

Оливер Антић<sup>0</sup>

## ИМЕНОВАНИ И НЕИМЕНОВАНИ УГОВОРИ У САВРЕМЕНОМ ОБЛИГАЦИОНОМ ПРАВУ

*Изучавање и практично обрађивање уговорних односа који појимају наизглед поједино нове облике, а који се, све чешће, јављају у савременом праву, није могуће без „враћања“ класичним инстинктима облигационог, односно уговорног права. Повећани број привидно поједино нових неименованих уговора актуелизује појребу продубљеног теоријског изучавања поделе уговора на именоване и неименоване, при чему се највећи број њих модерних нових неименованих уговора може, у ствари, довести под међуоделу, која се налази негде на средини управо између класичних именованих уговора и неименованих уговора. То, разуме се, има значајне практичне последице, јер ће правни животи једног таквог уговора зависити од могућности примене на пример теорије ајсорпције или комбинације, а понекад се чак и примена ових теорија мора релативизовати, нпр. теорија ајсорпције са извесним одступањима. Неки најновији случајеви у нашој пракси појврђују појребу и значај оваког пријема.*

Кључне речи: *Именовани уговори. – Неименовани уговори. – Повезани уговори. – Сјојени уговори. – Мешовити уговори.*

### І. УВОД

1. Савремено уговорно право заснива се на начелима слободe уговарања и консенсуализма.<sup>1</sup> Та начела, пак, темеље се на индивидуалистичком и рационалистичком филозофском опредељењу XVIII и XIX века, када је слобода личности, нарочито после Француске револуције, дошла у центар друштвене пажње.<sup>2</sup> Старе идеје о човеку као највишој вредности, зачете у ан-

<sup>0</sup> Др Оливер Антић, редовни професор Правног факултета у Београду.

<sup>1</sup> Видети: С. Перовић: *Облигационо право*, Београд, 1986, стр. 152–190.

<sup>2</sup> G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1927, стр. 39–40.

тичкој Грчкој, потиснуте, протеране и готово заборављене у наступајућим вековима, сада су добиле нову актуелност, али и своје правно уобличење. Крилатице Француске револуције слободе и једнакости реперкутовале су се на право у смислу да се људи сматрају слободнима и једнакима, те се слобода појединца може сузити само уговором, као актом његове слободне воље. Појединци имају урођена права, која претходе удруживању у друштво (државу), и они допуштају ограничења само када и утолико, колико је то потребно ради осигурања слободе и права других лица.<sup>3</sup> Отуда чак и држава и закони, као лимитатори појединачних слобода, заснивају свој легитимитет, не на божанској вољи и вољи владара као његовом световном заступнику, већ на индивидуалним вољама и њиховом изразу – најширем уговору, тзв. друштвеном уговору (*contrat social*). Воља појединца, као израз слободе и једнакости правних субјеката, манифестује се у правном животу кроз уговор, *ergo* уговор је уједно и синоним правичности.<sup>4</sup> Аутономија воље<sup>5</sup> је природно, урођено право појединаца и она је основна креациона сила која отвара хоризонт слободе уговарања. Примењена у уговорном праву аутономија воље има бројне последице.<sup>6</sup> Оне се могу лоцирати у три групе: садржина, облик (форма) и тумачење (интерпретација) уговора.<sup>7</sup> На овом месту за нас је од значаја садржина уговора.

<sup>3</sup> L. Duguit: *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1927, t. I, стр. 200–208. „Прву кохерентну теорију о границама слободе уговарања поставио је у седамнаестом веку француски теоретичар Дома. „... И како постоје две врсте закона – они који представљају природно право и они који су позитивно право – то постоје и две врсте забрањених уговора. Једни којима се вређа природно право и добри обичаји и други, који су супротни позитивном праву.“ С. Перовић: *Забрањени уговори*, Београд, 1975, стр. 15.

<sup>4</sup> G. Ripert: *op. cit., loc. cit.* „Будући да се вољом странака слободно регулишу њихови односи, уговор је изнад свега акт правичности. ... Узима се да индивидуална слобода може бити ограничена, али да се та ограничења могу правдати само у мери која је потребна за одржавање слободе другог, а не ради заштите општих интереса.“ С. Перовић: *Забрањени уговори...*, стр. 17.

<sup>5</sup> Видети: Стојановић–Антић, *Увод у грађанско право*, Београд, 2004, стр. 9 и даље.

<sup>6</sup> 1) Појединци могу слободно да закључују правне послове, уређујући их по својој вољи, што подразумева и стварање нових до тада непознатих (неименованих) уговора; 2) воља странака одређује и дејство облигација; 3) унутрашња воља има предност над изјављеном; 4) при тумачењу правних послова судија истражује праву вољу креатора посла; 5) правни послови се морају извршити онако како су креирани и могу се мењати само вољом творца; 6) правни послови престају онако како су и настали, тј. у складу са вољом креатора. Једина и општа рестрикција слободе које творци правних послова уживају тиче се ограничења која произлазе из јавног поретка. Видети: R. Demogue: *Traité des obligations en général*, Paris, 1923, t. I, стр. 82.

<sup>7</sup> С. Перовић: *op. cit.*, стр. 157.

2. Аутономија воље овлашћује креаторе правних послова да потпуно слободно врше промене у дотадашњем стању грађанских субјективних права, одн. да стварају, мењају и гасе грађанска субјективна права.<sup>8</sup> Једина граница је слободна воља других, чији је чувар јавни поредак.<sup>9</sup> Још од најстаријих права, када се није ни размишљало о аутономији воље, у време када је сама форма знатно и битно ограничавала вољу уговарача, постављане су границе садржине уговора. Тако, већ у античком праву био би неважећи сваки уговор чија би садржина вређала пијетет, побожност, милосрђе, правичну накнаду, истину, који би за предмет имао слободу слободног човека, отрове, *res sacre*.<sup>10</sup> У феудалном праву не би имао правно дејство уговор којим једна страна преузима обавезу да треће лице убије или истуче, обавезе везане за коцку и зеленашење, уговори којима би се једном детету оставила имовина тако да би остала деца остала без наследства, као и уговори којима би се преузела обавеза одрицања од цркве, престаџија чија би садржина била крађа и уопште чињење нечег рђавог.<sup>11</sup> Сва модерна права прокламују принцип слободе уговарања, али одмах потом постављају и неке апстрактне оквире у којима се та слобода може кретати, а то су принудне одн. императивне норме, али и добри обичаји, правила морала и јавни поредак, с тим да је задатак суда да ова уопштена ограничења конкретизује у сваком посебном случају. Поред тога, савремена права предвиђају и низ посебних, конкретних ограничења слободе уговорања, нпр. забрана искоришћавања нужде, неискуства или лакомислености друге уговорне стране у циљу стицања прекомерне имовинске користи (забрана зеленашких уговора, лезија и сл.), уговарање прекомерних уговорних казни, забрана уговора о игри на срећу,<sup>12</sup> забрана диференцијског посла,<sup>13</sup> уговори о продаји пацијената, односно клије-

<sup>8</sup> Стојановић-Антић: *op. cit.*, стр. 309–312.

<sup>9</sup> Овде се израз *јавни поредак* узима у најширем смислу, у смислу скупа принудних прописа, добрих обичаја и најзначајнијих моралних норми.

<sup>10</sup> С. Перовић: *Забрањени уговори...*, стр. 11. Треба истаћи да је у средњовековном српском праву постојао изузетак од правила да се *res sacre et res religiose* не налазе у правном промету. Наиме, „свештене сасуде цркве Константинопоља, и молитвених домова у свим местима где постоје, не приличи другачије залагати или продавати осим за искупљење заробљеника...” М. Петровић: *Крмчија Свештога Саве*, Београд, 1990, стр. 43.

<sup>11</sup> С. Перовић: *Забрањени уговори...*, стр. 12.

<sup>12</sup> Осим, наравно, када такву игру организује држава, нпр. државна лутрија, или када је допуштена по посебним прописима.

<sup>13</sup> Врста уговора на срећу који обухвата разлику између цене неке робе у време сачињавања уговора и тржишне цене у време набавке робе.

ната од стране једног лекара, одн. адвоката другом лекару, одн. адвокату и сл. У случају грубих повреда императивних прописа, добрих обичаја, јавног поретка и морала релативно је лако лоцирати повреду и утврдити неважност уговора. Међутим, питање границе дозвољености, односно недозвољености уговорних престација није увек тако једноставно. Неретко се јављају гранични случајеви код којих се поставља питање да ли је прекорачена та, готово невидљива, граница допустивог одн. недопустивог. На пример, код неких уговора о брачном посредовању, код извесних алеаторних уговора, код високих посредничких провизија, код уговора по тзв. пирамидалном систему стицања и сл. Највећи број таквих граничних случајева јавља се данас код неименованих уговора.

3. Стране уговорнице у савременом праву, сагласношћу својих воља, могу закључивати уобичајене уговоре, дакле оне који се редовно и учестало јављају у правном промету, нпр. продаја (купопродаја), закуп, зајам, поклон, уговор о делу, налогу, пуномоћству и др., али и оне који нису тако учестали но имају велику важност за уговараче, нпр. уговор о доживотном издржавању, уступање и расподела имовине за живота и др. Ти уговори који су редовни у правном промету или имају значајне правне последице су, најчешће, посебно уређени прописима (у грађанским законцима или законима који уређују облигације и уговоре, у законима о наслеђивању), који пак предвиђају и посебне називе, „имена“ за те уговоре. Зато се такви уговори називају именованим (регулисаним, номинантним) уговорима.

## II. ИМЕНОВАНИ И НЕИМЕНОВАНИ УГОВОРИ

1. Подела уговора на именоване и неименоване има свој основ у римском праву. Оно је пружало заштиту (право на тужбу) само оним уговорима који су били закључени по унапред предвиђеним строгим захтевима форме, с тим да су и *emptio venditio*, *locatio conductio*, *societas* и *mandatum*, као консенсуални уговори, такође уживали заштиту. Остали двострано обавезни (синалагматични) уговори (који су настали сагласношћу воља, али без прописане форме, нити су потпадали под један од четири именована консенсуална уговора) код којих је, чак, једна страна своју уговорну обавезу уредно испунила, а друга, несавесна, је потом одбила то да учини, нису уживали правну заштиту. Овакво стање се није могло дуже одржати, па је активношћу

претора дошло до промене, у смислу да је сваки споразум (*pactum*) код кога је једна страна уредно извршила своју обавезу имала право да захтева повраћај датог путем *condictio causa data causa non secuta*, као и накнаду штете путем *actio doli*. Временом су ови неименовани споразуми добили и директну правну заштиту путем *actio praescriptis verbis*. На тај начин бројни споразуми који нису имали своје посебно име, јер нису били унапред одређени према „списку“ уговора који су заштићени посебним тужбама, постали су контракти – *contractus innominati*. Јустинијан је неименоване уговоре сврстао у четири групе: а) када се престације уговарача састоје у преношењу својине – *do ut des*; б) када се престација једне стране састоји у предаји ствари, а друге у извршењу радње – *do ut facias*; в) када једна страна извршава радњу а друга даје ствар – *facio ut des*; г) када су се обе стране обавезале да изврше, једна другој, одређену радњу – *facio ut facias*. Претор је, дакле, отворио, посткласично право учврстило, а Јустинијан коначно заокружио широки хоризонт неименованих уговора.

2. У савременим правима подела уговора на именоване и неименоване не заснива се на критеријумима и значају који су били изграђени у римском праву. Грађански законици ову поделу не познају.<sup>14</sup> Она је дело правне науке. Критеријум поделе на именоване и неименоване уговоре заснива се на чињеници да ли позитивно право, под одређеним називом уговора, уређује права и обавезе уговорних страна, критеријум је дакле – законско регулисање.<sup>15</sup> Иако је ова подела плод теорије, то не значи да она нема практичног значаја. Напротив, правни значај поделе уговора на именоване и неименоване је вишеструк.

3. Тако, именовани уговори имају ту предност, пошто их прописи посебно а често и детаљно регулишу, да је за настанак уговора довољна сагласност странака само о њиховим битним елементима. Све остало што није уговорено, али је законом уређено, сматра се уговореним. Код уговора о продаји (купопродаји) довољна је сагласност о два елемента, предмету и цени, док се одговор на сва друга питања (нпр. форме уговора, ризика случајне пропасти ствари, располагања туђом ствари или спорним правом, одређеним проблемима у вези с ценом, временом и

<sup>14</sup> Изузетак, донекле, представља само *Code civil*, који, под утицајем ауторитета римског права, само на посредан начин указује на ово разликовање (члан 1107).

<sup>15</sup> Видети: С. Перовић: *op. cit.*, стр. 191.

местом предаје ствари, одлагања извршења обавезе, материјалних или правних недостатака, неиспуњења уговорене престације и др.), налази у законским прописима, те се сматра да су странке пристале и на те елементе о којима, у ствари, и није било речи при преговарању и закључењу уговора. Именовани уговори, дакле, ослобађају странке да детаљније уређују своје односе, чиме се олакшава и убрзава правни промет. Са становишта настанка уговора, странке лакше ступају у такве уговорне односе, јер именовани уговори фигурирају у њиховој свести као уговори који подразумевају претпоставку допуштености њихове садржине. Са становишта опстанка, именовани уговори су извеснији, јер је мања вероватноћа да ће једна уговорна страна покушати да избегне извршење своје уговорне обавезе или чак тражити поништење уговора због његове недопуштености, преузимања обавеза које су прекомерне у односу на престације друге стране и сл., јер је од самог почетка била упозната са законским условима и последицама које прате настанак и извршење те врсте уговора. Сигурност његовог извршења је појачана и чињеницом да, у случају спора, уколико је потребно тумачење, оно је усмерено законским одредбама које знатно олакшавају утврђивање уговорених престација. Самим тим, код именованих уговора доминира примена правила из посебног дела облигација.

4. Неименовани (нерегулисани, безимени, иноминантни) уговори, с друге стране, пружају странкама пуну могућност остварења своје приватне аутономије, одн. аутономије воље. Уговарачи се, код ове врсте уговора, могу споразумети о најразноврснијим облицима престација и тако прилагодити у потпуности своја права и обавезе специфичностима конкретних околности. Стране уговорнице то могу постићи било комбиновањем престација које су прописима већ предвиђене код два или више именованих уговора, или стварати нове, до тада неуобичајене или чак непознате престације. Све то, разуме се, увек у границама које омогућава јавни поредак у сваком конкретном праву. Ипак, њихова мањкавост се огледа у томе што их странке морају детаљно уредити, с обзиром да ту изостаје законска регулатива. Самим тим, код неименованих уговора преовлађује примена правила садржаних у општем делу облигационог права (нпр. начела закона, немогућност испуњења и сл.). Утврђивање намере уговарача је значајније, али уједно и теже код неименованих уговора, што може изазвати дуге и скупе спорове.

5. Подела на именоване и неименоване уговоре не значи, као што би то могло изгледати на први поглед, да је међу њима непремостиви јаз. Напротив, ту постоје и одређене нијансе: а) странке могу повезати више самосталних различитих именованих уговора – *повезани уговор*, с тим да уколико се ради о споју два различита именована уговора тада је реч о *спојеном уговору*; б) уговарачи могу сачинити један самостални уговор али састављен (помешан) од елемената различитих именованих уговора, код кога поверилац има интерес да прими испуњење повезаних чинидби – *мешовити уговор*; в) стране уговорнице могу да сачине такав уговор код кога користе елементе којих нема код других (именованих) уговора – *атипични уговор*, *уговор sui generis*. Начелно се може рећи да ће се код прве групе уговора користити правила именованих уговора, јер сваки уговор који сачињава повезани и спојени уговор задржава своју самосталност. Код мешовитих уговора правна ситуација је знатно сложенија и обрада конкретног уговора зависиће од врсте комбинација елемената именованих уговора који га сачињавају. С тим у вези могу се јавити кумуловани, јединствени и мешовити уговори са атипичном садржином (о чему ће касније бити више речи). Код атипичних уговора је реч о чистим неименованим уговорима код којих се, по правилу, не могу користити правила која уређују именоване уговоре, одн. правила посебног дела облигационог права.

6. У државама које имају чврст правни континуитет закључивање иоле значајнијих уговора увек је праћено учешћем стручних лица и то на обе стране (нпр. адвоката, правних саветника), али и обрнуто. У државама са правним дисконтинуитетом или недовољно изграђеном правном културом, а то су по правилу земље у развоју (нпр. у тзв. транзицији) и неразвијене земље, неретко се уочава одсуство стручних лица, на једној или обе стране, и то у најзначајнијим тренуцима настанка уговора (преговори и постизање сагласности воља о битним елементима уговора). Све то доводи до повећаног броја неспоразума код извршавања уговорних обавеза и његовог тумачења, што све има неповољне последице на уговараче, али и правну сигурност на пољу уговорног права уопште. Тај проблем се све више актуелизује у савременим правима, имајући у виду да је аутономија воље напуштена као појам у свом изворном смислу, јер читав XX и почетак овог века уводе све шира и дубља ограничења аутономији воље кроз императивну легислативу, тако да се данас

о аутономији воље, у њеном изворном значењу, може говорити само у историјскоправном смислу. Чини се да ово ограничавање воље правних субјеката на плану грађанског права показује константни узлазни правац, који није оправдан у свим својим манифестацијама.<sup>16</sup> С обзиром на данашњи смисао, улогу и место воље појединца у уговорном праву, као и на плану правних послова уопште, требало би израз *аутономија воље* заменити изразом *приватна аутономија*.<sup>17</sup>

7. Узимајући у обзир наведену тенденцију поставља се, у крајњој линији, питање који је домет (некад веома чврстог) принципа *pacta sunt servanda*?<sup>18</sup> Ово питање је посебно актуелно данас када се у нашем правном животу јављају неки сложени неименовани уговори са којима се, до сада, није сусретала ни теорија ни судска пракса. Два таква уговора су недавно у нашој широј јавности изазвала посебну пажњу, а било је и извесних кривичноправних последица. То су уговори везани за „Fit for

<sup>16</sup> Та ограничења у последњем веку нарочито су изражена на плану закључења уговора (обавезно закључење, сагласност трећег лица, избор уговарача), на плану садржине уговора (законско регулисање, адхезиони уговори), на плану неповредивости уговора (*rebus sic stantibus*, раскид због неизвршења), као и на плану уговорних формалности. Међутим, неретко се намећу и неке обавезе у вези са уговором, али које нису грађанскоправне природе. Поред сагласности трећег, као што су разне дозволе или одобрења, нпр. код продаје оружја или муниције, постоји и неко наметање обавеза једној уговорној страни за које је немогуће наћи легитимни основ. На пример, оптерећивање купца, који је уредно испунио своју уговорну обавезу из уговора о продаји, тиме што мора, макар и у ограниченом времену и простору, држати рачун, како би државни органи контролисали уредност испуњавања пореских обавеза продавца! Може се, наиме, поставити питање да ли је (било чиме) оправдано одузимати савесним грађанима, макар и делимично, слободу кретања, слободног времена и сл., само зато да би се делимично олакшао посао пореских органа? Сматрамо да одговор треба да буде негативан, јер то представља нелегитимно ограничавање основних слобода савесне уговорне стране, које чак, са становишта купца, немају никакве директне грађанскоправне везе са предузетим правним послом.

<sup>17</sup> Тај израз се као правило, у наведеном смислу, користи у немачком, аустријском и швајцарском праву. Иначе у нашој науци је још тридесетих година прошлог века, посебно од проф. Живојина Перића, критикована употреба израза аутономија воље и истицано је да би пре требало говорити о принципу непостојања аутономије воље. Видети: Б. Благојевић: *Уговори по принципанку (формуларни уговори)*, Београд, 1934, стр. 15; Стојановић-Антић: *op. cit.*, стр. 9–12.

<sup>18</sup> Правило да уговор мора бити извршен управо онако како је то уговорено имало је предност чак и у односу на *boni mores*, савесност и поштење, одн. добру веру: „...када су првостепени судови надлежни за грађанске спорове преузели надлежност некадашњих трговинских судова, начела добре вере су ишчезла за извесно време. Став тадашњих судија *Common law*-а био је да је начин живота у пословном свету суров и неумољив и да човек не би требало у њега да ступа ако не зна у шта се упушта. Заправо, ми смо стварно имали судију који је пре више стотина година казао да чак и кад је продавац крив због преваре, то купцу не даје право да се повуче из посла.“ R. Good: *The Concept of „Good Faith in English Law”*, Roma, 1992, стр. 4.



Success Academy“ (у даљем тексту – први уговор) и „GEM Collection” (у даљем тексту – други уговор).

### III. САДРЖИНА УГОВОРА

1. Први уговор носи назив „Молба за учеснике течаја“ и поред општих података, (тзв. генералија) физичког лица, као једне уговорне стране, стоји да то лице подноси молбу за пријем на течај „Fit for Success Academy Ltd.“, да је цена течаја 2.290 евра, податак о овлашћеном лицу друге уговорне стране (правног лица) које је молбу примило, напомену да ако се уплата не изврши у утврђеном року молба ће бити одбијена, затим следи детаљна изјава уговарача (физичког лица – учесника течаја) да је упознат са условима уговора, да му је током промоције довољно одговорено у вези са свим питањима из овог уговора, прихватање садржине уговора, затим да уговарач неће тражити повраћај уплаћене цене за услуге друге уговорне стране, као и да усмени договори немају никакво правно дејство. На крају следе место и датум уговора, потпис уговарача (физичког лица – учесника курса) и назив и седиште (Гибралтар) другог уговарача (правног лица).

2. Саставни део првог уговора су и „Општи обавезни услови пословања за куповину, учествовање и чланство на курсу школовања, организован преко Fit for Success Academy Ltd.“ Општи услови садрже једанаест тачака:

1) Општа карактеристика, садржи циљ курса, а то је унапређење учесника курса, нарочито развијање личности, унапређивање позитивног вођења живота и успостављање међуљудских односа.

2) Опис услуга, где стоји да учесник курса стиче право да користи услуге друге уговорне стране, као и да се врста и обим тих услуга објављују на прикладан начин и могу се даље развијати, мењати и проширивати.

3) Попис услуга, садржи ближе одређење услуга које пружа Fit for Success Academy Ltd. поменутих у претходној тачки: материјал од осамсто страница у четири свеске; први део курса шаље се полазницима, у року од четири недеље, по испуњењу услова из тач. 4 уговора; делови курса од два до четири шаљу се поштом у размаку од дванаест недеља, тако да се оквирно по протеклу десет месеци испоручије комплетан курс, с тим да се

време слања може скратити и продужити. У овој тачки је предвиђено и следеће: „Није могуће враћање уписнине курса, ни делимично ни у целини, чак и ако се учесник курса одрекне да прими делове курса.“

4) Претпоставке за полазнике курса, маргинални је наслов ове тачке, где се предвиђа могућност учествовања „само за пословно потпуно слободне особе“.<sup>19</sup> У даљем тексту се објашњава појам „учествовање“, под којим се подразумева: представљање предузећа и производа (објаве и курсеви); испуњавање молбе за пријем (у Fit for Success Academy Ltd.); уплатом уписнине курса; потврдом прихватања молбе и доделом броја учесника.

5) У петој тачки, која носи назив „Властита одговорност“, наводи се да учествовање у Fit for Success Academy Ltd. пружа „енормне могућности напредовања, како у личним тако и у пословним подручјима“. Потом следи оно на шта се маргинални наслов непосредно односи, а то је да полазник гарантује да уписнина не прелази његове породичне могућности и да се тиме ни на који начин неће угрозити његова егзистенција. „Враћање уписнине из било којег разлога није могуће (индивидуални споразум по одредбама Закона о облигационим односима)“.

6) Обрачун и управљање подразумева да учесници курса издају „налог управном друштву са надзором над њиховом структуром организације и њиховим финансијским пословима. Управно друштво управља и контролише уредну реализацију програма по налогу и у име учесника курса“, а дужно је да обради молбе за учествовање, контролу и управљање подацима, контролу свих личних података.

7) У овој тачки која носи назив „Разно“, предвиђено је да ће учесник курса, који прекрши правила Fit for Success Academy Ltd., или покуша да проузрокује „неправилности у подручју пословне делатности, бити искључен и губи сва права“. С друге стране, уколико кривицом Fit for Success Academy дође до непридржавања термина или садржаја курса, учесник ће имати или право на повраћај одговарајућег дела уписнине или право бесплатног учешћа на „даљем“ курсу, о чему одлучује Fit for Success Academy Ltd.

---

<sup>19</sup> Очигледно је да се мислило на потпуно пословно способна лица, а наведена формулација је последица лошег превода оригиналног текста уговора.

8) Молбе учесника у којима су нечитљиви подаци учесника курса се не признају и враћају се необрађене, а учесник се обавезује да ће неодложно пријавити измене личних података.

9) Заштита података је маргинални наслов ове тачке која је формулисана на следећи начин: „Учеснику курса се скреће пажња на то, да је забрањено неовлашћено давати личне податке у неку другу сврху него што предвиђа дотично правило о испуњавању налога, учинити податке доступним или их иначе користити. Ова обавеза постоји и након окончавања чланства. Учесник курса одобрава обраду својих личних података преко компаније за школовање Fit for Success Academy Ltd.“

10) У овој тачки је одређено да смрт учесника курса има за последицу престанак чланства код Fit for Success Academy Ltd.

11) Последња тачка уређује судску надлежност, где је предвиђена надлежност суда места у коме је седиште фирме.

На крају стоји констатација да су наведени услови објашњени и да је кандидат добио одговор на свако питање, те је у потпуности разумео све услове учешћа на курсу.

#### IV. ОБАВЉАЊЕ ДЕЛАТНОСТИ НА ТЕРИТОРИЈИ СРБИЈЕ И ЦРНЕ ГОРЕ

1. Страна правна и физичка лица могу да обављају трговинске и комерцијалне делатности на територији Србије и Црне Горе из места свог седишта, дакле да закључују уговоре и друге правне послове између одсутних само повремено и *ad hoc*.<sup>20</sup>

2. С друге стране, трајно или, пак, сукцесивно и дуготрајније обављање делатности страног правног лица на територији Србије и Црне Горе повлачи за собом обавезу да страном правном или физичком лицу оснује у Србији и Црној Гори било своје сопствено предузеће у оквиру режима страног улагања, било своје представништво или, пак, да закључи са предузећем чије је седиште у Србији и Црној Гори уговор о трговинском заступању или, пак уговор о дугорочној пословној сарадњи.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Видети члан 6 став 1 Закона о спољнотрговинском пословању, *Службени лист СРЈ*, бр. 46/92 и бр. 21/1.

<sup>21</sup> Члан 36. и даље Закона о спољнотрговинском пословању.

3. У области пружања услуга, ако се делатност страног правног лица састоји у пружању услуга, страно правно лице које пружа услужне делатности на територији Србије и Црне Горе мора да се придржава домаћих прописа, међународних уговора и професионалних кодекса.<sup>22</sup> Осим тога, влада може да одреди и ограничи које врсте услуга може да пружа страно правно лице на територији Србије и Црне Горе.<sup>23</sup>

4. Под вршењем услуга се, *inter alia*, подразумева, посредовање и заступање у промету робе и услуга, истраживачко-развојна услуга и услуга пружања и коришћења информација и знања у привреди и науци.<sup>24</sup>

5. Из доступних аката не произлази да су друштва Fit for Success Academy Ltd. и GEM Collection Ltd. било у једном од наведених видова створила законом тражене услове за *дугорочно* пословање на територији Србије и Црне Горе.

6. Напротив, из уговора о налогу закљученог са друштвом ВК business consalting d.o.o. чије је седиште у Београду од 3. 12. 2002. године произлази постојање намере Fit for Success Academy Ltd. да обавља на територији Србије и Црне Горе своју регистровану делатност континуирано и на дуже време, односно да спроводи курсеве „Успешан пут“ у трајању од годину дана, и то директно, дакле из места свог седишта на Гибралтару.

7. Чланом 2. већ цитираног уговора у коме је Fit for Success Academy Ltd. означен као налогодавац, произлази, наиме, да ће Fit for Success Academy Ltd. директно остваривати контакте са потенцијалним клијентима на територији Србије и Црне Горе, у циљу презентације и продаје књиге „Успешан пут“.

8. У казним одредбама Закона о спољнотрговинском пословању<sup>25</sup> није изричито предвиђена санкција (казна) за правно лице које поступи противно одредбама Закона који третирају питање вршења услужних делатности у наведеном смислу на територији Србије и Црне Горе. Такође, у Закону није изричито предвиђена нити грађанскоправна санкција која би погодила приватноправне односе који су закључени противно одредбама Закона о спољнотрговинском пословању.

---

<sup>22</sup> Члан 40. став 2. Закона о спољнотрговинском пословању.

<sup>23</sup> Члан 40. став 1. Закона о спољнотрговинском пословању.

<sup>24</sup> Члан 22. став 2. Закона о спољнотрговинском пословању.

<sup>25</sup> Члан 93. и даље.

9. Међутим, из чињенице да одредбе овог закона имају императиван карактер, те да се примењују територијално, може се извући закључак да начелно постоје претпоставке да се одредбе Закона о спољнотрговинском пословању примене и као тзв. норме непосредне примене (*Lois d'application immediate*), дакле, без обзира на меродавно супстанцијално право, ако су испуњени и следећи услови:

1) ако норма садржи претензију да директно регулише приватноправне односе;

2) ако она стоји у тесној вези са правним послом у питању (ово се може претпоставити у погледу извођења курсева на територији Србије и Црне Горе, када је полазник курса држављанин Србије и Црне Горе или, пак, лице које има пребивалиште на територији Србије и Црне Горе);

3) када се применом ових норми постиже правичан материјалноправни резултат (ово се, такође, може претпоставити, будући да право Србије и Црне Горе не садржи посебне норме о заштити потрошача било на колизионоправном, било на материјалноправном нивоу, као што је то случај са многим другим савременијим правним порецима, нпр. у СР Немачкој, Швајцарској, Аустрији).<sup>26</sup>

10. Да ли би се ове императивне норме јавноправног карактера примениле као норме непосредне примене, зависи, пре свега, од става суда државе пред којим се спор води. Начелно, може се рећи да су национални судови несклони да примене норме непосредне примене трећих држава (дакле, право држава чије право није нити право земље суда, нити, пак, право на основу којег се спор решава у меритуму), али су склони да их узму у обзир као чињенице у оквиру диспозиције неке од супстанцијалних норми меродавног материјалног права.

#### V. УГОВОРНИ ОДНОСИ ИЗМЕЂУ FIT FOR SUCCESS ACADEMY LTD. И GEM COLLECTION LTD.

На уговорне односе између Fit for Success Academy Ltd. и GEM Collection Ltd., а на основу уговора о сарадњи од 20. 12. 2001.

---

<sup>26</sup> Видети члан 19. швајцарског IPRG; члан 7 (1) Римске конвенције о меродавном праву за облигационе уговорне односе из 1980. године.

године и уговора о реклами од 12. 11. 2002. године, примењује се право Гибралтара.

VI. УГОВОРНИ ОДНОС ИЗМЕЂУ FIT FOR SUCCESS  
ACADEMY LTD. И GEM COLLECTION LTD.  
И BK BUSINESS CONSALTING DOO

На уговорни однос се, према избору странака, примењује облигационо право Србије и Црне Горе, односно Закон о облигационим односима.<sup>27</sup>

VII. УГОВОРНИ ОДНОС ИЗМЕЂУ FIT FOR SUCCESS ACADEMY  
LTD. И ФИЗИЧКОГ ЛИЦА КОЈЕ ПОХАЂА КУРС

1. ДИРЕКТНА МЕЂУНАРОДНА НАДЛЕЖНОСТ

1) Уговорни однос између Fit for Success Academy Ltd. и полазника курса се заснива на приступници-молби полазника курса која на полеђини садржи опште услове пословања Fit for Success Academy Ltd.

2) Општи услови пословања Fit for Success Academy Ltd. садрже пророгациони споразум којим се уговора надлежност правосуђа у Гибралтару.

3) Допуштеност оваквих споразума се цени према праву државе чија се надлежност дерогира (на пример Србија и Црна Гора и Аустрија), те према праву државе чија се надлежност судова пророгира (Гибралтар). За пуноважност оваквих споразума, ако странке нису изричито изабрале меродавно право (што је овде случај) меродавно је право које је меродавно и за главни уговор, дакле за уговор о праћењу курса „Успешан пут“. Ово право се примењује и на питање да ли су општи услови пословања постали део главног уговора.<sup>28</sup>

4) Пророгациони споразум, сачињен на напред наведени начин је пуноважан са становишта права Србије и Црне Горе,<sup>29</sup> са становишта права Аустрије,<sup>30</sup> и са становишта права Гибрал-

---

<sup>27</sup> Допуштено према члану 19 ЗМПП.

<sup>28</sup> Видети: Geimer, *Internationales Zivilprozessrecht*, Band I, 3. Auflage, Koeln, 1997, стр. 443. и даље.

<sup>29</sup> Видети члан 49. ЗМПП.

<sup>30</sup> Видети: Schwab-Baumbach-Hartmann-Alberts, *ZPO*, 63. Auflage, München, 2002, бр. 2. за параграф 38.

тара,<sup>31</sup> али и са становишта Регулативе ЕУ о надлежности судова и признању и извршењу судских одлука у грађанској и трговачкој материји.<sup>32</sup> Ово из разлога што је задовољен, по свим овим изворима права, захтев писмене форме и што у уговору није потребно посебно упућивање странака на пророгациони споразум.

## 2. МЕРОДАВНО ПРАВО ЗА УГОВОР О ПОХАЂАЊУ КУРСА

1) Уговорним односом између Fit for Success Academy Ltd. и физичког лица које похађа курс „Успешан пут“ предвиђено је, *inter alia*, да такво лице стиче својство члана друштва GEM Collection Ltd. Међутим, Статутом друштва GEM Collection Ltd. (члан 4) предвиђено је да се чланство у друштву стиче стицањем акција, и то тако што те акције по свом нахођењу (дискреционо право) додељује директор друштва.

2) Дакле, обавеза Fit for Success Academy Ltd. из уговора не представља и ваљан правни основ за стицање чланства у друштву GEM Collection Ltd. Напротив, лице које похађа курс има према друштву Fit for Success Academy Ltd. само облигационоправне захтеве, док према друштву GEM Collection Ltd. нема никаква статусна права нити, пак, било каква потраживања.

3) Да ли је неко лице стекло својство члана у друштву GEM Collection Ltd. цени се према праву Гибралтара, као и у односу на Статут тог друштва.

4) У хипотези да се спор из наведеног односа решава пред правосуђем Гибралтара, на уговорни однос између Fit for Success Academy Ltd. и физичког лица применило би се, сматрамо, у одсуству изричитог избора меродавног права, права оне државе која је са уговорним односом најтешње повезана (*the closest connection*).<sup>33</sup>

5) Овде би, по правилу, тешко могло да буде говора о прећутном избору права Гибралтара, према правилу *qui eligit iudicem, eligit ius*, јер је ово правило као индиција у прећутном из-

---

<sup>31</sup> Видети: Cheshire-North, *Private International Law*, 13th ed., London, 1999, стр. 329. и даље.

<sup>32</sup> Бивша Бриселска конвенција са истим називом – видети члан 17. Регулативе и ближе код Geimer, *op. cit.*, стр. 436.

<sup>33</sup> У том смислу Цхесхире-Нортх, *ош. ший.*, стр. 565. и даље.

бору меродавног права напуштено у англосаксонској правној доктрини и судској пракси.<sup>34</sup>

6) Друга могућност је да се као меродавно право за уговор примени право Гибралтара, као право места седишта носиоца карактеристичне престације из уговора, што би у овом случају био Fit for Success Academy Ltd. Овакво решење познају сви модерни извори права о међународном приватном праву.<sup>35</sup> Међутим, од ове претпоставке се одступа, ако је у конкретном случају уговор тешње повезан са неким другим правним поретком, а не оним у коме се налази место седишта носиоца карактеристичне престације из уговора.<sup>36</sup>

7) Дакле, из свега наведеног произлази да би меродавно право требало да се утврђује појединачно за сваки поједини уговорни однос. Тако, ако би се курс изводио у Аустрији, а полазници курса били држављани те земље или, пак, лица која у тој држави имају домицил, допуштено и пуноважно уговора би се ценила по праву Аустрије. Дакле, на конкретни уговорни однос би требало да се примени право Србије и Црне Горе, пошто су елементи уговора (једна од странака, место закључења и место извршења уговора) везани за персонални и територијални суверенитет Србије и Црне Горе.

### 3. МЕРОДАВНО МАТЕРИЈАЛНО ПРАВО

1) Уговор о извођењу курса са стицањем својства члана у друштву GEM Collection Ltd.

Овде се, *prima facie*, ради о неименованом уговору који се састоји из чак три престације правног лица – Fit for Success Academy Ltd. (*уружање услуга* у вези са извођењем курса, *прегаја* четири књиге и *обећање* чланства у другом правном лицу, GEM Collection Ltd.) и једне престације физичког лица – полазника курса плаћање одређеног износа новца. При овоме је важно нагласити да Fit for Success Academy Ltd. гарантује и стицање свој-

<sup>34</sup> Видети: Cheshire-North, *op. cit.*, стр. 561.

<sup>35</sup> Видети члан 4 (2) Римске конвенције о меродавном праву за облигационе уговорне односе, члан 20. ЗМПП-а, члан 38 немачког ЕГВГВ, члан 32. аустријског ИРГ.

<sup>36</sup> Видети члан 4(1) Римске конвенције, члан 1. у вези са чланом 32. аустријског ИРГ, члан 20 ЗМПП-а. Видети: Cheshire-North, *op. cit.*, стр. 560; Fischer-Huber-Oser, *Internationales Vertragsrecht*, 2. Aufl., Bern, 2000, стр. 89. и даље.



ства члана у друштву GEM Collection Ltd. Својство члана у друштву GEM Collection Ltd., како смо то видели, не стиче се на основу уговора, већ, напротив, на основу стицања акција друштва, по дискреционој одлуци директора друштва.

## VIII. НЕИМЕНОВАНИ УГОВОРИ – КВАЛИФИКАЦИЈА И ТУМАЧЕЊЕ

### 1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

1) Неспорно је да сви савремени правни системи дозвољавају уговарање права и обавеза у правном промету која нису изричито регулисана позитивним прописима, одн. која не могу да се подведу под један од предвиђених типова уговора (неименовани уговори).<sup>37</sup>

2) Дакле, закључење неименованих уговора начелно је дозвољено, и то са становишта приватне аутономије (аутономије воље), али њихово правно регулисање повлачи за собом значајан број недоумица.<sup>38</sup> Граница њиховог слободног уређења су, наравно, закон и добри обичаји,<sup>39</sup> као што је то, у крајњој линији, случај и са именованим уговорима.<sup>40</sup>

### 2. ПРИВАТНА АУТОНОМИЈА (АУТОНОМИЈА ВОЉЕ СТРАНАКА) КАО ИЗВОР НЕИМЕНОВАНИХ УГОВОРА

1) У складу са својом приватном аутономијом,<sup>41</sup> уговарачи су овлашћени да, наравно у границама јавног поретка, повежу или помешају елементе разних именованих уговора, те је, у

---

<sup>37</sup> Видети: Kramer, *Funktion, rechtliche Problematik und Zukunftsperspektiven der Innominatsvertraege*, in: *Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising*, Bern/Stuttgart, 1985, стр. 56; Schluerp, *Innominatsvertraege*, in: *Schweizerisches Privatrecht*, Band VII/2, Basel/Stuttgart, 1985, стр. 723. и следећа; Medicus, *Schuldrecht II*, Besonderer Teil, 6. Auflage, München, 1993, стр. 268. и даље; Larenz, *Lehrbuch II/2*, стр. 423; С. Перовић, *Облигационо право*, стр. 192–193.

<sup>38</sup> V. Sauter, *Ausgewählte Probleme des Sukzessivlieferungsvertrags*, Zürich, 1982, стр. 76–77.

<sup>39</sup> Према нашем праву: принудни прописи, јавни поредак и добри обичаји, в. члан 10. ЗОО.

<sup>40</sup> Видети: С. Перовић, *op. cit.*, стр. 192; Medicus, *Schuldrecht II*, стр. 268; Gauch-Schluerp, *Obligationenrecht II*, стр. 252.

<sup>41</sup> Аутономија воље, односно приватна аутономија, односно самоодређење – Стојановић-Антић, *op. cit.*, стр. 9–12.

складу с тим, реч или о *повезаном уговору*, или пак о *мешовитом уговору*.<sup>42</sup> Поред тога, уговорне стране могу да сачине такав уговор који представља оригиналну креацију, код кога се права и обавезе не могу подвести под елементе ниједног именованог уговора. У науци се овакви уговори означавају терминима: *sui generis*, односно *атипичним уговорима*.<sup>43</sup>

2) Када се врши квалификација уговора мора се имати у виду правило *falsa demonstratio non nocet*,<sup>44</sup> јер странке могу било због недовољног познавања сложене материје облигационог права или, пак, због намере прикривања праве природе уговора<sup>45</sup> користити неадекватне изразе и ознаке, па чак и сам назив уговора поставити потпуно нетачно. Дакле, без обзира на то како је уговор насловљен и да ли су адекватно коришћени стручни термини у садржини самог уговора, уколико се уговор може подвести под неки именовани уговор, његов опстанак је знатно извеснији. То је последица чињенице да именовани уговори настају консенсусом о битним, есенцијалним елементима: сагласност о предмету и цени већ хиљадама година, разуме се у општим границама слободе уговарања, чини купопродају пуноважним уговором. У случају спора код именованих уговора у принципу је довољно консултовати посебни део законика, одн. закона који уређује посебне (именоване) уговоре. То код неименованих уговора, наравно, није могуће: странке, пре свега, морају прећи дуг и неизвестан пут од преговора до уговора. Оне се морају споразумети о бројним елементима, јер код неименованих уговора есенцијални елементи захватају, по правилу, неупоредиво шире поље у односу на акцеденталије. У спорним случајевима суд мора да покаже далеко виши степен опрезности, па и знања, јер се иза неименованих уговора могу лакше сакрити недопуштена располагања. Посебну пажњу потребно је показати изучавању не само предмета уговора, већ, и нарочито, каузе неименованог уговора. Неретко биће неопходно ући у мотиве обе уговорне стране (код двострано обавезних) или, пак,

<sup>42</sup> Оваква терминологија, разликовање мешовитих и спојених уговора (*gemischte und zusammengesetzte Verträge*) је практично општеприхваћена у доктрини. Видети: Martinek, *Moderne Vertragstypen*, Band I, München, 1992, стр. 34. и даље).

<sup>43</sup> Први се чешће сусреће у швајцарској, а други у немачкој науци. В. Martinek, *Vertragstypen*, стр. 35–36; Gauch-Schluer, *Obligationenrecht I*, стр. 253; Јакшић-Стојановић, *Елементи за једно уговорно право*, Београд, 1995, стр. 126.

<sup>44</sup> Видети: Larenz, *op. cit.*, бр. II, стр. 424. и Martinek, *Vertragstypen I*, стр. 44.

<sup>45</sup> Јакшић-Стојановић, *op. cit.*, *loc. cit.*

мотив само једне стране (код једнострано обавезних уговора). Суд ће, у таквим случајевима, морати да примени читав спектар правила која се налазе у општем делу грађанског законика, одн. закона о облигацијама.

3) Када је више уговора повезано тако да зависе један од другог, као чинидба и противчинидба као двостранотеретног уговора,<sup>46</sup> тада је реч о *повезаним* уговорима. Повезани уговори нису неименовани уговори, већ напротив ту се ради о више именованих уговора повезаних у целину, а на основу воље странака, с тим да уколико се споје два именована уговора тада се ради о *сйојеном* уговору. Међутим, уколико су странке сачиниле један уговор тако што су помешале више именованих уговора, али поверилац нема интерес да прими само неке од уговорених престаџија, већ, напротив, његов је интерес да прими повезане, управо у уговору измешане чинидбе, по среди је мешовити уговор. У литератури је наведен пример уговора о најму собе са доручком, где се поставило питање да ли се ту ради о два самостална, повезана уговора или о једном уговору на основу којег дужник дугује две чинидбе.<sup>47</sup> Основни проблем је која ће се регулатива применити у једном, одн. другом случају: да ли посебна правила која се односе на сваки уговор који чини тај скуп или само један из тог скупа који, на неки начин, представља доминантни уговор у тој повезаној целини?<sup>48</sup>

4) Како ће се квалификовати конкретни уговор и, с тим у вези, која ће се правила на њега применити, то зависи од намере уговарача која је била присутна у тренутку креације, односно закључења уговора.

5) У наведеном примеру, уговорне стране су закључиле уговор о закупу собе и уговор о делу (припремање и сервирање доручка), тако што су ове престаџије повезане у целину. Када се ради о хотелијерским услугама управо описано повезивање престаџија у једном уговору је правило, те би се у случају спора тешко могло доказати супротно. У другим случајевима, на пример, у тзв. сеоском туризму и сл., где је правило слободна погод-

<sup>46</sup> Видети: Gauch-Schluer, *op. cit.*, бр. I, стр. 252, и Martinek I, *op. cit.*, бр. I, стр. 39.

<sup>47</sup> Видети: Јакшић-Стојановић: *op. cit.*, стр. 127; Schluer, *Innominsvertraege*, стр. 771, и Martinek, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>48</sup> Замислива су и друга решења – В. Schluer, *Innominsvertraege*, стр. 771, и Martinek, *op. cit.*, *loc. cit.*

ба уговарача, могућна су друга решења (госту због положаја и удобности одговара ноћење код једног домаћина, а пошто је вегетеријанац, одговара му исхрана код другог).

б) Квалификовање ових уговора зависиће, разуме се, пре свега, од намере уговарача, а сходно околностима случаја. Али у случају спора, када се та намера не може лако утврдити, суд ће обратити пажњу на различите спољне манифестације које указују на намеру уговорних страна, нпр. да ли је уговор (са престаџијама које су карактеристичне за два уговора) закључен у истом тренутку, да ли постоји краћи или дужи временски размак код уговарања једне, друге или треће... престаџије, да ли је уговор сачињен у једном или више писмена и др. Дакле, потребно је да се, узимајући у обзир све чињенице, открије да ли се ради о повезаном, спојеном, мешовитом или, пак, атипичном уговору. То у пракси неће увек бити лако. Уколико се утврди да поверилац, у наведеном примеру (уговор о закупу и уговор о делу), има интерес да прими само испуњење повезаних чинидби онда ће се радити о мешовитом уговору. Ако то није случај, онда се може радити о повезаном или спојеном уговору. Уколико су, пак, странке користиле елементе којих нема код именованих уговора, онда ће се радити о уговору *sui generis*, односно атипичном уговору, код кога важе сасвим другачија правила, правила везана за неименоване уговоре.

### 3. МЕШОВИТИ УГОВОРИ – КВАЛИФИКАЦИЈА И ТУМАЧЕЊЕ

1) Квалификација и тумачење уговора су две стране лица једног портрета. Да би се сагледала целина, морају се осветлити обе стране. Наиме, квалификација је слика врсте и правне природе уговора, док је тумачење скуп чињеничних елемената који чине садржину уговора. То начелно значи да је квалификација везана за *questio iuris*, док је тумачење управљено на *questio facti*. Међутим, квалификација нема самосталан практички значај (има наравно теоријски значај). С друге стране, тумачење и није могуће без квалификације уговора. Без обзира на то како је уговор насловљен, због могућности *falsa demonstratio*, али и могућности намерног прикривања праве природе уговора, и наука и суд морају поћи од датог чињеничног стања, одн. садржине уговора, а затим квалификовати уговор и применити одговара-

јућа правна правила.<sup>49</sup> Примена *огџоварајућих* правила, пак, зависиће од тога да ли је у конкретном случају прихваћена примена теорије апсорпције или теорије комбинације или теорије креације или теорије сходне примене и сл.,<sup>50</sup> што у ствари зависи од аргументације правне науке и става врховних судова у појединим државама. Значај правилне квалификације, посебно када се ради о *falsa demonstratio* или о намерном прикривању праве природе уговора, огледа се и у могућности примене конверзије.

2) Повезани и спојени уговори су подваријанте именованих уговора и за њих, у ствари, начелно важе правила посебног дела облигационог права, при чему ће бити од посебног значаја и могућност допуне у уговору присутних празнина свим оним клаузулама које су везане за тај именовани уговор или су уобичајене за њега, осим ако из намере странака не произлази супротно, у смислу да и при тумачењу именованих уговора заједничка намера странака има одлучујући значај, с тим да се мора водити рачуна и о начелима на којима почива конкретно облигационо право.<sup>51</sup> Како су ови уговори састављени од два или више именованих уговора, то ће, нарочито ако се ради о органском јединству тих уговора, у случају квалификације имати посебан значај теорија апсорпције, нпр. у уговору који је састављен од два именована уговора један је очигледно доминантан. Међутим, могућна је одвојена, посебна и паралелна примена правила када се ради о споју два (или више) именованих уговора који нису органски повезани.

3) Атипични уговори, уговори *sui generis* су уговори код којих именовани уговори одсуствују. То су уговори код којих је приватна аутономија, односно аутономија воље странака искоришћена до крајњих граница. Ту намера странака игра још већу улогу него што је то случај код било које врсте именованих уговора, јер овде се не може применити нити теорија апсорпције,

---

<sup>49</sup> Тако швајцарски Законик о облигацијама, у члану 18, предвиђа да у циљу правилне квалификације форме и садржине уговора треба, пре свега утврдити праву намеру уговарача и то без обзира на нетачне изразе или називе које су странке употребиле у заблуди или у циљу прикривања праве природе уговора. Code civil, у члану 1156, једноставно каже да код уговора пре треба истраживати намеру уговарача, него се држати на дословном значењу у уговору употребљених изрза.

<sup>50</sup> Видети: Schluер, *Innominatsvertraege*, стр. 800. и даље; Martinek, *op. cit.*, бр. I, стр. 62. и даље.

<sup>51</sup> За наше право члан 99. ЗОО. Слично и пар. 914 аустријског Грађанског законика.

нити посебна и паралелна примена правила која важе у посебном делу облигационог права, нити, пак, постоји могућност допуне у уговору присутних празнина клаузулама које су везане за неки именовани уговор или су уобичајене за њега. Отуда и утврђивање праве намере странака мора ићи до детаља, а суд мора показати висок степен познавања општег дела облигационог права, као и познавање „духа“ (свих правила) уговорног права, садржаних како у општем, тако и у посебном делу облигационог права.

4) Мешовити уговори, у ствари, стоје између именованих и неименованих уговора. С једне стране, они јесу начињени од познатих елемената именованих уговора, а има и мишљења да се бар део уговора може подвести под елементе једног именованог уговора,<sup>52</sup> али поверилачка страна има интерес да се престација дужника испуни као „органско једињење“, а не у механичком збиру елемената. Другим речима, поверилац не жели да се тај уговор посматра као именовани, већ као неименовани, што је на први поглед противречност. Међутим, уколико се утврди да је по среди заиста један такав атипични уговор, онда је јасно да се ту не могу применити типична правила, јер она важе за именоване уговоре. Ново једињење више не садржи битне особине неког или чак свих својих саставних елемената. Чак и када се у оквиру овог уговора ради о једном препознатљивом именованом уговору, он је утапањем у мешовити уговор изгубио своју ранију самосталност и независност: његове су битне особине управо нови квалитет у односу на конститутивне елементе који га сачињавају. То је, дакле, нови, самостални уговор. Изгледа да пракса упознаје све више оваквих сагласности воља. Ипак мешовити уговори нису једна јединствена целина. То је био разлог што је наука начинила посебну поделу унутар мешовитих уговора.<sup>53</sup> Мешовите уговоре делимо на:

- а) *кумуляцију* именованих уговора;
- б) *јединство* именованих уговора и
- в) *мешовите* уговоре са атипичном противчинидбом.

---

<sup>52</sup> Martinek, *op. cit.*, бр. I, стр. 46.

<sup>53</sup> Упоредити: Larenz, *op. cit.*, бр. II/2, стр. 426; Medicus, *op. cit.*, бр. II, стр. 270; Martinek, *op. cit.*, бр. I, стр. 51; Јакшић-Стојановић: *op. cit.*, стр. 128.

#### 4. КУМУЛАЦИЈА ИМЕНОВАНИХ УГОВОРА

1) Уколико је једна уговорна страна дужна да изврши престаације које се могу сврстати у престаације које улазе у оквир различитих именованих уговора тада је реч о кумулацији именованих уговора. Тип мешовитих уговора може бити у оквиру истог типа уговора (нпр. закуп пословних и стамбених просторија), или потпуно различитих именованих уговора (кумулација уговора о закупу и уговора о делу код биоскопске представе).<sup>54</sup>

2) Код прве подврсте кумулације именованих уговора квалификација је једноставна, док се код друге подврсте може применити теорија апсорпције или теорија комбинације. Теорија апсорпције се, наиме, има применити у свим случајевима када су чинидбе недељиве, односно када се сврха уговора не би остварила дељењем чинидби. На пример, није немогуће замислити поделу чинидби код позоришне или биоскопске представе, али у таквом случају сврха уговора би изгубила сваки смисао. Сврха, смисао, циљ уговора указаће на ону престаацију која превладава и тиме апсорбује остале престаације у конкретном уговору, те ће се одговарајућа, пре свега императивна правила одлучујуће престаације, одн. типа уговора, применити у датом случају. Код теорије комбинације се једноставно узима да се на сваку престаацију примењују она правна правила која за њу важе. То подразумева да су престаације дељиве и да њиховим дељењем уговор и даље може остварити своју сврху. У том смислу, уколико су престаације из једног уговора који обухвата закуп пословног простора и стамбених просторија дељиве, тако да код уговарача остаје интерес да се уговор испуни делимично,<sup>55</sup> јер нпр. нису испуњени законски услови за закуп пословног простора (не одговара принудним прописима који уређују стандарде за ту врсту делатности која би се обављала у пословном простору), примениће се теорија комбинације. Уколико пак то није могуће, јер је купац пре свега имао у виду да развије своју пословну делатност из које би финансирао и плаћање закупнине, те је зато у близини узео и стамбени простор, онда је и правна ситуација другачија. Очигледно је да у таквом случају купац нема интерес да се одржи

---

<sup>54</sup> Martinek, *op. cit.*, стр. 52.

<sup>55</sup> Поверилац није дужан да прими делимично испуњење, осим уколико природа обавезе не налаже супротно. Ако је, пак, у питању новчана обавеза правило је обрнуто – поверилац је дужан да прими и делимично испуњење, осим ако има посебан интерес да га одбије. Видети члан 310. ЗОО.

само закуп стамбених просторија, па се мора прибећи теорији апсорпције, што значи да ће цео уговор бити раскинут.

#### 5. ЈЕДИНСТВО ИМЕНОВАНИХ УГОВОРА

1) Уколико је једна уговорна страна дужна да изврши само једну престацију чија садржина не одговара ни једном типу обавезе која одговара неком именованом уговору, већ се може подвести под најмање два именована уговора, тада је реч о јединству именованих уговора.<sup>56</sup>

2) У нашем праву то би био случај код уговора о уступању и расподели имовине за живота код кога би потомци давали извесну противнакнаду. У вези с тим уговором постоји, наиме, законска претпоставка лукративности, те се тај уговор, по својој правној природи, изједначава са поклоном. Али уколико потомак, одн. потомци дају извесну накнаду, која је увек мања од праве вредности противпрестације претка, онда постоје и елементи уговора о продаји. Но како ту лукративност превладава онерозност, то ће се таква ситуација сматрати врстом мешовитог поклона.<sup>57</sup> Код захтева за раскид уговора, у случају да се утврди да је за уступљену имовину дата противнакнада која одговара нпр. половини њене вредности, била би примерена теорија комбинације. У том смислу за половину имовине могла би се применити правила која важе за поклон (нпр. опозив због неблагодарности), док би се на другу половину могла применити правила за теретне уговоре (уговор о продаји – раскид због неиспуњења, одговорност за материјалне и правне недостатке и др.). Такође ће се радити о јединству именованих уговора када се висина закупнине пословног простора веже за профит који својом делатношћу остварује купац, јер се ту ради о мешавини закупа и ортаклука.<sup>58</sup> У случају спора тешко би се могло претпоставити да ће се странке сложити да се такав уговорни однос сведе нпр. на закуп, јер ако се то догоди онда, са становишта са кога ми посматрамо ове уговорне односе, нема никаквих недоумица (једноставно се примењују правила уговора о закупу). Наравно, исто је и уколико се странке сложе да уговорни однос

---

<sup>56</sup> Martinek, *op. cit.*, бр. I, стр. 54; Schlupe, *Innominatsvertraege*, стр. 800.

<sup>57</sup> О уговору о уступању и расподели имовине за живота в. шире О. Антић, *Наследно право*, Београд, 2002, стр. 309–312.

<sup>58</sup> Видети: Martinek, *op. cit.*, бр. I, стр. 55; Schlupe, *op. cit.*, стр. 801.



претворе у чист ортаклук. Али ако то није случај, полазећи од намере уговарача при закључењу уговора, из које нпр. произлази (критеријуми при подели профита и сл.) да је ортаклук главни мотив закључења таквог уговора, примениће се теорија апсорпције.

#### 6. МЕШОВИТИ УГОВОРИ С АТИПИЧНОМ ПРОТИВЧИНИДБОМ

1) Уколико, пак, престације обе уговорне стране припадају именованим уговорима, али престација једне стране спада у један именовани уговор, а противпрестација друге спада у други именовани уговор, тада је реч о мешовитом уговору са атипичном противчини�бмом. На пример, био случај када се закупца обавезе да ће закупнину „одрадити“ обрађивањем имања, где се преплићу елементи из уговора о раду и уговора о закупу.<sup>59</sup> Код ове врсте уговора, у одређеним случајевима, теорија комбинације може показати извесне предности: на онај део уговора, из нашег примера, где престација указује на закуп, примениће се законске одредбе посебног дела које уређују уговор о закупу; на део који се односи на рад, одредбе о уговору о раду. На тај начин спорна правна питања се знатно поједностављују. Ипак, постоје и ситуације, које су код ове врсте уговора можда и чешће, када се применом правила која следе из теорије комбинације не би остварила сврха уговора. Нама се чини да у сваком мешовитом уговорном односу са атипичном противчини�бмом, када се теорија комбинације покаже неадекватном, треба применити теорију апсорпције. Ако у нашем примеру из намере странака и сврхе целине уговорног односа произлази да рад има превагу над закупом, примениће се правила уговора о раду. И обрнуто, уколико закуп доминира, ваља, у складу са теоријом апсорпције, применити правила уговора о закупу.

---

<sup>59</sup> Видети: Martinek, *op. cit.*, бр. I, стр. 60; Medicus, *op. cit.*, бр. II, стр. 274. Постоје и класични именовани уговори код којих могуће комбинације престација одговарају правној ситуацији која се јавља код мешовитих уговора са атипичном садржином. Тако код уговора о доживотном издржавању као противчини�бме које пружа давалац издржавања могу се јавити елементи уговора о раду, уговора о делу, купопродаје, уговора о ренти и др. Ти елементи јављају се било као самостални, било као повезани у две или више различитих комбинација. О. Антић: *op. cit.*, стр. 322–323.

## IX. ТУМАЧЕЊЕ И КВАЛИФИКАЦИЈА КОНКРЕТНОГ УГОВОРА

### 1. ОПШТЕ НАПОМЕНЕ

1) Приликом квалификације и тумачења конкретног правног посла, па и уговора о извођењу курса „Успешан пут“ требало би поћи од теорије апсорбције. Ово због тога што се примарна престација Fit for Success Academy Ltd. састоји у извођењу обуке и гарантовању постизања одређеног резултата, тј. уопштено говорећи, укупног позитивног развоја личности полазника курса. Остале престације које се тичу обавезе предаје књига немају своју самосталну сврху, тако да су апсорбоване првом престацијом.<sup>60</sup> Уз то, трећа престација Fit for Success Academy Ltd. се састоји у обећању радње трећег лица, односно у гаранцији да ће полазник курса постати члан GEM Collection Ltd., те је са становишта квалификације ирелевантна.

2) У свим посматраним правним системима уговор о обуци, извођењу наставе се квалификује као уговор о делу, а не као уговор о раду, јер је обавеза извођача курса облигација циља, одн. обавеза резултата, а не обавеза средства.<sup>61</sup>

3) Стога, читав уговор о извођењу и похађању курса „Успешан пут“ ваља квалификовати као уговор о делу, те на њега, применити суплеторне норме које се односе на овај уговор.<sup>62</sup>

4) Правила тумачења уговора која су заједничка у свим правним системима налажу да се уговорне одредбе примењују онако како гласе, а да се при тумачењу спорних одредаба не треба држати дословног значења употребљених израза, већ треба истраживати заједничку намеру уговарача и одредбу тако разумети како то одговара начелима облигационог права у конкретном правном систему. Уколико је уговор припремљен и предложен од једне стране, најчешће према унапред одштампаном садржају, нејасне одредбе тумачиће се у корист друге стране. Када се ради о нејасним одредбама код уговора без накнаде, оне се тумаче у смислу који је повољнији за дужника, а у теретном уговору – у смислу којим се остварује правичан однос узајамних

<sup>60</sup> У том смислу и аустријски врховни суд (Obester Gerichtshog, у даљем тексту ОГН) 3. 2. 1976, SZ, 49/13, стр. 53.

<sup>61</sup> У том смислу и ОГН, 3. 2. 1976, стр. 56; Fischer-Huber-Oser, *op. cit.*, стр. 319.

<sup>62</sup> Видети чл. 600–629. ЗОО.

давања.<sup>63</sup> Уз дидактичко тумачење нужно је користити и циљно-телеолошко тумачење како би се сагледала целина и права сврха уговора, и то како у његовој сопственој редакцији, тако и у системској редакцији, када се уговор тумачи посматрано заједно са осталим правним пословима који чине са њим целину, било са оним правним пословима који чине смислену целину са уговором о извођењу и похађању курса „Успешан пут“.

5) У том смислу неопходно је подвући да учесник курса, приликом потписивања уговора о похађању курса, подноси и молбу за пријем у чланство друштва GEM Collection Ltd. Истовремено, учесник прихвата и опште услове друштва GEM Collection Ltd. који у члану 4 предвиђају да „GEM Collection Ltd. нуди енормне могућности зараде“, те који у члану 5. предвиђа право на провизију и начин исплате члану друштва и сл.

6) Слично произлази и када се тумачи уговор о реклами сачињен дана 12. 11. 2002. године између Fit for Success Academy Ltd. и GEM Collection Ltd. Уговор нема тачно одређен предмет, нити се, пак, дефинише у чему се тачно састоје престације уговорних страна, нити, пак, право GEM Collection Ltd. на накнаду. Циљ овог уговора јесте, заправо, пружање могућности GEM Collection Ltd. да нуди трећим лицима књиге „Успешан пут“ за цену од 2.290 евра. Да ли у своје име и за свој рачун или, пак, у своје име, а за рачун Fit for Success Academy Ltd., уговором није одређено.

7) Такође, уговором који су закључила иста лица дана 20. 12. 2001. године – Уговором о сарадњи – предвиђено је да Fit for Success Academy Ltd., преко GEM Collection Ltd., технички спроводи курс „Успешан пут“ (члан 1 став 2), те да полазник курса, лице које уплати Fit for Success Academy Ltd. износ од 2.290 евра, стиче право да постане члан друштва GEM Collection Ltd. Чланством у друштву добија се саодговарајући статус у друштву (члан 2. у вези са чланом 5), право да до краја свог живота похађа курс „Успешан пут“, те право на провизију у случају да успешно рекламира курс „Успешан пут“, ако у друштво доведе нове чланове (члан 5).

8) С обзиром на чињеницу да су сви ови уговори правно, па и економски повезани, те да, с тога, чине економско јединство,

---

<sup>63</sup> Видети чл. 99–101. ЗОО.

неопходно је, дакле, да се, приликом квалификације и тумачења уговора о извођењу и похађању курса „Успешан пут“ читава ова правна операција посматра у својој укупности, узимајући овде у обзир како њен предмет, тако и каузу, односно правни основ због којег се уговорне стране управо обавезују на извршење уговором извршених престација.

9) Кауза обвезивања Fit for Success Academy Ltd. према учесницима курса, а и GEM Collection Ltd. према учесницима курса јесте претходна уплата износа у висини од 2.290 евра. С друге стране, пак, разлог обвезивања учесника курса на плаћање накнаде за похађање курса јесте, у крајњој линији, стицање чланства у друштву GEM Collection Ltd., уз могућност стицања права на провизију, ако члан успе да привуче треће лице да похађа исти курс по истој цени. Провизија члана друштва GEM Collection Ltd. расте геометријском прогресијом, онако како је то одређено у уговору о сарадњи закљученом између Fit for Success Academy Ltd. и GEM Collection Ltd. Овде се, уопштено речено, ради о тзв. систему пирамиде, односно о некој врсти уговора о игри на срећу који је, отуда, превасходно алеаторног карактера.

2. КВАЛИФИКАЦИЈА И (НЕ)ДОПУШТЕНОСТ УГОВОРА  
О ПОХАЂАЊУ КУРСА FIT FOR SUCCESS ACADEMY LTD.  
У ПРАВУ АУСТРИЈЕ

1) Аустријско право разликује тзв. „Schneeballsystem” (систем снежне лопте) и тзв. „Multy-Level Marketing System” (систем вишестепене рекламе).<sup>64</sup>

2) Систем „снежне лопте” састоји у томе да клијент добија услугу или робу чија је стварна вредност десет јединица, уз истовремено обећање да ће добити назад цену коју је платио за ту робу или услугу, увећану и по неколико пута, уз услов да наведе и друга лица да са понуђачем закључе под истим условима уговор о продаји робе или пружању услуга. Битно је за овај систем да се клијенту у тренутку закључења уговора обећавају конкретне погодности.

3) С друге стране, пак, „Multy-Level Marketing System” се састоји у томе да се клијенту у време закључења уговора не обећавају никакве конкретне погодности приликом куповине

---

<sup>64</sup> Видети: Baumbach, Wettbewerbsrechts, Wien, 2001, бр. 172 и даље.

робе или плаћања цене услуге. Напротив, овде у моменту закључења уговора постоји једнака вредност међусобних престација, али се клијенту у тренутку закључења уговора омогућава да настави да ради за налогодавца и да за њега прибавља нове клијенте уз могућност да за то добије провизију као неку врсту надокнаде.

4) Систем „снежне лопте“ је забрањен у Аустрији,<sup>65</sup> као и у многим другим државама, нпр. Француској и Немачкој,<sup>66</sup> као противан јавном поретку. Уз то, у Аустрији је закључење оваквих уговора кривично дело и забрањена је кривична санкција.<sup>67</sup>

5) У погледу друге врсте уговора, Multy-Level-Marketing System сматра се како у доктрини, тако и у судској пракси да су допуштени, односно да немају елементе алеаторности.<sup>68</sup>

6) Међутим, допуштеност и једне и друге врсте уговора мора да се цени од случаја до случаја, при чему се узимају у обзир све околности, али, пре свега, и поједине уговорне одредбе. Оно што је сигурно јесте да су, према аустријској судској пракси, у оваквим врстама уговора клаузуле којима се забрањује раскид или отказ уговора или, пак, којима се клијенту ускраћује право да захтева на било који начин (укључујући, али не ограничавајући се на судски поступак) повраћај накнаде коју је платио за курс *ништиваве*.<sup>69</sup>

7) У конкретном случају, Fit for Success Academy Ltd. се обавезао према полазницима курса на три престације, како је то речено, при чему се трећа састоји у обећању радње трећег лица. Радња трећег лица, која сама по себи не ствара за то треће лице никакву обавезу, састоји се у обећању чланства у друштву GEM Collection Ltd., при чему чланство у GEM Collection Ltd. пружа могућност полазнику курса да делимично поврати свој новац и заради провизију.

8) Приликом тумачења да ли се ради о једној или, пак, другој врсти уговора треба поћи од оцене следећих чињеница:

<sup>65</sup> Видети OGH, 1997, 1006 2429/96; OGH 1996, 506 506/96.

<sup>66</sup> Видети: Koppersheimer, *op. cit.*, бр. 172.б.

<sup>67</sup> Пара. 6.ц. UWG; пара. 27. . UWG.

<sup>68</sup> Видети: Koppersheimer, *op. cit.*, бр. 174. са упућивањем на аустријску судску праксу.

<sup>69</sup> У том смислу ништаве су и клаузуле у погледу курса за обуку OGH, 3. 02. 1976, СЗ, 49/13, стр. 53. и даље.

а) колико је курс заиста подесан, с обзиром на време и интензитет трајања, да произведе обећани циљ;

б) какав је наставни квалитет лица која изводе курс;

в) какав је квалитет наставног материјала садржаног у књигама „Успешан пут“;

г) каква је била стварна намера странака приликом закључења уговора, што не може да се утврди *in abstracto*, већ напротив само саслушањем странака у поступку пред судом;

д) какав је био наступ Fit for Success Academy Ltd. у фази пре закључења уговора, односно шта све Fit for Success Academy Ltd. обећава полазнику курса пре него што овај донесе одлуку да закључи уговор.

9) Ипак, с обзиром на чињеницу да Fit for Success Academy Ltd. већ у моменту закључења уговора обећава радњу трећег лица, GEM Collection Ltd., односно чланство у овом друштву које за собом повлачи могућност „енормне зараде“, како се то наглашава и у општим условима пословања GEM Collection Ltd., али да, с друге стране, ако полазник курса постане члан друштва GEM Collection Ltd. добија једну акцију друштва GEM Collection Ltd. у вредности од једне фунте стерлинга, склони смо схватању да би по аустријском праву, с обзиром на то да је ово право најрестриктивније у том погледу, оваква врста уговарања у својој укупности била окарактерисана као пирамидална игра и да би, самим тим, била недопуштена, односно апсолутно ништава.

10) Посебно би требало напоменути да је закључење оваквих уговора, неретко, праћено могућношћу преваре, односно намере да се долозно оштети полазник курса, јер је круг лица који полазници курса могу да привуку да похађају курс ограничен, а управо привлачење што већег броја лица чини основ за стицање права на провизију. Отуда се унапред зна да последњи чиниоци у ланцу, полазници курса, или готово да немају никакве шансе да у ланац увуку нова лица и тиме стекну право на провизију или је та могућност веома ограничена.<sup>70</sup>

11) Веома је тешко одговорити на питање да ли би и колики број учесника курса прихватио да похађа курс, уз претходну уплату од 2.290 евра, да му се у тренутку закључења уговора не ставља у изглед могућност „енормне“ зараде. Таква би се чиње-

---

<sup>70</sup> Тако изречито OGH, 1996, 506 506.

ница могла, на правно релевантан начин, утврдити само у судском поступку.

12) Права последица закључења ништавог правног посла, у наведеном смислу, по аустријском праву и, наравно, не само по аустријском праву, јесте повраћај датог.<sup>71</sup>

3. КВАЛИФИКАЦИЈА И (НЕ)ДОПУШТЕНОСТ УГОВОРА  
О ПОХАЂАЊУ КУРСА FIT FOR SUCCESS ACADEMY LTD.  
ПО ПРАВУ СРБИЈЕ И ЦРНЕ ГОРЕ

1) За разлику од наведеног упоредноправног прегледа, у нашој земљи нисмо успели да пронађемо објављену судску праксу везану за овакав или, пак, сличан тип уговора.

2) Постоји могућност да се упоредноправна решења која смо детаљно анализирали, *mutatis mutandis*, пренесу и у наш правни систем, при чему би се упориште за једно такво схватање могло наћи у појединим одредбама ЗОО, као на пример одредбама чл. 51. и 52 (основ обавезе), члан 53 ст. 2. и 3 (побуда за закључење уговора), члан 103 (ништавост уговора због противности јавном поретку и добрим обичајима), чл. 139. и 141 (лезија, тј. прекомерно оштећење и зеленашки уговор), члан 143 (ништавост појединих одредаба општих услова).

3) Када се ради о примени нашег права на наведене уговорне односе, сигурно је да се, као што је то случај и у упоредном праву, применом теорије апсорпције, ради о уговору о делу, при чему Fit for Success Academy Ltd. обећава полазницима курса успех, односно одређени резултат. Међутим, резултат извршења обавезе Fit for Success Academy Ltd. се не састоји само и искључиво у обезбеђењу могућности полазницима курса да поврате свој новац плаћен за курс, односно да дођу до зараде стицањем провизије.

4) Нужно је да се у сваком појединачном случају тумачи и сазна основ обвезивања сваког појединачног полазника курса, као и његова конкретна побуда приликом закључења уговора. Могуће је, наиме, да се поједини полазници курса не руководе преваходно могућношћу да зараде провизију, већ, напротив, могућношћу да учине значајне кораке на развоју своје личности.

---

<sup>71</sup> Видети OGH, 1997, 1006 2429.

5) Имајући у виду изразито повољне рецензије стручњака, допуштеност наведеног уговора о похађању курса „Успешан пут“ може једино да се цени у сваком појединачном случају, уз оцену каузе и мотива обвезивања сваког појединачног учесника.

6) Ако је могућност зараде у пирамидалном систему био једини, одн. искључиви или, пак, одлучујући разлог обвезивања полазника курса и ако је такву побуду приликом закључења уговора иницирао Fit for Success Academy Ltd., тада би уговор о похађању курса са Fit for Success Academy Ltd. био ништав, као противан добрим обичајима и јавном поретку. Али, и обрнуто, уколико Fit for Success Academy Ltd. није ни на који начин довео саговорача у заблуду, као и уколико полазник курса није закључио наведени уговор због могућности пирамидалне зараде, такав уговор би могао да опстане.

## ЗАКЉУЧАК

1. Неименовани уговори пружају уговорним странама могућност најшире примене приватне аутономије која је могућна у облигационом праву. Уговорачи могу предвидети најразличитије престације, укључујући и неуобичајене и до тада непознате. Њихова слобода воље је веома широка, али, разуме се, није неограничена. Граница те слободе је у свим правима омеђена јавним поретком, у најширем смислу те речи. Она је у нашем праву означена као граница коју постављају принудни приписи, јавни поредак и добри обичаји. Треба приметити да код конкретног претресања неименованог уговора треба, пре свега, обратити посебну пажњу на поштовање основних начела садржаних у праву које је меродавно за дати уговор.

2. У примеру Fit for Success Academy Ltd. и GEM Collection Ltd., с обзиром на то да странке нису уговориле меродавност права, неопходно је утврдити меродавно право на основу објективних тачака везивања, и то на основу принципа најтешње повезаности.

3. Као меродавно право долазе у обзир право Аустрије, право Гибралтара, као и право Србије и Црне Горе.

4. Уколико би у конкретном случају било меродавно наше право, а за то, како смо видели, има основа, допуштеност или недопуштеност оваквих уговора, одн. појединих одредби наведених уговора, у недостатку посебне (специјалне) регулативе, мог-



ла би да се потврди или, пак, негира тек након сагледавања свих околности сваког појединачног случаја. Начелно, наведени уговори се могу сврстати у систем вишестепене рекламе, што би имало за последицу да нису а priori недопуштени. С друге стране, сходно нашем праву, неименовани уговори би се морали ставити под лупу, пре свега, основних начела облигационог права садржаних у Закону о облигационим односима. То би била следећа начела: равноправност страна; савесност и поштење; забрана злоупотребе права; забрана стварања и искоришћавања монополског положаја; једнака вредност давања (еквивалентност престација); забрана проузроковања штете; дужност испуњења обавеза; понашање у извршавању обавеза и остваривању права; решавање спорова на миран начин; примена добрих пословних обичаја.<sup>72</sup>

5. У примеру уговора који су везани за Fit for Success Academy Ltd. и GEM Collection Ltd., иако се одређени однос квалификује као уговор о делу, има других уговорних односа који спадају у материју неименованих уговора, једна страна (правно лице) би се могла позивати на начело дужности испуњавања обавеза, као и на начело решавања спорова на миран начин. Наиме, уговарач (физичко лице) који није задовољан закљученим уговором, пре подношења тужбе, требало би, ради решавања спорних питања на миран начин, да се обрати другој уговорној страни. С друге стране, правно лице може инсистирати на начелу *pacta sunt servanda*, односно да су странке дужне да извршавају своје обавезе управо онако како је то уговором предвиђено и одговорни су за њихово испуњење, тим пре што је у конкретном случају све прецизно уговорено и то у писаном облику. Када би се, дакле, на уговорне односе који су везани за Fit for Success Academy Ltd. и GEM Collection Ltd. применила правила теорије аутономије воље, као и несумњиво значајни принцип *pacta sunt servanda*, закључак би, неоспорно, гласио да се нити једна уговорена престација не може оспорити, будући да су засноване на слободи воље уговорних страна, да је свака престација темељно разрађена и објашњена, да је сваки уговарач који је приступио адхезионом уговору потписао констатацију да су у уговору наведени услови објашњени и да је кандидат добио одговор на свако питање, те је у потпуности разумео све услове учешћа на курсу и прихватио их. Ипак, савремена права би, а међу њима и наше, бар неке од-

---

<sup>72</sup> Чланови 11–19. и члан 21 ЗОО.

редбе ових уговора, с обзиром на присуство све већег броја ограничења слободе уговарања, ставило под знак питања.

6. Друга уговорна страна (физичко лице) могла би се тако позвати, у циљу истицања неважности уговора (у целини или делимично), пре свега, на чињеницу да правна лица Fit for Success Academy Ltd. и GEM Collection Ltd., с обзиром на позитивне прописе који су на снази у Србији и Црној Гори, не могу да непосредно обављају своју регистровану делатност на територији Србије и Црне Горе. Чињеница да је друштво Fit for Success Academy Ltd. закључило уговор о налогу са предузећем BK Business consulting d.o.o. са седиштем у Београду нема утицаја на немогућност оваквог пословања на територији Србије и Црне Горе. Међутим, овај је проблем отклоњиве природе, јер наведена правна лица могу уредити свој статус у складу са позитивним правом у нашој земљи. Физичко лице могло би се, потом, позвати на начело савесности и поштења, на начело једнаке вредности давања, као и на примену добрих пословних обичаја. Физичко лице би се могло позвати и на низ посебних одредаба ЗОО: на одредбе чл. 51. и 52 (основ обавезе), члан 53 ст. 2. и 3 (побуда за закључење уговора), члан 103 (ништавост уговора због противности јавном поретку и добрим обичајима), чл. 139. и 141 (лезија, тј. прекомерно оштећење и зеленашки уговор), члан 143 (ништавост појединих одредаба општих услова).

7. Исход спора би зависио, наравно, од исхода доказног поступка, при чему би се нарочито морало водити рачуна о понашању уговорних страна и истраживању њихових побуда приликом закључења уговора. У ствари, ту би се, као посебно неуралгичне, нашле две групе питања: с једне стране, то би била питања везана за постојање или непостојање пирамидалног система зараде, а са друге стране, поставио би се проблем допуштености одредбе о немогућности враћања уписнине курса, и то како стоји у уговору – ни парцијално, чак и ако се учесник курса одрекне да прими делове курса!

8. Уколико би се доказало да је у питању пирамидални систем зараде и да је он био одлучујућа побуда за ступање у уговорни однос, онда би у већини савремених права, нарочито Европске уније, такав уговор, као споразум противан јавном поретку и добрим обичајима, био ништав. Такво решење треба усвојити и за наше право. С друге стране, уколико и постоји могућност прогресивне зараде (а то је могућно и у систему вишестепене рекламе), али она *in concreto* није била одлучујућа

побуда за закључење предметног уговора, тако уговорене престације могу се сматрати допуштеним. Уосталом, како у упоредном праву, тако и код нас, различите посредничке провизије, па и провизије у систему вишестепене рекламе, нарочито у области осигурања, сматрају се допуштеном садржином уговора.

9. Међутим, када је реч о одредби адхезионог уговора<sup>73</sup> која другој уговорној страни, која приступа уговору, одузима могућност повраћаја уплаћених средстава у сваком случају, па чак и у случају делимичног раскида уговора, таквој одредби не би требало признати правно дејство, јер је противна јавном поретку и добрим обичајима. Слично је и с тачком 7. Општих обавезних услова пословања за куповину, учествовање и чланство на курсу школовања организованог преко Fit for Success Academy Ltd., где је предвиђено да ће учесник курса који прекрши правила или покуша да проузрокује „неправилности у подручју пословне делатности, бити искључен и губи сва права“. Тако рестриктивна клаузула, која омогућава једној уговорној страни (и то оној која је унапред припремила, одштампала и предложила садржину уговора) да другу лиши свих права из уговора, противна је јавном поретку и добрим обичајима у промету и отуда ништава. Ово тим пре, што су за повреде уговора од стране правног лица, које је адхезиони уговор саставило, предвиђене знатно блаже санкције.

10. Коначно, на остале одредбе ових уговорних односа требало би, применом теорије апсорпције, *mutatis mutandis*, применити правила Закона о облигационим односима која уређују уговор о делу. Иначе, у швајцарском праву, а као што је познато управо је то право било узор за наш Закон о облигационим односима, Федерални суд примењује теорију апсорпције.<sup>74</sup>

---

<sup>73</sup> Овде се мора имати у виду и то да је једна страна (правно лице) унапред припремила, одштампала и предложила садржај уговора, као и да су садржину уговора другој страни објашњавала лица управо запослена код тог правног лица.

<sup>74</sup> Због комбиновања правила садржаних у општим начелима и правила садржаних у посебном делу Законика о облигацијама, у науци се овај систем који примењује швајцарски Федерални суд понекад назива – апсорпција са клаузулом одступања. В. Schluer, *op. cit.*, стр. 804.

Oliver Antić\*

## NOMINATE AND INNOMINATE CONTRACTS IN THE PRESENT-DAY LAW OF OBLIGATIONS

### Summary

This paper discusses the problems that arise in the present-day Law of Obligations, in connection with the classification of contracts into nominate and innominate contracts. The analysis contains a theoretical examination of the said contracts, their sub-types (linked, joined, mixed and atypical), their qualification and interpretation, the conflict of laws in the domain of contracts, particularly in view of public policy. Without referring to the classic institutions of obligation, i.e. contractual law, it is difficult or even impossible to understand the changing nature of contractual relations in our times, especially because they seem to be taking on completely new forms. What appear to be quite new forms of innominate contracts, often on the very boundaries of public policy (public order), fair dealings, and prohibited contracts impose the need for a thorough and theoretical re-examination of the old classification of contracts into nominate and innominate. In fact, those modern, apparently, completely new contracts can be reduced to a kind of sub-type, which is between classic nominate and innominate contracts. This premiss could have significant, practical consequences because the legal life of such a contract will largely depend on the application of one or the other theory, e.g. the theory of absorption or the theory of combination, with the possibility of relativising clear-cut types of contracts (e.g. the theory of absorption with certain specificities). It goes without saying that all of this, significantly eases the practical understanding and treatment of such contracts, especially from the viewpoint of the basic and, in a certain sense, most important question – their permissibility.

Besides the theoretical approach, the paper also deals with all the legal aspects of one specific, innominate contract, which provoked heated public debate and was the subject of several court cases. In conclusion, based on the doctrinal grounds, on experience in comparative law, as well as on foreign cases, the author gives his view of the resolution of these extremely complex problems, which in our judicial practice would require the application both of general and of particular rules contained in the Law of Obligations, and the appropriate application of special legislation.

Key words: *Nominate contracts. – Innominate contracts. – Joined contracts. – Mixed contracts. – Theory of absorption.*

---

\* Dr. Oliver Antić, Full Professor, Faculty of Law in Belgrade.

Oliver Antić\*

## LES CONTRATS NOMMES ET LES CONTRATS INNOMES DANS LE DROIT CONTEMPORAIN DES OBLIGATIONS

### Résumé

La classification des contrats nommés et innomés est de plus en plus importante dans le droit contemporain des obligations. Dans cet article, l'analyse se rapporte à la notion du contrat, à la classification des contrats, à leur subdivision (contrats liés, mixtes et atypiques) et à leur qualification et interprétation, ainsi qu'aux conflits de lois dans le domaine contractuel, notamment en ce qui concerne l'ordre public. Dans la pratique de tous les jours, on peut se rendre compte de l'existence de nombreux contrats qui à première vue ont des formes tout à fait nouvelles. Ces nouveaux contrats innomés, se heurtent souvent à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Or, il est impossible de les comprendre sans se référer aux règles classiques du droit contractuel. Ainsi s'impose la nécessité d'approfondir les études de la vieille classification des contrats en nommés et innomés. Il est fort probable que ces études donneront comme résultat que ces contrats apparemment tout neufs se réduisent en fait à une sous-espèce se trouvant dans une zone grise à la limite des contrats nommés et innomés. C'est souvent du choix doctrinal entre la théorie de l'absorption et celle de la combinaison des éléments, dont dépendra la qualification de ces nouvelles formes. En procédant ainsi on va faciliter la compréhension et la qualification de ces nouveaux contrats en ce qui concerne leur validité.

Dans cet article, on a étudié un cas pratique qui dans l'opinion publique a soulevé bien des points de vue divergents, voire polémiques et qui, en outre, a fait l'objet de nombreux litiges. En conclusion, l'auteur partant des principes généraux de droit, des expériences du droit comparé, et de la jurisprudence des tribunaux étrangers expose son opinion sur la manière dont on pourrait trouver des solutions satisfaisantes à ces questions difficiles.

Mots clés:        *Contrats nommés. – Contrats innomés. – Contrats liés. – Contrats mixtes. – Contrats inter liés. – Théorie de l'absorption*

---

\* Oliver Antić, professeur à la Faculté de Droit de Belgrade.