

Милан Јечменић*

Прегледни научни рад
УДК: 347.440

НЕИМЕНОВАНИ УГОВОРИ

Рад примљен: 17. 09. 2018.

Рад исправљен: 27. 09. 2018.

Рад прихваћен за објављивање: 27. 09. 2018.

Предмет пажње аутора у овом раду су неименовани уговори. Конкретније, питање поделе неименованих уговора или, другачије речено, установљавање типова неименованих уговора који се редовно појављују у уговорној пракси. Затим, аутор се бави проблемом примене правних правила на неименоване уговоре. На крају, аутор анализира још један проблем који се редовно јавља у уговорној пракси, а то је проблем попуњавања уговорних празнина у неименованим уговорима.

Кључне речи: *неименовани уговори, sui generis уговори, мешовити уговори, повезани уговори, примена правних правила, попуњавање уговорних празнина.*

I УВОД

Уговори који су законом изричито регулисани, којима је одређен назив и прописана најбитнија садржина, јесу именовани уговори.¹ А *contrario*, неименовани уговори би били уговори који се закључују у уговорној пракси, али који нису законом изричито регулисани. Неименовани уговори у уговорној пракси јављају се као резултат слободе уговарања.² Уговарачи могу у зависности од циљева које желе остварити

* Сарадник у настави Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, milanjecmenic@yahoo.com.

¹ Ј. Радишић, *Облигационо право*, Београд, 2008, 137.

² Подела уговора на именоване и неименоване корен има у римском праву. Наиме, римско право је пружало заштиту само оним уговорима који су били закључени по унапред предвиђеним строгим захтевима форме, уз то да су *emptio venditio*, *locatio conductio*, *societas* и *mandatum* као консенсуални уговори такође уживали заштиту. Остали двостранообавезни уговори који су настајали сагласношћу воља, али без прописане форме и код којих би једна уговорна страна своју уговорну обавезу уредно испунила, а друга несавесна одбила да испуни своју уговорну

сами одређивати садржину уговора, при чему могу изаћи из оквира законом регулисаних типова уговора. Наравно, то могу чинити у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја.³ Неименовани уговори могу постати именовани. Дешава се да се поједини неименовани уговори устале у пракси у толикој мери да законодавац одлучи да их изричито законом регулише, те на тај начин они постају именовани уговори. Но, док се тако нешто не деси, неименовани уговори изазивају велике теоријске и практичне недоумице.

Неименовани уговори закључују се као и именовани сагласношћу воља. Једна страна упуту понуду за закључење уговора, а друга ту понуду прихвати. Врло често, закључењу неименованих уговора претходе преговори. Ипак, разлика се може уочити. Док је код именованих уговора довољно да понуда садржи само битне елементе уговора који уговарачи желе да закључе, а на остала питања биће примењена правна правила која важе за тај уговор и предвиђена су у посебном делу ЗОО, код неименованих уговора ситуација је сложенија. Понуда за закључење неименованог уговора треба да обухвати садржину будућег уговорног односа не само у главним тачкама него у свим појединостима, јер у случају да понудилац пропусти да предложи садржину неименованог уговора у свим његовим појединостима, неће постојати могућност примене правних правила из посебног дела ЗОО, будући да она овде нису од помоћи, јер његове диспозитивне норме нису од користи због несаобразности закљученог уговора са врстама уговора које он садржи, тако да оне нису подобне да попуне постојеће празнине.⁴

Неименовани уговори изазивају велике теоријске и практичне недоумице. Најпре, ту је питање поделе неименованих уговора, односно питање да ли се могу уоквирити по неким заједничким карактеристикама типови неименованих уговора. У пракси закључења неименованих уговора, као практични, али такође и теоријски проблеми јављају се

обавезу, нису уживали правну заштиту. Зато је претор интервенисао на тај начин да је сваки споразум код кога би једна страна извршила своју обавезу, а друга не, ова прва могла да захтева повраћај датог путем *condictio causa data causa non secuta*, као и накнаду штете путем *actio doli*. Временом ови неименовани споразуми добијају и директну правну заштиту. Наиме, претор уводи тужбу *actio in factum* која се у Јустинијановом праву зове *actio praescriptis verbis*. На тај начин многи споразуми који нису имали посебно име, постали су неименовани контракти. Вид., Е. Станковић, С. Владетић, *Римско право*, Крагујевац, 2014, 305-308.

³ Закон о облигационим односима Републике Србије (ЗОО), *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89-одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003-Уставна повеља), чл. 10.

⁴ М. Орлић, *Закључење уговора*, Београд, 1993, 243.

проблеми примене правних правила и попуњавања уговорних празнина. Управо та питања јесу предмет пажње аутора у овом раду.

II ПОДЕЛА НЕИМЕНОВАНИХ УГОВОРА

У оквиру неименованих уговора могу се разликовати мешовити и *sui generis* уговори. „Уговори чија се садржина састоји од два или више једноставних уговора који су сједињени тако да представљају јединствен уговор називају се мешовити уговори“.⁵ *Sui generis* уговори, су уговори код којих се права и обавезе уговорних страна не могу подвести под елементе неког именованог уговора.⁶ Мешовити и *sui generis* уговори такође нису јединствене категорије.

Мешовити уговори могу се класификовати на:

1) комбиноване уговоре - код овог типа мешовитих уговора једна уговорна страна дугује више чинидби које се могу подвести под различите типове именованих уговора. Примера ради, уговор о пансиону код кога се могу препознати елементи уговора о закупу, купопродаји, делу и остави;

2) двострано типичне уговоре - код овог типа мешовитих уговора уговорне стране размењују чинидбе које припадају различитим именованим уговорима. Примера ради, уговор на основу кога кућепазитељ стиче право да одређено време станује у једном од станова у одређеној згради, а на име надокнаде преузима обавезу да врши надзор зграде, обавља неопходне поправке и врши друге послове везане за редовно одржавање зграде, те се могу препознати елементи уговора о закупу и уговора о делу;

3) интегрисане уговоре - код овог типа мешовитих уговора чинидбе једне или обе уговорне стране, које на први поглед делују хомогено, произилазе из различитих уговора.⁷ Примера ради, мешовити поклон, где уговорне стране закључују уговор о продаји, али са тако ниском уговореном ценом да она у складу са вољом странака покрива само незнатан део цене ствари, док се пренос права својине на осталом делу ствари врши доброчином.⁸ Дакле, на први поглед јединствена чинидба у којој се могу препознати елементи уговора о продаји и уговора о поклону.

Између мешовитих и чистих *sui generis* уговора постоји прелазни тип уговора. То би били уговори који се састоје од елемената именованих уговора, као и елемената који се не могу подвести под елементе неког именованог уговора. Питање је да ли овакве уговоре третирати као

⁵ С. Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1981, 214.

⁶ О. Антић, *Именовани и неименовани уговори у савременом облигационом праву*, Анали Правног факултета у Београду бр. 1-2, 2004, 96.

⁷ W. Schluer, *Innominatvertrage*, SPR, Bd. VII/2, Basel, 1979, 252.

⁸ А. Јакшић, С. Стојановић, *Елементи за једно уговорно право*, Београд, 1995, 129.

мешовите или пак *sui generis* уговоре.⁹ Начелно, и овакви уговори су настали мешавином елемената различитих уговора, те би их сходно томе требало одредити као мешовите уговоре. Ипак, сматрамо да је термин мешовити уговор настао управо из разлога да би се њиме означили уговори који су настали мешањем елемената именованих уговора, а у циљу одређивања правних правила која се имају применити на њих о чему ћемо говорити нешто касније.

Са друге стране, уговори који поред елемената именованих уговора садрже и *sui generis* елементе, дакле самосвојне елементе који се не могу подвести под елементе неког именованог уговора, не могу се означити другачије него ли као *sui generis* уговори. Ипак, они нису чисти *sui generis* уговори, који су у пракси иначе ретки. Сходно томе, могу се разликовати *sui generis* уговори у ширем и ужем смислу. *Sui generis* уговори у ширем смислу карактеришу се тиме да су њихови елементи само делимично регулисани законом. Са друге стране, *sui generis* уговори у ужем смислу су такви уговори код којих уопште није могуће подвођење њихових елемената под именоване уговоре.¹⁰

III ПОВЕЗАНИ УГОВОРИ

Осим мешовитих и *sui generis* уговора, треба указати и на категорију повезаних уговора које некад у пракси није лако разликовати од мешовитих уговора. Код повезаних уговора се заправо ради о томе да је више уговора на основу воље уговарача повезано тако да чине једну целину.¹¹ До тога може доћи услед тога што закључење једног уговора може повући за собом и закључење неког другог уговора или се, поводом закључења једног уговора, може јавити потреба за закључењем неког другог уговора између истих лица да би се остварио циљ коме уговарачи теже.¹² Примера ради, продаја аутомобила купцу уз истовремено давање гараже у закуп.

Повезани уговори су ипак самостални уговори. Сваки од повезаних уговора задржава своју самосталност и на сваки се примењују правна правила која важе за тај уговор. Дакле, повезани уговори чине формално јединство, за разлику од мешовитих уговора који чине материјално јединство. Но, како је већ речено, некад у пракси није лако разликовати повезане од мешовитих уговора. У случају таквих потешкоћа, као критеријуми који свакако нису коначни, али који могу указати да ли се у

⁹ Вид. за мешовите, М. Martinek, *Moderne Vertragstypen, bd. 1., Leasing und factoring*, Munchen, 1991, 22.

¹⁰ Више о томе, W. Schluер, *op. cit.*, 252-255.

¹¹ М. Martinek, *op. cit.*, 23.

¹² С. Перовић, *op. cit.*, 214.

конкретном случају ради о повезаном или пак мешовитом уговору, могу се узети у обзир следећи:

- 1) да ли поверилац има интерес за испуњење чинидбе као материјално јединство или у механичком збиру елемената;
- 2) да ли је уговор закључен на једном или више докумената,
- 3) да ли је приликом уговарања чинидби протекао мањи или већи временски размак.¹³

IV ПРОБЛЕМ ПРИМЕНЕ ПРАВНИХ ПРАВИЛА НА НЕИМЕНОВАНЕ УГОВОРЕ

Следеће питање које се поставља везано за неименоване уговоре јесте питање која правна правила треба применити на њих. Проблем примене правних правила на мешовите уговоре да се одредити као гомилање правних правила, док са друге стране за *sui generis* уговоре имамо недостатак правних правила. Како су мешовити уговори састављени од елемената различитих именованих уговора, поставља се питање која правна правила применити на њих. Правила једног, неких или пак свих уговора који га чине. У оквиру правне доктрине настало је неколико теорија које за циљ имају да реше овај проблем. То су:

- 1) теорија комбинације;
- 2) теорија апсорпције;
- 3) теорија креације;
- 4) теорија каузе,
- 5) теорија аналогije.

Према теорији комбинације, на мешовити уговор треба применити правила свих уговора који га чине, и то тако да на сваки од именованих уговора који га чине треба применити правила тог уговора, или пак њиховим комбиновањем доћи до заједничких правила.¹⁴ Ова теорија је дакако погодна код мешовитих комбинованих уговора и мешовитих двостранотипичних уговора. Ипак, како то обично бива, ова теорија има један недостатак. Тај недостатак се огледа у колизији правних правила. Конкретније, недостатак је у томе што правила која важе за поједине уговоре који чине мешовити уговор могу бити супротстављена, па их није могуће комбиновати. Тако ова теорија не даје одговор на случајеве у којима правна правила различитих уговора који чине мешовити уговор предвиђају различите разлоге за раскид уговора, или пак, за неке уговоре се предвиђа писмена форма, а за друге не.¹⁵ Решење за овај проблем

¹³ О. Антић, *op. cit.*, 98.

¹⁴ С. Перовић, *op. cit.*, 215.

¹⁵ А. Јакшић, С. Стојановић, *op. cit.*, 131-132.

покушала је да да теорија апсорпције.¹⁶ Према овој теорији, на мешовити уговор имају се применити правна правила оног уговора који је доминантан, који апсорбује све друге елементе, или, како се још каже, на коме је тежиште уговора, те је сходно томе ова теорија позната и као теорија тежишта.¹⁷ Нарочито је погодна за интегрисане уговоре.

Недостатак ове теорије огледа се у томе што се поставља питање на који начин одредити доминантни елемент. Могућа су два приступа, али ниједан није без мана. Први, квантитативни, састоји се у томе да се доминантни елемент утврђује на основу тржишне вредности чинидбе, док други квалитативни, полази од намере уговарача и треба да утврди ком елементу сами уговарачи дају превагу.¹⁸ Но шта ако се за уговорену чинидбу не може пронаћи тржишна вредност, или уколико према намери уговорних страна све дуговане чинидбе за њих имају једнак значај?

Према теорији креације, која је предвиђена у швајцарском праву, судија сам креира правна правила која се имају применити на мешовите уговоре. Према швајцарском Грађанском закону, ако из закона не може да се извуче никакав пропис, онда судија треба да одлучи према обичајном праву, а где оно недостаје и по правилу које би он као законодавац донео. При томе прати одобрено учење и традицију.¹⁹ Дакле, решавање проблема примене права на мешовите уговоре препуштено је суду који не би био формално везан правилима која важе за поједине уговоре, а која се међусобно супротстављају, већ би независно од њих, по правичности, изналазио најподеснија решења за сваки конкретан случај.²⁰

Према теорији каузе, приликом одлучивања о томе која правна правила применити на мешовит уговор, треба поћи од његове каузе. Ипак, у мешовитом уговору је некад тешко утврдити шта је кауза уговорних обавеза уговарача. Питање је заправо да ли ће се као кауза уговорне обавезе узети кауза једног од уговора који чине мешовити уговор, или не.²¹ Према теорији аналогije, на мешовит уговор треба аналогно применити правна правила неког од законом регулисаних уговора који му је сличан.²² Такође, на мешовите уговоре могла би се применити и општа

¹⁶ Иначе, теорија апсорпције примењена је у ЗОО у делу у коме се уређује однос уговора о делу са уговором о купопродаји. Уговор којим се једна страна обавезује да изради одређену покретну ствар од свог материјала сматра се у сумњи као уговор о купопродаји. Вид., ЗОО, чл. 601.

¹⁷ М. Martinek, *op. cit.*, 25.

¹⁸ *Ibid.*, 26.

¹⁹ Schweizerisches Zivilgesetzbuch, vom 10. Dezember 1907 (Stand am 1. Januar 2018), чл. 1, ст. 2 и 3.

²⁰ С. Перовић, *op. cit.*, 216.

²¹ М. Вуковић, *Обвезно право*, Загреб, 1964, 324.

²² *Ibid.*, 326.

правила уговорног права. Могућност примене општих правила уговорног права на мешовите уговоре назива се теорија субсидијарности.²³

У образложењу преднацрта Грађанског законика Републике Србије, наведено је да би без допунских правила тумачења за мешовите уговоре различите судске одлуке створиле правну несигурност. Зато, приликом одлучивања о томе која правна правила применити на мешовити уговор требало би првенствено водити рачуна о томе шта су уговарачи хтели да у мешовитом уговору претеже. Уколико се може утврдити који од уговора који чине мешовити уговор је за уговараче најважнији, у складу са теоријом апсорпције примениће се правила тог уговора. Уколико се пак то не може утврдити, треба узети у обзир битне састојке свих уговора који чине мешовити уговор. Уколико су правила различитих уговора који чине мешовити уговор међусобно несагласна, треба утврдити који састојци у целокупном мешовитом уговору претежу (с обзиром на природу и циљ појединих престација) те онда дати предност уговору који садржи те састојке, тако да би се том уговору морали подредити и други састојци.²⁴

„Решавајући проблем примене права на мешовите уговоре суд ће морати да установи заједничку намеру странака, дакле, шта су уговарачи хтели уговором да постигну, па према томе да примени одговарајућа правила, при чему претходно наведене теорије не треба посматрати тако да се оне међусобно искључују, већ да суд треба да приликом конкретног одлучивања, руководећи се заједничком намером странака искористи неку од ових теорија у зависности од природе конкретног случаја“.²⁵

Са друге стране, код *sui generis* уговора примена правних правила именованих уговора није могућа, сем начелно код *sui generis* уговора у ширем смислу, али само на део уговора. Ипак, треба узети у обзир чињеницу да су уговарачи закључили уговор које се у начелу не може подвести под неки од именованих уговора, што само по себи имплицира да правна правила именованих уговора нису погодна за остварење њихових уговорних циљева. Сходно томе, код *sui generis* уговора доминира примена правних правила из општег дела облигационог права.

V ПОПУЊАВАЊЕ УГОВОРНИХ ПРАЗНИНА КОД НЕИМЕНОВАНИХ УГОВОРА

Неименовани уговори, исто као и именовани, могу имати уговорне празнине. Дакле, дешава се да уговарачи неко питање уопште не уреде

²³ *Ibid.*

²⁴ Вид. Образложење преднацрта Грађанског законика Републике Србије, <https://arhiva.mpravde.gov.rs/it/articles/zakonodavna-aktivnost/gradanski-zakoni>, датум посете: 15.09.2018.

²⁵ С. Перовић, *op. cit.*, 216.

уговором, било стога што га потпуно превиде, или сматрају да је то непотребно, или сувишно, или то питање накнадно неочекивано искрсне.²⁶ Према ЗОО ако су уговорне стране после постигнуте сагласности о битним састојцима уговора оставиле неке споредне тачке за доцније, уговор се сматра закљученим, а споредне тачке, ако сами уговарачи не постигну сагласност о њима, уредиће суд водећи рачуна о претходним преговорима, утврђеној пракси између уговарача и обичајима.²⁷ Када стране закључују неки именовани уговор у коме не постигну сагласност о природним састојцима уговора, тада се на тај уговор примењују диспозитивне одредбе закона. Али, ако су стране закључиле неки неименовани уговор тада природне састојке уређује суд у складу са претходно наведеном одредбом члана 32 ЗОО.²⁸ Овај члан се примењује не само ако су уговорне стране после постигнуте сагласности о битним састојцима уговора оставиле неке споредне тачке за доцније, већ и у случају споредних тачака о којима се сауговарачи нису изјаснили јер су сматрали да о њима у конкретном случају не треба да се изјашњавају, или су их једноставно занемарили, или превидели.²⁹ Притом, део уговора о коме су уговорне стране постигле сагласност и део о коме се нису сагласиле већ је њиме употпуњена садржина уговора у процесу интеграције уговора од стране суда морају бити усклађени тако да се не спречава, нити отежава, већ напротив, помаже испуњење уговора.³⁰

Проблем везан за интеграцију неименованих уговора настаје уколико се ради о потпуно новом уговору, који је у зачетку, па нити има утврђене праксе између уговарача, нити има обичаја. Тада интеграција се има извршити уз примену начела савесности и поштења и водећи рачуна о циљу уговора, као и свим околностима под којима је уговор закључен.³¹

Интеграција уговора некад може значити и нове обавезе за уговорне стране, при чему ће њихова повреда имати карактер неиспуњења уговорне обавезе, што ће довести до примене средстава заштите уговорника.³² ЗОО предвиђа да су у заснивању облигационих односа и остваривању права и обавеза из тих односа стране дужне да се придржавају начела савесности и поштења.³³ Такође, из циља уговора могу за дужника произићи додатне

²⁶ С. Миладиновић, *Интеграција облигационог уговора-Попуњавање уговорних празнина*, Правни живот бр. 10, 2001, 432.

²⁷ ЗОО, чл. 32., Попуњавање уговорне празнине диспозитивним законским правилима назива се општа интеграција, док попуњавање уговорних празнина на основу члана 32. ЗОО, индивидуална интеграција.

²⁸ Ј. Радишић, *op. cit.*, 122.

²⁹ С. Миладиновић, *op. cit.*, 438.

³⁰ Ј. Барбић, *Склапање уговора*, Загреб, 1980, 113.

³¹ С. Миладиновић, *op. cit.*, 441-444.

³² *Ibid.*, 435.

³³ ЗОО, чл. 12.

обавезе које се нису могле предвидети при закључењу уговора, па је у складу са тим дужник дужан да понашање прилагоди циљу уговора те да у том смислу предузме све споредне обавезе које доприносе остварењу тог циља, као и да се уздржи од сваке радње која би могла да осујети остварење тог циља. У случају спора судија, полазећи од циља уговора креира нове обавезе допуњујући уговор на основу претпостављене воље странака, при чему претпостављена воља представља оно што произилази из уговора на основу савесности и поштења, циља уговора и свих околности под којима је уговор закључен.³⁴ Уговорне обавезе треба извршити у складу са основним интересом који је утврђен у главној обавези, будући да свака главна обавеза подразумева много других циљно усмерених радњи, које је дужник обавезан да изврши без обзира на то дали су те споредне обавезе уговором изричито предвиђене, а заснивају се на савесности и поштењу и циљу уговора који представља основу како треба уговор испунити.³⁵

VI ЗАКЉУЧАК

Неименовани уговори представљају реалност уговорне праксе и да се претпоставити да ће их бити све више. Ипак, као што смо видели, неименовани уговори изазивају велике теоријске и практичне недоумице. У начелу би се могло рећи да је правна теорија установила по извесним заједничким карактеристикама типове неименованих уговора, тако да у глобалу могу обухватити све појавне облике неименованих уговора који би се могли замислити. Што се тиче, пак, проблема примене права на неименоване уговоре, нити једна теорија коју је понудила правна доктрина не даје целовито решење. Рекло би се да ниједна од ових теорија није без мана, а да свака опет има својих предности. Дакле, решење је за сад у комбинацији ових теорија и примени најадекватније на конкретан неименовани уговор. Проблем везан за попуњавање уговорних празнина код неименованих уговора настаје уколико се ради о потпуно новом уговору, који је у зачетку, па нити има утврђене праксе између уговарача, нити има обичаја. Тада се попуњавање уговорних празнина има извршити уз примену начела савесности и поштења и водећи рачуна о циљу уговора, као и свим околностима под којима је уговор закључен.

³⁴ Р. Слијепчевић, *Коментар ЗОО*, Београд, 2002, 16.

³⁵ С. Перовић, Д. Стојановић, *Коментар Закона о облигационим односима*, Горњи Милановац-Крагујевац, 1980, 16.

Milan Ječmenić*

INNOMINATE CONTRACTS

Summary

The object of the author's attention in this paper are innominate contracts. More specifically, the question of types of innominate contracts that appear regularly in contractual practice. Then, the author deals with the problem of applying the legal rules to innominate contracts. Finally, the author analyzes another problem that occurs regularly in contractual practice, which is the integration of innominate contracts.

Key words: *innominate contracts, sui generis contracts, mixed contracts, related contracts, application of legal rules, integration of innominate contracts.*

* Teaching associate, Faculty of law, University of Kragujevac.