

Др Небојша Јовановић

редовни професор Правног факултета
Универзитета у Београду

ПОЈАМ УГОВОРА У АНГЛОСАКСОНСКОМ ПРАВУ*

Многи правници су у заблуди кад мисле да сваки споразум о поштеном послу јесте уговор и да ужива правну заштиту у сваком правном систему. Споразум који један правни систем признаје за уговор, други може да не признаје, те да му не пружа правну заштиту. Српска лица, углавном компаније, често прихватају страно право, као меродавно, у својим спољнотрговинским уговорима, не схватајући последице различитости правног режима тих права у односу на домаће право. Циљ овог чланка је да се објасни појам уговора у енглеском и другим правима common law система, као и да се укаже на његове битне разлике у односу на српско право. У основи англосаксонског појма уговора лежи теорија притивчинидбе (Doctrine of Consideration), која га битно сужава у односу на српско схватање. Она се међу српским правницима често погрешно схвата као теорија о каузи, схваћеној на енглески начин. У чланку се због тога даје појам уговора у англосаксонском праву, објашњава теорија противчинидбе, садржина противчинидбе, њена примена у једностраним, двостраним, добротним и привидним уговорима, као и улога намере и теорије естопела (Doctrine of Estoppel). Уједно се указује на основне разлике између енглеског и америчког права у вези с појмом уговора. У закључку се пореди противчинидба англосаксонског права са сличним појмовима српског уговорног права. Чланак даје приказе многих преседана из енглеске и америчке судске праксе.

Кључне речи: Уговор. – Противчинидба. – Consideration. – Естопел. – Кауза.

1. УВОД

У свим земљама је уговор споразум (договор, сагласност воља) најмање два лица, којим пристају да предузму одређене радње, или,

* Чланак је настао у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Београду *Развој правног система Србије и хармонизација с правом ЕУ (правни, економски, политички и социолошки аспекти).*

што је ређе, да се од њих уздрже. Српски народ каже: „Во се држи за рогове, а човек за реч“. То значи да је морално да се обећања, која леже у основи споразума, испуњавају како су дата. Ако се обећање не испуни, постоје бројне мере санкционисања његовог даваоца, укључујући и правне мере принуде. Ни у једној земљи, међутим, не уживају правну заштиту сви споразуми односно сва обећања, јер су правом из ње искључене неке њихове врсте. Разлози искључења су разни, као што су уздржавање државе од мешања у породичне или пријатељске односе (на пример, свакодневни брачни договори, договор о изласку у позориште), неозбиљност појединих споразума (на пример, малолетника, пијанаца) или њихова противност основним вредностима друштва у одређеној земљи (на пример, да се неко убије или покраде). Отуда је правни појам уговора ужи од социолошког, јер право пружа заштиту само споразумима који испуњавају правне услове за уговор. Зависно од система вредности који се прихвата, свако национално право ствара „свој“ појам уговора. Он се донекле разликује од појма у осталим националним правима, јер не пружа заштиту неким споразумима, којим је друго национално право пружа и обратно.

У време подвојености света на грађанске и социјалистичке државе, ова разлика је била очљива. Социјалистичке земље су ускраћивале правну заштиту споразумима који су угрожавали повлашћеност државне (друштвене) својине и колективистичке интересе њихових друштава, док су грађанске државе санкционисале неповредивост приватне својине. Слично тој подвојености која данас нестаје, постоји подвојеност између схватања уговора у англо-америчком систему права („систем општег права“, *common law*) и континентално-европском систему („систем грађанског права“, континентално право, *civil law*), која опстаје.¹ Бројне су заблуде међу српским правницима о уговорима у систему општег права, које могу да изазову озбиљне штете домаћим лицима. Штете су нарочито могуће у спољ-

¹ Англо-амерички правни систем се у Србији назива и англосаксонским. Оба израза се у свету сматрају застарелим, јер се тај систем углавном зове „систем општег права“ (*common law system*). Придев „општи“ је овај правни систем добио због вишевековног настојања „краљевских судова“ (*Royal Courts*) у Енглеској (почев од XV века), да наметну својим пресудама једно опште право једнако примењиво на сва лица у тој земљи. Краљевски судови су били подређени краљу, као централној власти, те су тиме потискивали постојеће шаролико и расцепкано право, које су у то време стварали бројни судови у тој земљи (судови племића, цехова, гилди и др.), а које је ометало слободу трговине, која се у то време нагло развијала. Због таквог настојања названи су и судовима општег права (*common law courts*). Енглеска је освајањем колонија своје право проширила и на њих, тако да се оно данас примењује у великом броју земаља, које насељава скоро две милијарде становника. Оно се није битно изменило ни након ослобођења колонија (на пример, САД, Канада, Јужна Африка, Индија, Аустралија, Нови Зеланд, Хонконг). В. Е. Edward, *The Anglo-American Law of Contracts*, L. G. D. J. – Jupiter, Paris 2001, 16.

нотрговинским уговорима, у којим се предвиди примена неког англо-америчког националног права (на пример, енглеског) као меродавног, што српски привредници често олако прихватају, иако имају врло слабу представу о њему.²

2. ДЕФИНИЦИЈА

На први поглед, у систему општег права уговор се схвата као у српском праву. У њему је уговор „споразум који је правом признат или заштићен, стварајући права или обавезе за своје стране“.³ Ова дефиниција је слична српским уобичајеним дефиницијама уговора. Тако је, по Јакову Радишићу, уговор размена сагласних изјава воље између два или више лица, којом се заснива, мења или укида одређени правни (облигациони) однос.⁴ „Сагласност воља“ у српским дефиницијама је, у ствари, „споразум“ у *common law* дефиницијама, а „правни однос“ у српским дефиницијама су „права и обавезе“ уго-

² Један од разлога незнања и заблуда српских правника о систему општег права, поред површности и невољности практичара за удубљивање у проблеме, је малобројност научних радова на тему поређења овог и континенталног правног система у Србији. Један од ређих је чланак О. Становјевића „Римско и англосаксонско схватање својине“, *Анали Правног факултета у Београду (Анали ПФБ)* 5–6/1972, 843–857.

³ G. Treitel, *An Outline of the Law of Contract*, Oxford Univeristy Press, Oxford 2004, 1; слично E. McKendrick, *Contract Law*, Palgrave, Basingstoke 2007, 3–6. Дефиницију уговора најближу схватању српских правника даје Денис Кинен (*Keenan Denis*), који каже да је уговор споразум између два или више лица да нешто чине или да се уздрже од чињења, који је по праву утужив, под условом да имају намеру стварања правног односа, а не само међусобне размене обећања (*Law for Business*, Person Education Ltd., Harlow 2006, 85). Амерички писци дефинишу уговор слично енглеским, али често наглашавају састојак обећања у уговору, јер је он наглашен у Другом преуређењу уговора (*Restatement of Contracts, Second*, даље: *Restatement Second*), које је израдио Амерички правни институт (*American Law Institut*) 1932. године, као зборник правила уговорног права, а изменио га 1960. године. Иако га није изгласао Конгрес, те није формални извор права, *Restatement Second* има велики утицај у судској пракси, јер се судови често позивају на његова правила у тумачењу права при решавању спорова. По том зборнику „уговор је обећање или скуп обећања, чија повреда даје право на заштиту, или чије испуњење право признаје као обавезу“ (чл. 1). Иначе, главни извор уговорног права у САД је, поред судске праксе, Јединствени трговински законик (*Uniform Commercial Code*) из 1962. године, којег су прихватили законодавни органи већине њених чланица. У Енглеској је главни извор уговорног права судска пракса, с тим што има и доста закона, од којих су најважнији Закон о продаји робе из 1979. године (*Sales of Goods Act*), Закон о снабдевању робом и услугама из 1982. године (*Supply of Goods and Services Act*), Закон о уговорним правима трећих лица из 1999. године (*Contracts /Rights of Third Parties/ Act*) и Закон о потрошачком кредиту из 2006. године (*Consumer Credit Act*).

⁴ Ј. Радишић, *Облигационо право*, Номос, Београд 2004, 70; слично С. Перовић, *Облигационо право*, Службени лист СФРЈ, Београд 1981, 151.

ворника у англосаксонским дефиницијама. Међутим, битна разлика између српског и *common law* схватања уговора је у врсти споразума, који ужива заштиту објективног права. Систем општег права као уговоре признаје и штити само споразуме, којим се сваки уговорник обавезује на одређену чинидбу (радњу). Отуда, споразуми којим се само једна страна обавезује да предузме одређену радњу, а друга не, нису уговори и не уживају правну заштиту (на пример, поклон). То је уже схватање од нашег права, где сваки споразум, којим се макар једна страна обавезује да предузме правно допуштену радњу, јесте уговор и тиме је правно заштићен. То практично значи да енглеско и друга англо-америчка права за уговоре признају само споразуме у којим се свака страна обавезује да изврши неку чинидбу (да пружи накнаду, противчинидбу, узвратну радњу) за корист, коју од друге прима. Условно речено, „опште право“ за уговоре признаје само споразуме, који се у српском праву сматрају двостраним и теретним, јер стварају обавезе за обе стране. Једнострано обавезни споразуми, који стварају обавезе само за једну страну, нису уговори у „општем праву“, док у српском јесу.

Алан Фарнсворт (*Allan Farnsworth*), уважени амерички професор права, истиче да право поставља два ограничења, којим се сужава правни појам уговора у односу на споразум (обећање).⁵ Прво, уговор се ограничава само на обећање које је по праву пуноважно, што начелно значи да мора да има за предмет *размену* вредности између уговорника. Друго, уговор је ограничен само на обећања која се одnose само на *будуће* понашање (радње) уговорника. Готовинска продаја (плаћање цене за ствар коју купац истовремено узима од продавца) или трампа (истовремена размена ствари) не садржи обећање будуће радње, јер ју је сваки уговорник већ извршио, те није ни уговор. За разлику од тога, правне радње готовинске продаје и размене, у српском праву несумњиво јесу уговори и уживају правну заштиту (на пример, за случај правних или физичких мана испуњења).

3. ТЕОРИЈА ПРОТИВЧИНИДБЕ

О чему се заправо ради у *common law* схватању уговора? Ради се о примени „теорије противчинидбе (накнаде, узвратне радње; *Doctrine of Consideration*)“, која се у српској правној науци углавном погрешно схвата. Српски правници противчинидбу (*consideration*), која је у енглеском праву услов за утуживост права по основу споразума, најчешће изједначавају са каузом.⁶ Противчинидба у англосак-

⁵ A. Farnsworth, *Contracts*, Aspen Publishers Inc., New York 1999, 3–5.

⁶ По Закону о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, свака уговорна обавеза мора да има допуштен основ (тј. каузу), иначе је

сонском уговорном праву није кауза (разлог) уговора српског права, јер англосаксонско право не поставља каузу као услов настанка и пуноважности уговора, као што то чини српско право, пошто то у англосаксонском праву није битно.⁷ У англосаксонском праву је за постојање и пуноважност уговора битно само да ли једна страна у споразуму обећава неку противчинидбу другој страни, за корист коју од ње прима. Та противчинидба је услов настанка и пуноважности уговора, јер споразум није уговор ако не предвиђа чинидбу (противчинидбу) за обе стране, у ком случају није правно заштићен. То значи да стране у таквом споразуму не могу судским путем да остваре своје захтеве из њега.

Противчинидба или накнада у систему општег права може да буде било која радња, која није забрањена објективним правом.⁸ Та радња у сваком случају мора да представља или *корист*, коју један уговорник даје другом за корист коју од њега прима, или *терет* (губитак, непријатност), који сноси за корист коју од другог уговорника по уговору прима.⁹ Небитно је да ли је противчинидба једног уговорника циљ (разлог) због којег други са њим закључује уговор. Отуда је уговор пуноважан (обавезујући) и кад уговорник противчинидбом другог не постиже било какав циљ (значи, кад његова обавеза нема каузу) или постиже различит циљ од оног који, по општем мишљењу, по основу ње треба да постигне.¹⁰ Свакако, међутим, да радње које су уговорници обећали да учине у споразуму не смеју да буду забрањене, као и што мора да буду одређене или бар одредиве и могућне, као што то српско право тражи за каузу и предмет уговорних обавеза.¹¹

уговор ништав (чл. 51–53). Код добротних уговора основ обавезе добротничитеља је његова намера даривања (*intentio liberalis*). О каузи в. С. Перовић, 323–338; Ј. Радишић, 84–86. О поређењу и упрошћеном изједначавању каузе и *consideration* в. О. Антић, „Кауза“, *Правни живот* 10/2005, 840–844.

⁷ Ово је преовлађујуће мишљење енглеских правника, јер има и мишљења (на пример, *Aiyah*, 1986), по којим теорија противчинидбе служи судовима само као изговор да оспоре уживост обавезе из уговора, за коју оцене да нема оправданог разлога да ужива правну заштиту у случају да немају други јаснији правни основ за одбијање захтева. Ово мањинско мишљење, у ствари, се приближава изједначавању каузе уговорне обавезе континенталног права са противчинидбом енглеског права, в. Е. McKendrick, 86.

⁸ А. Farnsworth, 47.

⁹ Ј. Cartwright, *Contract Law – An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Hart Publishing, Oxford 2007, 118–129; *Chitty on Contracts*, I (ed. Н. G. Beale), Sweet & Maxwell, London 2004, 215–219, 224–225, 229–233; G. Treitel, 29–35; Е. Errante, 62.

¹⁰ Рецимо, уговор у енглеском праву постоји и кад један уговорник обећа другом лицу 1.000 фунти, ако се за Божић окупа на плажи Брајтона, иако, објективно гледано, нема никакву корист од саговорничковог купања, те тиме нема ни каузу за своју обавезу.

¹¹ G. Treitel, *Chitty on Contracts I*, 218.

Да би српски правници схватили значај противчинидбе, као услова за настанак уговора у енглеском праву, најбоље је да се укаже на пресуду у парници *Combe v. Combe* (1950).¹²

Комбови су се венчали 1915. године, а растали се 1939. Суд је отпочео поступак развода фебруара 1943. године на захтев супруге. Истог месеца супруг је током бракоразводне парнице, преко својих адвоката, понудио у писменој форми да плаћа на име издржавања бившој супрузи 100 фунти годишње нето (без пореза на доходак). Он је био обавезан да јој плаћа издржавање по тадашњем закону Британије, иако је она годишње имала приходе између 700 и 800, а он само 650 фунти. Супруга је његову понуду прихватила, те у бракоразводној парници није истакла захтев за издржавање. Никакво писмено одрицање од захтева за издржавање није потписала, већ се поуздала у писмено обећање супруга. Одлука суда о разводу брака постала је правноснажна неколико месеци касније. Након тога, адвокати госпође Комб су писмено опоменули г. Комба да је дужан да накнаду за издржавање плаћа тромесечно у једнаким оброцима у означене датуме. Г. Комб им је одговорио да у свом писменом обећању није одредио да ли ће годишњу накнаду за издржавање да плаћа једнократно или у оброцима, те да тренутно нема новца. Након тога је ниједном није платио, иако га је г-ђа Комб више пута опомињала. Коначно је јула 1950. године, након више од шест година од правноснажности развода, поднела тужбу да јој се плате неисплаћене накнаде у износу од 675 фунти.

У насталој парници, првостепени суд је одбио тужбени захтев за износ од 75 фунти, јер је био застарео, док га је у преосталом делу усвојио.¹³ По жалби туженика, другостепени суд је одбио у целости тужбени захтев, уз образложење да никакав уговор о издржавању између парничних странака није закључен, а да је тужиљино право на издржавање престало правноснажним окончањем бракоразводне парнице, због тога што пре њеног окончања није поднела захтев за издржавање. По схватању енглеског суда, уговор није био закључен, јер се г-ђа Комб није обавезала ни на какву противчинидбу свом бившем супругу за примање издржавања, чак ни на то да се, за узврат, одриче тужбеног захтева за издржавање, што је нужан услов за постојање неформалног уговора. Да се у бракоразводној парници одрекла од захтева за издржавање, дала би противчинидбу, те би уговор био утужив. Осим тога, како уговор није сачинила у посебно прописаној форми (*deed*), њен супруг правно није обавезан ишта да плати, јер је његово писмено обећање неутуживо. Да је такав писмени уговор са-

¹² В. (1951) King's Bench Division (К.В.) 215

¹³ Рок застарелости овог протраживања у енглеском праву је шест година од доспелости.

чинила, бивши муж би био обавезан да плаћа издржавање, иако у уговору није било њене противчинидбе.¹⁴

4. ВРСТЕ ПРОТИВЧИНИДБЕ

Чинидбе на које се уговорници обавезују могу да буду било које радње које правом нису забрањене. Те радње могу да буду позитивне (на пример, давање или чињење) или негативне (пропуштање, уздржавање, трпљење), као и у српском праву. Због тога је пуноважан и уговор којим се давалац противчинидбе обавезе да се одрекне неког права (невршење права, као пропуштање), које по закону има (на пример, права на издржавање), под условом да за узврат добије од друге стране неку корист (на пример, новац, кућу или другу накнаду). Противчинидба не мора да се састоји само у давању материјалне вредности, већ може да буде и нематеријална (на пример, уздржавање од алкохолних пића за награду), али је нужно да бар за једног уговорника представља неку економску вредност. Уџбенички пример широког схватања противчинидбе је спор *Hamer v. Sidway* (САД, 1891).¹⁵

Вилијам Стори је марта 1869. године био гост на златној свадби (50 година од венчања) родитеља свог истоименог сестрића, тада петнаестогодишњег дечака. У присуству осталих гостију јавно је обећао да ће дечку платити 5.000 долара, ако се буде уздржао од коришћења алкохола и дувана, као и псовања, коцкања картањем и билијаром до 21. године. Сестрић се уздржао од наведених порока, те је након навршене 21. године писао ујаку, тражећи обећану награду. Ујак му је писмено одговорио да је зарадио 5.000 долара, али му их није исплатио, обећавши да ће му ту суму чувати уз камату. Сестрић је пристао, те тужба није поднета до ујакове смрти 12 година касније. У међувремену је сестрић продао (пренео) своје потраживање награде на треће лице, након чега се оно више пута преносило, да би га

¹⁴ У овом случају се радило о очигледно неправедном захтеву супруге, јер је имала довољно сопствених средстава за издржавање. Како је имала веће приходе од супруга, очигледно да јој је захтев био шиканозан. То је био, чини се, главни разлог због којег се суд довијао у одбијању њеног захтева, позивањем на теорију противчинидбе. У супротном, да га је одбио из других разлога (на пример, да супруга има довољно својих средстава, те да јој није потребно мужевљево издржавање), пресуда би му била противправна. За разлику енглеског суда, српски суд у овом спору не би морао да се довија, јер српско право даје право на издржавање само за рад неспособном или незапосленим супругу, који нема довољно својих средстава за издржавање, и то најдуже пет година. Због тога би и наш суд вероватно одбио захтев у овом случају, као неоснован, али из друкчијих разлога него енглески суд. В. чл. 151. и 163. Закона о породици, *Службени гласник РС*, бр. 18/05.

¹⁵ 27 N. E. 256 (N. Y. 1891)

коначно стекао Хамер. Кад је Хамер затражио исплату од Сајдудеја, као извршиоца завештања покојног ујака, овај је то одбио у име наследника. Хамер га је тужио, а Сајдудеј је у одбрани истакао да између сестрића и покојног ујака није било уговора, јер сестрић није обећао противчинидбу ујаку.

У насталој парници првостепени суд је усвојио тужеников приговор и одбио тужбени захтев, али је другостепени суд усвојио захтев и обавезао туженог да плати обећану награду. Другостепени суд је у пресуђењу применио критеријум погодбе (*bargain test*) кроз два питања. Прво, да ли је сестрић *извршио* противчинидбу ујаку. Друго, да ли је та противчинидба обећана и извршена у *замену* за ујаково обећање. На оба питања суд је одговорио потврдно, јер је сматрао да се сестрић уздржавао од порока до своје 21. године, због тога што му је ујак обећао награду. Суд је сматрао да је такво уздржавање било „терет“ за сестрића, јер га је лишило уживања у тим пороцима, који му иначе објективним правом нису били забрањени.¹⁶

Чинидбе уговорника су најчешће *узајамне*, јер се састоје од користи коју сваки уговорник даје другом као накнаду за корист коју од ње прима. Противчинидба се у пракси најчешће састоји у преласку неке вредности из имовине уговорника у имовину саговорника, као накнада за вредност коју по том уговору добија из саговорникове имовине. Рецимо, продавчева ствар прелази у имовину купца, а за узврат купчев новац улази у имовину продавца. Због тога се истиче да се теорија противчинидбе заснива на *узајамности* и да нема уговора ако у његовој основи не лежи *погодба* (нагодба, *bargain*) између уговорника. Саговорници, значи, морају да један другом нешто учине.¹⁷ У америчком праву се каже да противчинидба мора да буде углављена (*bargained for*) погодбом (*bargain*), тако да сваки уговорник очекује (захтева) радњу другог. Противчинидба је углављена („погођена“), кад уговорник захтева неку радњу од саговорника у замену за радњу коју му је обећао, као што му је саговорник чини у замену за уговорникову обећану радњу. То значи да мора да се заснива на чину размене вредности између уговорника.¹⁸

Иако се противчинидба најчешће заснива на размени вредности (користи) саговорника и тиме на *узајамности* њихових обавеза, постоје одступања од *узајамности*, чиме се проширује појам уговора у „општем праву“. Прво, није нужно да оба уговорника приме *корист* (*benefit*), као накнаду за оно што саговорнику дају. Довољно је

¹⁶ A. Farnsworth, 48; E. Erante, 80.

¹⁷ G. Treitel, 29; R. Goode, *Commercial Law*, Penguin Books, London 2004, 68.

¹⁸ A. Farnsworth, 45.

и да један уговорник другом учини корист, а да од њега не прими било какву корист, под условом да саговорник сноси неки *терет* (губитак, *detriment*). Рецимо, уговор постоји и кад саговорник пристане да преспаву ноћу сам у пећини за накнаду од другог уговорника (саговорника), јер се сматра да је такво ноћење његова ваљана противчинидба (терет), иако никакву вредност давалац накнаде (саговорник) не прима за узврат од њега. Друго, уговорник не мора да се обавезе на противчинидбу саговорнику, већ може да се обавезе и да чинидбу учини у корист трећег лица. То је случај кад, на пример, отац, као уговорник, плати мајстору, као саговорнику, да овај ћерки уреди стан.

5. ДВОСТРАНИ И ЈЕДНОСТРАНИ УГОВОРИ

„Опште право“ разликује двостране и једностране уговоре, због тога што противчинидба може да буде или корист, коју њен давалац чини саговорнику, или губитак (терет) за њега. Двостран уговор (*bilateral contract*) је такав који ствара обавезе на чинидбу за обе стране (на пример, купопродаја, закуп, залога). Једнострани уговор (*unilateral contract*) ствара обавезу само за једну страну (*promisor*, давалац обећања) да другом учини неку корист (на пример, плати награду), ако овај сноси неки терет (*promisee*, прималац обећања). То је, на пример, случај кад отац обећа бицикл сину, ако постигне одличан успех у школовању. Овакво обећање обавезује његовог даваоца, али не и примаоца, јер он не мора да испуни услов, који му је давалац поставио. И кад је прихватио услов, у сваком тренутку може да одустане од њега, а давалац не може судским путем да га натера на његово испуњење. Једина санкција коју прималац обећања трпи кад прекрши своје обећање, јесте губитак права на корист, која му је обећана. Ова подела уговора слична је нашој подели на двострано обавезне и једнострано обавезне уговоре, али је ипак различита. У српском праву двострано обавезан уговор ствара обавезе за оба уговорника (на пример, купопродаја), док једнострано обавезан уговор ствара обавезу само за једног, а право за другог (на пример, послуга, поклон, улог на штедњу). У „општем праву“, међутим, једнострани уговори нису исто што и једнострано обавезни уговори у српском праву. Они су у српском праву, у ствари, једностране изјаве воље (једнострани правни послови), као посебан извор облигација. „Опште право“ не познаје једностране правне послове као изворе облигација, јер у њима види само уговоре између даваоца и примаоца обећања, те их сврстава у једностране уговоре. Отуда су јавно обећање награде или менични послови, као једнострани правни пос-

лови српског права, у „општем праву“ уговори, и то једнострани.¹⁹ Једностране изјаве воље које не могу да се сврстају у једностране уговоре нису обавезујуће за изјавиоца, који у сваком часу може да од њих одустане, док на њих неко лице не пристане (на пример, понуда за закључење уговора, конкурс). Типичан израз овог схватања је пре-седан у парници *Carlill v. The Carbolic Smoke Ball Company* (Енглеска, 1892).²⁰

Компанија „Угљена димна лопта“ објавила је у гласнику „Пол мол“ 13. новембра 1891. године оглас следеће садржине: „Компанија ‘Угљена димна лопта’ ће платити 100 фунти накнаде сваком лицу које се разболи од грипа или друге прехладе, након употребе лопте три пута дневно две недеље према приложеном упутству. Код Удружене банке у улици Рицент положено је 1000 фунти, чиме се исказује наша озбиљност у овом питању. Током последње епидемије продато је више хиљада угљене димне лопте, као превентиве овој болести, а ни у једном случају није утврђено да се корисник лопте разболео. Једна угљена димна лопта ће трајати неколико месеци целој породици, због чега је најјефтинији лек на свету, по цени од 10 шилинга, без плаћања поштарине. Лопта може да се напуни по цени од пет шилинга. Адреса – Компанија ‘Угљена димна лопта’, Принцезина улица 27, Трг Хановер, Лондон“.

Г-ђа Карлил је купила једну лопту, поуздајући се у оглас. Лопту је користила тачно три пута дневно од 20. новембра 1891. до 17. јануара 1892. године, кад је постала грипозна. Након тога је тужила Компанију, тражећи накнаду, како је обећано у огласу. Тужена компанија је оспорила основ тужбеног захтева, истичући два приговора. Први је да није закључила уговор са тужиљом, по којем би била обавезна да јој плати 100 фунти због болести, него само уговор о продаји лопте. Други приговор је да, ако је уговор и закључен, онда је он ништав, јер се ради о опклади или о осигурању. Ако је тај уговор опклада, нишав је, јер је законом забрањен, а ако је осигурање, ништав је, јер није закључен у складу са прописима, као и што је противан јавном поретку, пошто туженик није осигуравајуће друштво. Суд је оба приговора одбио, усвојивши тужбени захтев у целости. Сматрао је да се не ради о опклади, нити о осигурању, те да је туженик дужан да савесном лицу исплати огласом обећану накнаду. Одлуку је образложио да је тужиља закључила једностран уговор са тужеником о исплати накнаде оног часа кад се разболела, иако је користила лопту према упутству.²¹

¹⁹ G. Treitel, 18; 29–35; J. Cartwright, 119–129; A. Farnsworth, 47.

²⁰ B. (1892) Queen’s Bench (Q.B.) 484, 492.

²¹ Српски суд би вероватно у овом случају донео исту пресуду, али је не би засновао на уговору, већ на јавном обећању накнаде, као извору облигација.

6. УСЛОВИ

Да би уговор у енглеском и другим англо-америчким правима био пуноважан није довољно да је противчинидба допуштена, одређива и могућа, као што наше право захтева за основ обавезе или њен предмет, већ мора да испуни и четири додатна услова. Њима се још више сужава појам уговора у англо-америчком праву у односу на наше.

Први услов је да уговор *не сме* да се односи на *радњу из прошлости*, односно на радњу која је извршена пре закључења уговора. То значи да лице које је своју радњу извршило у корист другог, не може његовим накнадним пристанком да добије за њу накнаду. Једно лице је, рецимо, помогло другом, тако што му је својим аутом одвукло ауто до мајстора, који му се покварио на путу. Ако након поправке аута помогнуто лице обећа помагачу да ће му платити награду од 100 фунти за тегљење и пружену помоћ, по „општем праву“ између њих нема никаквог уговора, иако по нашем њега има, под условом да помагач пристане на награду. По *common law* схватању, обећање помогнутог лица се односи на радњу која је извршена пре давања његовог обећања помагачу, те га оно не обавезује, нити помагач овлашћује на тужбу за награду, јер се сматра да већ извршено тегљење није ваљана протичинидба за награду. Ипак, ако помагач пре окончања тегљења (на пример, пре откачињања ужета) затражи од помогнутог неку накнаду, а овај на то касније пристане, сматра се да су закључили пуноважан уговор, јер је бар једна страна дала понуду за уговор, пре него што је коначно извршила своју чинидбу. Значи, да би уговор био пуноважан у „општем праву“, уговорници морају да изврше своје чинидбе у часу његовог закључења или након тога, било да то учине истовремено или у различито време.²² Наше право не поставља никакве сметње за закључење уговора након обављања радње једног лица у корист другог. Због тога је допуштено да неко учини корист другом, за корист коју је од њега раније примио, ако овај на то пристане.

Од услова да се обећања у уговору смеју да односе само на будуће радње, постоје изузеци, у којим је уговор пуноважан иако се односи на радњу која је већ извршена у часу давања обећања неког од уговорника односно на радњу из прошлости. У САД се ти изузеци свode на накнадно признавање обећања испуњавања ранијих *моралних* обавеза. Три су основна случаја моралних обавеза из прошлости: 1) кад дужник обећа да испуни своју *застарелу* обавезу, 2) кад *стечајни* дужник обећа након окончања стечаја (на пример, опстао услед реорганизације) да испуни своје обавезе, које су му отпуштене у сте-

²² J. Cartwright, 124; G. Treitel, 34–35; A. Farnsworth, 54.

чају и 3) кад дужник у *рушљивом* уговору новим обећањем прихвати да испуни своју чинидбу, под условом да је ново обећање пуноважно по објективном праву (на пример, кад малолетник по стицању пунолетства прихвати да испуни обавезу из уговора закљученог за време малолетства). Судска пракса је колебљива у признавању општег изузимања моралних обавеза од услова да узвратна чинидба мора да буде будућа, да би уговор био утужив.²³ У неким споровима одбија увођење нових изузетака из разлога моралности (правичности), а у другим их уводи, чиме ствара правну несигурност.

У парници *Mills v. Wyman* (1825) амерички суд је одбио захтев примаоца обећања.²⁴

Милс је неговао Вајмановог двадесетпетогодишњег сина неколико недеља, кад се овај разболео пошто се вратио са неког поморског путовања. Вајман није имао никакву обавезу према Милсу у вези неге његовог одраслог сина, али је Милсу писмом обећао, из захвалности за добротинство, да му надокнади трошкове неге. Кад је касније одбио да му их накнади, Милс га је тужио. Врховни суд Масачусетса је одбио његов захтев као неутужив, иако је тужени отац имао моралну обавезу. Сматрао је да се изузеци од услова да чинидба мора да буде будућа не могу проширивати изван наведена три случаја, те да у овом спору није било уговора између парничара.

У парници *Webb v. McGowin* (САД, 1935), која је била готово истог чињеничног стања као парница Милса против Вајмана, суд је усвојио тужиочев захтев.²⁵

Веб је херојским чином спасао живот Мекгауину, али се тешко повредио, оставши доживотни богаљ. Мекгауин је из захвалности усмено обећао да ће плаћати 15 долара сваке две недеље Вебу до краја Вебовог живота, иако га право на то није обавезивало. Обећање је испуњавао осам година, кад је умро, након чега су извршиоци његовог завештања одбили даље плаћање. Суд је усвојио Вебов захтев, сматрајући да је Мекгауин „поштовао споразум све до своје смрти. Пошто је Мекгауин примио материјалну корист од Веба, као примаоца његовог обећања о исплати, био је морално обавезан да му плаћа некнаду за учињену услугу“.

Да би се унела правна сигурност у питање пуноважности моралних обавеза, Американци су у *Restatement Second* (одсек 80) предвидели опште правило, по коме је „обавезујуће обећање којим његов давалац признаје да је раније примио корист од примаоца обећања, и то у мери потребној да се спречи неправда“. Ипак, при-

²³ А. Farnsworth, 54–60.

²⁴ 20 Mass (3 Pick) 207, 209–210 (1825).

²⁵ IGS So. 196–198 (Ala. App. 1935).

знање раније примљене користи није обавезујуће, ако је давалац обећања корист примио на поклон од примаоца, или по другом основу који га не чини неосновано обогаћеним. Најзад, обећање чинидбе за ранију корист коју је давалац обећања примио није обавезујуће, ако је она несразмерно већа од користи коју је примио од примаоца обећања.²⁶

Други додатан услов пуноважности уговора „општег права“, који не познаје српско право, је да противчинидбу мора да *изврши саговорник*, а не треће лице. Отуда, споразум по којем се један уговорник обавезује другом да му плати неку накнаду, ако треће лице учини неку радњу, није уговор и не обавезује даваоца обећања, јер његов саговорник не дугује било какву противчинидбу. Међутим, кад уговорник обећа награду саговорнику, ако овај подстакне треће лице да учини нешто у корист уговорника, онда је саговорникова радња подстицања трећег довољна противчинидба, да се сматра да је са даваоцем обећања (уговорником) закључио пуноважан уговор. Ово је случај са заступањем или посредовањем, где налогодавац обећава заступнику награду (на пример, провизију од 5%), ако овај наведе треће лице да са њим закључи уговор.²⁷ Наше право не предвиђа овакву сметњу за уговор.

Трећи услов је да противчинидба *не сме* да буде радња, на коју је саговорник *иначе обавезан* по закону или неком уговору према уговорнику. Тад се сматра да нема уговора, јер се таквим уговором само потврђује постојећа обавеза саговорника, што је бесмислено. Међутим, ако саговорник пристане да изврши додатну чинидбу, поред већ постојеће на коју је обавезан, за накнаду од уговорника, сматра се да је такав уговор пуноважан. То је, рецимо, случај кад се грађевинар обавезе наручиоцу радова да их заврши пре уговореног рока, али уз услов да му наручилац плати вишу цену.²⁸

Последњи додатни услов је да саговорникова противчинидба мора да има неку *економску вредност* за уговорника. Она мора на неки начин да буде економски вреднована, иако не мора да се састоји у исплати новца. Ако саговорникова противчинидба има чисто моралну вредност за уговорника, онда њихов споразум није правно обавезујући, јер није уговор. Међутим, за разлику од нашег права, које води рачуна о начелу еквиваленције у двостраним и теретним уговорима, у „општем праву“ се о томе не води рачуна. Отуда чинидба уговорника и протичинидба његовог саговорника не мора да су ни приближно једнако вредне. Протичинидба може бити и симбличне вредности у односу на чинидбу, па је уговор пуноважан, ако је то давалац чинидбе свес-

²⁶ A. Farnsworth, 60.

²⁷ G. Treitel, 35, 36; E. Errante, 64.

²⁸ J. Cartwright, 125.

но прихватио. Ако, рецимо, једно лице пристане да кола, која тржишно вреде 2.000 фунти, прода пријатељу по цени од 200 фунти (па и мање – на пример, за једну фунту), уговор је пуноважан.²⁹ Ипак, ово правило не сме да се злоупотребљава на штету лица која су у невољи, јер тада „опште право“ допушта оштећенику да тражи поништај уговора по основу „несавесног погађања“ (*unconscionable bargaining*), слично нашем институту прекомерног оштећења.³⁰ У том смислу је познат спор *Fry v. Lane* (Енглеска, 1887).³¹

Џон Браун Фрај, који је умро октобра 1854. године, завештањем је оставио доживотно плодуживање целе имовине супрузи до њене смрти или поновне удаје. Истим завештање је ту имовину оставио у својину деци свог покојног брата Џорџа Фраја, с тим да она могу да уђу у посед имовине по смрти супруге или њене поновне удаје. Услов да његови братићи и братанице наследе имовину био је да исплате два налога (легата) од по 250 фунти њиховим корисницима. Завештањем су били одређени повереници (*trustees*), чија је дужност била да се старају о заоставштини и извршењу оставиоачеве последње воље. Заоставштина се састојала од државних обвезница („конзола“) у номиналној вредности од 823 фунте, својине на фарми код Бристолa и закупу куће у Бристолу, при чему је давала укупан приход од 130 фунти годишње. Тестамент је отворен и потврђен четири месеца после смрти оставиоца (јануар 1855). Његова супруга је умрла 31 годину касније (1886), а да се није поново удавала. Иако није морала, сама је исплатила један од два налога, што остали наследници нису знали, чиме је повећала вредност заоставштине. Завештаоачев покојни брат, Џорџ, имао је петоро деце, тако да су његовом смрћу стекла „голу својину“ са петинским уделитема у заоставштини до смрти оставиоачеве супруге, јер нису могли да је користе, пошто ју је она настањивала и користила. Сви његови братићи и братичине били су неуки и сиромашни људи. Један од њих, Вилијам, био је водоинсталатер, а други, Џон Браун (млађи), био је перач веша, који је зарађивао само 1 фунту недељно.

Притиснут немаштином Вилијам је свој петински удео заоставштине продао 1878. године (значи, пре смрти своје тетке одосно завештаоачеве супруге) извесном Лејну, по цени од укупно 170 фунти. Уговор је написао и потписао Лејнов адвокат (*solicitor*), по имену Оливер, који је више штитио интересе купца, уместо да буде непристрасан, јер је наплатио хонорар за услугу и Вилијаму. При томе, сазнао је и да је један од два легата извршен, те да продати удео више вреди него што је уговорена цена, али то није рекао Вилијаму. Билијамов брат Џорџ,

²⁹ J. Cartwright, 121–123.

³⁰ J. Cartwright, 176.

³¹ (1889) Chancery Division (Ch.D.) 312.

најмлађе дете оставиочевог брата, узео је зајам у износу од 200 фунти од извесног Хенрија, при чему му је овај исплатио 156 фунти, а остатак је била камата. Као обезбеђење свог дуга, Џорџ му је заложико свој удео у заоставштини. Зајам и залагање је извршено уз посредовање адвоката Оливера, као и адвоката Реја и Буша, који су самовласно преузели улогу повереника заоставштине, кад су тестаментом именовани повереници умрли, још пре смрти оставиочеве супруге. Пошто Џорџ није вратио о доспелости зајам, Хенри је продао његов удео Вајтиту по цени од 270 фунти, намиривши своју тражбину.

Кад је оставиочева супруга умрла 1886. године, суд је продао заоставштину, а приходе задржао у депозиту до окончања оставинског поступка. Заоставштина је продата по цени од чак 4.509 фунти, тако да је по одбитку судских и других трошкова и дажбина у депозиту остало 3.651 фунта. То је значило да би сваком од наследника требало да припадне износ од по 730 фунти. Пошто су се наследници осетили превареним, дошло је до парничења са купцима њихових удела. Туженици су оспорили основе тужбених захтева, тврдећи да нису тужиоце преварили. Тврдили су да ни једном радњом нису изазвали заблуду тужилаца о вредности удела у заоставштини. Напротив, само су се погађали са њима око куповне цене односно износа зајма и камате, а тужиоци нису морали да прихвате понуђене износе. Како нема преваре, ни уговори не могу да буду поништени.

Енглески суд је утврдио да тужиоци нису преварени, те да се по том основу уговори не могу да пониште. Суд је, ипак, сматрао је да су тужиоци, као продавац односно зајмопримац, били неуки људи у великом сиромаштву, а да адвокати, чије су услуге користили, нису штитили њихове интересе, те да нису имали независну стручну помоћ. Пошто су туженици били учени, искусни и имућни људи, који су уз то уживали стручну помоћ правника, суд је закључио да су искористили тежак положај и неукоост тужилаца, да би се знатно окористили. Због тога су били несавесни и безобзирни, те је оправдано да се такви уговори пониште, јер су засновани на „несавесном погађању“, као и што је оправдано да се свакој страни врати оно што је од друге стране примила. Суд је обавезао Вилијама да врати Лејну 170 фунти са каматом од дана кад их је примио, а Џорџа да плати Вајтиту 270 фунти. Тако је Вилијаму остало 560, а Џорџу 460 фунти од 760 фунти колико је сваком требало по наслеђу да припадне.

7. ДОБРОЧИНИ УГОВОРИ

Једна од најдрастичнијих последица теорије противчинидбе у англо-америчком уговорном праву је да добротчини споразуми и друга добротчина обећања (*gratuitous promises*), као што су поклон, пос-

луга или бесплатна остава, нису уговори. Они нису уговори, јер прималац добротинства не даје добротинитељу било какву противчинидбу за узврат, што је услов за његову утуживост. Отуда су такви споразуми правно необавезујући и неутуживи, што значи да прималац обећања нема право да тужи његовог даваоца, како би га судски принудио да испуни обећање, ако се предомислио након његовог давања. То, ипак, не значи да људи у земљама система општег права не дају поклоне и да бестеретни послови не могу да буду пуноважни уговори и тиме утуживи. То само значи да поклон не може да буде неформалан (усмен) уговор, јер нема противчинидбе поклонопримца. Да би поклон био обавезујући за поклонодавца нужно је да буде закључен у посебној писменој форми, *deed*.³² Правило да поклон у *deed* форми јесте пуноважан, иако нема поклонопримчеве узвратне чинидбе, важи у Енглеској и већини њених бивших колонија, али не и у САД. У САД ни писмена форма не даје пуноважност и утуживост уговору о поклону.³³

Неутуживост поклона због строге примене теорије противчинидбе очигледна је у пресуди донетој у парници *Dogherty v. Salt* (САД, 1919).³⁴

Чарлс Наполеон Догерти, као дете од осам година, био је са својом старатељком Сузаном Тивиз, у посети код своје тетке Хелене Догерти. Тетка је волела Чарлса, те му је, чувши од његове старатељке да је заиста добро дете које вредно учи, издала сопствену меницу на износ од 3.000 долара. Меница је садржавала клаузулу да је њен издавалац (тетка) примио вредност од имаоца (Чарлса), те да доспева по смрти издаваоца или пре тога. Давши му меницу, тетка је објаснила Чарслу да „не изгуби папир, јер ће једног дана бити вредан“. После теткине смрти старатељка је покушала да наплати меницу из заоставштине у име малог Чарлса, али је то одбила Ема Солт, извршилац теткиног завештања. Старатељка је тужила у име малолетног Чарлса извршитељку завештања, али је суд одбио захтев, уз образложење да Чарлс није обећао нити учинио било шта за узврат покојној тетци, да би заслужио менични износ. Он није пружио противчинидбу ни као сношење терета. Једина штета од одбијања добротинства је разочарање њега, као детета, у поштење и обећања одраслих, што није довољно, јер се не ради о правном терету, у смислу предузимања неке

³² *Deed* постоји кад су испуњена четири услова: 1) на лицу исправе мора да је означено да се ради о тој форми (садржи израз *deed*); 2) исправа мора да садржи састојке уговора (обавезе уговорника); 3) уговорници морају да потпишу исправу; 4) уговорници морају да потпишу исправу у присуству сведока, који својим потписом потврђује да су странке потписале уговор. В. Ј. Cartwright, 116.

³³ Е. Errante, 68; 80.

³⁴ 227 N. Y. 200, 125 N. E. 94 (1919).

радње, коју иначе не би морао, односно уздржавању од радње, на коју би иначе имао право. Тиме је суд закључио да се ради о обичном поклону, упркос писменој форми обећања (меници) и клаузули да је „вредност примљена“.

Да би се изиграла теорија протичинидбе и претерена формалност, у државама система општег права често се добротини уговори скривају фиктивним (привидним) усменим теретним уговорима. Ту се ради о одступању од начела еквиваленције, које мора да се поштује у теретним и двостраним уговорима у континенталним правима. Одступање система општег права се састоји у правилу да противчинидба мора да буде *задовољавајућа* (*sufficient*), али не мора да буде *примерена* (једнака, *adequate*).³⁵ То омогућава да се уговор о поклону прикаже као уговор о продаји са симболичном ценом. Поклонодавац усмено обећава поклонопримцу одређену корист, а поклонопримац му за узврат за њу плаћа симболичну накнаду (на пример, за нов рачунар плаћа једну фунту). Уговорници тиме приказују као да се ради о теретном и двостраном уговору, који формално испуњава услов противчинидбе, иако битно неједнаке вредности. Такав уговор је допуштен и обавезујући је. Ако се „продавац“ (у ствари, поклонодавац) касније предомисли и одбије давање користи „купцу“ (у ствари, поклонопримцу), овај има право да га тужи, под условом да је испунио или да је спреман да испуни своју симболичну протичинидбу (на пример, да плати једну фунту). На тај начин англо-амерички правници привидним (фиктивним) уговором о продаји усклађују уговор о поклону са теоријом противчинидбе, дајући му правну снагу, јер уговор о продаји има протичинидбу (макар симболичну), те је пуноважан, а уговор о поклону (и други добротини уговори) је немају, те су необавезујући. Енглески судови сматрају да немају право да испитују мотиве уговорника у оваквим привидним уговорима, осим кад се њима прикривају нечасне радње. Исти став имају амерички судови, иако *Restatement Second* (одсек 71) предвиђа да „уговор не треба да буде утужив, ако противчинидба није стварна, већ номинилна (привидна)“.

Српско право, за разлику од „општег права“, признаје поклону својство уговора, али за његову утуживост захтева посебну форму. Наиме, за поклон покретности захтева се њена предаја (реална форма) или писмена форма, а за поклон непокретности писмена форма оверена од суда.³⁶ У супротном, уговор о поклону покретне ствари ствара само природну облигацију за поклонодавца, а уговор о покло-

³⁵ E. Errante, 66.

³⁶ Српски грађански законик из 1844. године (чл. 361) по основу Закона о неважности правних прописа из 1946. године; чл. 4. Закона о промету непокретности Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 42/98.

ну непокретности је ништаван. Ова правила српског права нису битно различита од „општег права“.

8. ПРИВИДНИ УГОВОРИ

Допуштеност привидних (фиктивних) уговора у континенталним правима, укључујући и наше, редовно је забрањено, углавном из пореских разлога и разлога заштите интереса трећих заинтересованих лица (на пример, наследника), која њима могу да буду изиграна. Та права занемарују (ниште) привидан уговор, а признају, као пуноважан, онај који су уговорници њиме скривали и који су, у ствари, закључили.³⁷ Због тога се и континентални правници запањују кад сазнају за допуштеност привидних уговора у „општем праву“. Разлози због којих су привидни уговори забрањени у континенталним правима, у *common law* системима се решавају на друкчији начин, те тамо нема потребе за санкцијом њихове ништавости.³⁸

9. УЛОГА НАМЕРЕ

Српско право уговором сматра само споразум који су странке постигле у *намери* обавезивања, било да тиме стварају нов облигациони однос, или да мењају или гасе постојећи.³⁹ То важи и за једностране правне послове, као другу врсту правних послова поред уговора, као двостраних правних послова. Отуда, страна која је изјаву дала без намере обавезивања, није правно обавезна и не ступа ни у какав правни однос било са ким. Ако настане спор поводом њене „неозбиљне“ изјаве, на њој лежи терет доказивања одсуства намере обавезивања. Насупрот томе, намера у систему општег права нема тако значајну улогу за настанак и пуноважност уговора, али се њен значај разликује у енглеском и америчком праву.

Енглеско право не придаје намери странака у уговору толики правни значај, као српско. Наиме, у енглеском праву споразум постаје уговор и тиме правно обавезује уговорнике, ако испуни један од два услова. Први је да саговорник обећа споразумом извршење противчидбе, као накнаду за уговорникову чинидбу. Пошто садржи противчидбу (*consideration*), такав уговор може да буде и неформалан, осим кад закон захтева посебну форму. Други начин правног оснаживања споразума је његово закључење у посебној писменој

³⁷ ЗОО, чл. 66.

³⁸ J. Cartwright, 115; 122; G. Treitel, 215–216.

³⁹ J. Радишић, 71.

форми – *deed*. Ако је споразум закључен као *deed*, сматра се уговором и кад не садржи саговорникову противчинидбу. Споразум који не испуни ниједан од ова два алтернативна услова није уговор и не ствара правне обавезе за уговорнике, макар да су имали намеру да се правно обавежу.⁴⁰

Упркос томе што занемарује значај намере обавезивања уговорника за постојање уговора, енглеско право је, ипак, уважава кад уговорник оспорава постојање уговора, изговарајући се да није имао намеру да се правно обавеже, иако уговор има противчинидбу или има форму *deed*-а. Ако уговорник није имао намеру обавезивања у часу давања обећања, оно га правно не обавезује. Међутим, у таквим случајевима често долази до спора са другом страном, која тражи испуњење обећања. Ако дође до спора, јавља се питање ко сноси терет доказивања непостојања намере обавезивања код уговорника, који избегава испуњење свог обећања. Ту се води рачуна да ли је уговор трговински или не, као и да ли су углавци (клаузуле) у уговору изричите или подразумевајуће.

Ако је уговор трговински, што значи да је закључен између трговаца или између трговца (професионалца) и потрошача, претпоставља се намера обавезивања оба уговорника. Због тога, уговорник који оспорава своју намеру обавезивања, како би избегао неку или све уговорне обавезе, сноси терет доказивања њеног непостојања у часу кад је дао изјаву. Ако уговор није трговински, води се рачуна да ли је споразум закључен у писменој форми са јасним и изричитим углавцима или је усмен, без јасних углавака. Ако је уговор писмен, нарочито кад то захтева закон (на пример, продаја непокретности), као и кад су углавци изричити и јасни (*express provision*), онда страна која оспорава намеру обавезивања сноси терет доказивања њеног непостојања. Због тога адвокат (*solicitor*), који у састављању таквих споразума хоће да заштити своју странку од претпоставке да је у намери обавезивања закључила уговор, уноси у исправу углавак, који јасно указује да да је у питању само споразум, а не уговор (на пример, *subject to contract* – што значи „под условом закључења уговора“). Тиме наглашавају да споразум није правно обавезујући, иако су се стране сагласиле о његовим битним састојцима. Исто, ако је уговор закључен, али странка није сигурна у своју вољу да испуни неку обавезу, која јој се намеће неким углавком, у њу се ставља израз „клаузула части“ (*honour close*), чиме јој се одузима правна обавезност. Ако је уговор усмен, као и кад углавак није изричит, него се подразумева по праву (*implied term*), без обзира да ли је део усменог или писменог уговора, претпоставља се непостојање намере обавезивања код уговорника који је оспорава, те терет њеног доказивања сноси његов саговорник (противник у пар-

⁴⁰ J. Cartwright, 139.

ници). Та страна сноси терет доказивања саговорникове намере обавезивања у још неколико случајева. Прво, у споразумима који су у целини нејасни (*vague agreements*), или у обичним трговинским разговорима (*sales talk*). Друго, у споразумима који дају једној страни право да по нахођењу тражи испуњење обавезе друге стране или да испуни своју обавезу, или кад јој се остави превелико нахођење (дискреција) у одређивању услова уговора. Најзад, треће, договори у браку и породици о начину вођења домаћинства и заједничког живота (на пример, ко иде у набавку, ко кува и спрема, ко подучава децу, колико запослени супруг даје незапосленој супрузи новца за вођење домаћинства и др.), такође, су неутуживи. Насупрот томе, ако супружници живе одвојено због неслоге, иако се још нису званично развели, такви њихови договори подлежу општим правилима постојања и утуживости уговора.⁴¹

За разлику од енглеског, америчко право не допушта саговорнику да избегне своју обавезу изговором да није имао намеру обавезивања, ако уговор има противчинидбу. Отуда му не допушта да доказује одсуство те намере. Ипак, ни амерички судови не виде уговоре у „друштвеним“ споразумима (на пример, договор да се дође на вечеру код пријатеља, који прекрши неки од њих), као ни у породичним споразумима. У породичним споразумима амерички судови не виде уговоре, уз образложење да се „не мешају у односе у домаћинству због лоших последица које мешање може да изазове“.⁴²

10. ОДСТУПАЊА ОД ТЕОРИЈЕ ПРОТИВЧИНИДБЕ

Теорија противчинидбе је врло ограничавајућа у одређивању шта је уговор, тако да је „присиљавала“ судове да понекад доносе бесмислене и неправичне одлуке у парницама. Англо-америчка судска пракса је због тога осмислила низ изузетака од строге примене теорије противчинидбе, чиме је санкционисала „непослушне“ уговорнике и у споразумима у којим није било противчинидбе. Два су главна начина избегавања њене примене. Један начин је у широком тумачењу израза „корист“ или „штета (терет)“, којима се одређује садржина противчинидбе, а други је теорија естопела.

Први начин избегавања примене теорије противчинидбе омогућен је неодређеношћу садржине противчинидбе. Опште је прихваћено да она може да се састоји у користи за уговорника, коју он прима од саговорника, или у терету (губитку) за саговорника, без икакве користи за уговорника. Како су изрази „корист“ (*benefit*) и

⁴¹ J. Cartwright, 140; G. Treitel, 58–62.

⁴² E. Errante, 62; 78.

„терет“ (*detriment*) врло неодређени, судови их понекад, кад сматрају то оправданим, широко, па и прешироко, тумаче, дајући им и значење које заиста језички немају. Тако је суд у једном спору обавезао туженика да испуни обавезу тужиоцу, утврдивши да је тужилац испунио своју противчинидбу тиме што се оженио својом вереницом! Иако се женидба веренице редовно схвата као корист, а не као терет, за младожењу (саговорника и тужиоца у овом спору), суд је ту радњу протумачио као „терет“, јер она за туженика није била никаква корист. Да је није тако протумачио, морао би да одбије тужбени захтев због непостојања протичинидбе у уговору, што је сматрао неоправданим, имајући у виду све околности случаја.⁴³

11. ТЕОРИЈА ЕСТОПЕЛА

Други начин избегавања примене теорије противчинидбе и, тиме, проширивања појма уговора у „општем праву“ је теорија естопела (*Doctrine of Estoppel*).⁴⁴ Естопел је *забрана* даваоцу неке изјаве да је накнадно оспори, ако би њено оспоравање могло да нашкоди неком лицу, које се поуздало у њену истинитост у обављању својих правних послова. Отуда, ако уговорник саопшти свом саговорнику одређене чињенице или одређену своју намеру у вези са њиховим уговорним односом, а овај се поузда у изјаву и према њој почне да се понаша, уговорник, као давалац изјаве, нема право да касније од ње одустане, тврдећи да га она не обавезује због тога што му саговорник није дао никакву противчинидбу, ако би тим одустајањем сауго-

⁴³ Ова пресуда је донета у парници *Shadwell v. Shadwell* (1860) 9 CB(NS) 159 (142 English Reports 62). Спор је настао после смрти Чарлса Шадуела поводом обећања које је дао у писму. Наиме, он је 1938. године послао свом сестрићу, Лансеју Шадуелу, писмо следеће садржине: „Драги Лансеј, срећан сам што чујем да намераваш да ожениш Елену Никол. Пошто сам обећао да ћу ти помоћи на почетку, са задовољством ти саопштавам да ћу ти плаћати 150 фунти годишње током свог живота, али само док твој годишњи приход као адвоката не достигне 600 фунти. Тражим само твој пристанак на ову моју понуду и ништа више. Твој осећајни ујак, Чарлс Шадуел“. Лансеј је у одговору прихватио Чарлсову понуду, а потом се оженио Еленом. Чарлс је умро 1860. године, при чему је првих дванаест година плаћао Лансеју обећано, а након тога више није. Како Лансеј није успео да зарађује више од 160 фунти годишње у адвокатури, а извршиоци Чарсловог тестамена су оспорили оставиоачеву обавезу да плати дуг за преосталих шест година у износу од 1.000 фунти, Лансеј их је тужио. У насталој парници, туженици су истакли приговор да споразум између Лансеја и Чарлса није уговор, јер нема противчинидбе. Протичинидбе нема, јер је Лансејева обавеза била само да ожени Елену, што значи да је чинидба према трећем лицу ван уговора, а не према Чарслу. Друго, тврдили су да тужиоцево венчање није ни корист за Чарлса, ни терет (већ ужитак) за тужиоца, тако да опет нема противчинидбе. Суд је одбио њихове приговоре и пресудио у корист тужиоца. V. G. Treitel G, 31–32.

⁴⁴ J. Cartwright, 129–137; G. Treitel, 49–50; 54–56.

ворник претрпео штету. Примена ове теорије се најлакше схвата кроз приказ главног преседана у којем је примењена. Ради се о пресуди донетој у парници *Hughes v. Metropolitan Railway Co* (Енглеска, 1877).⁴⁵

Хјуз, као власник зграде и закуподавац, саопштио је Метрополитенској железничкој компанији, као њеном закупцу, захтев да изврши одређене оправке на згради, и то у року од шест месеци. Компанија је по закону била дужна да то учини, поред плаћања закупнине, што је, у ствари, била њена противчинидба закуподавцу, за корист (чинидбу) коју је од њега примала коришћењем његове зграде. Уместо да одбије или да прихвати захтев, купац му је у одговору понудио да му прода своје право закупа пре истека закупног рока по цени од 3.000 фунти. Закуподавац је ушао у преговоре са закупцем око куповине права закупа, али су преговори пропали. Како су се преговори одужили, а током њих купац није извршио било какве оправке, закуподавац је, по прекиду преговора, саопштио закупцу да му отказује уговор о закупу, јер није извршио тражене оправке, које је био дужан да учини, у року од шест месеци од кад га је опоменуо. Пошто је купац одбио да напусти зграду и наставио уредно да плаћа закупнину, Хјуз га је тужио, тражећи од суда да га исели. Суд му је одбио захтев, уз образложење да је ток рока за оправку зграде био „суспендован“ (застој, по нашем праву) за све време трајања преговора, наставивши да тече тек по њиховом прекиду. Суд је одлуку образложио тиме што би туженик претрпео велику штету услед прекида пословања због отказа и исељења, иако се поуздао током преговора у вољу закуподавца да му откупи право закупа. Како би било бесмислено да током преговора врши оправке, које би, у случају успеха преговора, неосновано обогатиле закуподавца, суд је сматрао да је закуподавчев отказ неправедан, док рок од шест месеци по прекиду преговора не истекне.⁴⁶

Естопел има више врста. За уговорно право је посебно значајан *обећавајући* естопел (*as to the promise*), који постоји кад давалац изјаве обећава неко своје будуће понашање. Зависно од последица које изазива, може да буде стварноправни и облигациони.

Стварноправни естопел (*proprietary estoppel*) изазива стварноправне последице између даваоца и примаоца изјаве. Он постоји кад давалац изјаве призна неко стварно право на својој ствари другом лицу или му обећа стицање стварног права на њој, које иначе овај не би могао да има односно да стекне, на основу чега прималац изјаве учини трошкове поуздајући се у изјаву. Пошто прималац изјаве учини трошкове верујући у њену истинитост и озбиљност, давалац изја-

⁴⁵ (1877) 2 Appeal Cases 439.

⁴⁶ E. McKendrick, 117.

ве нема право да је оспори, ако би то оспоравање изазвало штету савесном примаоцу изјаве, макар да давалац изјаве није имао намеру да се њом правно обавезе, па ни у случају кад прималац изјаве није дао или обећао било какву противчинидбу даваоцу. Стварноправни естопел најчешће настаје у породичним односима. На пример, кад отац сину дозволи да гради кућу на очевом земљишту, обећавши му да ће ту моћи да живи, па син сагради кућу, сматра се да је стекао својину на кући и окућници, те отац нема право касније да му то оспори.⁴⁷

Ситуације на које се односи стварноправни естопел наше право решава кроз институт конвалидације уговора, правно неоснованог обогаћења и накнаде штете. Рецимо, ако на основу усменог уговора родитељ детету омогући градњу куће, издвојивши посебну парцелу за њу на свом земљишту, завршетком градње куће се сматра да је уговор о поклону парцеле испуњен и конвалидиран, те да дете има право да се укњижи као њен власник. Ако закупац уложи у просторије закуподавца, уз његов пристанак, па га овај после из њих истера, закупац има право од закуподавца да тражи повраћај улагања и накнаду штете, али не стиче сувласнички удео по основу улагања.

Облигациони естопел (promissory estoppel) постоји кад се изјава не даје у вези стварних права, него у вези постојећег уговорног односа њеног даваоца и његовог саговорника. Он се састоји у томе што се уговорнику, који је саговорнику недвосмислено саопштио, речима или понашањем, да се неће строго држати својих права у уговору, забрањује да се касније, током испуњења уговора, пошто се његов саговорник поуздао у саопштење, понаша друкчије и да тражи строго поштовање својих права, ако би то саговорнику створило велике неприлике. Примећује се да теорија естопела веома наличи српском начелу савесности у парничењу. Оно гласи да суд не пружа заштиту права лицу које је несавесно у њиховом остваривању односно да се „не слуша онај ко се позива на сопствену срамоту“ (*Nemo auditur ipse turpitudinem alegans*).⁴⁸

У вези са облигационим естопелом постоји битна разлика између енглеског и осталих земаља *common law* система. У енглеском праву он није извор облигација, јер не може да ствара за уговорнике нова права, нити да им их увећава, већ само може да их умањује или укида. Енглези кажу да је он „штит“ за савесног примаоца изјаве, а не „мач“ у његовим рукама (*It is a „shield“, not a „sword“*). Насупрот томе, у осталим земљама *система општег права* ово ограничење је углавном напуштено. Рецимо, у судској пракси САД он може да ствара и нова права, због чега се сматра извором облигација. Енглески

⁴⁷ G. Treitel, 300–301.

⁴⁸ О начелу *Nemo auditur*, в. детаљније С. Перовић, 458.

правници то не прихватају, јер сматрају да би се тиме угрозила разлика између теорија противчинидбе и естопела.⁴⁹

12. РИЗИК

Лица из Србије која уговарају примену енглеског или другог англо-америчког права на своје уговорне односе са странцима треба су свесна ризика којем се због тога излажу. Она треба да воде рачуна да је *common law* појам уговора битно ужи од српског, те да обухвата углавном само двостране и теретне уговоре српског права. Осим тога, треба да су свесни да англо-амерички правници уговором сматрају и правне послове, које ми сматрамо једностраним изјавама воље. Најзад, треба да су свесни и да свака измена уговора у „општем праву“ не мора да буде обавезујућа, ако је погодна само за једну страну, јер тада друга страна не даје противчинидбу, тако да нема ни уговора. Изузетно, ако се изменом погодује једном уговорнику (рецимо, српском), он може да се изговара теоријом естопела у измени, ако други уговорник (на пример, страни) тражи поновно дословно поштовање својих уговорних права, која је имао пре измене. Ако српски уговорници не буду свесни овог у преговорима око уговора, као и при његовом закључивању и испуњавању, ризикују спор и његов губитак, само због своје правне неукости. Да би избегли овај ризик, препоручује се српским уговорницима да сваку измену писменог уговора сачине у писменом облику (у облику *deed-a*), јер таква форма даје правну снагу споразуму и кад у њему нема сауговорникове протичинидбе (на пример, радње српског уговорника).

13. ЗАКЉУЧАК

Кључни састојак појма уговора у англосаксонском праву је противчинидба, јер је уговор само споразум, који за сваког уговорника ствара обавезу да изврши одређену чинидбу (радњу), било у корист другог уговорника (сауговорника) или трећег лица. Те радње могу да буду или корист, коју уговорник даје за корист коју прима од другог сауговорника, било сношење одеђеног терета за корист коју од њега прима. Она може да буде давање или чињење, које иначе уговорник не би морао да обави, или пропуштање радње (уздржавање) или трпљење, на шта иначе не би био дужан. У америчком праву се још захтева да су чинидба уговорника и протичинидба сауговорника израз погодбе о размени вредности. Кад се сауговорник обавезе споразумом на узвратну чинидбу према другој страни, смат-

⁴⁹ J. Cartwright, 133–137; E. Errante, 74.

ра се да постоји уговор, без обзира на то шта је циљ таквог обавезивања. Англосаксонско право нема представу ни о предмету, ни о основу (каузи) уговора односно обавеза које уговор ствара, као што га има континентално. Због тога су у заблуди многи континентални правници, који у притивчинидби виде каузу (разлог обавезивања) сауговорника, јер о њој англосаксонски правници ретко воде рачуна у оцени пуноважности и утуживости уговора. И кад је циљ притивчинидбе неморалан или на други начин недопуштен, англосаксонски суд поништава уговор само по приговору туженог, а никако по службеној дужности.

Ако се упореде чињенице које обухвата узвратна радња (противчинидба) система општег права, могло би се, уз доста опреза, рећи да је то приближно скуп чињеница које заједно обухватају предмет и кауза уговорних обавеза оба уговорника у континенталним правима. Отуда су погрешна, површна и преуска схватања континенталних правника који тврде да је узвратна радња у англосаксонском уговорном праву, у ствари, „узрок, повод, основ, разлог одлучујући утицај, који је навео, мотивисао уговорне стране да ступе у уговорни однос“.⁵⁰ Ово због тога што англосаксонска права сматрају да је циљ обавезе уговорника само један састојак уговора, схваћеног као нагодбе, а самим тим и само један део његове чинидбе, коју он предузима за узврат према сауговорнику.⁵¹ Ако је, са становишта континенталног права, предмет обавезе уговорника радња, на коју се обавезао према сауговорнику, а да је кауза његове обавезе испуњење сауговорникове обавезе, онда може да се опрезно тврди да противчинидба „општег права“ приближно обухвата и предмет и каузу, те да је кауза (циљ) обавезе уговорника само један њен састојак.

Nebojša Jovanović, PhD

Full Professor

University of Belgrade Faculty of Law

ON THE NOTION OF CONTRACT IN ENGLISH LAW

Summary

There is a widespread misapprehension among the lawyers that any agreement on honest transaction should stand for a ‘contract’ and enjoy legal protection as such in every legal system. Furthermore, there is a

⁵⁰ О. Антић, 841.

⁵¹ А. Farnsworth, 63.

tendency amongst Serbian traders to consent to the choice of law clauses which stipulate a foreign law to be applied to resolve any disputes arising under the contract, not fully aware of the repercussions of such a choice. The aim of this article is to offer an explanation of the notion of contract in English law and to point out the most important differences in the ways in which contract is understood in Serbian and English law.

The notion of contract in English law is based on the Doctrine of Consideration which restricts it to some extent in comparison with the Serbian comprehension of contract. What frequently happens is that Serbian lawyers misconstrue the common law notion of consideration and equate it to the notion of 'cause'. Therefore, this article deals with the notion of contract in common law, the Doctrine of Consideration, the content of consideration and its application to unilateral, bilateral, gratuitous and fictitious contracts, as well as with the role of intent and the Doctrine of Estoppel. In addition, it shows the main differences between the notions of contract in English and American law. Finally, the author offers an interpretation of the idea of consideration by comparing it with the notions that are familiar to Serbian lawyers. The author's conclusions are supported by his comprehensive English case law research.

Key words: *Contract. – Consideration. – Estoppel. – Cause.*