

пут и да се изјасни о ауторовим опредељењима. С обзиром на истоветност већине проблема, то важи и за нашу теорију.

Пишчев систем није једноставан. И мада важи да *qui bene distinguit...* управо та околност би могла да стане на пут ширем прихватању ауторових ставова, јер је просечан правник већ навикао на једноставније (паушаллизоване) конструкције у овој области.

др Владимир В. Водинелић

LE CONTRAT AUJOURD'HUI, *Comparaisons franco-anglaises*, sous la direction de Denis Tallon et Donald Harris, Paris, L.G.D.J., 1987, с. 443

I

1. Пред читаоцима је необична књига (1), у којој су изложени резултати вишегодишњег упоредног истраживања француског и енглеског уговорног права (2).

С једне стране, ради се о *зборнику радова*, уводних (националних) реферата о појединим питањима. С друге стране, опажања на крају сваког дела, и завршна — на крају књиге, дело су свих учесника у истраживању, укључив и истакнуте научнике који нису потписали ниједан од „ауторских прилога“. Обавештења која у *Уводу* дају редактори о избору тема, сарадњи у припреми реферата, расправи и њеном уопштавању говоре да се ради истовремено и о, у извесном смислу, *колективном делу*.

2. Упоређивање права за која се каже да припадају различитим „породицама“ велики је изазов. Мишљење је приказивача да су у том погледу потврђена предвиђања једног од приређивача, професора Талона: два система срећу се с истим питањима, и у *крајњој линији* стижу до приближних решења. Али не само „правна техника“, већ и начин размислања, па и наглашавања појединих вредности у праву чине оно што их раздваја; како каже професор *Талон*, већ и уочување и разумевање тих разлика представља значајан резултат (3).

Подједнако је занимљиво како су се аутори суочили са самом темом, *уговором данас*, када се већ пола века срећемо са делима која говоре о кризи, трансформацији или, пак, развоју појма уговора (4).

Избор тема за упоређивање показује спремност аутора да се ухвати у коштац с овим изазовом.

3. За тему *Обавезна снага уговора* (то је једини случај) уводни текстови се разликују већ по наслову. *P. S. Atiyah* у тексту *Еволуција енглеског права о сагласности и очекивању* (5) и *одговорност за недостатке у продаји роба* истражује савремено значење воље у обвезној снази уговора и уговорној економији, док је у тексту *Georges-a Rouhette-a*, насловљеном *Критичке опаске*, са истим циљем, подвргнута критици теорија аутономије воље.

Camille Jaufret-Spinosi у прилогу *Домен уговора* истражује критеријуме за разликовање уговора и правом незаштићених споразума, једностраног обавезивања и уговора, анализира правни значај појединих

(1) Књига је, под редним бројем 196, изашла у чувеној *Bibliothèque de droit privé* која, вреди забележити, управо слави тридесет година излажења.

(2) В. о истраживању: Дени Талон, *Санкције за неизвршење уговора у француском и енглеском праву*, „Анали Правног Факултета у Београду“, бр. 2/1985, с. 203.

(3) *Ibid.*

(4) В. за различита мишљења о појму уговора данас Jacques Ghestin, *Traité de droit civil*, Tome II, Le contrat, Paris, 1980, стр. 122 и даље и ту цит. литературу.

(5) У књизи је задржана енглеска реч *reliance*. Аутори су се, иначе, потрудили да на почетку дају значења једног броја непреводивих енглеских израза.

фаза у закључењу уговора и домен тзв. административних уговора. Додирна питања, нарочито наглашавајући улогу воље у настанку уговора, с енглеске стране приказује *Bernard Rudden*.

О *Предуговорној обавези обавештавања* пише *Jacques Ghestin*, анализирајући јој домет и услове у француској судској пракси, и *Barry Nichols*, преиспитујући њену вредност *de lege ferenda* за енглеско право, уз закључак да је треба применити с озбиљним резервама, које везује за економију која влада уговорним односима.

О *Промењеним околностима*, могућностима, основу и облику интервенције у уговор, и могућностима његове судске модификације реферисали су *I. de Lambertierie* и *Jacques Bell*.

Denis Tallon и *A. Ogus* пишу о *средствима* која су на располагању повериоцу за случај неизвршења уговора (6).

Посебне ситуације од утицаја на закључење, важност и извршење уговора (концесије и искључива права, право конкуренције и монопол) у прилозима под насловом *Сложеност уговорне технике* испитивали су *A. Sava* и *Hugh Bealen*, *Donald Harris* и *Thomas Scharpe*.

4. Приказ ће се, да би се корисно искористио простор који Уредништво дозвољава, задржати на два прилога, професора Руета и Гестена. Оба француска, јер је за анализу ставова о овако сложеним питањима у енглеском праву потребно потпуније познавање англосаксонског система од приказивачевог.

II

5. У *Завршним онсервацијама* књиге пише да је у француском праву уговор размена воља, да заједничка воља странака ствара уговорне обавезе и служи да се један акт квалификује као уговор.

Уводничар, професор Рует, међутим доказује да *теорија аутономије воље* нема основа у *Code civil*-у, ни у идејама његових приребивача, па ни у развоју француског права у XIX веку, и да не може да послужи као руководни принцип уговорног права, изузев по цену бројних неодолећености, нелогичности и контрадикција.

Аутор се потрудио да одреди предмет своје критике: (а) уговорна обавеза, по теорији аутономије воље, има основ у вољи странака; воља ствара уговор и његова дејства. (б) Та воља мора бити слободна и јасна, разумна. Ако је манљива нема пуноважног уговора. (в) Није битно како је воља испољена. (г) Она је мера дејстава уговора, садржине обавеза које уговор раба. (д) Уговор има релативно дејство и веже онога ко се вољно обавезао. (е) Слобода воље је душа уговора, закон вољу само тумачи. Ограничења слободе, јавни поредак, служе да слободу воље учврсте.

6. *Code civil*, односно његови редактори, не гледају тако, по мишљењу аутора, на улогу воље. То би, уосталом, било неспојиво са Наполеоновим царизмом. Припремни радови за *Code* указују да су састављачи имали у виду човека ког одликују несталност воље и егоизам, а не поштење и рационална слобода које теорија аутономије воље претпоставља. Слобода коју овај Законик има у виду је ограничена и каналисана; воља се може кретати само у границама закона и делотворна је само зато што је закон подржава.

Писац то показује анализирајући неке принципијелне одредбе Законика, пратећи питања по којима је изложио теорију аутономије воље.

Овај Законик, пише, ретко употребљава и сам израз воља. На најважнијим местима среће се нејасан израз сагласност (*consentement*) (7). Ако он означава *једну* вољу, како реално објаснити да неко сагласношћу датој само у једној речи ствара уговор — закон за странке.

(6) В. о овоме: Талон, *op. cit.*, стр. 204 и даље.

(7) В. за „двоструко“ значење израза *consentement* ипп.: A. Weil и F. Terré, *Droit civil, Les obligations*, Paris, 1986, стр. 71 и даље; Jean Carbonier, *Droit civil, IV, Les obligations*, Paris 1982, стр. 64.

Да би сагласност била пуноважна, не сме бити манљива. Али, по Code civil-у и манљива воља, повређена, на пример, заблудом која (по иначе уским схватањима законодавца) није битна, или преваром која потиче од трећег, бива ваљана, правна воља. Како онда објаснити да је (стварна) воља основ уговорне обавезе?

Нису ли претеране тврдње о слободи самосталног уређивања уговорних односа и диспозитивности одредаба Законика, наставаља Рует, када Code не једном изричито дозвољава другачија утаначења. Ни члан 1134 (по коме за странке уговор ступа на место закона) не значи триумф уговорне слободе: он говори о законито закљученом уговору, о вољи подвргнутој закону.

Укратко, закључује ову анализу Рует, једно је из педагошких разлога *a posteriori* „препознати“ улогу воље у закључењу уговора, а друго, без основа у Законнику, *a priori* закључити да је воља основ уговора и на томе градити систем уговорног права.

7. Ни каснији развој француског уговорног права не даје за право присталицама теорије аутономије воље.

Прихвата се, на пример, субјективни појам заблуде, али ублажава узимањем у обзир сазнања саговорника. Инсистира се на неформалности уговора, али се и контролише савесност при закључењу. Афирмација каузе као контрапрестације, објективно схватање лезије, могућност суда да измени квалификацију уговора у односу на ону коју су дале странке, смањи или повећа обавезу, говори против, а не у корист теорије аутономије воље, сматра Рует.

8. Кључно је ипак питање основа дужникове обавезе.

То не може бити воља дужника. Морално-философски став о самообавезивању не вреди за право које интервенише управо када дужник неће обавезу. Не може исти морално-философски принцип да објасни две супротне ситуације, вољу једног лица да се обавезе и вољу истог лица да не дугује, пише аутор.

Полазећи од тога да право не дозвољава предомишљање, многи сматрају да прихват понуде на неки начин „фиксира“ вољу дужника (понудиоца). Међутим, сматра Рует, прихват не мења психолошку вољу, реално стање понудиоачеве воље (8); обавезу је немогуће објаснити ни сагласношћу воље (9).

Закон је тај који одређује границе самообавезивања, уједно и поверљивих претензија. Принцип *Pacta sunt servanda*, сматра писац, вреди само када су испуњени услови Закона; закон је основ уговорне обавезе (10).

9. Тако су видљиве противуречности у које запада теорија аутономије воље:

(а) Она, сматра Рует, меша закључење уговора и уговор — правну норму. Уговор, посматран као норма постоји независно од воље и њене улоге у његовом настанку. Закључење уговора и уговор-норма не могу се објашњавати једно другим.

(б) Меша се правни и морално-философски поглед на појам уговора. Морални (дата реч) и философски (самообавезивање) принципи не

(8) В. дет. Georges Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, thèse*, Paris, 1965, (необј.), нарочито стр. 400 и даље и II део, стр. 217. По Руету, сматрати да је воља дужника истина одлучујући, али не и једини основ обавезе, јер делује у мери у којој је прихваћена (в. Marcel Planiol, *Classification des sources des obligations*, „Revue critique de législation et de jurisprudence“, 1904, стр. 225 и даље), значи или прихватање теорије о једностраном самообавезивању, или супротно, став да је основ уговорне обавезе у вољи повериоца или напуштање теорије аутономије воље.

(9) В. Рует, *ibid.*, стр. 349 и даље. Аутор жестоко критикује појам сагласности воља: „Чиста је метафизика сматрати да се њима ствара нека нова, јединствена воља“. О мишљењу да је суштина сагласности у заједничким намерама странака сведочи мото који је Рует узео за овај део дисертације: „*Каква дивна сагласност између мог робака Шарла VII и мене. Обојица хоћемо Милано-Сфорца.*“ Гестен, *op. cit.*, стр. 125, сматра да за Руета уговор настаје следом, сукцесијом понуде и прихвата.

(10) Треба разликовати Руетове ставове о основу уговорне обавезе од оних о настанку уговора. По нашем мишљењу, код другог питања Рует је на позицији (модификоване) теорије посерења. В.: Рует, *ibid.*, стр. 408 и даље. В. супр. Гестен, *ibid.*

могу објаснити правну ситуацију која настаје управо тиме што дужник сматра да није обавезан.

(в) Меша се *воља*, као психолошка и морално-философска категорија, израз људске слободе, и *правна воља*. Воља коју правни поредак узима у обзир није стварна, емпиријска воља, психолошка реалност. То је воља моделована самим правом, супстрат реалне воље, производ правне метаморфозе. Не може се у објашњењу правних појава оперисати психолошком вољом даваоца и примаоца обећања.

10. Након што је изнео свој став о философско-правним коренима теорије аутономије воље у француском праву, видевши их у погрешном „читању“ Канга, Рует даје синтезу својих размишљања, издвајајући, уместо закључка, два питања:

(а) Када уговор обавезује? Објективно право, од кога то једино зависи, *не даје јединствен одговор*. Свака појединачна ситуација посебно се решава.

(б) Решава ли теорија аутономије воље успешно практичне проблеме уговорног права? Принципи *савесности, објективне правде, легитимног поверења*, укратко *једнакост интереса у питању*, решиће их практичније и лакше него псеудофилософска доктрина аутономије воље, закључује професор Рует.

11. Руетова схватања у најмању руку нису без одјека.

Коментатори, разумљиво, нагласак стављају на улогу воље у праву. Ако је истина, пише један аутор, да прост волунтаризам не одговара на сву сложеност чињеница, пренаглашено и поједностављено одбацавање волунтаризма одговара на њих још мање (11).

Ако се има у виду да је нормативизам који писац заступа ипак, пре свега средство критике волунтаризма, замерка коју Руету чини Гестен делује значајније: Рует иде даље када претендује да руши, него када поново гради (12).

Приказивачу се чини нарочито претераном чињеница да Рует оспорава општу теорију уговора, доводећи у питање могућност конституисања општег појма уговора, а тиме, консеквентно, и могућности постојања општих правила уговорног права. Чини се претераним замислити уговорно право као збирку формула и појединачних правила, а опасним градити га као *непосредну* примену вредности и начела на која се Рует позива.

Укратко, ова сјајна анализа уздрмала је нека стереотипна мишљења и допринела бољем сагледавању неких ситуација, али не само да нам професор Рует не нуди нов систем — то му, како тврди у докторској дисертацији, није ни намера (13), већ његова на моменте бриљантна анализа и неупоредива правна ерудиција не уверавају да стари систем треба сасвим одбацити, нарочито ако се има у виду његов савремен изглед (14).

III

12. Одмах после рата *Michel de Juglart* је изнео тезу да постоји, *пре закључења уговора*, правом санкционисана обавеза будућих саговорника на међусобно обавештавање о битним околностима у вези са будућим уговором (15).

(11) В.: Jean Patarin, Préface за Pierre Godé, *Volonté et manifestations tacites*, thèse, Lille, 1977, стр. 8. Сам Рует, у студији коју приказујемо, тврди да му није намера да се упушта у критичко преиспитивање улоге воље у уговору, ни философско ни правно-теоријско (в. стр. 50, фуснота 112), као и да одбацавање теорије аутономије воље није некомпатибилно са прихватањем приватне аутономије (стр. 55, фуснота 168).

(12) В.: Гестен, *op. cit.*, стр. 128.

(13) В.: Ruet, *Contrabution*, стр. 629.

(14) Рует у приказаној студији издваја Гестенова схватања (в. стр. 28).

(15) В. Michel de Juglart, *L'obligation de renseignements dans les contrats*, „Revue trimestrielle de droit civil”, 1945, стр. 8—10.

У прилогу насловљеном *Предуговорна обавеза обавештавања у француском праву* професор Гестен показује да је Жиљареву хипотезу потврдио савремени развој француског права (16). „Покретач” тог развоја је, по аутору, став да треба уклонити неједнакост међу странкама, укључив и ону у могућности сазнања свих околности у вези са будућим уговором. Како та неједнакост не мора потицати само од особина странака („професионалац” и потрошач), већ и сложености уговора и његовог предмета, ова обавеза може постојати код свих врста уговора.

13. Обавеза потпуног и тачног обавештавања будућег саговорника предвиђена је у Француској бројним посебним прописима. Неизвршење понекад повлачи казну (нпр., код лажне рекламе), али чешће доводи до неважности уговора.

Уочено је, пише Гестен, да ови прописи често остају релативно не-сфикасни, највише зато што поверилац права на обавештавање не зна за то право. Због тога се често прописује садржина (формуларног) уговора, нарочито када се обавештење односи на посебно право на правну заштиту.

14. Значајнија је еволуција судске праксе која је данас на стано-вишту да постоји општа предуговорна обавеза на обавештавање.

Теоријски, она се јасно разликује од сличне обавезе која потиче из уговора. У пракси, граница није тако оштра. Француски судови, уосталом, понекад тврде да су странке, ступивши у преговоре закључиле предуговор (или посебан уговор) који их обавезује на обавештавање, па пропуштање пружања информација санкционишу применом уговорне одговорности.

Гестен сматра да се ова обавеза јавља у два облика.

С једне стране, судови је примењују *самостално*, санкционишући неизвршавање *поништењем уговора*, евентуално уз накнаду штете, или само накнадом штете, тада уз ослонац на уговорну или деликтну одговорност.

С друге стране, ова обавеза се везује за „класичне” установе уговорног права, нарочито правила о манана воље, одговорности за недостатке ствари и неизвршењу уговора. (Гестен на основу тога сугерише како се граница између ових института све више губи.)

Код *заблуде*, сматра аутор, нагласак се са стања воље жртве премешта на понашање друге стране (17). У пракси, ономе ко је пропустио да пружи обавештење намеће се обавеза на накнаду штете, уз поништење уговора или независно од тога.

Код *преваре*, јединствено се прихвата да ћутање (када постоји знање о ономе на шта се обавештење односи) представља преварну радњу. Све чешће се и досуђује накнада штете без поништења уговора, што на нов начин осветљава тзв. *dolus bonus*.

Када је продавац професионалац, код *скривених мана* у пракси постоји неборива претпоставка да је за ману знао, што значи интегралну накнаду и неважност уговорног искључења или ограничења одговорности. Супротно, дато обавештење о могућности постојања недостатка искључује одговорност. Тиме се, по Гестену, одговорност за недостатке враћа историјским изворима, везује за чињеницу обавештавања, а напушта домен објективних особина ствари и извршења уговора. Уосталом, додаје писац, истина је да се мана често открива после извршења, али још чешће постоји у моменту закључења уговора.

15. Два су општа услова за постојање ове одговорности:

(а) Значај чињенице о којој је обавештење изостало: потребно је да под датим условима уговор не би био закључен да је информација пружена (18).

(16) Савремен, јер је не тако давно, уз сво уважавање за Жиљарову идеју, сам Гестен тврдио да таква обавеза не постоји у француском праву. В.: Jacques Ghestin, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, these, 2. ed., Paris, 1971, стр. 111.

(17) В. исто: Rouhette, *Contrabutton*, стр. 532.

(18) В. о значењу појма „не би закључио уговор” Ghestin, *La notion d'erreur*, стр. 30 и даље.

(б) Неједнакост странака у односу на доступност информација, тако да постигнута сагласност воља не одговара уговорној правди.

16. Та неједнакост је основ легитимности претензије једне стране да обавештење добије, истовремено и свести друге да га пружи. Тако је, по Гестену, могуће издвојити следеће *услове* за постојање предуговорне обавезе на обавештавање саговорника:

(1) *Знање, односно свест дужника обавезе*, које обједињује:

(а) *Знање информације*; *a priori* нема дужности обавестити о ономе шта се не зна (19). Али ако је једна страна професионалац, неће се прихватити да не зна околност из које извлачи корист. (По једној недавној одлуци Касационог суда, професионалац је дужан да се обавести о свему шта саговорник не зна и да га о томе информира.)

(б) *Знање да друга страна нема* (потпуну, истиниту) *информацију* и знање за утицај која она може имати. Оправдано веровање да поверилац зна стварно стање ствари (што је класичан случај заједничке заблуде) ослобађа дужника одговорности.

(2) *Немогућност саговорника да се сам обавести*, субјективна или објективна.

Субјективна процена је, по Гестену, карактеристична за заблуду. Могућност самообавештавања се изједначава са „извињавајућим” карактером заблуде и цени се према годинама, знању, професији жртве. И код скривених мана, „видљивост” недостатка се само условно процењује *in abstracto*: за упоребење се узима човек истих особина (20).

Објективна страна тиче се природе околности о којој постоји дужност обавештавања, доступности обавештавања. Интересантно је питање обима ангажовања које се очекује од странке, нпр. мора ли да ангажује експерта. И шта ако од њега добије погрешну информацију (21)?

17. Немогућност самообавештавања се претпоставља ако се оправдано очекује посебна савесност друге стране.

То ће бити случај: (а) када природа уговора захтева посебну савесност (мандат, удруживање); (б) када се уговара са професионалцем који је уједно и експерт, и (в) када се странка ослања на од саговорника добијене информације, за које држи да су потпуне и тачне. Код заблуде је, пише Гестен, легитимно поверење у истиност добијених информација увек разлог да буде „извињавајућа”.

18. Када се одмере сви аргументи које износи професор Гестен, приказујући стање француског позитивног права, остаје нејасно да ли се он залаже за постојање (опште, правне) предуговорне *обавезе* обавештавања, или вешто наводи читаоца да закључи да се ради о *принципу, начелу* који је много више или много мање од такве обавезе.

Много више, јер се показује као руководни принцип за тумачење других, класичних установа уговорног права, и спорних тачака у њиховој примени.

Много мање, јер је врло тешко размишљати о јединственој правној обавези код које је неизвестан основ (уговорна или вануговорна одговорност) и санкција (утицај на пуноважност уговора или само накнада штете).

19. Жива, очито још нестабилизвана материја о којој нас професор Гестен обавештава вероватно не дозвољава чвршће закључке.

(19) Када „дужник” обавештења нема потребну информацију долази, по Гестену, у обзир поништење уговора због г.в. заједничке заблуде. В. ову студију, стр. 176—177.

(20) Упор. чл. 480, ст. 2. Закона о облигационим односима. В. за овакву процену код заблуде Noël Dejean de la Batie, *Appreciation in abstracto et appreciation in concreto en droit civil français*, thèse, Paris, 1963, стр. 205—206. В. сунр., за процену *in abstracto*, Yves Boyer, *L'obligation de renseignements dans la formation du contrat*, thèse, Aix-Marseille, 1978, стр. 288.

(21) По белгијској судској пракси чињеница да је странка поступила по погрешном савету не утиче сама по себи на процену њене лажне при закључењу уговора. В.: Michel Coirel *L'erreur inexcusable*, „Revue critique de jurisprudence Belge”, бр. 3/1987, стр. 215—216. Супротно француски судови ће чешће прихватити да је заблуда извињавајућа. В.: Гестен, *Le contrat*, стр. 406. Упор. за заблуду о праву чл. 210, ст. 3. Грађанског законика Маварске из 1959.

Ипак, и на основу понуђених, могуће је запазити да размишљања професора Рџета и Гестена нису толико удаљена као што то на први поглед изгледа.

Обојица трагају за уговорном правдом, инсистирају на потреби подједнаког уважавања супротстављених интереса уговорника, на савесности и на легитимном поверењу.

Могло би се закључити да су то упоришне тачке теорије о уговору данас.

мр Драгор Хибер