страна, већ и оне друштвене, у ком делу проширује неокласични концепт каузе. Заштита јавног интереса у оквиру уговорног права се осигурава и путем јасног дефинисања забрањене каузе јер се њом, а не теоријом забрањеног предмета уговора, штите општи интереси садржани у оним моралним и материјалним вредностима које су уграђене у један друштвени систем.<sup>1190</sup>

Оливер Антић<sup>1191</sup> каузу разуме као нарасе универзални институт уговора који извире из два основна начела грађанског права: аутономије воље и савесности и поштења. Тако се код синалагматичких уговора аутономија воље пре свега огледа у споразумевању из кога се рађају уговорне обавезе, док се савесност и поштење огледају у принципу еквивалентности, односно последицама до којих долази у случају нарушавања симетрије у престацијама уговорних страна. Када дође до поремећаја те симетрије изван разумне мере долази и до нарушавања каузе, па тиме и самог уговора. Основна функција каузе је, тако, контрола слободе уговарања, односно морализација уговорног права. Ту своју улогу она врши истраживањем циља и смисла преузимања конкретних уговорних обавеза. Ти циљеви спојени су идејом поштовања човека као рационалног бића манифестује се у уговорном обрасцу праведне узајамности.<sup>1192</sup>

---

<sup>1188</sup> *Ibid*, str. 206.

<sup>1189</sup> *Ibid*, str. 207.

<sup>1190</sup> *Ibid*, str. 165.

<sup>1191</sup> Живео од 1950. до 2022.

<sup>1192</sup> Antić, O., 2005, str. 852.

Сегмент теоријског сагледавања каузе који је од нарочитог значаја за дату упоредноправну анализу је њено везивање за она дејства уговора која ће се остварити у будућности. Обавезујући се или испуњавајући одређену уговорну престацију поверилац антиципира понашање свог дужника у будућности. Кауза се састоји у испуњењу обавезе друге стране, чиме је она усмерена *pro futuro*. Истовремено, њени правни квалитети (допуштеност) морају бити присутни већ у тренутку настанка правног посла (*ab initio*) и протезати се на све време његовог трајања.<sup>1193</sup>

Код поделе уговора на теретне и добротине, Антић код оних првих прати класичну теорију која основ обавезе једне стране препознаје у обавези оне друге. Међутим, код добротиних уговора он показује одређени отклон од схватања како се кауза дужникове обавезе открива у његовом одрицању од противпотраживања. Одређено узвратно потраживање и у овом случају постоји. Шта више, оно не нестаје испуњењем уговора, већ се протеже на цео живот. Ради се о обавези захвалности. Наиме, у случају грубе неблагодарности давалац поклона исти може опозвати.<sup>1194</sup>

Као институт који почива на идеји једнакости узајамних давања, чиме осигурава заштиту начела савесности и поштења, кауза се и код Антића претвара у инструмент заштите јавног поретка, добрих обичаја, морала. У крајњој линији, као етички цензор аутономије воље, кауза одређује разлику између добра и зла. На овај начин кауза нема централно место само у оквиру уговорног права, већ облигационим односима уопште.<sup>1195</sup> Место и значај које Антић придаје каузи дозвољава закључак да је она према његовом мишљењу централна установа не само уговорног, облигационог, већ и грађанског права уопште. Без сваке сумње, овако дефинисани распон њеног потенцијала учинило би каузу најекстензивнијим институтом права уопште.

### 5.2.3. Новосадска школа грађанског права

Поимање каузе у оквиру војвођанског академског круга суштински је подударан са начином на који тај институт разуме београдска школа грађанског права. У том смислу треба указати на ставове Јожефа Салме и Атиле Дудаша.

Јожеф Салма<sup>1196</sup> у каузи види непосредни правни циљ, односно разлог уговорног обавезивања. Према његовим речима, кауза означава могућност уговора да пружи шансу

<sup>1193</sup> *Ibid.*, str. 853.

<sup>1194</sup> *Ibid.*, str. 854.

<sup>1195</sup> *Ibid.*, str. 855.

<sup>1196</sup> Рођен 1948. године.



његовом учеснику да стекне неко право, односно, означава да је циљ уговора остварење промета.<sup>1197</sup> Овако постављена дефиниција, у ствари открива две димензије каузе: лични који се испољава као стицање неког права, и општи – остварење промета. Анализирајући домаће теорије о каузи, Салма указује на чињеницу да је поред циљева самих страна на основу којих настају њихове уговорне обавезе, каузи придодата и ова „објективизирана”, шира димензија: она која задире у простор јавног интереса. Суду се, на овај начин, омогућава да стекне увид у забрањене намере и циљеве страна. Позитивну страну ове екстензије каузе откривамо у могућности судске контроле уговора у светлу заштите општих интереса. Међутим, тиме се лако може склизнути на терен правне несигурности.<sup>1198</sup> Свакако, циљ уговора не сме да се противи слову, али ни циљу закона. У таквим ситуацијама уговор је ништав јер се супротставља јавном поретку и добрим обичајима. Дакле, кауза није само институт грађанског права, већ се она у ситуацији када њена садржина вређа интересе друштва, појављује и као установа јавног права.<sup>1199</sup>

У складу са општим ставом, Салма усваја мишљење како се код теретних уговора основ једне обавезе крије у обавези оне друге. Та узвратна обавеза је код исте врсте уговора увек типизирана, односно иста. Међутим, како је кауза билатерални појам, истиче како иста врсте уговора, са становишта обе стране, не мора увек имати и јединствену каузу. Пример који у овом смислу наводи тиче се каузалних разлика које постоје између истих престација код уговора о продаји и уговора о закупу. Док је у првом случају правни циљ обе стране исти: стицање права својине на стварима које се предају, у другом случају су ти циљеви различити. Правни циљ закупаваца јесте стицање права својине на закупнини, док је циљ закупца стицање права употребе ствари која му је предата. Оно што је идентично у оба случаја је да је заједнички разлог обавезивања *стицање* одређених правних овлашћења.<sup>1200</sup>

Тврдња да кауза представља непосредни циљ уговора јесте тачна, али је она истовремено недовољно прецизна. Веома је значајно уочити правно релевантне циљеве уговорног обавезивања, с обзиром на постојање великог броја оних личних. Покушаји да се између ова два пола, које правна наука означава појмовима објективни и субјективни разлози настанка уговорне обавезе, утврди шта тачно улази у појам каузе, а шта остаје ван њега, открили су како се јасна линија раздвајања не може повући претерано оштро.

<sup>1197</sup> Salma, J., 2001, str. 252.

<sup>1198</sup> *Ibid*, str. 265.

<sup>1199</sup> *Ibid*, str. 266.

<sup>1200</sup> *Ibid*, str. 255–256.

Разлог томе је што, како смо видели, уговор не служи само остварењу појединачних циљева, већ он има и јасну ширу, друштвену функцију.<sup>1201</sup>

Атила Дудаш<sup>1202</sup> примећује како су одредбе ЗОО које уређују институт каузе готово преписани аналогни чланови француског Грађанског законика<sup>1203</sup>. У том смислу, домаће уговорно право у овом делу одступа од швајцарског Законика о облигацијама као свог доминантног узора. Апсолутна ништавост као законом предвиђена подударна последица две ситуације: када основ обавезе не постоји, односно када није допуштен, у теоријској анализи добија своја два вида. Наиме, док је уговор са недопуштеном каузом одиста апсолутно ништав, онај код кога каузе нема се означава као непостојећи, категорија коју ЗОО не познаје.<sup>1204</sup>

Анализирајући утицај побуда за закључење уговора на његову пуноважност, Дудаш истиче како је неопходно разликовати домен примене допуштених побуда као основа доброчиног уговора од случаја када доведу до битне заблуде у доброчином уговору. У првом случају, побуда објашњава зашто је дошло до настанка самог уговора, док је у случају заблуде о побудама закон за релевантну околност поставља погрешну представу дужника доброчиног уговора о побуди која га је навела на закључење уговора. Домен примене побуде у ова два случаја је различит.<sup>1205</sup>

Конечно, Дудаш проблематизује делове Преднацрта грађанског законика Србије, у којима назив института усваја формулацију „правни основ“ из Скице законика о облигацијама и уговорима. Према његовом мишљењу, ово питање није само од језичког, већ је и од суштинског значаја. Отварање полемике о томе да ли правни основ треба разумети као каузу или *titulus*, би у одређеном смислу могло наше право приближити кругу система које сврставамо у круг антикаузалиста, што извесно није намера Комисије која је спремала текст предлога домаћег цивилног кодекса.<sup>1206</sup>

<sup>1201</sup> *Ibid*, str. 256.

<sup>1202</sup> Рођен 1978. године.

<sup>1203</sup> Чл. 1131–1133 француског Грађанског законика. Ови чланови су избрисани у оквиру опсежне реформе из 2016. године.

<sup>1204</sup> Дудаш, А., 2011б, Кауза уговорне обавезе – француски утицај на Закон о облигационим односима Републике Србије, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3, стр. 668.

<sup>1205</sup> *Ibid*, стр. 669.

<sup>1206</sup> *Ibid*, стр. 670–671.

### 5.3. Облигационо законодавство држава насталих распадом Југославије

Распадом Југославије, свака од новонасталих држава уређивала је свој унутрашњи правни систем прилагођавајући га измењеним друштвеним околностима. Реформе националних прописа су у целини узевши претежно биле усмерене на промену ранијег друштвеног система који се заснивао на идеји социјалистичког самоуправљања.<sup>1207</sup> Као савезни закон ЗОО је важио на целом простору некадашње заједничке државе. Оно што овај пропис чини готово суштински другачијим у односу на претежни део југословенског правног наслеђа јесте околност да је он још увек доминантно присутан у свим државама насталим на простору у коме је до пре неког времена био саставни део позитивног права.

Реформе националних прописа на простору некадашње Југославије су у сфери облигационих односа заступљене у мањој мери. Државе у којима до сада није дошло до доношења новог системског прописа у области облигационог права су Босна и Херцеговина<sup>1208</sup> и Република Србија. У тим правним системима задржан је ЗОО из 1978. године, с тим да су извршене одређене измене и допуне. Влада Републике Србије је образовала Комисију за израду Грађанског законика,<sup>1209</sup> До сада су представљене три верзије Предоснове грађанског законика, од којих је последња из маја 2019. године.<sup>1210</sup>

Нови прописи који уређују ову област донети су у четири новонастале државе: Републици Северној Македонији,<sup>1211</sup> Републици Словенији<sup>1212</sup>, Републици Хрватској<sup>1213</sup> и

<sup>1207</sup> Један од добрих показатеља ове суштинске промене може се препознати у садржају новог радног законодавства. У свим пост-југословенским суверенитетима, некадашњи Закона о удруженом раду као један од системских прописа федерације, био је напуштен и на његово место су дошли суштински другачији прописи у области радног права.

<sup>1208</sup> Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 57/89, *Сл. новине Федерације РБиХ*, бр. 2/92, 13/93, 13/94, *Сл. новине Федерације БиХ*, бр. 29/2003 и 42/2011. (даље у тексту: ЗОО Федерације БиХ). Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 57/89, *Службени гласник РС*, бр. 17/93, 3/96, 37/2001, 39/2003 и 74/2004, (даље у тексту: ЗОО РС). Својевремено је припремљен и објављен 16.03.2003. Нацрт новог Закона о облигационим односима Федерације БиХ/Република Српска, који није усвојен. Израда овог нацрта закона била је поверена немачком професору Helmutu Ruessmanu који је за основу узео одредбе ЗОО. Мораит, Б. Кодификација грађанског права као допринос владавини права, у: *Владавина права и правна држава у региону*, 2014, Источно Сарајево, стр. 362.

<sup>1209</sup> Влада Републике Србије је крајем 2006. године формирала Комисију за израду Грађанског законика Републике Србије. Радом ове комисије је руководио академик Слободан Перовић.

<sup>1210</sup> Преднацрт Грађанског законика Републике Србије, (Преднацрт ГЗ Србије), објављен је 2016, *Правни живот*, бр. 5-6/2016. Електронска верзија Преднацрта грађанског законика Републике Србије од дана 28. маја 2019. године налази се на интернет адреси: [https://www.paragraf.rs/nacrti\\_i\\_predlozi/280519-prednacrt-gradjanskog-zakonika-republike-srbije.html](https://www.paragraf.rs/nacrti_i_predlozi/280519-prednacrt-gradjanskog-zakonika-republike-srbije.html) – 19. 6. 2022. (даље у тексту: Преднацрт ГЗ Србије).

<sup>1211</sup> Закон за облигационите односи, *Службен весник на РМ*, бр. 18/2001, 78/2001, 04/2002, 59/2002, 05/2003, 84/2008, 81/2009, 161/2009, 23/2013. (даље у тексту македонски ЗОО)

<sup>1212</sup> *Obligacijski zakonik*, *Ur. List Republike Slovenie*, бр. 83/01, 32/04, 28/06. ( даље у тексту: словеначки ЗОО).

<sup>1213</sup> Закон о обвезним односима, *Народне новине*, бр. 35/2005, 41/2008, 125/2011– др. закон, 78/2015, 29/2018 и 126/2021 (даље у тексту: хрватски ЗОО).

Црној Гори.<sup>1214</sup> Три од четири новодонета закона у великој мери, у ствари, представљају редиговани нормативни текст ранијег савезног закона. Они не само да претежно следе решења ЗОО већ готово у целости прате и његову унутрашњу структуру. Једини изузетак у овом смислу је нови хрватски ЗОО где се отишло најдаље у односу на ранији савезни пропис. Поред сасвим нове систематике, хрватски ЗОО садржи и већи број битних нормативних измена. Поједини правни институти уређени су на другачији начин, додати су неки нови, док су неки уговори изостали, попут уговора о лизингу.

Права готово свих држава формираних на простору некадашње Југославије се скоро без изузетка сврставају у каузалистички круг европско-континенталне породице. Услов пуноважности уговора је постојање основа, односно каузе. Нормативна регулатива новоусвојених закона којима се уређује сфера облигационих односа није одступила од решења ЗОО. Допуштени основ обавезе мора постојати у сваком уговору. У случају да основа обавезе нема, уговор је без дејства. Недопуштен је онај основ који је противан принудним прописима, јавном поретку, уставу и закону, као и добрим обичајима, односно моралу. Недопуштеност основа доводи до апсолутне ништавости уговора.

Институт каузе или основа обавезе задржан је у свом изворном облику готово у свим пост-југословенским правима. У основи узевши, права која су задржала институт основа обавезе на начин на који је он био уређен у ЗОО 1978, су усаглашена како по питању неопходности њеног постојања за настанак пуноважног уговора, тако и критеријума на основу којих се оцењује њена допуштеност. Нормативна решења преостала три новонастала законска текста о облигационим односима на простору бивше Југославије по питању каузе садрже одредбе које су готово идентичне са одредбама ЗОО.

Македонско право прописује да свака уговорна обавеза мора имати допуштени основ, који је допуштен уколико је у сагласности са уставом, законима и добрим обичајима. Претпоставља се како обавеза има основ иако није изражен. Када основ не постоји или није дозвољен уговор је ништав. Побуде из којих је уговор закључен не утичу на његову пуноважност. Уколико је недопуштена побуда битно утицала на одлуку једне уговорне стране да закључи уговор, а друга уговорна страна то знала или морала знати, уговор је без дејства. Доброчини уговор је без дејства и када уговорна страна није знала да је недозвољена побуда битно утицала на другу страну да закључи уговор.<sup>1215</sup>

<sup>1214</sup> Закон о облигационим односима, *Службени лист Црне Горе*, бр. 47/2008, 4/2011– др. закон, 22/2017 (даље у тексту: ЗОО ЦГ).

<sup>1215</sup> „Секоја договорна обврска мора да има дозвољена основа. Основот е дозволен ако е во согласност со Уставот, законите и добрите обичаи. Се претпоставува дека обврската има основа иако не е изразена.

Ако основот не постои или не е дозволен, договорот е ништовен.

Идентичан пропис о каузи садржи и словеначки ЗОО. Једина разлика коју примећујемо у словеначком ЗОО односи се на допуну самог назива института основа – *podlaga*, који се у загради која непосредно следи додатно означава и као *разлог*.<sup>1216</sup>

У целости је преузет у овом делу текст ЗОО и у одредбама ЗОО ЦГ. Само је извршена измена у делу нормирања недопуштеног основа тако да не укључује противност уставу, чему прибегавају нови прописи осталих држава, већ се задржава на томе да основ не сме бити у супротности са принудним прописима или моралу друштва.<sup>1217</sup>

У Босни и Херцеговини и Србији, државама у којима је на снази новелирани ЗОО из 1978. године, одредбе о основу или каузи су мењане само у делу који се тиче дефинисања недопуштеног основа. Основ је недопуштен уколико је противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима. Изузетак у овом смислу је одреба ЗОО Федерације БиХ, по коме је основ недопуштен ако је противан Уставу Републике Босне и Херцеговине<sup>1218</sup>, принудним прописима те моралу друштва,<sup>1219</sup> по коме овај ентитет у оквиру Босне и Херцеговине прати нормативна решења осталих пост-југословенских држава.

Преднацрт ГЗ Србије остаје привржен каузалистичком кругу европских права. Предлог новог нормативног текста посвећеног каузи, основу обавезе, у већој мери одржава решења која је пре више од пола века представио професор Константиновић у својој Скици законика о облигацијама и уговорима. Преднацрт чак на појединим местима задржава формулацију „правни основ”, који је у каснијим расправама често оспораван као недовољно јасан с обзиром да услед сличности у називима може указивати на *titulus*.

---

Побудите од кои е склучен договорот не влијаат врз неговата полноважност. Ако недозволената побуда суштествено влијаела врз одлуката на едниот договарач да го склучи договорот и ако другиот договарач тоа го знаел или морал да го знае, договорот ќе биде без дејство. Договорот без надомест нема правно дејство и кога другиот договарач не знаел дека недозволената побуда суштествено влијаела врз одлуката на неговиот содоговарач.” – член 43–45 македонског ЗОО.

<sup>1216</sup> „Vsaka pogodbeno obveznost mora imeti dopustno podlago (razlog). Podlaga je nedopustna, če je v nasprotju z ustavo, s prisilnimi predpisi ali z moralnimi načeli. Domneva se, da ima obveznost podlago, čeprav ta ni izražena. Če ni podlage ali je ta nedopustna, je pogodba nična.

Nagibi, iz katerih je bila pogodba sklenjena, ne vplivajo na njeno veljavnost. Če pa je nedopusten nagib bistveno vplival na odločitev enega pogodbenika, da je sklenil pogodbo, in če je drugi pogodbenik to vedel ali bi bil moral vedeti, je pogodba nična. Neodplačna pogodba je nična tudi tedaj, ko drugi pogodbenik ni vedel, da je nedopustni nagib bistveno vplival na odločitev njegovega sopogodbenika.” – člen 39–40 словеначког ЗОО.

<sup>1217</sup> ЗОО ЦГ, чл. 46 ст. 2.

<sup>1218</sup> Република Босна и Херцеговина је држава која је постојала до њеног новог устројства, дефинисаног у Дејтону 1995. године, а по коме држава се са називом Босна и Херцеговина састоји из два ентитета: Републике Српске и Федерације БиХ.

<sup>1219</sup> ЗОО Федерације БиХ, чл. 51 ст. 2.

Према предложеном тексту Преднацрта ГЗ Србије предвиђене су одређене измене у односу на одредбе ЗОО. Свака уговорна обавеза мора имати дозвољен основ, те је ништава обавеза чији је основ противан принудним прописима, јавном поретку, добрим обичајима или моралу. Претпоставља се да обавеза има правни основ иако није изражен, *али ако основ не постоји, обавеза је без дејства*. Додата су три нова става. Кад се утврди да је основ неистинит, уговор ће остати на снази само ако се иза неистинитог основа налази неки дозвољен основ. Нема сагласности и уговор је без дејства ако је један уговорник био у заблуди о основу.<sup>1220</sup>

Побуде из којих је уговор закључен према одредбама Преднацрт ГЗ Србије не утичу на његову пуноважност. Али, ако је побуда противна неком принудном законском пропису, јавном поретку, добрим обичајима или моралу, а из самог уговора или прилика у којима је закључен види се да је она пресудно утицала на једног уговорника да закључи уговор и да је то други уговорник знао или морао знати, уговор ће бити без дејства. Уговор без накнаде не производи никаква правна дејства и кад други уговорник није знао да је недозвољена побуда која је одлучила његовог сауговорника.<sup>1221</sup>

Нормативно одступање од овако устаљеног оквира каузе проналазимо једино у хрватском праву. Хрватско право је у целости изоставило раније одредбе о каузи, односно основу обавезе.<sup>1222</sup> Једина норма која је у том смислу задржана, односи се на уређење побуде за закључење уговора.<sup>1223</sup> Прва три става члана који нормира питање побуда у целости одговарају решењима из ЗОО. Тако, и у хрватском праву побуде из којих је уговор закључен не утичу на његову пуноважност, осим када је недопуштена побуда једне стране за коју је друга знала или морала знати битно утицала на њену одлуку да закључи теретни уговор, па је у том случају он без дејства. Доброчини уговор је без дејства и у случају да таквог сазнања друге стране није било. Поједини хрватски аутори закључују како околности да се хрватски законодавац определио за задржавање одредбе која уређује утицај побуде за закључење уговора сугерише како се тиме уместо раније

<sup>1220</sup> Преднацрт ГЗ Србије, чл. 198.

<sup>1221</sup> Преднацрт ГЗ Србије, чл. 199.

<sup>1222</sup> ЗОО, чл. 51 и 52.

<sup>1223</sup> „Pobude iz kojih je ugovor sklopljen ne utječu na njegovu valjanost. Ali ako je nedopuštena pobuda bitno utjecala na odluku jednog ugovaratelja da sklopi ugovor i ako je to drugi ugovaratelj znao ili morao znati, ugovor će biti bez učinka. Besplatni ugovor nema pravni učinak i kad drugi ugovaratelj nije znao, ni morao znati da je nedopuštena pobuda bitno utjecala na odluku njegova suugovaratelja. Odredba o nedopuštenosti činidbe primjenjuje se i na pobude za sklapanje ugovora.” – Хрватски ЗОО, чл. 273.

неокласичне, односно мешовите теорије о каузи, која је пратила основ обавезе ЗОО, савремено хрватско право сврстало у круг држава које су прихватиле субјективни концепт каузе.<sup>1224</sup>

У оквиру датог члана хрватског ЗОО додат је нови, четврти став по коме се одредбе о недопуштености предмета обавезе (чинидабе) примењују и на побуде за закључење уговора. Предмет обавезе је према датим одредбама недопуштен уколико је противан Уставу Републике Хрватске, принудним прописима или моралу друштва.<sup>1225</sup>

Непостојање одредаба о основу обавезе у хрватском ЗОО, међутим, не дозвољава закључак како су разлози због којих су стране закључиле уговор без утицаја на његову ваљаност. Наиме, у оквиру хрватске правне мисли примећено је како одређени уговори, по себи узевши, не могу настати уколико немају *основ*.<sup>1226</sup> Идеја „унутрашње каузе”, се још у оквиру југословенског права повезивала са начином на који француска доктрина дефинише каузу у објективном смислу.<sup>1227</sup> Тако је код уговора о продаји „унутрашњи” основ обавезе продавца (предаја ствари) ништа друго до обавеза купца (исплата цене), и обрнуто. Другим речима, основ обавезе и битни састојци уговора се код ових уговора могу означити за подударне појмове. У том смислу, околност да је нови хрватски системски пропис о облигационим односима изоставио раније одредбе о основу обавезе, не мења много на ствари код уговора са унутрашњом каузом с обзиром да брисани чланови код пре свега теретних уговора нису ни раније представљали услов неопходности присуства основа преузете обавезе. Разлике у односу на напуштени нормативни оквир, међутим, могу се довести у везу са тзв. „спољашњом каузом”, те апстрактним правним пословима.<sup>1228</sup>

Важно је истаћи како је у оквиру пост-југословенског правног простора изражено структурално повезивање јавног поретка и концепта допуштености основа обавезе. Продор јавног интереса у сферу приватноправног уговорног односа извршено је на начин који је у великој мери сузио допуштено поље „струјања” аутономије воље. Овако наглашена превага јавног над приватним у оквиру теорије каузе не може се приметити у осталим правним системима каузалистичког круга. Југословенски правни простор је у том

---

<sup>1224</sup> Nikšić, S., 2006b, Utjecaj razloga za preuzimanje obveze na valjanost pravnih poslova, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, god. 56, br. 6, str. 1843.

<sup>1225</sup> Хрватски ЗОО, чл. 27.

<sup>1226</sup> Nikšić, S., 2006b, str. 1837.

<sup>1227</sup> *Коментар Закона о облигационим односима*, редактори: Благојевић, Б., Круљ, В., Савремена администрација, Београд, 1983, стр. 179–180.

<sup>1228</sup> Nikšić, S., 2006b, str. 1837.

смислу усамљен у Европи. Један од могућих разлога ове намераване неравнотеже интереса у корист оног друштвеног или општег, а на уштрб индивидуалног или приватног, могуће је открити у неравноправној борби коју је у време доношења обједињеног прописа о облигацијама, југословенска цивилистика у целини узевши морала да води са водећим идеолошким представама тога доба.

Централни мотив југословенског законодавства након Другог светског рата било је његово обавезно усаглашавање са вредностима класне борбе и социјалистичког самоуправљања. Професор Благојевић описујући ЗОО у време његовог доношења истиче како, „Рад и резултати рада постају основне категорије друштвеног система и друштвених односа. Правна правила која регулишу те основне категорије постају темељи нашег правног система, па према томе представљају, ако треба да се послужимо аналогijом са ранијим системом, и допунска правила за све друге правне односе.”<sup>1229</sup> Сличне ставове проналазимо и код професора Ђуровића и Орлића: „Концепција ЗОО је од самог почетка била да то буде закон који ће доследно одразити потребе нашег социјалистичког самоуправног друштва на савременој етапи развоја.”<sup>1230</sup>

Цитирани ставови уважених београдских професора не смеју се тумачити као израз њихове идеолошке острашћености. Пре свега, ради се о покушајима пажљивог аргументовања у оквиру шире намере да се грађанско право социјалистичке Југославије поштеди од експеримената совјетског типа, односно да се у њему сачувају основне вредности цивилистике које европске цивилизације баштине још од времена римског права. У том смислу, може се закључити како је интересна неутралност француске кауза намерно жртвована, не би ли се у њеним нијансама сугерисала могућност продора државне интервенције у приватне облигационоправне односе, у случају ако би дошло до потребе за таквим продором, из ма код разлога.

#### 5.4. Основ обавезе из ЗОО и енглески *consideration*

У оквиру домаће правне литературе заокружени упоредноправни приказ односа домаће каузе и енглеске доктрине *consideration* понудио је професор Антић<sup>1231</sup>. У наставку следи приказ те анализе. Антић пре свега указује како је време настанка енглеског појма

<sup>1229</sup> Благојевић, Б., 1978, Закон о облигационим односима у светлости свога времена, *Анали*, 3–5, стр. [227].

<sup>1230</sup> Ђуровић, Р., Орлић, М., 1978, Од Општег имовинског законика до Закона о облигационим односима, *Анали*, 3–5, стр. 246.

<sup>1231</sup> Antić, O., 2005, str. 821–856.



*consideration* подударно са продором идеје консенсуализма на простор континенталне Европе, као једног од предуслова каснијег развоја концепта каузе. *Consideration* је, према мишљењу професора Орлића, у оно време највероватније означавао побуде, разлоге, мотиве који су подстакли једно лице да некоме нешто обећа.<sup>1232</sup> Временом је кроз велики број судских одлука ова побуда за закључење уговора, постала и повод, разлог, односно одлучујући утицај који је навео некога да закорачи у уговорни однос. Као последица, настало је правило како су утужива само она обећања која су имала смислени разлог обвезивања, односно озбиљан мотив или разлог. У круг разумних разлога обавезивања сврставани су како накнада, односно противнакнада, тако и какво друго обећање, односно противобећање. Дакле, све оно што може бити предмет обавезе: давање, чињење, нечињење, трпљење. У овом смислу, закључује професор Антић, енглески *consideration* одговара суштини појма континенталне каузе. Сличности између ова два института присутна су према времену настанка, па се тако оба заснивају на истој идеји: у условима ишчежавања строгих уговорних форми било је неопходно пронаћи разлику између утуживих и неутуживих обећања. У датом смислу евидентна је концепцијска сличност ова два термина. Такође, и кауза и *consideration* могу бити немогући, непостојећи, недопуштени у ком случају деле исту правну последицу апсолутне ништавости. Коначно, оба института прати скуп сличних аргумената оштре критике којима су изложени.

Поред сличности, свакако, између ова два института постоје и одређене разлике. У оквиру *common law* система *consideration* не представља услов утуживости добродиног обећања датог у одређеној форми. Такође, уколико је неко добровољно испунио своје обећање, без присуства мане воље, без обзира што такво обећање није имало свој узвратни *consideration*, такво располагање се не може опозвати, а стицалац задржава корист без обзира што узвратне обавезе није било.<sup>1233</sup>

*Consideration* је за лице које нешто обећа, дакле, жељена противпрестација. У овом делу се овај институт енглеског права поклапа са каузом. Међутим, *consideration* не мора бити адекватна противпрестација на начин на који је то потребно код континенталних синалагматичких уговора. Дато обећање је обавезујуће и уколико је контрапрестација тривијална, чак симболична. Антић у овоме види једину суштинску разлику између ова два института.<sup>1234</sup> Ипак, ова разлика по његовом мишљењу није непремостива. Диспропорција у вредностима узајамних престација и код европско-континенталне породице

<sup>1232</sup> Орлић, М., 1993, *Закључење уговора*, Београд, Институт за упоредно право, стр. 168.

<sup>1233</sup> Antić, O., 2005, str. 842.

<sup>1234</sup> *Ibid.*

права може бити правно ваљана, као у случају афекционе вредности, ради постизања поравнања, или услед намере дарежљивости. Чини се да енглески судови, након што утврде непобитно присуство озбиљне воље уговорних страна, претпостављају како и уговорена несразмера у престацијама има своје озбиљне разлоге. Континентална права један од таквих озбиљних разлога, примера ради, препознаје у намери дарежљивости.

Како су улога, циљ и последице обе установе подударни, могуће их је описати као две *esturpe* једне универзалне *archetypae*. Апроксимација је минимална и задржава се више у појавном облику, него у суштини функције. Кауза и *consideration* засновани су на истој основној идеји уговора, а то је поштовање човека као рационалног бића: рационално биће располаже својом имовином на рационалан начин, док ирационално располагање подлеже правилима о неважности правних послова, закључује професор Антић.<sup>1235</sup>

Супротно мишљење изнео је професор Небојша Јовановић. Према његовом закључку *consideration*, или како га он означава „противчинидба у енглеском уговорном праву није кауза (разлог) уговора српског права, јер енглеско право не поставља каузу као услов настанка и пуноважности уговора, као што то чини српско право, пошто то у енглеском праву није битно. У енглеском праву је за постојање и пуноважност уговора битно само да ли једна страна у споразуму обећава неку противчинидбу другој страни, за корист коју од ње прима. Та противчинидба је услов настанка и пуноважности уговора, јер споразум није уговор ако не предвиђа чинидбу (противчинидбу) за обе стране, те није правно заштићен. То значи да стране у таквом споразуму не могу судским путем да остваре своје захтеве од њега.”<sup>1236</sup> У енглеском праву није од значаја да ли је противчинидба једне стране циљ односно разлог због који је друга страна са њом закључила дати уговор. Уговор је пуноважан и када једна страна противчинидбом не постиже било какав циљ, дакле када њена обавеза нема каузу, или постиже другачији циљ од онога који би по општем мишљењу требао да постигне, закључује Јовановић.<sup>1237</sup>

Сличног је става и професор Дудаш. Он наводи како „*consideration* у англосаксонском праву није пандан европској, тачније француско-романској теорији о каузи уговора.”<sup>1238</sup> Сврха енглеског института је врло једноставна и врло прагматична. Она се исцрпљује у успостављању критеријума за разликовање природних облигација од оних

<sup>1235</sup> *Ibid*, str. 840–844.

<sup>1236</sup> Јовановић, Н., 2015, стр. 30–31.

<sup>1237</sup> *Ibid*, стр. 31.

<sup>1238</sup> Дудаш, А., 2006, Појам *consideration*-а у англосаксонском праву, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3, стр. 451.

који уживају судску заштиту. Континентална кауза, како је разуме француско право, па самим тим и југословенско, односно српско, има далеко већи значај од тога. Цитирајући Кеца и Флеснера, Дудаш истиче како француска кауза представља „тоталитет циљева уговорних страна и мотива којима се оне руководе приликом закључења уговора”<sup>1239</sup> Сличности између два института он препознаје у идентичном појмовном одређењу. Код теретних уговора, и кауза и *consideration* се објашњавају међусобном условљеношћу престација. У случају добротних уговора деле став о непостојању такве условљености. Међутим, према његовом мишљењу, битна разлика између два института је у функцији коју остварују у праву. Континентална кауза пружа заштиту како приватним интересима, тако и оним општим кроз појам забрањене каузе. *Consideration* нема ни приближни значај када се ради о заштити јавних интереса – њиме се просто не остварује заштита јавног поретка. *Consideration* је за Дудаша пука вододелница између утуживих и неутуживих споразума.<sup>1240</sup>

## 5.5. Закључак

Примарни методолошки оквир ове упоредноправне анализе почива на два централна елемента. Први се тиче предмета истраживања. То је *consideration* енглеског уговора. Како је тај уговор увек теретан, чак синалагматичан, а никада добротин<sup>1241</sup>, поље истраживања је тиме сужено на сферу теретних уговора европско-континенталне породице права. Околност да поред оних теретних, континентална права познају и добротине уговоре није од посебног значаја. Други основни принцип овог истраживања огледа се у одабраном функционалном концепту компарације.

Мишљења смо да аргументи изнети у прилог закључка да *consideration* и основ обавезе Закона о облигационим односима не представљају подударне институте, уколико се сагледају из угла одабраног методолошког обрасца, захтевају неколико коментара. Примедба како *consideration* за разлику од каузе не представља основ обавезе, односно услов утуживости добротних уговора, иако сама по себи валидна, не може се сматрати за релевантну у ситуацији када је добротини уговор континенталних права ван сфере истраживања. Основ обавезе добротиног обећања у енглеском праву је форма – *deed*.

<sup>1239</sup> *Ibid*, стр. 452.

<sup>1240</sup> Дудаш, А, 2011, стр. 112;

<sup>1241</sup> Изузеци од принципијелног става о одсуству добротних уговора које проналазимо у енглеском праву, као што су *promissory estoppel* или *practical benefit*, представљају типичне готово узгредне појаве које зарад академске честитости морамо сврставати у ред оних изузетака који потврђују опште правило.

Такво обећање није део *common law* уговора, већ једнострана изјава воље. Иако сличности са домаћим правом у овом смислу нема, треба подсетити на примере из упоредног права како је пуноважност преузете обавезе у оквиру континенталних добротних уговора у појединим правима условљена управо формом – овером од стране јавног бележника или суда. Паралеле са енглеским институтом *deed* су несумњиве. Слична нормативна решења нису била далеко ни од нашег права.<sup>1242</sup>

Када се анализира однос доктрине *consideration* и каузе домаћег теретног, чак уже – синалагматичког уговора, сматрамо да не може а да се не примети како између та два института стоји јасан знак једнакости. Излиставање дефиниција којима ЗОО нормира своје теретне уговоре јасан је аргумент у прилог ове тврдње. Примера ради, уговором о продаји обавезује се продавац да пренесе на купца право својине на продату ствар и да му је у ту сврху преда, а купац се обавезује да плати цену у новцу и преузме ствар.<sup>1243</sup> Уговором о размени сваки уговарач се обавезује према свом сауговарачу да пренесе на њега својину неке ствари и да му је у ту сврху преда.<sup>1244</sup> Уговором о закупу обавезује се закуподавац да преда одређену ствар закупцу на употребу, а овај се обавезује да му за то плаћа одређену закупнину.<sup>1245</sup> Уговором о делу посленик (предузимач, извођач радова) обавезује се да обави одређени посао, као што је израда или оправка неке ствари или извршење неког физичког или интелектуалног рада и сл, а наручилац се обавезује да му за то плати накнаду.<sup>1246</sup>

Приликом нормирања појма именованих теретних уговора, ЗОО их је дефинисао путем каузе. Мишљења смо да у складу са својим законским дефиницијама, ниједна од кауза именованих теретних уговора ни по чему није ни шира, ни квалитетнија, нити је апстрактнија или свеобухватнија од енглеског института *consideration*. Цитиране одредбама ЗОО уједно су део коментара који се односи на примедбу да је *consideration* правни институт који је садржински оскуднији од основа обавезе ЗОО. Као што је већ примећено, за каузу домаћег теретног уговора не може се рећи да је на било који начин појмовно или функционално екстензивнија од енглеског *consideration*.

<sup>1242</sup> Већ је указано на одредбу предвиђену у Предоснови грађанског законика Краљевине Југославије (§ 930): „Усмено склопљен уговор о даривању без праве предаје дароване ствари не вреди. За ваљаност уговора без праве предаје тражи се јавнобележнички акт.”

<sup>1243</sup> ЗОО, чл. 454

<sup>1244</sup> ЗОО, чл. 552.

<sup>1245</sup> ЗОО, чл. 567.

<sup>1246</sup> ЗОО, чл. 600.

У том смислу указујемо на пример којим илуструјемо ову поставку. Правни институт супружник или муж кувајтског породичног права апсолутно је подударан истоименом правном институту српског породичног права, без обзира на околност да у Кувајту он у себи подразумева много шири правни однос, него што је то случај са истим институтом у домаћем праву. Наиме, кувајтски *муж* може да ступи у правни однос са институтом *супруга*<sup>1</sup>, *супруга*<sup>2</sup>, *супруга*<sup>3</sup>, те *супруга*<sup>n</sup>, док онај српски ступа у правни однос само са институтом *супруга*. Идентична упоредноправна подударност постоји између српског института *муж* и холандске установе истог назива, чак и у ситуацији када холандски муж наспрам себе нема институт *супруга*, већ установу која се зове исто као и он: *муж*. Иако у наведеним случајевима српско право не може да користи појам *супружник* (осим можда *суложник*) дати институт је апсолутно подударан са институтом истог назива кувајтског, односно холандског права. Околност да јавни поредак, општи друштвени интерес домаћег права не дозвољава идентичне праксе или правне односе (многоженство, истополни брак) није од утицаја на неспорну појмовну подударност датог правног института. Управо наведена тврдња део је коментара који се тиче аргумента у прилог неподударности установе *consideration* и кауза услед околности да дати *common law* институт у себи не садржи димензију јавног поретка.

Сматрамо да као што постоји разлика између јавног поретка Кувајта, Србије и Холандије по питању каталога правно могућих брачних односа, на сличан начин постоји разлика и између јавног поретка Србије и Уједињеног Краљевства у сфери уговорног права. Један од примера те разлике тиче се диспропорције између института *consideration* и кауза по питању разлике у вредностима узајамних давања уговорних страна. Начело еквивалентности је у домаћем праву уздигнуто на ниво јавног поретка. Евидентно је како енглеско уговорно право једнаку вредност узајамних давања уговорних страна не перцепира на исти начин. Одабир да се примарни значај у сфери уговора додели начелу аутономије воље, довело је до тога да економска равнотежа уговора не спада у круг питања о којима Круна може да одлучује *ex officio*. Са друге стране, српско право је простор личне слободе уговорних страна у овом смислу сузило. Указали смо да околност да јавни поредак Србије и јавни поредак Кувајта другачије перцепирају питање императивне брачне равнотеже не утиче на концептуалну подударност установе *супружник* у та два правна система. Мишљења смо да на исти начин разлике у начину на који се посматра захтев економске равнотеже између енглеског и српског уговора не представља аргумент у прилог тврдње о неподударности установка *consideration* и *основ* обавезе из ЗОО.

Функционална разлика између енглеског *consideration* и домаће каузе уочена је у одсуству улоге заштитника јавног поретка.<sup>1247</sup> Сматрамо да ова тврдња није одржива. Пре свега, као што смо видели енглески *consideration* одиста не штити јавни поредак како га разуме српско право (једнака вредност узајамних давања, начело савесности и поштења, и оване слично). Међутим, ниједна установа енглеског права не треба да штити наш јавни поредак, већ искључиво онај у коме представља део позитивног права. Англо-амерички правни екосистем не познаје императив економске равнотеже уговора. Како смо видели, то није саставни део јавног поретка ни доброг дела континенталне Западне Европе, као што су јавни поредак Немачке и Француске. Такав императив постоји у домаћем систему, па је задатак наших правних института да га верно одражавају. Како код института *супружник*, тако и код института *кауза*.<sup>1248</sup>

Сматрамо да се може аргументовано тврдити како институт *consideration* управо штити јавни поредак Уједињеног Краљевства. Његова основна карактеристика је да његово постојање представља услов утуживости уговорне обавезе. Другим речима, механизми државне принуде, као дела јавног поретка англо-америчког света, се у уговорни однос укључују само у оним случајевима када је услов *consideration* задовољен. Како својим присуством управо обезбеђује ангажовање механизма државне принуде, *consideration* директно штити јавни поредак у коме се као основна друштвена вредност сматра континуирани и ефикасни привредни промет.

Као додатни аргумент у прилог тврдње о неподударности каузе и енглеске доктрине *consideration* наводи се околност како би *common law* уговор био пуноважан и ако једна страна не би постигла било какав циљ, дакле када њена обавеза нема каузу, или не постиже циљ који би по општем мишљењу требала да постигне.<sup>1249</sup> Мишљења смо како спроведена упоредноправна анализа каузе теретног уговора ЗОО и енглеске доктрине *consideration* не подржава овако формулисани закључак. У оба правна система, циљ теретног уговора је извршење престације друге уговорне стране „у замену” за ону на коју се обавезала она прва. Разлике у императивним нормама између српског и енглеског

<sup>1247</sup> Дудаш, А, 2011, стр. 112

<sup>1248</sup> Појмовно одређење правних установа – брак, кауза, *consideration* – не мењају своју суштину код сваке промене јавног поретка. Биће правне установе *запослени* у српском праву данас и из времена *радника* Закона о удруженом раду није измењено, без обзира што је у међувремену дошло до оштре промене јавног поретка. Коначно, ни правни институт *својина* није у југословенском праву изменио своју суштину само због тога што је он 1962. године у приватноправним односима био несразмерно ређе заступљен него свега три деценије раније, 1932. године.

<sup>1249</sup> Јовановић, Н., 2015, стр. 30–31.

права, а које утичу на обим и врсту допустивих обавеза не мењају суштину ова два института који се пореде.

Сматрамо да, на основу изложених аргумената, основано се може закључити како *основ – кауза* теретног уговора из ЗОО и енглеска доктрина *consideration* формирају неспоран упоредноправни еквивалент.

**ГЛАВА 4**  
***CONSIDERATION* У ПРАКСИ ВАН ЕНГЛЕСКОГ**  
**ПРАВНОГ ПОДРУЧЈА**



## 1. ПРОБЛЕМИ ПРИМЕНЕ СТРАНОГ ПРАВА ПРИЛИКОМ ОДЛУЧИВАЊА

У складу са основним правилима међународног приватног права, форум надлежан за доношење ауторитативне одлуке са иностраним елементом примењује национална правила поступка, односно оно процесно право које иначе користи у свом раду – *lex fori*. Међутим, након што утврди меродавно право у конкретном случају, суд може бити у обавези да примени њему страно материјално право. Одредбе туђег права не само да органу поступка најчешће нису познате, већ му је неретко садржину, а нарочито смисао норми на основу којих је обавезан донети одлуку веома тешко сазнати.

Један од концептуалних проблема код примене страног права тиче се чињенице како национална процесна и материјална права творе једну заокружену, узајамно комплементарну целину. Примера ради, приликом доношења домаће пресуде, *наши* судови примењују одредбе *наших* процесних закона који се у целости ослањају на садржину и смисао *наших* материјалноправних норми. Дати прописи „раме уз раме” формирају усаглашени идејни склоп што примену њихових појединачних института чини смисленом. У ситуацији када се кроз филтер домаћег процесног права морају апстраховати и применити одредбе туђег материјалног права наилазимо на ризик битног концептуалног одступања. Ова околност у значајној мери може да утиче на квалитет донете одлуке.

Без потребе за нарочитом аргументацијом, евидентно је како назначена нормативна одступања попримају додатну димензију приликом сусрета континенталног форума и *common law* материјалног права, што је околност од посебног значаја у оквиру овог истраживања. У том смислу наилазимо и на нешто значајнији проблем код примене страног материјалног права. Наиме, изразито је тешко применити одредбе страног права у ситуацији када право земље суда уопште не познаје правни институт на кога се

конкретан спор односи. Један од најчешће навођених примера ове врсте, везано за одступања између континенталних и *common law* права, свакако је англоамерички институт *trust*.

### 1.1. Специфичности грађанског поступка са иностраним елементом

Специфичност парничног поступка са иностраним елементом огледа се у два сета основних питања. Први се тиче утврђивања оквира предмета доказивања, односно оних радњи суда и парничних странака неопходних за доношење правилне ауторитативне одлуке. У овом смислу, као ствар од значаја за суд је питање начина утврђивања, те правилног разумевања и тумачења меродавног права за одређени правни однос. Други сегмент указује на процесни значај које сазнање страног права има у оквиру појединог поступка. Конкретно: да ли суд страно право доживљава као *ius* или као *factum*.

#### 1.1.1. Предмет доказивања у грађанском поступку са иностраним елементом

Централни задатак суда у току парничног поступка није нимало једноставан. Након што се сусретне са тврдњом тужиоца и контратврдњом туженог, суд мора да одговори на захтеве странака које су изнете пред њега. У том поступку, анализира се држање странака, односно утврђује шта се одиста догодило. Ова сазнања неопходна су за сагледавање правне квалификације тако утврђене стварности. Чињенична грађа којом суд располаже базира се на наводима странака, односно на радњама којима суд самостално испитује истинитост њихових навода.<sup>1250</sup> Правила поступка која се односе на примену материјалног права, начин извођења доказа, терет доказивања, законске претпоставке, вештачење, доказивање путем исправа, трошкове извођења доказа, и оворе слично, у парничном поступку са иностраним елементом захтевају одређене корекције у односу на устаљену праксу суда.<sup>1251</sup>

Правна теорија познаје четири групе чињеница у поступку са иностраним елементом. Прве свега, то су чињенице које се могу доказивати свим доказним средствима. У ову групу спадају изјава воље, виша сила, повреда уговора. Другу групу чине чињенице за које су неопходне јавне исправе страних органа, попут доказа о рођењу, смрти,

<sup>1250</sup> Старовић, Б., Кеча, Р., 1995, *Грађанско процесно право*, Нови Сад, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, стр. 211.

<sup>1251</sup> Kitić, D., 2017, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd, Pravni fakultet Univerziteta Union / Službeni glasnik, str. [266].

држављанству или извода из бродског регистра. Следећа група чињеница проверава се у сарадњи са надлежним страним органом. У ову категорију спадају утврђивање очинства, вештачење узрока саобраћајне несреће која се догодила у иностранству, и томе слично. У четврту групу чињеница спадају оне које доводе до настанка или престанка правног односа на основу поступка који се води или се водио пред иностраним органом. Овде спадају, примера ради, закључење или развод брака, одлука суда у спору који је раније започет и окончан у иностранству, и овоме слично.<sup>1252</sup>

Правила терета доказивања у случају спора поводом одређеног уговорног односа, према општем правилу, прате процесно право земље суда. Међутим, у складу са начелом аутономије воље, стране могу независно, самим уговором да предвиде одређене претпоставке или правила о томе на коме лежи терет доказивања у сваком конкретном случају. У том смислу, може се десити да правила терета доказивања прате одредбе националног права које је на основу самог уговора или колизионе норме утврђено за меродавно. Доказивање постојања уговора врши се на начин предвиђен правом државе суда или према праву државе на основу ког је дати уговор пуноважан у погледу форме, под условом да се такав доказ може извести пред судом.<sup>1253</sup>

### 1.1.2. Меродавно право код уговорних односа

Приликом утврђивања меродавног права у сфери уговорних односа, основно је правило да се предност даје аутономији воље страна. Дакле, примарна тачка везивања код правила о сукобу закона јесте воља самих страна – *lex voluntatis*. Ова тачка везивања је основна, па самим тим и уобичајена. Стране својим одабиром меродавног права отклањају не само примену диспозитивних, већ и императивних норми уговорног права државе суда. Изузетак у том смислу чине императивне норме које чине део јавног поретка као и норме тзв. непосредне примене земље суда<sup>1254</sup>. Стране могу одабрати меродавно право за цео уговор, или само за неки његов део. Уговорне стране могу предвидети примену различитих права у оквиру истог уговора. Ова пракса позната је као „цепење уговора” – *dépeçage du contrat*.<sup>1255</sup> Након закључења уговора, могуће је споразумом

<sup>1252</sup> Pak, M., 1983, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd, IRO Svetozar Marković, str. 130-131.

<sup>1253</sup> Kitić, D., 2017, str. 212.

<sup>1254</sup> Примера ради, француски Грађански Законик прописује како су закони о реду и безбедности обавезујући за сва лица настањена на њеној територији. „Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire.” – Art. 3(1) *Code civil*.

<sup>1255</sup> Lagarde, P., 1975, Le 'Dépeçage' dans le droit international privé des contrats, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Vol. 11, No. 4, p. 649.

изменити већ учињени избор меродавног права. Ова промена неће бити од утицаја на његову формалну пуноважност.

Одабир меродавног права уговорне стране врше изричито, одредбом уговора којом прецизирају право државе на основу кога уређују свој уговорни однос, док се пређутан избор утврђује на основу осталих одредаба уговора или према околностима случаја. Стране поред одређеног националног права, као меродавна могу одабрати и правила међународних организација, попут *Incoterms* правила Међународне трговинске коморе (*Incoterms ICC 2010*), UNIDROIT Принципе о уговорима у међународној трговини, или пак Начела европског уговорног права, Аутономија воље код одабира меродавног права може имати одређена ограничења. Тако је у српском праву код уговора који се односе на непокретности искључиво меродавно право државе на чијој се територији дате непокретности налазе.<sup>1256</sup> У оквиру комунитарног права, примера ради, Уредбом бр. 593/2008 познатијом као Рим I, прописано је како код уговора о превозу путника, као меродавно право стране могу одабрати право државе у којој путник или превозник има уобичајено боравиште, државе у којој је седиште превозника, као и државу поласка или одредишта путовања.<sup>1257</sup>

У случају да стране нису одабрале меродавно право, на дати уговорни однос се примењује право оне државе са којом је он у најближој вези. Ова стварна, најближа веза одређује се на основу околности случаја. Национални прописи који уређују питања из домена међународног приватног права најчешће садрже прописе који нормирају претпостављену најближу везу одређеног права и датог уговорног односа. Домаће право за дванаест карактеристичних престација предвиђа најближу везу одређеног типа уговора са појединим националним правом. Тако је, примера ради, код уговора о продаји покретних ствари то право места где се у време пријема понуде налазило пребивалиште или седиште продавца<sup>1258</sup>, код уговора о зајму меродавно је право места где се у време пријема понуде налазило пребивалиште или седиште зајмодавца<sup>1259</sup>, и овоме слично. Суд је у

<sup>1256</sup> Чл. 21 Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља *Сл. лист СФРЈ*, бр. 43/82 и 72/82; *Сл. лист СРЈ*, бр. 46/96; и *Сл. гласник РС*, бр. 46/2006 – др. закон.

<sup>1257</sup> „The parties may choose as the law applicable to a contract for the carriage of passengers in accordance with Article 3 only the law of the country where: (a) the passenger has his habitual residence; or (b) the carrier has his habitual residence; or (c) the carrier has his place of central administration; or (d) the place of departure is situated; or (e) the place of destination is situated.” – Art. 5(2) *Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I)*.

<sup>1258</sup> Чл. 20. ст. 1. тч. 1) Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља.

<sup>1259</sup> Чл. 20. ст. 1. тч. 8) Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља.

могућности да одступи од законске претпоставке најближе везе уговора по начелу проксимитета, на основу свих околности случаја.

Када се ради о праву меродавном за питања везана за закључење уговора, сматра се да је то право оне државе где је уговор закључен. Ово правило познато, као *locus regit actum*, све до краја XIX века било је примењивано као императивна колизиона норма. Међутим, развојем идеје консенсуализма, добила је факултативни облик заснован на идеји формирања колизионог правила којим се подстиче очување правног посла – *in favorem negotii*.<sup>1260</sup> Право меродавно за уговорне односе (*lex contractus*) примењује се само у односу на онај спектар питања и института које колизиона норма обухвата. Опредељено меродавно право, уколико није шта друго предвиђено, уређује садржину и тумачење уговора, питања везана за испуњење уговорних обавеза, те последице потпуног или делимичног неиспуњења, начин одмеравања уговорне штете, начине престанка уговора, питање застарелости, преклузивне рокове, последице ништавости, тренутак преласка ризика пропасти покретних ствари, и овоме слично.<sup>1261</sup>

Питање постојања и пуноважности уговора, такође, спада у ред околности које се дефинишу у складу са меродавним правом. Код ових питања може се радити и о претпостављеном меродавном праву уколико се оспорава ваљаност правног посла. Примера ради, у случају одабира енглеског права као меродавног, уговор би се сматрао закљученим оног дана када је понуђени своју изјаву о прихвату понуде предао на пошту свом пословном партнеру у Србији, без обзира што се писмо у међувремену загубило.

Према примеру који даје професор Китић, ствар је донекле компликованија уколико би се након што је послао понуду за закључење уговора о продаји покретних ствари у којој је као меродавно означено енглеско право, понудилац-купац (Енглез) преодомислио пре него што је понуда стигла до понуђеног, а понуђени-продавац (Србин) изјаву о прихвату понуде послао пре него што је примио њен опозив. Енглеско право дозвољава опозив понуде све до тренутка њеног прихвата, док би се према српском праву уговор сматрао закључен, имајући у виду да се понуда учињена писмено може опозвати само ако је понуђени изјаву о повлачењу понуде примио пре него је понуду примио или најкасније истовремено са понудом.<sup>1262</sup> Начела о избору меродавног права у међународним трговинским уговорима према правилима Хашке конвенције за међународно приватно право предвиђају како се избор меродавног права не може оспоравати само на основу

<sup>1260</sup> Kitić, D., 2017, str. 207-208.

<sup>1261</sup> *Ibid*, str. 210-211.

<sup>1262</sup> Чл. 36, ст. 2 ЗОО.

чињенице да уговор на који се примењује изабрано право није пуноважан.<sup>1263</sup> То значи да би се у датом случају применило енглеско право. Како према енглеском праву у наведеном примеру уговор о продаји није закључен, није дошло ни до споразума о избору меродавног права који је његов саставни део. У тој ситуацији, српски судови би питање меродавног права даље решавали на основу домаћих прописа. Како се у одсуству одабира меродавног права према релевантним законским одредбама<sup>1264</sup> код уговора о продаји покретних ствари примењује право према месту у коме се у време пријема понуде налазило седиште продавца, према закључку професора Китића, меродавно право би било српско.<sup>1265</sup>

### 1.1.3. Страно право: *ius* или чињеница?

У поступцима са иностраним елементом, примена страног материјалног права је пред поступајуће судове поставила додатну дилему: да ли се правило *iura novit curia* примењује и у ситуацији када суд примењује њему објективно непознато, страно право? Другим речима, да ли суд страно право сазнаје *ex officio*, или је обавеза парничних страна да попут других чињеница релевантних за предмет спора, суду доставе доказе и о садржини страног права на које се позивају? Према преовлађујућем мишљењу, у оквиру европско-континенталне породице права суд страно право сазнаје и примењује по службеној дужности сваки пут када правила међународног приватног права то налажу, док је код енглеских судова примена страног права условљена околношћу да се бар једна од страна у спору на њега позвала, а суд тај њен аргумент усвојио.<sup>1266</sup>

Међутим, анализом праксе појединих континенталних судова, приметна је нешто другачија тенденција. Познати спор из 1959. године<sup>1267</sup> који је вођен пред француским судом тicao се заједничког захтева супружника да им се услед престанка заједничког живота брак разведе, што је суд и учинио. Такву одлуку суд је донео пошто у току поступка парничне странке нису указале на околност да су обоје шпански држављани,

<sup>1263</sup> „A choice of law cannot be contested solely on the ground that the contract to which it applies is not valid.” – Art. 7 *HCCN Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*, approved March 19, 2015. (<https://assets.hcch.net/docs/79a1cb3d-ec3a-435e-a6db-cdb0e8038f08.pdf>, 20. 6. 2022).

<sup>1264</sup> „Ако није изабрано меродавно право и ако посебне околности случаја не упућују на друго право, као меродавно право примењује се: 1) за уговор о продаји покретних ствари – право места где се у време пријема понуде налазило пребивалиште, односно седиште продавца.” – чл. 20 ст. 1 тч. 1) Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља.

<sup>1265</sup> Kitić, D., 2017, str. 211.

<sup>1266</sup> Dolinger, J., 1995, Application, Proof, and Interpretation of Foreign Law: A Comparative Study in Private International Law, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Vol. 12, No. 1, p. 257.

<sup>1267</sup> Cour de cassation, *arret Bisbal*, chambre civile 1, du 12 mai 1959.

те да се према шпанском праву које је у конкретном случају меродавно, њихов брак није могао развести. Касациони суд је потврдио одлуку нижестепеног суда са образложењем да према француским правилима међународног приватног права, на примену страног права суд не пази по службеној дужности, те да је побијана одлука правилна.<sup>1268</sup> Интересантно је да је више од две деценије пре тога, у југословенском праву судска пракса у идентичној ситуацији заузела сасвим супротан став. Одлуком Касационог суда одељења Б у Новом Саду из 1936. године укинута је пресуда Окружног суда у Новом Саду којом је разведен брак двоје чехословачких држављана из разлога што је дату околност првостепени суд пропустио да констатује.<sup>1269</sup>

Наведена судска пракса је у Француској потврђена још неколико пута, да би готово тридесет година касније, 1988. године Касациони суд суштински променио мишљење и у два одлукама<sup>1270</sup> из октобра исте године заузео став по коме француски судови страно право примењују *ex officio* у ситуацијама када правила домаћег међународног приватног права то налажу. Међутим, свега две године касније, исти суд одбија жалбене наводе у којима се претпоставља таква обавези суда, с образложењем како је на меродавност холандског права у датом спору требала указати сама парнична странка која се у жалби на ту околност позива.<sup>1271</sup> На сличан начин је и италијански Касациони суд, након што је 1966. године заузео став како суд има обавезу да се упозна са садржином страног права сваки пут када мора да га примени, убрзо променио мишљење и терет доказивања садржине страног права пренео на странку која се на њега позива.<sup>1272</sup>

Са друге стране, прописи претежног дела европско-континенталне породице права садрже јасне одредбе о обавези суда да норме националног међународног приватног права примењује по службеној дужности. Такву одредбу, примера ради, проналазимо у

---

<sup>1268</sup> „Mais attendu que les règles françaises de conflit de lois, en tant du moins qu’elles prescrivent l’application d’une loi étrangère, n’ont pas un caractère d’ordre public, en ce sens qu’il appartient aux parties d’en réclamer l’application, et qu’on ne peut reprocher aux juges du fond de ne pas appliquer d’office la loi étrangère et de faire, en ce cas, appel à la loi interne française laquelle a vocation à régir tous les rapports de droit privé.” – Cour de cassation, *arrêt Bisbal*, chambre civile 1, du 12 mai 1959.

<sup>1269</sup> Ђундић, П, 2008, Одлуке у области међународног приватног права у пракси Касационог суда у Новом Саду између два светска рата, *Зборник Матице српске за друштвене науке*, 125, стр. 126–127. Разлику у односу на француски случај проналазимо и у чињеници да је новосадски суд развео супружнике који су у време закључења брака били држављани земље суда (Аустроугарске), док је до промене у држављанству дошло не због њиховог досељења, већ околности да су држављани Чехословачке постали услед распада Аустроугарске, а на основу националне припадности.

<sup>1270</sup> Cour de Cassation, *Chambre civile 1*, du 11 octobre 1988, 87-11.198; Cour de Cassation, *Chambre civile 1*, du 18 octobre 1988, 86-16.631.

<sup>1271</sup> Dolinger, J., 1995, p. 231.

<sup>1272</sup> *Ibid*, pp. 232-233.

шпанском праву<sup>1273</sup>, док португалски Грађански законик након што установи обавезу парничне стране да укаже на одредбу локалног или страног права чију примену захтева, успоставља и обавезу суда да се са садржином страног права упозна сваки пут када има обавезу да га примени. У случају да није у могућности да сазна садржину страног права, португалски суд примењује домаће право.<sup>1274</sup> Грчки Закон о парничном поступку прописује како суд по сопственој иницијативи узима у обзир страно право или обичаје које треба да примени, а да се са садржином страног права или обичаја који му нису познати упознаје на начин за који процени да је целисходан, независно од предлога странака.<sup>1275</sup> Мађарски прописи о међународном приватном праву прописују како суд страно право сазнаје и примењује по службеној дужности, у складу са сопственим правилима поступка. У случају да садржину страног права није могуће установити, суд примењује домаће право.<sup>1276</sup>

Српско право прати претежну континенталну нормативу, па је тако прописано<sup>1277</sup> како суд или други надлежни орган по службеној дужности утврђује садржину страног меродавног права, при чему обавештење о страном праву може затражити од републичког<sup>1278</sup> органа надлежног за послове правде. Такође, и странке у поступку могу суду поднети јавну исправу о садржини страног права.

Енглеско право не познаје стандард *iura novit curia*. Суд податке о одредбама страног права сазнаје као и све друге чињеничне наводе странака, у складу са строгом применом акузаторског поступка. Према тамошњој регулативи, веродостојан доказ о садржини страног права чини и изјава лица које је према оцени суда у довољној мери

<sup>1273</sup> „Los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español.” – Art. 12(6) *Código Civil*.

<sup>1274</sup> „Aquele que invocar direito consuetudinário, local, ou estrangeiro compete fazer a prova da sua existência e conteúdo; mas o tribunal deve procurar, oficiosamente, obter o respectivo conhecimento. O conhecimento oficioso incumbe também ao tribunal, sempre que este tenha de decidir com base no direito consuetudinário, local, ou estrangeiro e nenhuma das partes o tenha invocado, ou a parte contrária tenha reconhecido a sua existência e conteúdo ou não haja deduzido oposição. Na impossibilidade de determinar o conteúdo do direito aplicável, o tribunal recorrerá às regras do direito comum português.” – Art. 348 *Código Civil*.

<sup>1275</sup> „Το δικαστήριο λαμβάνει υπόψη αυτεπαγγέλτως και χωρίς απόδειξη το δίκαιο που ισχύει σε αλλοδαπή πολιτεία, τα έθιμα και τα συναλλακτικά ήθη και, αν δεν τα γνωρίζει, μπορεί να διατάξει απόδειξη ή να χρησιμοποιήσει όποιο μέσο κρίνει κατάλληλο χωρίς να περιορίζεται στις αποδείξεις που προσάγουν οι διάδικοι.” Άρθρο 337 – Κώδικας Πολιτικής Δικονομίας.

<sup>1276</sup> „A bíróság a külföldi jogot hivatalból alkalmazza. A bíróság a külföldi jogot annak saját szabályai és gyakorlata szerint értelmezi. A külföldi jog tartalmát a bíróság hivatalból állapítja meg. A külföldi jog tartalmának megállapításához a bíróság bármely eszközt igénybe vehet, így különösen a felek előterjesztéseit, szakvéleményt vagy az igazságügyért felelős miniszter (a továbbiakban: a miniszter) erre vonatkozó tájékoztatását. Ha a külföldi jog tartalma észszerű időn belül nem állapítható meg, akkor a magyar jogot kell alkalmazni. Ha a magyar jog szabályai alapján az adott tényállás nem bírálható el, akkor az alkalmazandó joghoz legközelebb álló külföldi jogot kell alkalmazni.” – §§ 7–8, *A 2017. évi XXVIII. törvény a nemzetközi magánjogról*.

<sup>1277</sup> Чл. 13. Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља.

<sup>1278</sup> У законском тексту стоји: савезног органа.



квалификовано да на основу личног сазнања и искуства укаже на страну регулативу, без обзира да ли је оно у оквиру датог националног права деловало или могло да делује као правник.<sup>1279</sup> Тако је у енглеској судској пракси забележен случај да се о садржини белгијског меничног права суд упознао на основу исказа лондонског хотелијера који је рођен у Белгији и неко време био запослен на бриселској берзи.<sup>1280</sup>

## 1.2. Поједине особености примене страног права приликом одлучивања

Природна је и готово оправдана тенденција суда да се приликом ауторитативног одлучивања о поједином спору готово по аутоматизму приклања свом националном праву. Примена страног права подразумева додатни напор истраживања прописа која суду најчешће нису позната. Истовремено, суд мора сагледати и смисао који страни правни систем придаје конкретним одредбама свог позитивног права. Правну норму није могуће на прави начин разумети уколико се она посматра изоловано од контекста поретка коме припада. Њена је основна карактеристика изражена међузависност са осталим нормама које обједињене формирају логичку правну целину.

Нарочиту тешкоћу у овом смислу примећујемо у ситуацијама када суд примењује право које припада корпусу страних права која су му концептуално удаљенија. Обавеза домаћег суда да примени конкретно *common law* правило, или регулативу неке од држава из круга шеријата, изискује високи степен пажње и узрочник је појачаног притиска како на суд тако и на све учеснике поступка.

### 1.2.1. Претпоставке о садржини страног права

Ради унапређења ефикасности правосуђа, као и у циљу развоја међународне сарадње државних органа, уместо круто постављене обавезе подробнијег упознавања са њима непознатим правним системом, судовима је омогућена примена одређених претпоставка о садржини страног права. Примера ради, у пракси домаћих судова, у поступку признања стране судске одлуке, испуњеност услова реципроцитета, односно постојање праксе узајамног признања и извршења судских одлука између две државе, као један од основних критеријума за усвајања таквог захтева, готово се искључиво

---

<sup>1279</sup> „It is hereby declared that in civil proceedings a person who is suitably qualified to do so on account of his knowledge or experience is competent to give expert evidence as to the law of any country or territory outside the United Kingdom, or of any part of the United Kingdom other than England and Wales, irrespective of whether he has acted or is entitled to act as a legal practitioner there.” – Section 4(1) *Civil Evidence Act 1972*.

<sup>1280</sup> Dolinger, J., 1995, p. 263.

претпоставља, али се не проверава. Странка на околност одсуства такве узајамности може указати било у току првостепеног или у току поступка по правном леку<sup>1281</sup>. Једно од понуђених образложења овако постављених процесних принципа заснива се на схватању како и цео механизам примене страног права почива на делимично упитној претпоставци да је сваки домаћи суд у стању да донесе одлуку идентичну оној какву би донео и суд државе у којој се то право примењује као национално.<sup>1282</sup>

У литератури су идентификоване три основна типа претпоставки које претежно англоамерички судови примењују када се ради о садржини страног права. На пример, судови претпостављају како су у интересу „суштинске правде”, рудиментарни принципи права неопходни за усвајање одређеног тужбеног захтева уједначени код свих цивилизованих народа, па би тако и право сваке цивилизоване државе потврдило постојање одређеног субјективног права у свим ситуацијама када то чини и оно домаће.<sup>1283</sup> Према појединим ауторима, ова претпоставка, осим што се ноншалантно приближава логици природног права, занемарује како је одговор на питање у чему се огледа „суштинска правда” изразито арбитарно.<sup>1284</sup> Даље, у оквиру *common law* породице права, судови претпостављају како појединачне државе имају право подударно држави суда, с обзиром да и једна и друга чине саставни део исте правне традиције.<sup>1285</sup> Сматрамо да се ова претпоставка може оценити као релативно смислена, с обзиром на то да енглески *common law* у оквиру англоамеричког правног круга одиста има статус „узвишенијег” права, захваљујући пре свега центрипеталној сили Вестминстера током његовог развоја.<sup>1286</sup> И коначно, претпоставља се како права страних држава, независно од историјског развоја њихових правних система, имају иста законска решења каква има и држава суда. У овом смислу су варијације могуће преваходно на релацији између европско-континенталне и *common law* породице права.<sup>1287</sup> Донекле сличну идеју проналазимо и код Цвајгерта и

<sup>1281</sup> Извршни поверилац може поднети предлог за извршење на основу стране судске одлуке која није призната пред домаћим судом, ком приликом одлуку о њеном признању, као одлуку о претходном питању, доноси суд надлежан за доношење решења о извршењу. Незадовољна странка одлуку суда о признању стране извршне исправе може побити жалбом о којој одлучује другостепени суд. Чл. 46 Закон о извршењу и обезбеђењу.

<sup>1282</sup> Alexander, G., 1975, *The Application and Avoidance of Foreign Law in the Law of Conflicts: Variations on a Theme of Alexander Nekam*, *Northwestern University Law Review*, Vol. 70, No. 4, p. 608.

<sup>1283</sup> Schlesinger, R., 1973, *Recurrent Problem in Transnational Litigation: The Effect of Failure to Invoke or Prove the Applicable Foreign Law*, *Cornell Law Review*, Vol. 59, Iss. 1, pp. 7–8.

<sup>1284</sup> Currie, B., 1958, *On the Displacement of the Law of the Forum*, *Columbia Law Review*, Vol. 58, p. 980.

<sup>1285</sup> Nussbaum, A., 1941, *The Problem of Proving Foreign Law*, *The Yale Law Journal*, Vol. 50, No. 6, pp. 1037–1038.

<sup>1286</sup> Šite, D., 2019, *Izvori engleskog prava*, Subotica, Lyceum iuris, str. 5–6;

<sup>1287</sup> Alexander, G., 1975, p. 609.

Кеца у оквиру њиховог *praesumptio similitudinis* принципа.<sup>1288</sup> Интересантан пример треће претпоставке откривамо у образложењу пресуде Апелационог суда Калифорније из 1954. године.<sup>1289</sup> У оквиру бракоразводне парнице, супруга је захтевала да јој се досуди одређени део имовине стечене током заједничког живота у Кини, пре него што се брачни пар доселио у Калифорнију. Како се у конкретном случају требало приметити кинеско право, калифорнијски суд је претпоставио како су одредбе о брачној тековини и њеној деоби између кинеског и права државе суда извесно подударне. У намери да избегне напор сазнања концептуално, а надасве језички изразито удаљеног правног система, суд је радикалне разлике које постоје између два правна система превидео руковођен претпоставком о подударности националних прописа.

Нешто примереније образложење избегавања обавезе упознавања са садржином страног права проналазимо у пресуди Врховног суда Њу Џерзија из 1951. године.<sup>1290</sup> Ту-жилац уз свој захтев за наплатом преосталог износа дуга по основу зајма датог у Француској, поступајућем суду није доставио и доказе о садржини француског права као меродавног. Суд је у образложењу, пре свега, утврдио како уобичајене претпоставке о садржини страног права, попут принципа „суштинске правде”, (не)припадност заједничкој породици права, односно општа подударност права цивилизованих народа не могу применити на дати случај. Међутим, када парничне странке суду не доставе доказе неопходне за упознавање са садржином права које се има применити у њиховом спору, претпоставка је како су оне, истина индиректно, али ипак у довољној мери, сагласне да се у конкретном случају примени право државе суда. Ова претпоставка је примењива без обзира на предмет спора.<sup>1291</sup> Суд у образложењу, међутим, није изнео и јасне аргументе на основу којих је претпоставио постојање намере страна да се у датом случају примени *lex fori*.

Према истраживање на које указује Оле Ландо, од четрдесет испитаних случајева у коме су амерички судови применили страно право као меродавно, чак тридесет два пута суд је страно право применио погрешно, у четири случаја је одлука упитна, док се у

<sup>1288</sup> Према мишљењу двојице утуцајних компаратиста, различити правни системи на исте животне проблеме нуде иста или веома слична решења, готово до детаља, упркос њиховим великим разликама у историјском развоју, структури и начину деловања. Zweigert, K., Kötz, H., 1998, *Introduction to Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, p. 40.

<sup>1289</sup> *Louknitsky v. Louknitsky*, Civ. No. 15681. First Dist., Div. One. Feb. 24, 1954.

<sup>1290</sup> *Leary v. Gledhill*, 8 N.J. 260 (1951).

<sup>1291</sup> „The presumption that in the absence of proof the parties acquiesce in the application of the law of the forum, be it statutory law or common law, does not present any such difficulties for it may be universally applied regardless of the nature of the controversy.” – *Leary v. Gledhill*, 8 N.J. 260 (1951).

четири случаја пресуде могу оценити као добре, готово као резултат случајности, а не свесне намере суда.<sup>1292</sup>

### 1.2.2. Пресуђивање на основу страног права

Поред тешкоћа везаних за правилно упознавање са садржином страног права, додатни проблем представља задатак суда да донесе коначну одлуку и пресуди спор на основу података прикупљених о њему страном праву. Суд је у таквим ситуацијама у обавези да испољи оне вештине које умногоме превазилазе његову устаљену праксу. Још је у пресуди Сталног суда међународне правде о српским зајмовима из 1929. године јасно прецизирано како је „француско право заправо начин на који француски судови примењују француске законе.”<sup>1293</sup>

Није реткост да се услед наведених потешкоћа приликом пресуђивања страног права примењује селективно, као и да се у образложењу одлуке „замаскира” фактичка примена домаћег права.<sup>1294</sup> Наиме, претпоставља се да је правник подробно упознат са сопственим правним системом, да разуме његову суштину, да о њему има јасну општу слику. Хијерархијски односи различитих извора домаћег права, њихова структура и међусобна повезаност су му и више него познати. Исто тако, заинтересовано прати усвојене измене и допуне закона и подзаконских аката. Овакву слику о страном праву, нарочито у савременим условима живота, готово је немогуће остварити.<sup>1295</sup>

Ситуација која додатно отежава доношење пресуде на основу страног права постоји када се суд сретне са институтом који у домаћем праву не постоји. Један од често навођених примера је англоамерички *trust* који је у оквиру европско-континенталне породице права непознат. У таквим случајевима, поједине државе примењују немачку доктрину адаптације – *Anpassung*. У домаћој литератури ова пракса позната је као тест функционалне еквивалентности. Приликом његове примене, суд прво испитује норме страног права које уређују њему непознати институт. На тај начин се утврђује његова функција у правном поретку из кога долази. Након тога се у оквиру домаћег права покушава пронаћи еквивалентни институт. Ова „еквивалентност“ не означава идентичност или

<sup>1292</sup> Lando, O., 2000, Some Features of the Law of Contract in the Third Millennium, *Scandinavian Studies in Law 2000*, Stockholm Institute for Scandinavian Law, Almqvist & Wiksell, København, p. 348.

<sup>1293</sup> „Ce sont les lois françaises, telles qu'elles sont appliquées en France, qui constituent en réalité le droit français.” – Arrêt No. 14 – Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France (12 juillet 1929), Série A, No. 20.

<sup>1294</sup> Alexander, G., 1975, pp. 620–623.

<sup>1295</sup> Јовичић, М., 1965, Емпиријска истраживања у упоредним студијама права, *Анали*, 1–2, стр. 64.

суштинску сличност, већ се трага за сродношћу и подударним функцијама. Након што је функционални еквивалент у домаћем праву пронађен, страни институт преузима његов облик.<sup>1296</sup>

Посебну пажњу треба посветити улози коју у сваком правном систему поред закона имају виши судови. Наиме, када примењују неко од *common law* права, континентални форуми су усвојили праксу да у складу са *stare decisis* принципом, правну норму осим у закону, потраже и у прецеденту тамошњих виших судова.<sup>1297</sup> Међутим, у ситуацији када примењују страно континентално право, евидентно је одсуство решености да се одлуке уподобе пракси виших судова, или бар највишег суда конкретне јурисдикције. Француски правник Пије<sup>1298</sup> сматрао је како би у случају да следи „прецедент” страног вишег суда, домаћи суд себе подредио оном иностраном и тиме „довео у питање независност своје државе”<sup>1299</sup>.

У овом смислу треба указати и на проблематику поступка по правном леку на одлуку суда донету на основу страног права. У претежном делу континенталних права, не постоје посебне сметње да другостепени суд цени правилност такве пресуде. Међутим, дилема да ли сазнање страног права улази у корпус *чињеница* или *права*, може доћи до изражаја у поступку по ревизији.<sup>1300</sup> Наиме, у појединим јурисдикцијама врховни судови не испитују правилност утврђеног чињеничног стања, већ се ограничавају на проблем примене права. Дилема на коју се у овом смислу наилази тиче се питања, да ли је функција касационих судова искључиво уједначавање примене домаћег права? На тај начин би се питање правилности примене страног права спустило на ниво редовног правног лека, односно, у овом сегменту, прешао у домен *чињеница*, по узору на свој положај у оквиру англоамеричких јурисдикција. Према појединим ауторима,<sup>1301</sup> континентална доктрина заговара став да поступак по ревизији мора подразумевати и проблематику примене страног права. Овај став прихвата, примера ради, аустријско право. Међутим, тенденције у Француској, Немачкој, Холандији, Белгији и Швајцарској не деле у целости такав став.<sup>1302</sup>

<sup>1296</sup> Ђорђевић, С., 2013, Транспозиција страних стварних права на покретним стварима према Нацрту закона о међународном приватном праву, *Анали*, 1, стр. 152.

<sup>1297</sup> Nussbaum, A., 1941, p. 1032.

<sup>1298</sup> Antoine Pillet, 1857–1926.

<sup>1299</sup> Pillet, A., 1923, *Traité pratique de Droit international privé*, Paris, Librairie Sirey, p. 123.

<sup>1300</sup> Nussbaum, A., 1941, p. 1033.

<sup>1301</sup> *Ibid*, pp. 1033–1034.

<sup>1302</sup> *Ibid*, p. 1034.

Пракса домаћих судова и арбитража у примени страног права је у литератури обрађена у односу на одлуке донете на основу Конвенције УН о уговорима о међународној продаји робе (Бечка конвенција). У својој анализи Милена Ђорђевић примећује како се „одредбе Бечке конвенције недовољно, па и неправилно примењују у нашој пракси.”<sup>1303</sup> Неки од могућих разлога Ђорђевић види у околности како је у природи човека да се држи онога што му је боље познато, али и чињенице да одредбе Конвенције на први поглед подсећају на решења Закона о облигационим односима.<sup>1304</sup> Неки од примера које издваја тичу се начина обрачуна затезне камате<sup>1305</sup>, или форме обавештења о несаобразности робе<sup>1306</sup>. Коначно, у случају да Конвенције изричито не решава одређено питање, Ђорђевић истиче како се одлука мора донети тумачењем на основу општих начела саме Конвенције, а тек у одсуству таквих начела, применом права меродавног на основу правила међународног приватног права.<sup>1307</sup>

До сличних закључака дошло се и приликом анализе праксе Спољнотрговинске арбитраже Привредне коморе Србије (у даљем тексту: СТА)<sup>1308</sup>. Конкретно, у одлуци СТА из 2006. године<sup>1309</sup>, на уговорни однос између италијанског и српског привредног субјекта, арбитража је применила одредбе ЗОО иако су били испуњени сви услови за примену Бечке конвенције, што је у конкретном случају битно утицало на коначни исход спора.<sup>1310</sup> У појединим одлукама из образложења није се могло најјасније закључити да ли је примењено српско право или одредбе Конвенције.<sup>1311</sup> Аутори анализе као веома значајан пример наводе одлуку арбитра-појединца, из 2006. године.<sup>1312</sup> У конкретном случају, у предмету поводом спорног уговорног односа између домаћег и босанскохерцеговачког привредног субјекта, арбитар је применио одредбе ЗОО са образложењем да

<sup>1303</sup> Ђорђевић, М., 2012, Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе у српском праву и пракси искуства и перспективе, *Анали*, 2, стр. 266.

<sup>1304</sup> *Ibid*, стр. 269.

<sup>1305</sup> *Ibid*, стр. 271.

<sup>1306</sup> *Ibid*, стр. 272.

<sup>1307</sup> *Ibid*, стр. 273.

<sup>1308</sup> Недавно је реорганизацијом две институције које су постојале при Привредној комори Србије – Спољнотрговинска арбитража и Стални избрани суд – формирана Стална арбитража при Привредој комори Србије. Правилник о Сталној арбитражи објављен је у Службеном гласнику РС бр. 101/2016. Подаци о Сталној арбитражи при Привредној комори Србије доступни су на интернет адреси: [www.stalnaarbitraza.rs](http://www.stalnaarbitraza.rs) (20. 6. 2022).

<sup>1309</sup> Одлука СТА бр. Т-10/06, од дана 27.11.2006. године.

<sup>1310</sup> Павић, В., Ђорђевић, М., 2008, Примена Бечке конвенције у арбитражној пракси Спољнотрговинске арбитраже у Привредној комори Србије, *Право и привреда*, 5–8; стр. 582.

<sup>1311</sup> *Ibid*, стр. 583.

<sup>1312</sup> Одлука СТА бр. Т-17/05, од дана 1. 11. 2006. године.

тај пропис представља позитивно право у обе државе, иако су према мишљењу аутора анализе у овом случају били испуњени сви услови за примену Бечке конвенције.<sup>1313</sup>

## 2. АНГЛОАМЕРИЧКИ СУДОВИ И *CONSIDERATION*

Енглеска доктрина *consideration* је у пракси англоамеричких судова претрпела одређене измене. У оквиру *common law* породице права доминантно је прихваћен као основни концепт услова утуживости уговорног обећања постојање јасне узвратне обавезе. Донекле умеренија примена овог концепта примећује се у случајевима модификације већ постојећег уговора, као и у начину на који судови изван Енглеске и Велса апстрахују институт *promissory estoppel*. Овакав развој се може уочити у пракси аустралијских, канадских и новозеландских судова. Судска пракса у оквиру САД, као правног система који се најраније отргао од формалног утицаја Вестминстера, још од времена Декларације о независности из 1776. године, је прецизније и јасније контуре института *consideration* дефинисала током XX века, кроз анализу познатију као *restatements*.

### 2.1. Аустралија

Енглеска доктрина *consideration* у праву Аустралије није имала значајније модификације. Шта више, она готово у целости одговара енглеском поимању овог института. Принцип обавезне узајамности теретних престација као услов пуноважности *common law* уговора присутна је и у праву Аустралије.

Оквир у коме аустралијски судови чине умерени отклон у односу на енглеску доктрину уочава се у сфери модификације већ постојећег уговора, односно пред-уговорног односа. Наравно, и овај вид самосталног развоја уговорног права Аустралије своју инспирацију проналази у променама унутар енглеског права. Ваља истаћи како је до фактичке „самосталности” права Аустралије у односу на енглеско право дошло тек 1986. године усвајањем Закона о Аустралији<sup>1314</sup> којим је прописано како се на одлуке Високог суда Аустралије, као највишег суда у држави, не могу упућивати призови Крунском савету (*Privy Council*) као „врховном суду” британских прекоморских територија.

---

<sup>1313</sup> Павић, В., Ђорђевић, М, 2008, стр. 584.

<sup>1314</sup> Australia Act 1986.

### 2.1.1. Практична корист

Релативно упадљиво померање у оквиру класичне доктрине *consideration* се у енглеском праву појављује у пресуди Апелационог суда Енглеске и Велса из 1989. године<sup>1315</sup>. О самој одлуци је у претходним разматрањима већ било речи. Суштина овог прецедента тиче се околности како је суд као ваљани *consideration* у случају модификације већ постојећег уговора прихватио стандард „практичне користи” (*practical benefit*) коју је једна страна остварила на основу измењеног уговора, иако су обавезе друге стране остале непромењене. Врховни суд Новог Јужног Велса је у одлуци из 1994. године<sup>1316</sup> усвојио овако дефинисани стандард „практичне вредности”, као довољан облик захтева *consideration*. Међутим, између ове две пресуде постоје одређене разлике.

У предмету пред аустралијским судом, породица Месмеки је закупљивала пословни простор у оквиру тржног центра који је припадао компанији Виндел. Након одређеног времена, у истом тржном центру одређени пословни простор је дат у закуп пословном конкуренту Месмекијевих. Како би умањили штету насталу присуством конкуренције, Месмеки су затражили снижење закупнине за једну трећину, на шта је Виндел пристала. Пошто су се њихови међусобни односи нарушили, компанија Виндел је отказала уговор о закупу, а Месмеки су поднели тужбу за накнаду штете у висини умањеног износа закупнине. Питање на које је суд требао да одговори је да ли је дошло до ваљаног споразума о умањењу износа закупнине за једну трећину, односно да ли за обећање компаније Виндел постоји ваљани узвратни *consideration*. Суд је закључио како је модификација првобитног уговора пуноважна, односно како се *consideration* за обећање умањења износа закупнине огледа у практичној користи коју је закуподавац имао, с обзиром на то да пословни простор који је користила породица Месмеки након измене уговора није остао неусељен.

Судија Шанто<sup>1317</sup> је образложење пресуде започео питањем да ли се прецедент из одлуке енглеског суда може применити у конкретном случају. Пре свега, указао је на три разлога из енглеског прецедента због којих споразум у коме се једна страна обавезује да испуни своју постојећу уговорну обавезу не задовољава критеријуме утуживости. Први разлог је заштита даваоца новог обећања од било каквог облика потенцијалне изнуде. Друго, споразум нема правну снагу уколико прималац обећања не трпи неку додатну

<sup>1315</sup> *Williams v Roffey Bros & Nicholls (Contractors) Ltd* [1989] EWCA Civ 5.

<sup>1316</sup> *Musumeci and another v Winadell Pty Ltd* (1994) 34 NSWLR 723.

<sup>1317</sup> Kim Santow, 1941–2008.



неповољност (*detriment*) тиме што извршава своју већ уговорену обавезу, а давалац обећања не остварује никакву додатну корист. Коначно, сама корист (*benefit*) мора бити нешто више од пуког исхода каквом се давалац обећања нада.

Након тога судија Шанто постојећи енглески прецедент модификује, додајући му још један елемент. Аустралијски концепт „практичне користи” код измена и допуна постојећег уговора се може дефинисати на следећи начин. Енглеска идеја практичне вредности везује се за ситуацију у којој се уговорне стране споразумеју да једна изврши одређене послове, односно испоручи одређену робу или услуге, а друга се обавезује да за то плати уговорену цену. Уколико након неког времена постане извесно да извођач неће бити у могућности да изврши свој део обавезе у целости, наручилац може да му понуди било повећање цене, или одређене друге повољности како би своју обавезу извршио у првобитно договореном року. Ово обећање не сме да буде резултат економске принуде, преваре или другог вида несавесног понашања уговорних страна.

Наручилац захваљујући свом обећању остварује практичну корист, односно уклања наступ отежавајућих околности, на начин да првобитно договорено чинидба извођача за њега представља већу вредност од онога што би остварио од извођача путем правних средстава која су му на располагању због његовог неправилног испуњења доспеле обавезе. Извођач, са друге стране, извршењем своје обавезе трпи неповољност, односно отклања за њега насталу корист, с обзиром да је накнада коју би наручиоцу посла на основу доступних правних средстава морао да исплати ниже вредности од посла који мора да изврши.

На тај начин, измењени уговорни однос је из перспективе обе стране представља размену обавезе и користи, односно задовољава захтев *consideration*. У овом смислу се аустралијски концепт „практичне користи” разликује од оног енглеског. Судија Шанто мерну јединицу користи коју је у конкретном случају наручилац остварио својим обећањем проналази у реципрочној негативној вредности израженој кроз неповољност којој је извођач био изложен.

### 2.1.2. Estoppel

Институт *promissory estoppel* је у енглеском уговорном праву добио своје јасне контуре у познатој пресуди<sup>1318</sup> Краљичиног судбеног стола из 1947. године. И у овом случају

---

<sup>1318</sup> *Central London Property Trust v High Trees House Limited* [1947] KB 130.

ради се о ситуацији у којој уговорне стране желе да измене постојећи уговор, при чему једна од њих за остварену корист не нуди узвратни *consideration*. У складу са образложењем лорда Денинга, основ примене овог института је поуздање у примљено обећање које је једна страна имала. Свега неколико година касније, у одлуци у предмету *Комб*<sup>1319</sup> лорд Денинг овако радикални заокрет у оквиру енглеског уговорног права покушава да ублажи, тврдњом како *promissory estoppel* у судском поступку може представљати само штит, али не и мач.

Овај институт је у оквиру аустралијског права дуго времена био познат као *equitable estoppel*. Разлог лежи у чињеници што је примена *equity* корпуса права у Аустралији била отежана, пошто је до обједињавања стварне надлежности судова у примени *common law* и *equity* корпуса права дошло релативно касно, док је у Енглеској то учињено крајем седамдесетих година XIX века.

Прецедент у коме се аустралијски концепт института *promissory estoppel* у појединим нијансама удаљио од свог енглеског пандана проналазимо у пресуди<sup>1320</sup> Високог суда Аустралије из 1988. године. Компанија Валтонс је отпочела преговоре са извесним Мером о закупу његове непокретности. Стране су се споразумеле да ће Мер срушити објекат који се налазио на датој локацији и на његовом месту изградити нови који ће потом дати у закуп компанији Валтонс. Стране су се споразумеле у погледу услова и износа закупнине. Правни тим компаније Валтонс послао је убрзо потом Меровим адвокатима нацрт уговора. По окончању додатних преговора, првобитни нацрт споразума је делимично измењен. Како је отпочео са рушењем старог објекта, о чему је обавестио компанију Валтонс, Мер је затражио да се уговорна исправа потпише у што пре. Након краћег времена, компанија Валтонс је почела да се премишља о целом послу, те је наложила свом правном тиму да „целу ствар мало успори”. У међувремену, Мер је започео изградњу новог објекта. Након што је окончао 40% радова на изградњи новог објекта, компанија Валтонс га је обавестила да више није заинтересована. Мер је поднео тужбу за принудно испуњење обећања. Према образложењу суда, иако сама уговорна исправа није била потписана, Мер је имао основа да сматра како је у конкретном случају то питање пуке формалности. Мер је дакле поступао у складу са институтом *promissory estoppel* на основу обећања која су му дата о будућем понашању друге стране.

<sup>1319</sup> *Combe v Combe* [1951] 2 KB 215.

<sup>1320</sup> *Waltons Stores (Interstate) Ltd v Maher* [1988] HCA 7.

Према ставу суда, институт *promissory estoppel* се у Аустралији може користити као штит, али и као мач. Прималац обећања има активну процесну легитимацију у случају када давалац обећања, пошто је дао обећање, другу страну одржава у уверењу како ће поступити на одређени начин, а прималац обећања на основу поуздања у то учини кораке које за њега представљају неповољност (*detriment*). У датој ситуацији могућа је примена *equity* корпуса права с обзиром на то да се поступање једне стране може сматрати за несавесно. Несавесност у поступању компаније Валтонс огледа се у томе што о свом оклевању другу страну није обавестила све док она није испунила свој део обавезе у већем делу, а нарочито што је та пракса настављена и када их је Мер обавестио како је радове на рушењу старог објекта окончао и кад је од њих затражио да у што скоријем року обаве и формалности око потписивања уговорне исправе.

Суд је у образложењу истакао како се институт *promissory estoppel* у складу са постојећим прецедентима примењује искључиво као штит. Тужилац, међутим, захтева да се он у конкретном случају примени као мач, као и да се у одсуству претходног уговорног односа другој страни наложи испуњење обећања дато изван формалног уговора. Тужилац позивајући се на институт *promissory estoppel* то захтева на основу свог поуздања у примљено обећање, односно поступања на начин који је за њега неповољан. Према мишљењу суда, институт *promissory estoppel* може да се прошири на обећања дата изван формалног уговорног односа, у случајевима када је поступање једне стране несавесно. Сама околност да је једна страна на основу поуздања у обећање примљено изван уговорног односа поступила на за себе неповољан начин, а да друга страна није испунила дато обећање, није довољна како би се њено поступање сматрало за несавесно. Несавесност у конкретном случају крије се у околности да је давалац обећања својим поступањем охрабривао другу страну, држао је у уверењу како је уговор закључен, те је држао у незнању о томе да се премишља о самом послу. Другим речима, суд мора да одговори на питање да ли је ћутање даваоца обећања у ситуацији када друга страна поступа на за себе неповољан начин, свестан да она то чини само из разлога што верује да су стране у међувремену закључиле уговор, поступање које за собом не повлачи правне последице? Према ставу судског већа одговор је да у праву Аустралије, у таквој ситуацији мора бити правних последица. Такође, када су испуњени сви наведени услови, савесна страна стиче активну процесну легитимацију па на основу института *promissory estoppel*, тако да може захтевати од суда да обавезе другу страну на испуњење датог обећања.

## 2.2. Нови Зеланд

Унапређење енглеске доктрине *consideration* је на Новом Зеланду, попут Аустралије, превасходно везано за сегмент модификације уговора. Чувени прецедент<sup>1321</sup> Краљичиног судбеног стола са краја осамдесетих година XX века којим је конструкт „практична корист” сврстан у категорију правно прихватљивог стандарда *consideration* је у пракси новозеландских судова додатно развијен. Тамошњи правни систем је 2003. године, доношењем Закона о врховном суду<sup>1322</sup>, коначно заокружен пошто је њиме укинута могућност подношења крајњег призива на одлуке националних судова Крунском савету (*Privy Council*).

Апелациони суд Новог Зеланда је 2003. године одлучивао у спору<sup>1323</sup> који се тичао правне ваљаности усменог споразума о модификацији постојећег уговора. Заповедник брода прихватио је задатак истраживачког риболова у замену за десет процената од укупног улова који би се на тај начин остварио. Проблем је представљала околност да су послови истраживачког риболова већ чинили део обавеза заповедника брода према одредбама основног уговора између њега и бродовласника. Међутим, суд је потврдио правну обавезност овакве измене постојећег уговора, чиме је правило да се ранији *consideration* не може сматрати за правно релевантан у праву Новог Зеланда практично укинуто. Судија Барагванат<sup>1324</sup> је у образложењу пресуде истакао како је *consideration* битан, али не и неопходан показатељ намере уговорних страна. У ситуацији када су стране своју намеру формирања правног односа већ изразиле закључењем уговора, њихов споразум о изменама тог односа, под условима да учињене измене нису у супротности са општим интересом (*policy reasons*), за њих мора бити обавезујући.<sup>1325</sup>

Нижестепени судови су у наредном периоду следили прецедент из 2003. године, док се из образложења појединих одлука може наслутити како судска пракса нагиње претпоставци да се енглески услов „практичне користи” код измена постојећих уговора замени јасним укидањем захтева *consideration*.<sup>1326</sup> Међутим, у одлуци из 2013. године<sup>1327</sup> Апелациони суд Новог Зеланда, упркос јасно артикулисаним тежњама тамошњег

<sup>1321</sup> *Williams v Roffey Bros & Nicholls (Contractors) Ltd* [1989] EWCA Civ 5.

<sup>1322</sup> Supreme Court Act 2003.

<sup>1323</sup> *Antons Trawling Co Ltd v Smith* [2003] 2 NZLR 23 (CA).

<sup>1324</sup> Sir William David Baragwanath, 1940.

<sup>1325</sup> Baragwanath J, *Antons Trawling Co Ltd v Smith* [2003] 2 NZLR 23 (CA) at [93].

<sup>1326</sup> Roberts, M., 2016, The Formation of Variation Contracts in New Zealand: Consideration and Estoppel, *Victoria University of Wellington Law Review*, Vol. 47, No. 2, pp. 329-330.

<sup>1327</sup> *Teat v Willcocks* [2013] NZCA 162.

Високог суда, задржао је концепт „практичне користи” код модификације постојећих уговора, уз напомену како коначан став о овом питању још није заузет. Апелациони суд је нагласио како га „привлачи идеја о укидању захтева *consideration* у случајевима измена постојећих уговора, када би до накнадног споразума дошло добровољно, односно без недозвољеног притиска.”<sup>1328</sup>

Поред енглеског модалитета доктрине *consideration* у виду „практичне користи” код модификације постојећих уговора када давалац обећања нуди нешто више у замену за постојећу обавезу друге стране, новозеландски судови су покушали да усагласе и са енглеским прецедентом са краја XIX века у коме је Дом лордова одбио да потврди правну ваљаност измене уговора по којој једна страна задржава постојећу обавезу у целости у замену за умањену обавезу друге стране.<sup>1329</sup> У конкретном случају, околност да се поверилац сматрао намиреним у целости тренутним испуњењем дела доспеле новчане обавезе друге стране би се морала разумети као „практична корист” из сто година млађег прецедента. Високи суд Новог Зеланда је логичку неусаглашеност између два прецедента покушао да превлада образложењем да се одсуство правне ваљаности прихвата дела доспеле новчане обавезе као намирења у целости односи на ситуације када уговорне стране имају једнократне обавезе. Код уговора са трајним периодичним престацијама, попут закупа, према ставу новозеландских судова таква ограничења не постоје.<sup>1330</sup>

Део тамошње академске јавности није у целости задовољан оваквим образложењима и сматра их за недоследне.<sup>1331</sup> Према овом мишљењу, целисходније решење представља институт *promissory estoppel* чија примена на Новом Зеланду није ограничена на „штит”, већ се попут Аустралије може користити и као „мач”<sup>1332</sup>. Дакле, уместо укидања захтева *consideration* код модификације постојећих уговора, чему новозеландски судови у пракси све извесније нагињу, предлаже се примена института *promissory estoppel*, чији су јасни оквири потврђени у одлуци Апелационог суда<sup>1333</sup> из 2014. године.

Прецизну вододелницу између утуживе и неутуживе модификације постојећег уговора у случају када изостаје узвратни *consideration* представља не само поуздање друге стране у примљено обећање, односно околност да је та страна на основу примљеног обећања променила свој правни положај, већ и чињеница да би у случају неважности датог

<sup>1328</sup> *Ibid.*

<sup>1329</sup> *Foakes v Beer* [1884] UKHL 1.

<sup>1330</sup> *Machirus Properties Ltd v Power Sports World (1987) Ltd* (1999) 4 NZ ConvC 193,066 (HC).

<sup>1331</sup> Roberts, M., 2016, p. 341.

<sup>1332</sup> *Gold Star Insurance Co Ltd v Gaunt* [1998] 3 NZLR 80 (CA).

<sup>1333</sup> *Hansard v Hansard* [2014] NZCA 433, [2015] 2 NZLR 158.

обећања она могла бити у битно неповољнијој ситуацији. Другим речима, уколико је у енглеском праву „практична корист” довољан *consideration* код измене постојећег уговора, у новозеландском би „практична неповољност” могла бити довољан основ за примену института *promissory estoppel*, уз оgradu да се он никако не сме посматрати као чудесни напитаk (*panacea*) примењив за све случајеве модификације уговора.<sup>1334</sup>

### 2.3. САД

Почетком XX века група угледних америчких судија, адвоката и професора права основала је Амерички правни институт (*American Law Institute*). Задатак ове установе био је да апсорбује тамошње прецедентно право, односно да из непрегледног низа преседана извуче одређена општа правила. Рад института се одвијао у посебним тематским групама које су извештаје о спроведеној анализи подносиле одговарајућим комисијама. По одобрењу комисије, текст анализе се објављивао под називом *restatements* на конкретну тему. Иако не представљају формални извор права, *restatements* анализе уживају велики ауторитет у оквиру америчког правног система. Према неким писцима, оне представљају врсту модерних дигеста.<sup>1335</sup>

Рад на изради првог сета *restatements* анализа судских одлука америчких судова окончан је непосредно пред крај Другог светског рата. У периоду од 1962. до 1979. године Институт је поновио анализу на тему америчких прецедената у оквиру уговорног права, па је Други, или поновљени *restatements* о уговорима<sup>1336</sup> објављен 1981. године. У делу анализе који се односи на институт *consideration*, исти се често означава као размена (*exchange*).

Елементи института *consideration* у Другој *restatement* анализи су дефинисани на следећи начин. *Consideration* настаје када се стране погоде о узајамном испуњењу или узвратном обећању. Испуњење, односно узвратно обећање је договорено (*bargain*) уколико га је давалац обећања затражио у замену за своје обећање, а прималац обећања дао у замену за то обећање. Испуњење се може састојати од чинидбе, трпљења, односно заснивања, измене или окончања каквог правног односа. Испуњење, или узвратно

<sup>1334</sup> Roberts, M., 2016, pp. 343–344.

<sup>1335</sup> Поповић, Д., 2011, *Увод у упоредно право*, Београд, Правни факултет Универзитета Унион / Службени гласник, стр. 179–180.

<sup>1336</sup> Restatement (Second) of Contracts (<https://instituteoflaw.com/Preview/Law101-1b/Restatement2ndContracts-DONOTPRINT-week1b.pdf>, 20. 5. 2022).

обећање може се учинити даваоцу обећања или неком трећем, од стране примаоца обећања или неког трећег.<sup>1337</sup>

Када стране размењују два обећања, или је обећање понуђено у замену за чинидбу, обећање се сматра за ваљани *consideration* само уколико оно што је обећано задовољава све критеријуме овог института.<sup>1338</sup> Обећање дато са условом не задовољава захтев *consideration* када је давалац обећања свестан тога немогућности датог услова. Услов који зависи од будуће радње самог даваоца обећања сматра се обећањем алтернативних чинидби, осим уколико је обећано и извршење те радње.<sup>1339</sup> Једно обећање може се понудити у замену за више обећања. Околност да део сета узвратних обећања не задовољава критеријум *consideration* не утиче на ваљаност правног посла у целини.<sup>1340</sup>

У образложењу изнетих ставова, Други *restatements* напомиње како се у типичној погодби *consideration* и обећање базирају на реципрочном односу мотива или побуда. *Consideration* „побуђује” настанак обећања, а обећање „побуђује” коначни облик који *consideration* поприма. Право анализира само оно што стране испољавају, а не и садржину њихових мисли. У том смислу, право захтева да једна страна испољи намеру да својим понашањем побуди реакцију друге стране, да ова узвратна реакција изазове намеру, те да потом друга страна одговори у складу са исказаном намером. У том смислу, није довољно да обећање побуди одређено понашање примаоца обећања, или да понашање примаоца обећања побуди настанак обећања. Погодба постоји искључиво уколико су оба услова кумулативно испуњена. Симулација погодбе није довољна, каква постоји у ситуацијама када се *consideration* „одрецитује” или је тобож дат. У таквим случајевима *consideration* не постоји.

Други *restatements* додатно дефинише однос побуда и института *consideration*. Прецизира се како конкретна узвратна чинидба или обећање, сами по себи, не морају

<sup>1337</sup> „(1) To constitute consideration, a performance or a return promise must be bargained for. (2) A performance or return promise is bargained for if it is sought by the promisor in exchange for his promise and is given by the promisee in exchange for that promise. (3) The performance may consist of (a) an act other than a promise, or (b) a forbearance, or (c) the creation, modification, or destruction of a legal relation. (4) The performance or return promise may be given to the promisor or to some other person. It may be given by the promisee or by some other person.” – § 71 *Restatement (Second) of Contracts*.

<sup>1338</sup> „[A] promise which is bargained for is consideration if, but only if, the promised performance would be consideration.” – § 75 *Restatement (Second) of Contracts*.

<sup>1339</sup> „(1) A conditional promise is not consideration if the promisor knows at the time of making the promise that the condition cannot occur. (2) A promise conditional on a performance by the promisor is a promise of alternative performances [...] unless occurrence of the condition is also promised.” – § 76 *Restatement (Second) of Contracts*.

<sup>1340</sup> „(1) There is consideration for a set of promises if what is bargained for and given in exchange would have been consideration for each promise in the set if exchanged for that promise alone. (2) The fact that part of what is bargained for would not have been consideration if that part alone had been bargained for does not prevent the whole from being consideration.” – § 80 *Restatement (Second) of Contracts*.

одговарати ономе што је изазвало побуде да се узвратна радња учини или обећа.<sup>1341</sup> У том смислу се указује како у већини трговачких погодби постоји само приближна еквивалентност у вредностима обећаног и примљеног. Друштвена функција погодбе омогућава афирмацију слободне воље која се базира на очувању слободе личног уверења у дефинисању тих вредности. Уколико би се суд упуштао у анализу индивидуално одређених вредности узајамних престација, он би спутавао друштвену улогу погодбе, па се из тог разлога суд ни не може бавити тим питањем.<sup>1342</sup>

Међутим, сам поклон се не сматра за погодбу. Тако, саставни делови погодбе нису обећање да се поклон учини и изјава друге стране да ће поклон прими. Иста је ситуација и када у оквиру услова поклона и једна и друга страна преузму на себе одређене обавезе. У тим случајевима, раздвајање између погодбе и поклона тешко је уочљива, с обзиром на то да се базира на испољеним побудама страна.

Други *restatements* установу *consideration* анализира и у односу на обећање испуњења већ постојеће правне обавезе (која је настала на по основу закона или уговора). Извршење неспорне правне обавезе која се дугује даваоцу обећања не представља *consideration*. Међутим, испуњење приближне обавезе, оне која се од постојеће обавезе разликује у обиму који није само симболичан, задовољава критеријум *consideration*.<sup>1343</sup> У образложењу изнетог закључка, *restatements* указује на околност да би у противном право дозвољавало добродина обећања, која у тамошњем праву не уживају правну заштиту. Такође, уколико би се погодба односила на обавезу коју јавни службеник свакако већ има у односу на неког грађанина, те би у замену за ту обавезу себи прибавио какву корист, такво понашање евидентно нарушава јавни интерес. Исто тако, право мора да заштити уговорну страну од фактичке изнуде којој друга страна може прибећи одуговлачењем, неправилним испуњењем, чиме би на посредан начин захтевала додатне повластице за извршење већ преузете уговорне обавезе. Свакако, ово ограничење се не односи

---

<sup>1341</sup> „(1) The fact that what is bargained for does not of itself induce the making of a promise does not prevent it from being consideration for the promise. (2) The fact that a promise does not of itself induce a performance or return promise does not prevent the performance or return promise from being consideration for the promise.” – § 81 *Restatement (Second) of Contracts*.

<sup>1342</sup> „If the requirement of consideration is met, there is no additional requirement of (a) a gain, advantage, or benefit to the promisor or a loss, disadvantage, or detriment to the promisee; or (b) equivalence in the values exchanged; or (c) “mutuality of obligation.” – § 79 *Restatement (Second) of Contracts*.

<sup>1343</sup> „Performance of a legal duty owed to a promisor which is neither doubtful nor the subject of honest dispute is not consideration; but a similar performance is consideration if it differs from what was required by the duty in a way which reflects more than a pretense of bargain.” – § 73 *Restatement (Second) of Contracts*.



на застареле обавезе, те оне задовољавају услов *consideration*.<sup>1344</sup> Пуноважно је и обећање исплате дугованог када је оно иначе ненаплативо у оквиру стечајног поступка.<sup>1345</sup>

Коначно, Други *restatements* бави се и односом судских и вансудских нагодби и доктрине *consideration*. Радња подношења или повлачење тужбе или противтужбе која је иначе неоснована не задовољава услов *consideration*, осим уколико се неизвесност исхода може довести у везу са спорним чињеницама или могућим правним квалификацијама, или када лице које треба да поднесе или повуче тужбу оправдано сматра да је она релативно основана. Ситуација у којој неко лице које иначе не намерава да поднесе, односно повуче одређени тужбени захтев то ипак учини као део погодбе са заинтересованом страном задовољава услов *consideration* без обзира да ли је конкретна тужба основана или није.<sup>1346</sup> Као илустрацију, Други *restatements* наводи хипотетичку ситуацију у којој лице заинтересовано да оптерети своју непокретност хипотеком дозна како је треће лице у могућности да истакне одређени захтев у односу на конкретну непокретност. Погодба по којој будући хипотекарни дужник од тог трећег лица у замену за 50 америчких долара затражи покретање одређеног поступка, иако то лице није заинтересовано за реализацију својих права, сматра се за прихватљиви *consideration*.

### 3. ПРАКСА КОНТИНЕНТАЛНИХ ФОРУМА У ПРИМЕНИ *COMMON LAW* ПРАВА

Када се сретне са англоамеричком породицом права, континентални правник долази у додир са правом које му је у одређеном смислу далеко, пре свега услед постојања значајних разлика у нормативној структури две европске породице права. Судови и други органи поступка, сасвим извесно, нерадо се прихватају посла у оним ситуацијама када је према правилима међународног приватног права неопходно применити *common law*. Међутим, када је таква обавеза прописана, утисак је како виши континентални судови англоамеричка права примењују са великим степеном разумевања и неопходне прецизности.

---

<sup>1344</sup> „The fact that a rule of law renders a promise voidable or unenforceable does not prevent it from being consideration.” – § 78 *Restatement (Second) of Contracts*.

<sup>1345</sup> „An express promise to pay all or part of an indebtedness of the promisor, discharged or dischargeable in bankruptcy proceedings begun before the promise is made, is binding.” – § 83 *Restatement (Second) of Contracts*.

<sup>1346</sup> „(1) Forbearance to assert or the surrender of a claim or defense which proves to be invalid is not consideration unless (a) the claim or defense is in fact doubtful because of uncertainty as to the facts or the law, or (b) the forbearing or surrendering party believes that the claim or defense may be fairly determined to be valid. (2) The execution of a written instrument surrendering a claim or defense by one who is under no duty to execute it is consideration if the execution of the written instrument is bargained for even though he is not asserting the claim or defense and believes that no valid claim or defense exists.” – § 74 *Restatement (Second) of Contracts*.

### 3.1. Узајамна цитирања у пракси националних врховних судова Европе

У пракси европских судова већ неко време могуће је уочити тенденцију освртања судија на одлуке својих иностраних колега у образложењима појединачних одлука.<sup>1347</sup> Као могући разлози оваквог европског тренда, наводе се, између осталог, чак и економски фактори. Сматра се како судије ослушкују страну праксу јер не желе своју националну економију довести у неповољнији положај у оквиру међународних трговинских односа. Други могући разлози могу се тицати привржености концепту опште правде. Коначно, није тешко замислити да судије спонтано, самоиницијативно прихватају идеју о потреби за наднационалним уједначавањем судске праксе.<sup>1348</sup>

Поједини писци не подржавају овакве тенденције. Сматра се да суд као један од израза државне суверености има обавезу да примењује искључиво домаће право.<sup>1349</sup> Оцена је и да се на овај начин судији дозвољава да, готово без могућности адекватне контроле, по систему шведског стола, из иностране судске праксе одабира само оне одлуке које подржавају циљани исход спора.<sup>1350</sup>

Гелтер<sup>1351</sup> и Симс<sup>1352</sup> спровели су истраживање о пракси упућивања на одлуке иностраних судова од стране десет врховних националних судова европских држава, у периоду од 2000. до 2007. године.<sup>1353</sup> На питање због чега судови цитирају одлуке иностраних судова, дошло се до три основна одговора. Прво, постоји могућност да је одлука иностраног суда на одређени начин повезана са чињеничном грађом спора у коме је суд одлучивао. Затим, конкретно правно питање може бити везано за примену неког наднационалног прописа, као што су међународне конвенције или се ради о институту уређеном у оквиру права ЕУ. Међутим, одговор који на овом месту заслужује посебну пажњу јесте ситуација када се судови руководе искључиво намером упоредноправне анализе. Овај одговор је нарочито значајан из разлога што, за разлику од прва два случаја када је

<sup>1347</sup> Allard, J., Garapon, A., 2005, *Les Juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Paris, Seuil.; Slaughter, A., 1997, The Real New World Order, *Foreign Affairs*, Vol. 76, No. 5, pp. 183–197; Smorto, G., 2010, L'uso giurisprudenziale della comparazione, *Europa e diritto privato*, Vol. 1, pag. 223–241.

<sup>1348</sup> HoI, A., 2012, Highest Courts and Transnational Interaction Introductory and Concluding Remarks, *Utrecht Law Review*, Vol. 8, Iss. 2, p. 2.

<sup>1349</sup> Legrand, P. 2006, Comparative Legal Studies and the Matter of Authenticity, *Journal of Comparative Law*, Vol. 1, Iss. 2, pp. 430–439.

<sup>1350</sup> *Ibid.*

<sup>1351</sup> Martin Gelter, 1976.

<sup>1352</sup> Mathias M. Siems, 1974.

<sup>1353</sup> У оквиру истраживања обрађене су одлуке врховних судова Аустрије, Белгије, Енглеске и Велса, Ирске, Италије, Немачке, Француске, Холандије, Швајцарске и Шпаније. Резултати овог подухвата објављени су 2014. године. Gelter, M., Siems, M. M., 2014, Language, Legal Origins, and Culture Before the Courts: Cross-Citations Between Supreme Courts in Europe, *Supreme Court Economic Review*, 1, pp. 215–269.

суд на неки начин приморан да узме у обзир инострану пресуду, овде то није случај. Наиме, ниједан суд нема обавезу да врши упоредноправну анализу у спору у коме одлучује. Од 1.430 пресуда у којима је дошло до цитирања пресуда страног врховног суда, у чак 73% случаја је мотив био правно необавезујућа компаративна анализа. Два суда која се у овом смислу истичу су Високи суд Ирске (*High Court of Ireland*), који се доминантно осврће на одлуке свог енглеског пандана (228 пута) и Врховни суд Аустрије (*Oberster Gerichtshof*), који упућује на одлуке немачког врховног суда чак 447 пута.<sup>1354</sup> Судови са најнижим бројем упућивања на стране одлуке су врховни судови Италије, Француске и Шпаније.<sup>1355</sup>

На питање који су судови најчешће цитирани, анализом је утврђено да су то управо одлуке највиших судских инстанци Енглеске и Велса (*Court of Appeal*) и Немачке (*Bundesgerichtshof*). На одлуке ова два суда се упућује и до тридесет пута више него што је то случај са одлукама из, примера ради, Ирске, Италије или Шпаније.<sup>1356</sup> Поред наведених, француски Касациони суд остварује одређени утицај на врховне судове Белгије, Швајцарске и веома мало Италије и Ирске. Врховни суд Немачке, поред утицаја на Врховни суд Аустрије, је често цитиран и у одлукама врховних судова Холандије и Швајцарске.<sup>1357</sup>

Наведени подаци упућују на значај који припадност подударној традицији унутар европског правничког круга има у пракси указивања на одлуку иностраног суда. Међутим, интересантно је истаћи како поред језика, међу варијабиле од значаја спадају и одређене карактеристике државе суда који се цитира. Тако се као битан параметар показао број становника, односно величина саме државе,<sup>1358</sup> као и низак степен корупције.<sup>1359</sup> Са друге стране, за праксу цитирања нису биле од посебног значаја околности попут политичке сродности, па чак ни питање географске удаљености између држава.<sup>1360</sup>

### 3.2. Континентални судови и *common law*

Анализа Гелтера и Симса нас упућују на закључак о постојању јасног отклона у оквиру судијске професије везано за примену страног права које суду није блиско. Док

<sup>1354</sup> Gelter, M., Siems, M. M., 2014, p. 261.

<sup>1355</sup> *Ibid*, pp. 237–239.

<sup>1356</sup> *Ibid*, p. 241.

<sup>1357</sup> *Ibid*, p. 243.

<sup>1358</sup> *Ibid*, p. 245.

<sup>1359</sup> *Ibid*, p. 248.

<sup>1360</sup> *Ibid*, pp. 251–253.

се у „туђе двориште” понекад и завири, очигледно се ради о ослушкивањима између релативно сродних националних права. Судови са развијенијом судском праксом, било захваљујући историјском контексту (Енглеска) или привредно-правном амбијенту саме државе (Немачка) утичу на остале европске судове, али готово искључиво у оквиру подударних правних амбијената. Спонтаног и самосталног апстраховања *common law* права од стране континенталних судија готово да нема. Како је изучавање енглеског права на правним факултета Европе изван њему сродних јурисдикција веома слабо заступљена, сусрет француских, немачких, шпанских, италијанских, или швајцарских судија са тим правом је посебно отежан.

Додатни изазов у овом смислу представља и практична димензија рада судија у две европске породице права. Наиме, англоамеричке судије свој радни век проведу примењујући акузаторски (адверзеријални) тип поступка. Судија у таквом систему одлуку доноси, пре свега, искључиво на основу аргумената које су изнеле саме странке, без икакве обавезе, чак уз изричиту забрану, да ствар истражује даље или више од онога што му је предочено. Суд нема активну улогу, што је и разумљиво имајући на уму непрегледни низ судских одлука на које би се странка могла позвати. Истовремено, *common law* суд почива и на тек недавно релаксираној традицији изражене улоге пороте, што у додатној мери лимитира поље одговорности тамошњег судије.

Са друге стране, континентални судија као предводник инквизиторског типа поступка, свој ауторитет у оквиру суднице доминантно црпи из претпоставке *iura novit curia*, односно да „суд зна право”. Начин на који *common law* право нормира своје институте не омогућава судији онај степен комотног самоуверења који му осигурава правни систем систематизован и кодиран у оквиру логички заокружених кодекса и закона. Сусрет са нормативним оквиром, који подсећа на непрегледни засад бобичастог воћа препуштен самом себи,<sup>1361</sup> због чега је понекад у њему тешко утврдити разлику између „жита и кукоља”, за континенталног судију сасвим извесно представља незахвалан и нежељен задатак.

Упоредноправна анализа енглеске доктрине *consideration* и континенталних права упућује на разматрање начина на које се поједини англоамерички правни институти перципирају од стране судова европског каузалистичког круга. У том смислу је од посебног значаја сагледати сусрет француских судова и *common law* права.

---

<sup>1361</sup> Речима професора Станојевића, развој енглеског права је у његовом претежном делу, у ствари, препуштен животу. Stanojević, O., 1982, *Osnovi precedentnog prava (Common Law)*, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd, str. 8.

У пресуди Управног апелационог суда у Версају из 2021. године<sup>1362</sup>, суд је одлучивао по захтеву француског Министарства економије, финансија и пореза да укине пресуду Управног суда у Монреалу и обавезе француског пореског обвезника на плаћање преко 2,7 милиона евра на име пореске обавезе. Током спроведеног пореског надзора утврђено је да је, на основу пресуде Савезног суда дистрикта Канзас (САД), француски привредни субјект америчком предузећу, које је његов контролни члан, платио износ од 3.726.338 евра на име казнене одштете (*punitive damages*)<sup>1363</sup>, увећано за износ провизије од 3.421.225 евра. Наведени износи су у току пословне 2011. и 2012. године евидентирани као трошак, што у оквиру спроведеног надзора није било прихваћено од стране пореских органа, те је издат наглог за уплату пореза у висини од 2.763.336 евра. Током надзора, порески органи су се позвали на одредбе француског Општег пореског закона којим је прописано да се износи које је привредни субјект обавезан да плати на име казних одредаба услед непоштовања облигационих обавеза не уживају третман трошка у оквиру књиговодствених биланса.<sup>1364</sup> Ово привредно друштво је пред Управним судом у Монреалу поднело захтев за укидање ове одлуке пореског органа, што је пресудом од 12. септембра 2012. године суд усвојио.

Француско Министарство економије, финансија и пореза је од домаћег суда затражило да се ова одлука поништи. Управни апелациони суд у Версају је у току поступка посебно анализирао институт *punitive damages* који се примењује у појединим англоамеричким јурисдикцијама, а који је у француском праву непознат. Суд је утврдио да *common law* суд може обавезати штетника на плаћање износа штете познате као *punitive damages* у ситуацији када је у оквиру грађанских односа поступао на нарочито недозвољен и из угла друштва неприхватљив начин, под условом да износ саме штете који би морао да плати делује недовољан у конкретној ситуацији. Француски суд веома прецизно закључује да без обзира на околност што се наплатом износа по основу *punitive damages* штетник као и остали субјекти одвраћају од могућности понављања недозвољеног понашања, чињеница да се сам износ досуђене штете не уплаћује у корист државне благајне, већ самог оштећеног, примена цитираног члана француског пореског закона није

<sup>1362</sup> CAA de VERSAILLES, 1ère chambre, 05/10/2021, 20VE00034, N° 20VE00034.

<sup>1363</sup> О англоамеричком институту *punitive damages* у домаћој литератури, Лубарда, Б., 1998, Казнена накнада, *Анали*, 4–6, стр. 382–409.

<sup>1364</sup> „Les sanctions pécuniaires et pénalités de toute nature mises à la charge des contrevenants à des obligations légales ne sont pas admises en déduction des bénéfices soumis à l'impôt.” – Art. 39(2) *Code général des impôts*.

могућа.<sup>1365</sup> Са датим образложењем, суд је захтев Министарства одбио и потврдио одлуку монтреалског суда.

У нешто ранијој пресуди француског Касационог суда из 2019. године<sup>1366</sup>, суд је у циљу анализе уређења односа између страна морао да утврди утицај који је на дати однос имала установа англоамеричког права *trust*. Суд показује веома високи степен разумевања ове установе, иако је и она у оквиру европско-континенталне породице права непозната. У конкретном случају, суд прво утврђује да се ради о правном послу *inter vivos*, а не како је уобичајено за овај *common law* институт, о виду завештања. Ова околност је посебно значајна јер је предајом предмета подвргнутих режиму *trust* дошло и до преноса права својине на њима, па тако њихов ранији власник чијом одлуком је *trust* и успостављен, према мишљењу суда, не може се више користити плодовима које дате ствари доносе. У исто време, а ово је од посебног значаја и чини суштину овог института, ствари укључене у режим *trust* не улазе ни у имовину бенефицијара, већ према одредбама самог правног посла, он и његови наследници имају право на корист коју ствари доносе, а о чему се стара њихов нови „правни власник” – *trustee*.<sup>1367</sup> Француски суд на овом месту врши веома прецизну анализу енглеског удвајања концепта својине, који је у оквиру европско-континенталне породице права, на основу римског *plena in re potestas*, конципиран као потпуна власт над ствари чиме га је готово немогућ појмовно одредити на начин како га третира *common law*. Енглеска установа *trust*, наиме, „право својине” на стварима које спадају у режим датог правног посла, дели на *common law* својину, која припада лицу које се о самим стварима стара (*trustee*) и на *equitable* својину, или својину по основу права правичности, која припада бенефицијару.

---

<sup>1365</sup> „Ainsi, alors même qu'elles résultent de la méconnaissance d'une obligation légale, qu'elles visent pour partie à dissuader la réitération des faits dommageables, qu'elles présentent pour partie un caractère forfaitaire et qu'elles s'ajoutent à des dommages-intérêts compensatoires, les indemnités que la société C... a été condamnée à verser à la société H... dans le cadre du litige commercial les opposant ne pouvaient être exclues du droit à déduction en application du 2 de l'article 39 du code général des impôts.” – CAA de VERSAILLES, 1ère chambre, 05/10/2021, 20VE00034, N° 20VE00034, point 7.

<sup>1366</sup> Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 6 novembre 2019, 17-26.985.

<sup>1367</sup> „[A]insi que les ajouts et capitalisations précités, et les biens qui s'y sont substitués » ; qu'en outre, les parties s'accordent à reconnaître que le trust est non-testamentaire, qu'il s'agit donc d'un acte entre vifs et que la remise des biens en trust est irrévocable en ce que le constituant s'est définitivement dessaisi de la propriété des biens de sorte qu'il ne peut plus en disposer ni en percevoir les fruits ; qu'il convient d'ajouter que selon la loi d'autonomie, les biens mis en trust ne font pas partie du patrimoine personnel du trustee et que le fonctionnement du trust repose selon la common law sur la confiance en la parole donnée ; qu'il ressort de l'ensemble de ces éléments que souhaitant réserver des biens au bénéfice exclusif de Monsieur MB et de sa descendance, le constituant s'est dessaisi de la propriété de ces biens de manière irrévocable au profit d'un intermédiaire, le trustee, à charge pour lui de les gérer pour le compte de bénéficiaires dont Monsieur MB et de les leur transmettre.” – Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 6 novembre 2019, 17-26.985.

У пракси српских судова није учестала примена *common law* права као меродавног. Врховни касациони суд је 2019. године одлучивао у спору<sup>1368</sup> у коме је било неопходно одговорити на питање у ком тренутку је дошло до прелаза права својине на покретним стварима у складу са одредбама енглеског права. Странке су закључиле уговор о продаји нафтних деривата у коме су у случају спора као меродавно одредиле енглеско право. Након закључења уговора, продавац је купцу испоставио фактуре и царинске декларације за неиспоручену, а плаћену количину нафтних деривата који су се налазили на преради код трећетуженог НИС-а на основу посебног уговора који је закључен између продавца и прерађивача. Како је над продавцем, у међувремену, отворен стечајни поступак, између осталог и количина нафтних деривата која је била на преради је укључена у стечајну масу. Купац је из тог разлога покренуо парницу да му се купљена количина нафтних деривата преда у својину и државину.

Другостепени суд је утврдио како трећетужени НИС нема пасивну легитимацију у погледу дела тужбеног захтева којим је тражено утврђење права својине, као и да се захтев за утврђење права својине мора усмерити према ранијем власнику ствари, односно лицу са којим је закључен уговор који је био основ за стицање права својине. Конкретно, тужилац своја права може и мора остваривати само у поступку стечаја и само од стечајног дужника. Врховни касациони суд је утврдио како су наведени закључци другостепеног суда погрешни. Према образложењу одлуке Врховног касационог суда, „стране су у случају спора уговориле примену енглеског права, па се тако спорни однос мора решавати применом уговореног меродавног материјалног права. У конкретном случају су то одредбе Закона о продаји робе Енглеске (*Sale of goods act 1979*).” Суд након тога цитира члан 18 овог закона који прописује да када се ради о уговору о продаји робе спремне за транспорт, право својине на роби прелази са продавца на купца у тренутку настанка уговора, без обзира на рок плаћања и/или достављања робе. Касациони суд на овом месту истиче како за разлику од домаћег права, „по енглеском праву већ самим закључењем пуноважног уговора својина на ствари прелази на купца.” Следствено овој законској одредби енглеског закона, на основу закљученог уговора тужилац је стекао право својине на ствари, а на основу издатих исправа (рачуна и царинских декларација) он може располагати са робом коју је стекао по уговору. Ово значи да тужилац има право да од сваког лица код кога се његова ствар налази захтева њену предају. Касациони суд посебно истиче како је „суд дужан пружити судску заштиту власнику ствари.” На крају, суд

<sup>1368</sup> Пресуда Врховног касационог суда Рев1 8/18; Прев 353/19 од 11.07.2019. године.

закључује да „тужилац може тражити предају ствари од сваког лица, код кога се ствар налази, односно у конкретној ситуацији, директно од трећетужене НИС. Није нужно да се у овој ситуацији тужбом обухвати ранији власник ствари, односно привредно друштво које је сада у стечају.” Другим речима, тужилац као власник ствари не мора право на предају ствари остваривати само у стечајном поступку, јер предметне ствари припадају њему. „Оне не могу представљати стечајну масу, нити се налазе код стечајног дужника. Предаја тражена од трећетуженог, не ремети редослед намирења поверилаца у стечајном поступку. Стога тужилац право на предају ствари може остварити кроз парнични поступак како је то и учинио.”<sup>1369</sup>

Цитирани примери примене института англоамеричких права од стране континенталних судова упућују на закључак да неколико пута утврђене концептуалне разлике које постоје између две породице права не спречавају континенталне судије да веома прецизно и јасно разумеју *common law* институте. Осим тога, континентални судови су и више него спремни да примене страном материјално право у складу са јасним правилима међународног приватног права, без обзира што на тај начин понекад долази и до дијаметрално супротног исхода спора у односу на резултат до кога би довело домаће или неко друго сродно континентално право.

#### 4. ПРАКСА КОНТИНЕНТАЛНИХ ФОРУМА У ОДНОСУ НА ЕНГЛЕСКИ *CONSIDERATION*

У оквиру овог истраживања дошло се до закључка како у пракси форума континенталне Европе, енглески институт *consideration* није представљао предмет анализе неопходне за доношење коначне ауторитативне одлуке. Један од могућих разлога може се препознати и у чињеници да је *consideration* ништа мање до готово *et os*, основна карактеристика енглеског уговора – онај његов атрибут по коме се он маркантно разликује од концепта уговора европско-континенталне породице права. Определујући се за енглеско право као меродавно, уговорне стране, у ствари, готово свесно прихватају и доминантну теретност свог облигационог односа. Дакле, може се закључити како захтев јасне узајамности права и обавеза код уговора са иностраним елементом, када се као меродавно право дефинише оно енглеско, стране ни не доводе у питање.

---

<sup>1369</sup> Пресуда Врховног касационог суда Рев1 8/18; Прев 353/19 од 11.07.2019. године.



#### 4.1. Студија случаја

У циљу идентификације начина на које би континентални правници последице енглеског концепта *consideration* интерпретирали у оквиру свог националног права, спроведена је мања студија случаја. У оквиру отворене интернет анкете<sup>1370</sup>, описано је пет хипотетичких ситуација креираних на основу чињеничне грађе познатих случајева у којима су формирана нека од прецедената енглеске доктрине *consideration*. Од учесника анкете је тражено да полазећи од нормативног оквира свог домаћег права одговоре на три питања. Језик анкете је био енглески.

На самом почетку се од учесника анкете тражило да одабиром понуђених одговора, односно попуњавањем одговарајућих поља, пруже основне податке о себи. Прво поље се односило на име и презиме. Ово поље није било обавезно, па је учесник могао означавањем опције „желим анонимно да учествујем” да настави даље. Након тога је из падајућег менија требало означити занимање. Понуђени су одговори: судија, адвокат, јавни тужилац, универзитетски професор права, јавни бележник, јавни извршитељ, државни службеник. На крају је понуђена опција „остало”, где су учесници самостално исписивали своја занимања, а као примери могућих одговора назначено је „правник у привредни”, „правни саветник”. Последње идентификационо питање тичало се државе из које учесник долази, те су у падајућем менију излистане све европске државе, изузев Малте, Кипра и Уједињеног Краљевства.

У анкети је учествовао 30 правника из Белгије, Бугарске, Италије, Мађарске, Србије, Украјине и Француске, од којих је 25 правника практичара у правосудним професијама (адвокати, судије, јавни бележници, јавни извршитељи), 2 учесника су универзитетски професори права, док преостала три учесника имају друге правничка занимања.

Након уводног дела, учесник би прочитао један по један опис хипотетичке ситуације и након сваке целине дао свој одговор на три питања. Прво се од учесника затражило да одреде грану права којој би према њиховом мишљењу конкретни спор припадао. Понуђене су биле четири опције: уговор, накнада штете, неосновано обогаћење и као четврто, отворено поље у коме су учесници сами исписивали свој одговор. Као вид смернице за попуњавање овог поља, указано је на неколико могућих опција: „трговинско право”, „породично право”, „стварно право”, „социјално осигурање”, као и отворена

---

<sup>1370</sup> Анкета је доступна на интернет адреси: [www.damir.site/survey](http://www.damir.site/survey) (5. 6. 2022).

одредба „и тако даље”. Смернице су биле исписане слабије видљивим словима у оквиру самог поља, које су нестале када је учесник анкете почео да исписује свој одговор.

Друго питање захтевало је одабир између две опције из падајућег менија. Требало је одредити да ли би домаћи суд у конкретном случају донео одлуку у корист тужиоца или туженог. Испод сваке хипотетичке ситуације, избор је дат као опција између „продавац” или „купац”, „бивши муж” односно „бивша жена”, „власник ауторског права” на супрот „произвођач чоколаде”, и овоме слично. Разлог због кога су парничне стране биле идентификоване на овај начин је намера да се избегну могуће грешке услед тога што би учесник анкете погрешно разумео која је од страна била тужилац, а која тужени. Описно означавање учесника датог односа омогућило је да се понуђени одговор евидентира релативно поуздано и јасно.

Треће, и последње питање, било је отвореног карактера и у њему се захтевало да учесник у одговарајуће поље унесе податак о пропису националног права који би био најрелевантнији за одлучивање у конкретној ситуацији. Податак о пропису би подразумевао назив закона или другог општег акта на изворном језику, као и упућивање на члан, параграф или други одсек тог прописа. Као пример, на начин како је то било учињено и код ранијих питања овог типа, указано је на могући одговор: „на пример Art. 1104 Code civil”. Од учесника анкете се тражило да назив прописа наведу на оригиналном језику, како не би дошло до грешке у преводу.

Након што су понудили одговоре на три постављена питања, учесници су у посебном пољу имали могућност да након сваког случаја дају свој коментар.

Хипотетички случајеви су били описани на следећи начин.

*Случај 1* – Након што су закључили уговор о продаји коња, продавац је купцу рекао да је коњ „добре нарави”. Пошто га је дотерао на своје имање, купац је установио да је коњ рђавог темперамента, па је поднео тужбу против продавца због повреде уговора.<sup>1371</sup>

*Случај 2* – Током бракоразводне парнице, муж је обећао бившој жени да ће јој на име издржавања плаћати износ од 100 фунти годишње. Ослонивши се на ово обећање, жена у даљем току бракоразводног поступка није истакла захтев за плаћање законског издржавања. Након што муж ни неколико година није отпочео са уплатама, бивша жена

---

<sup>1371</sup> Чињенична грађа у предмету *Roscorla v Thomas* (1842) 3 QB 234.

је поднела тужбу ради исплате дугованог. Муж се позвао на околност да у замену за његово обећање, жена није понудила никакву узвратну обавезу.<sup>1372</sup>

*Случај 3* – Привредно друштво које управља најамним палатама је 1937. године преузело управу над зградом за износ закупнине од 2.500 фунти годишње. По избијању Другог светског рата, дошло је до тешкоћа у издавању станова, па је јануара 1940. године привредно друштво затражило од власника непокретности умањење износа закупнине, на основу чега је писменим споразумом износ закупнине преполовљен. Како су 1945. године све стамбене јединице поново биле издате у закуп, власник непокретности је 21. септембра исте године затражио да се висина закупнине врати на првобитних 2.500 фунти годишње, као и да му се исплати разлика до пуног износа преполовљених закупнина, што укупно износи 7.916 фунти. Како би испитао став суда у односу на овакав захтев, власник непокретности је поднео тужбу ради исплате дела претпостављеног дуга, за период од две ратне године.<sup>1373</sup>

*Случај 4* – Тужилац је имао ауторско право на врло популарну песму. Тужени, произвођач чоколаде продавао је грамофонске плоче на којима се налазила ова песма, у замену за три исцепана омота његових чоколадица вредности од пет шилинга и једну фунту у готовом новцу. Законом о ауторском праву прописано је да се власнику ауторског права исплаћује 6,25% од остварене малопродајне цене заштићеног предмета. Произвођач чоколаде је сматрао да се накнада власнику ауторског права рачуна на износ од једне фунте, док је друга страна сматрала да малопродајна цена подразумева и износ од пет шилинга као противвредност купљених чоколадица, па је поднела тужбу суду ради уплате разлике.<sup>1374</sup>

*Случај 5* – Грађевинска предузетничка радња је извршила радове поправке на непокретности у вредности од 732 фунте, од чега је наручилац посла исплатио 250 фунти. Како је грађевинска радња запала у финансијске тешкоће, након што су затражили исплату преосталог дела накнаде, супруга власника непокретности је у телефонском разговору истакла одређене недостатке у извршеним радовима и пристала да исплати још укупно 300 фунти. Грађевинска фирма је, иако невољно, пристала да умањени износ прихвати као исплату преостале обавезе у целости. Након обављених консултација са

<sup>1372</sup> Чињенична грађа у предмету *Combe v Combe* [1951] 2 KB 215.

<sup>1373</sup> Чињенична грађа у предмету *Central London Property Trust v High Trees House Limited* [1947] KB 130.

<sup>1374</sup> Чињенична грађа у предмету *Chappell & Co Ltd v Nestle Co Ltd* [1960] AC 87.

правним саветницима, поднели су тужбу за исплату првобитно обрачунате накнаде за извршене радове у целости.<sup>1375</sup>

## 4.2. Преглед одговора

### 4.2.1. Случај 1

У првом хипотетичком случају, који се тичао спора насталог око уговора о продаји коња, три учесника анкете су сматрала како се ради о праву на накнаду штете, док је 27 одговора указало на уговорни однос. Према мишљењу 16 испитаника, суд би донео одлуку у корист купца, четворо њих се изјаснило да не зна, док је преосталих десет учесника претпоставило да би суд донео одлуку у корист продавца.

Италијански правници су као нормативни оквир свог одговора понудили одредбе Грађанског законика који уређује питање испуњења са недостатком код уговора о продаји. Тамошњи законик прописује да је продавац обавезан да јемчи како предмет који продаје нема недостатке који га чине неподесним за његову намеравану употребу, односно који не умањују у значајној мери његову вредност. Одредба уговора којим би се ова одговорност продавца умањила или укинула је без дејства уколико је продавац у лошој вери сакрио недостатке од продавца.<sup>1376</sup> Међутим, мишљење италијанских правника подељено је око тога да ли би суд одлуку донео у корист продавца, или купца. Наиме, након кровне одредбе о одговорности продавца за продају предмета са недостатком који му је био познат, а који је у лошој вери сакрио од купца, италијански правници указују на одредбу њиховог Грађанског законика по којој се у случају продаје животиња, одговорност продавца за недостатке цени у складу са посебним законима или локалним обичајима, уколико они постоје.<sup>1377</sup>

Француски правници су свој одговор претежно везали за одредбе Грађанског законика који прописује обавезу преговарања, закључења, као и испуњења уговора у доброј вери.<sup>1378</sup> Према мишљењу дела испитаника, француски суд би донео одлуку на основу одредбе законика по којој продавац одговара за све скривене недостатке предмета

<sup>1375</sup> Чињенична грађа у предмету *D & C Builders Ltd v Rees* [1965] EWCA Civ 3.

<sup>1376</sup> „Il venditore è tenuto a garantire che la cosa venduta sia immune da vizi che la rendono inidonea all'uso a cui è destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore. Il patto con cui si esclude o si limita la garanzia non ha effetto, se il venditore ha in mala fede taciuto al compratore i vizi della cosa.” – Art. 1490. *Codice civile*.

<sup>1377</sup> „Nella vendita di animali la garanzia per i vizi è regolata dalle leggi speciali o, in mancanza, dagli usi locali. Se neppure questi dispongono, si osservano le norme che precedono.” – Art. 1496. *Codice civile*.

<sup>1378</sup> „Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public.” – Art. 1104 *Code civil*.

продаје који га чине неподесним за намеравану употребу или који могућност употребе умањују у тој мери да купац у таквим околностима конкретан предмет не би купио, или би за њега платио нижу цену.<sup>1379</sup> Међутим, према мишљењу првих, суд би услед поступања у лошој вери одлуку донео у корист купца, док би према другима суд одлучио у корист продавца. До оваквог одговора је дошло услед става да би у случају уговора о продаји коња, суд сматрао као околност од значаја да ли је купац преглед коња извршио уз помоћ стручњака, попут ветеринара или другог професионалца, чиме би отклонио могућност да купи коња који има одређене недостатке.

Испитаници из Швајцарске су једногласни у ставу да би суд одлучио у корист купца. Овакав одговор јасно произилази из одредбе тамошњег Законика о облигацијама по којој је продавац одговоран како за квалитет предмета продаје који јемчи, тако и за околност да предмет продаје нема материјалне или правне недостатке који суштински умањују његову употребљивост или вредност. Продавац је одговоран чак и када није свестан ових недостатака.<sup>1380</sup> Према појединим испитаницима, купац би имао могућност да захтева било накнаду штете, било умањење цене коју је исплатио и да задржи купљеног коња.<sup>1381</sup>

Мађарски правници су претежног мишљења да се ради о спору везаном за уговорни однос, док један мањи део сматра да се ради о праву на накнаду штете. Према мишљењу већине, суд би донео одлуку у корист купца. Нормативни оквир за овакву одлуку проналазе у одредбама мађарског Грађанског законика који уређује питање испуњења са недостатком. Испуњење је са недостатком уколико оно није саобразно квалитету који је предвиђен уговором или законским прописима. Одговорности нема уколико је поверилац у тренутку испуњења знао или морао знати за недостатак на који се позива.<sup>1382</sup> Међутим, један део мађарских правника сматра како би суд у конкретном случају донео

<sup>1379</sup> „Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus.” – Art. 1641 *Code civil*.

<sup>1380</sup> „Der Verkäufer haftet dem Käufer sowohl für die zugesicherten Eigenschaften als auch dafür, dass die Sache nicht körperliche oder rechtliche Mängel habe, die ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder erheblich mindern. Er haftet auch dann, wenn er die Mängel nicht gekannt hat.” – Art. 197 *Obligationenrecht*.

<sup>1381</sup> „Wird auch bis zum Ablaufe dieser Frist nicht erfüllt, so kann der Gläubiger immer noch auf Erfüllung nebst Schadenersatz wegen Verspätung klagen, statt dessen aber auch, wenn er es unverzüglich erklärt, auf die nachträgliche Leistung verzichten und entweder Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlangen oder vom Verträge zurücktreten.” – Art. 107(2) *Obligationenrecht*.

<sup>1382</sup> „A kötelezett hibásan teljesít, ha a szolgáltatás a teljesítés időpontjában nem felel meg a szerződésben vagy jogszabályban megállapított minőségi követelményeknek. Nem teljesít hibásan a kötelezett, ha a jogosult a hibát a szerződéskötés időpontjában ismerte, vagy a hibát a szerződéskötés időpontjában ismernie kellett.” – 6:157. § (1) 2013. évi V. törvény [Ptk.]

одлуку у корист продавца из разлога што је купац питање о квалитету коња поставио након што је уговор о продаји закључен и испуњен. У том смислу, накнадна обећања нису део уговорног односа и не могу се на њега односити. У том смислу указује се на кровну одредбу законика по коме се обавеза има испунити на начин на који је то садржином самог правног посла одређено.<sup>1383</sup>

Правници из Србије у већини сматрају да се ради о спору везаном за уговорни однос, док има и мишљења да се ради о праву на накнаду штете. Нормативни оквир усаглашено је везан за одредбе ЗОО којима се уређује питање одговорности за материјалне недостатке. Тако, продавац одговара за материјалне недостатке ствари које је она имала у часу прелаза ризика на купца, без обзира на то да ли му је то било познато, као и за оне материјалне недостатке који се појаве после прелаза ризика на купца, ако су последица узрока који је постојао пре тога.<sup>1384</sup> Недостатак постоји, између осталог, ако ствар нема потребна својства за њену редовну употребу или за промет, ако ствар нема потребна својства за нарочиту употребу за коју је купац набавља, а која је била позната продавцу, или му је морала бити позната, ако ствар нема својства и одлике које су изричито или прећутно уговорене.<sup>1385</sup> Док би према мишљењу претежног дела учесника анкете из Србије, суд на основу цитираних чланова ЗОО пресудио у корист купца, један део анкетираних сматра како продавчеве одговорности нема јер су недостаци у часу закључења уговора били познати купцу или му нису могли остати непознати, при чему се сматра да купцу нису могли остати непознати они недостаци које би брижљиво лице са просечним знањем и искуством лица истог занимања и струке као и купац могло лако опазити при уобичајеном прегледу ствари.<sup>1386</sup> Као коментар се у овом смислу наглашава да је купац морао ангажовати стручњака који би прегледао коња и указао на његове недостатке.

СЛУЧАЈ 1	Којој грани права припада дати однос?		У чију корист би суд донео одлуку?		
	накнада штете	уговорно право	купца	продавца*	не знам
Каузалистички круг Белгија, Италија, Србија, Француска	1	15	8	6	2
Антикаузалистички круг Бугарска, Мађарска, Украјина, Швајцарска	2	12	8	4	2

\*Звездицом је означена странка у чију корист је енглески суд донео одлуку у спору.

<sup>1383</sup> „A szolgáltatást a kötelem tartalmának megfelelően kell teljesíteni.” – 6:34. § 2013. évi V. törvény [Ptk.]

<sup>1384</sup> Чл. 478. ЗОО.

<sup>1385</sup> Чл. 479. ЗОО.

<sup>1386</sup> Чл. 480. ст. 1–2. ЗОО.

#### 4.2.2. Случај 2

Други хипотетички случај везан је за питање обавезе мужа да својој бившој жени на име издржавања уплаћује годишњи износ од 100 фунти. Најбројнији део учесника сматра да би се конкретан спор морао посматрати у оквиру породичног права (14 одговора), након чега следе они који цене да се ради о уговорном односу (10). Преостали одговори су подељени између права на накнаду штете, једностране изјаве воље, док се према једном одговору ради о примеру осталих извора облигација. Према мишљењу петнаест учесника, суд би донео одлуку у корист бивше супруге, њих десеторо сматра да би у спору успео муж, док њих четворо не зна како би суд коначно одлучио.

Како у складу са одредбама белгијског права право бивше жене да поднесе захтев за исплатом законског издржавања не застарева, она би тужбу за исплату могла поднети било када и извесно успела у спору.

Мишљења италијанских правника су подељена. Према једнима ради се о уговорном односу, у ком случају би суд донео одлуку у корист бивше жене, већ на основу кровне одредбе италијанског Грађанског законика по којој је уговор споразум две или више страна којим се успоставља, уређује или укида њихов узајамни правни однос.<sup>1387</sup> У том смислу се указује и на недавну одлуку тамошњег Касационог суда, по којој немају дејства одредбе споразума између бивших супружника који би били неповољни у односу на примаоца обавезног законског издржавања.<sup>1388</sup> Међутим, према мишљењу других, у конкретном случају се ради о питању који уређује италијански Закон о разводу, према коме бивши супружници у току бракоразводне парнице морају изнети захтеве за им суд досуди право на законско издржавање.<sup>1389</sup> Како у конкретном случају таквог захтева није било, суд би донео одлуку у корист бившег мужа.

Мишљења швајцарских правника су такође подељена када се ради о подручју права које уређује дато питање. Док је према једнима то уговорни однос, према другима се ради о питању из домена породичног права. У првом случају, применом Законика о облигацијама, суд би донео одлуку у корист бивше жене, услед доцње дужника.<sup>1390</sup> Међутим,

<sup>1387</sup> „Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale.” – Art. 1321 *Codice civile*.

<sup>1388</sup> Penale Sent. Sez. 6 Num. 5236 Anno 2020, data Udiienza: 11/12/2019.

<sup>1389</sup> „I coniugi devono presentare all'udienza di comparizione avanti al presidente del tribunale la dichiarazione personale dei redditi e ogni documentazione relativa ai loro redditi e al loro patrimonio personale e comune. In caso di contestazioni il tribunale dispone indagini sui redditi, sui patrimoni e sull'effettivo tenore di vita, valendosi, se del caso, anche della polizia tributaria.” – Art. 5(9) *Legge sul divorzio*.

<sup>1390</sup> „Ist eine Verbindlichkeit fällig, so wird der Schuldner durch Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt. Wurde für die Erfüllung ein bestimmter Verfalltag verabredet, oder ergibt sich ein solcher infolge einer

уколико би се примениле одредбе тамошњег породичног права, споразуми о уређењу односа између бивших супружника морају бити потврђени од стране суда, па је тако тужба бивше супруге без основа.

Према претежном мишљењу француских правника питање спада у домен уређења породичних односа, док је према мишљењу мађине то ствар уговорног односа. Готово сви одговори претпостављају да би суд донео одлуку у корист бивше жене, међутим прописи на којима заснивају такав став су релативно широког спектра, попут обавезе поступања у доброј вери, и овом слично. Према мађинском мишљењу, суд би одбио захтев бивше жене уз образложење да је према француском праву обавеза законског издржавања једног од бивших супружника условљена претходном обавезујућом одлуком суда.<sup>1391</sup>

Мађарски правници сматрају да се дати однос може сматрати уговором, правом на накнаду штете, да су део породичног права, односно према једном мишљењу ради се о осталим изворима облигација. Према мишљењу већине, суд би донео одлуку у корист бивше жене, са образложењем да муж није поштовао уговорну обавезу. Међутим, попут одговора из осталих држава, и у Мађарској би, на основу одредаба породичног права, правно дејство споразум бивших супружника о обавези давања издржавања једног од њих било условљено посебним видом овере.<sup>1392</sup> У том случају, суд би донео одлуку у корист мужа.

Мишљења домаћих правника су подељена готово на пола, при чему прва група сматра да се ради о уговорном односу, а друга да се ради о питању из породичног права. Као и у претежном делу понуђених одговора, уговорни однос би ишао у прилог бившој жени, док би према одредбама Породичног закона, који прописује да супружник који нема довољно средстава за издржавање, а неспособан је за рад или је незапослен, има право на издржавање од другог супружника сразмерно његовим могућностима, при чему нема право на издржавање супружник ако би прихватање његовог захтева за издржавање

---

vorbehaltenen und gehörig vorgenommenen Kündigung, so kommt der Schuldner schon mit Ablauf dieses Tages in Verzug.” – Art. 102. *Obligationenrecht*.

<sup>1391</sup> „L'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une prestation destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives. Cette prestation a un caractère forfaitaire. Elle prend la forme d'un capital dont le montant est fixé par le juge. Toutefois, le juge peut refuser d'accorder une telle prestation si l'équité le commande, soit en considération des critères prévus à l'article 271, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'époux qui demande le bénéfice de cette prestation, au regard des circonstances particulières de la rupture.” – Art. 270(2)(3) *Code civil*.

<sup>1392</sup> „A házastársak közokiratban vagy ügyvéd által ellenjegyzett magánokiratban megállapodhatnak abban, hogy a tartásra köteles házastárs tartási kötelezettségének megfelelő vagyontárgy vagy pénzüsszeg egyszeri juttatásával tesz eleget. Ebben az esetben a juttatásban részesített házastárs a jövőben tartási követeléssel akkor sem léphet fel, ha arra e törvény alapján jogosulttá válna.” – 4:32. § 2013. évi V. törvény [Ptk.]



представљало очигледну неправду за другог супружника.<sup>1393</sup> У том смислу, и домаћи судови би одбили захтев бивше жене за исплатом законског издржавања.

СЛУЧАЈ 2	Којој грани права припада дати однос?					У чију корист би суд донео одлуку?		
	једнострана изјава воље	накнада штете	остали извори облигација	породично право	уговорно право	бивша жена	бивши муж*	не знам
Каузалистички круг Белгија, Италија, Србија, Француска	1	0	0	10	5	6	7	3
Антикаузалистички круг Бугарска, Мађарска, Украјина, Швајцарска	0	3	2	4	5	9	4	1

\*Звездицом је означена странка у чију корист је енглески суд донео одлуку у спору.

### 4.2.3. Случај 3

Трећи хипотетички случај тиче се захтева власника непокретности да по окончању Другог светског рата, привредно друштво које је управљало његовом најамном палатом исплати пун износ закупнине упркос модификацији уговора из 1940. године, по којој је износ годишње закупнине преполовљен.

Учесници анкете су готово једногласно на становишту да дати спор припада сфери уговорног односа, као и да би суд одбио захтев власника непокретности. Део италијанских правника, примера ради, овакав став везују за примену принципа *rebus sic stantibus*, цитирајући одредбу италијанског Грађанског законика, по којој дужник не одговара за неиспуњење или задоцнело испуњење обавезе услед околности које су изван његове контроле.<sup>1394</sup> Према другима, не постоји индиција о томе да је споразум о изменама првобитног уговора био орочен само за време трајања рата. Истог става су и француски правници. Швајцарски Законик о облигацијама посебно нормира како власник непокретности није у могућности да захтева повећање закупнине уколико за то не постоје оправдани разлози.<sup>1395</sup>

Мађарски правници, такође, указују на околност да стране могу споразумно мењати свој уговорни однос, док би такво право само једне стране морало бити посебно

<sup>1393</sup> Чл. 151. *Породичног закона*.

<sup>1394</sup> „Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.” – Art. 1218. *Codice civile*.

<sup>1395</sup> „Die Mietzinserhöhung ist nichtig, wenn der Vermieter: a. sie nicht mit dem vorgeschriebenen Formular mitteilt; b. sie nicht begründet; c. mit der Mitteilung die Kündigung androht oder ausspricht. Die Absätze 1 und 2 gelten auch, wenn der Vermieter beabsichtigt, sonstwie den Mietvertrag einseitig zu Lasten des Mieters zu ändern, namentlich seine bisherigen Leistungen zu vermindern oder neue Nebenkosten einzuführen.” – Art. 269d *Obligationenrecht*.

предвиђено.<sup>1396</sup> Међу понуђеним одговорима је и указивање на одредбу општег петогодишњег рока застарелости.<sup>1397</sup> Домаћи правници указују на одредбе Закона о облигационим односима који уређују питање измењених околности.

СЛУЧАЈ 3	Којој грани права припада дати однос?				У чију корист би суд донео одлуку?		
	накнада штете	неосновано обогаћење	уговорно право	не знам	власник	закупац*	не знам
Каузалистички круг Белгија, Италија, Србија, Француска	2	1	12	1	0	10	6
Антикаузалистички круг Бугарска, Мађарска, Украјина, Швајцарска	0	0	14	0	3	10	1

\*Звездицом је означена странка у чију корист је енглески суд донео одлуку у спору.

#### 4.2.4. Случај 4

Хипотетички случај који се односио на питање да ли би суд вредност употребљених омота чоколадица урачунао у основицу за обрачун накнаде коју би требало исплатити имаоцу ауторског права на популарну песму је у оквиру ове анкете готово остао без одговора. Чак деветнаест анкетираних учесника, неvezано за земљу из које долазе, је одговорило да не зна како би у датом случају њихов домаћи суд одлучио. У корист власника ауторског права се изјаснило шест учесника, док је њих петоро сматрало да би у спору требао да успе произвођач чоколаде.

У односу на грану права којој дати случај припада, највише одговора је дато сфери интелектуалне својине, односно ауторском праву, затим следе уговорно право, накнада штете, неосновано обогаћење, трговинско право и чак два општа одговора – грађанско право. Тако, једно од одговора из Швајцарске гласи како би суд можда донео одлуку на основу правила о неоснованом обогаћењу у корист имаоца ауторског права. Кривна одредба на коју се дати учесник анкете позвао прописује да ко се без основа обогатио на рачун другог дужан је да врати оно чиме се обогатио,<sup>1398</sup> ипак не нуди и јасно образложење оваквог закључка.

<sup>1396</sup> „A felek közös megegyezéssel módosíthatják a szerződés tartalmát vagy megváltoztathatják kötelezettségvállalásuk jogcímét. [...] A szerződés tartalmát valamelyik fél egyoldalúan akkor módosíthatja, ha ezt a szerződésben kikötötték, vagy ha a felet erre jogszabály feljogosítja.” – 6:191. § (1)(4) 2013. évi V. törvény [Ptk.]

<sup>1397</sup> „Ha e törvény eltérően nem rendelkezik, a követelések öt év alatt évülnek el.” – 6:22. § (1) 2013. évi V. törvény [Ptk.]

<sup>1398</sup> „Wer in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines andern bereichert worden ist, hat die Bereicherung zurückzuerstatten. Insbesondere tritt diese Verbindlichkeit dann ein, wenn jemand ohne jeden gültigen Grund oder aus einem nicht verwirklichten oder nachträglich weggefallenen Grund eine Zuwendung erhalten hat.” – Art. 62 *Obligationenrecht*.

Мађарски правници који сматрају да се ради о питању из сфере права интелектуалне својине, указују на одредбе тамошњег Закона о ауторском праву, по коме аутор има искључиво право да своје дело делимично или у целости употребљава, односно да га економски употребљава, док је уговором о ауторском делу такво право могуће пренети и на другог. У оквиру истог параграфа предвиђено је да се од дела накнаде која би му припала аутор мора изричито одрећи<sup>1399</sup>, па би у том смислу суд могао донети одлуку у корист власника ауторског права.

Према већинском мишљењу домаћих правника, ради се о сфери интелектуалне својине, међутим није јасно у чију корист би према важећем нормативном оквиру домаћи судови одлучили. Ипак, једно од конкретних мишљења домаћих правника је да се у датом случају ради о праву на накнаду штете, па би тако према одредбама ЗОО суд донео одлуку у корист власника ауторског права, с обзиром на то да успостављање ранијег стања не би било могуће, па би суд одредио да одговорно лице, овде произвођач чоколаде, исплати оштећенику одговарајућу своту новца на име накнаде штете.<sup>1400</sup>

СЛУЧАЈ 4	Којој грани права припада дати однос?						У чију корист би суд донео одлуку?		
	ауторско право	грађанско право	накнада штете	неосновано обogaђење	трговинско право	уговорно право	власник ауторског права	произвођач чоколаде*	не знам
Каузалистички круг Белгија, Италија, Србија, Француска	5	0	3	2	2	4	3	2	11
Антикаузалистички круг Бугарска, Мађарска, Украјина, Швајцарска	5	2	2	2	0	3	3	3	8

\*Звездицом је означена странка у чију корист је енглески суд донео одлуку у спору.

#### 4.2.5. Случај 5

Последњи у низу хипотетичких случајева односи се на питање да ли је исплата мањег износа од првобитно уговореног на име извршених грађевинских радова, уз признаницу на којој је написано „исплаћено на име преосталог износа обавезе у целости” пуноважна, или извођач радова може и након тога захтевати исплату првобитно утврђене пуне цене. За разлику од шаренила до кога је претходна чињенична грађа довела, у овом случају су мишљења учесника анкете готово усаглашена. Чак двадесет седам одговора

<sup>1399</sup> „Ha e törvény másképp nem rendelkezik, a szerzőt a mű felhasználására adott engedély fejében díjazás illeti meg, amelynek - eltérő megállapodás hiányában – a felhasználáshoz kapcsolódó bevétellel kell arányban állnia. A díjazásról a jogosult csak kifejezett nyilatkozattal mondhat le. Ha a törvény a felhasználási szerződés érvényességét megszabott alakhoz köti, a díjazásról való lemondás is csak a megszabott alakban érvényes.” – 16. § (4) 1999. évi LXXVI. törvény [ Szjt. ].

<sup>1400</sup> Чл. 185. ст. 3. ЗОО.

сматра да се ради о уговорном односу, док свега три одговора указује на право на накнаду штете. Према мишљењу деветнаест учесника анкете, суд би донео одлуку у корист наручиоца посла, не зна одговор њих шесторо, док би према мишљењу њих петоро суд усвојио тужбени захтев грађевинске фирме.

Према мишљењу италијанских правника, околност да се грађевинска фирма писмено сложила са исплатом мањег износа у односу на првобитно уговорени, је према тамошњим прописима може разумети и као прихватање примедби које је наручилац посла имао у односу на извршене радове.<sup>1401</sup>

Мишљење швајцарских правника је подељено. Према једнима је и више него јасно да поверилац прихватањем мањег износа на име исплате преостале обавезе дужника у целости не може накнадно од њега тражити исплату пуне, првобитно уговорене цене. Међутим, присталице другачијег мишљења указују на одредбу швајцарског Законика о облигацијама по којој у случају очигледне несразмере између чинидбе и противчинидбе оштећена страна може у року од једне године изјавити да раскида уговор и тражити повраћај онога што је дала ако је до оштећења дошло због тога што је друга страна искористила њену нужду.<sup>1402</sup> Уколико би суд утврдио да је дошло до злоупотребе неповољног положаја грађевинске фирме од стране наручиоца посла, може се сматрати да би одлука суда била у корист извођача радова.

Француски правници указују на околност да је наручилац посла, свакако, могао да истиче приговоре мањкавости извршених радова, па би у том смислу и првобитно уговорена цена могла бити снижена.<sup>1403</sup> У таквом случају на основу расположивих података се не може са сигурношћу знати каква би била одлука француског суда. Ипак, већина је на становишту да кровна одредба француског Грађанског законика по којој је пуноважан уговор закон за његове стране,<sup>1404</sup> довољан основ да суд захваљујући споразуму страна

<sup>1401</sup> „Il committente può chiedere che le difformità o i vizi siano eliminati a spese dell'appaltatore, oppure che il prezzo sia proporzionalmente diminuito, salvo il risarcimento del danno nel caso di colpa dell'appaltatore. Se però le difformità o i vizi dell'opera sono tali da renderla del tutto inadatta alla sua destinazione, il committente può chiedere la risoluzione del contratto.” – Art. 1668 *Codice civile*.

<sup>1402</sup> „Wird ein offenes Missverhältnis zwischen der Leistung und der Gegenleistung durch einen Vertrag begründet, dessen Abschluss von dem einen Teil durch Ausbeutung der Notlage, der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns des andern herbeigeführt worden ist, so kann der Verletzte innerhalb Jahresfrist erklären, dass er den Vertrag nicht halte, und das schon Geleistete zurückverlangen.” – Art. 21(1) *Obligationenrecht*.

<sup>1403</sup> „La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut : refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ; poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ; obtenir une réduction du prix ; provoquer la résolution du contrat ; demander réparation des conséquences de l'inexécution. Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter.” – Art. 1217 *Code civil*.

<sup>1404</sup> „Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits.” – Art. 1103 *Code civil*.

о исплати мањег износа на име намирења преостале обавезе у целости пресуди у корист наручиоца посла.

Мађарски правници, такође, указују на значај измена првобитног уговора, указујући на претходно већ цитиране одредбе Грађанског законика. Међутим, и у овде се указује на значај примедби које је наручилац посла имао, али и околности да ли је првобитни уговор закључен у писменој форми, ком приликом би и то могла бити околност од значаја приликом одлучивања суда.

Домаћи правници мишљење о успеху наручиоца посла у спору, пре свега, доводе у везу са одредбама ЗОО које уређују питање поравнања, те се указује да се таквим уговором лица између којих постоји спор или неизвесност о неком правном односу, помоћу узајамних попуштања прекидају спор, односно уклањају неизвесност и одређују своја узајамна права и обавезе.<sup>1405</sup> У исто време указује се и на одредбе које регулишу питање одговорности извођача код уговора о грађењу.<sup>1406</sup> У сваком случају, преовлађује мишљење да би домаћи судови одбили захтев за исплату првобитно утврђене пуне цене извршених грађевинских радова.

СЛУЧАЈ 5	Којој грани права припада дати однос?		У чију корист би суд донео одлуку?		
	накнада штете	уговорно право	власник непокретности	грађевинска фирма*	не знам
Каузалистички круг Белгија, Италија, Србија, Француска	2	14	11	2	3
Антикаузалистички круг Бугарска, Мађарска, Украјина, Швајцарска	1	13	8	3	3

\*Звездицом је означена странка у чију корист је енглески суд донео одлуку у спору.

### 4.3. Анализа студије случаја

Пет описаних ситуација у оквиру дате студије случаја, како је то већ истакнуто, представљају сиже чињеничне грађе пет репрезентативних прецедената енглеске доктрине *consideration*. Мора се одмах истаћи како се у оквиру ове анализе, одговори учесника анкете не могу разумети као показатељ какве би одлуке континентални судови донели у свакој од описаних ситуација, јер за то не постоје ни елементарни услови. Ова студија случаја има за задатак да послужи као барометар базичног разумевања правника континенталне Европе о правним последицама одређених животних ситуација које су у

<sup>1405</sup> Чл. 1089. ст. 1. ЗОО.

<sup>1406</sup> Чл. 644–647. ЗОО.

оквиру *common law* породице права у тој мери биле значајне да су послужиле као чињенична основа дефинисања доктрине *consideration*.

Општи преглед датих одговора, већ на самом почетку открива како би према мишљењу учесника анкете пресуде континенталних судова у описаним ситуацијама биле готово без изузетка другачије од одлука енглеских судова. У четири од пет хипотетичких случајева, са одлуком енглеског суда се сложило између 15% и 30% учесника анкете, односно чак и у најбољем случају, свега нешто мање од једне трећине анкетираних. Изузетак у овом смислу је прецедент који се тиче захтева власника непокретности за исплатом пуног износа закупнине за период Другог светског рата када је иста споразумно преполовљена (случај 3). У овом случају се мишљења континенталних правника и Високог суда Енглеске и Велса подударају. Двадесет учесника анкете, односно њих 67%, сматра да би континентални суд одбио захтев власника непокретности, што је енглески суд и учинио. Понуђена образложења овакве одлуке континенталног форума се превасходно ослањају на околност постојања писмене исправе парничних страна о споразумном умањењу износа закупнине, при чему се чак истиче како дати споразум није ограничен само на период ратних година. Одређени број учесника је указао и на примену правила *rebus sic stantibus*.

Овај пример нуди веома значајан увид у концептуалну разлику између претежног схватања измена уговорног односа у оквиру европско-континенталне породице права и енглеског уговора. Наиме, применом јасних правила доктрине *consideration* енглески суд би и у овом случају морао усвојити захтев власника непокретности и обавезати привредни субјект који је управљао датом најамном палатом да исплати пуне износе закупнина и за период ратних година. Ова одлука суда би се заснивала на околности да на примљено обећање умањења износа закупнине није одговорено узвратним обећањем, односно руковалац најамном палатом није нити претрпео одређену неповољност, нити обезбедио одређену корист другој уговорној страни у замену за корист коју је остварио. Другим речима, недостаје његов узвратни *consideration*. Енглески суд уочивши очигледну неправичност такве одлуке с обзиром на ратне околности, у ствари, доноси одлуку супротну од оне коју би по редовном току ствари требао да донесе. Дакле, подударност у исходима анализе датог случаја између одговора учесника анкете и енглеског суда су само системска грешка, онај изузетак који потврђује опште правило. Стварне подударности у исходима ни у овом случају нема. Енглески суд, руковођен идејом правичности, на овом месту чини искорак из *common law* корпуса права, коме *consideration* суштински припада, и прибегавајући *equity* правилима у дати уговорни однос убризгава институт *promissory estoppel* коме сада даје потпуно нове контуре. Енглески суд, готово револуционарно, закључује како околност да се прималац обећања поуздао у примљено

обећање и на основу тог поуздања деловао, у ствари, задовољава услов *consideration* што модификацију уговора чини правно ваљаном. Прегледом одговора датих у односу на преостале случајеве евидентно је да ове подударности између две европске породице права нема.

Добар пример је случај 5, који се такође заснива на питању споразумне измене уговорног односа. Наручилац послова предлаже да се услед одређених недостатака у извршеним грађевинским радовима првобитно одређена цена умањи. Грађевинска фирма суочена са финансијским потешкоћама издаје признаницу на којој се слаже да је исплатом 300 фунти наручилац посла исплатио накнаду у целости. Деветнаест учесника анкете, њих готово две трећине, сматра да континентални суд мора потврдити овакав споразум о измени првобитног уговора. Енглески суд усваја захтев грађевинске фирме и применом јасног прецедента утврђује како у складу са доктрином *consideration* исплата мањег износа у замену за пуни износ није правно ваљана. Континентални правници на овом месту предност дају начелу консенсуализма – споразумно умањен износ накнаде, постаје „нова цена” посла која замењује ону првобитну. Међутим, енглеска ригидност доктрине *consideration* на овом месту долази до пуног изражаја. Мора се приметити како у оба наведена случаја број учесника анкете који дају идентичан одговор подударан – готово две трећине. Једина је разлика што у првом случају, руковођен ратним околностима, енглески суд прати логику континенталног права. У другом случају долази до оштрог концептуалног одступања.

Ипак, постоје и јасна приближавања у размишљањима. Наиме, континентални правници јасно примећују један сегмент датог односа који би могао да доведе до другачијег исхода. То је питање мане воље, односно околности да је грађевинска фирма свој пристанак дала услед неповољне финансијске ситуације којој је била у датом тренутку изложена. Ова околност је од посебног значаја јер енглеско право захтев *consideration* у случају модификације уговора везује управо за правни инструмент онемогућавања сваког вида принуде или другог вида притиска на слабију уговорну страну. У том смислу овај пример открива јасна функционална преклапања у случају измена постојећег уговорног односа који доктрина *consideration* има са институтима мане воље, а у појединим случајевима прекомерним оштећењем европско-континенталне породице права.

Случај 2, који се у енглеском праву хронолошки надовезује на одлуку у којој је дошло до инцидентног преклапања у исходима између *common law* и континенталних права, такође указује на јасне концептуалне разлике које међу њима постоје. Према половини одговора, континентални суд би морао да усвоји захтев бивше жене за исплатом 100 фунти на име обавезе законског издржавања. Видели смо да је према изјавама дела енглеске правничке јавности, од којих се посебно истакао Атија, суд извесно могао да

донесе и такву одлуку понудивши готово идентично образложење у инверзији. Лорд Денинг на чијим ставовима почивају обе одлуке, у ствари, покушава да ограничи домете оне прве. Део учесника анкете на овом месту указује и на јасне одредбе континенталних прописа из сфере породичних односа. У светлу таквог промишљања, опет, долази до подударности у исходима између одлуке енглеског суда и учесника анкете. Енглеско право у време доношења ове одлуке још увек не познаје прописе из области породичног права који би на задовољавајући начин уредиле те односе у складу са захтевима времена након Другог светског рата. На тај начин се може рећи да је одлука енглеског суда ништа мање но покушај да се постојећа празнина попуни на друштвено оправдани начин, свакако натегнутом применом установе *consideration* која то, попут континенталне каузе, у великој мери дозвољава.

Случај уговора о продаји коња је у енглеском праву, такође, један од водећих примера примене доктрине *consideration*. Наиме, изјава о карактеристикама коња, након што су стране већ размениле обећања – платићу цену / пренећу право својине – према јасним правилима теретности сваког енглеског уговорног обећања захтева нови, додатни *consideration*. Како га у конкретном случају није било, обећање продавца да је коњ „добре нарави” према *common law* правилима није утуживо. Учесници анализе, на овом месту, пре свега указују на две околности. Прво, ради се о примеру испуњења са материјалним недостатком. Продавац је био упознат са правом природом коња и одговара за недостатке који купца онемогућавају да га употребљава на уобичајени начин. Као други аргумент се указује на захтев добре вере. Тачка на којој се енглеско и континентална права у конкретном случају ипак донекле сусрећу је питање прегледа коња од стране купца. Према мишљењу доброг дела домаћих правника, купац је имао обавезу да прегледа коња ангажовањем стручњака, чиме се продавац ослобађа одговорности за конкретне материјалне недостатке.

Треба истаћи како претежан део одговора ни у најмањој мери не прати логички след *common law* права. Наиме, доктрина *consideration* дати однос дели на два дела. Прво се ради о обећањима која прате уговор о продаји – размена цене за ствар. Након размене ова два обећања, купац захтева обећање о стању коња на које не нуди узвратно обећање или чинидбу. Донекле слично мишљење се у оквиру анкете може пронаћи у делу одговора мађарских правника који сматрају да би суд донео одлуку у корист продавца из разлога што би „уговор о стању коња” настао након што је „уговор о продаји коња” већ закључен и испуњен, па се тако између два правна посла не може поставити знак једнакости.

Коначно, случај који додатно указује на суштинску дискрепанцу између енглеског и континенталних права тиче се правног значаја вредности потрганих омота чоколадица



као могући део продајне цене грамофонских плоча. Незнатан број учесника анкете сматра како би суд донео одлуку у корист имаоца ауторског права, међутим разлози на којима такво мишљење почива немају везе са концептом доктрине *consideration*, већ става да суд иначе треба да пружи заштиту интелектуалној својини аутора. Енглески судови вредност употребљених омота чоколадица заснивају на правилу „зрна бибера”, односно идеји да економска вредност која прати *consideration* по редовном току ствари не представља околност којом се суд уопште има бавити. Уколико су се стране споразумеле да ће у замену за једну чинидбу, вредност оне узвратне одговарати вредности зрна бибера, претпоставља се да стране знају због чега су на тај начин уредиле своје уговорни однос. Суд, истина, има задатак да онемогући сваки облик мане воље или злоупотребе јачег положаја неке од страна, али само уколико се она оштећена сна њу позове. Међутим, уколико таквих захтева не буде било, уговор је ваљан.

Учесници анкете готово да ни нису дошли до питања вредности потрганих омота чоколадица. Немали део одговора је садржао коментар: „Извињавам се, али ми није јасан чињенични опис.” Тривијална економска вредност предмета спора за континенталне правнике делује као недовољно значајна како би се суд уопште упуштао у дато питање. Ипак, енглеска доктрина *consideration* овде даје веома јасан одговор. Како је већ више пута наведено: „И зрно бибера ће задовољити”.

## 5. ЗАКЉУЧАК

Примена страног материјалног права за сваки суд представља незахвалан задатак. Осим обавезе да се упозна са садржајем правне норме која му је страна, суд мора да апстрахује и правни амбијент у коме дата правна норма делује. Одредбе појединачних одредаба сваког права могу се на прави начин разумети само уколико се сагледају из контекста правног поретка у целини.

Део литературе посвећен проблематици примене страног материјалног права указује на околност да део судова, што се превасходно односи на судове англоамеричке породице права, прибегавају одређеним претпоставкама, односно механизмима на основу којих умањују обавезу подробнијег упознавања са садржином стране правне норме. Мишљења смо како претпоставке о истоветности правних последица засноване на идеји једнаког концепта правде свих цивилизованих народа, никако не могу представљати адекватан приступ овом проблему. Донекле смисленије делују процесне смицилице америчких форума на основу којих је суд дошао до закључка да се у конкретном случају у коме одлучује има применити право суда.

Упркос разумљивом отклону који прати обавезну примену страног материјалног права, нарочито када оно чини део стране породице права (европско-континентална, *common law*, шеријатско право), анализирана пракса континенталних судова у примени англоамеричког корпуса права, дозвољава закључак да виши европски судови веома добро разумеју *common law* норме и да их примењују на одговарајући начин, упркос јасним разликама у правним последицама до којих одређене чињеничне околности доводе у односу на право државе суда.

Могуће објашњење разлика у држању судова између две европске породице права проналази се већ у суштинском одступању у перцепцији професије правника. Док је континентални правник, пре свега, мислилац, теоретичар, стручњак догматске анализе одређеног законског текста, његов англоамерички колега праву приступа из угла инжењера, готово производног процеса који мора да понуди прагматично и поштено решење у оквиру одређене спорне ситуације. Апстраховања и догматска уопштавања појединих института нису основна карактеристика *common law* права. Са друге стране, европско-континентална права имају јасну тенденцију да сваки од својих установа јасно и подробно дефинишу много пре него што ће их уопште применити.

У том смислу се може разумети околност да је континентални судија опремљен вештинама неопходним како би институте њему страног права на правни начин разумео, па самим тим и применио. Наравно, то не значи да англоамеричке судије не могу довољно добро упознати њима страно право. Међутим, мишљења смо како је основно питање са којим се они сусрећу: да ли је то упознавање неопходно како би се до правилне одлуке дошло на временски што повољнији начин.

Као пример у прилог наведених тврдњи може се указати на описане варијанте које је енглеска доктрина *consideration* имала у пракси англоамеричких судова. Наведени примери из Аустралије, Новог Зеланда и САД јасно указују да тамошњи судови себи дозвољавају одлуке у којима постојећи нормативни оквир уподобљавају захтеву конкретне правичности. У сусрету са правним последицама које у појединачном случају сматрају за неправичне, англоамерички судови прибегавају пракси алтернативног тумачења постојећег прецедента, ширећи тако његов нормативни опсег. Континентални судови, са друге стране, под утицајем још римског *dura lex, sed lex*, јасне правне последице одређеног случаја не доводе у питање, чак и када би према одредбама домаћег права, исход спора био, условно речено, друштвено прихватљивији.

Коначно, спроведена студија случаја показала је како доктрина *consideration*, на супрот у претходним поглављима утврђене функционалне подударности коју има са појединим установама европско-континенталне породице права, показује оштра одступања у начинима на које она утиче на уговорне односе у англоамеричком свету, у односу на

континенталну Европу. Пре свега, доктрина *consideration* представља онај појам енглеског облигационог права који попуњава све празнине које у правном систему могу да настану. Из наведених примера било је јасно како би европско-континентални правници у већини цитираних случајева одлуку суда засновали на одредбама породичног права, прописима који регулишу питања интелектуалне својине, и овоме слично, а не у контексту уговорног права.

Континентални суд би приликом примене енглеског права у конкретним случајевима морао искорачити из свог концепта тријумфа конценсуализма сваки пут када *common law* захтева узвратни *consideration*, као што је то случај код модификације постојећег уговора. Исто тако, континентални суд би морао одустати и од одређених својих модела, пре свега везаних за питање значаја тривијалне или економски изразито багателне престације неке од уговорних страна у конкретном односу.

У наведеним ситуацијама, континентални судови би се, у ствари, сусрели са значајем правног амбијента у коме се одређена страна норма иначе примењује. Примена енглеског права као меродавног у конкретном уговорном односу са иностраним елементом се тако, у одређеном свом делу, када се ради о доктрини *consideration* може довести у везу са сфером јавног поретка. Наиме, примена страног права је увек омеђена начином на који се страни правни институт испољава у оквиру друштвених односа државе суда у коме се мора применити. Српски суд никада не би могао у својој одлуци да примени сву ширину кувајтског или холандског брака, јер би се тиме сукобио са принципима јавног поретка чији је обавезни чувар.

На сличан начин, примена енглеске доктрине *consideration* од стране континенталних судова се мора строго држати правних последица до којих она доводи у оквиру *common law* права. Ове правне последице се, свакако, морају очувати чак и када су дијаметрално супротне исходу до кога би дошло применом права земље суда. Међутим, континентални суд се мора запитати да ли последице енглеске доктрине *consideration* у конкретном случају задиру у сферу домаћег јавног поретка. Једно од таквих питања би могло било везано за парадокс „зрна бибера”. Наиме, када применом енглеског права континентални суд утврди одсуство мане воље или злоупотребе разлике у преговарачким позицијама, те закључи како је у теретном уговору престација чија је вредност *милион* дата у замену за престацију која вреди *један*, питање које се пред њега поставља је, да ли је на тај начин дошло до повреде јавног поретка, или се ради о приватноправним односима на које суд нема право да утиче.

**ГЛАВА 5**  
**ПРАВЦИ РАЗВОЈА УГОВОРНОГ ПРАВА**

## 1. *CONSIDERATION* И КОНТИНЕНТАЛНО УГОВОРНО ПРАВО ДАНАС

Функционални еквивалент енглеске доктрине *consideration* у оквиру европско-континенталне породице права препознајемо у концепту каузе. Од када је као део француског Грађанског законика добила своју позитивноправну димензију, услед одсуства јасне законске дефиниције, кауза је првенствено захваљујући утицају европске правне науке, прерасла у прилично нејасан појам.<sup>1407</sup> Резервисаност према установама које својом смисаоном непрецизношћу могу значајно утицати на степен правне сигурности у претежном делу континенталних права довела је до изостављања каузе као законског услова пуноважности уговора. Последишно, значајан број правних система који је иницијално припадао каузалистичком кругу<sup>1408</sup> временом је напуштао овај концепт јасно се опредељујући за антикаузалистички, германистички тип уговора.

Тенденција напуштања појма каузе као института, који захваљујући својој „некодификованој” природи није могуће сазнати у целини, није заобишла ни француско право, тог вековног бастиона каузалистичке правне мисли. Анализом недавне реформе француског уговорног права донекле се може објаснити савремени однос енглеске доктрине *consideration* и континенталног уговорног права.

---

<sup>1407</sup> Ђурђевић, М., Зашто француска реформа облигационог права може бити привлачна српском законодавцу?, у: Радовић, В. (ур.), 2016, *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, стр. 332.

<sup>1408</sup> Захваљујући утицају који је *Code civil* као прва значајна грађанска кодификација Старог континента имао на поједина национална права.

## 1.1. Реформа француског Грађанског законика

Идеја реформе француског Грађанског законика није новијег датума<sup>1409</sup>. До нешто значајних помака у том смислу дошло је током недавног обележавања два века *Code civil*-а.<sup>1410</sup> Након што је анализирано неке од понуђених пројеката реформе, француско Министарство правде је у посебном Извештају<sup>1411</sup> објављеном у службеном листу, председнику Републике образложило свој коначни предлог измена и допуна Грађанског законика. Извештај Министарства правде указује на два примарна циља предложене реформе: јачање правне сигурност (*la sécurité juridique*) и обнова атрактивности француског права (*renforcer l'attractivité du droit français*).

### 1.1.1. Циљеви реформе

Правна сигурност, као један од два основна циља реформе француског грађанског права се, према самом Извештају, пре свега односи на сферу уговора.<sup>1412</sup> Језик законика, иако елегантан, према мишљењу министарства није више у довољној мери разумљив грађанима, док су неке од његових формулација прилично застареле. У оквиру предложене реформе измењене одредбе су изложене савременим речником, применом једноставније терминологије, што доводи до веће концизности и прецизности законског текста. Такође, одређени застарели концепти који несумњиво чине део историје француског права, а који још увек нису у довољној мери дефинисани, просто су изостављени. Концепти који су морали бити задржани, када је то било неопходно, додатно су прецизирани.

Идеја унапређења степена правне сигурности, према мишљењу министарства, изискивала је да се пројекат реформе посебно осврне и на начине на које је пракса француских судова у претходна два века разумела поједине норме Грађанског законика. Непрецизне и недовољно јасне одредбе цивилног кодекса су судови тумачили било путем

<sup>1409</sup> Значајнији пројекти новијег датума време појавили су се одмах по окончању Другог светског рата. Преднацртом из 1954. године предложене су измене у 747 чланова законика. Како је дати пројекат напуштен, шездесетих година XX дошло је до одређених помака, међутим и од те идеје се одустало. 2003. године Удружење Анри Капитан је у оквиру припрема обележавања два века законика иницирало друштвени дијалог о неопходности реформе француског уговорног права. Ђурђевић, М., 2016, стр. 316–318.

<sup>1410</sup> Dupichot, P., 2015, Regards (bienveillants) sur le projet de réforme du droit français des contrats, *Droit & patrimoine*, 247, pp. 32–33.

<sup>1411</sup> *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Journal officiel n° 0035 du 11/02/2016. (даље у тексту: Извештај, 2016)

<sup>1412</sup> „La sécurité juridique est le premier objectif poursuivi par l'ordonnance, qui vise tout d'abord à rendre plus lisible et plus accessible le droit des contrats, du régime des obligations, et de la preuve.” – Извештај, 2016, стр. 2.

аналогиче, принципа *a contrario*, чак применом начела *contra legem*. Поред судова, значајан утицај на француско грађанског право имала је и тамошња доктрина, развијана пре свега од стране правних факултета. Предлог реформе узима у обзир све наведене видове развоја француског права, са жељом да обухвати свеукупну актуелну стварност цивилног нормативног оквира, укључујући овде и оне његове делове који су у сфери „неписаног”. Не желећи да доведе до наглих унутрашњих померања, реформа истовремено усваја правац развоја уговорног права Европске уније, пратећи савремене тенденције европско-континенталне породице права.<sup>1413</sup>

Други циљ предложене реформе је јачање међународне привлачности француског права на политичком, културном и економском плану.<sup>1414</sup> Идеја правне сигурности би према мишљењу министарства, свакако, требала да афирмише примену француског права као меродавног код уговора са елементом иностраности. У овом смислу, Извештај већ на самом почетку најављује изостављање каузе. Сматра се како би се на овај начин француско право могло приближити правима осталих европских држава, пребацујући функције каузе на остале правне установе у којима их је судска пракса одраније препознала. Реформа предвиђа поједностављивање механизма који су у оквиру уговорног права препознати као комплексни, пре свега као данак непотребном формализму.

Економска ефикасност реформе предвиђа нове могућности уговорних страна да део потенцијалних спорова решавају самостално, без обавезног учешћа суда. То су, примера ради, могућност једностраног отказа уговора путем писменог обавештења, истицања приговора неиспуњења, прихват непотпуног испуњења у замену за умањење цене, и овоме слично. Намера је министарства да наведеним реформама поједини делови Грађанског законика не представљају, према мишљењу француских правних теоретичара, „симбол прошлих времена” (*le symbole du temps arrêté*).<sup>1415</sup>

Поспешивање привлачности француског уговорног права не подразумева и напуштање уравнотеженог степена заштите уговорних страна који се у досадашњој пракси показао као крајње функционалан и прилагођен захтевима тржишне економије. У том смислу, начела попут аутономије воље, правно обавезујућег дејства уговора, као и принцип добре вере, према предлогу реформе су издвојени у засебан уводни одељак са намером да и даље представљају оквирна правила уговорног права. Предлог реформе, такође,

<sup>1413</sup> Извештај, 2016, стр. 2.

<sup>1414</sup> „Le deuxième objectif poursuivi par l'ordonnance est de renforcer l'attractivité du droit français, au plan politique, culturel, et économique.” – Извештај, 2016, стр. 3

<sup>1415</sup> Извештај, 2016, стр. 3.

посебно штити интересе економски слабије уговорне стране, на начин на који је то већ предвиђено у оквиру комунитарног права (попут права потрошача).

Наведени циљеви, закључује се у уводном делу Извештаја, могу се остварити уколико новелирани текст закона буде разумљив без потребе за ангажовањем правних стручњака. Идеја правне сигурности је тако не само циљ реформе француског грађанског права, већ и средство којим се желе постићи други оправдани друштвени циљеви, од којих се као нарочито значајан издваја идеја уговорне правде (*la justice contractuelle*).

### 1.1.2. Садржина уговора

Спроведене измене условиле су и алтерације у досадашњој систематизацији дела Грађанског законика посвећеног уговорима. Након уводних одредаба (Глава I), досадашња Глава II, која је раније нормирала битне услове за важност уговора, сада има нови наслов: „Формирање уговора” (*la formation du contrat*). Одељци овако систематизоване Главе II су: закључење уговора (*la conclusion du contrat*), пуноважност уговора (*la validité du contrat*), форма уговора (*la forme du contrat*) и санкције (*les sanctions*). У одељку који се односи на пуноважност уговора (одељак 2), уређена су три питања: сагласност воља (*le consentement*), способност и заступање (*la capacité et la représentation*) и садржина уговора (*le contenu du contrat*).

Део реформе француског грађанског права који је неопходно анализирати у односу на енглеску доктрину *consideration* тиче се брисања каузе из нормативног оквира *Code civile*-а. Према делу француске правне мисли, жеља за унапређењем економске ефикасности и осигурања бољег пласмана у трци за статусом пожељног меродавног права код уговора са иностраним елементом, своју прву жртву у циљу афирмисања правне предвидљивости француског права, морала је поднети одустанком од ионако болећиве каузе.<sup>1416</sup>

Наводећи услове постојања пуноважног (валидног) уговора, законик прописује да су то сагласност воља, способност уговарања, и законит и одређен садржај.<sup>1417</sup>

Први члан дела законика посвећен *садржини уговора* нормира како уговор не може бити противан јавном поретку, како својим одредбама тако и својим циљем, без обзира

<sup>1416</sup> Dupichot, P., 2015, p. 40.

<sup>1417</sup> „Sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1 Le consentement des parties ; 2 Leur capacité de contracter ; 3 Un contenu licite et certain.” – Art. 1128. *Code civil*.



да ли је он био познат уговорним странама или не.<sup>1418</sup> Након ове уводне одредбе, следи пет чланова посвећених предмету облигације. За разлику од раније одредбе која је предмет схватала као обавезу „да се да, да се чини или не чини”, предмет облигације према новом тексту закона може бити садашња или будућа престација, која је могућа, одређена или одредива.<sup>1419</sup>

Следе два члана посвећена питању цене код појединих типова уговора, да би након тога законик нормирао питање квалитета престације. У случају да није нешто посебно уговорено, дужник је обавезан да изврши престацију на начин који одговара легитимном очекивању страна, имајући на уму природу престације, обичаје и вредност контрапрестације.<sup>1420</sup>

У оквиру одредаба које дефинишу садржину уговора, посебно место добија сада циљ уговора, чији нешто прецизнији израз препознајемо у одредбама посвећеним односу вредности узајамних давања уговорних страна. Последњи сегмент у подељку посвећеном садржини уговора тиче се утицаја који на уговор има вредност реципрочних обавеза. Иако путем кровне одредбе дефинише како одсуство еквивалентности у вредности престација синалагматичког уговора не утиче на његову пуноважност, накнадним регулисањем изузетака од овог правила, француски законодавац, у ствари, онемогућава опстанак уговора у ситуацијама када не постоји разлог узајамног обавезивања његових страна. Наиме, према кровној одредби, одсуство еквивалентне вредности између две престација синалагматичког уговора не доводи до његове ништавости, осим у ситуацијама када је то законом посебно предвиђено.<sup>1421</sup> Први такав изузетак предвиђен је већ у наредном члану, по коме је онерозни или теретни уговор ништав уколико у време његовог формирања контрапрестација уговорена у корист стране која се обавезује не постоји или је незнатна (подругљива).<sup>1422</sup> Следећи члан прописује како се сматра за непостојећу (неписана) свака одредба уговора која главну обавезу дужника лишава њене суштине.<sup>1423</sup>

<sup>1418</sup> „Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties.” – Art. 1162. *Code civil*.

<sup>1419</sup> „L'obligation a pour objet une prestation présente ou future. Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable.” – Art. 1163(1)(2) *Code civil*.

<sup>1420</sup> „Lorsque la qualité de la prestation n'est pas déterminée ou déterminable en vertu du contrat, le débiteur doit offrir une prestation de qualité conforme aux attentes légitimes des parties en considération de sa nature, des usages et du montant de la contrepartie.” – Art. 1166. *Code civil*.

<sup>1421</sup> „Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement. – Art. 1168. *Code civil*.

<sup>1422</sup> „Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire.” – Art. 1169. *Code civil*.

<sup>1423</sup> „Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite.” – Art. 1169. *Code civil*.

Последња одредба која уређује питање вредности узајамних давања уговорних страна, прописује да се код уговора по приступу сматра непостојећом – ништавом одредба о којој се није могло преговарати, а која успоставља значајну неравнотежу између права и обавеза уговорних страна. Правила о процени значајне неравнотеже се не примењују у односу на главни предмет уговора или питање адекватности уговорене цене.<sup>1424</sup>

## 1.2. Коментар

Анализа новелираних одредаба француског Грађанског законика указује на један од доминантних тенденција у савременом развоју европско-континенталног уговорног права. У самом образложењу реформе, француско Министарство правде указује како је један од циљева пројекта даље усаглашавање уговорног права у оквиру европског простора.<sup>1425</sup> Као готово очигледан пример међусобних одступања наводи се институт каузе, која је сада замењена концептом садржине уговора.

Француски *Code civil* се брисањем одредаба о каузи значајно приближио другим „великим” цивилним кодексима Старог континента. Могли бисмо рећи како је захтев каузе или основа обавезе као услова настанка пуноважног уговора изгубио још један од својих, овог пута можда најзначајнијих нормативних представника. Тиме су услови за закључење пуноважног уговора у француском праву изједначени са законским оквиром германистичког круга европских права. У исто време, неки од основних атрибута каузе у француском праву пренети су на конструкт садржине уговора. Наиме, сада сваки уговор мора имати законит и одређен садржај.<sup>1426</sup> Појам „садржина уговора” умногоме подсећа на терминологију германистичког круга континенталних права који њиме обједињују романистичке институте каузе и предмета.

Посебно је значајно указати на начин на који је дефинисан институт предмета облигације.<sup>1427</sup> Нова дефиниција се у, ствари, приближава ертмановском концепту заједничке представе страна који је свој нормативни израз добио у такође недавно новелираном

<sup>1424</sup> „Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation.” – Art. 1171. *Code civil*.

<sup>1425</sup> Извештај, 2016, стр. 2–3.

<sup>1426</sup> Уговор својом садржином или циљем не може нарушавати јавни поредак. Уговорне обавезе, као делови његове садржине, могу бити садашње или будуће престације, под условом да су могуће, одређене или одредиве. Art. 1162 *Code civil*.

<sup>1427</sup> Прописује се како квалитет престације мора одговарати легитимном очекивању страна, имајући на уму природу престације, обичаје и вредност контрапрестације.

немачком Грађанском законуку кроз институт нарушавања основа уговора (*Störung der Geschäftsgrundlage*).<sup>1428</sup>

Појмови као што су суштина обавезе или легитимно очекивање страна, у ствари, нису ништа друго до начини на које савремено европско уговорно право описује циљ уговора, рационални разлог због кога су се стране обавезале. Релевантност овог и овако нормираног циља, иако догматски јасно одступа од (нео)класичног концепта каузе, суштински представља најмањи заједнички садржилац који дозвољава претежном делу европско-континенталне породице права да појединачна национална уговорна права додатно приближе.

Енглеска доктрина *consideration* се у јасним сегментима разликује од овог новог, централноевропског концепта уговора. Услов настанка пуноважног *common law* уговора је испуњење услова *consideration*. Без њега уговора нема, или бар нема правне везе између страна: обећање једне стране није утуживо уколико друга страна за њега није понудила узвратни *consideration*.

Додатни сегмент у коме се континентални концепт односа престације и контрапрестације разликује од свог *common law* пандана је енглески критеријум „зрна бибера”. Како смо видели, француски теретни уговор је експлицитно ништав када вредност узвратне престације не постоји (*illusoire*) или је та вредност незнатна (*dérisoire*). Питање на које у оквиру ове компаративне анализе треба одговорити је: Да ли је енглеска мера зрна бибера, у ствари, илузија вредности? Одговор је, чини се, и више него јасан.

Нормативни простор континенталне Европе у коме се још увек могу пронаћи јасне додирне тачке са енглеским уговором, свакако, чини његов каузалистички круг. Тако, према праву Бугарске, Италије, Румуније, Шпаније, те већег дела некадашњег југословенског правног простора – Босне и Херцеговине, Северне Македоније, Словеније, Србије, и Црне Горе – до настанка пуноважног уговора долази само уколико уговорна обавеза има свој основ или каузу, на сличан начин на који правно ваљан енглески уговор мора испунити услов *consideration*. Анализа теретних уговора ових националних права, као одабраног оквира овог упоредноправног истраживања, уколико се изузме мерна јединица „зрна бибера”, у ствари, представљају преостале примере блискости енглеске доктрине *consideration* и концепта каузе, како га та права разумеју.

Околност која отежава примену овог института јесте његова готово инхерентна нестабилност. Иницијално схватана као циљ обавезивања, кауза је данас према неким

<sup>1428</sup> § 313 немачког Грађанског законика.,

писцима много више интерес или противнакнада.<sup>1429</sup> Са друге стране, енглески *consideration* открива се као прилично јасно дефинисана установа *common law* права, чије се контуре у оквиру англоамеричког правног света померају веома опрезно. Недавни примери из права Аустралије и Новог Зеланда<sup>1430</sup> упућују на закључак да се оне своде на интервенције у оквиру већ постојећег уговорног односа (модификација уговора, *promissory estoppel*), али не и у његовој основној димензији као централног услова настанка пуноважног уговора.

## 2. СУДСКА ПРАКСА КАО ОСНОВ РАЗВОЈА УГОВОРНОГ ПРАВА

Општа правна норма свој коначни израз добија кроз конкретну одлуку о начину њене примене, донету од стране надлежног државног органа. Најзначајнију улогу у овом смислу, у оквиру одређеног правног поретка имају судови који тумачењем опште правне норме ауторитативно одлучују о начину њене примене у оквиру конкретног правног односа. У појединим ситуацијама судија путем простог силогизма изводи готово праволинијски закључак о томе на који начин се релевантно законско правило односи према конкретном случају. Међутим, постоје и случајеви у којима општа правна норма не нуди јасно решење, већ је тумачењем неопходно доћи до оне њене конкретизације која највише одговара логици поретка коме припада.

Поједина европска права у својим законским текстовима полазе од претпоставке непотпуности својих прописа. Тако, већ у својим почетним одредбама, аустријски Општи грађански законик прописује да уколико он за дати спор не садржи одговор, суд своју одлуку може донети на основу сличних ситуација које су уређене у другим законима. Међутим, свесни недовољности оваквог оквира, редактори законика иду и корак даље, па исти параграф проширују нормом која гласи: „Остане ли правни случај и тада сумњив, онда га треба пресудити по начелима природног права с обзиром на брижљиво прикупљене и зрело расуђене околности”<sup>1431</sup> Сличну одредбу проналазимо и у

<sup>1429</sup> Ђурђевић, М., 2016, стр. 332.

<sup>1430</sup> Пракса новозеландских и аустралијских судова је у намери олакшавања правног промета донекле ублажила ригидност коју енглеска доктрина *consideration* и даље исказује у односу код модификација постојећег уговорног односа.

<sup>1431</sup> „Läßt sich ein Rechtsfall weder aus den Worten, noch aus dem natürlichen Sinne eines Gesetzes entscheiden, so muß auf ähnliche, in den Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle, und auf die Gründe anderer damit verwandten Gesetze Rücksicht genommen werden. Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft; so muß solcher mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden.” – § 7 *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*. Цитат преузет из: Аранђеловић, Д., 1921, *Аустријски грађански законик*, Београд, Геца Кон, стр. 2.

француском Грађанском законнику, чији уводни чланови прописују како се судија који одбије да пресуди случај позивајући се на недостатак правне норме, или њену недовољност, може прогласити кривим за ускраћивање правде.<sup>1432</sup> Међутим, како судија у датим околностима не би делио неку „своју правду”, законик у наредном члану дефинише како он своју одлуку не може донети позивајући се на начелне или опште одредбе законика.<sup>1433</sup>

## 2.1. Теоријска анализа

У правној теорији одавно је усвојен став како судови осим примене општих правних норми, у свом раду често долазе у ситуацију да постојећи правни оквир морају обогатити правилима која правни поредак у датом тренутку не познаје. Поред *common law* породице права, где је оваква улога суда саставни део логике правног система услед обавезне примене доктрине *stare decisis*, исту друштвену улогу испуњавају и континентални судови, било на основу јасних законских овлашћења, било услед тога што овакву неминовност у конкретном случају намећу захтеви друштвене збиље.

Према ставу правне науке<sup>1434</sup> и пракса интернационалних суда доводи до стварања јединствених материјалних норми међународног права. У том смислу Међудржавни форуми, полазећи од појединих националних права, путем компромиса покушавају да изнађу решење које би најоптималније одговарало конкретном случају. На овај начин, њихова улога је слична ономе што је чинио peregrinus претор<sup>1435</sup> или путујући судија норманске Енглеске. У овом смислу, посебан вид „креативне слободе” у одлучивању поједина права омогућавају међународним трговинским арбитражама. Тако, француски Законик о парничном поступку прописује како ће у случају међународне арбитраже, арбитражи одлуку донети на основу меродавног права које су одабрале саме странке. Уколико оваквог споразума нема, арбитражи одлуку доносе на основу оног права које сматрају за најцелисходније. Примена добрих пословних обичаја обавезна је у оба

<sup>1432</sup> „Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.” – Art. 4 *Code civil*.

<sup>1433</sup> „Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises.” – Art. 5. *Code civil*.

<sup>1434</sup> Stanić, M., Instrumenti unifikacije i harmonizacije prava i njihov odnos prema kolizionim normama, s posebnim osvrtom na Načela evropskog ugovornog prava, u: Vukadinović, R. (ur.), 2001, *Načela evropskog ugovornog prava i jugoslovensko pravo: prilog harmonizaciji domaćeg zakonodavstva*, Kragujevac, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, str. 65.

<sup>1435</sup> *Ibid.*

случаја.<sup>1436</sup> Сличну одредбу садржи и холандски Закон о парничном поступку, који поред слободе арбитра да у случају одсуства споразума о меродавном праву, одлуку донесе применом оног које сам оцени као најцелисходније, уз одобрење странака, арбитражну одлуку може донети и руковођен принципима правичности.<sup>1437</sup>

У оквиру домаће правне теорије, питањем креативне улоге суда у поступку развоја права бавио се нарочито Живан Спасојевић. Према његовом мишљењу, судији се, свакако, не може признати право да мења закон, јер би то значило негацију поретка<sup>1438</sup>. Наиме, слобода суда да одлучује *contra legem* би га поставила насупрот законодавцу, чиме би се разорио логички оквир државе. Улога судије је да доноси одлуке у логици поретка, а не да се руководи друштвеном казуистиком.<sup>1439</sup> Међутим, Спасојевић дати оквир, иако јасан, види као преузак, сматрајући како се могуће решење развоја права кроз делатност суда може тражити не у нарушавању логике самог оквира, већ путем његовог проширења.<sup>1440</sup> Судија одиста суди на основу позитивног права, али његове одлуке делом рефлектују и схватања која има средина у којој он суди. Друштвена збиља представља ону матицу која са собом носи све, па и судију, који се по својој друштвеној улози налази између друштва и државе. „Тако је судија производ свога времена и креће се према тенденцијама средине која зна да испољи своје тежње и потребе.”<sup>1441</sup>

На основу овако постављеног концепта, Спасојевић истиче како судија на овом путу не може отићи далеко. Пре свега, делујући у појединачном случају, судија није у стању да постави опште правило. Захватајући материју само спорадично и првенствено казуистички, судија је неподобан да решава проблеме у широким плановима. Такође, како не може да руши идејну основу државе, судија може бити реформатор само делимично, пре свега у периферним областима, без могућности да задире у суштину и саму структуру поретка.<sup>1442</sup> Иако није у могућности да руши поредак, судија је приморан да због задржаног развитака права, обилази закон и тиме указује на недостатке поретка.

<sup>1436</sup> „Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées. Il tient compte, dans tous les cas, des usages du commerce.” – Art. 1511. *Code de procédure civile*.

<sup>1437</sup> „Het scheidsgerecht beslist naar de regelen des rechts. Ingeval de partijen een rechtskeuze hebben gedaan, beslist het scheidsgerecht naar de door de partijen aangewezen regelen des rechts. Indien een dergelijke rechtskeuze niet heeft plaatsgevonden, beslist het scheidsgerecht volgens de regelen des rechts die het in aanmerking acht te komen. Het scheidsgerecht beslist als goede personen naar billijkheid, indien de partijen het daartoe bij overeenkomst opdracht hebben gegeven. In alle gevallen houdt het scheidsgerecht rekening met de toepasselijke handelsgebruiken.” – Artikel 1054. *Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*.

<sup>1438</sup> Спасојевић, Ж, 1989, *Нацрт једне опште теорије права*, Београд, САНУ, стр. 97.

<sup>1439</sup> *Ibid.*

<sup>1440</sup> *Ibid.*

<sup>1441</sup> *Ibid.*, стр. 97-98.

<sup>1442</sup> *Ibid.*, стр. 98.

Решење овако настале противречности, Спасојевић види у новом распореду снага у држави, односно другачијем схватању и улоге законодавца и улоге судије.<sup>1443</sup> Тренутни концепт поделе власти погрешно схвата однос судије и законодавца у ситуацијама када правни поредак не нуди задовољавајући одговор на конкретну животну ситуацију.

Први његов закључак је да тренутно постављена дистанца између судије и законодавца, у ствари, ни не постоји. Право као еволутивна појава мора своју еволуцију испољавати на исти начин пред судијом како то чини и пред законодавцем<sup>1444</sup>. Дакле, судија као законодавац појединачног случаја се креће истим правцем којим и законодавац када доноси опште правило. У сваком појединачном случају судија поново отпочиње онај рад који је законодавац већ учинио када је доносио општу норму: он процењује стварну ситуацију и на њу примењује одговарајућу норму. Када установи неслагање између законодавчеве констатације и случаја који суди, судија критикује законодавца и тражи путеве да дође до другог решења. На тај начин, послови које обављају законодавац и судија су подударни. Разлика у њима је само квантитативна, док је према тренутном стању ствари она и квалитативна. Ову другу, према схватању професора Спасојевића, треба уклонити.<sup>1445</sup>

Постојећа грешка у концепту односа суда и законодавца не уважава стварност коју је наука давно утврдила, а то је да судија неминовно закорачује у домен законодавца.<sup>1446</sup> Инсистирање на интелектуалном конструкту поделе власти, који у себи не може имати ничег апсолутног, доводи до две грешке. Прво, проузроковао је застој у еволуцији права; друго, погрешно је дефинисао улогу судије. Спасојевић сматра како се ове две аномалије система морају отклонити<sup>1447</sup>. Судији се мора дозволити стварање појединачног правила на начин на који законодавац формира оно опште. У том смислу, норме које поставља законодавац морају бити искључиво директивне, а не и казуистичке. Овај принцип, закључује Спасојевић, делује револуционарно само на први поглед. Он није ништа више до даља примена начела о слободном судијском уверењу. Како је тренутно дато начело усвојено у погледу оцењивања доказа, оно би се извесно могло примењивати и у области материјалног права, где му можда има још више места.<sup>1448</sup>

---

<sup>1443</sup> *Ibid.*

<sup>1444</sup> *Ibid*, стр. 99.

<sup>1445</sup> *Ibid.*

<sup>1446</sup> *Ibid.*

<sup>1447</sup> *Ibid*, стр. 99–100.

<sup>1448</sup> *Ibid*, стр. 100.

## 2.2. Примери развоја француског права

Правна мисао један од основних разлога виталности француског Грађанског законика препознаје у околности да се примарно ради о делу правника-практичара, базираном на концепту да улога законика није да улази у појединости, већ да у основним цртама изрази правне појмове.<sup>1449</sup> На тај начин је осигурана његова гipкост која се, пре свега, огледа у ширини накнадних тумачења извршених од стране француских судова. Поред попуњавања правних празнина, француски судови су креативним тумачењем нејасних одредаба формирали нормативни оквир који је понекад у значајној мери превазилазио моделе успостављене општом правном нормом. Како је већ наведено, до недавне реформе француског грађанског права је, између осталог, морало доћи и услед значајног раскорака који је понегде постојао између слова закона и права формираног од стране француских судова.

Један од примера развоја француског права од стране суда је одредба Грађанског законика којом је прописано како ће се дужник обавезати, уколико је то неопходно, да плати накнаду штете настале услед неиспуњења доспеле обавезе, или задоцњења у испуњењу, осим уколико не докаже како је неиспуњење последица случаја који му се не може приписати у кривицу, односно уколико је поступао несавесно.<sup>1450</sup> Руковођени француском правном теоријом, француски судови су дошли до закључка како цитирани члан, у ствари, предвиђа две врсте обавезе дужника: обавеза постизања одређеног циља – дужник се обавезује на одређени резултат; и обавеза предузимања свих средстава – дужник се обавезује да учини све што је могуће да постигне одређени резултат. Овакву разлику цитирани члан законика не предвиђа, али је до ње дошло тумачењем различитих врста уговора.<sup>1451</sup> Касациони суд је руковођен оваквим тумачењима, успоставио посебне врсте обештећења за различите врсте обавеза, без обзира што законик не познаје такве разлике<sup>1452</sup>.

<sup>1449</sup> Станковић, О., Водинелић, В., 2004, *Увод у грађанско право*, Београд, Номос, стр. 17.

<sup>1450</sup> „Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part.” – Art. 1147 *Code civil*. Цитирана одредба је претрпела незнатне измене у оквиру реформе из 2016. године. Према новој нумерацији, ради се о члану 1231-1, према коме обавеза дужника постоји осим уколико не докаже утицај више силе.

<sup>1451</sup> Примера ради, лекар има обавезу *употребе средстава*, а лаборант обавезе *резултата*.

<sup>1452</sup> Rajčević, T., *Civil Code i pravosudno stvaranje prava*, u: Nikolić, O., Petrov, V., (ur.), 2013, *Uvod u pravo Francuske*, Beograd, Institut za Uppredno pravo / Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, str. 231–232.



Одредба француског Грађанског законика која је током времена захтевала јасну конкретизацију проналазимо и у начелној обавези испуњења уговора у доброј вери<sup>1453</sup>, односно према домаћој терминологији, у складу са начелом савесности и поштења. Пракса француског Касационог суда је наведену одредбу, примера ради, примењивала на тај начин што је обавезу заштите од евикције код уговора са трговцем разумела много шире од случајева када се радило о класичним уговорима о продаји грађанског права. Тако је посебно утврђена обавеза трговца као професионалца да пружа додатне информације, даје савете и упозорења, односно поступање са повећаном пажњом која се разумно може очекивати у пословном односу.<sup>1454</sup>

Пресудом француског Касационог суда из 1932. године применом кровне одредбе о обавези испуњења уговора у доброј вери суд је утврдио како она код уговора о превозу железницом подразумева и обавезу да се путник сигурно превезе до станице одредишта. У том смислу, у случају смрти путника током превоза, већ на основу принципа добре вере, настала је и обавеза превозника да преживелом супружнику, или деци преминулог исплати износ накнаде штете, иако таква обавеза није посебно предвиђена самим уговором о превозу.<sup>1455</sup> У неколико спорова у којима је обједињено одлучивао у децембру 1991. године, Касациони суд је утврдио како уговорна страна која злоупотребом уговорне одредбе о ексклузивном привредном односу, у ствари, намеће цене које су неправичне, такође не поступа у складу са захтевом добре вере.<sup>1456</sup>

Поред тумачења недовољно јасних одредаба законика, француски судови су морали попуњавати и његове правне празнине. Један од најпластичнијих примера у том смислу односи се на одредбе из сфере међународног приватног права, коме је француски Грађански законик иницијално посвећивао свега четири члана.<sup>1457</sup> Примера ради, у члану

---

<sup>1453</sup> „Les conventions [...] doivent être exécutées de bonne foi.” – Art. 1134(3) *Code civil*. Према новелирани одредбама, сада члан 1104 законика прописује обавезу преговарања, закључења, као и испуњења уговора у доброј вери.

<sup>1454</sup> Rajčević, T., 2013, str. 232.

<sup>1455</sup> „Mais attendu qu'en vertu du contrat de transport, la compagnie des chemins de fer assume envers la personne transportée l'obligation de la conduire saine et sauve à destination, qu'en cas d'accident mortel survenu en cours d'exécution du contrat, le droit d'obtenir réparation du préjudice s'est ouvert, en vertu de l'art. 1147 c. civ., au profit du conjoint et des enfant de la victime, en faveur de qui celle-ci a stipulé, sans qu'il ait été besoin de le faire expressément, dans la mesure de leur intérêt.” – Cour de Cassation, Chambre civile, du 6 décembre 1932.

<sup>1456</sup> „Alors qu'il n'y a pas clause d'exclusivité lorsque le locataire peut s'adresser à d'autres fournisseurs pour acheter ou utiliser des appareils semblables ou complémentaires ; qu'il résulte du contrat litigieux que le locataire pouvait s'adresser à d'autres fournisseurs pour se procurer un matériel semblable ou complémentaire et faire ainsi évaluer son installation en fonction de ses besoins et des progrès techniques ; qu'en considérant que le contrat litigieux contenait une clause d'exclusivité, la cour d'appel a dénaturé les termes clairs et précis de ce contrat, violant ainsi l'article 1134 du Code civil.” – Cour de Cassation, Assemblée plénière, du 1 décembre 1995.

<sup>1457</sup> Чл. 3 је уређивао материју сукоба закона, чл. 11 права странаца, а чл. 14 и 15 међународну судску надлежност.

З законика, нормирано је како се закони о заштити јавног реда и безбедности односе на све оне који живе на територији Француске, да непокретности и у случају да су њихови власници странци, потпадају под режим француског права, као и да се статус и правна способност Француза утврђује домаћим прописима и у ситуацији када су они становници страних држава.<sup>1458</sup> Једна од најстаријих одлука у овом смислу донета је још давне 1814. године<sup>1459</sup>. Овом одлуком је тумачењем члана 3. става 3. Грађанског законика, суд дефинисао једно од основних правила међународног привредног права по коме се лична статусна питања, питање правне и пословне способности странаца утврђује према праву државе чији су дата лица држављани. Наиме, према самом тексту закона, ради се о норми која унилатерално уређује дато питање, односно односи се само на француске држављане. Међутим, њеним екстензивним тумачењем, суд је утврдио како се исти принцип који се примењује на Французе, може применити и на држављане других држава.

На основу јасно дефинисане обавезе француског судије да у свакој ситуацији мора донети одлуку о конкретном спору, тамошњи судови су имали обавезу да одговоре и на питање како утврдити меродавно право код уговора са иностраним елементом. Док је у складу са начелом аутономије воље, суд релативно једнозначно дошао до решења да је то свакако оно право које саме стране одреде као меродавно, код одсуства таквог споразума, морало се пронаћи допунско решење. У пресуди Касационог суда из 1959. године, утврђено је како су у случају недостатка споразума страна о меродавном праву које би се примењивало на њихов уговорни однос, првостепени судови у обавези да га самостално одреде, према „економији уговора и околностима случаја”.<sup>1460</sup> Према законским, одредбама француски суд може бити надлежан за облигационе односе у које француски држављанин ступи на територији страних државама, и у ситуацији када је друга страна страни држављанин.<sup>1461</sup> Иако се језичким тумачењем наведене одредбе може закључити како је надлежност француског суда резервисана за сферу облигационих, односно нешто шире: дужничко-поверилачких односа француског држављанина и странаца насталих у

<sup>1458</sup> „Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger.” – Art. 3 *Code civil*.

<sup>1459</sup> *Arrêt Busqueta*, Cour d'appel de Paris, 13 juin 1814.

<sup>1460</sup> „Vu l'article 1134 du Code civil, attendu que la loi applicable aux contrats, en ce qui concerne leur formation, leurs conditions ou leurs effets, est celle que les parties ont adoptée ; qu'à défaut de déclaration expresse de leur part, il appartient aux juges du fond de rechercher, d'après l'économie de la convention et les circonstances de la cause, quelle est la loi qui doit régir les rapports des contractants.” – Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 6 juillet 1959.

<sup>1461</sup> „Un Français pourra être traduit devant un tribunal de France, pour des obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger.” – Art. 15 *Code civil*.

иностраниству, француски судови су ову одредбу протумачили на тај начин да су надлежни за све спорове у којима су странке француски држављани.<sup>1462</sup> Међутим, пракса француског Касационог суда утврдила је како се ове законске одредбе примењују искључиво супсидијарно, односно само у случају да се не може применити ниједан од уобичајених критеријума надлежности француског суда.<sup>1463</sup> На овај начин је, у ствари, примена законске одредбе постала изузетак, а њено тумачење од стране суда: правило.

### 2.3. Случај *Marleasing*

Директивом бр. 68/151/ЕЕС<sup>1464</sup> предвиђен је *numerus clausus* разлога због којих се оснивање привредних друштава на простору тада Европске економске заједнице може од стране суда земље чланице прогласити за ништаво. Привредно друштво *Marleasing SA* из Шпаније је 1989. године поднело тужбу<sup>1465</sup> првостепеном суду у Овиједу, против предузећа *La Comercial Internacional de Alimentación SA*, тражећи од суда да поништи његов уговор о оснивању. Према наводима тужиоца, уговор о оснивању је фиктиван, односно нема стварну каузу, те је у смислу конкретних одредби шпанског Грађанског законика апсолутно ништав. Осим тога, тужилац је тврдио како је уговор о оснивању закључен у циљу изигравања поверилаца, и да на основу тога има недозвољену каузу. Тужени је у свом одговору на тужбу навео да се ништавост оснивачког акта сваког привредног друштва на подручју Европске економске заједнице може утврђивати само на основу критеријума предвиђених Директивом 68/151/ЕЕС, те да се у конкретном случају не могу применити одредбе шпанског права о каузи.

Шпански суд је пред Европским судом правде покренуо поступак за решавање претходног правног питања. Првостепени суд у Овиједу желео је да сазна да ли је везан одредбама Директиве 68/151/ЕЕС, с обзиром на то да у датом тренутку она још није била

<sup>1462</sup> Rajčević, T., 2013, str. 231–236.

<sup>1463</sup> „Vu l'article 14 du Code civil et l'article 48 du Code de procedure civile ; attendu que le premier de ces textes, qui donne competence a la juridiction francaise en raison de la nationalite francaise du demandeur, n'a lieu de s'appliquer que lorsqu'aucun critere ordinaire de competence territoriale n'est realise en france.” – Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 19 novembre 1985.

<sup>1464</sup> First council directive of 9 March 1968 on co-ordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 58 of the Treaty, with a view to making such safeguards equivalent throughout the Community (68/151/EEC). (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31968L0151&from=EN>) = ).

<sup>1465</sup> Подаци о спору могу се пронаћи у образложењу пресуде Европског суда правде *Marleasing SA v La Comercial Internacional de Alimentacion SA*, C-106/89, ECLI:EU:C:1990:395 – ([https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:384f064c-f467-4dda-a3cb-a44d930a6e25.0002.06/DOC\\_1&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:384f064c-f467-4dda-a3cb-a44d930a6e25.0002.06/DOC_1&format=PDF), 20. 6. 2022).

имплементирана у домаћи правни поредак, односно да ли се спорни оснивачки акт може сматрати за ништав услед непостојеће, односно недозвољене каузе.

Европски суд правде је прво указао на свој јасан став да се одредбе директива не могу непосредно примењивати у односу на појединце, односно да не могу наметати права и обавезе физичким или правним лицима држава-чланица уколико нису примењене у домаћем правном поретку. Међутим, након тога, Европски суд правде износи како се у конкретном случају питање шпанског суда, пре свега, односи на дилему да ли је суд државе чланице у поступку који спада у оквир материје коју уређује Директива бр. 68/151/ЕЕС у обавези да своје национално право тумачи на начин који одговара садржају и смислу ове директиве како би онемогућио доношење деклараторне одлуке о ништавости оснивачког акта привредног друштва из разлога који нису предвиђени овом директивом.

Европски суд правде сматра да је, у складу са пресудом тог суда бр. 14/83<sup>1466</sup>, обавеза државе-чланице да у оквиру свог националног права осигура остварење резултата предвиђених директивама, односно да та обавеза у складу са чланом 5 Римског уговора подразумева предузимање свих расположивих мера за испуњење тог задатка. Ова обавеза се односи и на националне судове као један од делова државне власти. У том смислу, судови држава чланица су у обавези да невезано за околност да ли су одређене директиве примењене у домаћем праву или нису, одредбе националног права тумаче, у мери у којој је то могуће, у складу са значењем и циљем донетих директива. Из овог следи да се у конкретном случају прописи националног права морају тумачити у складу са одредбама Директиве бр. 68/151/ЕЕС, те да разлози услед којих се оснивање привредног друштва може огласити ништавим не могу бити шири од оних предвиђених самом директивом.

Европски суд правде након овога додатно прецизира како одредба ове директиве која прописује да суд може утврдити ништавост оснивања привредног друштва у случају да су циљеви његовог оснивања незаконити или противни јавном поретку<sup>1467</sup>, не покрива и конкретну ситуацију у којој је разлог оснивања привредног друштва изигравање поверилаца. Одредбе директиве се морају тумачити рестриктивно јер је, према преамбули саме директиве, разлог њеног доношења унапређење правне сигурности и заштита интереса трећих лица.

<sup>1466</sup> *Von Colson v Land Nordrhein-Westfalen* (1984) Case 14/83, ECLI:EU:C:1984:153.

<sup>1467</sup> „Nullity may be ordered only on the following grounds: [...] that the objects of the company are unlawful or contrary to public policy.” – Art. 11(2)(b) *First Council Directive* 68/151/ЕЕС. Појам *objects of the company* се може односити и на претежну делатност привредног друштва.

Иако се у конкретној одлуци суд не упушта у питање суштине каузе, посебно из разлога што шпански суд своје питање није ни поставио у том правцу, из одговора се могу извести јасни закључци о домету примене каузе, као дела националног права, у односу на прави поредак Европске уније. Уколико би се суду државе-чланице дозволило да кроз појам циља уговора, који је у појединим националним правима дефинисан у оквиру института каузе, у пракси прошири могућност проглашења ништавости оснивачког уговора привредног друштва услед непостојеће или недозвољене каузе, дошло би до различитих правних последица истог правног посла у различитим државама чланица, што би, свакако, имало негативан утицај на степен правне сигурности. Према наводима професора Дудаша, суд поједине државе чланице Европске уније, не може кроз институт каузе проширити домен своје регулативне надлежности на уштрб регулативне надлежности комунитарних органа.<sup>1468</sup>

## 2.4. Коментар

Утицај судске праксе на развој материјалног права је у оквиру правне науке потврђен као неупитан, без обзира на оштре системске разлике које у оквиру сваког правног система постоје између законодавне и судске гране власти. Улогу нормотворца, било формално (*common law* породица права) било суштински (европско-континентална породица права) суд врши тумачећи опште правне норме и утврђујући начин њихове примене у конкретном случају.

Овај утицај суда је у оквиру грађанског права, у коме уговори заузимају значајан део, вероватно посебно изражен. Разлог томе лежи у чињеници да се ради о простору претежно диспозитивног карактера општих правних норми, односно доминантног утицаја аутономије воље самих страна на уређење њиховог правног односа. Поједини цивилини кодекси Старог континента, попут аустријског и француског, јасним нормама подржавају креативну улогу суда у случајевима када њихове одредбе не могу да пруже адекватан одговор на појединачни спор.

Један од пластичних примера утицаја суда на развој уговорног права, свакако је анализа одлука француског Касационог суда, где је и више него евидентно да се у протеклих двеста година француски судови нису устручавали да нејасне одредбе Грађанског законика, као и његове празнине, својом делатношћу надоместе и тиме уобличе тамошње

---

<sup>1468</sup> Дудаш, А., 2011а, *Кауза облигационих уговора*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, стр. 357–358.

грађанско право. Развој самог законика у делу који се односи на уговоре је у Француској готово у целости резултат решења која су временом дефинисали тамошњи судови, о чему посебно сведочи недавно спроведена реформа.

Донекле слична ситуација постоји и у другим европским државама. Мишљења смо како се у оквиру нордијске групе права закони који уређују уговорне односе циљано одржавају на елементарном нивоу чиме се, у ствари, судовима омогућује да својим одлукама дефинишу нормативно рудиментарно постављене институте уговорног права. Идентичан значај имају и немачки судови, упркос врло прецизном Грађанском закону. Периоди великих друштвених потреса који су не једном задесили немачко друштво у току XX века, нарочито након два светска рата, захтевали су од тамошњих судова решења која би на адекватан начин премостила периоде великих друштвених криза. Тако је, примера ради, екстензивна примена начела савесности и поштења у немалом броју случајева немачким судовима омогућила доношење правилне одлуке.

Међународни судови и арбитраже, такође, својим одлукама доприносе унапређењу уговорног материјалног права. Попут цитиране пресуде у предмету *Marleasing*, Европски суд правде постављањем јасних граница између националног и комунитарног права уједно успоставља и јасан правац развоја националних прописа у сферу уговорних односа. Попут значаја који је у периоду средњег века имао *lex mercatoria*, модерно уговорно право у оквиру Европске уније мора да омогући лакши напредак прекограничне трговинске сарадње. У том смислу треба сагледати и недавно спроведену реформу француског Грађанског законика. Јасан циљ тамошњег законодавца био је уклањање свих концептуалних препрека због којих би примена домаћег нормативног оквира могла да доведе до правне несигурности, односно извесно преусмеравала потенцијалне економске односе у смеру који заобилази каузалистички правни простор Старог континента.

На крају, значај судске праксе у развоју облигационог, а тиме и уговорног права, био је нарочито изражен и у домаћем правном поретку, нарочито у времену након Другог светског рата. Један од најбољих примера управо је институт каузе, односно основа обавезе. Иако непозната установа домаћег позитивног права све до доношења Закона о облигационим односима 1978. године, кауза је у пракси врло рано заживела у образложењима домаћих судова, након чега је, захваљујући пре свега донетима домаће правне мисли, прерасла у институт без кога је српско уговорно право данас готово незамисливо.

### 3. ПЕРСПЕКТИВЕ СУСРЕТА КОНТИНЕНТАЛНОГ *ОСНОВА* И ЕНГЛЕСКОГ *CONSIDERATION-A*

Модерно уговорно право у оквиру европског правног простора одликује изражена динамичност. Учестале измене и допуне националних и наднационалних нормативних оквира облигационог права у периоду након Другог светског рата представља једну од основних карактеристика Старог континента. Поред развоја класичних института уговорног права, дошло је и до стварања донедавно готово непознатих категорија, попут права потрошача, управних уговора, док су раније неиздиференцирани правни послови прерасли у сада већ суштински самосталне гране права, од којих се могу истаћи право осигурања, банкарско право, берзанско право.

Додатни замајац овом развоју без сваке сумње представља пројекат европских интеграција, у оквиру којих је у једном периоду, захваљујући напорима унутрашње хармонизације права, било неопходно премостити концептуалне разлике које постоје између континенталних и *common law* уговора. Тако је путем рецепције комунитарног права, како је већ истакнуто, енглески уговор постепено усвојио идеју начела добре вере. Недавно искуство Бреgzита извесно је паузирало све „акционе планове” у циљу зближавања две европске породице права. Ипак, остварени помаци се не морају по аутоматизму доживети као напуштени, упркос примерима тихе „еуфорије британског типа” у скоројјој пракси Врховног суда Уједињеног краљевства, у којој се може препознати блага ренесансе *common law* идеја науштрб континенталног концепта права.<sup>1469</sup>

Перспектива евентуалног сусрета континенталне каузе и енглеске доктрине *consideration* зависи од конкретних корака који би се оквиру две породице права предузели ради њиховог узајамног зближавања. Иако тренутно благо успорени, помаке те врсте је и даље могуће јасно уочити.

#### 3.1. Кораци у правцу приближавања

Основни вид зближавања појединих института различитих националних права, свакако, представљају измене њиховог нормативног оквира путем усаглашавања прописа. Као један од неопходних помака у правцу овакве координације различитих права у садржинском смислу, као својеврсни предуслов сваког таквог пројекта, свакако је

---

<sup>1469</sup> Gearty, C., 2016, *On Fantasy Island. Britain, Europe, and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, према Šite, D., 2019, *Izvori engleskog prava*, Subotica, Lyceum iuris str. 73–74.

усвајање парадигме упоредноправне анализе која се од времена Другог светског рата на овамо показала као доминантна. Ту се пре свега мисли на функционални приступ поређењу права. Наиме, првобитно примењивани догматски метод је целу дисциплину упоредног права лишио било какве практичне димензије.<sup>1470</sup> Сагледавање страног правног института искључиво кроз призму његовог регулаторног оквира није понудило више од колажа паралелних дескрипција.

Функционални метод упоредноправне анализе, са друге стране, откључава националне правне институте путем откривања друштвене улоге коју у оквиру датог нормативног оквира испуњавају. Такво компаративно сагледавање енглеске доктрине *consideration* и континенталне каузе у њиховом функционалном смислу већ на самом почетку открива јасне подударности међу њима. Оба института указују на непосредни *циљ уговора*, односно у оквирима свог правног амбијента дефинишу који од тих циљева може, а који не може уживати правну заштиту. Задаци дефинисања критеријума пуноважности циља уговора, начина на који се он диференцира од сродних установа уговорног права, те одваја од побуда за закључење уговора, неспорно указују на јасне функционалне подударности између два института. Условност испуњења појединачне обавезе у оквиру синалагматичког уговора реципрочним испуњењем оне узвратне, такође су јасна тачка сусрета. Оба института представљају један од веродостојних доказа озбиљности намере страна да се уговор закључи, ослобађајући на тај начин, сваки у свом правном амбијенту, грађанске уговоре стега формализма. Коначно, и кауза и *consideration* су гласно изостављени из свих досадашњих нацрта кодификација грађанског комуитарног права.

Први пример нормативног приближавања енглеске доктрине *consideration* и континенталне каузе откривамо у *common law* релаксацији улоге тамошњег института приликом модификације постојећег уговора. Наиме, класична доктрина *consideration* пуноважност уговорног обећања условљава постојањем њему реципрочног обећања или чинидбе. У том смислу, према основном концепту, након закључења уговора, свако ново обећање ма које стране, да би било правно обавезујуће, мора бити пропраћено новим, односно „својим” узвратним обећањем. Дакле, предлози измена и допуна постојећег уговорног односа захтева модификацију обе обавезе. Уколико би модификација довела до промене у обавези само једне стране, она не би производила никакво правно дејство. Са друге

---

<sup>1470</sup> Monateri, P. G., 2021 *Advanced Introduction to Comparative Legal Methods*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, p. 13.



стране, континентални концепт основа уговорне обавезе не познаје овај тип условљавања, већ модификацију постојећег уговора не условљава њеном обавезном симетричном природом.

Енглеско право је након Другог светског рата било приморано да овако круту поставку приближи континенталном стандарду преваге консенсуализма над формом. Тако је у два позната прецедента, споразум о модификацији постојећег уговорног односа однео превагу над формалним условом његове пуноважности постојања реципрочних обећања. То су до сада више пута навођени прецеденти *Сентрал Лондон Трест*<sup>1471</sup> и *Рафи*<sup>1472</sup>. Подсећања ради, у првом случају суд потврђује пуноважност споразума о умањењу годишњег износа закупнине за период ратних година, иако привредни субјект који је управљао најамном палатом није власнику непокретности за дато умањење понудио никакву узвратну корист, нити је због умањења претрпео какву неповољност. Суд је овакву одлуку очигледно донео руковођен јасним друштвеним диктатом. Судија Денинг је пресуду објавио 18. јула 1946. године, дакле тек нешто више од годину дана након капитулације Трећег рајха. Како се предмет тицао уговорних обавеза на које је утицао вихор управо окончаног тешког рата, у складу са наводима професора Спасојевића, друштвена збиља је у овом случају очигледно представљала ону матицу која са собом носи све, па и судију.<sup>1473</sup> У таквом друштвеном амбијенту морало је доћи до капитулације крутости доктрине *consideration* пред друштвеним осећањем правичног. Суд вербалном бравуром, позивајући се на *equity* установу *promissory estoppel* утврђује како се власник непокретности мора „обуздати” (*to estop*) у својој намери да погази дато обећање (*promise*). Образложење одлуке почива на схватању како је обећање утуживо већ из разлога што се прималац у њега поуздао. Свега неколико година касније, исти лорд Денинг ће *promissory estoppel* морати прогласити за штит, а не за мач.<sup>1474</sup>

Друга одлука у случају *Рафи* такође се односи на случај накнадне модификације већ закљученог уговора. Тесарска фирма, као подизвођач у оквиру већег грађевинског подухвата, од главног извођача радова добија понуду да за уговорени посао додатно наплати преко 10.000 фунти. И у овом случају прималац обећања у оквиру већ постојећег уговорног односа за остварену корист нити нуди узвратно обећање, нити због њега трпи неку неповољност. Међутим, суд полазећи од тога да до модификације првобитног

<sup>1471</sup> *Central London Property Trust v High Trees House Limited* [1947] KB 130.

<sup>1472</sup> *Williams v Roffey Bros & Nicholls (Contractors) Ltd* [1989] EWCA Civ 5.

<sup>1473</sup> Спасојевић, Ж., 1989, стр. 97.

<sup>1474</sup> *Combe v Combe* [1951] 2 KB 215.

споразума није дошло услед забрањеног притиска на једну страну, закључује како је дати консензус уговорних страна правно обавезујући, јер је њиме давалац обећања остварио практичну корист. Наведени примери развоја енглеске доктрине *consideration* представљају значајан помак у правцу повлачења захтева форме пред консесуализмом у ситуацији када се ради о изменама постојећег уговорног односа. На тај начин се принцип *consideration* приближава оквиру континенталног института кауза, односно ситуацији у којој се основ обавезе прилагођава споразуму уговорних страна.

Посматрано из угла континенталног права, пример приближавања каузе енглеском концепту *consideration* препознајемо у реформи француског Грађанског законика из 2016. године. Јасном законском нормом предвиђено је да, по правилу, код синалагматичких уговора одсуство једнаке вредности давања страна не доводи до ништавости правног посла.<sup>1475</sup> На овај начин се, у начелу, квантитативно одређење вредности континенталног основа обавезе и енглеског услова *consideration* изједначава. Француски Грађански законик, истина, указује на изузетке од овог правила, међутим предвиђени изузеци не умањују значај општег правила. Иако су недавне реформе француског грађанског довеле до изостанка каузе као услова настанка пуноважног уговора, у чему се огледа дистанцирање од значаја који се у енглеском праву придаје доктрини *consideration*, у исто време се отишло у правцу приближавања када се ради о односу вредности престације и контрапрестације. Тако се математика уговора, која се мери управо кроз аритметику две престације, на континенту приближила њеном одређењу у оквиру енглеског уговорног права.

### 3.2. *Privy council* и континентална кауза

Крунски савет (*Privy Council*) је 1918. године, као врховни суд прекоморских територија британске круне, одлучивао о правном леку на одлуку судова Цејлона (данас Сри Ланка). Ова одлука<sup>1476</sup> је од посебног значаја за наш предмет истраживања јер се у њој британски суд морао осврнути на однос енглеске доктрине *consideration* и континенталног концепта каузе, с обзиром да је меродавно право за уређење односа између парничних страна било римско-холандско. Парничне стране су биле брат и сестра чији је отац завештањем сву своју имовину поклонио преживелој супрузи, која је за живота одлучила да наслеђену имовину пренесе у својину покојниковом сину. Услед сестриног неслагања

<sup>1475</sup> „Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement.” – Art. 1168 *Code civil*.

<sup>1476</sup> *Jayawickreme and Another v Amarasuriya Since Deceased* [1918] UKPC 51.

са таквом одлуком, брат јој је обећао исплату 150.000 рупија у пет једнаких obroka у висини од 30.000 рупија годишње на име договорног уређења међусобних имовинских односа. Како је већ код првог obroka, брат платио нешто нижи износ од договореног, сестра је надлежном првостепеном суду поднела тужбу ради исплате доспелих, а неисплаћених 5.500 рупија. Првостепени и другостепени суд су одбили њен захтев, између осталог, с образложењем да братовљево обећање није утуживо јер му недостаје *основ*.

Питање на које је су нижестепени судови покушали да одговори је однос енглеске доктрине *consideration* и института *iusta causa debendi* римско-холандског права, као меродавног у овом случају. Цејлонски судови су из природе преговарања брата и сестре и начина на који је дошло до братовљевог обећања, утврдили како се он руководио моралним начелима, односно обавези коју је имао у односу на аманет њиховог оца о начину употребе наследства. Наиме, суд као неспорно утврђује како је између парничних страна у односу на обавезу исплате 150.000 рупија постојала понуда и прихват учињене понуде. Оно што датом односу недостаје је *iusta causa* као основ братовљеве обавезе. Наиме, околност да је сестра током преговора навела како ће у случају да не добије део наследства поднети тужбу, на основу чега би се у конкретном случају, у ствари, радило о уговору о пребијању, односно договорном поравнању између страна, нижестепени судови су ценили као неосновану јер брат, знајући да би таква тужба била одбијена, своје обећање не нуди у замену за сестрин одустанак од покретања парнице, већ из осећаја одговорности које има према очевој самртној жељи.

Крунски савет прихвата да према енглеском праву морална обавеза, односно добротично обећање не задовољава услов *consideration*. Међутим, оваква ограничења не постоје у односу на римско-холандску каузу. Као пример, наводи се околност да је, у оквиру шкотског права, које такође припада групи мешовитих права, добротично обећање правно обавезујуће уколико је учињено писмено. Крунски савет истиче како је римско-холандски институт *iusta causa debendi* појам који је шири од енглеског *consideration* јер подразумева и добротична обећања, односно као основ обавезе се прихвата мотив даваоца обећања. Позивајући се на ставове енглеског правника Џорџа Мориса<sup>1477</sup> који се бавио односом енглеског и римско-холандског права, Крунски савет примећује како је према Морису кауза најближи институт који у овом другом постоји у односу на енглески *consideration*. Кауза указује на разлог, рационални мотив настанка уговора, који за разлику од оног енглеског може бити и беневоолентан. У том смислу би најближи пандан

<sup>1477</sup> George Thomas Morice, 1858–1930.

таквом правном послу био енглески уговор снабдевен печатом племића (*contract under seal*) који не мора задовољити услов *consideration*.

Крунски савет, даље, указује на нешто ранију одлуку цејлонских судова<sup>1478</sup> где је суд посебно истакао како се римска максима *ex nudo pacto actio non oritur* не може применити у римско-холандском праву. Његов појам *кауза* јесте једнак разлосима за закључење уговора, али они могу бити шири од оних које предвиђа енглеско право у форми *consideration*. Крунски савет, узевши у обзир наведене аргументе, закључује како је братовљево обећање у складу са римско-холандским правом утуживо, односно да оно садржи неопходан основ преузете обавезе, на начин на који га меродавно право дефинише кроз појам *iusta causa debendi*. У том смислу, Крунски савет доноси одлуку којом је преиначио одлуке нижестепених судова и усвојио тужбени захтев.

### 3.3. Коментар

Проблематика уједначавања англоамеричког појма *consideration* и континенталног основа уговорне обавезе (*causa*), не мора нужно да претпоставља редефинисање ова два правна института у њиховим базичним оквирима (породицама права). Овом питању може се приступити и путем претходне разраде контекста који *consideration* односно *causa* имају у самом уговору.

Поведени француском правном школом, која је како смо видели недавно и у самој Француској нормативно напуштена, континентални правници могу каузи учитати она својства која она, иначе, нема. Онтолошки предуслови постојања уговора се могу свести на два основна: странке и њихова погодба. Кауза, без обзира на могуће правне последице њеног недостатка, не мора се нужно посматрати као супстанца уговора. У појединим континенталним правима она то и није. Уколико проблематику дефинисања основа уговора (*consideration* и *causa*) покушамо да разрешимо искључиво инструментално, не водећи се предубеђењем да се налазимо на простору супстанце уговора, примећујемо како је поље приближавања ова два, на изглед одвојена правна појма, одједном много извесније. Основ уговорне обавезе схваћен као пре свега његов функционални, односно инструментални вид, подразумева да уговор постоји независно, самостално у односу на методе његовог сазнања (гносеолошка *контра* онтолошка димензија основа уговорне обавезе).

---

<sup>1478</sup> *Lipton v Buchanan* (1904) 8 NLR 49.

У овом смислу, основ уговорне обавезе се разуме као инструмент којим се право користи како би на несумњив начин утврдило или дефинисало циљ уговора. Сазнање циља уговора је од пресудног значаја у поступку његовог тумачења, судске анализе и испитивања његове свеукупне саобразности датом правном поретку. Кауза, односно *consideration* се у том смислу не појављују као супстрат уговора, већ као механизам његовог тумачења, одмеравања у односу на правни поредак у коме постоји, путем циља због којег је уопште и настао. Дакле, циљ уговора, оно *зашто* он уопште постоји је основ његових обавеза, а тај *основ* је инструмент његовог тумачења: један од аргумената *за* или *против* његовог опстанка у оквиру правног поретка у коме је настао.

Заједничка димензија основа уговорне обавезе (кауза и *consideration*) као његовог инструмента огледа се у задатку који је том инструменту поверен. Функција овог основа може се довести у везу са одговором на питање када је исправно или правно допуштиво другу страну оптеретити обавезом коју уговор предвиђа? Тако се основ уговора функционално поставља као мера утврђивања допуштености узрока постојања правне обавезе једне уговорне стране у односу на ону другу. Схваћен на овај начин, и континентални и англоамерички правни свет појмовима кауза и *consideration* дају идентичну друштвено-правну функцију.

Мера оправданости уплива права у простор слободе сваког појединца се функционално одмерава у односу на циљ због кога је та слобода уговором споразумно ограничена. Дакле, слободу појединца не ограничава сам циљ због кога је уговор настао (одрицање од онтолошког приступа основу уговора) већ то чини консензус, споразум о постојању ограничења. Основ уговорне обавезе (кауза, односно *consideration*) има задатак да меру тог задирања у сферу слободе прецизно дефинишу доводећи је у везу са циљем због кога је конкретна правна обавеза настала. Англоамеричка породица права ову меру поистовећује са захтевом противчинидбе. Континентална права, пре свега услед постојања добротних уговора, нису у могућности да своју меру циља апстрахује на идентичан начин, већ противчинидбу као основ уговора задржава код синалагматичних уговора, док за оне добротине прибегава одређеном броју правних фикција.

Функционална равна основа уговорне обавезе код обе породице права, у ствари, изналази механизме превазилажења оскудности приступа уговору као правном односу две *личности* (иако он то несумњиво јесте). Не би ли осигурало измештање уговора у сферу правног односа две „стерилно постављене” *уговорне стране*, у намери да апстрахује ону димензију свеукупних дужничко-поверилачких односа која је подобна да се на један објективан начин утврди мерило оправданости правне принуде у приватним

односима конкретних *личности*, право формира институт *основ обавезе*. Овај основ, у ствари, онемогућава једној уговорној страни да ону другу сведе на раван инструмента за постизање личних имовинских циљева, дефинишући јасан правни услов основаности захтева за интервенцијом принуде у сферу приватних дужничко-поверилачких односа.

Наведени примери измена или јаснијег дефинисања нормативних оквира две европске породице права везано за *циљ уговора* који има своје појавне облика *causa* и *consideration* дозвољавају закључак да би и код једних и код других уговор постепено могао прерасти у искључиви израз сагласности његових страна, без додатних формалних захтева. Енглеско одустајање од форме *consideration* код модификације уговора, француско изричито одустајање од начелне ништавости уговора услед разлике у вредностима узајамних престација, те заједничко усвајање поља деловања *циља уговора* као превасходно функционалног, а не онтолошког појма, нуде платформу на којој би ова два института временом добила додатне заједничке контуре.

Конечно, када се *causa* и *consideration* сагледају и у односу на добротине уговоре, здрав разум намеће закључак да су по овом питању две породице права функционално у целости подударне. Обавезујућа природа обећања даровања непокретности на француској ривијери у оквиру континенталног уговора о поклону, у суштини, ни по чему се не разликује од *common law* утуживости обећања продаје куће за одмор у монденском летовалишту Плимут за цену која одговара вредности једног зрна бибера према течају лондонске продуктне берзе рачунајући на дан плаћања. Енглеска прагматичност је очигледно нешто елегантније решила дуга континентална теоријска спорења о томе може ли се *animus donandi* сматрати за основ уговорне обавезе или не. У правном систему где се конкретан иметак може правно обавезујуће продати за пола гроша, теоријске расправе те врсте нису ни потребне. Ово посебно из разлога што оне и за континенталне правнике нису много другачије од расправа средњовековних богослова о томе колико анђела може плесати на вршку прибадаче.

#### 4. ПАНЕВРОПСКО УГОВОРНО ПРАВО

Према предвиђању Цвајгерта и Кеца, када буде актуелан, пројекат европског цивилног кодекса ће морати пратити нормативну логику швајцарског Грађанског законика, а не оног немачког.<sup>1479</sup> Разлоге овоме не треба тражити у степену популарности оног

---

<sup>1479</sup> Zweigert, K., Kötz, H., 1998, *Introduction to Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, p. 177.

првог, већ пре свега у његовој отвореној текстури, околности да се његова примена заснива на неопходности даље разраде нормативног текста од стране швајцарских судова. Цвајгер и Кец закључују како је сваки покушај унификације грађанског права на простору Европе немогућ уколико он не подразумева и јасно дефинисану улогу суда<sup>1480</sup>. Према њиховом мишљењу, упркос бојазнима приређивача немачког законика, данас је и више него евидентно како идеја владавине права ни на који начин није изложена нарочитом ризику уколико се пред судију постави задатак постепеног развијања законске норме.<sup>1481</sup> О сличним размишљањима професора Спасојевића већ је било речи.<sup>1482</sup>

Један од примера неинвазионе унификације разуђеног уговорног права проналазимо у донетима које је на простору САД остварио Једнообразни трговачки законик<sup>1483</sup>. Особеност сваке федералне државе захтева од њеног нормативног апарата висок степен сензибилитета према очувању права појединачних конститутивних елемената. Тако је крајем XIX века у САД формирана независна Земаљска конференција комесара једнообразних државних закона<sup>1484</sup> чији је задатак све до данашњих дана израда модела закона на основу којих законодавна тела појединачних савезних држава могу усвојити прописе усаглашене са прописима осталих федералних јединица. Овако одабрани механизам хармонизације права у оквиру САД донекле подсећа на механизам који у праву Европске уније остварују директиве.

Наведено запажање Цвајгерта и Кеца о неопходности омогућавања неке врсте креативног овлашћења судској грани власти у поступку унификације европског имовинског, или уже уговорног права, почива на јасним теоријским основама. Пре свега, улогу суда ни у правним системима у којима његове одлуке не представљају формални извор права никако није могуће занемарити. У домаћој литератури се наглашава како је свака друштвена стварност у тој мери богата и разноврсна да статична и фиксирана општа правна норма нема могућност да је у целости обухвати.<sup>1485</sup> Захваљујући овоме, постоји велики број законских норми које свој коначни смисао добијају тек путем „живог права”, односно непрегледног броја судских одлука у којима је њихова садржина прецизирана и изнијансирана.<sup>1486</sup> Исто тако, одређена питања законодавац некада пропусти да уреди, па је

---

<sup>1480</sup> *Ibid.*

<sup>1481</sup> *Ibid.*

<sup>1482</sup> Спасојевић, Ж., 1989, стр. 96-100.

<sup>1483</sup> Uniform Commercial Code. Први пут је објављен 1952. године.

<sup>1484</sup> National Conference of Commissioners on Uniform State Laws.

<sup>1485</sup> Станковић, О., 1977, О судској пракси, *Анали*, 1–2, стр. 204

<sup>1486</sup> *Ibid.*

обавеза судова да овако настале правне празнине попуне. Илустративни пример у овом погледу је околност да је француски Грађанског законик иначе широку област грађанске деликтне одговорности уредио са свега пет чланова, препуштајући судовима коначно формирање правила која недостају. Да се не ради о малом броју питања, види се из чињенице да је у оквиру египатског Грађанског законика из 1960. године, писаном управо на основама француског грађанског права, истом питању посвећен одељак од 134 члана.<sup>1487</sup>

Напори у правцу унификације уговорног права на простору Старог континента нису скоријег датума. Након средњовековног *lex mercatoria*, један од Наполеонових мотива за израду кодификације било је нормативно изједначавање не само француског, већ грађанског права већег дела Европе.<sup>1488</sup> Сличне идеје проналазимо и у сто година каснијем пројекту израде заједничког француско-италијанског Законика о облигацијама<sup>1489</sup>, као и у недавно спроведеној реформи француског Грађанског законика<sup>1490</sup>. О примерима договорне регионалне унификације права на простору Европе, попут нордијске групе права или пројекту стварању заједничког балканског права између два светска рата је такође било речи. Ипак, цивилни кодекси настајали на простору Европе након пропасти Наполеоновог царства имали су доминантни национални карактер и представљали су један од атрибута модерне државе која се у то време гласно ослобађала стега феудалног партикуларизма.

Овако настали национални цивилни кодекси су довели и до значајних разлика у појединачним уговорним правима. Према појединим писцима настале разлике су у тој мери непремостиве да је идеју заједничког европског уговорног, односно грађанског права неопходно напустити као нереалну.<sup>1491</sup> Поред аргумента постојања непремостивих разлика у приватним правима Старог континента, поједини писци истичу како искуства из Уједињеног Краљевства или САД не упућују на закључак како је усаглашавање прописа неопходан услов унапређења економске ефикасности и привредне позиције Европске уније. Две наведене државе и даље представљају значајне економске силе, и јасне су

<sup>1487</sup> *Ibid*, стр. 205.

<sup>1488</sup> Станковић, О., Водинелић, В., 2004, стр. 15.

<sup>1489</sup> *Progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti : testo definitivo approvato a Parigi nell'ottobre 1927 – anno VI = Project de code des obligations et des contrats : texte définitif approuvé à Paris en octobre 1927*, Commission reale per la riforma dei codici, Commission française d'études de l'union législative entre les nations alliées et amies, Provveditorato Generale dello Stato, Rome, 1928.

<sup>1490</sup> *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Journal officiel n° 0035 du 11/02/2016.

<sup>1491</sup> Legrand, P., 1997, Against a European Civil Code, *The Modern Law Review*, 1, pp. 44–63.



предводнице англоамеричког света, без обзира што су у њиховом приватном праву „разлике још увек правило, а униформност изузетак”<sup>1492</sup>. Ипак, не сме се заборавити да су разлике у оквиру *common law* породице права много мање од оних које одликују појединачна европско-континентална права. Један од централних сегмената овог истраживања управо се и односио на антагонизме који постоје између каузалистичког и антикаузалистичког круга континенталних права.

Напори у правцу хармонизације уговорног права Европе данас се пре свега одвијају у оквиру права Европске уније. Централни документи у том смислу су Начела европског уговорног права (*Principles of European Contract Law*) и Нацрт оквирних правила (*Draft Common Frame Of Reference*). Већ летимичан поглед на одредбе ова два документа открива како је одабрани правац развоја заједничког европског уговорног права, доминантно, антикаузалистички. Услови за настанак уговора сведени су на постојање намере страна за правним обавезивањем и сагласност воља. Додатни услови пуноважности уговора нису предвиђени. Како је до сада више пута истакнуто, овакво нормативно решење карактеристично је за већи број европских држава.

Мора се признати како тенденција напуштања концепта основа обавезе као обавезног конститутивног елемента приликом настанка уговора није присутна само у праву ЕУ. Идентичан приступ проналазимо и у Конвенцији УН о уговорима о међународној продаји робе (Бечка конвенција). Ова конвенција (члан 11.) предвиђа како уговор о продаји не мора да се закључи нити потврди у писменој форми нити је подвргнут било којим другим захтевима у погледу форме и може се доказивати на било који начин, укључујући сведоке. Готово идентичну одредбу проналазимо и у UNIDROIT принципима међународних трговачких уговора.<sup>1493</sup>

Свакако, најзначајнији отклон у односу на основ обавезе као услов настанка пуноважног уговора препознајемо у реформи француског грађанског права из 2016. године. Околност да је кауза напуштена у оном правном систему Европе у коме је првобитно и уведена на велика врата, представља револуционаран податак већ сам по себи. Намера француског законодавца у Извештају<sup>1494</sup> је неувијено изражена: кауза

<sup>1492</sup> Gray, W., 1986, E pluribus unum? A Bicentennial Report on Unification of Law in the United States, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 50. Jahrg., Н. 1/2, p. 165.

<sup>1493</sup> „Nothing in these Principles requires a contract, statement or any other act to be made in or evidenced by a particular form. It may be proved by any means, including witnesses.” Art. 1.2 *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* (<https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf>, 20. 6. 2022).

<sup>1494</sup> Извештај је пратио учињене измене и допуне Грађанског законика.

представља јасан узрок правне несигурности, па тиме и неатрактивности француског права у међународним трговачким односима. Другим речима, услед њене болећивости, каузу је неопходно исећи као и свако друго упаљено ткиво.

Наравно, не сме се сметнути с ума значај који је кауза имала током развоја модерног уговорног права. У процесу његовог ослобађања од доминантне улоге форме, у жељи његовог уподобљавања принципима консенсуализма, кауза је представљала онај неопходни рецидив формализма, чинилац који је просту вољу облачио у „свечаност” уговора. Основни проблем овог приступа је то што он умногоме подсећа на идеју Адама и Еве да се оно што је само по себи голо, и увек може бити само суштински голо, „обуче” у кројеве смоквиног листа, по узору на римско правило да *ex nudo pacto non oritur actio*. Историјска улога основа обавезе (кауза, *consideration*) не само да делује истрошена, већ је у савременом свету на моменте и гротескна (*animus donandi*, зрно бибера).

## ЗАКЉУЧАК

Ова дисертација показала је оправданост истраживања института *consideration* енглеског уговорног права и његове примене код континенталних правника. Истраживање је потврдило да су правна питања која су идентификована у пројекту ове докторске дисертације правно релевантна, што је омогућило доношење одговарајућих закључака по појединим питањима.

### Полазна хипотеза

Радна хипотеза, по којој је континентално схватање енглеског уговорног концепта *consideration* условљено римском каузом, те да ће у ситуацијама када континентални правник анализира, односно када у спору континентални судија треба да доносе одлуку засновану на *consideration* доктрини, дата одлука, у већој или мањој мери, бити различита у односу на одлуку какву би у истој ситуацији донео англоамерички судија, у овом раду је у претежном делу потврђена.

Део изнете хипотезе који захтева корекцију, односи се на упућивање на значај који би у концептуалном смислу за континенталног правника имала римска кауза. Истраживањем је утврђено да два сродна института: кауза и *consideration* у одређеном свом делу, као и у оквирима правног амбијента у којима настају, неспорно исходе од римског појма *causa*. Међутим, разлике које постоје између начина на који су римски правници примењивали идеју каузе и начина на који се она примењује данас, не упућује на закључак да ће континентални правник доктрину *consideration* разумети другачије у односу на свог

англоамеричког колегу под утицајем који на њега врши њен римски концепт. Штавише, уочено је како се у делу литературе, истина оном мањем, управо енглеска доктрина *consideration* разуме као много више „римска” него што би то била савремена континентална кауза. Коначно, морало се приметити како је, у суштини, римско схватање по коме је постојање сваког субјективног права условљено постојањем адекватне тужбе (*actio*), у ствари, подударно са ранијим енглеским *common law* правилом да је за остварење сваког субјективног права неопходно да га прати одговарајући тужбени образац (*writ*). Историјске наслаге, као и начини на који је вршена рецепција римског права, како у континенталном делу Европе, тако и на британским острвима, упућују на закључак да се увржена представа о римском праву као суштинском извору разлика између две европске породице права, ипак, мора довести у питање.

У преосталом делу радна хипотеза је доказана. Континентални правник енглески концепт *consideration* разуме, па самим тим и примењује, под јаким утицајем схватања које има о континенталном институту кауза. Истраживање је показало да није од пресудног значаја то да ли се *consideration* разуме као готово подударни пандан каузи, или као институт који није ништа друго до контрапрестација (противчинидба). Напротив, на разумевање доктрине *consideration* на континенту не утиче превасходно како енглеско право нормира ту своју особену доктрину, већ какво мишљење континентални правник има о томе шта све јесте кауза. Посматрајући *consideration* кроз филтер себи ближег института, континентални правник, у ствари, открива у ком се спектру континенталног доживљаја каузе и сам налази.

Овим долазимо до закључка како устаљени проблеми у примени страног права не представљају основни недостатак код примене доктрине *consideration* од стране континенталних форума. Суштински проблем у овом случају је околност да континентални правник никад до краја није разрешио питање шта је то кауза. Велики број теорија и схватања о каузи су, у ствари, допринели томе да је за континенталног правника дати појам његовог права недовољно јасан, па онда ову непрецизност она/он готово по аутоматизму транспонује на *common law* институт који у енглеском и њему сродним правима задовољава сличну правну функцију.

Истраживање је показало да за правнике који долазе из антикаузалистичког круга европских права, *consideration* не улива неко нарочито „страхопоштовање” јер они и иначе нису склони да пуноважност уговора спутавају условљавањима које познају каузалисти. Са друге стране, правници који долазе из каузалистичког круга имају два различита приступа. Поједини имају тенденцију да „пониже” *consideration* тврђом како је то

готово инфериоран правни институт у односу на њено величанство каузу. Други пак управо у датој *common law* доктрини настоје да пронађу још један доказ тога како је кауза у тој мери глобално и универзално неопходан институт да га сва права, на овај или онај начин, просто морају имати.

Један од допунских закључака овог истраживања је околност да континентална идеја каузе свој основни недостатак показује, пре свега, код добричних уговора. Мишљења смо како намере каузалиста да основ уговорне обавезе изместе из сфере његовог предмета (као парадигме антикаузалистичке логике), иако у бити опипљиве, се код добричних уговора губе услед фиктивног оквира у кога је смештају. Привржени традиционално постављеним догмама, каузалисти превиђају јасну омеђеност својих парадигми, односно околности да функционисање каузе има своје јасне границе и да се оно распада уколико покушамо да их проширимо. Жеља да каузом објаснимо основ обавезе добричних уговора неминовно доводи до тога да одабрани механизми по унутрашњој нужности заказују, на шта се реагује паничним гомилањем *квантитета* аргумената, са надом да ће у неком од њих настати *квалитет*.

Додатну димензију ове поларизације открили смо у домаћем праву у делу који каузу доводи у везу са јавним поретком. У току истраживања дошло се до закључка да је путања тада југословенског права од позитивноправно антикаузалистичког до изражено каузалистичког резултат два фактора. Један је јак друштвено-политички притисак на нормативни апарат по коме су се сви закони морали довести у раван тада доминантног идеолошког правца. Други је борба челних представника цивилистике да југословенско грађанско право одбране од експеримената совјетског, касније самоуправног типа. У том смислу, чини нам се, дошло је до афирмације каузе као, пре свега, истуреног елемента друштвеног интереса у приватни уговорни однос, путем њене улоге заштите јавног поретка.

Аргумент како кауза представља нешто више од доктрине *consideration* управо из разлога што она у себи укључује и јавноправни простор, поред оног основног приватноправног, захтева два коментара. Прво, наш је закључак да је управо институт *consideration* онај сегмент енглеског уговора који једини у себе укључује јавноправну димензију уговора тиме што је његово присуство у датом приватном односу *conditio sine qua non* интервенције државе преко њеног судског органа. Друго, када се каже да кауза штити јавни интерес, онда се готово по аутоматизму, у домаћем правном миљеу мисли како она, између осталог, нарочито штити вредности попут начела једнаке вредности давања, или начела савесности и поштења. Међутим, то су идеали домаћег права, а не

оног у коме доктрина *consideration* остварује свој правни утицај. Енглеско уговорно право не зна за начело једнаке вредности узајамних давања, као што не зна за општи принцип добре вере. Ако *consideration* и треба да штити одређени јавни поредак, а чини се да то и чини тиме што представља јасан услов судске интервенције, оно треба да штити јавни поредак Уједињеног Краљевства, а никако онај наш. Друштво које је свој привредни етос изградило на вишевековној пракси Источноиндијске компаније не може ниједној од доктрина свог уговорног права дати у задатак да одражава друштвене концепте које сама не баштини.

### Енглески *consideration* и континентална права

*Consideration* се у европско-континенталној породици права открива у оним његовим институтима који представљају основ утуживости уговорне обавезе. Када се поређење врши у оквиру који поставља уговор енглеског права – који је увек синалагматичан – готово је једнозначно да се ради о ономе што означавамо појмом противчинидба или контрапрестација. Наш је закључак како енглеско право континентални концепт пуноважности уговора разуме управо као његов атрибут утуживости (*enforceability*). Значајан број прецедената енглеских судова садрже јасна одређења како је *consideration* онај предзнак енглеског уговора који се мора читати као *conditio sine qua non* његове утуживости, или континенталним речником: пуноважности.

Функционални пандани енглеске доктрине *consideration* препознати су, пре свега, у институту каузе, односно у циљу уговора код антикаузалистичке групе права. Теоријска разматрања открила су значајне тачке одступања. Са друге стране, начини на које правни системи обе европске породице права санирају нежељене ефекте у оквиру уговорног права, релативно су подударни. Примера ради, основна функција доктрине *consideration* која се открива у услови утуживости уговорног обећања, а која ту могућност везује за постојање узвратне уговорне користи даваоца обећања, код континенталних права се не доводи увек у везу са условима за закључење пуноважног уговора. Међутим, сва континентална права онемогућавају да нека од страна синалагматичког уговора оствари корист, а да за њу не узврати испуњењем преузете обавезе.

Друга значајна компонента енглеске доктрине *consideration* тиче се онемогућавања модификације уговора без постојања накнадног узвратног обећања, а све у циљу спречавања могуће изнуде слабије позициониране уговорне стране. Континентална права не познају овај вид ограничавања домета сагласности воља, али исти циљ постижу тако што

не толеришу присуство мане воље у оквиру уговорног односа. Иако представља најизраженији вид одступања између две породице права у сфери нормирања уговорног односа, овај сегмент доктрине *consideration* је од времена Другог светског рата и у оквиру самог енглеског права ублажен. Истраживање је показало да се у одређеним англоамеричким правима отишло и нешто даље од тога, на шта указују наведени примери из Аустралије и Новог Зеланда. Међутим, наш је закључак како је у оквиру енглеског права помак који се десио у правцу ублажавања ригидност доктрине *consideration* код модификације постојећег уговора више изузетак који потврђује правило о искључивој теретности енглеског уговора, него доказ могућег проширења доктрине *consideration* на бесплатне „противчинидбе”, оличен у концепту *поуздања* у примљено обећање.

Битна концептуална одступања између енглеског *consideration* и континенталних права уочена су у оквиру студије случаја коју смо спровели и приказали у овој дисертацији. Анализа одговора учесника анкете је показала како је основни, или примарни приступ одређеним животним околностима у сфери уговорних односа у две породице права суштински другачији. Енглески правници, полазећи од централног значаја који у тамошњем уговорном праву има доктрина *consideration*, околност испуњења баш тог услова пуноважности уговора схватају као основно питање за решење спора. Сличан приступ, студија случаја је показала код француских правника који код уговора готово по аутоматизму крећу од идеје консенсуализма и начела добре вере. Конкретно, ниједан од учесника анкете ни у једном од описаних случајева није могућу одлуку свог суда довео у везу са институтима кауза или циљ уговора, иако су енглески судови у сваком од њих одлуку донели применом доктрине *consideration*. У том смислу закључујемо да је значај услова *consideration* у енглеском праву очигледно много израженији од „притиска” који на континентални уговор врши кауза, односно циљ уговора. Док се у *common law* уговору присуство противчинидбе као основа обавезе увек помно испитује, јер без ње уговора ни нема, у континенталним правима се присуство каузе увек претпоставља. Сегменти уговора за којима се на Континенту по аутоматизму трага су сагласност воља и добра вера.

Спроведено истраживање потврдило је полазну хипотезу да ће у ситуацијама када континентални правник анализира, односно када у насталом спору континентални судија доноси одлуку засновану на *consideration* доктрини, дата одлука, у већој или мањој мери, бити различита у односу на одлуку какву би у истој ситуацији донео англоамерички судија. Након анализе утврђено је постојање реалне опасности од угрожавања правне сигурности у континенталној судској пракси приликом примене англоамеричког права. Показало се да практично од знања и савесности људског фактора зависи да ли ће се

правилно применити англоамеричко право од стране континенталних судија који одлучују у споровима у којима је уговорена примена овог права. Примера ради, у раду је указано на пресуду Врховног касационог суда Србије (ВКС) из 2019. године, у спору где је требало применити релативно једноставни концепт енглеског права о транслаторном дејству уговора о продаји покретних ствари. Привредни апелациони суд је, као другостепени суд, према мишљењу ВКС погрешно применио страно право и тиме донео одлуку дијаметрално супротну оној какву је требало донети. Да је којим случајем тужилац одустао од поступка по ревизији, или да није имао довољно средстава да покрене поступак по ванредном правном леку, одлука другостепеног суда била би јасан пример погрешне судске праксе. И то само из разлога што је конкретан институт страног права који је требало применити концептуално другачији од релевантног домаћег, те доводи до одлуке на коју домаћи суд, просто, није навикао.

Истраживање нам омогућава да закључимо да проблем правне сигурности у односу на примену *common law* права од стране континенталног форума није пре свега везан за немогућност сазнања страног права. Примери из праксе виших француских судова, као и код наведеног примера из праксе ВКС, показали су како су континенталне судије кудикамо сензибилније, односно да могу да разумеју нијансе англоамеричког права. Може се рећи да се чини да они то раде боље него што би то био случај у обрнутој ситуацији када би, примера ради, америчке судије требале да примене институте континенталног права. Међутим, у пракси, довољно времена и енергије за подухвате те врсте могу себи дозволити само судије највиших судова (добар пример из француске праксе такође потиче од тамошњег Касационог суда). Прекомерна оптерећеност значајним бројем предмета у нижестепеним судовима не оставља довољно времена судијама за захтевнија промишљања. Негативан пример у том смислу управо је преиначена одлука Привредног апелационог суда. Наведени пример из домаће праксе утолико је проблематичнији што одлука нижестепених домаћих судова није зависила од разумевања низа судских прецедената, већ је требала да се заснива на релативно једноставној одредби енглеског закона, што ако изузмемо језик прописа, не мења много начин на који домаћи суд иначе доноси одлуке.

Истраживање је даље показало како у односу на домаће право, институт основа обавезе српског теретног уговора у добром делу осликава функционалне параметре које у енглеском праву има доктрина *consideration*. Оба института се у оквиру својих правних система појављују као услов за закључење пуноважног уговора. Кауза синалагматичког уговора српског права готово је у целости подударна са структуром енглеске доктрине



*consideration*. Међутим, могу се уочити две примарне тачке одступања. Прва је разлика која се односи на енглески концепт „вредности зрна бибера”, а који је у домаћем праву незамислив. Обавезе страна у двострано обавезујућем уговору према одредбама српског права крећу се у оквиру једнаке вредности узајамних давања. Ипак, анализа је показала како у пракси функционално подударни исходи два концепта уговора нису незамисливи. Узмимо за пример фактички однос доброчиног уговора српског права и уговора енглеског права чија престација има вредност зрна бибера. Друга значајна разлика код ова два института тиче се њиховог односа са појмом јавног поретка, о чему је већ било речи.

### Даљи развој уговорног права

Истраживање је показало јасна преклапања у значају који су доктрина *consideration* и њен функционални континентални пандан кауза, односно циљ уговора имали у напорима ослобађања европског уговора од терета формализма. Идеја преваге консенсуализма над формом уговора, односно значаја који уговорно право мора дати сагласности воља уговорних страна, није могла бити примењена у свом пуном капацитету у време када је формирана. Као што је то био случај и у римском праву, тако се и током развоја модерног европског уговора диктат форме постепено и веома обазриво могао заменити условом дозвољеног циља уговора. Идеја циља уговора, оличена у институтима кауза, односно *consideration* омогућила је онај вид коректива који извире из сама садржине уговора, а не његове форме. До оваквог развоја долази на начин што се сагласност воља, као основни услов постојања уговора, допуњавао елементима који су представљали оне показатеље у самом уговору који на објективан и рационалан начин представљају оправдање интервенције државне принуде у приватни дужничко-поверилачки однос. Свакако, у време када ови институти настају, они представљају прави коперникански обрт уговорног права, јер услов његове пуноважности са апстрактне форме преносе у простор циља уговора.

Европско-континентална права формирају два приступа овом питању. Један је карактеристичан за романистички круг, у оквиру кога се диференцира посебан институт основа обавезе (кауза), док је други онај германистички који допуштеношћу циља уговора задржава на нивоу његовог усаглашавања са садржином. Досадашњи развој европског уговорног права благу предност даје другом концепту. Ово се дешава пре свега из разлога што је доктринарна подлога каузе у Европи у тој мери неусаглашена да њена примена често доводи до високог степена правне несигурности. Међутим, и

антикаузалистички круг права је у појединим ситуацијама приморан да узме у обзир циљ уговора, што је, како смо видели, нарочито присутно у инструментима комунитарног права.

Мишљења смо како се циљ уговора на начин на који је дефинисан у оквиру права Е.У., функционално готово у целости подудара са централним карактеристикама енглеске доктрине *consideration*. Појмовно одређена као корист која се жели остварити од друге уговорне стране, доктрина *consideration* ни на који начин, осим у случају агресивне догматске острашћености, не може а да се не доведе у јасну функционалну везу са континенталним циљем теретног уговора. Иако комунитарно уговорно право не познаје услов настанка правне везе уговорних страна аналоган ономе који енглеском праву намеће доктрина *consideration*, одређени услови правног дејства тако насталог уговора се у оквиру комунитарног права испитују готово идентичним мерним јединицама, којима *common law* судови цене испуњеност услова *consideration*.

Нормативни развој уговора у оквиру европско-континенталне породице права далеко је одмакао на путу његовог претварања у јасан израз консенсуализма, ослобођеног других ограничења. У том смислу треба указати на недавно спроведену реформу француског Грађанског законика, као и на јасно концептуално опредељење уговорног права у оквиру Европске уније. Енглеска доктрина *consideration* је у том смислу најудаљенија од савремених тенденција европског уговорног права. Ово наравно не значи да функције које она врши у енглеском уговору нису на неке друге начине присутне у континенталним правима, попут мане воље, дејства двостраног уговора, и томе слично.

Наш је закључак како се парадигма уговорног права, макар у теоријском смислу, мора налазити негде на средини између тврдог антикаузализма и класичне доктрине *consideration*. Уговор је, свакако и искључиво, примарно израз сагласности воља његових страна, односно њихове намере да образују правну везу (*iuris vinculum*). Међутим, иако *consideration* није врело енглеског уговора, већ је то како смо рекли, сагласност воља уговорних страна, *consideration* је неспорно врело воље неопходне како би се до дате сагласности уопште дошло.

Суштина одабраног пута развоја европско-континенталног уговорног права је осигурање већег степена правне сигурности за уговорне стране. Отклањање правне несигурности је од посебног значаја јер њено присуство може представљати препреку прекограничној трговини, конкурентности и функционисању на јединственом тржишта Е.У. Недовољно прецизне контуре каузе условиле су њено постепено напуштање од стране, пре свега, централноевропских правних система. Са друге стране, нема назнака да ће доћи

до значајнијег редефинисања доктрине *consideration* као неспорно практичног института енглеског уговорног права. Разлог за ово сасвим извесно лежи у чињеници да би укидање или редефинисање доктрине *consideration*, према мишљењу тамошњих правника, извесно довело до већег степена правне несигурности. На тај начин, у ствари, континентално напуштање каузе и енглеска приврженост доктрини *consideration*, испуњавају подударну функцију у оквиру својих правних система, а то је очување правне сигурности у сфери уговорног права.

Према нашем мишљењу, даљи напредак уговора у оквиру европско-континенталне породице права ће свакако ићи у правцу напуштања каузе, као услова његове пуноважности. Поред француског Грађанског законика, и измене хрватског Закона о обвезним односима откривају такве тенденције. У том смислу, неопходно је осврнути се и на пројекат за доношење Грађанског законика Републике Србије. На основу доступних верзија преднацрта, одабрани правац развоја домаћег уговорног права остаје на јасном каузалистичком курсу француског типа, упркос чињеници што је он у својој домовини напуштен. Текст пројекта везано за институт *основ обавезе*, иде чак „корак уназад”, ослањајући се на предлог професора Константиновића из 1969. године, готово до детаља. Пример овога је примена формулације „правни основ” који је, сматрамо, оправдано на више места критикован у оквиру домаће правничке јавности и који треба напустити.

У оквиру рада утврђено је како је до радикалних реформи у оквиру француског Грађанског законика дошло из разлога што је доктрина у тој мери утицала на примену каузе од стране тамошњих судова да је целокупно уговорно право посматрано као простор изразите правне несигурности. Основни разлог суштинских одступања у тумачењима каузе треба тражити у одсуству законске дефиниције тог појма. Као посебно проблематична показала су се екстензивна тумачења каузе, каква се могу пронаћи и у нашем праву. Дobar пример за то су схватања професора Антића. Пракса домаћих судова, ипак, не показује већа лутања у овом смислу. Примери који би се могли окарактерисати као спорни тичу се примене института основ обавезе код добротних уговора, пре свега уговора о поклону. Међутим, кауза добротних уговора је и према нашем мишљењу концепт који нема смислено логичко оправдање и који треба напустити. У том смислу је хрватско задржавање утицаја побуда на одрживост добротних правних посла модел који би се према нашем мишљењу могао применити и у српском праву.

Са друге стране, упркос јасној тенденцији коју диктира германистички приступ пуноважности уговора у оквиру заједничког европског простора, мишљења смо како је напуштање каузе у српском уговорном праву данас непотребно, на исти начин на који не

делу је оправдано ни идеја враћања основа обавезе на поставке из Скице професора Константиновића. Захтев корекције у односу на каузу домаћег уговора, пре свега, проналазимо у делу који се тиче добротине каузе, коју треба јасније дефинисати, односно прецизирати јасније контуре утицаја побуде на одрживост уговорног односа. Проблем се пре свега односи на околност да су побуде, саме по себи, непостојана категорија људске природе, чији је домет, управо из разлога правне сигурности, неопходно детаљније уредити.

Општи закључак ове дисертације је да енглеска доктрина *consideration* у свом појмовном, позитивноправном, те теоријском смислу у целости одговара ономе што представља каузу или циљ континенталног теретног уговора. У том смислу, примена овог *common law* института од стране континенталних форума може да осигура довољни степен правне сигурности, ово из разлога што је за континенталног судија кауза теретног уговора извесно јасан и довољно прецизан концепт. Наиме, суштински проблеми у примени континенталног концепта каузе или циља уговора примарно су везани за домен добротине каузе, која је, опет, у енглеском и њему сродним правима непозната. Међутим, људски фактор, на који у овом смислу треба рачунати, везан је за околност да би континентални судија, применом правила енглеског права и института *consideration*, могао бити у ситуацији да донесе одлуку која је супротна пракси на коју је навикао и коју по аутоматизму сматра за неправичну. Основни пример у том смислу је теретни уговор чија престација има „вредност зрна бибера”. Питање, на које би се овде морало додатно одговорити, јесте да ли, примера ради, уговор о продаји нечега што објективно вреди *милион* за цену у износу *један*, у ствари, вређа домаћи јавни поредак. То би, међутим, већ била тема за неку сасвим другу дисертацију.

## ЛИТЕРАТУРА<sup>1495</sup>

### Монографије и уџбеници

1. Аврамовић, С., Станимировић, В., 2006, *Упоредна правна традиција*, Београд, Номос / Правни факултет Универзитета у Београду.
2. Агарков, М.М., *et al.*, 1948, *Совјетско грађанско право*, Београд, Научна књига.
3. Антић, О., 2012, *Облигационо право, Београд*, Правни факултет Универзитета у Београду.
4. Аранђеловић, Д., 1922, *Аустријски грађански законик*, Београд, Геца Кон.
5. Гамс, А., 1959а, *Увод у грађанско право*, Београд, Научна књига.
6. Дудаш, А., 2011а, *Кауза облигационих уговора*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад.
7. Ђурђевић, М., 1994, *Раскидање или измена уговора због промењених околности*, магистарски рад, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд.
8. Јеринг, Р., 1998, *Циљ у праву*, Београд / Подгорица / Сремски Карловци, Службени лист СРЈ / ЦИД / Издавачка књижарница Зорана Стојановића.
9. Јовановић, Н., 2015, *Увод у common law уговорно право*, Београд, Правни факултет Универзитета у Београду.
10. Константиновић, М., 1969, *Облигације и уговори: Скица за Законик о облигацијама и уговорима*, Београд, Правни факултет у Београду.
11. Маленица, А., Деретић, Н., 2011, *Римско право*, Нови Сад, Правни факултет Универзитета у Новом Саду.
12. Марковић, Л., 1997, *Облигационо право*, Београд, Службени лист СРЈ.
13. Марковић, Ч., 1925, *Општи део тражбеног права, одговарајући текстови француског, немачког и швајцарског грађанског законика*, Београд, Геца Кон.
14. Орлић, М., 1993, *Закључење уговора*, Београд, Институт за упоредно право.
15. Павловић, Ђ., 2014, *О обвезностима и уговорима уопште*, Београд, Правни факултет Универзитета у Београду.
16. Перић, Ж., 1986, *О уговору о продаји и куповини*, Београд, Службени лист СФРЈ.

---

<sup>1495</sup> Списак коришћене литературе обухвата само директно цитирана дела. Дела која су посредно цитирана нису обухваћена овим списком, већ су она навођена само у одговарајућим фуснотама (уз навођење извора према коме су посредно цитирана).

17. Поповић, Д., 2011, *Увод у упоредно право*, Београд, Правни факултет Универзитета Унион / Службени гласник.
18. Радишић, Ј., 2004, *Облигационо право*, Београд, Номос.
19. Рикер, П., 2004, *Сопство као други*, Београд, Службени листу СЦГ / Јасен.
20. Спасојевић, Ж., 1989, *Нацрт једне опште теорије права*, Београд, САНУ.
21. Станковић, О., Водинелић, В., 2004, *Увод у грађанско право*, Београд, Номос.
22. Станковић, О., Орлић, М., 1996, *Стварно право*, Београд, Номос.
23. Станојевић, О., 1997, *Римско право*, Београд, Правни факултет Универзитета у Београду / Досије.
24. Старовић, Б., Кеча, Р., 1995, *Грађанско процесно право*, Нови Сад, Правни факултет Универзитета у Новом Саду.
25. Тарановски, Т., 1935, *Историја српског права у Немањинској држави*, Београд, Геца Кон.
26. Харт, Х., 2013, *Појам права*, Београд, Правни факултет Универзитета у Београду / Службени гласник.
27. Чавошки, К., 2017, *О Праву и правичности*, Београд, САНУ.
28. Adams, H., et al., 1876, *Essays in Anglo-Saxon Law*, Boston, Little Brown and Co.
29. Allard, J., Garapon, A., 2005, *Les Juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Paris, Seuil.
30. Aristotel, 1980, *Nikomahova etika*, Beograd, BIGZ.
31. Atiyah, P., 1971, *Consideration in Contracts: A Fundamental Restatement*, Cambera, Australian National University Press.
32. Atiyah, P., 1995, *Law and Modern Society*, Oxford, Oxford University Press.
33. Atiyah, P., 2001, *Essays on Contract*, Oxford, Clarendon Press.
34. Birks, P., 2005, *Unjust Enrichment*, Oxford, Oxford University Press.
35. Blackstone, W., 1983, *Commentaries on the Laws of England Vol 1*, Oxford, Clarendon Press 1765, facsimile version Legal Classics Library.
36. Boyer, A., 2003, *Sir Edward Coke and the Elizabethan Age*, Palo Alto, Stanford University Press.
37. Bruzin, A., 1922, *Essai sur la notion d'imprévision et sur son rôle en matière contractuelle*, Le Puy-en-Velay, Imprimerie J. Prély.
38. Carbonnier, J., 1963, *Théorie des obligations*, Paris, Presses Universitaires de France.
39. Cartwright, J., 2013, *Contract Law – An Introduction to the English Law of Contracts for the Civil Lawyer*, Oxford and Portland (Oregon), Hart Publishing.
40. Charman, M., 2007, *Contract Law*, Devon, Willian Publishing.
41. Cheshire, G., Fifoot, C., 1964, *The Law of Contract*, Oxford, Butterworths.
42. Chloros, A.G., 1965, *Civil law u Engleskoj*, Beograd, Institut za uporedno pravo.
43. Cooke, J., 2009, *Law of Tort*, Harlow, Pearson.
44. David, R., 1960, *Uvod u privatno pravo Engleske*, Beograd, Institut za uporedno pravo.
45. Deshayes, O., Genicon, T., Laithier, Y.-M., 2016, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Paris, LexisNexis.
46. Eisenberg, M., 2018, *Foundational Principles of Contract Law*, New York, Oxford University Press.
47. Eisener, B., Horvat, M., 1948, *Rimsko pravo*, Zagreb, Nakladni zavod Hrvatske.
48. Elliot, C., Quinn, F., 2009, *Contract Law*, Essex, Pearson Education Ltd.
49. Enneccerus, L., Lehmann, H., 1958, *Recht der Schuldverhältnisse*, Tübingen, Mohr.
50. Enneccerus, L., Nipperdey, H. C., 1952, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, Tübingen, Siebeck.

51. Ernst, A., 1826, *La cause est-elle une condition essentielle pour la validité des conventions?*, Tome I, Liège, Fr. Lamarié.
52. Ferri, G. B., 1968, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, Giuffrè.
53. Fifoot, C. H. S., 1949, *History and sources of the common law: tort and contract*, London, Stevens.
54. Fikentscher W., Heinemann, A., 2006, *Schuldrecht*, Berlin, de Gruyter Rechtswissenschaftsverlag.
55. Fikentscher, W., 1992, *Schuldrecht*, Berlin, Walter de Gruyter & Co.
56. Fried, C., 2015, *Contract as Promise*, New York, Oxford University Press USA.
57. Goldštajn, A., et al., 1979, *Obvezno pravo*, Zagreb, Informator.
58. Grotius, H., 2005, *The Right of War and Peace*, Book II, Indianapolis, Liberty Fund.
59. Guhl, T., 1980, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag.
60. Guillén, C., 1993, *The Challenge of Comparative Literature*, Cambridge, Massachusetts (USA) and London (UK), Harvard University Press.
61. Hobz, T., 1961, *Levijatan*, Beograd, Kultura.
62. Hogg, M., 2011, *Promises and Contract Law: Comparative Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press.
63. Holmes, O., 2011, *The Common Law*, Toronto, University of Toronto Law School.
64. Hulmák, M., et al., 2014, *Občanský zákoník V: Závazkové právo*, Praha, Nakladatelství C. H. Beck.
65. Ibbetson, D., 2001, *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, New York, Oxford University Press.
66. Jakšić, S., 1962, *Obligaciono pravo*, Sarajevo, Veselin Masleša.
67. Jenks, E., 1892, *The History of the Doctrine of Consideration in English Law*, London, C.J. Klay and Sons.
68. Kimel, D., 2003, *From Promise to Contract*, Oxford and Portland, Hart Publishing.
69. Kitić, D., 2017, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd, Pravni fakultet Univerziteta Union / Službeni glasnik.
70. Klarić, P., Vedriš, M., 2009, *Građansko pravo*, Zagreb, Narodne novine.
71. Kolosváry, B., 1911, *A Magyar magánjog tankönyve*, II kötet, Budapest, Grill Károly könyvkiadóvállalata.
72. Konstantinović, M., 1969, *Obligacije i ugovori, Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima*, Beograd, Centar za dokumentaciju i publikacije Pravnog fakulteta u Beogradu.
73. Krulj, V., 1972, *Dejstvo ugovora o kuporodaji*, Beograd, Institut za uporedno pravo.
74. Lunney, M., Oliphant, K., 2013, *Tort Law: Texts and Materials*, Oxford, Oxford University Press.
75. Martínez-Torrón, J., 1998, *Anglo-American Law and Canon Law: Canonical Roots of the Common Law Tradition*, Berlin, Duncker & Humblot.
76. Milošević, Lj., 1966, *Obligaciono pravo*, Beograd, Naučna knjiga.
77. Monateri, P. G., 2021, *Advanced Introduction to Comparative Legal Methods*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing.
78. Morice, G. T., 1905, *English and Roman-Dutch Law*, Pretoria, African Book Company.
79. O'Sullivan J., Hilliard, J., 2016, *The Law of Contract*, Oxford, Oxford University Press.
80. Oertman, P., 1921, *Die Geschäftsgrundlage*, Leipzig, A. Deichert.
81. Ortolan, J., 1876, *Histoire de la législation romaine*, Paris, E. Plon et Cie imprimeurs.
82. Pak, M., 1983, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd, IRO Svetozar Marković.

83. Perović, S., 1975, *Zabranjeni ugovori*, Beograd, Službeni list SFRJ.
84. Perović, S., 1980, *Obligaciono pravo*, Beograd, Privredna štampa.
85. Pillet, A., 1923, *Traité pratique de Droit international privé*, Paris, Librairie Sirey.
86. Planiol, M., 1928, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, Librairie générale de droit & de jurisprudence.
87. Pollock, F., 1905, *Principles of Contract*, London, Stevens & Sons.
88. Puhan, I., 1974, *Rimsko pravo*, Beograd, Naučna knjiga.
89. Radbruch, G., 1980, *Filozofija prava*, Beograd, Nolit.
90. Roguin, E., 1889, *La règle de droit*, Paris / Leipzig, Laussane.
91. Salma, J., 2001, *Obligaciono pravo*, Novi Sad, Pravo.
92. Šite, D., 2019, *Izvori engleskog prava*, Subotica, Lyceum iuris.
93. Sohm, R., 1892, *The Institutes of Roman Law*, Oxford, Clarendon Press.
94. Stampe, E., 1904, *Das Causa-problem des Civilrechts, eine rechtspolitische Studie am [Paragraphen] 365 B.G.B.*, Greifswald, Julius Abel.
95. Stanojević, O., 1982, *Osnovi precedentnog prava (Common Law)*, Beograd, Centar za publikacije Pravnog fakulteta.
96. Stein, P., 2004, *Roman Law In European History*, Cambridge., Cambridge University Press.
97. Stojčević, D., 1954, *Rimsko obligaciono pravo*, Beograd, Naučna knjiga.
98. Stone, R., 2009, *The Modern Law of Contract*, New York, Routledge-Cavendish.
99. Story, J., 1878, *Commentaries on the Law of Bailments*, Boston, Little Brown.
100. Treitel, G., 2015, *The Law of Contract*, London, Sweet & Maxwell.
101. Trotter, W., 2010, *The Law of Contract in Scotland*, Charleston, Gale.
102. Tuhr, A. von, Peter, H., 1974, *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag.
103. Turner, C., 2007, *Unlocking contract law*, London, Hodder Arnold.
104. Ussing, H., 1950, *Aftaler*, København, G.E.C. Gad.
105. Vedriš, M., et al., 1979, *Opći dio građanskog prava*, Zagreb, Informator.
106. Vizner, B., 1962, *Građansko pravo u teoriji i praksi*, Zagreb, izdanje autora.
107. Weill, A., 1971, *Droit civil, les obligations*, Paris, Dalloz.
108. Wéry, P., 2010, *Droit des obligations*, Bruxelles, Larcier.
109. Wieacker, F., 1974, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt (am Main), Athenäum-Fischer-Taschenbuch-Verlag.
110. Windscheid, B., 1887, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt (am Main), Rütten und Loening.
111. Zimmermann, R., 1992, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, Wetton, Johannesburg, Juta & Co, Ltd.
112. Zitelmann, E., 1879, *Irrtum und Rechtsgeschäft: Eine psychologisch-juristische Untersuchung*, Leipzig, Duncker & Humblot.
113. Zweigert, K., Kötz, H., 1998, *Introduction to Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press.

### Прилози у зборницима и серијским публикацијама

1. Авакумовић, М., 1938, Рад балканских конференција на изједначавању права балканских држава, *Архив за правне и друштвене науке*, књ. LIV, стр. 183–187.
2. Антић, О., 2004, Именовани и неименовани уговори у савременом облигационом праву”, *Анали*, 1–2, стр. 79–115.
3. Антић, О., 2007, Облигација: правна природа, садржина и закон корелације, *Анали*, 1, стр. 8–33.



4. Благојевић, Б., 1978, Закон о облигационим односима у светлости свога времена, *Анали*, 3–5, стр. 227–243.
5. Вулетић, В., 2011, *Ius commune Europaeum* нови термин за старо решење, *Анали*, 2, стр. 163–192.
6. Гамс, А., 19596, Кауза и правни основ, *Анали*, 2, стр. 156–175.
7. Гамс, А., 1964, Апстрактни правни послови”, *Анали*, 1, стр. 52–67.
8. Даниловић, Ј., 1974, Контракт у римском класичном праву, *Анали*, 1–2, стр. [31]–63.
9. Даниловић, Ј., 2001, Неосновано обогаћење, *Анали*, свеска 1–4, стр. 492–510.
10. Дудаш, А., 2006, Појам *consideration*-а у англосаксонском праву, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3, стр. 449–472.
11. Дудаш, А., 2007, *Promissory estoppel*, алтернативни основ принудне извршивости уговорних обавеза у англосаксонском праву, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3, стр. 483–499.
12. Дудаш, А., 20116, Кауза уговорне обавезе – француски утицај на Закон о облигационим односима Републике Србије, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3, стр. 663–679.
13. Дудаш, А., 2011в, Схватања о каузи уговора у домаћој цивилистици у периоду до усвајања закона о облигационим односима, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1, стр. 435–453.
14. Дудаш, А., 2012, Од начела европског уговорног права до нацрта оквирних правила”, *Анали*, 1, стр. 319–336.
15. Ђорђевић, М., 2012, Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе у српском праву и пракси искуства и перспективе, *Анали*, 2, стр. 256–275.
16. Ђорђевић, С., 2013, Транспозиција страних стварних права на покретним стварима према Нацрту закона о међународном приватном праву, *Анали*, 1, стр. 149–168.
17. Ђундић, П., 2008, Одлуке у области међународног приватног права у пракси Касационог суда у Новом Саду између два светска рата, *Зборник Матице српске за друштвене науке*, 125, стр. 121–130.
18. Ђурђевић, М., 2014, *Обвезностима и уговорима уопште Ђорђа Павловића – први научни рад српске теорије облигационог права*, предговор, Београд, Правни факултет Универзитета у Београду, стр. 15–35.
19. Ђурђевић, М., Зашто француска реформа облигационог права може бити привлачна српском законодавцу?, у: Радовић, В. (ур.), 2016, *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније*, Београд, Правни факултет Универзитета у Београду, стр. 312–335.
20. Ђуровић, Р., Орлић, М., 1978, Од Општег имовинског законика до Закона о облигационим односима”, *Анали*, 3–5, стр. 245–266.
21. Јовановић, Н., 2008, Појам уговора у англосаксонском праву, *Анали*, 1, стр. 63–88.
22. Јовичић, М., 1965, Емпиријска истраживања у упоредним студијама права, *Анали*, 1–2, стр. 60–71.
23. Константиновић, М., 1982, Југословенски грађански законик, *Анали*, 3–4, стр. 384–396.
24. Лубарда, Б., 1998, Казнена накнада, *Анали*, 4–6, стр. 382–409.
25. Маленица, А., 2008, О римском погледу на каузу посла, каузу облигације и каузу престације у контрактима, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1–2, стр. 167–196.

26. Мирковић, З., 2021, Рад Живојина Перића на кодификовању грађанског законика међуратне Југославије, *Анали*, 1, стр. 1–34.
27. Орлић, М., 1996, Смисао понуде у европском и англо-саксонском праву, *Анали*, 2–3, стр. 107–119.
28. Павић, В., Ђорђевић, М., 2008, Примена Бечке конвенције у арбитражној пракси Спољнотрговинске арбитраже у Привредној комори Србије, *Право и привреда*, 5–8; стр. 572–616.
29. Перовић, С., 1973, Теорија о изворима облигација, *Анали*, 2, стр. 241–253.
30. Перовић, С., 1974, Одређеност предмета облигације, *Анали*, 5–6, стр. 753–765.
31. Перовић, С., 2006, Предговор: Основна концепција Закона о облигационим односима, *Закон о облигационим односима*, Београд, Службени лист СЦГ, стр. 5–116.
32. Поповић, Ђ., 1934, Балканске конференције, *Архив за правне и друштвене науке*, књ. 46, стр. 35–47.
33. Пржић, И., 1932, Балканска правничка недеља и састанак међубалканске правничке комисије, *Архив за правне и друштвене науке*, књ. 41, стр. 500–501.
34. Регладић, Р., 1960, Из теорије вриједносних папира, *Анали*, 1–2, стр. 37–49.
35. Салма, Ј., 2006, Кауза облигационих уговора, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2, стр. 177–200.
36. Станковић, О., 1977, О судској пракси, *Анали*, 1–2, стр. 203–213.
37. Станојевић, О., 1971, Садржина и предмет облигационог односа, *Анали*, 5–6, стр. 519–530.
38. Стренхолм, С., 1986, Увод у нордијско право, *Анали*, 6, стр. 593–606.
39. Суботић, И., 1932, Изједначавање приватног права балканских држава, *Архив за правне и друштвене науке*, књ. 41, стр. 308–313.
40. Шаркић, С., 2015, Уговор о размени (*permutatio*) у римском, византијском и српском средњовековном праву, *Зборник радова Византолошког института*, год. 52, стр. 331–342.
41. Alexander, G., 1975, The Application and Avoidance of Foreign Law in the Law of Conflicts: Variations on a Theme of Alexander Nekom, *Northwestern University Law Review*, Vol. 70, No. 4, pp. 602–638.
42. Ames, J., 1888, The History of Assumpsit. I. Express Assumpsit, *Harvard Law Review*, Vol. 2, No. 1, pp. 1–19.
43. Ames, J., 1894, Parol Contracts Prior to Assumpsit, *Harvard Law Review*, Vol. 8, No. 5, pp. 252–264.
44. Antić, O., 2005, Kauza, *Pravni život*, 10, str. 821–856.
45. Ashley, C., 1910, Offers Calling for a Consideration Other Than a Counter Promise, *Harvard Law Review*, Vol. 23, No. 3, pp. 159–168.
46. Atiyah, P., 1976. When is an Enforceable Agreement Not a Contract? Answer: When it is an Equity. *Law Quarterly Review*. Vol. 92, No. 1, pp. 174–180.
47. Banakas, S., 2009, Liability for Contractual Negotiations in English Law: Looking for the Litmus Test, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, 1, pp. 2–21.
48. Bar, C. von, 2005, Working Together Toward a Common Frame of Reference, *Juridica International*, Vol. 10, pp. 17–26.
49. Beale, H., 2005, The Development of European Private Law and the European Commission's Action Plan on Contract Law, *Juridica International*, Vol. 10, pp. 4–16.
50. Birks, P., 1983, Restitution and the Freedom of Contract, *Current Legal Problems*, Vol. 36, Iss. 1, pp. 141–162.

51. Birks, P., 1990, The travails of duress, *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, Vol. 17, No. 3, pp. 342–351.
52. Birks, P., 1993, No Consideration: Restitution After Void Contracts, *Western Australian Law Review*, Vol. 23, No. 2, pp. 195–234.
53. Braudel, F., 1958, Histoire et Sciences sociales : La longue durée, *Annales. Economies, sociétés, civilisations*, 13e année, N. 4, pp. 725–753.
54. Chen-Wishart, M., Practical Benefit and the Emperor's New Clothes, in: Beatson, J., Friedman, D. (eds.), 1995, *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford, Oxford University Press, ch. 5.
55. Chloros, A., 1968, The Doctrine of Consideration and the Reform of the Law of Contract. A Comparative Analysis, *The International and Comparative Law Quarterly*, c. 17, No. 1, pp. 137–166.
56. Cigoj, S., Uloga i značaj kauze (osnova) u ugovornom pravu, u: Đekić, D. (ur), 1988, *Zakon o obligacionim odnosima: 1978–1988: knjiga o desetogodišnjici*, tom 1, Beograd, Savez udruženja pravnika SR Srbije, str. 111–134.
57. Clarke, M., 1993, The Common Law of Contracts in 1993: Is there a general doctrine of good faith?, *Hong Kong Law Journal*, Vol. 23, pp. 318–341.
58. Coote, B., 1978, Consideration and the Joint Promise, *The Cambridge Law Journal*, Vol. 37, No. 2, pp. 301–312.
59. Currie, B., 1958, On the Displacement of the Law of the Forum, *Columbia Law Review*, Vol. 58, pp. 964–1028.
60. Dawson, J., 1976, Unconscionable Coercion: The German Version, *Harvard Law Review*, Vol. 89, No. 6, pp. 1041–1126.
61. Denning, A., 1952, Recent Developments in the Doctrine of Consideration, *The Modern Law Review*, Vol. 15, No. 1, pp. 1–10.
62. Dolinger, J., 1995, Application, Proof, and Interpretation of Foreign Law: A Comparative Study in Private International Law, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Vol. 12, No.1, pp. 225–276.
63. Dupichot, P., 2015, Regards (bienveillants) sur le projet de réforme du droit français des contrats, *Droit & patrimoine*, N° 247, pp. 32–47.
64. Ehmann, H., 2003, Zur Causa-Lehre, *Juristen Zeitung*, 58. Jahrg., Nr. 14, 702–714.
65. Fabre, R., 1983, Les clauses d'adaptation dans les contrats, *Revue trimestrielle de droit civil*, Vol. 82, No. 1, pp. 1–30.
66. Farnsworth, A., 1987, Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations, *Columbia Law Review*, Vol. 87, Iss. 2, pp. 217–294.
67. Gelter, M., Siems, M. M., 2014, Language, Legal Origins, and Culture Before the Courts: Cross-Citations Between Supreme Courts in Europe, *Supreme Court Economic Review*, Vol. 21, No. 1, pp. 215–269.
68. Gerber, D., 2004, The Common Core of European Private Law: The Project and Its Books, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 52, No. 4, pp. 995–1001.
69. Goode, R. M., 1982, Usury in English Law, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Vol. 38, Iss. 1, pp. 38-60.
70. Gray, W., 1986, E pluribus unum? A Bicentennial Report on Unification of Law in the United States, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 50. Jahrg., H. 1/2, pp. 111–165.
71. Grosse, J., 1971, Moral Obligation as Consideration in Contracts, *Villanova Law Review*, Vol. 17, No. 1, pp. 1–43.
72. Halson, R., 1996, Sailors, Sub-Contractors and Consideration, *Law Quarterly Review*, Vol. 106, pp. 183–174.

73. Hamson, C., 1938, The Reform of Consideration, *Law Quarterly Review*, Vol. 54, Iss. 2, pp. 233–257.
74. Hellner, J., 1968, Unification of Law in Scandinavia, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 16, No. 1/2, pp. 88–106.
75. Hol, A., 2012, Highest Courts and Transnational Interaction Introductory and Concluding Remarks, *Utrecht Law Review*, Vol. 8, Iss. 2, pp. 1–7.
76. Holdsworth, W. S., 1913, Debt, Assumpsit, and Consideration, *Michigan Law Review*, Vol. 11, No. 5, pp. 347–357.
77. Ibbetson, D., 1984, Sixteenth Century Contract Law: Slade's Case in Context, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 4, No. 3, pp. 295–317.
78. Jaffey, P., The Theory of Unjust Enrichment, in: (ed.) Hudson, A., 2004, *New Perspectives on Property Law, Obligations and Restitution*, London, Cavendish Publishing Ltd, pp. 165–185.
79. Jhering, R. von, 1857, Unsere Aufgabe, *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Bd. 1, S. 1–52.
80. Joerges, C., 1997, The Impact of European Integration on Private Law: Reductionist Perceptions, True Conflicts and a New Constitutional Perspective, *European Law Journal*, Vol. 3, Iss. 4, pp. 378–406.
81. Kakouris, C., 1994, Use of the Comparative Method by the Court of Justice of the European Communities, *Pace International Law Review*, Vol. 6, Iss. 2, pp. 267–283.
82. Knapp, V., 1957, O důvodu vzniku závazků a o jejich kauze, *Stát a právo*, IV, str. 49–62.
83. Kovačević-Kuštrimović, R., Uloga volje u ugovornom pravu, u: Đekić, D. (ur), 1988, *Zakon o obligacionim odnosima: 1978–1988: knjiga o desetogodišnjici*, tom 1, Beograd, Savez udruženja pravnika SR Srbije, str. 181–191.
84. Lagarde, P., 1975, Le 'Dépeçage' dans le droit international privé des contrats, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Vol. 11, No. 4, pp. 649–677.
85. Lando, O., 1992, Principles of European Contract Law: An Alternative to or a Precursor of European Legislation?, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 40, No. 3, pp. 573–585.
86. Lando, O., 2000, Some Features of the Law of Contract in the Third Millennium, *Scandinavian Studies in Law 2000*, Vol. 40, pp. 342–404.
87. Lando, O., Unfair Contract Clauses and a European Uniform Commercial Code“, in: (ed.) Cappelletti, M., 1978, *New Perspectives for a Common Law of Europe*, Florence, European University Institute, pp. 276–288.
88. Legrand, P., 1997, Against a European Civil Code, *The Modern Law Review*, Vol. 60, No. 1, pp. 44–63.
89. Legrand, P., 2006, Comparative Legal Studies and the Matter of Authenticity, *Journal of Comparative Law*, Vol. 1, Iss. 2, pp. 365–460.
90. Locher, E., 1923, Geschäftgrundlage und Geschäftszweck, *Archiv für die civilistische Praxis*, Vol. 121, No. 1, pp. 1–111.
91. Lorenzen, E., 1919, Causa and Consideration in the Law of Contracts, *Yale Law Journal*, Vol. 28, No. 7, pp. 621–646.
92. Lücke, H. Kl., 1970, The Intention to Create Legal Relations, *Adelaide Law Review*, Vol. 10, No. 3–4, pp. [419]–430.
93. Luig, K., Bemerkungen zum Problem des gerechten Preises bei Christian Thomasius, In: Pollok, K. H., (hrsg.), 1981, *Tradition und Entwicklung, Gedenkschrift für Johann Riederer*, Passau, Passavia-Universitätsverlag, S. 167–179.
94. Luther, P., C., 1999, Espinasse and the sailors: text and context in the common law, *Legal Studies*, Vol. 19, Iss. 4, pp. 526–551.

95. Markesinis, B., 1978, Cause and Consideration: A Study in Parallel, *The Cambridge Law Journal* Vol. 37, Iss. 1, pp. 53–75.
96. Maury, J., 1951, Le concept et le rôle de la cause des obligations dans la jurisprudence, *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 3 N°3, pp. 485–516.
97. McBain, G., 2020, Modernising the Law of Gift, *International Law Research*, Vol. 5, No. 1, pp. 168–236.
98. McGovney, D., 1931, Irrevocable Offers, *Selected Readings on the Law of Contracts: From American and English Legal Periodicals*, pp. 300–306.
99. McKendrick, E., Breach of Contract, Restitution for Wrongs and Punishment, in Burrows, A., Peel, E., (eds.), 2004, *Commercial Remedies*, Oxford University Press, Oxford, ch. 10.
100. Mehren, A. von, 1959, Civil-Law Analogues to Consideration: An Exercise in Comparative Analysis“, *Harvard Law Review*, Vol. 72, No. 6, pp. 1009–1078.
101. Millett, P., 1976, Crab v Arun District Council—a Riposte, *Law Quarterly Review*, Vol. 92 No. 2, pp. 342–346.
102. Mirabelli, G., 1950, Causa, oggetto, funzione, interesse, *Archivio giuridico "Filippo Serafini"*, Vol. CXXXIX, p. 91–110.
103. Moccia, L., 1994, Promessa e contratto (Spunti storico-comparativi), *Rivista di diritto civile*, 6, pp. 819–852.
104. Newman, H., 1952, The Doctrine of Cause or Consideration in the Civil Law, *The Canadian Bar Review*, Vol. 30, No. 7, pp. 662–691.
105. Nikšić, S., 2006a, Kauza obveze i srodni instituti u poredbenom pravu, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 4, str. 1057–1102.
106. Nikšić, S., 2006b, Utjecaj razloga za preuzimanje obveze na valjanost pravnih poslova, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 6, str. 1809–1846.
107. Nussbaum, A., 1941, The Problem of Proving Foreign Law, *The Yale Law Journal*, Vol. 50, No. 6, pp. 1018–1044.
108. O’Sullivan, J., 1996, In Defence of Foakes v Beer, *The Cambridge Law Journal*, Vol. 55, Iss. 2, pp. 219–228.
109. Orlić, M., Zaključenje ugovora, u: Đekić, D.(ur), 1988, *Zakon o obligacionim odnosima: 1978-1988: knjiga o desetogodišnjici*, tom 1, Beograd, Savez udruženja pravnika SR Srbije, str. 147–156.
110. Phang, A., 1990, Whither Economic Duress? Reflections on Two Recent Cases, *The Modern Law Review*, Vol. 53, No. 1, pp. 107–116.
111. Planiol, M., 1904, Classification des sources des obligations, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, LIII<sup>e</sup> année, tome 33, p.p. 224–237.
112. Radović, Z., 2013, Savesnost ugovorača osiguranja, *Tokovi osiguranja*, 3, str. 65–67.
113. Rajčević, T., Civil Code i pravosudno stvaranje prava, u: Nikolić, O., Petrov, V., (ur.) 2013, *Uvod u pravo Francuske*, Beograd, Institut za Uporedno pravo / Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, str. 227–239.
114. Reppy, A., 1958, The Action of Indebitatus (General) Assumpsit – At Common Law, under Modern Codes, Practice Acts and Rules of Court, *North Dakota Law Review*, Vol. 34, No. 2, pp. 105–133.
115. Roberts, M., 2016, The Formation of Variation Contracts in New Zealand: Consideration and Estoppel, *Victoria University of Wellington Law Review*, Vol. 47, No. 2, pp. 327–344.
116. Roberts, M., 2018, Foakes v Beer: Bloodied, Bowed, but Still Binding Authority?, *King’s Law Journal*, Vol. 29, No. 3, pp. 344–353.
117. Rowan, S., 2017, The New French Law of Contract, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 66 No. 4, pp 805–831.

118. Sacco, R., 1991, Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 39, No. 1, pp. 1–34.
119. Sacks, D. H., The Promise and the Contract in Early Modern England: Slade's Case in Perspective”, in: Kahn, V. A., Hutson, L. (eds.), 2001, *Rhetoric and Law in Early Modern Europe*, pp. 28–53.
120. Schlesinger, R., 1973, Recurrent Problem in Transnational Litigation: The Effect of Failure to Invoke or Prove the Applicable Foreign Law, *Cornell Law Review*, Vol. 59, Iss. 1, pp. 1–26.
121. Scognamiglio, C., 2006, La dottrina della causa nel diritto italiano, *Revista de Derecho*, XXVII, 2, pp. 153–180.
122. Silink, A., 2015, Can Promissory Estoppel Be an Independent Source of Rights?, *The University of Western Australia Law Review*, Vol. 40, pp. 39–71.
123. Simpson, B., The Place of Slade's Case in the History of Contract, in: Boyer, A. (ed.), 2004, *Law, Liberty and Parliament: Selected Essays on the Writings of Sir Edward Coke*, Indianapolis, Liberty Fund, pp. 70–85.
124. Šite, D., 2021, *Common law pravna norma*, *Strani pravni život*, 1, str. 15–29.
125. Slaughter, A.-M., 1997, The Real New World Order, *Foreign Affairs*, Vol. 76, No. 5, pp. 183–197.
126. Smith, S., Unjust Enrichment: Nearer to Tort than Contract, in: (eds.) Chambers R., Mitchell C., Penner J., 2009, *Philosophical Foundations of the Law of Unjust Enrichment*, Oxford, Oxford University Press, ch. 7.
127. Smits, J., 2007, Law Making in the European Union: On Globalization and Contract Law in Divergent Legal Cultures, *Louisiana Law Review*, Vol. 67, No. 4, pp. 1181–1203.
128. Smorto, G., 2010, L'uso giurisprudenziale della comparazione, *Europa e diritto privato*, Vol. 1, Giuffrè, pag. 223–241.
129. Stanivuković, M., Instrumenti unifikacije i harmonizacije prava i njihov odnos prema kolizionim normama, s posebnim osvrtom na Načela evropskog ugovornog prava“, Vukadinović, R. (ur.), 2001, *Načela evropskog ugovornog prava i jugoslovensko pravo: prilog harmonizaciji domaćeg zakonodavstva*, Kragujevac, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, str. 57–93.
130. Stoyanov, D., 2016, Causa and Consideration – A Comparative Overview, *Challenges of the Knowledge Society*, pp. 254–265.
131. Tasić, K., Pravno neosnovano obogaćenje, pravni osnov i kauza u nemačkom Građanskom zakoniku, u: Vasiljević, M., Čolović, V., (ur.), 2011, *Uvod u pravo Nemačke*, Institut za uporedno pravo / Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, str. 471–487.
132. Tiersma, P., 1992, Reassessing Unilateral Contracts: The Role of Offer, Acceptance and Promise“, *U.C. Davis Law Review*, Vol. 26, No. 1, pp. 1–86.
133. Treitel, G. H., 1976, Consideration – A Critical Analysis of Professor Atiyah's fundamental restatement, *Australian Law Journal*, No. 50, pp. 439–461.
134. Tuck, R., 1943, Intent To Contract and Mutuality of Assent, *The Canadian Bar Review*, Vol. 21, No. 2, pp. 123–130.
135. Vagni, L., 2011, The Enforceability of Promises in Scotland and In the European Contract Law: a Comparative Analysis From an Italian Perspective *Comparative Law Review*, Vol. 2, No. 1, pp. 1–20.
136. Villiers, M. de, 1924, Consideration in the Roman Law of Contract, *Journal of Comparative Legislation and International Law*, Vol. 6, No. 1, pp. 120–124.
137. Villiers, M. de, 1926, The Roman Contract According to Labeo, *The Yale Law Journal*, Vol. 35, No. 3, pp. 292–295.

138. Vizner, B., 1977, Da li je u pitanju pravni osnov (titulus iuris) ili glavni cilj (causa finalis) obveznog ugovora, *Naša zakonitost*, 8, str. 28–41.
139. Willis, H. E., 1909, Subject-Matter, *Columbia Law Review*, Vol. 9, No. 5, pp. 419–426.
140. Wormser, M., 1916, The True Conception of Unilateral Contracts, *Yale Law Journal*, Vol. 26, Iss. 2, pp. 136–142.
141. Wright, R., 1936, Ought the Doctrine of Consideration to be Abolished from the Common Law?, *Harvard Law Review*, Vol. 49, No. 8, pp. 1225–1253.

## Прописи

### *Међународни прописи*

1. Бечка конвенција о уговорном праву, *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори и други споразуми*, бр. 30/72.
2. Начела о избору меродавног права у међународним трговинским уговорима Хашке конференције за међународно приватно право одобрена 19. марта 2015. Године (<https://assets.hcch.net/docs/79a1cb3d-ec3a-435e-a6db-cdb0e8038f08.pdf>).
3. International Institute for the Unification of Private Law, *UNIDROIT Principles of international commercial contracts*, Rim, 2016, (<https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>).
4. Конвенција Уједињених Нација о уговорима о међународној продаји робе (Бечка конвенција), *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 10/84.

### *Европска унија*

145. Directive (EU) 2019/770 of the European Parliament and of the Council on Certain Aspects Concerning Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services, *Official Journal of the European Union*, No. L 136, 2019.
146. European Parliament resolution on the approximation of the civil and commercial law of the Member States, *Official Journal of the European Communities*, No. C 140 E, 2002.
147. First council directive of 9 March 1968 on co-ordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 58 of the Treaty, with a view to making such safeguards equivalent throughout the Community (68/151/EEC).
148. Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I), *Official Journal of the European Union* No. L 177, 2008.
149. Resolution of the European Parliament on Action to Bring into Line the Private Law of the Member States, *Official Journal of the European Communities*, No. C 158, 1989.
150. Resolution on the harmonization of certain sectors of the private law of the Member States, , *Official Journal of the European Communities*, No. C 205, 1994.
151. Unfair Contract Terms Directive (93/13/EEC), *Official Journal of the European Communities* No. L 95/29, 1993.

## **Прописи држава насталих на територији бивше СФРЈ, коментари закона**

### *Југославија*

- 152. Предоснова грађанског законика за Краљевину Југославију, 1934.
- 153. Закона о промету земљишта и зграда, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 43/1965.
- 154. Закон о банкама и кредитним пословима, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 12/1965

### *Србија*

- 155. Грађански законик за Краљевину Србију 1844., текст закона са изменама и допунама из 1864.
- 156. Закон о облигационим односима (ЗОО), *Сл. лист СФРЈ*, 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93, *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља; *Сл. гласник РС*, бр. 18/2020.
- 157. Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 43/82 и 72/82; *Сл. лист СРЈ*, бр. 46/96; и *Сл. гласник РС*, бр. 46/2006 – др. закон.
- 158. Закон о хипотеци, *Сл. гласник РС*, бр. 115/2005, 60/2015, 63/2015 – одлука УСС и 83/2015.
- 159. Породични закон, *Сл. гласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015.
- 160. Преднацрт Грађанског законика Републике Србије, 2016, *Правни живот*, 5–6, стр. 139-544.
- 161. *Komentar zakona o obligacionim odnosima*, Blagojević, B., Krulj, V., (red.) 1983, *Savremena administracija*, Beograd.

### *Босна и Херцеговина*

- 162. Закон о облигационим односима Републике Српске, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – УСЈ, 57/89; *Сл. гласник Републике Српске*, бр. 17/93, 3/96, 37/2001 – др. закон, 39/2003, 74/2004.
- 163. *Zakon o obligacionim odnosima Federacije BiH*, *Sl. list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – *odluka USJ*, 57/89, *Sl. list RBiH*, br. 2/92, 13/93, 13/94; *Sl. novine FBiH*, br. 29/2003 i 42/2011.

### *Северна Македонија*

- 164. Закон за облигационите односи, *Службен весник на РМ*, бр.18/01, 4/02, 5/03, 84/08, 81/09, 161/09, 123/13, 78/01 – одлуката на Уставниот суд на РМ, и 59/02 – одлуката на Уставниот суд на РМ.

### *Словенија*

- 165. *Obligacijski zakonik*, *Uradni list RS*, št. 83/01, 28/06, 40/07, 97/07, 64/16.



*Хрватска*

166. *Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine*, br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18, 126/21.

*Црна Гора*

167. Закон о облигационим односима, *Сл. лист Црне Горе*, бр. 47/2008, 4/2011 – др. закон, 22/2017.  
168. Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору, 1888.

***Страни прописи, преводи страних прописа и коментари***

*Аустралија*

169. Australia Act 1986, No. 142, 1985,  
(<https://www.legislation.gov.au/Details/C2004A03181>).

*Аустрија*

170. *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, JGS Nr. 946/1811, (ABGB) закључно са изменама и допунама, од 21. марта 2020. године, BGBl. I Nr. 16/2020, (<https://www.jusline.at/gesetz/abgb>).  
171. Rušnov, A., 1893, *Tumač obćemu austrijskomu gradjanskomu zakoniku*, Zagreb, Kugli i Deutch.

*Грчка*

172. Κώδικας Πολιτικής Δικονομίας 1985, Όπως κωδικοποιήθηκε με το Προεδρικό Διάταγμα 503/1985, (<https://www.lawspot.gr/nomikes-pliροφοries/nomothesia/kodikas-politikis-dikonomias>).

*Италија*

173. Il Codice Civile Italiano, 1942 ([http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter\\_dictum/cod-civ/Codciv.htm](http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_dictum/cod-civ/Codciv.htm)).  
174. Legge sul divorzio, 1970, Pubblicata nella Gazz. Uff. 3 dicembre 1970, n. 306., (<https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2012/06/27/disciplina-dei-casi-di-scioglimento-del-matrimonio>).

*Шпанија*

175. Código Civil, 1889, *Gaceta de Madrid*, núm. 206, de 25/07/1889, (<http://derechocivil-ugr.es/attachments/article/45/spanish-civil-code.pdf>).

*Пољска*

176. Батављевић, В., 1936, Закон о облигацијама Пољске Републике од чл. 28 до чл. 52 (превод), *Правна мисао*, стр. 173-177.
177. Kodeks cywilny (ustawa z 1964), Dz. U. 1964 Nr 16 poz. 93, (<https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=wdu19640160093>).

*Португалија*

178. Código Civil, 1966, Diário do Governo n.º 274/1966, Série I de 1966-11-25, Decreto-Lei n.º 47344, (<https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075>).

*Чешка*

179. Občanský zákoník 89/2012 Sb, (<http://obcanskyzakonik.justice.cz/images/pdf/Civil-Code.pdf>).

*Холандија*

180. Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (<https://wetten.overheid.nl/BWBR0001827/2015-01-01>).

*Немачка*

181. Bürgerliche Gesetzbuch, 1896, RGBI I S. 195, закључно са изменама и допунама, од 12. јуна 2020. године, BGBI. I S. 1245, (<https://dejure.org/gesetze/BGB>).

*Сједињене Америчке Државе*

182. Jednoobrazni trgovački zakonik Sjedinjenih Američkih Država od 1962. godine (predgovor J. Hazard; pogovor Vilus, J.,) Blagojević, B., (ur.) 1966, (preveli J. Vilus i Č. Maletić u saradnji sa V. Bataveljić), Beograd, Institut za uporedno pravo.
183. Restatement (Second) of Contracts, (<https://instituteoflaw.com/Preview/Law101-1b/Restatement2ndContracts-DONOTPRINT-week1b.pdf>, 20.5.2022).
184. *Uniform Commercial Code* (UCC) 1952. (<https://www.law.cornell.edu/ucc/index.html>).

*Уједињено краљевство* ([www.legislation.gov.uk](http://www.legislation.gov.uk))

185. Bill of Rights 1689
186. Bills of Exchange Act 1882
187. Civil Evidence Act 1972
188. Common Law Procedure Act 1852
189. Constitutional Reform Act 2005
190. Consumer Credit Act 1974
191. Consumer Protection Act 1987
192. Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999

193. Copyright Act 1956
194. Criminal Justice and Public Order Act 1994
195. Government of Wales Act 1998
196. Homicide Act 1957
197. Human Rights Act 1998
198. Immigration, Asylum and Nationality Act 2006
199. Interpretation Act 1978
200. Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989
201. Law of Property Act 1925
202. Law Reform (Enforcement of Contracts) Act 1954
203. Limitation Act 1980
204. Merchant Shipping (Safety and Load Line Conventions) Act 1932
205. Moneylenders Act 1900, 1927
206. Northern Ireland Act 1998
207. Police Act 1996
208. Rent Act 1977
209. Requirements of Writing (Scotland) Act 1995
210. *Sale of Goods Act* (1979), (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1979/54>)
211. Scotland Act 1998
212. Statute of Frauds 1677
213. Statute of Gloucester (6 Edw 1) 1278
214. Statute of the Jewry (Statutum de Judaismo) 1275
215. Supreme Court of Judicature Act 1873-75
216. Unfair Contract Terms Act 1977

*Нови Зеланд*

217. Supreme Court Act 2003  
(<https://www.legislation.govt.nz/act/public/2003/0053/latest/DLM214028.html>).

*Мађарска* (<https://net.jogtar.hu>)

218. 1999. évi LXXVI. törvény a szerzői jogról,  
(<https://net.jogtar.hu/jogszabaly?docid=99900076.tv>).
219. 2013. évi V. törvény a Polgári Törvénykönyvről,  
(<https://net.jogtar.hu/jogszabaly?docid=a1300005.tv>).

*Француска* ([www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr))

220. Code Civil, из 1804. године, version consolidée, од 1. августа 2020. године,  
(<https://www.legifrance.gouv.fr>).
221. Code général des impôts, Version en vigueur depuis le 01 février 2016,  
(<https://www.legifrance.gouv.fr>).
222. Code de procédure civile, (<https://www.legifrance.gouv.fr>).

### Швајцарска

223. Konstantinović, M., 1976, *Švajcarski zakonik o obligacijama*, Beograd, Institut za uporedno pravo.
224. Obligationenrecht / Droit des obligations / Diritto delle obbligazioni, 1911 ([https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317\\_321\\_377/de](https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317_321_377/de)).

### Зборници, енциклопедије, анализе, истраживања

1. *Прва балканска конференција*, Југословенска национална група за Балканску конференцију, Београд, 1931.
2. *Трећа балканска конференција*, Ђурђевић, Ч., Вељић, Ј. (ур.), 1934, Југословенска национална група за Балканску конференцију, Београд.
3. *Incontro di studio su il futuro codice europeo dei contratti*, Pavia, 20-21 ottobre 1990, Stein, Peter (ed.), 1993, Università di Pavia, A. Giuffrè, Milano.
4. *Introduction to Swiss Law*, group of authors, Hürlimann, D. and Thommen, M., (eds.), 2018, Carl Grossmann Verlag, Berlin / Bern.
5. *Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family*, Palmer, V. V. (ed.), 2012, Cambridge University Press, Cambridge.
6. *Principes contractuels communs : projet de cadre commun de référence*, Mazeaud, Denis, Fauvarque-Cosson, B., et al. (eds), 2008, Société de législation comparée, Paris.
7. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, Bar, C. von, Clive, E., Schulte-Nölke, H., et al. (eds), 2009, Sellier European Law Publishers, Munich.
8. *Progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti : testo definitivo approvato a Parigi nell'ottobre 1927 – anno VI = Project de code des obligations et des contrats : texte définitif approuvé à Paris en octobre 1927*, Commissione reale per la riforma dei codici, Commission française d'études de l'union législative entre les nations alliées et amies, Provveditorato Generale dello Stato, Rome, 1928.
9. *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Journal officiel n° 0035 du 11/02/2016.
10. *Salmonsens Konversationsleksikon*, Blangstrup, C., Brøndum-Nielsen, J., Raunkjær, P., (eds.), 1915–1930, Schultz Forlagsboghandel, Copenhagen.
11. Scottish Law Commission, Memorandum No: 34, *Constitution and Proof of Voluntary Obligations: General Introduction and Summary of Provisional Proposals*, 1977 (<https://www.scotlawcom.gov.uk/files/8813/1350/5705/cm34.pdf>, 22. 6. 2022).
12. *The enforceability of promises in European contract law*, Gordley, J. (ed.), 2001, Common core of European private law series, Cambridge University Press, Cambridge.
13. The Law Revision Committee's Sixth Interim Report, *The Modern Law Review*, Vol. 1, No. 2, 1937, pp. 97–110.
14. *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, prepared by the Working Group (chairman: Bonell, M. J.), 2016, Rome, International Institute for the Unification of Private Law.

## Судска пракса

### Србија

1. Одлука СТА бр. Т-10/06 од дана 27.11.2006. године.
2. Пресуда Врховног касационог суда, Рев1 8/18; Прев 353/19 од 11.07.2019. године.

### Уједињено Краљевство (<https://www.bailii.org>)

3. Rock Advertising v MWB Business Exchange Centres [2018] UKSC 24.
4. Alder v Moore [1961] 2 W.L.R. 426.
5. Alliance Bank Ltd v Broom (1864) 2 Dr and Sm 289.
6. B & S Contracts & Design Ltd v Victor Green Publications Ltd [1984] ICR 419.
7. Bain v Fothergill (1874) LR 7 HL 158.
8. Bainbridge v Firmstone (1838) 8 Ad. & E. 743 (K. B. 1838).
9. Bell v Lever Brothers Ltd [1931] UKHL 2.
10. Beswick v Beswick [1967] UKHL 2.
11. Bolkia and Others v The State of Brunei Darussalam [2007] UKPC 62.
12. Bradford Corp v Pickles [1895] A.C. 587, [1895] UKHL 1.
13. Bukton v Tounesende (or The Humber Ferryman's case) (1348) B&M 358.
14. Carter v Boehm (1766), 3 Burr. 1905, 97 E.R. 1162, at p. 1910.
15. Central London Property Trust v High Trees House Limited [1947] KB 130.
16. Chappell & Co Ltd v Nestle Co Ltd [1960] AC 87.
17. Collier v P & MJ Wright (Holdings) Ltd [2007] EWCA Civ 1329.
18. Collins v Godefroy (1831) 109 ER 1040.
19. Combe v Combe [1951] 2 KB 215.
20. Couldery v Bartrum (1880) 19 Ch. D. 394.
21. Courtney & Fairburn Ltd v Tolaini Bros (Hotels) Ltd [1975] 1 All ER 453.
22. Couturier v Hastie (1856) 5 HLC 673.
23. Cox and Others v Troy [1822] 106 Eng. Rep. 1264.
24. Crabb v Arun District Council [1976] Ch 179 (CA).
25. Crosbie v M'Doual (1806) 13 Ves. Jr. 148.
26. Currie v Misa (1875) LR 10 Ex 153; (1875-76) LR 1 App Cas 554.
27. D & C Builders Ltd v Rees [1965] EWCA Civ 3.
28. Dickinson v Dodds (1876) 2 Ch D 463.
29. Dillwyn v Llewelyn [1862] EWHC Ch J67.
30. Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v Selfridge & Co Ltd [1915] UKHL 1.
31. Earl of Aylesford v Morris (1873) LR 8 Ch App 484.
32. Eastwood v Kenyon (1840) 113 ER 482.
33. Errington v Errington Woods [1952] 1 KB 290.
34. Fenner v Blake [1900] 1 QB 426.
35. Fibrosa Spolka Akcyjna v Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd [1942] UKHL 4.
36. Foakes v Beer [1884] UKHL 1.
37. Gibbons v Proctor [1891] 64 LT 594.
38. Glasbrook Brothers Ltd. v Glamorgan County Council [1924] UKHL 3.
39. Gore v Van Der Lann [1967] 2 W.L.R. 358.
40. Great Eastern Shipping v Far East Chartering [2011] EWHC 1372 (Comm).
41. Hartley v Ponsonby [1857] 26 LJ QB 322.

42. Herne Bay Steamboat Co v Hutton [1903] 2 KB 683.
43. Hirachand Punamchand v Temple [1911] 2 KB 330.
44. Hohler v Aston [1920] 2 Ch 420.
45. Horton v Horton [1960] 3 WLR 914.
46. Hurford v Pile (1618) Cro Jac 483, 79 ER 412.
47. Interfoto Picture Library Ltd v Stiletto Visual Programmes Ltd [1987] EWCA Civ 6.
48. Jayawickreme and Another v Amarasuriya Since Deceased [1918] UKPC 51.
49. Jones v Padavatton [1968] EWCA Civ 4.
50. Jorden v Money [1854] UKHL J50.
51. Krell v Henry [1903] 2 KB 740.
52. Lampleigh v Braithwait [1615] EWHC KB J 17.
53. Lipton v Buchanan (1904) 8 NLR 49.
54. Lawson v Weston (1801) 4 Esp 56.
55. Leeds United Football Club Ltd v Chief Constable of West Yorkshire [2013] EWCA Civ 115.
56. Little v Courage Ltd (1995) 70 P. & C.R.
57. Luxor (Eastbourne) Limited and Others v Cooper [1941] AC 108.
58. Mansukhani v Sharkey [1992] 2 E.G.L.R. 105.
59. Merritt v Merritt [1970] EWCA Civ 6.
60. New Zealand Shipping Co Ltd v AM Satterthwaite & Co Ltd (The Eurymedon) [1975] AC 154.
61. Nordenfelt v Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Co Ltd [1894] AC 535.
62. Okedina v Chikale [2019] EWCA Civ 1393.
63. Pao On v Lau Yiu Long and another [1979] UKPC 17.
64. Pawson v Watson (1778), 2 Cowper, 785.
65. Penny v Cole : Pinnel's Case [1602] 5 Co. Rep. 117a.
66. Pitts v Jones [2007] EWCA Civ 1307.
67. R v Attorney General for England and Wales [2003] UKPC 22.
68. Rattlesdene v Grunestone (YB 10 Edw II (54 SS) 140).
69. Re McArdle [1951] Ch 669.
70. Re Selectmove Ltd [1993] EWCA Civ 8.
71. Reading Festival Ltd v West Yorkshire Police Authority [2006] EWCA Civ 524.
72. Robinson & Anor v Lane [2010] EWCA Civ 384.
73. Roscorla v Thomas (1842) 3 QB 234.
74. Rose & Frank Co v JR Crompton & Bros Ltd [1924] UKHL 2.
75. Scotson v Pegg (1861) 158 ER 121.
76. Scruttons Ltd v Midland Silicones Ltd [1961] UKHL 4.
77. Sempra Metals Ltd v HMRC [2007] UKHL 34.
78. Shadwell v Shadwell (1860) 142 ER 52.
79. Shanklin Pier Ltd v Detel Products Ltd [1951] 2 KB 854.
80. Slade v. Morley (1598) 4 Co Rep 92b.
81. Smith v Eric S Bush [1990] 1 A.C. 831.
82. Smith v Hughes (1871) LR 6 QB 597.
83. Smith v Mawhood (1845) 14 M & W 452.
84. South Caribbean Trading Ltd v Trafigura Beheer Bv [2004] EWHC 2676 (Comm).
85. St John Shipping Corporation v Joseph Rank [1957] 1 QB 267.
86. Stilk v Myrick (1809) 170 ER 1168.
87. Strydom v Vendside Ltd [2009] EWHC 2130 (QB).
88. Sykes v Taylor-Rose [2004] EWCA Civ 299.
89. Tanner v Tanner [1975] 1 WLR 1346.

90. Taylor v Caldwell [1863] 3 B&S 826.
91. Tweddle v Atkinson [1861] EWHC J57 (QB).
92. V/O Rasnoimport v Guthrie & Co., Ltd. [1966] 1 Lloyd's Rep. 1.
93. Vantage Navigation Corporation v Suhail And Saud Bahwan Building Materials Llc (The "Alev") [1989] 1 Lloyd's Rep 138.
94. Wade v Simeon [1846] 2 CB 548.
95. Walford v Miles, [1992] 2 AC 128.
96. Ward v Byham [1956] 1 WLR 496.
97. Wells v Buckland Sand [1965] 2 QB 170.
98. West Yorkshire Darracq Ltd. v Coleridge [1911] 2 KB 326.
99. Whincup v Hughes [1871] LR 6 CP 78.
100. White & Carter (Councils) Ltd v McGregor [1961] UKHL 7.
101. White v Bluett (1853) 23 LJ Ex 36.
102. White v Jones [1995] 2 AC 207.
103. Williams v Carwardine [1833] EWHC KB J44.
104. Williams v Williams [1957] 1 WLR 148.
105. Wyatt v Kreglinger & Fernau [1933] 1 KB 793.
106. Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corporation Ltd [2013] EWHC 111.

*Сједињене Америчке Државе*

107. Hamer v. Sidway 124 N.Y. 538, 27 N.E. 256 (N.Y. 1891).
108. Hotchkiss v. National City Bank of N.Y., 200 F. 287, 293 (S.D.N.Y. 1911).
109. Leary v. Gledhill, 8 N.J. 260 (1951).
110. Louknitsky v. Louknitsky, Civ. No. 15681. First Dist., Div. One. Feb. 24, 1954.

*Аустралија*

111. Coulls v Bagot's Executor & Trustee Co Ltd (1967) 119 CLR 460.
112. Musumeci and another v Winadell Pty Ltd (1994) 34 NSWLR 723.
113. Waltons Stores (Interstate) Ltd v Maher [1988] HCA 7.

*Нови Зеланд*

114. Antons Trawling Co Ltd v Smith [2003] 2 NZLR 23 (CA).
115. Gold Star Insurance Co Ltd v Gaunt [1998] 3 NZLR 80 (CA).
116. Hansard v Hansard [2014] NZCA 433, [2015] 2 NZLR 158.
117. Machirus Properties Ltd v Power Sports World (1987) Ltd (1999) 4 NZ ConvC 193,066 (HC).
118. Teat v Willcocks [2013] NZCA 162, [2014] 3 NZLR 129.

*Француска (www.legifrance.gouv.fr)*

119. Arrêt Busqueta, Cour d'appel de Paris, 13 juin 1814.
120. CAA de VERSAILLES, 1ère chambre, 05/10/2021, 20VE00034, N° 20VE00034.
121. Conseil d'État, N° 59928, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, publié au recueil Lebon, p. 125.
122. Cour de cassation (*arret Bisbal*), Chambre civile 1, du 12 mai 1959.

123. Cour de Cassation, Assemblée plénière, du 1 décembre 1995.
124. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 11 octobre 1988, 87-11.198.
125. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 18 octobre 1988, 86-16.631.
126. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 19 novembre 1985.
127. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 3 juillet 1996, 94-14.800.
128. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 4 décembre 1990, 89-14.285.
129. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 6 juillet 1959.
130. Cour de Cassation, Chambre civile, du 14 avril 1891, N. 55 p. 103.
131. Cour de Cassation, Chambre civile, du 6 décembre 1932.
132. Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 6 novembre 2019, 17-26.985.

#### *Италија*

133. Penale Sent. Sez. 6 Num. 5236 Anno 2020, data Udienza: 11/12/2019.

#### *Европски суд правде* (<https://eur-lex.europa.eu>)

134. *Marleasing SA v La Comercial Internacional de Alimentacion SA*, C-106/89, ECLI:EU:C:1990:395 ([https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:384f064c-f467-4dda-a3cb-a44d930a6e25.0002.06/DOC\\_1&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:384f064c-f467-4dda-a3cb-a44d930a6e25.0002.06/DOC_1&format=PDF), 8. 6. 2022).
135. *Von Colson v Land Nordrhein-Westfalen* (1984) Case 14/83, ECLI:EU:C:1984:153.

#### *Европски суд за људска права*

136. *Ambrosi v. Italy* 2000 (Application no. 31227/96).
137. *Burdov v. Russia* 2002 (Application no. 59498/00).
138. *Burmych and Others v. Ukraine* 2017 (Applications nos. 46852/13 et al.).
139. *Immobiliare Saffi v. Italy* 1999 (Application no. 22774/93).
140. *Kačapor and Others v. Serbia* 2008 (Applications nos. 2269/06 et al.).
141. *Kruslin v. France* 1990 (Application no. 11801/85).
142. *Pini and Others v. Romania* (Application nos. 78028/01 and 78030/01).
143. *The Sunday Times v. the United Kingdom* 1979 (Application no. 6538/74).
144. *Yuriy Nikolayevich Ivanov v. Ukraine* 2009 (Application no. 40450/04).

#### *Стални суд међународне правде*

145. Arrêt No. 14 – Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France (12 juillet 1929), Série A, No. 20.

#### **Извори са интернета**

1. Aquinas, T., *Summa theologiae*, Secunda secundae. Q. LXXVII, Art. I (<http://www.unifr.ch/bkv/summa/kapitel593-1.htm>, 16. 7. 2020).
2. Demolombe, J. C. F., 1867, *Cours de Code Napoleon*, Auguste Durand et L. Hachette, Paris ([https://books.google.rs/books?id=YFAUAAAAQAAJ&pg=PA425&hl=sr&source=gbs\\_toc\\_r&cad=3#v=onepage&q&f=false](https://books.google.rs/books?id=YFAUAAAAQAAJ&pg=PA425&hl=sr&source=gbs_toc_r&cad=3#v=onepage&q&f=false), 15. 6. 2022).



3. Franceschetti, P., Causa del contratto, *AltalexPedia* (<https://www.altalex.com/documents/altalexpedia/2016/02/29/causa>, 05. 4. 2021).
4. Gloag, W., 1929, *The Law of Contract: A Treatise on the Principles of Contract in the Law of Scotland*, Edinburgh, W. Green & Son, p. 25. (<https://archive.org/details/GloagOnContract2ndEd1929>, 12. 3. 2020).
5. Lessius, L., 1634, *De ivre et ivstitia compendivm*, Capvt sextvum, Qvastio XI, Dvaci [Douai], Gerardvm Pincnon Typographum, pp. 74–75 (<https://books.google.rs/books?id=c6OIZbV1mbYC&>, 08. 3. 2020).
6. Soto, S., 1582, *De ivstitia et ivre*, Libri septimi, Qvæstio secvnda, Articvlvs I, Lugdvni [Lyon], Bartholoævm honoratvm, 1582, p. 225 (<https://books.google.rs/books?id=EmpE-ABaie0C&>, 08. 3. 2020).
7. Stair, J., 1681, *The institutions of the law of Scotland deduced from its originals, and collated with the civil, canon, and feudal laws, and with the customs of neighbouring nations*, Edinburgh, Printed by the heir of Andrew Anderson. (<https://quod.lib.umich.edu/e/eebo/A61249.0001.001?view=toc>, 01. 3. 2021).

### Остали извори

#### *Документа Европске комисије*

1. Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European Contract Law, *Official Journal of the European Communities* No. C 255, 2001.
2. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – A More Coherent European Contract Law – An Action Plan, *Official Journal of the European Union*, No. C 63, 2003.
3. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations *Official Journal of the European Communities* No. L 288, 1980.

## БИОГРАФИЈА АУТОРА

### Лични подаци

Име и презиме: Дамир Шите [Šitō Damir]  
Датум рођења: 25. фебруар 1978. године  
Место рођења: Суботица, Република Србија (СФРЈ)

### Радно искуство

2012 – на даље Јавни извршитељ за подручја Вишег и Привредног суда у Суботици  
2014 – на даље Предавач струковног енглеског језика за правника (*Legal English*) у оквиру *Lyceum iuris* програма (lyceum.rs)  
2017 – 2020 Генерални секретар Балканске иницијативе – мрежа извршитељских комора држава Западног балкана (balkaninitiative.net)  
2015 – 2020 Међународни експерт за право извршног поступка у оквиру пројекта ЕУ *Support to Justice Sector Reforms in Ukraine* у Украјини (pravojustice.eu)  
2020 – 2022 Председник европске мреже извршења *Connexx* (connexxeu.com)  
2014 – 2019 Генерални секретар европске мреже извршења *Connexx* (connexxeu.com)  
2014 – 2018 Повереник за међународне односе Коморе јавних извршитеља Републике Србије (komoraizvrstelja.rs)

### Образовање, обуке, сертификати

2019 Универзитет у Кембриџу, Правни факултет, програм: *English Law and Legal Methods*  
2017 положен правосудни испит  
2016 мастер права, Правни факултет Универзитета у Београду; наслов рада: Обезбеђење потраживања на непокретностима које нису уписане у регистар непокретности  
2016 Cambridge International Legal English Certificate (ILEC) – with merit  
2012 положен испит за извршитеља  
2009 дипломирани правник, Правни факултет Универзитета Унион у Београду

### Језици

Матерњи језик: српскохрватски, мађарски  
Страни језици: енглески, француски

## Остали подаци

### Монографије

1. Извршни поступак у Европи : сажет упоредноправни приказ, 2021, *Lyceum iuris*, Суботица.
2. Извори енглеског права, 2019, *Lyceum iuris*, Суботица.
3. Хипотека – објекти у ванкњижној својини, 2016, *Lyceum iuris*, Суботица.
4. Професионална етика јавних извршитеља, 2016, GIZ GmbH, Београд.
5. Међународни аспекти извршења, 2016, GIZ GmbH, Београд.
6. Колеге Глембајеви : запис о нашим првим приватним извршитељима, 2015, *Lyceum iuris*, Суботица.

### Семинарски радови

1. Концепт принуде у приватним дужничко-поверилачким односима – семинарски рад, Правни факултет Универзитета Унион, Београд, 2018.
2. Улога шефа државе у законодавном поступку – семинарски рад, Правни факултет Универзитета Унион, Београд, 2018.

### Чланци

1. Common law правна норма, 2021, *Страни правни живот*, 1, стр. 15–29.
2. Salary Enforcement in Western Balkans, 2021, коауторски са: Каламатиев, др Тодор (Северна Македонија), Трешњев, Александра (Србија), *SEE Law Journal*, Skorje, Centre for SEELS, стр. 63–78.
3. Judgment Enforcement in Western Balkans, у: Рељановић, Марио (ур), 2020, *Regional Law Review*, Институт за упоредно право, Београд, стр. 239–251.
4. Потрошач анте портас, 2011, *Право и привреда*, 1–3, стр. 148–162.
5. Превара и општи услови пословања, 2010, *Право и привреда*, 1–3, стр. 150–166.

### Научни и струковни скупови

1. Панелиста на Научној конференцији „Извршно и стечајно право”, организатори: Институт за упоредно право, Београд и Правни факултет Универзитета Унион, Београд, тема: Веродостојне исправе и њихово спровођење, Вршац, јун 23–25, 2022.
2. Панелиста на међународном семинару „Процесна овлашћења јавних извршитеља Србије, Црне Горе и Северне Македоније”, Комора јавних извршитеља Републике Србије и Правни факултет Универзитета Унион, Београд, мај 2021.
3. Панелиста на семинару „Продаја непокретности путем непосредне погодбе”, Правни факултет Универзитета Унион, Београд, мај 2021.

4. Панелиста на Годишњем саветовању Удружења банака Србије „е-Аукција”, Београд, март 2021.
5. Панелиста на семинару „Надлежност и овлашћења јавних извршитеља у поступку одлучивања о предлогу за извршење на основу извршне исправе”, Правни факултет Универзитета Унион, Београд, март 2021.
6. Панелиста на међународној научној конференцији „Regional Law Review”, Институт за упоредно право Београд, Правни факултет Ј.Ј. Штросмајер, Осијек, Правни факултет Универзитета у Печују, Мађарска, 2020.
7. Предавач на IV Међународној научној конференцији „Current Issues within Enforcement – Theory and Practice”, Правни факултет, Кијевски државни универзитет Тарас Шевченко, Кијев, Украјина, 2019.
8. Модератор на међународном округлом столу „Balkan Enforcement Order – from Concept to Reality”, Будва, Црна Гора, 2019.
9. Предавач летње школе Правног факултета Државног универзитета Јуриј Федкович, Чернивци, Украјина, 2019.
10. Панелиста на округлом столу о проблемима у примени Закона о хипотеци, Привредна комора Београда, Београд, 2019.
11. Панелиста на редовној Годишњој обуци извршитеља Републике Мађарске, Шиофок, Мађарска, 2018.
12. Панелиста на Међународном правном форуму Кијев, Украјина, 2018.
13. Модератор на редовном светском Конгресу извршитеља, Бангкок, Тајланд, 2018.
14. Модератор и панелиста на Међународној конференцији о прекограничној наплати потраживања у Европи, Београд, 2018.
15. Предавач на стручним предавањима организованим у привредним апелационим судовима Републике Украјине – Кијев, Одеса, Харков и Дњепров, Украјина, 2017.
16. Предавач на конференцији 100 дана примене ЗИО, Београд, 2016.
17. Предавач на стручном скупу Примена новог ЗИО, Суботица, 2016.
18. Говорник на конференцији Ефикасно извршење, Нови Сад, 2015.
19. Говорник на међународној конференцији „The Role of Legal Professions in the Development of the European Digital Agenda”, EU Parliament, Брисел, Белгија, 2014.

## ДОДАЦИ

### Изјава о ауторству



Универзитет УНИОН у Београду

#### Изјава о ауторству

Факултет	ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ УНИВЕРЗИТЕТА УНИОН
Име и презиме аутора	ДАМИР ШИТЕ
Број индекса	25/2017

#### Изјављујем

да је докторска дисертација, односно, докторски уметнички пројекат под насловом:

CONSIDERATION ЕНГЛЕСКОГ УТОБОРА  
ИЗ УГЛА КОНТИНЕНТАЛНОГ ПРАВНИКА

- резултат мог сопственог истраживачког / уметничког рада;
- да рад у целини ни у деловима није био предложен за стицање друге дипломе према студијским програмима других високошколских установа;
- да су резултати коректно наведени;
- да нисам кршио/ла ауторска права и користио/ла интелектуалну својину других лица.

У Београду, 23.06.2022.

Потпис аутора

## Изјава о истоветности штампане и електронске верзије докторског рада



Универзитет УНИОН у Београду

### Изјава о истоветности штампане и електронске верзије докторског рада

Име и презиме аутора	ДАМИР ШИТЕ
Број индекса	25/2017
Студијски програм	ДОКТОРСКЕ АКАДЕМСКЕ СТУДИЈЕ ПРАВА
Наслов рада	CONSIDERATION ENL. УГОВОРА ИЗ УГЛА КОНТ. ПРАВНИКА
Ментор	проф. др КАТАРИНА ИВАНЧЕВИЋ

Изјављујем да је штампана верзија мог докторског рада истоветна електронској верзији коју сам предао/ла ради похрањивања у дигитални репозиторијум Универзитета "Унион" у Београду.

Дозвољавам да се објаве моји лични подаци везани за добијање академског назива доктора наука/доктора уметности, као што су: име и презиме, година и место рођења и датум одбране рада.

Ови подаци могу се објавити у дигиталном репозиторијуму Универзитета "Унион" у Београду и у Националном репозиторијуму дисертација у Србији – НАРДУС.

у Београду, 23.06.2022.

Потпис аутора