

Veljko Kovačević*

NEKA PITANJA O PRIRODI I STRUKTURI POJEDINIH GRANA I PRAVNIH INSTITUTA ENGLESKOG PRAVA

Apstrakt: U ovom radu autor tematski obrađuje osnovne karakteristike administrativnog, pomorskog i ugovornog prava, kao i pojedinih instituta engleskog prava poput trusta, uz nastojanje da se objasni uticaj istorijskih okolnosti, kako na razvoj pojedinih pravnih instituta tako i čitavih grana prava karakterističnih za engleski pravni sistem.

Primenom istorijskog metoda analiziraju se neka ključna pitanja u odnosu na razlike u shvatanju i prilazu pravu između engleskih i kontinentalnih pravnika, te uticaj tih razlika na definisanje bitnih obeležja pojedinih grana engleskog prava u odnosu na srodne grane prava u zemljama kontinentalnog pravnog kruga.

Ključne reči: common law, englesko administrativno/upravno pravo, englesko ugovorno pravo, englesko pomorsko pravo, trust.

UVOD

Ako se imaju u vidu političke, društvene, ekonomske, te posledično-pravne specifičnosti Engleske u odnosu na ostatak evropskog kontinenta, svaki pokušaj kontinentalnog pravnika da bliže analizira pojedine pravne institute i grane engleskog prava zahteva poznavanje izvora engleskog prava onako kako su oblikovani kroz njegovu dugu istoriju.

Imajući u vidu da se u ovom članku nastoji da se analiziraju specifičnosti pojedinih instituta i grana engleskog prava u kojima najviše dolaze do izražaja razlike u odnosu na srodne grane prava zemalja kontinentalnog pravnog kruga, u tretiranju predmetne problematike, a radi boljeg razumevanja, korišćenje istorijskog metoda činilo se opravdanim.

* Diplomirani pravnik, savetnik u Ministarstvu saobraćaja
e-mail: veljkozemun@gmail.com

1. IZVORI ENGLESKOG PRAVA

Osnovnu poddelu izvora engleskog prava možda na najsveobuhvatniji način prikazao je Philip James koji je izvršio osnovnu poddelu izvora engleskog prava na pisane i nepisane izvore, da bi je potom dopunio podelom na dva osnovna i dva pomoćna izvora. S tim u vezi, dva osnovna izvora engleskog prava jesu zakoni (*Statute Law-Legislation*) i precedentno pravo (*Judicial Precedent*) koje obuhvata *Case Law* i *Law Reporting*, dok pomoćne izvore čine običaji i pravna doktrina.¹

U odnosu na zakone kao izvore prava, potrebno je pre svega ukazati u kratkim crtama na značajan doprinos koji su sa teorijskopravnog stanovišta, odnosno u definisanju pojma zakona imali engleski pravni teoretičari, koji su imali uticaj i na potonji razvoj ukupne evropske pravne nauke. Kada se analiziraju definicije zakona kako su ih dali Bentham, Blackstone, Hart ili Austin, a koje se u krajnjim konsekvencama svode na tvrdnju da zakon nema dodirnih tačaka sa pravdom i moralom već je manifestacija, odnosno zapovest najviše političke vlasti koja je praćena sankcijom, prepoznaje se pristup tako karakterističan za englesko racionalističko poimanje prava, ali i uticaj koji je engleska analitička jurisprudencija imala na pojedina stanovišta nekih kontinentalnih pravnih škola, poput pravnog pozitivizma.² Dakako, pažljivije analiziranje teorijskopravnog pristupa prevazilazi potrebe ovog članka, te ćemo se u narednim redovima zadržati na opštim karakteristikama zakona kao izvora prava u Engleskoj.

Nakon reforme prava iz 1832. godine, zakoni se sve češće donose u Engleskoj, i neretko se koriste kao sredstvo reforme *common law*-a i *equity*-ja.

Ovde treba imati u vidu da u Engleskoj zakoni nemaju za cilj sveobuhvatnu reglamentaciju jednog pravnog problema, već uvek daju veći ili manji broj praktičnih rešenja u određenoj oblasti, zbog čega bi se moglo zaključiti da su zakoni supsidijarni izvor prava u Engleskoj. Ovo pravilo trpi jedan značajan izuzetak, i to u vidu tzv. konsolidacionih zakona, za koje se ističe da bi se sa stanovišta kontinentalne pravne teorije mogli nazvati i kodifikujućim, uz ograničenje da navedeni izraz nikada ne bi bio prihvatljiv za engleske pravnike. Kao primer jednog od uspešnijih konsolidacionih zakona navodi se Zakon o pomorskom osiguranju (*Marine In-*

1 O tome više u: Shears, P., Stephenson, G., 1996, *James' Introduction to English Law*, London, Oxford University Press, pp. 6–21.

2 O pojmu zakona kako su ga definisali pripadnici engleske analitičke jurisprudencije više u: Vranjanac, D., 2000, *Džon Ostin, imperativni model pravnog pozitivizma*, Beograd, Institut za uporedno pravo, kao i Lukić, R., Košutić, B., Mitrović, D., 1999, *Uvod u pravo*, Beograd, Službeni list SRJ, str. 163–167.

insurance Act) iz 1906. godine. Tu svakako treba dodati i *Merchant Shipping Act*, *Sale of Goods Act* i *Partnership Act*.³

Kada govorimo o zakonima kao izvorima prava, nužno je ukazati na specifičnosti metoda njihovog tumačenja koji se koriste u engleskom pravu. U odnosu na tri osnovna metoda tumačenja koja se danas u pravu koriste (namera, odnosno cilj zakonodavca, *ratio legis* donošenja zakona i jezičko, odnosno gramatičko tumačenje), u engleskom pravu preovladava upotreba trećeg, odnosno metoda restriktivnog jezičkog tumačenja zakona (*Traditional Interpretation*), što znači da nije moguće pozivati se na „duh zakona” u cilju popunjavanja pravnih praznina.⁴ S tim u vezi, u pravnoj nauci uvek se ističe da zakoni ne mogu promeniti principe *common law*-a već da oni uglavnom imaju za cilj isključivo sistematizaciju raznih nepisanih izvora u određenoj oblasti. Zakonom se *common law* isključuje samo u onoj meri koliko to tekst zakona na izričit i nedvosmišlen način čini. Peter Shears i Graham Stephenson ukazuju da je još sudija Edward Coke smatrao da je moguće da zakon koji je Parlament usvojio, a koji je u suprotnosti sa razlozima i ciljevima *common law*-a, bude nevažeći, te da na taj način, uprkos suverenosti Parlamenta, sudovi zadržavaju svoj uticaj na zakonodavstvo u okviru svojih nadležnosti, što je dovelo do restriktivnog tumačenja zakona saglasno rečima upotrebljenim u njima.⁵ Naravno, navedeno osnovno pravilo tumačenja tokom vremena je doživelo svoj razvoj pre svega kroz *Interpretation Act* iz 1978. godine, koji sadrži neka osnovna pravila tumačenja, među kojima svakako treba navesti *the Literal Rule*, *the Golden Rule*, *the Preamble*, *Marginal Notes*, *the Rule in Heydon's Case*, *Expressum facit cessare tacitum*, *the Ejusdem Generis Rule* i *Ut res magis valeat quam pereat*.⁶ S druge strane, još od vremena *Corpus Juris Civilis*-a, dominantan metod tumačenja u zemljama evropskog kon-

3 O konsolidacionim zakonima više u: Ivošević, B., 2008, *Anglosaksonsko pravo*, Podgorica, Pravni fakultet Univerziteta Mediteran u Podgorici, (umnoženo kao rukopis), str. 31.

4 S tim u vezi, Ivošević B. navodi primer da po pravilima *common law*-a u slučaju brodoloma član posade broda automatski gubi pravo na zaradu. Međutim, navedeno pravilo izmenjeno je Zakonom iz 1925. godine, pa u slučaju da je do brodoloma došlo pre isteka ugovora o radu člana posade, brodovlasnik je dužan da mu isplati ugovorenu naknadu za još dva meseca, u slučaju da član posade nije pronašao u međuvremenu drugo zaposlenje. U dva sporna slučaja koja su nastala nakon stupanja na snagu navedenog zakona, do brodoloma je došlo samo par dana pre isteka ugovora, pa su brodovlasnici smatrali da bi članovi posade u slučaju isplate dvomesečne zarade bili u boljem položaju u slučaju brodoloma nego u slučaju srećnog završetka putovanja. Međutim, sud je, držeći se pravila o obavezi da poštuje slovo zakona, presudio da članovi posade imaju pravo na dve mesečne zarade posle brodoloma, imajući u vidu da u međuvremenu nisu našli novo zaposlenje – Ivošević, B., 2008, str. 30.

5 O tome više: Shears, P., Stephenson, G., 1996, p. 8.

6 O metodama tumačenja u engleskom pravu više: Shears P., Stephenson, G., 1996, pp. 8–12.

tinentalnog kruga jeste utvrđivanje namere, odnosno cilja koji je zakonodavac imao na umu prilikom donošenja zakona. Kako je Velika Britanija postala država članica Evropske unije, te time postala obavezana primarnim i sekundarnim izvorima komunitarnog prava, postepeno dolazi do napuštanja navedenog osnovnog principa tumačenja u engleskom pravu, imajući u vidu da se u skladu sa odredbama Ugovora o osnivanju evropske ekonomske zajednice, Ugovora o spajanju, te Jedinstvenim evropskim aktom iz 1986. godine, engleski sudovi sada najčešće drže tumačenja Evropskog suda pravde.⁷

U odnosu na precedentno pravo, najpre treba ukazati na osnovno načelo sistema precedenata koje glasi: pravno pravilo koje je u konkretnom slučaju stvorio i primenio sudija, ubuduće, pod određenim uslovima, treba da bude poštovano od strane drugih sudija nižih sudova ili sudova istog ranga. Umesto primene raznih vrsta tumačenja zakonskog teksta, o čemu će kasnije biti više reči, engleski pravnik iz ovih pravila mora da pronade rešenje za svaki konkretan slučaj, uvek vodeći računa o tome da li je to rešenje u skladu sa nekim naknadno donetim zakonom u toj materiji. Kada govorimo o *Law Reporting*-u, pre svega, hronološki gledano, mislimo na *Years Books*, zbirke sudskih odluka iz kojih saznajemo o postupku koji se primenjivao pred sudovima i o materijalnim normama koje su sudovi primenjivali na rešavanje određenog pitanja. Od 1502. godine, *Years Books* ne izlaze redovno, da bi prestale da izlaze 1525. Nakon te godine, *Years Books* su samo korišćene u okviru zbornika *Abridgements* ili *Digestes*, u kojima su sudske presude sistematski izložene, i to u okviru *Rolle*-ova i *Viner*-a. Od XVI veka, u Engleskoj se javlja veliki broj zbirki sudske prakse koje su poznate po imenima njihovih autora. Većina tih zbirki kasnije je obuhvaćena u zbirci pod nazivom *English Reports*. Počev od 1865. godine, *Law Reports* izlazi na godišnjem nivou, objavljujući najznačajnije odluke Doma lordova i drugih sudskih instanci. U tom smislu, *Law Reports* sastoji se od nekoliko svezaka i to: *Appeal Cases*, *King's Bench*, *Chancery*, *Probate*, *Indian Appeals* i *Weekly Notes*. Pored toga, *Law Reports* objavljuju zakone usvojene svake godine, kao i godišnje i desetogodišnje preglede (*Annual* i *Decennial Digests*). *Law Reports* i danas izlaze, s tim da *Weekly Law Reports* predstavljaju svojevrsnu dopunu *Law Reports*-a na nedeljnom nivou.⁸

Od ostalih izvora prava treba još navesti običaje, kao i pravnu doktrinu.⁹

7 O tome više: Shears P., Stephenson, G., 1996, p. 14.

8 O istorijskom razvoju i značaju zbirki sudskih odluka više u: David, R., 1960, *Uvod u privatno pravo Engleske*, Beograd, Institut za uporedno pravo, str. 38.

9 O značaju i ulozi običaja i pravne doktrine u engleskom pravu više u: Kovačević, V., 2011, Engleska i pravo, istorijski razvoj i neke specifičnosti, *Pravni zapisi*, 2, str. 613–631

2. POJEDINE GRANE ENGLSKOG PRAVA

Iako englesko pravo odlikuju određene specifičnosti u domenu klasifikacije pravnih pojmova, terminologije, traženja pravnih rešenja i pravila tumačenja, u domenu klasifikacije pojedinih grana prava nema većih razlika u odnosu na evropsko kontinentalno pravo. Pa tako, i u Engleskoj imamo ustavno, upravno (administrativno), radno, trgovačko, međunarodno javno i privatno pravo i dr. S druge strane, značajne razlike postoje u domenu onoga što kontinentalni pravници nazivaju obligacionim pravom, a što se u engleskom pravu deli na ugovore (*Contracts*) i naknadu štete (*Torts*). Takođe, značajan izuzetak su i pravila o *Trust*-u koja nisu poznata u evropskim kontinentalnim pravnim sistemima.

Nadalje, čak i u onim granama prava koje prepoznaju oba sistema, postoje značajne razlike između npr. engleskog i francuskog upravnog (administrativnog) prava. U narednim redovima razmotrićemo samo osnovne razlike u nekim granama prava, poput administrativnog, pomorskog i ugovornog prava.

2.1. ENGLSKO ADMINISTRATIVNO/UPRAVNO PRAVO

U engleskoj pravnoj teoriji dugo je dominiralo shvatanje po kome ne postoji jasna razlika između javnog i privatnog prava, te da pravnu kontrolu nad radom administracije vrše *common law* sudovi, i to po istim principima koje ti sudovi primenjuju u sporovima između građana. Štaviše, do pre nešto više od sedamdeset godina, u engleskom jeziku i nije postojao odgovarajući termin za administrativno pravo, imajući u vidu da je u Engleskoj postojao samo zakon o poštama, finansijsko pravo, zakon o inspektorima rada i dr. Upravni spor dugo je bio redovan građanski spor na koji se primenjivao *common law*.

S tim u vezi, kako u engleskoj tradiciji *common law*-a u društvu postoji samo jedno pravo, engleska pravna tradicija izričito je odbijala postojanje posebnog upravnog prava. Među engleskim pravnim teoretičarima najveći protivnik postojanja zasebnog upravnog prava bio je Dicey, koji je kao glavni argument koristio onaj da zakon postaje arbitran i birokratski kada ga administriraju upravni organi. Naime, Dicey je pravo definisao kao „svako pravo koje se može ostvariti na sudu”; ako administrativno pravo ostvaruju druge institucije, a ne sudovi, onda je od početka bilo logično negirati njegov status kao prava.¹⁰ Treba istaći da Dicey nije u potpunosti negirao postojanje administrativnog prava Engleske, već da je suština njegovog stava zapravo negiranje mogućnosti primene određene

10 Bačić, A., 2008, O engleskom nerazumevanju francuskog upravnog prava i Conseil d'étata, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 1, str. 37.

nih načela na kojima počiva administrativno pravo npr. Francuske, a koja se ogledaju u shvatanju da sporove između pojedinaca i države rešavaju posebni, administrativni/upravni sudovi, kao i da se ti sporovi rešavaju po posebnim pravnim pravilima (administrativno pravo).¹¹

Međutim, razvojem, odnosno povećanjem broja nadležnosti moderne države, usled čega dolazi do povećanja broja uprava, agencija, inspekcija i sl., dolazi do nastanka pojma koji je u nauci poznat pod nazivom „administrativna država”. Povećanjem broja organa državne uprave nastaje potreba da se novim propisima osnivaju institucije koje će sprovoditi nove zadatke sve glomaznijeg državnog administrativnog aparata. Imajući to u vidu, Engleska se suočila sa nužnošću da svoj zakonodavni okvir prilagodi novonastalim potrebama, s obzirom na to da se i u Engleskoj za suđenje u upravnim sporovima tražilo tumačenje propisa koji su nastali u administrativnoj sferi. Posledično, Parlament je zakonima počeo da prenosi upravna ovlašćenja na državne službenike i specijalizovane sudove za određene oblasti uprave kao što su: Sud za železničke tarife (*Railway Rates Tribunal*), Apelacioni sud za patente (*Patents Appeal Court*) i dr., dok je uloga presuditelja data sudskim komesarima (*Judicial Commisioners*). Navedeni sudovi nisu klasično „sudski” po svojoj prirodi, već su deo administracije na čijem čelu se nalazi resorni ministar. Ovakvo uređenje i postavka administrativne države naišla je, pa čak i danas nailazi, na velika osporavanja engleskih pravnih teoretičara, među kojima je bio i engleski sudija lord Hewart. Hewart je tvrdio sledeće: „Parlament je za vreme i nakon I svetskog rata koristio svoj ničim osporavani suverenitet da zakonodavnu vlast skrene izvan parlamentarnog okvira da bi raznim zakonskim mehanizmima lišio common law sudove njihove zakonite jurisdikcije i vršenja njihove vlasti; posledica je urušavanje vladavine prava kao kamena temeljca engleskog ustava još od XII veka”.¹² S druge strane, neki autori, poput lorda J. Willisa, zastupali su drugačije stanovište. Tako lord J. Willis ističe: „Metod koji je Parlament koristio u delegaciji zakonodavnih i upravnih ovlašćenja vladinim telima bio je funkcionalistički”. Za Parlament je taj zadatak dodeljivanja ovlašćenja „stvar efikasnosti, a ne prava ili formalne logike”; Parlament je dodeljivao ovlašćenja „telu koje je svojim iskustvom pokazalo da je najbolje pripremljeno da izvede zadatak u pitanju”.¹³

Stvaranjem specijalizovanih administrativnih sudova danas se obezbeđuje brzina postupka, ali i veći stepen stručnosti u donošenju odluke. Kao posledica postojanja posebnih sudova dogodilo se ono što je Dicey najviše i kritikovao, a to je proces stvaranja posebnog, specijalizovanog prava, odvojenog od *common law*-a. Doduše, i za ovu granu prava glavna

11 O tome više u: Dicey, A.V., 1961, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London.

12 Bačić, A., 2008, str. 38.

13 Bačić, A., 2008, str. 39.

je karakteristika primena precedenata, ali sa manje strogosti i elastičnije nego što je to slučaj sa pravilima *common law*-a ili *equity*-ja.¹⁴

2.2. UKRATKO O ENGLESKOM POMORSKOM PRAVU

O značaju koje pomorsko pravo ima u sistemu engleskog prava, na autentičan način svedoči jedna od klasifikacija grana engleskog prava koja se može naći u literaturi, a koju je dao hrvatski autor Emilio Pallua. Razmatrajući neke osnovne karakteristike engleskog prava, E. Pallua klasifikovao je grane engleskog prava na *common law*, *equity* i pomorsko pravo (*Admiralty Law*).¹⁵ Iako englesko pravo poznaje i druge značajne grane prava, sama percepcija ovog uticajnog autora o značaju koje pomorsko pravo ima u sistemu engleskog prava govori nam da se radi o samostalnoj grani prava, utoliko što se oslanja direktno na srednjovekovne pravne izvore, tradiciju rimskog prava (što je više osobina prava SAD), ali i na tradiciju engleskog *common law*-a i *equity*-ja.

Od srednjovekovnih izvora koji su imali poseban uticaj na razvoj engleskog pomorskog prava svakako treba istaći Oleronska pravila¹⁶ sadržana u prvom pisanom izvoru engleskog pomorskog prava *Black Book of Admiralty*. Međutim, ovaj srednjovekovni izvor samo je jedan od brojnih srednjovekovnih pomorskih zbornika, poput *Tablets of Amalfi*, *Libre del Consolat de mar of Barcelona*, *Laws of Wisby* i drugih, koji su zajedno sa presudama koje su donosili posebni sudovi osnivani u mediteranskim pomorskim gradovima tvorili ono što se naziva *Lex Mercatoria (Law Merchant)*, koje su primenjivali i engleski lokalni sudovi uspostavljeni u svim većim gradovima duž engleske obale.¹⁷

Postojanje pomorskog prava kao posebne grane prava posebno je interesantno ako se ima u vidu da u Engleskoj trgovačko pravo ne postoji kao posebna grana prava.¹⁸ Razlozi za takav specifičan pristup, kao što

14 O tome više: Ivošević, B., 2008, str. 41.

15 O tome više u: Pallua, E., 1975, *Pomorsko uporedno pravo*, Rijeka, Viša pomorska škola – Rijeka, str. 18–19

16 Zanimljiv istorijski prikaz Oleronskih pravila dali su Gilmore i Black koji navode da su pravila dobila ime po malom ostrvu na francuskoj zapadnoj obali, a da ih je u englesko pravo promulgirao Ričard Lavlje Srce koji ih je dobio od svoje majke Eleonore od Akvitanije, koja mu ih je predala nakon svog povratka sa puta u Svetu zemlju – o tome više u: Gilmore, G., Black, C. L., 1957, *Law of Admiralty*, New York, The Foundation Press, Inc., p. 7.

17 O izvorima pomorskog prava više: Gilmore, G., Black, C. L., 1957, pp. 3–11.

18 Važno je ukazati na ulogu lorda Mansfielda, koji je svojom odlukom prestao da trgovačko pravo smatra stranim zakonom, ističući da se pojedinci dobrovoljno podvrgavaju *Law Merchant*-u, unoseći na taj način *Law Merchant* u *Common Law*. Sudovi su od tada morali da vode računa o trgovačkim običajima čije je postojanje u

će se kasnije videti, umnogome su determinisani postojanjem posebnog Suda admiraliteta. Naime, od samih početaka razvoja pomorske trgovine, u engleskim pomorskim gradovima osnivani su sudovi koji su primenjivali ono što je bilo sadržano u *Black Book of Admiralty*. Međutim, stvaranje engleskog pomorskog prava u savremenom smislu i uz neminovan uticaj engleskog *common law*-a i *equity*-ja, a sve to kroz odgovarajuće sudske presude, suštinski započinje osnivanjem posebnog suda, odnosno Suda admiraliteta pri kancelariji Lorda visokog admirala (*Lord High Admiral*). Potonji razvoj Suda admiraliteta, njegova neprestana borba sa vestminsterskim sudovima u pogledu nadležnosti u određenim pomorskim stvarima,¹⁹ a posledično i preuzimanje opštih pojmova i instituta *common law*-a i *equity*-ja, te njihov dalji razvoj kroz sistem precedenata, uticao je na stvaranje određenih specifičnosti pomorskog prava Engleske, ali i na samo određenje pojma pomorskog prava. Naime, u literaturi je data definicija engleskog pomorskog prava kao „prava koje je obavezno za Sud admiraliteta po zakonu (*Statute*) ili je prihvaćeno od strane suda odlukom, tradicijom i načelom (*by decision, tradition and principle*)”, te se dalje navodi „da je pomorsko pravo ono što je bilo u izvornoj (*inherent*) nadležnosti Suda admiraliteta u prošlosti, a što mora da se izvede iz prakse ili presude, kao i iz zakona” da bi se na kraju ukazalo da je „u savremeno vreme zakonsko pravo preovladalo nad izvornim pomorskim pravom, te da je nadležnost pomorskog suda takođe u najvećoj meri utvrđena zakonom”²⁰

Polazeći od tako određenog pojma engleskog savremenog pomorskog prava, jasno je da je englesko pomorsko pravo grana prava koja je nastala radom Suda admiraliteta, ali je dodatno oblikovana putem zakona. Iz toga je proizašlo da englesko pomorsko pravo čini zajednicu sa *common law*-om i *equity*-jem, kao i da se u domenu pomorskog prava primenjuju i odredbe engleskog ugovornog i deliktnog prava (*Contract Law & Tort Law*),²¹ te da se pomorski zakoni usvojeni u Engleskoj tumače prema pravilima koja su

jednom sporu priznala porota i koji su na taj način bili primenjeni od strane suda. Time je u Engleskoj bilo ostvareno spajanje građanskog i trgovačkog prava.

- 19 Shodno odredbama *Administration of Justice Act*-a iz 1956. godine, u nadležnosti Admiralty Division-a u okviru prvostepenog suda, nalaze se sporovi o stvarnim pravima na brodovima, štete nastale radom brodova, štete usled smrti ili telesne povrede nastale kao posledica mane broda, sporovi koji proizilaze iz ugovora o prevozu tereta, o spasavanju, pilotaži, tegljenju, snabdevanju broda, sporovi u vezi sa platom zapovednika i drugih članova posade, zajedničkom havarijom i pomorskim kreditom. Od značaja za pomorski sud danas su i *Senior Courts Act* i *Supreme Court Act* iz 1981. godine.
- 20 Earl of Halsbury and other lawyers, 1950, *The Laws of England*, London, Butterworth & Co, Temple Bar, p. 11.
- 21 Tako Pallua E. ukazuje na to da uvek treba imati u vidu supsidijarnu primenu *common law*-a, *equity*-ja, kao i drugih grana engleskog prava, na pitanja koja nisu uređena pomorskim pravom, prilikom ugovaranja engleskog kao merodavnog prava u brodarskim i drugim pomorsko-pravnim ugovorima – Pallua, E., 1975, str. 24.

sudovi prethodno razvijali.²² Nadalje, primena opštih pojmova i instituta *common law*-a i *equity*-ja u domenu pomorskog prava rezultiralo je stvaranjem osobenih procesnopравnih instituta poput *Mareva* i *Anton Piller Injunctions*, te do mogućnosti vođena *in rem* i *in personam* postupka, kao značajnih karakteristika i, po našem mišljenju, velike prednosti engleskog pomorskog procesnog prava, o čemu bi trebalo voditi računa prilikom sagledavanja ovih odnosa u domaćem pravnom sistemu.²³

Kada se govori o engleskom pomorskom zakonodavstvu, njegov razvoj načelno se može podeliti na dva vremenska perioda. Prvi period obuhvata vreme od XVI do XIX veka, kada je Engleska bila vodeća pomorska trgovačka sila, finansijski centar sveta u domenu kapitala i osiguranja, te kolonijalna sila²⁴ i jedan od najvećih proizvođača uglja, tada osnovnog izvora brodske energije. Sve ovo odredilo je da englesko pomorsko pravo u ovoj fazi svog razvoja prevashodno štiti interese Engleske kao vodeće pomorske i ekonomske sile, te u prvi plan stavlja zaštitu interesa engleskih brodovlasnika, ali i pruža potporu dominaciji engleskog pravnog i ekonomskog poretka uopšte.²⁵ Drugi period razvoja, za koji se može reći da traje neprestano do danas, karakteriše uticaj međunarodnopravne unifikacije, pre svega u domenu pomorskog privatnog prava, na razvoj pomorskog prava Engleske. To je period za koji se uslovno može reći da počinje usvajanjem *Merchant Shipping Act*-a (*MSA*) iz 1854. godine (danas je na snazi *MSA* iz 1995. godine), a koji su obeležili i *Marine Insurance Act* iz 1906. godine, *Carriage of Goods by Sea Act (COGSA)* iz 1924. godine (danas na snazi *COGSA* iz 1992. godine), te *Supreme Court Act* iz 1981. godine, kojim je uređeno šta spada u pomorsko-pravnu materiju. Problem koji se u ovom delu primene engleskog pomorskog prava postavlja jeste odnos između prethodno donetih precedenata od strane engleskih sudova i materije u kojoj se donetim zakonima u englesko pravo uvode norme, principi i načela međunarodnih konvencija,

22 O problemima koje prouzrokuje primena pravila tumačenja u pomorskim sporovima od strane sudova u: Pallua, E., 1975, str. 22. i 23.

23 O *Mareva* i *Anton Piller Injunction*, kao i *in rem* i *in personam* postupku vidi u: Tetley, W., 1999, *Arrest, Attachment and Related Maritime Law Procedures*, New Orleans, *Tulane Law Review*, pp 1895–1985., kao i Marin, J., 2003, *Privremene mjere zaustavljanja broda*, Zagreb, Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet, str. 4.

24 Tako Ivošević B. navodi da je Engleska između ostalog bila i većinski vlasnik Sueckog kanala, što je sa stanovišta pomorstva bilo od ogromnog značaja jer je ujedno značilo i kontrolu jednog od najvažnijih pomorskih puteva, o tome više u: Ivošević, B., 2008, *Saobraćajno pravo*, Beograd, Pravni fakultet Univerziteta Union, str. 35.

25 Tako, na primer, Ivošević B. ističe da su u Engleskoj, kada se radilo o odgovornosti brodovlasnika za teret koji je primio na prevoz, engleski sudovi najšire moguće tumačili princip slobode ugovaranja, pa je postepeno došlo do opšteg principa neodgovornosti engleskih brodovlasnika i vozara u oblasti prevoza tereta morem, o tome više u: Ivošević, B., 1974, *Odgovornost pomorskog brodarka*, Beograd, Institut za uporedno pravo, str. 16. i 17.

pa s tim u vezi često može da dođe, i dolazi, do sukoba između prava utvrđenog precedentima i autohtonog tumačenja duha međunarodnih konvencija.

2.3. ENGLESKO UGOVORNO PRAVO

Kao što je već istaknuto, u engleskom pravu nailazimo na nešto drugačiju sistematiku u smislu podele na pojedine grane prava, pa se tako kod onoga što je u srpskom pravnom sistemu poznato kao obligaciono pravo, u engleskom pravu deli na ugovorno pravo (*Contract Law*), deliktno pravo, odnosno vanugovornu odgovornost (*Tort Law*), za razliku od ugovorne odgovornosti koja je sastavni deo ugovornog prava, i pravo na povraćaj (*Law of Restitution*), koje se bavi materijom koja je od rimskog prava poznata pod nazivom kvazikontrakti.

Kao i u drugim granama prava, englesko ugovorno pravo uglavnom je nastalo iz sudske prakse. Engleski zakoni u ugovornim odnosima uređuju samo pojedina pitanja, koja sudska praksa nije uredila ili nije mogla da uredi na zadovoljavajući način.²⁶

Razlike između obligacionog prava kontinentalnih zemalja i engleskog ugovornog prava su brojne, a ogledaju se, između ostalog, u engleskom nepoznavanju tzv. posebnog ugovornog prava, odnosno zakonskom uređenju pojedinih vrsta (imenovanih) ugovora, kao i u samoj definiciji ugovora.

Naime, u Engleskoj nije izvršeno zakonsko imenovanje svakog pojedinačnog ugovora, što ne znači da englesko pravo ne poznaje te ugovore.²⁷ S druge strane, zanimljivo je da englesko deliktno pravo počiva na drugačijim principima uređenja, odnosno da sadrži vrlo malo opštih pravila.

26 Jovanović, N., 2008, *Ključne razlike engleskog i srpskog ugovornog prava*, Beograd, Službeni glasnik, str. 14.

27 S tim u vezi, u navedenoj monografiji, Jovanović N. izvršio je poređenje pojedinih vrsta ugovora. Autor ukazuje na to da u engleskom ugovornom pravu ugovor o zastupanju (*agency contract*) obuhvata tri imenovana ugovora srpskog prava, i to: posredovanje, zastupanje i komisijon, u zavisnosti od toga da li jedna ugovorna strana nastupa prema trećem licu u svoje ime i za svoj račun (posredovanje), u ime i za račun druge ugovorne strane (zastupanje) ili u svoje ime a za račun druge ugovorne strane (komisijon). Ivošević B. pak ukazuje na to da englesko pravo, iako komisijonara stavlja i u funkciju agenta, kao što je npr. *forwarding agent*, ipak poznaje kako materijalno-pravnu tako i terminološku razliku između agenta i komisijonara, koji se u engleskom pravu naziva *factor* ili *commission agent*, i predstavlja lice koje je angažovano od strane principala da prodaje stvari koje su mu predate u državinu i kontrolu, u svoje ime ali za račun principala, s pravom na naknadu koja je poznata kao *factorage*. Takođe, važno je ukazati na to da karakteristike engleskog ugovornog prava važe isključivo još za Vels i Severnu Irsku, a ne i za Škotsku, u kojoj se primenjuje kontinentalni model uređenja ove grane prava – o ovome više: Jovanović, N., 2008, str. 15. i 16. i Ivošević, B., 2011, *Pomorsko-agencijsko poslovanje*, Tivat, Fakultet za mediteranske poslovne studije – Tivat, str. 25. i 26.

U odnosu na pitanje definicije ugovora, englesko pravo ugovor definiše kao sporazum kojim se svaka ugovorna strana obavezuje na određenu činidbu (*consideration*). Sporazum kojim se samo jedna strane obavezuje da preduzme određenu radnju ne smatra se ugovorom, čime se vidi jasna razlika između shvatanja ugovora u engleskom i kontinentalnom pravu. Dakle, polazeći od klasifikacija ugovora poznatih kontinentalnom pravniku, može se reći da englesko ugovorno pravo poznaje samo dvostrano obavezujuće i teretne ugovore.

Za razumevanje engleskog pojma ugovora od značaja je shvatanje pojma, odnosno doktrine *consideration*. Naime, pojam *consideration*, koji se koristi u engleskom ugovornom pravu, ima sličnosti sa kauzom (osnovom, razlogom) kontinentalnog prava, jer se odnosi na odlučujući razlog zbog kojeg stranka zaključuje ugovor. Međutim, u odnosu na kauzu, javlja se nekoliko pojmovno-sadržinskih razlika. Pre svega, *consideration*, za razliku od kauze, ne obuhvata *animus donandi* (namera da se učini/da poklon) i nije uslov koji englesko pravo zahteva za zaključenje i punovažnost ugovora, zbog čega se ugovor o poklonu kontinentalnih obligacionih prava ne smatra ugovorom u engleskom ugovornom pravu. Naime, *consideration* engleskog prava obuhvata ili korist koju jedna ugovorna strana daje drugoj ugovornoj strani za korist koju od nje dobija, ili teret koji snosi za korist koju dobija od druge ugovorne strane po ugovoru. Dakle, nije nužno da obe strane prime korist kao naknadu za korist koju daju, već je moguće da jedna ugovorna strana učini korist drugoj ugovornoj strani, a da druga ugovorna strana zauzvrat snosi neki teret.²⁸

Takođe, *consideration* je element na osnovu koga država kontroliše pravni promet s obzirom na shvatanje engleskog prava po kome nije dozvoljena, niti utuživa svaka transakcija. Po engleskom shvatanju ugovora, nije dovoljno da *consideration* bude dopušten, već se postavlja još nekoliko dodatnih zahteva. Prvi je da se ugovor ne sme odnositi na prošlu radnju koja je izvršena pre zaključenja ugovora. Drugi, *consideration* mora da izvrši druga ugovorna strana, a ne treće lice. Treći, *consideration* ne sme da bude radnja na koju je jedna ugovorna strana inače obavezna prema drugoj ugovornoj strani po zakonu ili već zaključenom ugovoru sa njom. Konačno, četvrti uslov je da *consideration* mora imati ekonomsku vrednost za ugovornu stranu. Kako je doktrina *consideration* pojmu ugovora dala izuzetno usko značenje, engleska sudska praksa razvila je dva načina kojima se ostvaruje izbegavanje njene primene. Prvi način ogleda se u ekstenzivnom tumačenju od strane sudova izraza „korist” (*benefit*) ili „šteta” (*detriment*), dajući im jezička značenja koja oni zapravo nemaju.²⁹

28 O ovome više: Jovanović, N., 2008, str. 17–24.

29 Vidi presudu *Shadwell v. Shadwell* 1860, 9 CB(NS) 159 (142 English Reports 62).

Drugi način koji je sudska praksa razvila jeste teorija estopela (*Doctrine of Estoppel*), kojom se davaocu izjave zabranjuje da je naknadno ospori ako bi na taj način izazvao štetu strani koja se pouzdala u istinitost te izjave u obavljanju svojih pravnih poslova.³⁰

Iako je *consideration* jedna od odlučujućih razlika engleskog ugovornog prava u odnosu na kontinentalno, razlike se javljaju skoro u svim aspektima ugovornog prava, među kojima se ističu: pretpostavka ugovorne sposobnosti u engleskom pravu, zahtev za postojanjem posebne isprave (*deed*) za sporazum koji nema protivčinidbu (*consideration*) kao uslov da se isti smatra ugovorom, nepostojanje načela savesnosti i poštenja u engleskom pravu već zabrana ugovaranja *in frauda*, čitav niz razlika u postupku zaključivanja ugovora (pravilo da ponuda ne obavezuje sa izuzetkom ponude koja ima *consideration* i *firm offer*, neutuživost obaveza sadržanih u sporazumu koji kontinentalna prava nazivaju predugovorom), tehnika pisanja ugovora (zbog odsustva pravnog uređenja imenovanih ugovora, kao i načela savesnosti i poštenja kod engleskih ugovora dominira veliki broj ugovornih klauzula, zbog čega su engleski ugovori daleko obimniji od ugovora koji se zaključuju po pravilima kontinentalnih obligacionih prava), pa do razlika u sadržini, dejstvu i prestanku ugovora (npr. za razliku od prava zemalja kontinentalnog pravnog kruga, gde ugovor ima samo obligacionopravno dejstvo, u engleskom pravu ako je ugovor osnov za prenos svojine, on ima stvarnopravno dejstvo; ispunjenje ugovornih obaveza u engleskom pravu ujedno znači i prestanak ugovora, dok u pravima zemalja kontinentalnog pravnog kruga prestankom obligacije ne prestaje izvor iz kojeg je obligacija nastala).

Konačno, jedna od odlika engleskog ugovornog prava, koja postoji i u drugim pravnim sistemima, jeste sve veća dominacija formularnih ugovora. Tako, na primer, formularni ugovori nastali u radu velikih brodovlasičkih kompanija sa sedištem u Engleskoj, danas su dobili svoju međunarodnu prepoznatljivost i predmet su daljeg unapređenja pod okriljem međunarodnih organizacija.

2.4. TRUST

Trust je institut nastao iz prava *equity*-ja kao korekcija *common law*-a, i kao takav karakterističan je isključivo za englesko, odnosno anglo-američko pravo, iako po svojoj pravnoj prirodi ima sličnosti sa fiducijom rimskog prava. Jednu od sveobuhvatnijih definicija *trust*-a dao je sir Arthur Underhill koji navodi da je trust pravična obligacija, kojom utemeljivač *trust*-a obavezuje lice na koje se prenosi svojina (*trustee*) da upravlja imovinom koju je preneo na njega (*trust property*) u interesu trećih lica

30 O tome više: Jovanović, N., 2008, str. 29–35.

(*beneficiaries* ili *cestui que trust*) među kojima može biti i sam *trustee*.³¹ Dakle, u okviru *trust*-a razlikujemo tri lica, među kojima posebno interesantan pravni položaj, posmatrano sa stanovišta kontinentalnog prava, ima *trustee*. *Trustee* nije običan posrednik, već i po shvatanju *Common Law*-a on ima puno pravo svojine na pokretnim ili nepokretnim stvarima koje je utemeljivač *trust*-a preneo na njega, dok je obaveza *trustee*-ja da imovinu koristi u interesu nekog trećeg lica zapravo smatrana samo kao obaveza moralne prirode. Tek je intervencija kancelara, dakle „prava pravičnosti (*equity*)” ustanovila neka sredstva, ali ne stvarnopravna, već obligaciona, *in personam*, da bi ga kaznila ako ne ispunjava cilj *trust*-a.³² S tim u vezi, pravni položaj trećeg lica (*cestui que trust*), karakteriše njegovo osnovno pravo koje se manifestuje u uživanju, odnosno realizaciji njegovog interesa sadržanog u imovini koja je prenetna na *trustee*-ja (*trust property*). Imajući u vidu navedene pravne položaje *trustee*-ja, odnosno trećeg lica, Obrad Stanojević pravni položaj *trustee*-ja, odnosno njegovo pravo svojine definiše kao *Common Law Ownership*, dok treće lice uživa pravo svojine po pravu *equity*-ja. Na taj način, u slučaju privatnog *trust*-a treće lice ima pravo da zahteva od *trustee*-ja da upravlja imovinom na način i pod uslovima utvrđenim *trust*-om, a u slučaju povrede obaveza od strane *trustee*-ja, on ima mogućnost podnošenja *in personam* tužbe protiv *trustee*-ja, zatim da sam preuzme imovinu koja čini *trust*, te konačno, može pokrenuti krivični postupak protiv *trustee*-ja.

Trust se tokom vremena značajno razvijao, pa su i klasifikacije ovog instituta u nauci postale brojne. Ovde ćemo izložiti klasifikaciju kako ju je dao Philip James, koji je u širem smislu *trust* podelio na privatni *trust* (*Private Trust*) i javni *trust* (ili *trust* u humanitarne svrhe – *Charitable (Public) Trust*). Nadalje, u okviru privatnog *trust*-a pravio je razliku između izričitog privatnog *trust*-a (*Express Private Trust*) i prećutnog privatnog *trust*-a (*Implied Trust*), gde je za osnovu klasifikacije uzeo uslove koji moraju biti ispunjeni za nastanak *trust*-a. S tim u vezi, za nastanak izričitog privatnog *trust*-a neophodno je da kumulativno budu ispunjena tri zahteva, i to: izvesnost reči, koje moraju da iskazuju jasnu nameru za konstituisanjem *trust*-a, potom izvesnost predmeta *trust*-a, u smislu da predmet *trust*-a mora da bude određen ili makar odrediv, i konačno, izvesnost objekta. S druge strane, prećutni privatni *trust* nastaje ili kao posledica zakonske odredbe ili *equity*-ja (*Constructive Trust*) ili iz pretpostavljene namere (*Resulting Trust*).

Naravno, danas se *trust* može koristiti u cilju realizacije različitih svrha, poput zaštite maloletnih naslednika do njihovog punoletstva, *trust* pri-

31 O teorijskopravnom shvatanju *trust*-a više: Shears P., Stephenson, G., 1996, p. 420.

32 Stanojević, O., 1987, *Osnovi precedentnog prava*, Beograd, Centar za publikacije Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, str.24.

vrednih kompanija i dr. Konačno, *trust* može biti uspostavljen poslovima *inter vivos* ili *mortis causa*.

UMESTO ZAKLJUČKA

Poznavanje engleskog prava danas je za naše pravo, i naročito za pravnike sa ovih prostora, značajno jer se radi o pravnom sistemu koji se razlikuje od sistema kontinentalnog prava, a ujedno, radi se o pravu koje je odlučujuće uticalo na značajan broj velikih i uticajnih zemalja, čiji pravni sistemi počivaju na principima engleskog prava, kao što su SAD, Kanada (osim Kvebeka), Australija, Novi Zeland, ali i Indija, te mnoge druge bivše kolonije Velike Britanije. Uticaj engleskog prava u pojedinim pravnim oblastima još je širi, kao npr. u pomorskom pravu, gde se za pojedina sporna pitanja i pravna rešenja pažljivo prate presude nekada *House of Lords*, a danas Vrhovnog suda Ujedinjenog Kraljevstva (*The Supreme Court of UK*) od strane vodećih pomorskih zemalja i njihovih pravnih i poslovnih krugova. Brojni formularni ugovori u oblasti međunarodne trgovine, te garancije i dokumenti o prenosu prava takođe su sačinjeni po ugledu, ili pod uticajem engleskog, odnosno anglo-američkog prava.

Činjenica je da se danas u mnogim državama, pa i državama nastalih raspadom SFR Jugoslavije, sprovode pravne reforme pod uticajem engleskog i, posebno, prava SAD, pa je sve to „poziv” za što ozbiljnije i šire izučavanje ovog prava „u ekspanziji” koje se označava kao anglo-američko pravo.

Ovaj članak pisan je s namerom da bude skroman doprinos u tom pravcu. Nastojalo se, makar i sumarno, razmotriti neka pitanja koja su privukla pažnju, a o kojima će biti korisno voditi računa prilikom usvajanja nekih rešenja u pravima zemalja sa ovih prostora *de lege ferenda*.

LITERATURA

1. Bačić, A., 2008, O engleskom nerazumevanju francuskog upravnog prava i Conseil d'état, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 1.
2. David, R., 1960, *Uvod u privatno pravo Engleske*, Beograd, Institut za uporedno pravo.
3. Dicey, A.V., 1961, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London.
4. Gilmore, G., Black, C. L., 1957, *Law of Admiralty*, New York, The Foundation Press, Inc.
5. Ivošević, B., 2011, *Pomorsko-agencijsko poslovanje*, Tivat, Fakultet za mediteranske poslovne studije – Tivat.
6. Ivošević, B., 2008, *Anglosaksonsko pravo*, Podgorica, Pravni fakultet Univerziteta Mediteran u Podgorici (umnoženo kao rukopis).
7. Ivošević, B., 2008, *Saobraćajno pravo*, Beograd, Pravni fakultet Univerziteta Unio u Beogradu.

8. Ivošević, B., 1974, *Odgovornost pomorskog broдача*, Beograd, Institut za uporedno pravo.
9. Jovanović, N., 2008, *Ključne razlike engleskog i srpskog ugovornog prava*, Beograd, Službeni glasnik.
10. Kovačević, V., 2011, Engleska i pravo, istorijski razvoj i neke specifičnosti, *Pravni zapisi*, 2.
11. Lukić, R., Košutić, B., Mitrović, D., 1999, *Uvod u pravo*, Beograd, Službeni list SRJ.
12. Marin, J., 2003, *Privremene mjere zaustavljanja broда*, Zagreb, Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet.
13. Pallua, E., 1975, *Pomorsko uporedno pravo*, Rijeka, Viša pomorska škola – Rijeka.
14. *Shadwell v. Shadwell 1860*, 9 CB(NS) 159 (142 English Reports 62).
15. Shears, P., Stephenson, G., 1996, *James' Introduction to English Law*, London, Oxford University Press.
16. Stanojević, O., 1987, *Osnovi precedentsnog prava*, Beograd, Centar za publikacije Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.
17. Tetley, W., 1999, *Arrest, Attachment and Related Maritime Law Procedures*, New Orleans, *Tulane Law Review*.
18. Vranjanac, D., 2000, *Džon Ostin, imperativni model pravnog pozitivizma*, Beograd, Institut za uporedno pravo.

SOME QUESTIONS ABOUT THE NATURE AND STRUCTURE OF CERTAIN BRANCHES AND LEGAL INSTITUTES OF ENGLISH LAW

Veljko Kovačević

SUMMARY

In this paper author analyzes basic characteristics of administrative, maritime and contract law, as well as particular legal institutes of the English law such as trust, with the aim to explain the historical background that influenced on development of thus legal institutes and branches of law specific to English legal system.

Further are analyzed some key issues regarding the differences in perception and legal approach between English and Continental lawyers, as well as the influence of these differences in defining the basic characteristics of such branches of English law which are dealt with and comparing them with the branches of law of the countries of continental legal circle.

Key words: Common Law, Equity Law, English Administrative Law, English Contract Law, English Maritime Law, trust.

Dostavljeno Redakciji: 23. oktobra 2013. god.

Prihvaćeno za objavljivanje: 18. novembra 2013. god.