

Катарина Доловић, ms.*

НЕПОСТОЈЕЋИ УГОВОР

*С непостојећим уговорима улази се у сферу најсуптилнијих питања правне теорије. Један од разлога је можда и тај што је ова категорија уговора преузета од француских правника, који су и сами писали да се ради о чисто теоријском питању, као и да *theorie de l'inexistence* није изричито прихваћена у француском праву. Термин непостојећи уговори, најблаже речено, правно је непрецизан, јер или је нешто уговор или није, али свакако не може бити уговор који не постоји. Можда би прецизније било говорити о ситуацији „непостојања уговора“ или о „уговору у настајању“ односно о „покушају настајања уговора“. Непостојећи уговори представљају једну фактичку ситуацију у праву. О њима се расправља на плану закључења уговора, а не у оквиру пуноважности уговора, јер непостојећи уговор није правно неваљани уговор. Разлози за њиховим издвајањем из групе правно неваљаних уговора су практичне, а не само теоријске природе. С друге стране, непостојеће уговоре неопходно је по сматрати одвојено и од ситуације када не долази до закључења уговора, а што је међу самим странкама неспорно. У оба случаја налазимо се на плану после дица.*

Кључне речи: *Закључење уговора. Сагласност воља. Способност уговарања. Предмет. Кауза. Форма. Правно неваљани уговори.*

1. ПОЈАМ НЕПОСТОЈЕЋЕГ УГОВОРА И ЊЕГОВ ОДНОС СА ПРАВНО НЕВАЉАНИМ УГОВОРИМА

1.1. Појам непостојећег уговора

Иако је термин непостојећи уговор присутан у нашој правној теорији, не значи да је то једини могући термин за ситуацију када започети процес закључења уговора остане недовршен. Још мање се то може оправдати адекватношћу истог термина. Како је сам институт

* Аутор је асистент Правног факултета Универзитета у Београду, *k.dolovic@ius.bg.ac.rs*.

непостојећих уговора преузет из француске теорије, то је преузет и сам термин. Очигледно је да је термин непостојећи уговор, најблаже речено, правно непрецизан, јер или је нешто уговор или није, али свакако не може бити уговор који не постоји. Можда би прецизније било говорити о ситуацији „непостојања уговора“¹ или о „уговору у настајању“² или о „покушају настајања“.³ Писали су наши аутори и о „једном правном ништа, о коме право не води никаква рачуна“.⁴ Иако у потпуности подржавамо настојања наведених аутора да се укаже на неадекватност термина „непостојећи уговори“, овде ће се ипак користити овај спорни термин, јер је присутан у упоредном праву.

Несумњиво је да с непостојећим уговорима улазимо у сферу најсуптилнијих питања правне теорије. Један од разлога је можда и тај што је ова категорија уговора преузета од француских правника, који су и сами писали да се ради о чисто теоријском питању,⁵ да нити су закон нити судска пракса у потпуности докучили овај појам,⁶ као и да сама *theorie de l'inexistence* није изричито прихваћена у француском праву.⁷

У покушају да се дефинишу непостојећи уговори, ваља поћи од онога што се чини најмање спорним. Наиме, непостојећи су уговори они којима недостаје неки суштински елемент;⁸ при чијем закључењу нису били испуњени сви битни услови за настанак уговора;⁹ код којих за разлику од апсолутно ништавих није испуњен неки од услова за настанак уговора;¹⁰ када нема сагласности има неспоразума, а нема уговора;¹¹ недостаје неки од елемената који граде сам појам уговора;¹² уговорници су *at cross purposes*, а разлог због којег

¹ Јаков Радишић, *Облигационо право општи део*, Београд 2004, 171.

² Лепосава Карамарковић, Зоран Ивошевић, *Облигационо право предавања*, Београд 2010, 42.

³ Радмила Ковачевић Куштримовић, Мирослав Лазивић, *Увод у грађанско право*, Ниш 2008, 267.

⁴ Лазар Марковић, *Грађанско право општи део и стварно право*, Београд 1927, 212.

⁵ Henri, Leon et Jean Mazeaud, *Leçons de droit civil*, tome II, vol. 1, Paris 1978, 280.

⁶ Georges Ripert, Jean Boulanger, *Traité de droit civil, d'après le traité de Planiol*, Paris 1957, 255.

⁷ Remy Cabrillac, *Droit des obligations*, Paris 2010, 82.

⁸ Н., Л., J. Mazeaud, 280.

⁹ Лепосава Карамарковић, *Расправе из уговорног, одитетног и процесног права*, Београд 2002, 7.

¹⁰ Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд 1980, 449.

¹¹ Миодраг Орлић, *Закључење уговора*, Београд 1993, 142.

¹² Оливер Антић, *Облигационо право*, Београд 2010, 420.

уговор не настаје је тај што никада нису постигли споразум;¹³ несаслагласност постоји када свака страна под својом изјавом подразумева нешто друго, у односу на оно како ту изјаву схвата друга страна;¹⁴ непостојање није санкција за нерегуларност правног акта, већ фактичка ситуација.¹⁵ Чини се да, ипак, а имајући у виду дефиниције непостојећих уговора управо цитираних аутора, постоји чврста полазна основа за одређивање појма непостојећих уговора. Као прво, реч је о ситуацији када уговор није ни настао. Дакле, не само да не производи правна дејства, него идући и корак назад, уговор није настао као правни акт, као правна чињеница. Постојао је покушај да уговор настане, али очигледно неуспешан. Процес формирања уговора остао је недовршен. Као друго, намеће се питање због чега се у формирању уговора „стало на пола пута“? Ако закон предвиђа услове неопходне за настанак уговора, значи да уговор настаје тек када се испуне ти услови (и то сви!), тј. услови у погледу способности уговарања, сагласности воља, каузе, предмета и евентуално форме (у случајевима одступања од начела консенсуализма). Супротно, непостојање (дакле не неки недостатак у њиховом постојању) неког од наведених елемената, доводи до непостојања „бића“¹⁶ уговора, те до непостојања и самог уговора.

1.2. Однос непостојећег уговора и правно неваљаних уговора

„Уговор је креација две стране – оне заједнички, свака у својој улози (понудилац, понуђени) одређују његове елементе“.¹⁷ Да би један уговор настао и производио правна дејства потребно је да се испуне одређени услови који се захтевају за настанак и пуноважност уговора.¹⁸ Претпоставка за утврђивање пуноважности једног уговора свакако је његово постојање. Стога, тек након што би се установило да су се стекли услови за настанак уговора, могло би се испитивати да ли тај уговор испуњава услове неопходне за пуноважност. Уколико не би били испуњени услови који се захтевају за пуноважност поставило би се питање санкције.¹⁹ То, наравно, не значи да се ради о

¹³ Guenter Heinz Treitel, *An Outline of the Law of Contract*, London 1989, 98; Richard Stone, *Contract Law*, London 2000, 208.

¹⁴ Стојан Цигој, *Облигацијско право*, Љубљана 1962, 118 119.

¹⁵ Boris Starck, Henri Roland, Laurent Boyer, *Droit civil Les obligations, 2. Contrat*, Paris, 1998, 356, преузето из *Le nullita di protezione nel sistema delle invalidita negoziali: per una teoria moderna nullita relative*, Matilde Girolani, Padova 2008, 125.

¹⁶ Р. Ковачевић Куштримовић, М. Лазић, 265.

¹⁷ Драгор Хибер, *Појам битне заблуде при закључењу уговора*, докторска дисертација, Београд 1991, 206.

¹⁸ С. Перовић, (1980), 447.

¹⁹ *La nullite* као санкција за непоштовање неког од услова за пуноважност уговора, Muriel Fabre Magnan, *Droit des obligations, 1 Contrat et engagement unilatéral*, Paris 2007, 440; Patrick Canin, *Droit civil Les obligations*, Paris 2011, 56.

различитим условима, већ у оба случаја о условима у погледу сагласности воља, способности уговарања, предмета, каузе и евентуално форме уговора. Разлика је у томе што када се утврђује да ли је један уговор настао, посматра се да ли постоје наведени услови, без обзира на то да ли они садрже одређене „недостатке“ и о каквим „недостацима“ се ради, односно да ли су постојећи услови за настанак уговора пуноважни.²⁰ Важно је да сагласност воља о битном постоји.²¹ Да ли ће та сагласност воља производити правно дејство или не, односно да ли ће судбина таквог уговора бити неизвесна у смислу што би исти могао бити поништен у одређеном року или ће исти постојати само као правна чињеница,²² те неће уопште производити правна дејства, питање је које свој одговор тражи на пољу пуноважности уговора. Разлог је једноставан. Док апсолутно ништави и релативно ништави уговори постоје у правном саобраћају као правни акти (наравно, све док суд у првом случају не утврди ништавост, а у другом не поништи уговор),²³ тзв. непостојећи уговори немају уопште изглед правног акта.²⁴ Дакле, уколико постоје претпоставке неопходне за настанак уговора, уговор постоји, а у супротном је у питању тзв. непостојећи уговор. Стога се о непостојећим уговорима расправља у оквиру закључења уговора, а не у оквиру пуноважности уговора, јер непостојећи уговор није неважећи уговор. Да би један уговор био неважећи, мора прво бити уговор. Код непостојећих уговора то није случај. Под неважећим уговорима редовно се подразумевају апсолутно ништави и релативно ништави уговори. Чини се крајње исправним становиште појединих аутора да у појам неважећих уговора не само да не улазе непостојећи уговори (што сматрамо неспорним), већ ни рушљиви уговори.²⁵ Наиме, ако је у питању уговор који производи правна дејства све док не буде поништен, а поврх свега уколико је у питању уговор који ће накнадно бити оснажен, онда се сврставање оваквог уговора у групу неважећих уговора не чини најсрећнијим, јер овакав уговор ипак „важи“. У ком року ће исти „важити“, односно производити правна дејства, да ли ће она бити накнадно поништена, нису довољно убедљиви разлози да би се рушљиви уговори називали неважећим. Чини се да није исправно говорити о троделној подели у оквиру неважећих уговора, већ да непостојеће уговоре треба сагледавати у оквиру закључења уговора, а апсолутно и релативно

²⁰ Л. Карамарковић, 27.

²¹ Поједини аутори чини се оправдано наглашавају да су у услови који се тиче сагласности воља садржани и остали услови, а наиме да сагласност воља мора обухватити и предмет и основ уговора, а стране уговорнице треба да су способне да дају изјаву воље од којих се сагласност састоји, М. Орлић, 142.

²² Luigi Viola, *Il contratto*, Padova 2009, 704.

²³ Л. Карамарковић, З. Ивошевић, 42.

²⁴ Н., Л., Ј. Mazeaud, 280.

²⁵ Ј. Радишић, 170.

ништаве у оквиру пуноважности. Коначно, епитет неважећих уговора заслужују да понесу само апсолутно ништави уговори. Уколико се, ипак, намеће неопходност да се апсолутно и релативно ништави уговори подведу под један појам, онда би то свакако био појам тзв. правно неваљаних уговора.²⁶

Нема, дакле, места непостојећим уговорима у појму неважећих уговора. Може ли се међутим, говорити о непостојећим уговорима у удбеницима Уговорног права у одељцима о престанку уговора? Чини се да не може и то из истог разлога из којег се не могу сврставати у неважеће уговоре, а наиме, или нешто постоји или не постоји. Ако нешто није настало, не може ни престати да постоји!

2. ОКОЛНОСТИ КОЈЕ СПРЕЧАВАЈУ НАСТАНАК УГОВОРА

2.1. Услови неопходни за настанак уговора

Чини се немогућим покушај да се дефинише уговор, а да се најпре не истакне да је то сагласност воља. У традиционалној подели услова неопходних за настанак уговора сагласност воља, међутим, представља само један од пет услова, свакако први и основни, али опет не једини, већ само један од услова (поред способности уговарања, каузе, предмета и понекад форме). Како би се изложио потпун систем околности које спречавају настанак уговора, неминовно би, дакле, било сагледати свих пет услова и утврдити како изостанак сваког од њих чини један уговор „непостојећим“. Орлић је писао да су „и остали услови за пуноважност уговора (због предмета овог рада требало би додати „и за настанак“) садржани у овом елементу (мисли се на сагласност воље), а наиме сагласност би требало да обухвати и предмет и основ уговора“.²⁷ Ослањајући се на тај став, проблем ће се посматрати кроз троделну поделу услова за настанак уговора, и то: 1) сагласност воља; 2) способност уговарања и 3) форма уговора. Ово последње свакако се односи само на уговоре код којих је предвиђена *forma ad solemnitatem*, било законом било вољом странака (изричитом или прећутном). Мада би можда било оправдано рећи и да сама форма јесте само „вид изражавања“ сагласности воља, а способност уговарања²⁸ само претпоставка да би уопште могло доћи до споразума странака, те тако пет услова за настанак уговора свести на један – сагласност воља схваћену у најширем смислу, из разлога систематичности држаћемо се поменуте троделне поделе.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ М. Орлић, 142.

²⁸ *Ibid.*

2.2. Утицај сагласности воља на настанак уговора

Први корак у анализи постојања уговора јесте сагласност воља страна уговорница.²⁹ Кључно питање је када постоји споразум између уговорника односно „о чему мора бити споразум“? Уколико би постојао јасан одговор на ово питање, не би било потешкоћа да се у сваком конкретном случају који би могао постати предмет спора, било судског било вансудског, анализира има ли сагласности или не. Ако је на први поглед има, није ли она само привидна (питање тзв. неспоразума); или је можда делимична – стране су се сагласиле о неким, али не о свим елементима неопходним за настанак уговора; и, коначно (уколико су, наравно, испуњени и други услови – способност уговарања и форма) да ли има уговора или не, односно да ли је уговор настао или је „остао у покушају“? Ради се дакле о питању: Који је то „обим сагласности неопходан за закључење уговора“?³⁰ Сагласност подразумева коегзистенцију воља, сликовитије речено, сусрет двеју воља, од којих се прва назива понудом, а друга прихватам понуде.³¹ Оно што нас овде занима јесте када се може сматрати да су се воље среле? При том, подразумевамо да се ради о изјавама воље које испуњавају опште услове које важе за вољу и њене атрибуте.³²

Прво, неопходно је разликовати непостојеће уговоре од ситуација када је очигледно да уговор није настао. У првом случају, иако није дошло до закључења уговора, постоји тзв. привид уговора, привид сагласности. Наиме, иако нису сагласне, стране (из неког разлога) верују да је између њих дошло до споразума. То су тзв. неспоразуми. С друге стране, када уговорници не постигну сагласност о елементима битним за закључење уговора, поново нема сагласности, али за разлику од претходног случаја, не ради се о неспоразуму, јер након неуспешног покушаја закључења уговора стране не остају у (погрешном) уверењу да уговора има (сагласне су око тога да сагласности нема). Иако се може учинити излишним одвојено посматрање ових ситуација, јер, наиме, нема уговора ни у једном, ни у другом случају, код непостојећих уговора се ипак може говорити о одређеним последицама (чему ће се посветити трећи део рада).

Укратко ћемо се осврнути на ситуације када уговора нема, јер нема ни сагласности (чак ни привидне). Наш ЗОО у чл. 26 прописује да је уговор закључен када су се стране сагласиле о битним састојцима уговора.³³ Даље, из анализе чл. 32 ЗОО може се закључити да понуда

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Милош Живковић, *Обим сагласности неопходан за закључење уговора*, Београд 2006.

³¹ С. Перовић, (1980), 264.

³² *Ibid.*

³³ Чл. 26 Закона о облигационим односима ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 и *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93.

мора садржати све битне састојке уговора, те да се прихватањем исте уговор сматра закљученим. На први поглед чини се да је намера законодавца јасна – уговор настаје када се постигне сагласност о битним састојцима, односно битни састојци уговора морају бити обухваћени понудом, а њеним прихватањем настаје уговор. Ове одредбе отварају низ питања, али како су овде предмет интересовања непостојећи уговори, нећемо излазити из оквира теме.

Који су то битни састојци уговора? Под појмом битних састојака уговора подразумевају се, пре свега, објективно битни састојци (елементи, услови) уговора. Објективно битни елементи су они који чине језгро уговора, који су с обзиром на околности неопходни да би одређени уговор могао да се закључи;³⁴ они елементи будућег уговора, без којих овај не може настати.³⁵ Могуће је, међутим, да један уговорник закључење уговора услови нечим што никако не може имати значај објективно битног услова. Тада ће конкретни елемент, објективно очигледно „небитан“, добити значај субјективно битног елемента и ући у поље битних елемената, односно у обим сагласности неопходан за закључење уговора. Дакле, када се каже да је уговор сагласност о битном, мисли се и на све оне околности које су, иако објективно небитне, *conditio sine qua non* за једног уговорника.³⁶ Да би нека околност, објективно небитна за закључење уговора, ушла у поље „битног“, није довољно само да је она од пресудне важности за једног уговорника (да њена важност остане у свести тог уговорника), већ и да је за то други уговорник знао или бар могао сазнати.³⁷ На овај начин се пружа заштита савесном уговорнику, односно онемогућава позивање на непостојање уговора уговорнику који се током преговора није довољно јасно изразио у погледу важности појединих питања,³⁸ а на ширем плану штити се начело правне сигурности. Нема, дакле, уговора уколико не постоји сагласност о објективно битним елементима уговора. Али, уговор не настаје ни уколико уз несумњиву сагласност о објективно битном, изостане сагласност о околности битној само за једног уговорника (наравно, уколико је то на адекватан начин стављено до знања сауговорачу). С друге стране, уговор ће настати и када није постигнут споразум о неким питањима о којима се преговарало, уколико се наравно ради о околностима који немају значај битних (било субјективно, било објективно) елемената. Подразумева се да ће „небитна“ околност добити значај „битне“ и када је то у интересу оба, а не само једног уговорника. Када се на овај начин утврди неопходна садржина у-

³⁴ М. Орлић, 249.

³⁵ С. Перовић, (1980), 270.

³⁶ М. Орлић, 251.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*

вора око које мора постојати сагласност да би уговор настао, може се рећи и да уговор настаје онда када се обе стране могу поуздати да је он настао.³⁹ Уколико након закључења уговора дође до спора о томе да ли је нека околност била за једну страну субјективно битан елемент уговора или само споредна тачка⁴⁰ истог уговора, те се тиме доведе у питање да ли је уговор уопште и настао, полази се од претпоставке (обориве свакако) да је уговор настао. Страна која тврди супротно, односно да уговора нема, мора доказати да је нека тачка уговора која је остављена за доцније регулисање (изричитим или прећутним споразумом)⁴¹ или тачка око које није било ни говора (јер је иста испуштена или заборављена)⁴² током процеса закључења уговора, за њу била *conditio sine qua non* за заснивање уговорног односа. Судбина тачака остављених за доцније регулисање и тачака о којима је пропуштено и да се преговара, изједначава се са судбином оних околности о којима се преговарало, али не и споразумело (уколико се не ради о објективно битном елементу и уколико ниједна страна није, изричито или прећутно, тиме условила закључење уговора), односно све остају изван сфере битног за настанак уговора.

2.3. Неспоразум уговорних страна

Далеко осетљивије од овог јесте питање (не)настајања уговора у ситуацији када стране верују да су се споразумеле, а споразума у ствари, из неког разлога, нема. Тада постоји само привид сагласности, а уговора нема (непостојећи је). Између уговорника је дошло до неспоразума. Поставља се питање о чему мора бити неспоразум? Да би се радило о тзв. непостојећем уговору, између уговорника мора постојати неспоразум о битном (шта се подразумева под „битним“, а шта под „небитним“⁴³ елементима за закључење уговора, већ је указано). Пракса⁴⁴ је богата најразличитијим случајевима који

³⁹ Више о томе, М. Живковић, 199.

⁴⁰ Чл. 32, ст. 2 ЗОО. Питање улоге суда у одређивању споредних тачака уговора поставља се логично, само онда када је уговор настао, а како нас занимају само ситуације када „уговор остане у настајању“, то се овим питањем нећемо бавити.

⁴¹ М. Живковић, 186.

⁴² *Ibid.*

⁴³ Чл. 21, ст. 3 Скице за законик о облигацијама и уговорима Скица, *Класици југословенског права*, Београд 1996; готово идентична одредба чл. 60, ст. 3 Преднацрта Грађанског законика Републике Србије, друга књига, *Облигациони односи*, Београд 2009, уколико се занемари очигледна грешка у последњем реду става стоји: „уговорне стране закључиле би уговор и без неспоразума (требало би: споразума!) о тој тачки“.

⁴⁴ I. G. H. Treitel, 98; Richard Stone, 208, наводи случај *Raffles v. Wichelhaus* (1864) где су постојала два брода истог имена (*ship Peerless*) која су превозила памук из Бомбаја у Енглеску, при чему је један испловио у октобру, а други у децембру.

осликавају неспоразуме уговорних страна. Бројни су и примери тзв. неспоразума који се срећу у теорији.⁴⁵

Наш ЗОО у чл. 63 дефинише неспоразум на следећи начин: „Кад стране верују да су сагласне, а у ствари међу њима постоји неспоразум о природи уговора или о основу или предмету обавезе, уговор не настаје“. Чл. 63 ЗОО смештен је у оквиру поглавља „Мане воље“. Из овога јасно произлази да наш законодавац узроке неспоразума тражи на пољу мана воље. И теорија се (како наша, тако и упоредноправна), углавном, у анализи појма неспоразума ослања на тзв. заблуде препреке. Заблуда – препрека (*l'erreur obstacle*) је, међутим, више од мане воље,⁴⁶ зато што она спречава сагласност воља,⁴⁷ онемогућава њихов сусрет и доводи до њиховог размимоилажења, док заблуда – мана воље доводи до рушљивости уговора, али не спречава његов настанак. Она дакле, не представља ману у вољи, већ одсуство сагласности.⁴⁸ Да нагласимо – о заблуди се може говорити тек када се установи да је уговор настао, односно, да би се до-

Продавац се, по наводном уговору, сматрао обавезним да купцу испоручи *the December cargo*, што је купац одбио да прихвати, истичући да је намеравао да купи *the October cargo*. Суд је у конкретном случају заузео став да „између уговорника није постојао *consensus*, па самим тим да није настао ни уговор који би их обавезивао“, преузето из R. Stone, 209.

2. Из пресуде Окружног суда у Ваљеву, Гж. бр. 1069/04 од 6.09.2004, *Електронска збирка судске праксе*, Профисистем, Смедерево, 2011. У нашој судској пракси сматра се непостојећим уговор закључен између властодавца и његовог пуномоћника, уколико је властодавац био у погрешном уверењу да пуномоћника овлашћује да у његово име и за његов рачун обави сасвим други правни посао, а не онај садржан у тексту спорног пуномоћја. Ради се, дакле, о непостојећем налогу, јер пуномоћник од властодавца никада није добио налог да обави правни посао са садржином као у спорном пуномоћју. Суд је закључио да је и касније закључени побијани уговор, а на основу непостојећег пуномоћја, такође непостојећи.

3. Из пресуде Окружног суда у Ваљеву, Гж. бр. 1618/05 од 21.10.2005, наведена збирка судске праксе. Наши судови сматрали су непостојећим и уговор закључен између тужиље која је сматрала да закључењем наводног уговора о поклону само овлашћује тужену да уведе телефонску линију у стан, а никако да истој стан поклања. Суд је овде заузео став да споразума нема, а у смислу одредбе чл. 63 ЗОО, у вези са одредбом чл. 26 ЗОО. Наиме, када нема сагласности о предмету уговора, не може бити ни уговора.

⁴⁵ С. Цигој, 118. Ако једна страна предаје другој одређену ствар на основу уговора о продаји, а друга је узима сматрајући да је добија на послугу, у питању је неспоразум. Сличну ситуацију имамо и када једна страна мисли да ставља свој потпис као сведок, а у ствари ставља потпис као гарант или солидарни дужник.

⁴⁶ Заблуда може различито утицати на уговор: 1. *l'erreur obstacle* онемогућава сагласност воља; 2. *l'erreur vice du consentement* чини уговор рушљивим и 3. *l'erreur sans eff sur la validite du contrat* правно ирелевантне заблуде, Н., Л., Ј. Mazeaud, 141.

⁴⁷ *Ibid.*, 142.

⁴⁸ М. Fabre Magnan, 303.

казало постојање заблуде као мане воље, претпоставка је да је уговор закључен.⁴⁹ Под заблудама препрекама најчешће се подразумевају заблуда о природи уговора, заблуда о основу обавезе и заблуда о објекту. Анализираћемо посебно сваки од ова три случаја заблуде.

Error in negotio (заблуда о природи уговора) постоји онда када се једна странка преварила тако да не жели ефекте уговора који је (наводно) закључила, већ хоће други⁵⁰ (на пример, ако једна страна намерава да ствар прода, а друга верује да исту добија на поклон⁵¹ или на зајам, онда нема ни продаје, ни зајма, ни поклона.⁵² Дакле, код *error in negotio* један уговорник мисли да закључује један уговор, а његов саговорник мисли на сасвим други уговор.⁵³ Намеће се само један закључак – ниједан уговор није закључен! До сагласности воља није дошло, јер су се исте мимоишле, односно наступило је неспоразум уместо споразума. Дакле, постојање *error in negotio* поузрокује одсуство једног од конститутивних елемената уговора, а то је сагласност воља. Да би се могло у конкретном случају говорити о непостојећем уговору, довољно је утврдити да нема сагласности странака.⁵⁴ Тако потврђујемо дефиницију непостојећих уговора с почетка овог рада, а наиме – непостојећи је онај уговор који не испуњава све услове неопходне за настанак уговора. А може и сликовитије – непостојећи је онај уговор којем мањка „једна од битних потрепштина“.⁵⁵ Није, дакле, уговор непостојећи зато што има заблуде, већ зато што нема сагласности воље као елемента неопходног за настанак уговора. Или, ако се ипак не жели одустати од теорије о заблудама препрекама, може се неспоразум и тако објашњавати, али се мора нагласити, као што смо раније и истакли, да заблуда препрека није заблуда у смислу мане воље! Тако поново долазимо на исто – уговора нема јер нема сагласности воља, а сагласности нема, зато што има неспоразума. А, да ли ћемо, коначно, рећи да је до неспоразума довело размимоилажење воља или заблуда препрека не чини се толико битним, уколико наравно заблуду препреку посматрамо изван сфере мана воље.⁵⁶ Ово последње свакако из разлога што мана

⁴⁹ Борислав Благојевић, *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд 1983, 240.

⁵⁰ Д. Хибер, 184.

⁵¹ G. Ripert, J. Boulanger, 65.

⁵² H., L., J. Mazeaud, 142.

⁵³ С. Перовић, (1980), 288.

⁵⁴ У смислу чл. 1108 *Code civil*, под елементима неопходним за закључење уговора сматрају се: 1. сагласност воља; 2. способност уговарања; 3. предмет и 4. кауза. Исте елементе предвиђа и ЗОО у Глави II, Одељку I, Одсеку I. Одсуство макар и једног од наведених елемената чини један уговор непостојећим.

⁵⁵ Boris Vizner, *Грађанско право*, Zagreb 1962, 107.

⁵⁶ Више о овоме Д. Хибер, Глава II, Одељак 2, Одсек 1 Неспоразум и заблуда препрека; Одсек 2 Заблуда препрека; Одсек 3 Заблуда препрека као неспоразум;

воље чини један уговор рушљивим, а не спречава његов настанак или, другачије речено, доказивање присуства мане воље подразумева постојање уговора.⁵⁷

Error in corpore (заблуда о објекту) односи се на идентитет објекта уговора.⁵⁸ Не ради се, дакле, овде о заблуди о предмету обавезе, већ о заблуди о предмету радње испуњења.⁵⁹ Може се можда поставити питање да ли заблуда о објекту повлачи, бар у неком ширем смислу посматрано, и заблуду о предмету,⁶⁰ али ово свакако само као запажање без значаја за праксу. Пример би могао бити раније помињани случај *Raffles v. Wichelhaus*, а наиме, да ли *the December cargo* или *the October cargo*? У присуству овакве заблуде препреке, поново нема уговора, а разлог је једноставан – нема сагласности о објекту (или ако посматрамо на ширем плану – нема сагласности о предмету уговора). Можда би се смело рећи да се овде воље нису „потпуно мимоишле“, као код *error in negotio*, али да ипак није остварен довољан обим сагласности неопходан за закључење уговора (сагласност свакако мора обухватити предмет). Провера настанка уговора поново је „пала“ већ на првом елементу – сагласности воље.

Случај када су се воље мимоишле у погледу предмета (*error in corpore*) изједначава се са случајем када нема предмета уговора или када је он немогућ или неодређен и неодредив, јер у сваком од наведених случајева уговора нема, односно непостојећи је. Ако ипак желимо да одвојимо ове случајеве, онда би то само било у смислу што би се код *error in corpore* разлог за непостојање уговора тражио на пољу непостојања сагласности уговора, а у осталим случајевима разлог би био непостојање предмета као једног од неопходних услова за настанак уговора. Али ако прихватимо став Орлића да сагласност свакако мора обухватити предмет уговора (и каузу, али о томе нешто касније), те да се предмет (и кауза) не мора посматрати као елемент издвојен из сагласности воља, онда се о свим наведеним случајевима може говорити у оквиру сагласности воља, те рећи да је уговор непостојећи јер није испуњен први услов за настанак уговора!

Error in causa (заблуда о каузи) представља нетачну представу о постојању каузе,⁶¹ нпр. уколико се неко обавезе да накнади штету за коју није одговоран.⁶² Ради се, дакле, о погрешној представи да ка-

Одсек 4 Неспоразум; Одсек 5 Закључак, а посебно Глава III, „Неспоразум није заблуда, макар да заблуда буде разлог да до њега дође“, 226.

⁵⁷ *Ibid.*, 311.

⁵⁸ Н., Л., J. Mazeaud, 142.

⁵⁹ Б. Благојевић, 241.

⁶⁰ О заблуди о предмету више код Д. Хибер, 185.

⁶¹ С. Перовић, (1980), 289.

⁶² Н., Л., J. Mazeaud, 143.

узе има, иако је у конкретном случају овај елемент, иначе неопходан за настанак уговора, изостао (чл. 1108 *Code civil*; чл. 51 ЗОО). Фактичку ситуацију коју називамо непостојећим уговором на овом месту објашњавамо на идентичан начин као код *error in corpore*, односно, уговор је непостојећи због тога што није постигнута сагласност о каузи или, још једноставније објашњење – нема каузе која је неопходан услов настанка сваког уговора! С овом ситуацијом изједначавамо и ситуацију коју ЗОО регулише у чл. 52 (ако основ не постоји). Остаје, наравно, нејасно због чега наш законодавац инсистира на ништавости⁶³ у овом случају, када је у питању класичан пример непостојећег уговора.

Може се закључити да неспоразум јесте најнеспорнији пример непостојећег уговора. Уговора нема јер нема макар једног од елемената који конституишу уговор: сагласности воља, предмета или каузе.⁶⁴ Непостојећи уговор, иако најчешће нерегулисан позитивноправним прописима, може своје место наћи у члановима закона (законика) којим су регулисани конститутивни елементи неопходни за закључење уговора (чл. 1108 *Code civil*; Глава II; Одељак I; Одсек 1 ЗОО). У том смислу може се рећи да одсуство неког елемента предвиђеног наведеним члановима ствара ситуацију познату у праву као непостојећи уговор.⁶⁵ Уколико, ипак, законодавац сматра неопходним да посебан члан посвети неспоразуму, као што то чини наш законодавац, онда се наведеном члану мора наћи место у оквиру поглавља о закључењу уговора, а никако о манама воље (странке јесу у заблуди, јер мисле да су уговор закључиле, али узрок непостојања уговора није заблуда, већ недостатак неког од конститутивних елемента!).⁶⁶

2.4. Утицај способности уговарања на настанак уговора

Способност уговарања се може посматрати из два угла. С једне стране, уколико се ради о лицу које је апсолутно неспособно за уговарање, односно о лицу чија изјава воље, из одређених разлога, не представља правно релевантну чињеницу, способност уговарања јавља се као услов за настанак уговора.⁶⁷ У том смислу, уколико би уговорник који је апсолутно пословно неспособан приступио закључењу „уговора“, овај би био непостојећи. С друге стране, уколико би уговор закључило лице делимичне пословне способности, уговор би на-

⁶³ ЗОО исто чини и у чл. 47, а наима сматра ништавим уговор чији предмет је немогућ односно неодређен или неодредив. О критици вид. Д. Хибер, 194 и Л. Карамарковић, 9.

⁶⁴ Н., Л., J. Mazeaud, 143.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ Б. Благојевић, 239.

⁶⁷ С. Перовић, (1980), 246.

стао, али би био рушљив. Ово последње из разлога што би се сада способност уговарања посматрала као услов за пуноважност⁶⁸ (а не настанак!) уговора, па би евентуална делимична неспособност довела у питање само пуноважност већ закљученог уговора.

2.5. Утицај форме на настанак уговора

До сада је било речи о условима за настанак уговора који су општи, у смислу што морају бити испуњени код сваког уговора. Форма се издваја као посебан услов, јер је неопходна за настанак само одређеног (али, у данашње време све већег) броја уговора. То су тзв. формални уговори⁶⁹ за чији настанак (а даље и пуноважност) морају бити испоштовани захтеви форми, било као последица воље законодавца, било као последица воље странака. Наш законодавац је прописао да уколико уговор није закључен у прописаној или уговорној форми (у оба случаја је свакако реч о *formi ad solemnitatem*), уговор остаје без правног дејства.⁷⁰ Чини се да се као исправно тумачење овог члана намеће само једно – реч је о непостојећем уговору. Иако законодавац у ст. 2 истог члана наводи да је реч о форми којом су странке условиле пуноважност (дакле, не каже ни закључење ни настанак!) уговора, сматрамо да не би требало ни овде одступити од основне поставке, а наиме, ако недостаје један од конститутивних елемената уговора (а код формалних уговора форма то несумњиво јесте), реч је о непостојећем уговору.⁷¹

3. ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ НЕПОСТОЈЕЋИХ УГОВОРА

3.1. О последицама непостојећих уговора

Уколико настане ситуација у праву позната као непостојећи уговор, свака странка има право да тужбом за утврђење од суда захтева доношење одлуке којом би се утврдило да спорни уговор није закључен.⁷² Та одлука имала би свакако само декларативно дејство, јер се њоме не би поништавала дејства која је уговор произвео, јер прво, непостојећи уговор не само да не производи правна дејства, већ и више од тога, он није ни настао. Дакле, до непостојања уго-

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Више о овоме Слободан Перовић, *Формални уговори у грађанском праву*, Научна књига, Београд 1964.

⁷⁰ Чл. 70 ЗОО.

⁷¹ Можда је и законодавац под изразом „нема правног дејства“ подразумевао непостојеће уговоре, јер када жели да нагласи ништавост, он то на више места у Закону и чини.

⁷² С. Перовић, (1980), 294.

вора доводи неиспуњеност неког од услова за настанак, а не судска одлука.⁷³ Уколико би, евентуално, једна страна извршила своје обавезе на основу „наводно“ закљученог уговора, о повраћају би се решавало применом правила о правно неоснованом обogaћењу, пошто основ није настао. Овде би се могло поставити исто питање које се поставља код апсолутно ништавих уговора – да ли је неопходна одлука суда којом се утврђује ништавост/непостојање уговора? Када су у питању апсолутно ништави уговори, с доста аргумената може се бранити потврдан одговор, а наимае, како ће суд изрећи тражену последицу, уколико изреком није утврдио ништавост?⁷⁴ Аналогно посматрано, да ли суд може досудити повраћај датог, по основу правила о стицању без основа, уколико претходно није утврдио да основ није настао, односно да спорни уговор није закључен? Чини се да не може. Даље, уговорач непостојећег уговора има право да захтева и накнаду штете, уколико су испуњени одговарајући услови.⁷⁵

3.2. Могућност конвалидације и/или конверзије непостојећих уговора

Посматрано у нашем праву, појмове конвалидације и непостојећег уговора доводе у везу чл. 73 ЗОО и чл. 4 Закона о промету непокретности.⁷⁶ У чл. 73 ЗОО предвиђена је могућност конвалидације уговора који не испуњава захтеве у погледу форме. Наимае, сматраће се пуноважним уговор који није закључен у захтеваној – писменој форми, уколико су уговорне стране извршиле обавезе које из њега настају, у целини или у претежном делу. Конвалидација, дакле, наступа испуњењем обавеза уговорника. Битно је нагласити да наведени члан омогућава конвалидацију само оних уговора за које је потребна писмена форма, а закључени су усмено.⁷⁷ С друге стране, чл. 4, ст. 3 ЗОПН предвиђа конвалидацију (судску), али само ако је у питању уговор о промету непокретности, за који је предвиђена форма јавне исправе, а исти је закључен у писменој форми, док је овера потписа изостала.⁷⁸ Оправдање да се и на овом месту помињу непостојећи уговори, налазимо у чињеници да цитирани чланови подразумевају формалне уговоре, који, међутим, нису испунили захтеве у погледу форме, а форма код ових уговора има значај конститутивног елемента. Али, ова два члана не смеју се никако схватити као опште

⁷³ Р. Canin, 56.

⁷⁴ Л. Карамарковић, 16.

⁷⁵ *Ibid.*, 11; Преднацрт Грађанског законика чл. 60, ст. 2; Скица чл. 21, ст. 2.

⁷⁶ Закон о промету непокретности – ЗОПН, *Службени гласник РС*, бр. 42/98 и 111/2009.

⁷⁷ Л. Карамарковић, 30; Б. Благојевић, 73.

⁷⁸ Више о овоме Л. Карамарковић, 26–37.

правило, у смислу што би, под одређеним условима, увек долазило до конвалидације (било извршењем у првом, било одлуком суда у другом случају) формалних уговора којима недостаје форма. Чл. 73 ЗОО-а односи се само на формалне уговоре, за које је предвиђена писмена (не и нека друга!) форма, па она изостане, док се код чл. 4 ЗОПН може говорити и о одређеној градацији у погледу степена испуњености форме, а наиме: „...конвалидацијом може да се прескочи само један, а не два степеника који недостају до настанка уговора“.⁷⁹ Ово последње у смислу што суд неће дозволити конвалидацију уговора, писмено редигованог, али коме недостаје један од потписа, јер се ту више не ради о недостатку „једног степеника“ – што недостаје овера потписа, него и другог – није у потпуности испоштована ни обична писмена форма.⁸⁰ Да ли се, а имајући у виду последње, овде ради о „правим непостојећим“ уговорима или бисмо их могли назвати „неправим непостојећим“ уговорима, јер им ипак не недостаје конститутивни елемент (форма) у потпуности, сматрамо ипак чисто теоријским питањем, а за праксу, свакако, потпуно ирелевантним.

У теорији је широко прихваћен став да би конверзију требало доводити искључиво у везу с непостојећим уговорима. Прва потврда управо наведеног јесте у схватању апсолутно ништавих уговора као забрањених, било правом, било моралом, па када је нешто у том смислу забрањено не може никако прећи у поље пуноважног.⁸¹ Другу потврду налазимо у ономе што временски претходи конверзији, а наиме: „странке због своје необавештености... или невештости... сачине уговор тако да не обезбеде све битне услове за његово закључење“.⁸²

4. ЗАКЉУЧАК

Термин непостојећи уговор, најблаже речено, правно је не-прецизан, јер или је нешто уговор или није, али свакако не може бити уговор који не постоји. Можда би прецизније било говорити о непостојању уговора или о уговору у настајању односно покушају његовог настајања. О непостојећим уговорима мора се справљати на плану закључења уговора, а не у оквиру пуноважности уговора, јер непостојећи уговор није правно неваљани уговор. Да би један уговор био правно неваљан, мора прво бити уговор. Код непостојећих уговора то није случај. Разлог за то је једноставан – они нису уговори, јер им недостаје макар један од елемената неопходних за настанак

⁷⁹ *Ibid.*, 31.

⁸⁰ Из пресуде Врховног суда Србије, Рев. 619/06 од 17.10.2006, наведена збирка судске праксе.

⁸¹ С. Перовић, 453.

⁸² Л. Карамарковић, 13 14.

уговора: сагласност воља, способност уговарања, предмет, кауза или евентуално форма. Може се рећи да они представљају једну фактичку ситуацију у праву. Несумњиво је да постоје разлози практичне, а не само теоријске природе за њиховим издвајањем из групе правно неваљаних уговора. С друге стране, непостојеће уговоре неопходно је посматрати одвојено и од ситуације када не долази до закључења уговора, а међу самим странкама је неспорно да до споразума није дошло. У оба случаја разлози се налазе на плану последица.

Katarina Dolović, LL.M

Teaching Assistant

University of Belgrade Faculty of Law

NON-EXISTING CONTRACTS

Summary

Non-existing contracts are discussed in the field of contract conclusion. The reason for this is simple – they are not contracts, because they lack at least one of the elements necessary for the contract to be concluded: meeting of minds, capacity to contract, subject, cause or possibly the form. They can be said to represent a de facto situation in law. The reasons for their being excluded from the group of legally invalid contracts are of practical, rather than theoretical nature. On the other hand, the non-existing contracts also need to be viewed separately from the situation when there is no contract, and when there is no doubt that the parties have not reached an agreement. In both cases the reasons can be found on the domain of consequences.

Key words: *Conclusion of contract. – Meeting of minds. – Capacity to contract. – Subject. – Cause. – Form. – Legally invalid contracts.*