УНИВЕРЗИТЕТ У НОВОМ САДУ

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НОВОМ САДУ

# ДЕЛИМИЧНА НИШТАВОСТ УГОВОРА

ДОКТОРСКА ДИСЕРТАЦИЈА

Ментор:
Проф. др Раденка Цветић

Кандидат:
Слобода Мидоровић
ДП 4/16

Нови Сад, 2022. године

**УНИВЕРЗИТЕТ У НОВОМ САДУ** **ОБРАЗАЦ – 5а**
**ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НОВОМ САДУ**

## КЉУЧНА ДОКУМЕНТАЦИЈСКА ИНФОРМАЦИЈА[1]

| | |
|---|---|
| Врста рада: | Докторска дисертација |
| Име и презиме аутора: | Слобода Мидоровић |
| Ментор (титула, име, презиме, звање, институција) | др Раденка Цветић, редовни професор, Правни факултет у Новом Саду, Универзитет у Новом Саду |
| Наслов рада: | Делимична ништавост уговора |
| Језик публикације (писмо): | Српски (ћирилица) |
| Физички опис рада: | Унети број:<br>Страница: 434<br>Поглавља:14<br>Референци: 263<br>Табела<br>Слика<br>Графикона<br>Прилога: 1 |
| Научна област: | Правне науке |
| Ужа научна област (научна дисциплина): | Грађанскоправна |
| Кључне речи / предметна одредница: | Уговор, слобода уговарања, ништавост, уговорна одредба, садржинска контрола уговора, попуњавање накнадних празнина у уговору, неправичне одредбе. |
| Резиме на језику рада: | Правило о делимичној ништавости служи идентификовању дела уговора који је захваћен недостатком који заврађује квалификатив ништавости и испитивању његовог утицаја на судбину остатака уговора. Реч је о правној установи која има корективно дејство будући да њеном применом уговор настоји да се ослободи дела који је уговорен преко оквира слободне диспозиције контрахената у циљу да његов „здрав“ део настави да важи. |

[1] Аутор докторске дисертације потписао је и приложио следеће Обрасце:
5б – Изјава о ауторству;
5в – Изјава о истоветности штампане и електронске верзије и о личним подацима;
5г – Изјава о коришћењу.
Ове Изјаве се чувају на факултету у штампаном и електронском облику и не кориче се са тезом.

| | |
|---|---|
| | Иако правна установа делимичне ништавости заузима незаобилазно место у домаћој уџбеничкој и коментаторској литератури, њена обрада врло ретко излази из оквира језичког тумачења, или тачније, репродукције опште одредбе из чл. 105 Закона о облигационим односима (ЗОО). Малобројни домаћи аутори који су се бавили овом темом нису сагледали системске везе овог института са другим релевантним одредбама ЗОО, а још је мање било настојања да се домашај института тематизује у светлу начелних вредновања законодавца. Отуда би стање у домаћој доктрини могло упутити на закључак да је институт делимичне ништавости уговора саморазумевајући, односно да се, догматски посматрано, у материји уговорног права и шире – правних послова, не доводи у питање потреба за његовим постојањем, али да у вези са њим не постоји ништа спорно о чему би требало расправљати. С друге стране, у страној доктрини, а нарочито оној која је развијана у земљама немачког говорног подручја, дискусије у вези са појединим аспектима овог института не јењавају више од пола века. Разлог за то лежи у чињеници да је реч о тематици која задире у срж уговорног права будући да актуелизује питања која се тичу слободе уговарања и њених граница, максиме *pacta sunt servanda*, као и улоге судова у континенталноевропским правним системима.<br>Занемаривање овог института у домаћој доктрини условило је то да се његово поимање сведе на најрудиментарнији облик на који упућује строго позитивистички приступ, то јест језичко тумачење општег правила из чл. 105 ЗОО. Због тога не чуди ненаклоњеност домаћих цивилиста различитим видовима интервенције суда у садржину уговора који се у упоредном праву подводе под окриље, или доводе у везу са институтом делимичне ништавости.<br>Интересовање за овај институт у националним оквирима подстакли су бројни судски поступци у којима су корисници кредита настојали да издејствују утврђење ништавости појединих одредаба уговора о кредиту. Они су обелоданили велику празнину у домаћој цивилистици указавши на бројне нејасноће и недоречености у вези са применом ове правне установе.<br>Иако су неки од случајева који су у новијој судској пракси ескалирали у вези са уговорима о кредиту решени тзв. интервентним законодавством, не може се очекивати да ће то постати манир за превазилажење упоредивих проблема у пракси, јер је незамисливо да ће се законодавац оглашавати поводом сваке „критичне“ уговорне одредбе која |

| | |
|---|---|
| | искрсне у пракси. Због тога је у раду на системски начин расправљено под којим условима и на који начин је судовима допуштено да интервенишу у садржину уговора под окриљем института делимичне ништавости.<br>Закључено је да је институт делимичне ништавости поливалентан јер се користи за означавање читавог спектра различитих видова судске коректуре уговора, чија се потпора не проналази увек у „слову закона“, већ и у правилима херменеутике и попуњавања правних празнина. Сходно томе, може се говорити о обичној, проширеној, модификованој и субјективној делимичној ништавости, као и о делимичној ништавости у контексту повезаних уговора.<br>Од свих модалитета највећа пажња посвећена је модификованој делимичној ништавости која је догматски најспорнија. Њоме се означава коректура уговорне одредбе онда када њени спорни делови не могу бити одстрањени простим прецртавањем појединих речи, са циљем да се уговорна клаузула одржи на снази у законоконформном садржају. Овај облик делимичне ништавости редовно се доводи у везу са прекомерним престацијама које нису проблематичне у својој основи, јер постоји „здраво“ језгро одредбе, већ у свом домашају, при чему је (опасност од) прекомерност(и) присутна *ab ovo*. Закључено је да њу изузетно треба допустити онда када се стекну рестриктивно постављени услови.<br>Парцијално одржавање уговора на снази претпоставља: 1) да је уговор закључен и састављен од већег броја одредаба; 2) да је у уговору идентификован одређени узрок ништавости; 3) да је уговор (то јест, уговорна одредба) дељив(а), то јест да се ништавост може ограничити на одређени део уговора; 4) након елиминисања спорног дела уговора, оно што преостане треба да испуњава услове за објективну егзистенцију уговора и да кореспондира (стварној или хипотетичкој) вољи уговарача; 5) обострано сазнање уговарача о ништавости одређене уговорне одредбе треба третирати као одсуство њихове пословноправне воље да се обавежу у погледу ништавог дела уз истовремено одржавање остатка уговора на снази. Несавесност једне уговорне стране не спречава одржавање на снази остатка уговора (ако су ипсуњене остале претпоставке).<br>Питање које је тесно повезано са институтом делимичне ништавости тиче се попуњавања накнадних празнина у уговору. Реч је о уговорном вакууму који није изворни, већ настаје као последица судске интервенције у садржину уговореног. Уговарачи су за релевантно питање предвидели конкретно правило, али оно није успело да |

| | |
|---|---|
| | „издржи тест“ судске контроле због чега је уклоњено из уговора, али тако да није нарушено његово језгро. Тада се полази од фикције да питање које је било уређено ништавом уговорном одредбом никада није ни постало део уговора, чиме се отвара простор за попуњавање празнина налик оним почетним. Правило које треба да заузме место ништаве уговорне одредбе означава се као заменско и оно може да води порекло из: *ius cogens*, диспозитивне норме, допуњујућег тумачења уговора или судског развоја (унапређења) права.<br>У вези са делимичном рушљивошћу коју ЗОО не регулише изричито, закључено је да је по среди непланска празнина и да су испуњене премисе за њено попуњавање. Наиме, циљ чл. 105 ЗОО одговара циљу коме је оправдано и разумно стремити и у вези са рушљивим уговорима, а уз то постоји и довољан степен сличности између регулисаног случаја (делимичне ништавости) и нерегулисаног случаја (делимичне рушљивости).<br>Проблематика је тесно повезана са идејом материјализације уговорних односа у ситуацијама којима је својствена структурална неједнакост уговарача. Због тога је примена делимичне ништавости сагледана не само у вези са уговорима са споразумно одређеном садржином него и у светлу адхезионих уговора и то нарочито онда када им приступа потрошач. С обзиром на то да је комунитарно право извршило велики утицај на развој домаћег потрошачког права, анализа је обухватила и схватање стандарда неправичних одредаба потрошачких уговора и последица њиховог уговарања у пракси Суда правде Европске уније у светлу Директиве 93/13/ЕЕЗ о неправичним одредбама потрошачких уговора. |
| Датум прихватања теме од стране надлежног већа: | 15. јул 2021. године |
| Датум одбране: (Попуњава одговарајућа служба) | |
| Чланови комисије: (титула, име, презиме, звање, институција) | Председник: проф. др Душан Николић, редовни професор, Правни факултет Универзитета у Новом Саду<br>Члан: проф. др Раденка Цветић, редовни професор, Правни факултет Универзитета у Новом Саду<br>Члан: проф. др Милош Живковић, редовни професор, Правни факултет Универзитета у Београду |
| Напомена: | |

**UNIVERSITY OF NOVI SAD**
**FACULTY OF LAW IN NOVI SAD**

**KEY WORD DOCUMENTATION[2]**

| | |
|---|---|
| Document type: | Doctoral dissertation |
| Author: | Sloboda Midorović |
| Supervisor (title, first name, last name, position, institution) | Ph.D. Radenka Cvetić, Full professor<br>Faculty of Law in Novi Sad |
| Thesis title: | Partial Nullity of a Contract |
| Language of text (script): | Serbian language (cyrillic script) |
| Physical description: | Number of:<br>Pages: 434<br>Chapters: 14<br>References: 263<br>Tables<br>Illustrations<br>Graphs<br>Appendices: 1 |
| Scientific field: | Legal sciences |
| Scientific subfield (scientific discipline): | Civil Law |
| Subject, Key words: | Contract, freedom of contract, nullity, contractual term, content control of the contract, filling of the subsequent gaps in the contract, unfair contract terms. |
| Abstract in English language: | The rule on partial nullity serves to identify the part of the contract that is affected by a defect that merits the qualification of nullity and to examine its impact on the fate of the rest of the contract. It is a legal institute that has a corrective effect, since by applying it, the contract is supposed to be freed by the disallowed part that was contracted beyond the free disposition of the contracting parties in order for its "healthy" part to continue to be valid.<br>Although the legal institute of partial nullity occupies an unavoidable place in domestic textbooks and commentaries, its analyses very rarely goes beyond the linguistic interpretation, or more precisely, the reproduction of the general provision |

[2] The author of doctoral dissertation has signed the following Statements:
5б – Statement on the authority,
5в – Statement that the printed and e-version of doctoral dissertation are identical and about personal data,
5г – Statement on copyright licenses.
The paper and e-versions of Statements are held at he faculty and are not included into the printed thesis.

| | |
|---|---|
| | contained in Art. 105 of the Law on Obligations (LoO). The few domestic authors who have dealt with this topic have not examined the systemic connections of this institute with other relevant provisions of the LoO, and there was even less effort to thematize the reach of the institute in the light of the legislator's principled evaluations. Hence, the state of domestic doctrine could lead to the conclusion that the institute of partial nullity of contracts is self-evident, i.e. that from a dogmatic perspective the need for its existence is indisputable, but that in connection with it there is nothing controversial to discuss. On the other hand, in foreign doctrine, and especially that which has been developed in the German-speaking countries, discussions regarding certain aspects of this institute have not subsided for more than half a century. The reason for this lies in the fact that it is a topic that goes to the "heart" of contract law, since it relates to the issues concerning the freedom of contract and its limits, the maxim *pacta sunt servanda*, as well as the role of courts in continental European legal systems.<br>The neglect of this institute in domestic doctrine caused its understanding to be reduced to the most rudimentary form to which the strictly positivist approach refers, that is, the linguistic interpretation of the general rule from Art. 105 LoO. Therefore, it is not surprising that domestic authors are not inclined to the various types of court intervention in the content of contracts, which in comparative law are brought under the auspices of, or at least are linked to the institute of partial nullity.<br>Interest in this institute in the national framework was stimulated by numerous court proceedings in which loan beneficiaries sought to establish the invalidity of certain provisions of the loan agreement. They disclosed a substantial gap in domestic civil law, pointing out numerous ambiguities and vagueness regarding the application of this legal institution.<br>Although some of the cases that have escalated in recent judicial practice in connection with loan agreements have been resolved by the so-called intervening legislation, this method cannot be expected to become a manner to overcome comparable problems in practice, because it is unthinkable that the legislator will react upon every "critical" contractual term that arises in practice. For this reason, dissertation systematically discusses under what conditions and in what way the courts are allowed to intervene in the content of the contract under the auspices of the institute of partial nullity.<br>It was concluded that the institute of partial nullity is polyvalent because it is used to denote the whole spectrum of different types of judicial correction of contracts, the support of which is not always found in the "letter of the law", but also in |

| | |
|---|---|
| | the rules of hermeneutics and gap filling. Accordingly, one can speak of ordinary, extended, modified and subjective partial nullity, as well as partial nullity in the context of related contracts.<br>Of all the modalities the most attention has been paid to the modified partial nullity, which is dogmatically the most controversial. It refers to the correction of a contractual term when its disputed parts cannot be removed by simply crossing out certain words, with the aim of keeping the contractual term in force in the law-compliant content. This form of partial nullity is regularly associated with excessive prestations which are not inherently problematic because they contain a "healthy" core, but are disputable due to their excessivness (or the danger thereof), which is present in a contract *ab ovo*. It was concluded that modified partial nullity should exceptionally be allowed when restrictive conditions are met.<br>Partial maintenance of the contract presupposes: 1) that the contract has been concluded and consists of a more than one term; 2) that a null clause has been identified in the contract; 3) that the contract (contractual term) is divisible (severable), that is, that the nullity can be limited to a certain part of the contract; 4) after eliminating the disputed part of the contract, what remains meets the conditions for the objective existence of the contract and corresponds to the (real or hypothetical) will of the contracting parties; 5) the contracting parties' mutual knowledge of the invalidity of a certain contractual term should be treated as the absence of their will to commit to the invalid part while simultaneously maintaining the rest of the contract in force. The unconscionability of one contracting party does not prevent the validity of the rest of the contract (if other assumptions are met).<br>An issue closely related to the institute of partial nullity concerns the filling of the subsequent gaps in the contract. It is a contractual vacuum that is not original, but arises as a result of judicial intervention in the content of the contract. The contracting parties provided for a specific rule for the relevant contract term, which, however, failed to "pass the test" of judicial control without affecting the core of the contract. In such cases, it is presumed that the issue that was regulated by an invalid term never had became part of the contract, which opens up a space for a gap filling similar to the initial gaps in contracts. The rule that should take the place of an invalid contractual term is designated as a substitute rule and it can originate from: *ius cogens*, dispositive norm, judicial supplementary interpretation of the contract or judicial development (improvement) of law.<br>In connection with partial voidability, which is not expressly regulated by the LoO, it was concluded that there is an |

| | |
|---|---|
| | unplanned gap and that the premises for its filling have been met. Namely, the goal of Art. 105 LoO corresponds to the goal that is justified and reasonable to pursue in connection with voidable contracts, and in addition, there is a sufficient degree of similarity between the regulated case (partial nullity) and the unregulated case (partial voidability).<br>The topic is closely related to the idea of the materialization of contractual relations in situations that are characterized by structural inequality of the contracting parties. For this reason, the application of partial nullity is considered not only in relation to contracts with a mutually agreed content, but also in the light of adhesion contracts, especially when the consumer accesses them. Given that European Union law has been having a great impact on the development of domestic consumer law, the analysis included the understanding of the unfair term standard in consumer contracts and the consequences of contracting such terms in the practice of the Court of Justice of the European Union in the light of Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts. |
| Accepted on Scientific Board on: | July 15, 2021 |
| Defended:<br>(Filled by the faculty service) | |
| Thesis Defend Board:<br>(title, first name, last name, position, institution) | President: Ph.D. Dušan Nikolić, Full Professor, Faculty of Law University of Novi Sad<br>Member: Ph. D. Radenka Cvetić, Full Professor, Faculty of Law University of Novi Sad<br>Member: Ph. D. Miloš Živković, Full Professor, Faculty of Law University of Belgrade |
| Note: | |

САДРЖАЈ

**Сажетак**.....1
**Summary**.....5

1. УВОД СА МЕТОДОЛОШКИМ НАПОМЕНАМА .....9
1.1. О разлозима одабира теме и њеној актуелности .....9
1.2. О „ширини теме докторске дисертације“ .....14
1.3. Коришћене методе .....16
1.4. План излагања .....17

2. ДЕЛИМИЧНА НИШТАВОСТ УГОВОРА И ЊЕНА УЛОГА У РЕЛАТИВИЗАЦИЈИ КОНЦЕПТА НИШТАВОСТИ .....19
2.1. Појам делимичне ништавости уговора .....19
2.2. Делимична ништавост уговора као једна од техника за ублажавање ригорозних последица ништавости .....21
2.3. Правно-логичка одрживост идеје о делимичној ништавости уговора .....23
2.4. Позитивноправни појам делимичне ништавости уговора .....26
2.5. Несамосталност и супсидијарност општег правила о делимичној ништавости уговора .....28
2.6. Ништавост одредаба уговора са споразумно одређеном садржином и уговора по приступу .....30

3. РИМСКИ КОРЕНИ И ЕВОЛУЦИЈА ИНСТИТУТА ДЕЛИМИЧНЕ НИШТАВОСТИ УГОВОРА .....32
3.1. Претече института делимичне ништавости у класичном римском праву .....32
3.2. Утицај схватања класичних римских правника на средњовековно *ius commune* и велике националне кодификације .....37

4. ВРСТЕ ДЕЛИМИЧНЕ НИШТАВОСТИ .....39
4.1. Обична делимична ништавост и *blue pencil* правило .....41
4.1.1. Обична делимична ништавост и *blue pencil* правило у српском праву .....47
4.2. Проширена делимична ништавост .....48
4.2.1. Проширена делимична ништавост у српском праву .....52
4.3. Модификована делимична ништавост .....53
4.3.1. Претходне напомене .....53
4.3.2. Порекло назива и постављање проблема .....58
4.3.2.1. Терминолошке напомене .....58
4.3.2.2. Суштина проблема .....60
4.3.2.3. Домашај проблема .....64
4.3.3. Трагање за могућим правним основом модификоване делимичне ништавости .65
4.3.3.1. Аутори који се позитивно изјашњавају по питању законске фундираности модификоване делимичне ништавости .....66
4.3.3.2. Аутори који негирају постојање законског основа за примену модификоване делимичне ништавости .....72
4.3.4. Трагање за могућим правним основом модификоване делимичне ништавости у српском праву .....74
4.3.4.1. Могућа значења речи и израза употребљених у чл. 105 ЗОО .....82
4.3.4.2. Могућа схватања чл. 105, ст. 2 ЗОО .....84
4.4. Субјективна делимична ништавост .....89
4.4.1. Субјективна делимична ништавост у српском праву .....94
4.5. Делимична ништавост у контексту повезаних уговора .....94
4.5.1. Услови и индиције на основу којих се утврђује правно јединство између више самосталних уговора .....96
4.5.2. Делимична ништавост у контексту повезаних уговора у српском праву .....99

5. ПРАКТИЧНИ ЗНАЧАЈ РЕДАКЦИЈЕ ОПШТЕ ОДРЕДБЕ О ДЕЛИМИЧНОЈ НИШТАВОСТИ УГОВОРА .....101
5.1. Могућа редакцијска решења .....101
5.2. Утицај редакције института на крајњи исход његове примене .....104
5.3. Процесни значај редакције општег правила о делимичној ништавости .....105

5.3.2. Значај редакције општег правила о делимичној ништавости у случају *non liquet*.....106
5.4. Одступање од законске претпоставке диспозицијом уговарача .....107

6. ФУНКЦИЈЕ ДЕЛИМИЧНЕ НИШТАВОСТИ УГОВОРА .....109
6.1. Опште функције делимичне ништавости .....110
6.1.1. Функција заштите поверења уговарача у опстанак уговора у мери у којој он хармонира са границама слободе уговарања .....110
6.1.2. Функција спречавања злоупотребе слободе уговарања код уговора којима је иманентна структурална неједнакост уговарача .....112
6.1.2.1. Функција заштите слабије уговорне стране .....113
6.1.2.2. Функција обезбеђења уговорне правде .....117
6.2. Посебне функције делимичне ништавости уговора .....118
6.2.1. Постављање проблематике у шири контекст .....118
6.2.2. Критичко вредновање аргумената који се наводе против модификоване делимичне ништавости .....121
6.2.3. Функције модификоване делимичне ништавости у светлу уговора по приступу .....128
6.2.3.1. Функција заштите интереса адхеранта да настави да користи уговорену услугу или прибављену ствар .....128
6.2.3.2. Функција избегавања неоснованог привилеговања адхеранта .....130
6.2.3.3. Функција заштите оправданих интереса стипуланта у нарочитим околностима .....131
6.2.3.4. Функција подржавања начелног вредновања законодавца .....132
6.2.3.5. Функција заштите сигурности правног промета .....134

7. РАЗГРАНИЧЕЊЕ ДЕЛИМИЧНЕ НИШТАВОСТИ УГОВОРА ОД СРОДНИХ ИНСТИТУТА .....136
7.1. Делимична ништавост и редукција (главне) престације на основу изричитог законског овлашћења .....137
7.1.1. Значај редукционих норми са становишта делимичне ништавости уговора ....141

7.1.1.1. Парадигматски значај одредбе о редукцији зеленашке престације са становишта делимичне ништавости .....144
7.1.2. Темпорално дејство редукције престације .....149
7.1.3. Оправданост подвођења редукције главне престације под опште правило о делимичној ништавости уговора .....151
7.2. Делимична ништавост уговора и конверзија .....152
7.2.1. Претходно питање у вези са односом делимичне ништавости уговора и конверзије .....152
7.2.2. Теоријско поимање института конверзије .....154
7.2.3. Врсте конверзије .....158
7.2.3.1. Законска конверзија .....159
7.2.3.2. Вољна конверзија .....161
7.2.3.3. Судска конверзија .....162
7.2.3.3.1. Услови за судску конверзију .....166
7.2.3.3.1.1. Ништавост уговора .....166
7.2.3.3.1.2. Када ништав уговор испуњава услове за пуноважност неког другог уговора? .....169
7.2.3.3.1.3. Како суд испитује да ли би стране пристале да закључе заменски уговор да су знале за ништавост првобитног уговора? .....171
7.2.3.3.1.4. Савесност уговарача као услов за судску конверзију .....173
7.2.3.3.1.5. Неопходност иницијативе уговарача за спровођење судске конверзије .....174
7.2.3.3.1.6. Дејство одлуке суда .....177
7.2.3.3.1.7. Одговарајуће поимање синтагме „други уговор“ из чл. 106 ЗОО у сврху разграничења модификоване делимичне ништавости и судске конверзије .....179
7.3. Делимична ништавост уговора и промењене околности .....191
7.3.1. Разликовање делимичне ништавости и промењених околности спрам временског хоризонта у односу на који се испитује испуњеност услова за њихову примену .....193
7.3.2. Разликовање делимичне ништавости и промењених околности с обзиром на порекло узрока проблема .....194

7.3.3. Могућност сукцесивне примене делимичне ништавости уговора и клаузуле *rebus sic stantibus* .....195
7.3.4. Разликовање делимичне ништавости и промењених околности с обзиром на врсту уговора поводом којих се може актуелизовати њихова примена .....196
7.3.5. Разликовање делимичне ништавости и промењених околности спрам спектра интереса који се њима штите и реаговања суда .....197
7.3.6. Разликовање делимичне ништавости и промењених околности спрам њихове генезе .....198
7.3.7. Сличности између делимичне ништавости и промењених околности .....199

8. ОДНОС ДЕЛИМИЧНЕ НИШТАВОСТИ И ПОЈЕДИНИХ НАЧЕЛА УГОВОРНОГ ПРАВА .....203
8.1. Слобода уговарања и њене границе .....203
8.1.1. Делимична ништавост кроз призму начела слободе уговарања .....212
8.1.2. Слобода уговарања и ништавост одређене уговорне клаузуле на основу специјалне законске забране .....214
8.1.3. Слобода уговарања и салваторне клаузуле .....215
8.1.4. Слобода уговарања у контексту општег правила о делимичној ништавости ...219
8.2. Делимична ништавост уговора и начело савесности и поштења .....225
8.3. Делимична ништавост уговора и начело еквивалентности узајамних давања .....227

9. ПРЕТПОСТАВКЕ ЗА ПРИМЕНУ ИНСТИТУТА ДЕЛИМИЧНЕ НИШТАВОСТИ УГОВОРА .....240
9.1. Постојање уговора .....241
9.2. Постојање и домашај узрока ништавости .....244
9.2.1. Повреда *ius cogens* .....247
9.2.1.1. Ништавост уговорне одредбе због повреде начела савесности и поштења .....252
9.2.2. Повреда јавног поретка .....255
9.2.3. Повреда добрих обичаја .....262
9.3. Дељивост уговора и уговорне одредбе .....270
9.3.1. Одређење појма уговорне одредбе .....275

9.4. Значај одредбе захваћене ништавошћу са становишта уговорног поретка и воље уговарача .....281
9.5. (Не)постојање воље уговарача у чијем је интересу уговорена ништава одредба за парцијалном пуноважношћу уговора .....285
9.6. Утицај савесности уговарача на примену института делимичне ништавости .....286

10. ПОПУЊАВАЊЕ НАКНАДНИХ ПРАЗНИНА У УГОВОРУ .....290
10.1. (Не)нормираност попуњавања накнадних празнина у уговору у упоредном и домаћем праву .....292
10.2. Почетне и накнадне празнине у уговору .....293
10.2.1. О почетним празнинама у уговору .....293
10.2.2. О накнадним празнинама у уговору .....295
10.2.2.1. *Ius cogens* као супституционе норме .....296
10.2.2.1.1. Однос супституције ништаве уговорне клаузуле са *ius cogens* и општег правила о делимичној ништавости уговора .....298
10.2.2.2. Супституција ништаве уговорне одредбе одговарајућом диспозитивном нормом .....299
10.2.2.2.1. Супституција ништаве одредбе уговора по приступу одговарајућом диспозитивном нормом .....300
10.2.2.2.2. Супституција ништаве одредбе индивидуалног уговора одговарајућом диспозитивном нормом .....302
10.2.2.2.3. Ништавост уговора у целости упркос супституцији .....304
10.2.2.2.4. Објективне границе супституције ништаве уговорне одредбе диспозитивном нормом .....306
10.2.2.3. Допуњујуће тумачење уговора .....307
10.2.2.3.1. Допуњујуће тумачење као инструмент за превазилажење почетних празнина у уговору .....307
10.2.2.3.1.1. Допуњујуће тумачење уговора у домаћем праву .....308
10.2.2.3.2. Допуњујуће тумачење као инструмент за премошћивање накнадних празнина у уговору .....311
10.2.2.3.2.1. Допуњујуће тумачење као инструмент за премошћивање накнадних празнина у типским уговорима .....313

10.2.2.3.2.2. Допуњујуће тумачење уговора као средство за превазилажење накнадних празнина у уговору у зависности од значаја ништаве одредбе .....316
10.2.2.3.2.3. Да ли би требало пооштрити услове за допуњујуће тумачење уговора по приступу .....318
10.2.2.3.3. Замисливи теоријски приступи у постављању заменског правила код уговора којима је својствен однос јаче и слабије стране .....320
10.2.2.3.3.1. Операционализација допуњујућег тумачења уговора на једном примеру из домаће јудикатуре .....321
10.2.2.4. Попуњавање накнадних празнина у уговору судским унапређењем права .....324

11. ПОСЛЕДИЦЕ ДЕЛИМИЧНЕ НИШТАВОСТИ УГОВОРА .....329
11.1. Почетак тока рока застарелости потраживања на име оног што је испуњено по основу ништаве уговорне одредбе .....331
11.2. Правна природа испуњења по основу неправичне одредбе уговора по приступу у складу са чл. 143, ст. 2 ЗОО .....335
11.3. Ретроактивно дејство одлуке суда којом се утврђује ништавост уговорне одредбе .....338

12. ДЕЛИМИЧНА РУШЉИВОСТ УГОВОРА .....342
12.1. Аргументација у прилог аналогне примене правила о делимичној ништавости на рушљиве уговоре .....343
12.2. (Не)селективна аналогна примена правила о делимичној ништавости на делимично рушљиве уговоре у зависности од узрока рушљивости .....346
12.3. Делимична рушљивост кроз призму судске праксе .....347

13. ДЕЛИМИЧНА НИШТАВОСТ ПОТРОШАЧКИХ УГОВОРА .....349
13.1. Неправичне одредбе општих услова формуларних уговора према ЗОО .....350
13.2. Ништавост и неправичност уговорне одредбе: синоними или појмови између којих не постоји садржинска подударност.....352
13.3. Сврха *ex post* судске контроле правичности одредаба потрошачких уговора .....353

13.4. Делимична ништавост потрошачког уговора као правило .....354
13.5. Степен хармонизације између Директиве 93/13/ЕЕЗ и Закона о заштити потрошача .....355
13.6. Утврђивање неправичности: каталози (потенцијално) неправичних одредаба, стандарди и критеријуми неправичности .....357
13.6.1. Значајна несразмера у правима и обавезама уговорних страна .....360
13.6.2. Повреда начела савесности и поштења .....364
13.7. Попуњавање накнадних празнина у потрошачким уговорима .....365

14. ЗАКЉУЧАК .....370

ЛИТЕРАТУРА .....391

План третмана података .....410

**Сажетак**

Правило о делимичној ништавости служи идентификовању дела уговора који је захваћен недостатком који завређује квалификатив ништавости и испитивању његовог утицаја на судбину остатака уговора. Реч је о правној установи која има корективно дејство будући да њеном применом уговор настоји да се ослободи дела који је уговорен преко оквира слободне диспозиције контрахената у циљу да његов „здрав“ део настави да важи.

Иако правна установа делимичне ништавости заузима незаобилазно место у домаћој уџбеничкој и коментаторској литератури, њена обрада врло ретко излази из оквира језичког тумачења, или тачније, репродукције опште одредбе из чл. 105 Закона о облигационим односима (ЗОО). Малобројни домаћи аутори који су се бавили овом темом нису сагледали системске везе овог института са другим релевантним одредбама ЗОО, а још је мање било настојања да се домашај института тематизује у светлу начелних вредновања законодавца. Отуда би стање у домаћој доктрини могло упутити на закључак да је институт делимичне ништавости уговора саморазумевајући, односно да се, догматски посматрано, у материји уговорног права и шире – правних послова, не доводи у питање потреба за његовим постојањем, али да у вези са њим не постоји ништа спорно о чему би требало расправљати. С друге стране, у страној доктрини, а нарочито оној која је развијана у земљама немачког говорног подручја, дискусије у вези са појединим аспектима овог института не јењавају више од пола века. Разлог за то лежи у чињеници да је реч о тематици која задире у срж уговорног права будући да актуелизује питања која се тичу слободе уговарања и њених граница, максиме *pacta sunt servanda*, као и улоге судова у континенталноевропским правним системима.

Занемаривање овог института у домаћој доктрини условило је то да се његово поимање сведе на најрудиментарнији облик на који упућује строго позитивистички приступ, то јест језичко тумачење општег правила из чл. 105 ЗОО. Због тога не чуди ненаклоњеност домаћих цивилиста различитим видовима интервенције суда у садржину уговора који се у упоредном праву подводе под окриље, или доводе у везу са институтом делимичне ништавости.

Интересовање за овај институт у националним оквирима подстакли су бројни судски поступци у којима су корисници кредита настојали да издејствују утврђење ништавости појединих одредаба уговора о кредиту. Они су обелоданили велику празнину у домаћој цивилистици указавши на бројне нејасноће и недоречености у вези са применом ове правне установе.

Иако су неки од случајева који су у новијој судској пракси ескалирали у вези са уговорима о кредиту решени тзв. интервентним законодавством, не може се очекивати да ће то постати манир за превазилажење упоредивих проблема у пракси, јер је незамисливо да ће се законодавац оглашавати поводом сваке „критичне“ уговорне одредбе која искрсне у пракси. Због тога је у раду на системски начин расправљено под којим условима и на који начин је судовима допуштено да интервенишу у садржину уговора под окриљем института делимичне ништавости. Закључено је да је институт делимичне ништавости поливалентан јер се користи за означавање читавог спектра различитих видова судске коректуре уговора, чија се потпора не проналази увек у „слову закона“, већ и у правилима херменеутике и попуњавања правних празнина. Сходно томе, може се говорити о обичној, проширеној, модификованој и субјективној делимичној ништавости, као и о делимичној ништавости у контексту повезаних уговора.

Од свих модалитета највећа пажња посвећена је модификованој делимичној ништавости која је догматски најспорнија. Њоме се означава коректура уговорне одредбе онда када њени спорни делови не могу бити одстрањени простим прецртавањем појединих речи, са циљем да се уговорна клаузула одржи на снази у допуштеном (законоконформном) садржају. Овај облик делимичне ништавости редовно се доводи у везу са прекомерним престацијама које нису проблематичне у својој основи, јер постоји „здраво“ језгро одредбе, већ у свом домашају, при чему је (опасност од) прекомерност(и) присутна *ab ovo*.

Закључено је да њу изузетно треба допустити онда када се стекну следећи услови: ништава одредба садржана је у уговору са трајним извршењем престација чије је испуњење поодмакло; ништава одредба садржи допуштено језгро, тако да корен проблема лежи у њеној формулацији због чега она генерише или има потенцијал да генерише прекомерну уговорну обавезу; уклањање ништаве одредбе указује на уговорни вакуум који треба да буде премошћен да би уговор могао да настави своју егзистенцију; за

накнадну празнину у уговору закон не садржи решење у виду одговарајуће императивне или диспозитивне одредбе; алтернатива у виду ништавости уговора у целости која би индуковала обавезу реституције не би одговарала ниједном уговарачу.

Парцијално одржавање уговора на снази претпоставља: 1) да је уговор закључен и састављен од већег броја одредаба; 2) да је у уговору идентификован одређени узрок ништавости; 3) да је уговор (то јест, уговорна одредба) дељив(а), то јест да се ништавост може ограничити на одређени део уговора; 4) након елиминисања спорног дела уговора, оно што преостане треба да испуњава услове за објективну егзистенцију уговора и да кореспондира (стварној или хипотетичкој) вољи уговарача; 5) обострано сазнање уговарача о ништавости одређене уговорне одредбе треба третирати као одсуство њихове пословноправне воље да се обавежу у погледу ништавог дела уз истовремено одржавање остатка уговора на снази. Несавесност једне уговорне стране не спречава одржавање на снази остатка уговора (ако су ипсуњене остале претпоставке).

Питање које је тесно повезано са институтом делимичне ништавости тиче се попуњавања накнадних празнина у уговору. Реч је о уговорном вакууму који није изворни, већ настаје као последица судске интервенције у садржину уговореног. Уговарачи су за релевантно питање предвидели конкретно правило, али оно није успело да „издржи тест“ судске контроле због чега је уклоњено из уговора, али тако да није нарушено његово језгро. Тада се полази од фикције да питање које је било уређено ништавом уговорном одредбом никада није ни постало део уговора, чиме се отвара простор за попуњавање празнина налик оним почетним. Правило које треба да заузме место ништаве уговорне одредбе означава се као заменско и оно може да води порекло из: *ius cogens*, диспозитивне норме, допуњујућег тумачења уговора или судског развоја (унапређења) права.

У вези са делимичном рушљивошћу коју ЗОО не регулише изричито, закључено је да је по среди непланска празнина и да су испуњене премисе за њено попуњавање. Наиме, циљ чл. 105 ЗОО одговара циљу коме је оправдано и разумно стремити и у вези са рушљивим уговорима, а уз то постоји и довољан степен сличности између регулисаног случаја (делимичне ништавости) и нерегулисаног случаја (делимичне рушљивости).

Проблематика је тесно повезана са идејом материјализације уговорних односа у ситуацијама којима је својствена структурална неједнакост уговарача. Због тога је

примена делимичне ништавости сагледана не само у вези са уговорима са споразумно одређеном садржином него и у светлу адхезионих уговора и то нарочито онда када им приступа потрошач. С обзиром на то да је комунитарно право извршило велики утицај на развој домаћег потрошачког уговорног права, анализа је обухватила и схватање стандарда неправичних одредаба потрошачких уговора и последица њиховог уговарања у пракси Суда правде Европске уније у светлу Директиве 93/13/ЕЕЗ о неправичним одредбама потрошачких уговора.

**Summary**

The rule on partial nullity serves to identify the part of the contract that is affected by a defect that merits the qualification of nullity and to examine its impact on the fate of the rest of the contract. It is a legal institute that has a corrective effect, since by applying it, the contract is supposed to be freed by the disallowed part that was contracted beyond the free disposition of the contracting parties in order for its "healthy" part to continue to be valid.

Although the legal institute of partial nullity occupies an unavoidable place in domestic textbooks and commentaries, its analyses very rarely goes beyond the linguistic interpretation, or more precisely, the reproduction of the general provision contained in Art. 105 of the Law on Obligations (LoO). The few domestic authors who have dealt with this topic have not examined the systemic connections of this institute with other relevant provisions of the LoO, and there was even less effort to thematize the reach of the institute in the light of the legislator's principled evaluations. Hence, the state of domestic doctrine could lead to the conclusion that the institute of partial nullity of contracts is self-evident, i.e. that from a dogmatic perspective the need for its existence is indisputable, but that in connection with it there is nothing controversial to discuss. On the other hand, in foreign doctrine, and especially that which has been developed in the German-speaking countries, discussions regarding certain aspects of this institute have not subsided for more than half a century. The reason for this lies in the fact that it is a topic that goes to the "heart" of contract law, since it relates to the issues concerning the freedom of contract and its limits, the maxim *pacta sunt servanda*, as well as the role of courts in continental European legal systems.

The neglect of this institute in domestic doctrine caused its understanding to be reduced to the most rudimentary form to which the strictly positivist approach refers, that is, the linguistic interpretation of the general rule from Art. 105 LoO. Therefore, it is not surprising that domestic authors are not inclined to the various types of court intervention in the content of contracts, which in comparative law are brought under the auspices of, or at least are linked to the institute of partial nullity.

Interest in this institute in the national framework was stimulated by numerous court proceedings in which loan beneficiaries sought to establish the invalidity of certain provisions of

the loan agreement. They disclosed a substantial gap in domestic civil law, pointing out numerous ambiguities and vagueness regarding the application of this legal institution.

Although some of the cases that have escalated in recent judicial practice in connection with loan agreements have been resolved by the so-called intervening legislation, this method cannot be expected to become a manner to overcome comparable problems in practice, because it is unthinkable that the legislator will react upon every "critical" contractual term that arises in practice. For this reason, dissertation systematically discusses under what conditions and in what way the courts are allowed to intervene in the content of the contract under the auspices of the institute of partial nullity.

It was concluded that the institute of partial nullity is polyvalent because it is used to denote the whole spectrum of different types of judicial correction of contracts, the support of which is not always found in the "letter of the law", but also in the rules of hermeneutics and gap filling. Accordingly, one can speak of ordinary, extended, modified and subjective partial nullity, as well as partial nullity in the context of related contracts.

Of all the modalities the most attention has been paid to the modified partial nullity, which is dogmatically the most controversial. It refers to the correction of a contractual term when its disputed parts cannot be removed by simply crossing out certain words, with the aim of keeping the contractual term in force in the permitted (law-compliant) content. This form of partial nullity is regularly associated with excessive prestations which are not inherently problematic because they contain a "healthy" core, but are disputable due to their excessivness (or the danger thereof), which is present in a contract *ab ovo*.

It was concluded that modified partial nullity should exceptionally be allowed when the following conditions are met: a null clause is contained in a long term contract whose fulfillment has been advanced; the null term contains a permissive core, so the root of the problem lies in its wording, which is why it generates or has the potential to generate an excessive contractual obligation; the removal of a null term indicates a contractual gap that needs to be bridged in order for the contract to continue its existence; for a subsequent gap in the contract, the law does not contain a solution in the form of a corresponding imperative or dispositive provision; the alternative in the form of nullity of the contract in its entirety, which would induce the obligation of restitution, would not suit any contractor.

Partial maintenance of the contract presupposes: 1) that the contract has been concluded and consists of a more than one term; 2) that a certain cause of nullity has been identified in the contract; 3) that the contract (contractual term) is divisible (severable), that is, that the nullity can be limited to a certain part of the contract; 4) after eliminating the disputed part of the contract, what remains meets the conditions for the objective existence of the contract and corresponds to the (real or hypothetical) will of the contracting parties; 5) the contracting parties' mutual knowledge of the invalidity of a certain contractual term should be treated as the absence of their will to commit to the invalid part while simultaneously maintaining the rest of the contract in force. The unconscionability of one contracting party does not prevent the validity of the rest of the contract (if other assumptions are met).

An issue closely related to the institute of partial nullity concerns the filling of the subsequent gaps in the contract. It is a contractual vacuum that is not original, but arises as a result of judicial intervention in the content of the contract. The contracting parties provided for a specific rule for the relevant contract term, which, however, failed to "pass the test" of judicial control without affecting the core of the contract. In such cases, it is presumed that the issue that was regulated by an invalid term never had became part of the contract, which opens up a space for a gap filling similar to the initial gaps in contracts. The rule that should take the place of an invalid contractual term is designated as a substitute rule and it can originate from: *ius cogens*, dispositive norm, judicial supplementary interpretation of the contract or judicial development (improvement) of law.

In connection with partial voidability, which is not expressly regulated by the LoO, it was concluded that there is an unplanned gap and that the premises for its filling have been met. Namely, the goal of Art. 105 LoO corresponds to the goal that is justified and reasonable to pursue in connection with voidable contracts, and in addition, there is a sufficient degree of similarity between the regulated case (partial nullity) and the unregulated case (partial voidability).

The topic is closely related to the idea of the materialization of contractual relations in situations that are characterized by structural inequality of the contracting parties. For this reason, the application of partial nullity is considered not only in relation to contracts with a mutually agreed content, but also in the light of adhesion contracts, especially when the consumer accesses them. Given that European Union law has been having a great impact on the

development of domestic consumer contract law, the analysis included the understanding of the unfair term standard in consumer contracts and the consequences of their contracting in the practice of the Court of Justice of the European Union in the light of Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts.

# 1. УВОД СА МЕТОДОЛОШКИМ НАПОМЕНАМА

## 1.1. О разлозима одабира теме и њеној актуелности

Институт делимичне ништавости уговора дуго је био скрајнут у домаћем правном дискурсу. У националним оквирима, све до скоро, он није привлачио већу пажњу правних писаца. Иако је реч о правној установи која заузима незаобилазно место у домаћој уџбеничкој и коментаторској литератури, њена обрада врло ретко излази из оквира језичког тумачења, или тачније, репродукције опште одредбе из чл. 105 Закона о облигационим односима (ЗОО).[3] Ова констатација би могла да сугерише да је по среди маргиналан правни феномен који не изазива веће „главобоље“ у теорији и пракси, и да, као такав, не завређује посебну пажњу. Стање у домаћој доктрини би, заправо, могло упутити на закључак да је институт делимичне ништавости уговора саморазумевајући, односно да се, догматски посматрано, у материји уговорног права и шире – правних послова, не доводи у питање потреба за његовим постојањем, али да у вези са њим не постоји ништа спорно о чему би требало водити научне полемике.

Но, летимичан преглед упоредноправне научне продукције разобличује овај *prima facie* утисак. За разлику од стања у домаћој правној теорији, у страној доктрини, а нарочито оној која је развијана у земљама немачког говорног подручја, делује да расправе у вези са појединим аспектима овог института не јењавају више од пола века.[4] Разлог за то, између осталог, лежи у чињеници да је реч о тематици која задире у срж уговорног

[3] *Службени лист СФРЈ,* бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Службени лист СРЈ,* бр. 31/93, (Уредба - за време ратног стања: 22/99, 23/99, 35/99, 44/99), *Службени гласник РС, бр.* 18/2020.

[4] О инспиративности ове теме, између осталог, сведочи податак да се позамашан број истакнутих германских цивилиста у својим радовима, у већој или мањој мери, бавио њоме. Осим тога, релативно новије дисертације одбрањене у земљама немачког говорног подручја, као и научни радови новијег датума, говоре о томе да ова тема, иако је већ деценијама присутна у тамошњим научним расправама, и даље представља „неиспричану причу“. У Немачкој је, примера ради, у релативно скорије време одбрањена и објављена дисертација: Katharina Uffmann, *Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion*, Mohr Siebeck, Tübingen 2010; у Швајцарској је одбрањена, а потом у Немачкој објављена теза: Alessia Dedual, *Geltungserhaltende Reduktion – Richterliche Ersatzregelbildung im schweizerischen Vertragsrecht*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 2017, док је у Аустрији релативно скоро питање делимичне ништавости сагледано у контексту *pactum de quota litis* у дисертацији Christoph H. Hackl, *Die zivilrechtliche Teilnichtigkeit und ihre Folgen am Beispiel des Pactum De Quota Litis*, Dissertation, Wien 2017.

права[5] будући да актуелизује питања која се тичу слободе уговарања и њених граница, максиме *pacta sunt servanda*, као и улоге судова у континенталноевропским правним системима.

У координатама националног правног система, ситуација је донекле промењена у новије време. Интересовање за овај институт умногоме је подстакла „лавина“ судских поступака у којима су корисници кредита настојали да издејствују утврђење ништавости појединих одредаба уговора о кредиту.[6] Они су обелоданили велику празнину у домаћој цивилистици указавши на бројне нејасноће и недоречености у вези са применом ове правне установе. На тај начин проблематика делимичне ништавости уговора је са маргина домаћег грађанскоправног дискурса измештена у његов епицентар.

Иако су неки од случајева који су у новијој судској пракси ескалирали у вези са уговорима о кредиту решени тзв. „интервентним законодавством“[7], не може се очекивати да ће то постати манир за превазилажење упоредивих проблема у пракси. Наиме, незамисливо је да ће се законодавац оглашавати поводом сваке „критичне“ уговорне одредбе која искрсне у пракси. Такав развој догађаја би био крајње неуобичајен, а, уз то, би био и супротан начину на који се судови у правним системима развијених земаља хватају у коштац са овом проблематиком. Законодавна реакција, и када уследи, редовно касни у односу на моменат избијања проблема у пракси, при чему ће, по правилу, законодавац реаговати тек ако проблем поприми такве размере да се више не може игнорисати јер прети да угрози друштвену или економску стабилност великог броја грађана и/или привредних субјеката. Штавише, овакве законодавне интервенције, да би уродиле плодом немају само *pro futuro* него и ретроактивно дејство, што, из разлога правне сигурности, само изузетно може имати своје оправдање.

---

[5] *Петерсен* (Jens Petersen, „Die Teilnichtigkeit“, *Jura* 6/2010, 419) истиче да бављење делимичном ништавошћу значи отварање бројних фундаменталних проблема грађанског права.

[6] *Живковић* издваја најчешће оспораване одредбе уговора о кредиту у домаћој судској пракси: „прикривени терети за клијенте унети у опште услове, тзв. *smallprint*, једнострана измена каматне стопе на основу пословне политике банке, ограничавање варијабилног дела камате на нулу како би се избегло дејство његове негативне вредности, разлика у врстама курса по којој се пушта у течај и враћа кредит и слично.“ Miloš Živković, „O dozvoljenosti ugovaranja troškova obrade kredita u pravu Srbije“, *Bankarstvo* vol. 47, 2/2018, 16.

[7] Овде се нарочито мисли на чл. 54, ст. 2 Закона о заштити корисника финансијских услуга (ЗЗКФУ), *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 139/2014 и Закон о конверзији стамбених кредита индексираних у швајцарским францима, *Службени гласник РС*, бр. 31/2019. Више о интервентном законодавству в. код: Марија Караникић Мирић, „Интервентно законодавство на примеру Закона о конверзији стамбених кредита индексираних у швајцарским францима“, *Право и привреда* 1/2020, 114-136.

Осим кроз нормативну активност, нека спорна питања су у домаћем праву решавана и „заобилазним“ путем, кроз усвајање правних ставова[8] Грађанског одељења највише судске инстанце у земљи – Врховног касационог суда (ВКС).[9]

С обзиром на актуелност ове проблематике, било би корисно и пожељно на теоријској равни, системски расправити начелна питања о томе под којим условима и на који начин је судовима допуштено да интервенишу у садржину уговора под окриљем института делимичне ништавости. Требало би размотрити где треба повући границу допуштености задирања суда у уговор ради његовог одржавања на снази са садржином која испуњава захтеве правног поретка. Прецизније, потребно је испитати на које све начине је суду допуштено да се упусти у измену садржине уговореног, а да уговор и даље остане исход сагласности воља уговорних страна (о његовим битним елементима).

Иако су на избор теме пресудно утицали случајеви из домаће судске праксе у вези са уговорима о кредиту, дисертација нема за циљ да се превасходно посвети њиховој појединачној обради из два разлога. Први је тај што су актуелни случајеви из судске праксе у доброј мери већ обрађени у домаћој цивилистици у виду чланака.[10] То је учињено врло темељно. Но, досадашње анализе биле су омеђене сагледавањем релевантне тематике у вези са конкретно оспореним уговорним клаузулама. Тиме је ван њиховог домашаја остала свеобухватна обрада института делимичне ништавости, где је и уочен простор за настанак ове тезе. Други разлог је тај што је пожељно да свака дисертација има трајнију

[8] Правни став Грађанског одељења ВКС о дозвољености уговарања трошкова кредита усвојен 22.05.2018. године и Допуна правног става ВКС о дозвољености уговарања трошкова кредита усвојена на седници Грађанског одељења ВКС одржаној 16.09.2021. године; Правно схватање Грађанског одељења ВКС о допуштености уговарања валутне клаузуле у швајцарским францима усвојено на седници одржаној 2.04.2019. године; Правни став Грађанског одељења ВКС о дозвољености уговарања премије осигурања, као обавезе корисника кредита, код националне корпорације за осигурање стамбених кредита усвојен на седници одржаној 16.09.2021. године.

[9] О критици, тј. неуставности надлежности ВКС за уједначавање судске праксе путем усвајања правних ставова ван суђења, односно мимо решавања по изјављеном ванредном правном леку у конкретном предмету, као својеврсном совјетском реликту, в. код: Марко С. Кнежевић, *Уједначавање судске праксе у Републици Србији – стање ствари и предлози за реформу*, Пројекат „Унапређење ефикасности правосуђа“ 12SER 01/01/121, 2017, 23-36. О методолошкој мањкавости образложења правног схватања о допуштености уговарања валутне клаузуле у швајцарским францима в. више код: Милош Живковић, „Кратка правна анализа правног схватања ВКС о пуноважности валутне клаузуле код уговора о кредиту у швајцарским францима и конверзији“, *Право и привреда* 4-6/2019, 458, 483, 488.

[10] Драгор Хибер, Милош Живковић, „Заштита корисника кредита од једностране измене висине уговорене камате”, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 70/2015, 573-586; Miloš Živković, „O dozvoljenosti ugovaranja troškova obrade kredita u pravu Srbije, *Bankarstvo* Vol. 47, 2/2018, 14-51; Атила Дудаш, „Допуштеност једностраног повећања камате у уговорима о кредиту у праву Србије“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2016, 549-568; М. Живковић (2019), 458-490 и др.

вредност, а то се може постићи тек упуштањем у расправе о дилемама које искрсавају у вези са обрађиваним правним институтом на једном општијем нивоу.

Од ове дисертације се не може очекивати да у потпуности премости евидентну празнину која постоји у домаћој доктрини у вези са теоријском обрадом правне установе делимичне ништавости. Стога је незамисливо да она понуди коначне одговоре на сва питања која ће у њој бити отворена. Имајући то у виду, на појединим местима ће само бити наговештени правци могућих размишљања што ће, надамо се, бити солидна полазна основа за нека будућа истраживања и развој даљег дискурса о овој теми у национаним оквирима. Изречена констатација, међутим, не би требало да умањи допринос ове тезе у догматској разради правне установе делимичне ништавости уговора, као ни њен потенцијал да послужи као оријентир судској пракси.

Дисертација има задатак да правну установу делимичне ништавости уговора расветли у националном контексту. С обзиром на изражену оскудност домаће литературе у овој материји, то би било незамисливо и недостижно без увида у сазнања која су се у примени овог института временом искристалисала у упоредноправној догматици и јудикатури. Наиме, за разлику од домаће правне теорије у којој се институт делимичне ништавости уговора најчешће помиње само у његовом најрудиментарнијем виду,[11] у страној доктрини и судској пракси се временом издиференцирала читава палета његових појавних облика. Ти правни системи су стога непроцењиви извори идеја у теоријској разради испитиваног института. Оно што је заједничко за све њих је то да се у разради овог института редовно излази из строгих језичких оквира опште одредбе о делимичној ништавости. То имплицира да је у тим системима диференцијација појавних облика делимичне ништавости у великој мери проналазила своју потпору у правилима херменеутике и попуњавања празнина.

Имајући наведено у виду, може се рећи да је појам делимичне ништавости поливалентан јер се користи за означавање читавог спектра различитих видова судске

[11] Додуше, неки домаћи аутори проблематизују поједине облике делимичне ништавости попут његове примене у комбинацији са постављањем заменског правила које ће заузети место ништаве одредбе, не упуштајући се у теоријску разраду ове варијанте, и не бавећи се посебно њеном фундираношћу у позитивном праву. Они на тај начин, интуитивно, препознају потребу за варијацијама овог институа, како би се у исходу дошло до, колико-толико, прихватљивог решења за настали проблем. Тако, истакнути домаћи цивилисти *Хибер* и *Живковић* спомињу „замену неважеће одредбе другом“ у вези са институтом делимичне ништавости: Д. Хибер, М. Живковић (2015а), 580, 581, фн. 10.

коректуре уговора.[12] У том смислу, задатак ове дисертације јесте да испита колико се домети упоредноправне догматике и јудикатуре у диференцијацији појма делимичне ништавости могу уподобити домаћем правном оквиру. Односно, колико се њени резултати могу учитати, директно или индиректно, у важеће норме, а у којој се мери они, евентуално, могу преточити у *de lege ferenda* предлоге.

Рађање нових појавних облика института делимичне ништавости тесно је повезано са идејом материјализације уговорних односа у ситуацијама којима је својствена структурална неједнакост уговарача. Потреба за заштитом типично слабије уговорне стране допринела је флексибилнијем приступу проблематици непуноважности уговора,[13] а последично и „декомпоновању“ појма ништавости.[14] Због тога се може рећи да је развијањем различитих варијација на тему делимичне ништавости, из практичних разлога, релативизован концепт ништавости.

Теоријској разради института делимичне ништавости умногоме је допринела фрагментација уговорног права – појам под којим се подразумева издвајање из његовог оквира сетова специјалних норми посвећених одређеној категорији уговора, попут уговора по приступу, и још уже, потрошачких уговора. Због тога, излагање неће бити омеђено анализом делимичне ништавости у оквиру поља примене опште одредбе из чл. 105 ЗОО. Уместо тога, институт ће бити сагледан у ширем контексту који, осим уговора са споразумно одређеном садржином, обухвата и материју адхезионих уговора. Уз то, анализа ће обухватити и примену изучаване правне установе у материји потрошачких уговора. С обзиром на то да је комунитарно право извршило велики утицај на развој потрошачког уговорног права, анализа не би била комплетна без уважавања ставова Суда

---

[12] *Дам* (*Damm*) је још пре три деценије изнео своје запажање о тенденцији ограничавања ништавости кроз диференцирање правних последица које она повлачи. То се одвија кроз судски креативизам, то јест кроз редукцију или екстензију постојећих правних института. Реч је о једном општем тренду уочљивом у свим сферама уговорног права који се испољава кроз телеолошко диференцирање правних норми (прецизније, њиховог законског чињеничног стања (нем. *Tatbestand*). Reinhard Damm, „Kontrolle von Vertragsgerechtigkeit durch Rechtsfolgenbestimmung – Nichtigkeit und Nichtigkeitsbeschränkung bei Gesetzes- und Sittenverstoß“, *JuristenZeitung* 20/1986, 913.

[13] R. Damm, 913. О томе да је „проблем неважности правних послова у савременом праву баш сав у знаку релативности“ писао је пре скоро седам деценија *Круљ* (Vrleta Krulj, *Ništavost pravnih poslova – posledice ništavosti*, doktorska disertacija, Beograd 1954, 22).

[14] Ulrich Hübner, „Personale Relativierung der Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften nach dem Schutzzweck der Norm“, у: Gottfried Baumgärtel *et al* (Hrsg.), *Festschrift für Heinz Hübner zum 70. Geburtstag am 7. November 1984*, Walter de Gruyter, Berlin-New York 1984, 487.

правде Европске уније (СПЕУ) у вези са применом *Директиве 93/13/ЕЕЗ о неправичним одредбама потрошачких уговора* (Директива).[15]

Овакав приступ би требало да пружи јаснију представу о томе да ли се ради о правној установи са јединственим правним режимом или, пак, о институту чији правни оквир треба учинити зависним од тога да ли је по среди уговор са споразумно одређеном садржином или уговор по приступу.[16] Осим тога, треба испитати и да ли је пожељно направити даљу диференцијацију у оквиру уговора по приступу у зависности од тога да ли се ради о потрошачком или непотрошачком уговору.

### 1.2. О „ширини теме докторске дисертације“[17]

Како се у вези са одабиром теме докторске дисертације, поред њене актуелности, намеће и питање њене оптималне ширине, у уводним напоменама није наодмет осврнути се и на њену формулацију. С тим у вези се може поставити питање да ли је разматрање ове проблематике требало ограничити на материју уговора по приступу, или, још уже, на област потрошачких уговора, будући да је у вези са њима нарочито наглашена потреба за теоријском разрадом овог института. Или је тему требало поставити шире, тако да она већ својим насловом упућује на могућност примене изучаваног института на све непуноважне уговоре. И поврх тога, да ли је насловом требало обухватити све правне послове, а не само уговоре.

На питање ширине теме докторске дисертације осврнућемо се у најкраћим цртама. Укратко, тема није постављена уже управо због њене запостављености у домаћој доктрини. Њено сужавање би имало смисла тек уколико су у националним оквирима већ расправљена фундаментална питања која она актуелизује. У том случају би најлогичније било да се институт даље фрагментише уз сагледавање специфичности његове примене у контексту ужих целина уговорног права. У том смислу, даље раслојавање ове теме могло би да буде предмет неких будућих истраживања. Од друге варијанте, која би

[15] Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, *OJ* L 095, 21.4.1993, 29-34.

[16] О појму правног режима и специјалним правним режимима в. Душан Николић у: Душан Николић, Слобода Мидоровић, „Развој посебних својинскоправних режима“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2021, 68-73.

[17] Душан Николић, „О ширини теме докторске дисертација из правних наука“ у: Милош Живковић (ур), *Liber amicorum Владимир Водинелић*, Београд 2019, 213-225.

подразумевала формулисање теме тако да она обухвати све неважеће уговоре, одустало се из разлога што у дисертацији тек треба да се испита могућност аналогне примене института делимичне ништавости и на материју рушљивих уговора. Због тога је, донекле конформистички, закључено да је приликом формулисања теме сигурније држати се законске терминологије, иако се у упоредноправној литератури често наилази на синонимну употребу појмова делимичне ништавости (нем. *Teilnichtigkeit,* енгл. *partial nullity*) и делимичне не(пуно)важности (нем. *Teilunwirksamkeit,* енгл. *partial invalidity*[18]). Од замисли да се институт са свим својим финесама анализира у ширем контексту – контексту првних послова – одустало се из разлога што би такав подухват по свом обиму превазишао уобичајене оквире докторске дисертације.

Изучавани институт несумњиво спада у материју општег дела грађанског права, што имплицира примењивост резултата овог истраживања у свим гранама грађанског права, уз извесне специфичности које се, по природи ствари, исказују у материји тестатског наслеђивања.[19] Другим речима, закључци до којих ће се доћи у овом раду неће бити ограничени на уговоре грађанског и трговинског права.[20] Но, иако тема носи наслов делимична ништавост уговора, она нема амбицију да расветли примену овог института у вези са свим уговорима. Средиште интересовања у раду биће сагледавање примене изучаваног института на теретне уговоре грађанског права. Неретко се тим уговорима уређују и нека процесноправна питања. У том смислу, процесноправне одредбе уговора којима се претежно уређује неко материјалноправно питање грађанског права, такође, могу допасти под поље примене изучаваног института о чему ће у раду на маргинама бити речи. Ван домашаја непосредне анализе у највећој мери остаће уговори попут уговора о оснивању привредних друштава, уговора о раду и међународних трговинских уговора.

---

[18] Gema Tomás, "Utile per inutile non vitiatur: can favor contractus be considered a European regula iuris?", *European Review of Contract Law* 3/2016, 259.

[19] Тако *Круљ* сматра да „у наследном праву (код тестаменталног наслеђивања) примена принципа делимичне ништавости има пуно шире поље примене него у облигационом праву. То је због тога што тестамент готово увек садржи више различитих, међусобно неусловљених и неповезаних изјава воље које могу постојати независно једна од друге и због тога што је тестамент наредба последње воље и његова ништавост не може бити исправљена стварањем новог тестамента као што је случај у уговору." V. Krulj (1954), 76.

[20] Познато је да се наш законодавац определио за њихово јединствено регулисање, уз уважавање специфичности уговора трговинског права. Више о томе код: Јожеф Салма, „Грађанскоправни и трговински уговори – Основна теоријска и методолошка питања и њихове кодификације –", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2010, 37-64.

## 1.3. Коришћене методе

У писању рада коришћене су добро познате правне методе, и то како оне које имају за циљ утврђивање правог смисла, тј. значења релевантних правних норми, тако и оне које служе попуњавању правних празнина.

У првом реду, примењен је правно-догматски метод уз помоћу ког су испитивани услови и поље примене одредбе из чл. 105 ЗОО у коме је садржано опште правило о делимичној ништавости.

По природи ствари, одредба из чл. 105 ЗОО није посматрана изоловано, јер она сама за себе не би успела да одгонетне све дилеме у вези са домашајем испитиваног института. Стога су закључци о анализираном институту изведени узимајући у обзир позицију опште норме о делимичној ништавости уговора у ширем контексту. Шира слика подразумева испитивање односа одредбе из чл. 105 ЗОО са одредбама из чл. 143 ЗОО, те чл. 42 Закона о заштити потрошача (ЗЗП)[21] и низа других одредаба. Дакле, испитивани институт сагледан је на основу места које заузима у номенклатури ЗОО, али и систему грађанског права уопште.

С обзиром на доктринарну запостављеност и, последично, теоријску неизграђеност изучаваног института у националним оквирима, трагање за одговорима на бројна отворена питања била би незамислива без ослањања на достигнућа упоредноправне доктрине. Стога су у њеној разради сагледани домети догматике и јудикатуре, према речима *Водинелића* „правничких велесила“[22]: Немачке, Швајцарске и Аустрије. Избор референтних упоредноправних система условљена је њиховим традиционалним утицајем на домаћу цивилистику и то не само у редакцијском, већ и догматичком смислу. На појединим местима, у краћим цртама, биће указано и на генезу испитиваног института у *common law* системима. Ово је условљено тиме што често узимани модел за примену института делимичне ништавости у виду *blue pencil* правила води своје порекло из англосаксонске правне традиције.

[21] *Службени гласник РС,* број 88/2021.
[22] Vladimir V. Vodinelić, *Građansko pravo – Uvodne teme*, drugo, neizmenjeno izdanje, Službeni glasnik – Pravni fakultet Univerzitet Union, Beograd 2012, 159.

Осим уважавања нормативних и доктринарних решења појединих националних правних система, анализа ће укључити и ставове СПЕУ у вези са применом овог института у материји потрошачких уговора у складу са Директивом 93/13/ЕЕЗ.

За истраживања из области правних наука ништа мање није битан ни историјскоправни метод. Помоћу њега представљени су генеза и еволуција испитиваног института од његових корена до данашњих дана. Ова анализа указала је на постојање правног континуитета имајући у виду циљеве којима овај институт служи од својих зачетака до данас.

Како је истраживање указало на постојање појединих непланских правних празнина, то јест да наш законодавац није узео у обзир све могуће случајеве примене овог института у моменту када га је регулисао, у њиховом попуњавању коришћене су и уобичајене методе попуњавања правних празнина.

## 1.4. План излагања

Уводне напомене закључићемо сажетим приказом плана излагања. По природи ствари, на самом почетку позабавићемо се појмом изучаваног института указујући на његову вишезначност и његов шири контекст. Да би се институт боље схватио и да би се подвукла његова трајнија вредност, нужно је, макар на кратко, осврнути се и на његове зачетке и објаснити како је он од једног казуистичког решења еволуирао у апстрактно правно правило које се може квалификовати као део европског *ius communae*.[23] Затим ће бити анализиране врсте делимичне ништавости које је развила германска доктрина и прихватила тамошња јудикатура, уз настојање да се идентификује њихова позитивноправна фундираност у домаћим изворима права.

Да би се проникло у суштину овог правила потребно је уочити од каквих се нормативних решења полази у различитим законодавствима и до каквих резултата доводи њихова примена у пракси. То јест, да ли постоји однос корелације између поставке правила о делимичној ништавости, у смислу опредељења законодавца за оборива претпоставку у корист делимичне ништавости или ништавости у целости и његове практичне примене. У наставку рада биће елабориране функције института делимичне

[23] G. Tomás, 261; Nils Jansen y: Nils Jansen, Reinhard Zimmermann (ed.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, 2018, 972.

ништавости заједно са разлозима који га фаворизују спрам оних који претендују да га дискредитују.

Обрада изучаване правне установе не би била комплетна када се не би разјаснио његов однос са сродним правним институтима и када се он не би контекстуализовао у својој интеракцији са фундаменталним начелима грађанског права.

У наставку ће бити размотрени услови примене института делимичне ништавости уговора. Посебна пажња у раду биће усмерена на празнине које у уговору настају као последица примене института делимичне ништавости и питање евентуалне допуштености њиховог попуњавања. Након тога биће речи о последицама примене испитиваног института.

С обзиром на то да наш законодавац примену овог института *expressis verbis* везује само за ништаве уговоре, потребно је сагледати и могућност аналогне примене правила о делимичној ништавости на рушљиве уговоре, подразумева се, под условом да претходна анализа укаже на постојање непланске празнине у закону у том погледу.

За сам крај, институт ће бити сагледан из перспективе СПЕУ, то јест његовог тумачења релевантних решења Директиве 93/13/ЕЕЗ.

У закључним разматрањима биће сумирани резултати истраживања са оценом стања домаћег законодавства и теорије, уз давање предлога и смерница за евентуалне измене.

## 2. ДЕЛИМИЧНА НИШТАВОСТ УГОВОРА И ЊЕНА УЛОГА У РЕЛАТИВИЗАЦИЈИ КОНЦЕПТА НИШТАВОСТИ

### 2.1. Појам делимичне ништавости уговора

На најопштијем нивоу може се рећи да примена института делимичне ништавости редовно повлачи измену оног што је првобитно било уговорено, а само изузетно и ништавост уговора у целости.[24] На нешто нижем нивоу општости, институт делимичне ништавости начелно служи идентификовању дела уговора који је „инфициран“ недостатком који завређује квалификатив ништавости и испитивању његовог утицаја на судбину остатака уговора, у смислу могућности или немогућности његовог одржавања на снази. Реч је о правној установи која има корективно дејство будући да њеном применом уговор настоји да се ослободи дела који је уговорен преко оквира слободне диспозиције контрахената у циљу да његов „здрав“ део настави да важи.

Кад год се, макар и узгредно, спомиње институт делимичне ништавости, редовно се наводи чувена максима *utile per inutile non vitiatur*. Реч је о сентенци која је преко римских извора стигла у средњовековно *ius commune* да би преко њега, у периоду великих националних кодификација, нашла свој пут до чувених грађанских законика. Њено значење се у нашем језику језгровито изражава крилатицом „корисно се не квари некорисним“.[25] Иако се њоме врло лапидарно осликава сржи института делимичне ништавости, она, као и сва друга уопштавања у виду правних максима, даје прилично поједностављен поглед на проблематику.[26] Имајући то у виду, погрешно би било разумети да је примена ове максиме могућа кад год се наиђе на део уговора који правни поредак не одобрава.[27] Уместо тога, њена примена је замислива само онда када се за то стекну одређени услови. Стога би било исправније рећи да се корисно у уговору не квари оно

---

[24] Herbert Roth у: Sebastian Herrler (Red), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 139-163,* Neubearbeitung 2020 (Staudinger 2020), ottoschmidt – de Gruyter, Berlin 2020, 10.

[25] Dragomir Stojčević, Ante Romac, *Dicta et regulae iuris – Latinska pravna pravila, izreke i definicije sa prevodom i objašnjenjima*, drugo dopunjeno izdanje, Savremena administracija, Beograd 1971, 512, бр. 174.

[26] G. Tomás, 264.

[27] Радмила Ковчевић Куштримовић, Мирослав Лазић, *Увод у грађанско право*, друго издање, Пунта, Ниш, 2011, 319.

што је у њему штетно, докле год оно „корисно“ што преостаје задржава квалитет уговора и кореспондира вољи уговарача.

Институт делимичне ништавости вековима перзистира у уговорном праву и праву правних послова, и то не само у порецима који су развијани на Старом континенту,[28] него и у системима англосаксонског правног круга.[29] Иако су међу правним системима уочљиве разлике у регулисању овог института, постоји нит која је заједничка свим правним порецима, а која се огледа у тенденцији да се уговор одржи на снази кад год је то могуће.

Иако ће о томе бити више речи на одговарајућем месту у раду, овде ћемо само скренути пажњу на то да се разлике у законским дефиницијама овог института суштински не одражавају и на исходе поступака у којима се актуелизује њихова примена у упоредивим случајевима. Другим речима, делује да судови у разним јурисдикцијама, полазећи од различитих формулација овог института, у крајњем резултату долазе до конвергентних исхода. То упућује на закључак да циљ који се настоји остварити применом овог института, а то је да се воља уговарача очува кад год је то могуће и у мери у којој је то могуће, представља универзалну вредност. Овом циљу не служи само институт делимичне ништавости, него и правила тумачења уговора, као и друге правне установе којима се „ублажују ригорозне последице ништавости“[30] (енгл. *mitigation techniques*).[31] Све оне се уопштено могу означити као правне технике којима се подржава идеја водиља која прожима све правне поретке, која се може синтетизовати у латинским изразима *favor negotii*, односно, *favor contractus* и *favor testamenti*.

Иако је реч о институту који је с почетка био примењиван само у материји завештајних располагања противних добрим обичајима, његова „благотворна“ дејства су се врло брзо прелила и на материју уговора.[32] У савремено доба без његове примене било би готово незамисливо уредно одвијање правног саобраћаја. Да би се омогућила што већа извесност у уговорним односима, нормативни пореци својим решењима треба да подрже

---

[28] N. Jansen у: N. Jansen, R. Zimmermann (ed.), 972.
[29] Yvon Marcoux, “Covenants not to compete in common law”, *Les Cahiers de droit* 10(2)/1969, 288.
[30] V. Krulj (1954), 135.
[31] Edward Allan Farnsworth, *Farnsworth on Contracts,* Restatement (Second) of Contracts, Third Edition, Volume II, Aspen Publishers, New York 2004, 85.
[32] Ludwig Häsemeyer, „Geltungserhaltende oder geltungszerstörende Reduktion?“, у: Mathias Habersack *et al* (Hrsg.), *Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag am 2. Januar 2003*, De Gruyter Recht, Berlin 2003, 1099 са даљим упућивањем.

дејства закључених уговора чак и онда када они садрже неки недостатак. То се постиже на два начина: постављањем строгих критеријума садржинске контроле оног што је уговорено, и, ограничавањем њеног домашаја. Сходно томе, судови би, принципијелно, крајње уздржано требало да се односе према идеји интервенције у садржину уговореног, а када интервенишу, њихово задирање у уговор би требало да буде сведено на минимум.[33]

### 2.2. Делимична ништавост уговора као једна од техника за ублажавање ригорозних последица ништавости

Флексибилнији приступ проблематици ништавости уговора неретко се постизао *praeter legem*, односно применом одговарајућих метода тумачења и попуњавања правних празнина како би се спречили неправични исходи. Наиме, постоје ситуације у којима би налагање последица ништавости у виду реституције датог у могућој комбинацији са накнадом штете (чл. 104 и 108 ЗОО) произвело прекомерне последице, односно више штете него користи. Такав исход често не само да не би био у општем интересу, него ни у интересу уговарача. Стога су судови упориште за релативизацију радикалних последица ништавости неретко проналазили у телеолошком тумачењу одредаба којима је нормирана ништавост као и у аналогној примени одредбе о делимичној ништавости на нерегулисане случајеве. То је за последицу имало развијање читавог спектра модалитета делимичне ништавости.

Судови су неретко истицали да циљ одредбе којом је прописана ништавост не подразумева нужно уклањање свих дејстава уговора, већ само оних који су непомирљиви са виђењем законодавца о допуштеној садржини уговора. Сходно тој тенденцији, „уместо ништавости у целости у великом броју случајева наступа само делимична ништавост.“[34] Другим речима, то што ништавост представља уобичајену „грађанскоправну последицу прекорачења граница слободе уговарања“,[35] не значи истовремено да та последица нужно захвата сва дејства закљученог уговора.

---

[33] Omri Ben-Shahar, “Fixing Unfair Contracts”, *Stanford Law Review* 4/2011, 900.
[34] Peter Gauch, Walter R. Schluep, *Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil: ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht*, Bd. 1, 10. Aufl. / erg., verb. und nachgeführt von Jörg Schmid, Zürich [u.a.], Schulthess 2014, 152.
[35] В. Круљ у: Borislav T. Blagojević, Vrleta Krulj (Red.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Savremena administracija, Beograd 1980, 53.

Ослањање на циљ законске забране, онда када је потребно утврдити правну последицу њене повреде, нарочито се наглашава у аустријској цивилистици. Тако *Крејчи* (*Krejci*) сматра да се чак и онда када је санкција ништавости нормирана *expressis verbis* може оправдати њена телеолошка редукција ако је то у складу са циљем норме којом се предвиђа ништавост. Другим речима, то што законодавац изричито нормира последицу ништавости у неким случајевима, не значи нужно да се законом истовремено одређује и домашај те санкције. Сходно томе, циљ забране може да сугерише изрицање санкције делимичне ништавости уместо ништавости у целости.[36]

Истог схватања је и немачки аутор *Павловски* (*Pawlowski*) који истиче да се не може унапред дати уопштени одговор на питање када ће моћи да се ограниче последице ништавости, јер то зависи од конкретног случаја и сврхе која је иманентна одредби која прописује последицу ништавости.[37] О ограничењу последица ништавости у функцији остваривања заштитне сврхе норме којом се прописује одређена забрана говори и *Дам* (*Damm*) који предлаже напуштање црно-белог погледа на проблематику у стилу пуноважност – ништавост. „Бинарна“ типологија, према *Даму*, резултат је поједностављеног виђења проблематике садржинске контроле уговора које је „одвојено од друштвеног супстрата чиме се умањује потенцијал садржинске контроле да уреди комплексне и конфликтне ситуације“.[38]

Идеја релативизације ништавости је позитивноправно утемељена у српском праву. Наиме, наш законодавац већ у централној одредби о ништавости из чл. 103, ст. 1 ЗОО полази од могућности ублажавања ништавости. Тај став гласи:

„Уговор који је противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима ништав је *ако циљ повређеног правила не упућује на неку другу санкцију*[39] или ако закон у одређеном случају не прописује што друго“ (нагласила С. М.).

---

[36] Heinz Krejci у: Peter Rummel, Meinhard Lukas (Hrsg), *ABGB, Teilband §§ 859-916 ABGB (Vertragsrecht)*, 4. Auflage, Wien: MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 2014 (надаље: ABGB 2014), 171, марг. 23, 304, марг. 508, 509.

[37] Hans-Martin Pawlowski, *Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen, Amts- und Parteinichtigkeit von Rechtsgeschäften, Zum Verhältnis von Privatautonomie und objektivem Rec*ht, Verlag Otto Schwartz&Co, Göttingen, 1966, 166. Иако се немачка цивилистика сматра колевком учења о ограничењу последица ништавости, њене идеје су прихватили и поједини француски теоретичари. О томе више у: V. Krulj (1954), 43, 44.

[38] R. Damm, 914.

[39] Интересантно је приметити да наш законодавац изричито употребљава појам санкције, док се у БГБ среће само појам правне последице (нем. *Rechtsfolge*) – в. § 306 БГБ. Појам санкције у контексту грађанског права,

Неспорно је да је одступање од санкције ништавости могуће онда када га законодавац изричито нормира. То су случајеви у којима упркос констатованој повреди која завређује квалификатив ништавости, уговор, у неизмењеној,[40] или чак измењеној садржини, остаје на снази вољом законодавца, или садејством воље законодавца и уговорне стране.[41] Међутим, осим експлицитно нормираних одступања од ригорозне санкције ништавости, чл. 103, ст. 1 ЗОО оставља могућност суду да изрекне и неку другу правну последицу осим ништавости, водећи рачуна о „циљу повређеног правила".[42] При томе, законописац не прецизира шта се подразумева под синтагмом „неку другу санкцију", чиме се њено идентификовање препушта суду у границама закона. Стога се од суда очекује да проникне у сврху – циљ повређеног правила, како би спрам њега могао да изрекне одговарајућу грађанскоправну санкцију. Идеја је, заправо, да се спрече случајеви у којима би неизнијансирана примена санкције ништавости била у директној колизији са заштитном сврхом повређене норме.

### 2.3. Правно-логичка одрживост идеје о делимичној ништавости уговора

У старијим доктринарним расправама у вези са институтом делимичне ништавости може се наићи на размимоилажење ставова правних мислилаца о томе на шта се заправо односи ништавост, односно да ли она „погађа" правни акт, то јест сâм уговор или његова дејства.[43]

---

осим што је код нас законски нормиран, прихваћен је и у домаћој цивилистичкој теорији (Dušan Nikolić, *Građanskopravna sankcija – Geneza, evolucija i savremeni pojam*, Pravni fakultet u Novom Sadu – Centar za idavačku delatnost, Novi Sad 1995), због чега ћемо га и ми користити у овом раду.

[40] На пример, према чл. 107, ст. 2 ЗОО ништавост не може истицати ако је забрана била мањег значаја, а уговор је упркос њој у целости извршен. О оправданости овог нормативног решења в. код: Miloš Živković, „Konvalidacija nevažećeg pravnog posla prema Zakonu o obligacionim odnosima" у: Marko Baretić, Saša Nikšić (ur), *Zbornik treće regionalne konferencije o obveznom pravu,* Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb 2022, 73, 74, 79. Затим, у случају једностране забране из чл. 104, ст. 2 ЗОО, то јест онда када је закључење уговора забрањено само једном контрахенту, ако се његово понашање може санкционисати на други одговарајући начин. У ову групу, спадају и случајеви конвалидације уговора његовим извршењем у целости или претежном делу, упркос повреди захтева форме (чл. 73 ЗОО). О механизмима одржавања уговора на снази без модификације његове саржине в. више у: Слобода Мидоровић, „О институту делимичне ништавости уговора кроз призму начела слободе уговарања", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2020, 1478, 1479.

[41] Ову могућност наш законодавац предвиђа код зеленашког уговора (чл. 141, ст. 3 ЗОО).

[42] Према *Доловић Бојић*, реч је о правном стандарду који представља правни основ за „сужавање појма апсолутне ништавости уговора". Катарина Г. Доловић Бојић, *Правно непостојећи уговори*, Универзитет у Београду, Правни факултет, Београд 2021, 64.

[43] V. Krulj (1954), 149 и 150.

Познато је да се смисао санкције ништавости огледа у онемогућавању оних ефеката уговора који су неспојиви са законодавчевом визијом о прихватљивом и пожељном. Ноторно је да без сагласности воља о битним елементима нема уговора. Његовим закључењем формира се уговорна спона међу контрактуалним странама чију садржину испуњавају узајамна права и обавезе. Неке обавезе су главне, док се друге могу означити споредним, потпорним. Имајући у виду да уговор најчешће не „рађа“ само једно право и једну обавезу, редовно не постоји ни једно дејство уговора. Штавише, правно дејство уговора треба схватити као генерички појам којим се означава укупност права и обавеза које настају међу уговарачима, које своје извориште имају у самом уговору, а некада и у закону у вези са или поводом закљученог уговора.[44]

С обзиром на то да уговор редовно не ствара само једну обавезу и са њом кореспондентно право, него више или чак мноштво њих, замисливо је да само нека обавеза не буде спојива са представама нормотворца о допуштеном. Управо је на тој линији резоновања у француској литератури настала теорија о дељивости ништавости у односу на последице које неки правни акт производи.[45] Она је била инспирисана идејама појединих немачких цивилиста који су развили учење о ограничењима последица ништавости (нем. *Lehre von der Nichtigkeitsbeschränkung*[46], *Beschränkung der Unwirksamkeitsfolgen*[47]). Реч је о учењу које је настало уопштавањем схватања групе аутора који су се залагали за издиференцирану примену одредаба о ништавости како би се избегли неправични исходи. Оно је захтевало ревидирање схватања о томе на шта се ништавост односи. Наиме, ако она „погађа“ изјаву воље, то значи да, у случају ништавости, изјаве воље нема, тако да би било контрадикторно тврдити да се изјава воље које нема може ограничити. Како би се избегла ова логичка противречност, схватање о ништавости редефинисано је тако да она не „погађа“ саму изјаву воље као „матицу“ сваког правног посла, него његова дејства.[48]

Подршка за ово схватање посредно се може пронаћи у размишљањима уваженог немачког цивилисте *Медикуса* (*Medicus*). У једном раду посвећеном правном основу

---

[44] У том смислу и: Jožef Salma, *Obligaciono pravo,* šesto izdanje, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad 2009, 282.
[45] V. Krulj (1954), 149 и 150.
[46] H. M. Pawlowski, 161.
[47] L. Häsemeyer, 1099.
[48] H. M. Pawlowski, 161 и 162.

уговора он истиче да виђење према коме уговор има један правни основ не одговара стварности. Уместо тога, уговори који се срећу у савременој пословној пракси претежно су саткани од већег броја одредаба, при чему се свака од њих ослања на одређени правни основ. Последично, отпадање неке уговорне одредбе не повлачи нужно и отпадање правног основа преосталог уговорног поретка.[49] Какво ће дејство отпадање једне одредбе имати на остатак уговора, зависиће првенствено од интереса стране у чију је корист била уговорена ништава одредба.[50]

У претежном делу савремене правне цивилистике више није упитна правно-логичка одрживост института делимичне ништавости уговора. Изузетно се, међутим, и у релативно новијој теорији може наићи на ставове који негирају могућност ограничења санкције ништавости. Тако немачки теоретичар *Хеземејер* (*Häsemeyer*) сматра да одлука о непуноважности захвата изјаву воље у целости, негирајући на тај начин могућност ограничења санкције ништавости „кроз поделу правног посла на пуноважне делове и оне које треба одбацити.“[51] Тиме се он сврстава у ред „усамљених“ правних мислилаца германске провенијенције који сматрају да је правно-логички одржива само последица која се своди на правило „све или ништа“ (нем. *Alles-oder Nichtsprinzip*).[52] Другим речима, према *Хеземејеру* уговор је или пуноважан у својој укупности или је у целини непуноважан – *tertium non datur*. Свака друга опција, према њему, имала би за последицу разарање аутономије воље из које извире уговор.[53] Уз то, према његовом виђењу, неоправдано је измештање услова пуноважности из фазе закључења уговора на ниво последица његовог закључења.[54]

У вези са овом примедбом, неспорно је да се (не)пуноважност неког правног посла процењује спрам момента његовог предузимања. Ово је, по природи ствари, тако јер се од уговарача може захтевати да узму у обзир само норме позитивног права које важе у моменту закључења уговора, а не и оне које су изгубиле правну снагу или које ће у будућности законодавац евентуално „обзнанити“. Међутим, то што у моменту закључења

---

[49] Dieter Medicus, „Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlage“ у: Horst Heinrich Jakobs et al (Hrsg) *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag*, Verlag. Dr. Otto Schmidt KG, Köln 1978, 636.
[50] Peter Ulmer, „Offene Fragen zu § 139 BGB – Vorteilsregel und „Politik des Gesetzes““ у: Jürgen F. Baur *et al* (Hrsg), *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag* 1990, 799.
[51] L. Häsemeyer, 1099.
[52] *Ibid*, 1105.
[53] *Ibid*, 1101 и 1102.
[54] *Ibid*, 1103.

уговора сви његови делови нису подједнако у хармонији са захтевима правног поретка, не значи нужно и да уговор у целости треба да буде лишен могућности да произведе намеравано правно дејство.

Када се узме у обзир речено, само би се условно тачном могла означити констатација *Круља* да је „погрешно и теоретски неодрживо одвајати дејство правног акта од њега самог [...].“[55] Дакле, није спорно да у одсуству уговора не може настати њему иманентно правно дејство. То, међутим, не значи да у случају неприхватљивости са становишта правног поретка, неког правног дејстава уговора, треба анулирати сва његова дејства.[56] Ипак, нешто касније у својој дисертацији *Круљ* износи другачију тврдњу од првобитне када каже да „[...] дејства правног акта не представљају неку јединствену целину која само као целина може да постоји или да не постоји, него да ништавост једног – главног дејства, не повлачи нужно за собом и ништавост свих осталих.“[57] Овде бисмо могли да се сложимо са првим делом *Круљеве* констатације, то јест да немогућност уговора да произведе нека намеравана дејства неће нужно за последицу имати елиминисање свих његових дејстава. Други део цитиране тврдње је, међутим, тешко подврћи критичком вредновању будући да није јасно на шта је аутор тачно мислио под „главним дејством“. Уколико би се под главним дејством разумела главна уговорна обавеза, то јест она која има значај *essentialia negotii* (на нем. *Hauptleistung*), спорно је како би друга, тј. „остала“ дејства могла да опстану без главног дејства. Темељним читањем његове тезе, ипак се може закључити да је на овом месту, по свему судећи, реч о омашци. Наиме, на другом месту, *Круљ* поводом истог питања заузима исправан став да последица делимичне ништавости „не погађа главно дејство правног посла, већ извесне његове небитне делове [...]“.[58]

## 2.4. Позитивноправни појам делимичне ништавости уговора

С обзиром на то да је циљ ове дисертације да расветли могућа значења и поље примене института делимичне ништавости у домаћем праву, доктринарна разматрања о

[55] V. Krulj (1954), 151.
[56] *Ibid*, 24, 53.
[57] *Ibid*, 153.
[58] *Ibid*, 137.

којима ће бити речи ослањаће се на позитивноправно одређење појма делимичне ништавости из чл. 105 ЗОО. Он носи рубрум *Делимична ништавост* и гласи:

„(1) Ништавост неке одредбе уговора не повлачи ништавост и самог уговора, ако он може опстати без ништаве одредбе, и ако она није била ни услов уговора ни одлучујућа побуда због које је уговор закључен.

(2) Али ће уговор остати на снази чак и ако је ништава одредба била услов или одлучујућа побуда уговора у случају кад је ништавост установљена управо да би уговор био ослобођен те одредбе и важио без ње.“

Утврђивање смисла ове одредбе представља изазов.[59] То се нарочито односи на утврђивање намере законодавца у другом ставу цитираног члана, о чему ће на одговарајућем месту бити више речи. Ово нипошто није критика на рачун редакцијске вичности домаћег нормотворца, тим пре што ни у страним законодавствима ситуација није другачија. О томе сведочи и *Улмерова* (*Ulmer*) констатација поводом тумачења опште одредбе о делимичној ништавости из § 139 Немачког грађанског законика (БГБ) да „не постоји друга одредба општег дела БГБ чије одговарајуће схватање и примена стварају толико велике проблеме.“[60] Отуда не чуди то што у опредељивању домашаја овог института главну реч имају доктрина и судска пракса.

Цитирана одредба је значајна утолико што из ње проистичу (основни) услови допуштености примене института који регулише. То, међутим, не значи да су у њој садржани сви услови од којих зависи допуштеност примене делимичне ништавости. Наиме, поред оних који су експлицирани у самој одредби, постоје и имплицитни услови допуштености до којих се долази тумачењем. Од тумачења чл. 105 ЗОО зависе и ставови о допуштености појединих варијација овог института, а понајвише примена тзв. модификоване делимичне ништавости. У сваком случају, да би се дошло до одговора на сва спорна питања која актуелизује примена чл. 105 ЗОО, није довољно изоловано га посматрати. Уместо тога, закључке о домашају института који је њиме регулисан треба извести тек на основу сагледавања позиције чл. 105 ЗОО у систему ЗОО, као и на основу

[59] Супр. Катарина Доловић Бојић, Снежана Дабић Никићевић, „Делимична ништавост уговора“ у: Душан В. Поповић (ур.), *Liber amicorum проф. др Мирко Васиљевић*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2021, 727. Према наведеним ауторкама се из формулације чл. 105 ЗОО „недвосмислено може закључити докле сежу ингеренције суда у покушају да спаси уговор применом установе делимичне ништавости.“ У истом чланку ауторке донекле демантују себе констатацијом да се у вези са одредбом из чл. 105 може јавити „проблем њеног тумачења, посебно када је реч о ст. 2 чл. 105 ЗОО.“

[60] P. Ulmer, 801.

његове интеракције са другим нормама тог система. Осим тога, домети делимичне ништавости се не би могли адекватно испитати без њеног довођења у везу са другим правним институтима који подржавају идеју *favor contractus*.

Могућа тумачења општег правила о делимичној ништавости биће изложена на одговарајућем месту у раду.

### 2.5. Несамосталност и супсидијарност општег правила о делимичној ништавости уговора

Одредба о делимичној ништавости из чл. 105 ЗОО није примењива *per se*. Уместо самосталног поља примене, њена примена је комплементарна, будући да се њена последица може материјализовати тек у садејству чл. 105 ЗОО са законском одредбом која нормира одговарајући основ ништавости.[61] Сходно наведеном, суд чл. 105 ЗОО најпре треба да доведе у везу са централном одредбом о садржинској контроли уговора из чл. 103, ст. 1 ЗОО. Као што је познато, она прописује да су уговори који се огрешују о принудне прописе,[62] јавни поредак или добре обичаје, ништави. Но, будући да је у чл. 103, ст. 1 ЗОО садржана тзв. бланкетна норма, довођење у везу чл. 103, ст. 1 и 105 ЗОО је нужно, али не и довољно да би се материјализовала последица делимичне ништавости. Пример ради, ако се као апстрактни основ ништавости јавља повреда неке когентне норме, суд ће морати да прецизира члан у коме је садржана императивна норма о коју се конкретна уговорна одредба „огрешује“. Замисливо је да нека уговорна одредба „падне“ на тесту пуноважности ако се испостави да не испуњава услове који се тичу довољне одредивости предмета престације (чл. 47 ЗОО).[63] Пошто је одредба из чл. 47 ЗОО императивна, њено непоштовање повлачи ништавост недовољно одредиве уговорне клаузуле.

За разлику од случајева у којима садржина уговорне клаузуле противречи некој конкретној законској забрани, задатак суда је неупоредиво тежи када он треба да испита да ли се спорна клаузула коси са једним од преостала два апстрактна основа ништавости из чл. 103, ст. 1 ЗОО – јавним поретком и добрим обичајима. Тада је задатак суда тежи

---

[61] R. Damm, 916.

[62] Иако законодавац користи појам *принудни пропис*, под њиме се, заправо, мисли на законске императивне (принудне) норме. Више о томе в: Марко Ђурђевић, Драган Павић, „Неколико мисли о ограничењима слободе уређивања садржине уговора у нашем савременом праву“, *Право и привреда* 7-9/2016, 49.

[63] Чл. 47 ЗОО гласи: „Кад је предмет обавезе немогућ, недопуштен, неодређен или неодредив, уговор је ништав.“

утолико што он најпре мора да конкретизује садржину појма јавног поретка, односно доброг обичаја да би потом, у другом кораку, могао да заузме став о томе да ли се конкретном одредбом уговора они повређују.[64] Другим речима, када је суд позван или када по службеној дужности испитује да ли је нека уговорна одредба ништава и да ли може да се уклони из уговора, он најпре треба да образложи зашто сматра да је по среди ништава клаузула, односно на којим законским одредбама он темељи свој став о њеној недопуштености. Надаље, суд треба да испита на који начин може да санира уочени недостатак, што подразумева и заузимање става о домашају санкције ништавости. Но, посао суда се ту не завршава, јер он, начелно, треба да испита и да ли „ампутирање“ спорне уговорне одредбе спречава одржавање остатка уговора на снази.

Осим што нема самостално поље примене, одредба из чл. 105 ЗОО супсидијарна је и то у три аспекта. Наиме, њена примена биће дерогирана у случају постојања специјалне законске одредбе која експлицитно налаже ништавост неке одредбе уговора. Даље, подредни значај генералне одредбе из чл. 105 ЗОО огледа се и у томе што суд када изриче последицу у случају повреде неке законске забране, првенствено треба да води рачуна о циљу због које је она прописана (чл. 103, ст. 1 ЗОО). То значи да ће примена опште одредбе о делимичној ништавости доћи у обзир тек ако се из циља забране не може утврдити домашај санкције ништавости.[65] Напослетку, примена одредбе из чл. 105 ЗОО супсидијарна је и утолико што уговарачи својом вољом могу на другачији начин уредити утицај ништавости неке уговорне одредбе на остатак уговора од оног који преферира законодавац.

Речено ипак не умањује значај општег правила о делимичној ништавости будући да је извесно да законодавац не може да нормира све замисливе примере ништавих клаузула. Нормотворац је, дакле, специјалним забранама предвидео основ за лишавање правног дејства типично неправичних одредаба које могу да се јаве у одређеним именованим уговорима, чиме није исцрпљена могућност појаве других ништавих одредаба и то како у именованим, тако и у неименованим уговорима. Отуда постојање неке специјалне одредбе којом се нормира делимична ништавост само указује на редослед у корацима у том смислу да суд најпре треба да испита да ли је законописац експлицитно предвидео да ће нека

[64] R. Damm, 919. О потреби постојања ових апстрактних основа ништавости и начину њихове конкретизације в. поднаслове 9.2.2. и 9.2.3.
[65] *Ibid*, 916.

одредба уговора бити лишена дејства. Ако нормотворац то није учинио, то не значи да је односна клаузула пуноважна, већ да њену пуноважност треба испитати са становишта општег правила о ништавости, док ће домашај евентуалне ништавости утврдити суд на основу општег правила о делимичној ништавости из чл. 105 ЗОО, под условом да контрахенти нису друкчије уредили то питање.

### 2.6. Ништавост одредаба уговора са споразумно одређеном садржином и уговора по приступу

Иако је институт делимичне ништавости у свом изворном облику настао у вези са класичним поимањем уговора које се ослањало на неометано функционисање уговорног механизма који је подразумевао то да се током преговора свака страна стара о заштити својих права и интереса, своју пуну афирмацију он је доживео тек појавом типских уговора и општих услова пословања. У последњих неколико деценија, у оквиру уговора по приступу, његова примена је нарочито актуелизована у материји потрошачких уговора. Иако се у светлу ових уговора принципијелно ради о истој проблематици, појавом адхезионих уговора издиференцирала су се нека специјална правила. Осим тога, у последњих неколико деценија, развојем потрошачког права изграђени су посебни нормативни стандардни контроле потрошачких уговора који су прихваћени и у домаћем праву.[66]

Питања која отвара примена општег правила о делимичној ништавости из чл. 105 ЗОО релевантна су како са становишта индивидуалних, тако и са становишта уговора по приступу. Ипак, с обзиром на евидентне разлике међу њима, може се поставити питање да ли за све њих треба предвидети исте критеријуме садржинске контроле и иста правила за санирања евентуално спорних одредаба, или их треба подвргнути различитим режимима. По природи ствари, потреба за заштитом која се остварује кроз контролу садржине уговореног израженија је код уговора којима се приступа, а нарочито онда када им приступа потрошач. Осим тога, код санирања проблематичних клаузула из типских уговора треба водити рачуна и о вишим правнополитичким циљевима који се огледају у одвраћању стипуланата од „експериментисања“ са границама допуштености. Сходно

[66] В. 13. поглавље.

наведеном, оправдано би било направити дистинкцију између критеријума за оцену пуноважности одредаба у зависности од тога о којој врсти уговора је реч. Уз то би требало испитати и да ли су сви начини за превазилажење проблема узрокованих ништавим одредбама примењиви и на типске уговоре.

Када се наведено узме у обзир, постаје јасно да се свестрано сагледавање института делимичне ништавости не може свести на утврђивање значења општег правила о делимичној ништавости из чл. 105 ЗОО. Уместо тога, овај феномен је потребно сагледати у ширем контексту који обухвата и одредбу из чл. 143 ЗОО, као и чл. 42 у вези са чл. 43 и 44 ЗЗП. Уз то, потребно је уважити и низ специјалних одредаба о делимичној ништавости, укључујући и све случајеве сужавања домашаја санкције ништавости сагласно циљу норме којом је она предвиђена.

# 3. РИМСКИ КОРЕНИ И ЕВОЛУЦИЈА ИНСТИТУТА ДЕЛИМИЧНЕ НИШТАВОСТИ УГОВОРА

Правила која су се уобичајила код правних истраживања налажу да се и у позитивноправним студијама извесна пажња поклони пореклу и генези изучаваног института. У позадини оваквог приступа лежи тежња да се испита постојање правног континуитета или дисконтинуитета између претеча испитиване установе и њене актуелне законске редакције. Евентуално уочавање раскида са правном традицијом налагало би и потребу да истраживач уочи и анализира разлоге који су законодавца навели на отклон од дотадашње развојне путање.

Имајући у виду утицај који је римско право извршило на развој савремених правних система, испитивање еволуције неког института грађанског права најчешће подразумева трагање за његовим римским коренима. При томе, када се каже „римско право“ без ближег одређења, редовно се мисли на његове тековине у класичном периоду у коме је оно достигло врхунац свог развоја. С обзиром на то да ова дисертација нема историјскоправни карактер, представљање свих детаља који су обележили развој института делимичне ништавости у класичном римском праву значајно би премашило оквире овог рада.[67] Стога ће на овом месту у грубим цртама бити скицирана хронологија његовог развоја, уз наглашавање кључних момената који су допринели његовом уобличавању.

## 3.1. Претече института делимичне ништавости у класичном римском праву

Као што је познато, римски правници били су чувени по свом казуистичком маниру решавања правних проблема. Они нису били склони апстрактном начину размишљања, нити су гајили склоност ка уопштавању и систематизовању решења до којих су долазили кроз анализу конкретних случајева. Отуда не чуди што они нису изнедрили општи појам

[67] О томе да развој института делимичне ништавости у класичном римском праву пружа довољно материјала за засебну научну студију сведочи дисертација одбрањена на Правном факултету у Хајделбергу: Andreas Staffhorst, *Die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften im klassischen römischen Recht*, Duncker & Humbolt GmbH, Berlin 2006.

правних послова нити теорију о непуноважности.[68] Изградња ових појмова подразумевала је висок степен развоја правне мисли који је изискивао дуг пут.[69] Када се наведено има у виду, било би зачуђујуће и крајње атипично да су се римски правници проблематиком делимичне ништавости бавили на једном општем нивоу.[70]

Материја непуноважних послова у римском праву не само да није била издиференцирана, то јест прилагођена различитим узроцима непуноважности,[71] него није била ни јединствено уређена када се узме у обзир паралелно постојање различитих система права: *ius civile* и *ius honorarium*.[72] Сходно томе, није било незамисливо да се неки посао сматра пуноважним према *ius civile,* али да му претор одузме својство утуживости (*denegatio actionis*), или да у конкретном случају претор дужнику омогући истицања приговора (*exceptio*) који ће у резултату водити одбијању тужбе. И обрнуто, није било незамисливо да се посао који се према *ius civile* сматрао непуноважним одлуком претора ипак одржи на снази.[73]

На самом почетку развоја, римском праву био је својствен принцип „све или ништа“ и он је долазио до изражаја у свим грађанскоправним областима. Тако у материји одштетног права, штетник је или био дужан да надокнади штету у целости, или се у потпуности порицало постојање његове одговорности. Другим речима, у зачецима свог развоја римско право није познавало могућност снижавања износа накнаде штете с обзиром на нарочито оправдане околности. Слично је било и у процесном праву; довољно је било да се тужбом затражи мало више од оног што је дуговано (*plus petitio*), да би она била одбијена.[74] Аналогно томе, ни у материји непуноважности није било другачије; једине две опције биле су: или пуноважност посла у целости или његова потпуна непуноважност – *tertium non datur*. Са развојем привреде и интензивирањем правног

---

[68] Hans Hermann Seiler, „Utile per inutile non vitiatur, Zur Teilunwiksamkeit von Rechtsgeschäften im römischen Recht“, у: Dieter Medicus, Hans Hermann Seiler (Hrsg), *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, München 1976, 128; V. Krulj (1954), 5, 6.

[69] Стога не изненађује податак да се уобличавање ових општих правних појмова приписује тек пандектистима који су деловали у XIX веку. Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta & Co, Cape Town 1990, 681.

[70] H. H. Seiler, 144; Reinhard Zimmermann, *Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit? Die rechtliche Behandlung anstößig-übermäßiger Verträge*, Duncker & Humblot, Berlin 1979, 133.

[71] R. Zimmermann (1990), 679, 680; V. Krulj (1954), 8.

[72] Max Kaser, *Römisches Privatrecht*, 14. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 1986, 57; R. Zimmermann (1990) 680.

[73] R. Zimmermann (1990), 680; A. Staffhorst, 20.

[74] A. Staffhorst, 26.

промета, својом крутошћу црно-бела правила која су подразумевала да посао или важи или не важи почела су да коче правни саобраћај.

Имајући у виду завидан обим правног промета који је био карактеристичан за римско право класичног доба, ондашњи правници сусретали су се са бројним проблемима са којима се суочавају сва развијена права. У том смислу, ни проблем делимичне ништавости није представљао изузетак.[75] У свом маниру, римски правници се њиме нису бавили на један систематичан начин нити *a prirori*, него тек када би се јавила потреба за његовим превазилажењем и то спрам околности конкретног случаја.

Колевком института делимичне ништавости сматра се *Улпијанов* (*Ulpian*) цитат из Дигеста (D. 45, 1, 1, 5) који је гласио: *neque vitiatur utilis per hanc inutilem*. Случај поводом ког је настао овај цитат тицао се једног вербалног контракта[76] – стипулације. У конкретном случају стипулатор је понудио на продају једног роба Памфилија, а промисор је уместо једноставног *spondeo* изјавио да обећава да купи Памфилија и Стиха.[77] Имајући у виду да су усмени контракти почивали на принципу конгруентности, то јест подударности питања и одговора, *prima facie* је деловало да се оваквој стипулацији мора порећи пуноважност. Но, *Улпијан* је у овом случају, прибегавајући правним конструкцијама у виду фикција, извео закључак да стипулацију ипак треба сматрати пуноважном и то у погледу роба Памфилија. Потпору за своје образложење пронашао је у увреженом правилу *quot res tot stipulationem*. Његово полазиште било је да се овде не ради о једној стипулацији, иако је постојало само једно питање и један одговор, него да постоје две стипулације: једна поводом Памфилија, и друга поводом Стиха. Док је прва била потпуна, друга је била *inutilis* – некорисна, при чему потоња не утиче на потпуност, па ни на пуноважност прве стипулације.[78]

Иако се овај фрагмент сматра претечом савременог схватања делимичне ништавости, не треба изгубити из вида да је он настао поводом конкретног случаја. У том смислу, решењу које је садржано у њему не може се приписати карактер *regulae iuris*.[79] Тиме се, међутим, не негира допринос овог *Улпијановог* коменатра; он је без сумње имао

---

[75] H. H. Seiler, 127.
[76] Гајеве Институције (3.97 и даље) – У раду је коришћен превод Гајевих Институција проф. др Обрада Станојевића: Gai, Institutiones, превео Обрад Станојевић, Београд 2009.
[77] A. Staffhorst, 35.
[78] H. H. Seiler, 132.
[79] A. Staffhorst, 27.

парадигматски значај за изградњу концепта делимичне ништавости у општем праву које ће у средњем веку настати на Старом континенту захваљујући рецепцији римског права.[80]

Устаљено позивање на овај фрагмент Дигеста и ауторитет који је уживао његов аутор, требало је да послужи као доказ о континуитету савременог права са римским изворима. Упркос томе, не могу се пренебрегнути разлике између данашњег и *Улпијановог* схватања ове проблематике.[81] Наиме, док се данас питање делимичне ништавости најчешће јавља у вези са ништавим деловима *једног* правног посла, *Улпијан* је до жељеног резултата дошао другим путем: фингирањем постојања *две* стипулације, да би у другом кораку закључио да непотпуност једне стипулације не утиче на могућност друге која је потпуна да произведе намеравано дејство.[82]

Иако принцип конгруентности питања и одговора код стипулација у римском праву никада није био напуштен, инсистирање на њему није нужно значило и његову непомирљивост са идејом о делимичном одржавању послова на снази. Заправо, приступ проблематици делимичне ништавости стипулација зависио је од поимања суштине овог правила. Наиме, ако би се овај принцип схватио тако да је стипулација пуноважна *само ако* постоји подударност између питања и одговора, њој би се у случају и најмањег несклада између изјава воља стипулатора и промисора порекло свако дејство. Међутим, ако би се принцип разумео тако да је стипулација пуноважна *у мери у којој* постоји подударност између питања и одговора, такво тумачење би сугерисало могућност делимичног одржавања стипулације на снази.[83]

Пример који је *Улпијан* обрадио у Дигестама није био једини у коме су се римски правници ухватили у коштац са проблематиком делимичне ништавости. Штавише, резултати темељног истраживања делимичне ништавости у класичном римском праву које је спровео *Штафхорст* (*Staffhorst*), сведоче о томе да су Римљани познавали све варијанте делимичне ништавости које постоје и у савременим правним системима: објективну, субјективну и квантитативну.[84] Тако су, примера ради, у маниру појма квантитативне делимичне ништавости, римски правници проблем зеленашке камате

[80] Roland Hürlimann, *Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR*, Universitätsverlag, Freiburg1984, 8.
[81] H. H. Seiler, 145.
[82] *Ibid*, 133.
[83] A. Staffhorst, 44.
[84] *Ibid*, 285.

решавали налагањем њеног свођења на допуштен износ – дакле, на исти начин на који то данас чине многа савремена права, па и наше.[85]

До решења за неке спорне случајеве римски правници долазили су применом топоса *in maiore minus inest.* Тако се на примеру у коме продавац за одређену ствар захтева мању цену (нпр. 10 сестерција), а купац изјављује да је спреман да за њу плати већу цену (нпр. 20 сестерција), применом наведеног топоса долазило до закључка да је посао закључен и то по нижој цени. Овај исход римски правници бранили су аргументом да је онај ко је спреман да жртвује већи део своје имовине за одређену ствар тим пре за њу спреман да жртвује и мањи део своје имовине.[86] У обрнутом случају – понудилац нуди већу цену, а понуђени је спреман да плати мању – римски правници су с правом негирали постојање сагласности, па самим тим и могућност настанка пуноважног посла.

Осим тога, римски правници познавали су и коценпт *quod adiectum est*. Њиме су означавали одредбе посла које су од супсидијарног значаја и чије отпадање не би требало да тангира главни договор.[87] У обрнутом случају, закључили су да споредни договор не може да опстане ако је ништав главни – *Cum principalis causa non consistit, ne ea quidem quae sequuntur locum habent* (Paul. D. 50, 17, 129, 1; Paul. D. 50, 17, 178).

На основу ових примера евидентно је да је проблематика делимичне ништавости била блиска римским правницима. Уочљиво је и настојање да се на разне начине за конкретан случај изнађе правично решење. Међутим, управо је трагање за правичним решењем у неким случајевима имплицирало супротан закључак, односно налагање ништавости посла у целости. Тако су баријеру за одржавање посла на снази римски правници редовно видели у опасности од арбитрерности.[88] Сходно томе, није требало одржати на снази посао ако се није могло извесно утврдити у којој садржини би он требало да опстане. Примера ради, ако би за јединствену цену била уговорена продаја два роба, али се накнадно испостави да је већ у моменту закључења посла један роб мртав (*impossibilium nulla obligatio est*),[89] полазило се од тога да се унутар паушално одмерене

[85] R. Zimmermann (1979), 125; R. Hürlimann, 7.
[86] H. H. Seiler, 129 и130.
[87] A. Staffhorst, 288.
[88] R. Zimmermann (1979), 133 и134.
[89] О фактичкој немогућности у римском праву в. Милан Милутин, „Дужничка доцња у римском класичном праву“, докторска дисертација одбрањена на Универзитету у Новом Саду, Правном факултету у Новом Саду 2021, 27-29.

цене за оба роба не дâ утврдити *pretium certum* за живог роба. Последично, цео посао је сматран непуноважним.[90]

Имајући наведено у виду, анализа римских извора не говори нити у прилог начелној наклоњености нити у прилог принципијелној одбојности према идеји делимичне (не)пуноважности послова.[91] Стога уважени цивилисти истичу да би се евентуално могло рећи да је у римском праву, и то у материји стипулација и тестаментарног располагања, постојала тенденција њиховог одржавања на снази,[92] али не и опште правно правило које би одговарало савременом схватању *favor negotii*.[93]

За разлику од савремених права која се најчешће опредељују за једну од две могуће опције (делимична ништавост или ништавост *in toto*) као правило, а другу као изузетак, римски правници нису *a priori* давали предност ниједној од њих. То је поједине ауторе навело на закључак да је регулисање овог института са становишта савременог права сувишно. Уместо посебне законске одредбе која би уређивала овај институт, они сматрају да би овдашњи правници попут римских, проблеме у вези са делимичном ништавошћу подједнако успешно могли да решавају на основу правила тумачења.[94]

Иако делимична ништавост има додирних тачака са правилима тумачења, са овим ставом се не бисмо у потпуности могли сложити, будући да се значај општег правила о делимичној ништавости не исцрпљује у томе што даје предност једној од две могуће последице. Уместо тога, опште правило о делимичној ништавости има и процесни значај и то са становишта 1) расподеле терета тврдњи и терета доказивања, и 2) код налагања последице у случају *non liquet*, о чему ће касније бити више речи.[95]

### 3.2. Утицај схватања класичних римских правника на средњовековно *ius commune* и велике националне кодификације

Иако не постоји сумња да је цитирани *Улпијанов* фрагмент представљао парадигму за каснију разраду правила о делимичној ништавости, ауторство максиме *utile per inutile non vitiatur* приписује се једном од најистакнутијих глосатора *Акурзију* и његовој чувеној

[90] H. H. Seiler, 130, 131, 142.
[91] A. Staffhorst, 44.
[92] H. H. Seiler, 141.
[93] A. Staffhorst, 288.
[94] H. H. Seiler, 147.
[95] В. 5. поглавље.

*Glossa ordinaria*.[96] У том смислу тачна је изјава писаца који дефинитивно уобличавање делимичне ништавости као владајућег принципа приватног права везују за опште право познатије као *ius commune*.[97] Реч је о амалгаму правила насталих и разрађених кроз рецепцију римског права захваљујући деловању правних теоретичара – глосатора и постглосатора – који су били чувени по тумачењу и коментарисању делова Јустинијанове кодификације. Осим тога, правило *utile per inutile non vitiatur* било је прихваћено и у канонском праву.[98]

С обзиром на то да је *ius commune* подучавано на факултетима широм Европе, средњовековно приватно право на Старом континенту одликовао је висок степен правног јединства.[99] Иако је то јединство било „разбијено“ доношењем великих грађанскоправних кодификација у XIX и почетком XX века, то није истовремено значило и напуштање цивилизацијских тековина римског права. Тако је у бројним кодификацијама које су на снази и данас задржано правило о делимичној ништавости. У кодификацијама које га званично нису прихватиле, потребе праксе демантовале су исправност законодавчевог опредељења да се зарад подржавања идеје о неприкосновеној слободи уговарања раскине са вишевековном правном традицијом. Стога се правило *utile per inutile non vitiatur* упорно одржава чак и у пракси оних земаља које су се на редакцијском нивоу определиле за супротно правило *utile per inutile vitiatur*. У сваком случају, може се рећи да правило *utile per inutile non vitiatur*, с обзиром на његову широку распрострањеност, представља део савременог *ius commune europaeum*-а.

[96] G. Tomás, 262.
[97] Theo Mayer-Maly, „Über die Teilnichtigkeit“, у: Christoph Faistenberger, Heinrich Mayrhofer (Hrsg), *Gedenkschrift Franz Gschnitzer*, Scientia Verlag Aalen 1969, 281 и 282; G. Tomás, 263.
[98] G. Tomás, 263.
[99] О рецепцији римског права и њеним чиниоцима в. више код: V V. Vodinelić (2012), 122-127.

## 4. ВРСТЕ ДЕЛИМИЧНЕ НИШТАВОСТИ

Пре него што пређемо на детаљно разматрање појединих модалитета делимичне ништавости које је развила доктрина и које је у многим земљама пригрлила судска пракса, потребно је начелно указати на то да институт делимичне ништавости није јединствен. С обзиром на то да се јавља у разним нијансама и варијацијама, делимична ништавост без ближе одреднице само указује на то да је по среди нека промена уговора, при чему није јасно у чему се она огледа.

Иако се у највећем броју случајева модификација тиче садржине оног што је уговорено (објективна делимична ништавост), измена се, такође, може тицати и једног од више субјеката који фигурирају као страна уговорница (субјективна делимична ништавост).

Некада се измена уговореног спроводи на основу изричите наредбе законодавца (специјална или текстуална делимична ништавост), док се у другим случајевима она спроводи на основу опште одредбе о делимичној ништавости (виртуелна делимична ништавост). Као што то иначе бива у сваком односу генералног и специјалног, и овде специјална одредба о ништавости има дерогативно дејство у односу на опште правило из чл. 105 ЗОО.[100] Отуда, као што смо већ истакли, опште правило о делимичној ништавости има супсидијарни карактер, јер се његова примена актуелизује тек у одсуству специјалне одредбе о ништавости неке уговорне клаузуле.[101]

У литератури се, затим, говори о могућности примене овог института на различитим нивоима. Први, уобичајени, јесте ниво уговора и он подразумева разматрање односа једне (ништаве) уговорне одредбе са осталим уговорним погодбама. Други, далеко спорнији, јесте ниво поједине уговорне клаузуле. У вези са њим се поставља питање да ли је суду допуштено да интервенише унутар одређене уговорне одредбе, и ако јесте, на који начин он то може да чини.

---

[100] Helmut Heiss, *Formmängel und ihre Sanktionen – Eine privatrechtsvergleichende Untersuchung*, Mohr Siebeck 1999, 237.
[101] H. Roth у: Staudinger 2020, 15; R. Damm, 916.

Ако се измена спроводи у вези са одредбом која је нумерички исказана, таква промена се у доктрини редовно означава квантитативном делимичном ништавошћу. С друге стране, ако се промена састоји у језичком преобликовању, то јест преформулацији неке одредбе, тада се говори о квалитативној делимичној ништавости. За оба случаја модификације садржине уговореног се у теорији германских земаља користи појам редукције ради одржавања (уговорне одредбе, а некад и самог уговора) на снази – *geltungserhaltende Reduktion*. Из практичних разлога, ову варијанту делимичне ништавости ћемо у раду означавати као салваторна редукција.

Ако ништавост осим спорне одредбе захвата и другу одредбу због тога што је њоме уређена противпрестација која је кореспондентна престацији из ништаве одредбе, по среди је случај проширене делимичне ништавости.

Институт делимичне ништавости се у упоредној доктрини доводи у везу и са тзв. повезаним уговорима (нем. *zusammengesetzte Verträge*). Реч је о ситуацији када је закључено више самосталних уговора који су у тесној вези, и то онда када се испостави да је само један од њих ништав. Тада се поставља питање да ли ће утврђење ништавости једног уговора повући за собом и отпадање основа за опстанак са њим повезаног уговора, који је иначе пуноважан.

На основу свега што је до сада речено, јасно је да се осим непосредне примене решење из чл. 105 ЗОО може користити и за уређење упоредивих случајева који нису изричито регулисани законом. У том смислу се може говорити о примерима непосредне и аналогне примене општег правила о делимичној ништавости.

Из наведеног следи да се под окриљем појма делимичне ништавости подводи читав спектар различитих ситуација којима је заједничко постојање недостатка који се може локализовати на одређени део уговора. Када се узму у обзир бројни модалитети овог института, делује да су доктрина и судска пракса општем правилу о делимичној ништавости приписали неупоредиво шире поље примене од оног које му је законодавац изворно намењио.

Диференцирање врста делимичне ништавости значајно је због тога што се неки од њених појавних облика начелно допуштају, неки се начелно не допуштају, а неки могу бити допуштени само изузетно. Исто тако, став о допуштености свих варијација

делимичне ништвости не може бити јединствен, јер он зависи од врсте уговора у чијем се светлу контекстуализује њихова примена.

Осим ситематизацијског значаја, класификовање различитих појавних облика делимичне ништавости релевантно је и из угла њиховог правног режима. Наиме, од врсте делимичне ништавости зависе и услови под којима је допуштена њихова примена.

Разматрање различитих појавних облика испитиваног института које је изградила страна доктрина, значајно је и са становишта домаћег правног поретка. С тим у вези, потребно је испитати које су врсте делимичне ништавости које је изградила страна доктрина прихватљиве са становишта нашег правног система, а за које делује да би евентуално представљале прекомерно задирање суда у садржину уговора. Неспорно је да суд има право да интервенише у садржину уговора само ако за то у конкретном случају постоји одговарајући правни основ у закону. Друго је питање, колико се екстензивно, односно рестриктивно могу тумачити поједини основи које закон садржи и да ли евентуално има места попуњавању правних празнина на начин на који то сугеришу страна доктрина и јудикатура.

У наставку ће бити речи о обичној, проширеној, модификованој и субјективној делимичној ништавости, као и о аналогној примени овог института у контексту повезаних уговора.

### 4.1. Обична делимична ништавост и *blue pencil* правило

У својој рудиментарној варијанти делимична ништавост уговора замислива је само ако суд може да одстрани спорну клаузулу без икакве додатне потребе да мења нешто у преосталом тексту уговора. У правној литератури она се означава као обична или једноставна делимична ништавост (нем. *blosse*[102] или *schlichte*[103] *Teilnichtigkeit*), при чему би најадекватније било означити је делимичном ништавошћу у најужем смислу. Према овој варијанти делимичне ништавости, суду је допуштено да интервенише у садржину уговореног само уколико након прецртавања спорне одредбе оно што остаје може да има

[102] P. Gauch, W. R. Schluep, 152.
[103] R. Hürlimann, 54; A. Dedual, 5; Ahmet Kut у: Andreas Furrer, Anton K. Schnyder (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen*, 3. Auflage, Schulthess, Zürich-Basel-Genf 2016 (надаље: HK OR), 125.

самосталну егзистенцију. Ако тај услов не може да се задовољи, то јест уколико оно што преостане након елиминисања спорног дела не може да опстане без додатних измена, суд ће цео уговор утврдити ништавим.

Већ у најранијим данима примене овог института судска пракса се сусрела са случајевима у којима не мора нужно да отпадне цела клаузула, него је довољно да буде одстрањен само неки њен део. Тада се поставило питање да ли је суду допуштено да елиминише само део одредбе због којег јој се приписује својство недопуштености. Ова дилема актуелизовала је и разумевање појма „одредбе уговора“, с обзиром на то да није ретка појава да се садржина једне клаузуле, без икаквих потешкоћа, може „разбити“ у више одвојених клаузула. Штавише, да ли ће неколико питања бити обједињено у једној клаузули или пак одвојено регулисано у више њих често је ствар стила састављача уговора, а не суштине оног што се уговором регулише.

Осим тога некада би се читав проблем могао решити обичним прецртавањем једне или више речи из неке одредбе, без додатних измена оног што је уговорено. Та спознаја је још у првој половини XVIII века довела до увођења у енглеско право тзв. „теста плаве оловке“ (енг. *blue-pencil rule*[104] *или blue-pencil test*). Сходно њему, уговорна клаузула је могла да настави да важи ако би њен спорни део могао да буде уклоњен обичним прецртавањем проблематичне речи или више њих. У време његовог настанка, веровало се да ће „правило оловке“ суду служити као својеврсни „лакмус тест“ за испитивање допуштености његовог мешања у садржину уговора. За то време, тест се сматрао великим напретком у поређењу са још ригиднијим принципом који је важио до тада, а који се сводио на правило да је нека одредба уговора или у целости пуноважна или у потпуности ништава.[105]

Овај метод испитивања допуштености примене института делимичне ништавости води порекло из одлуке енглеског суда из 1727. године у случају *Чесман против Наинбија* (*Chesman v. Nainby*) у коме је суд био позван да се изјасни о пуноважности клаузуле о забрани конкуренције (енгл. *covenant not to compete*).[106] Конкретно, случај се тицао уговарања клаузуле о забрани конкуренције приликом откупа пословања. Тим клаузулама

[104] E. A. Farnsworth, 91.
[105] O. Ben-Shahar (2011), 887.
[106] Y. Marcoux, 289; Andreas Geroldinger, „Klauselbegriff und „blue pencil test“ in der AGB-Rechtsprechung“, *Austrian Law Journal* 2/2015, 205.

се забрањивало продавцу „бизниса“ да у корист купца на одређеном простору и, најчешће, током одређеног времена не обавља конкурентску делатност. Овом клаузулом купац пословања настоји да заштити своју инвестицију будући да је цена за коју је пристао да се упусти у трансакцију, између осталог, формирана и спрам очекиваних прихода. По природи ствари, пројектовани приходи не би могли да се реализују ако би у близини откупљеног „бизниса“ продавац наставио да врши своју делатност (нпр. зубар који је продао своју праксу стотинак метара од старе ординације коју продаје отвори нову, тако да успе да задржи све своје пацијенте на које је рачунао купац праксе). Реч је о клаузулама које саме по себи нису забрањене, али могу то постати уколико се превише рестриктивно формулишу тако да имају за последицу неприхватљиво ограничавање слободе привређивања продавца пословања.

У поменутом случају који је био разматран пред енглеским судом проблем се огледао у томе што је продавцу „бизниса“ било забрањено не само да обавља делатност у одређеном радијусу у односу на место становања купца, него и било где другде, у истом радијусу, за случају да купац одлучи да се пресели. Суд је допуштеним сматрао само први део клаузуле, док је одбио да прихвати пуноважност њеног другог дела који се односио на случајеве пресељења купца.[107] Тада је установљено правило да и део клаузуле може да буде елиминисан, уколико његовим обичним прецртавањем остатак задржава квалитет уговора. На тај начин је посредством *blue pencil test*-а у *common law* уведена и доктрина о дељивости клаузула (енгл. *doctrine of severance*), о којој ће касније бити више речи.

У немачки правнички дискурс, *blue pencil* доктрину је из *common law*-а увео уважени цивилиста *Цимерман* (*Zimmermann*)[108] посредством своје докторске дисертације посвећене границама допуштености интервенције суда у садржину уговора.[109] С обзиром на утицај овог правног мислиоца, ова доктрина је продрла и у немачку судску праксу,[110] а преко ње и у друге земље немачког говорног подручја.

Као оправдање за овај приступ првенствено се истицао аргумент да једино „механичким“ прецртавањем спорног дела уговора судија не прекорачује границе својих овлашћења, и да му се само тада не може спочитати суделовање у креирању садржине

[107] Нав. према: A. Geroldinger (2015), 205.
[108] R. Zimmermann (1979), 79 и 80.
[109] K. Uffmann (2010), 157.
[110] K. Uffmann (2010), 158; A. Geroldinger (2015), 207.

уговора, које је резервисано за саме уговараче.[111] Сваки други вид задирања мимо оног који се своди на примену *blue pencil* теста косио би се са основним задатком суда да реши спор, а не да помаже уговарачима у „оптимизацији“ текста уговора.[112] Другим речима, суд није овлашћен да посеже за уподобљавањем текста уговора границама правног поретка. Његов задатак се своди само на испитивање пуноважности неке одредбе. Уколико утврди постојање повреде одређеног интензитета која завређује квалификатив ништавости, суд ће утврдити да је конкретна одредба непуноважна. Свако даље мешање суда у текст уговора значило би узурпирање права сауговарача да креирају уговор према њиховом нахођењу, за шта контрахенти сами треба да преузму одговорност.

На рачун ове, наизглед, једино допуштене варијанте делимичне ништавости у теорији је стављен низ приговора. Највише јој се замерало то што она примену једног правног института условљава правилима језика[113] чиме из њеног фокуса измиче суштина оног што су уговарачи хтели да постигну.[114] Необјективност овог теста опоненти су настојали да демонстрирају на примеру у коме би суштински иста садржина клаузуле, у зависности од тога како је она формулисана, у једном случају била подобна за „правило оловке“, док у другом не би.[115] Када би стилизација уговорне клаузуле опредељивала допуштеност примене института делимичне ништавости, онда би његово поље примене зависило од околности која је резултат случаја, а не промишљене намере састављача оспорене клаузуле.[116]

Овом тесту се највише спочитавала ригидност и нееластичност у примени, која у резултату може да доведе до непримерених, па чак и нелогичних последица. Ако би се рекло да је допуштено прецртавање делова уговора док год оно што преостане задржава квалитет уговора, тиме би се суштински могао изменити смисао уговора, иако би строго формално гледано исход и даље био резултат „обичног“ прецртавања дела његовог текста. Тако аустријски цивилиста *Геролдингер* (*Geroldinger*) сликовито илуструје могућу нелогичност исхода *blue pencil* правила на примеру делова текста уговора који су нумерички исказани. Једноставно прецртавање постојало би и у случају уклањања прве од

[111] A. Dedual, 59 и 60.
[112] K. Uffmann (2010) 159; A. Geroldinger (2015), 206.
[113] A. Geroldinger (2015), 209.
[114] K. Uffmann (2010), 158-160.
[115] A. Geroldinger (2015), 209.
[116] K. Uffmann (2010), 161.

више цифара уговорене цене, накнаде, каматне стопе и сл. Тако би се, примера ради, цена од 35.000 евра, прецртавањем броја 3, могла свести на 5.000 евра – исход који сасвим извесно творци овог теста нису имали на уму. *Геролдингер,* такође, упозорава на то да се применом овог теста никако не би смело допустити уклањање речце *не*, јер би тада *не дозвољава*, једним потезом пера, могло бити претворено у *дозвољава*.[117] Отуда, инсистирање на *blue pencil* правилу без његовог истовременог ограничавања може имати далекосежније последице од реформулисања садржине неке клаузуле.

Осим тога, у доктрини се истиче и да је *blue pencil* правило последица строго формалистичког схватања[118] института делимичне ништавости које је одвојено од сваке реалности, те да његова примена ствара привид немешања суда у уговорни поредак. Наиме, и само прецртавање спорног дела уговора представља *aliud*, то јест измену првобитне воље уговарача.[119] То, надаље, значи да би доследно спровођење идеје да суд не треба да се меша у садржину уговореног захтевало предано спровођење „црно-белог“ приступа према коме би једине опције биле или пуноважност уговора у целости или његова непуноважност у целости. Тиме што сматрају да се „механичком“ изменом уговора не нарушава воља уговарача у поређењу са могућим реформулисањем садржине клаузуле, заговорници *blue pencil* правила западају у противречност, бранећи нешто што је неодбрањиво. Штавише, схваћено на овај начин, правило о делимичној ништавости би, у појединим ситуацијама, могло бити погубно за сигурност правног промета. Тиме би, како истиче *Хајс* (*Heiss*), у целости било осујећено поверење уговарача у испуњење преузетих обавеза, а шире посматрано, и њихово поверење у правни саобраћај.[120]

Критикама изреченим на рачун „правила оловке“ не негирају се истовремено и све његове предности. Наиме, ако се проблем може решити једноставним елиминисањем спорног дела уговора његовим обичним прецртавањем, тада нико не спори да је тај вид интервенције суда у садржину уговореног допуштен. Стога, *blue pencil* тест може

[117] A. Geroldinger (2015), 210.
[118] Johannes Hager, Gesetzes- und sittenkomforme Auslegung und Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäfte, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität zu München, 1983, 125 и 126.
[119] K. Uffmann (2010), 174, 220; A. Geroldinger (2015), 206, 210.
[120] H. Heiss, 153.

послужити „као помоћно средство које има карактер индиције о допуштености делимичне ништавости“,[121] али свакако не и као једини параметар њене допуштености.

Због своје крутости, *blue pencil* тест напуштен је чак и у *common law* системима из којих води своје порекло. У њима је он временом потиснут применом еластичнијег „правила разумности“ (*rule of reasonableness*).[122] Овај либералнији приступ, који допушта суду преформулисање уговорне клаузуле, условљен је додатним критеријумом у виду савесности састављача клаузуле.[123] Отуда не чуди што се у новијој америчкој литератури „формалистички минимализам *a la*“[124] *blue-pencil rule* означава као архаично и арбитрерно правило, које у исходу може довести до неконзистентних резултата.[125]

[121] A. Geroldinger (2015), 211.
[122] E. A. Farnsworth, 93.
[123] *Ibid*.
[124] O. Ben-Shahar (2011), 893.
[125] *Ibid*, 887.

### 4.1.1. Обична делимична ништавост и *blue pencil* правило у српском праву

Након што је разјашњено шта се у правној теорији подразумева под најосновнијим обликом делимичне ништавости, потребно је испитати да ли се он, тако схваћен, уклапа у законодавчево одређење овог института из чл. 105 ЗОО. По логици ствари, будући да је по среди основни облик ове правне установе, он би са лакоћом требало да се подведе под чл. 105, ст. 1 ЗОО. Подсећања ради он гласи:

„(1) Ништавост *неке одредбе уговора* не повлачи ништавост и самог уговора, *ако он може опстати без ништаве одредбе*, и ако она није била ни услов уговора ни одлучујућа побуда због које је уговор закључен“ (нагласила С. М).

Језичким тумачењем издвојених делова, нема сумње да је обична делимична ништавост допуштена у српском праву.[126] То што се наш законодавац определио да у формулацију овог става унесе синтагму „неке одредбе уговора“ уместо „неки део уговора“ (§ 139 БГБ, чл. 20, ст. 2 швајцарског Законика о облигацијама - ШОР), не имплицира уједно да би суд смео да уклони само уговорну клаузулу у целости. Наиме, већ смо видели да није једноставно одредити појам контрактуелне клаузуле, стога што се неретко може догодити да у једној одредби буде уређено више питања која су, без промене смисла, могла бити раздвојена у неколико уговорних одредаба. Осим тога, могуће је да узрок недопуштености лежи у једној речи или низу речи унутар једне одредбе. Штавише, телеолошком редукцијом се „одредба уговора“ може разумети и као *део одредбе уговора*.

Иако измене остатка уговора нису словом закона изричито забрањене, оне се у теорији често имплицирају. До тог негативног услова долази се тумачењем синтагме „ако он (*уговор*) може опстати без ништаве одредбе“. Но, то што се овај услов имплицира не значи нужно да он произлази из законске формулације. Наш законодавац се изјашњава само о томе да уговор може да опстане без ништаве одредбе. Он се не изјашњава о томе да ли се отпала уговорна одредба може супституисати другом одговарајућом законском нормом императивне или диспозитивне нарави. То питање, међутим, није релевантно за основни облик делимичне ништавости.

[126] Према *Доловић Бојић* и *Дабић Никићевић* то је уједно и једино допуштени облик делимичне ништавости у српском праву. К. Доловић Бојић, С. Дабић Никићевић, 736, 744.

Уколико измене остатка уговора нису нужне, а оно што је преостало и даље задржава квалитет уговора, биће испуњен формалноправни или објективни услов да се уговор одржи на снази. Његово испуњење је нужно, али не и довољно за одржавање остатка уговора на снази. Да ли ће он дефинитивно опстати зависиће од додатног, субјективног услова, то јест од воље контрахената.

На основу реченог, нема сумње да се измене уговора које се у теорији подразумевају под основним обликом делимичне ништавости једноставно могу подвести под први став чл. 105 ЗОО, при чему уклањање клаузуле у целости потпада под његово лингвистичко значење, док се део клаузуле може отклонити ослонцем на телеолошку редукцију одредбе из чл. 105, ст. 1 ЗОО.

### 4.2. Проширена делимична ништавост

Ништавост једне уговорне одредбе којом је уређена престација у синалагматичним уговорима може да повуче и отпадање основа за даље важење са њом тесно повезане – кореспондентне противпрестације онда када је она уређена засебном уговорном клаузулом.[127] У том случају може се десити да делимична ништавост делује проширено, односно да ништавост једне одредбе захвати и одредбу која је, изоловано посматрано, пуноважна. Екстензивно дејство делимичне ништавости последица је потребе да се у двостранообавезујућим комутативним уговорима очува субјективни уговорни еквилибријум.

Иако поједини правни писци препознају потребу за елиминисањем пуноважне одредбе уговора која је тесно повезана са ништавом одредбом,[128] ретки су аутори који посебно именује овај случај делимичне ништавости. Швајцарски аутор *Хирлиман* (*Hürlimann*) један је од ретких који то у својој дисертацији чини називајући овај појавни облик проширеном делимичном ништавошћу (нем. *erweiterte Teilnichtigkeit*).[129] Овај

[127] H. Krejci у: ABGB 2014, 307.
[128] В: Nikola Gavella, *Privatno pravo*, Narodne novine, Zagreb 2019, 319, пасус 52 и 329, пасус 70: „Правна судбина ништетних и поништених одредби њих издваја из правног посла, а заједно са њима и све остале одредбе тог посла које су с њим нераздвојно повезане.“
[129] R. Hürlimann, 90, 91.

термин среће се и у аустријској доктрини,[130] а прихвата га и новија швајцарска цивилистичка теорија.[131]

Делимична ништавост имаће проширено дејство уколико ништавост једне одредбе повуче и отпадање друге уговорне одредбе, која је, изоловано посматрано, пуноважна онда када је њоме уређена противпрестација која стоји наспрам ништаве престације. Тада се, заправо, ради о случају тзв. кореспондентних престација,[132] које се, по природи ствари, јављају код двостранообавезујућих уговора. Услед отпадања престације нестаје и правни основ за даљу егзистенцију односне контрапрестације чиме и она, екстензијом делимичне ништавости, бива уклоњена из уговора.

Проширено дејство делимичне ништавости је у одређеним случајевима нужно да би уговор задржао свој карактер.[133] Наиме, уколико у случају кореспондентних престација судска интервенција не би отишла шире од самог узрока ништавости, оно што би преостало не би одговарало изворној вољи уговарача. Другим речима, могло би се десити да услед елиминисања ништаве одредбе, без истовременог ампутирања и друге, са њом тесно повезане одредбе, уговор промени свој карактер, односно правну природу. Примера ради, у том делу, уговор би против воље уговарача, могао изгубити карактер теретности.

За проширену делимичну ништавост може нам послужити један пример из радноправне материје. Ради се о чувеним клаузулама о забрани конкуренције које, између осталог, могу бити предвиђене и за случај престанка радног односа. Реч је о клаузули којом послодавац може предвидети да запослени у случају престанка радног односа у периоду који не може бити дужи од две године, не може обављати одређене послове које је претходно обављао код тог послодавца. С обзиром на то да ова клаузула представља значајно ограничење слободе привређивања, логично је да она не може бити уговорена за

---

[130] Alexander Illedits, *Teilnichtigkeit im Privatrecht*, Juristische Schriftenreihe Band 41, Verlag der Österreichischen Staatsdruckerei, Wien 1991, 40.

[131] A. Dedual, 70.

[132] *Цимерман*, међутим, заговара примену проширене делимичне ништавости и у одсуству кореспондентности престација. Примера ради, у критици одлуке БГХ у којој је суд свео прекомерно (егзорбитантно) трајање ексклузивног уговора о испоруци пива од 40 година на примерени рок од 20 година, он сматра да суд ту није могао да стане. Уместо тога, суд је требало да коригује и друге елементе уговора (цену пива или висину камате на одобрени зајам за отварање и опремање објекта у коме се служи пиво). Једино на тај начин, према мишљењу *Цимермана*, задржао би се однос првобитно постављене уговорне равнотеже. R. Zimmermann (1979), 53. Овакав став нису прихватиле ни доктрина, ни судска пракса у случају да се прекомерност састоји само у ексцесивном трајању преузете уговорне обавезе. У тим случајевима, редукција рока на који је уговор закључен била је уједно и једина измена – у погледу узајамних престација уговор је одржан на снази. H. Roth у: Staudinger 2020, 43.

[133] R. Hürlimann, 72; P. Gauch, W. R. Schluep, 153.

све врсте послова. Уместо тога, закон ограничава могућност њеног уговарања само у вези са пословима који су запосленом омогућили стицање „нових, посебно важних технолошких знања, широк круг пословних партнера или сазнање важних пословних информација и тајни.“[134] Да би ова привремена забрана обављања послова била пуноважна, потребно је да уз њу буде уговорена и новчана накнада коју ће (бивши) послодавац исплаћивати (бившем) запосленом за време њеног трајања. Логично, ако је бившем запосленом забрањено да неко време ради за конкуренте оно што најбоље зна, њему претходни послодавац, који је иницирао уговарање ове забране, треба да обезбеди адекватну накнаду за време трахања забране.

Уколико би се испоставило да је клаузула о забрани конкуренције уговорена за послове који по свом опису бившем запосленом нису могли омогућити стицање „нових, посебно важних технолошких знања, широк круг пословних партнера или сазнавање важних пословних информација и тајни“, суд ће наведену клаузулу прогласити недопуштеном и лишиће је дејства. Наиме, законска формулација „*само ако* постоје услови да запослени радом код послодавца стекне ...“, недвосмилено упућује на то да се ова клаузула не може уговорити за свако радно место и за сваког запосленог. Уколико би та одредба уговора о раду отпала као недопуштена, она би захватила и са њом тесно повезану одредбу о исплати новчане накнаде коју бивши послодавац дугује бившем запосленом за време трајања забране.

Проширена ништавост не мора нужно имати за последицу уклањање кореспондентне престације у целости. Уместо њеног елиминисања, некада ће бити довољно да се спроведе њена садржинска корекција која ће, по правилу, ићи у правцу њене редукције. Примера ради, могуће је да се једним уговором предвиди продаја више ствари за јединствену цену, а да суд утврди да је забрањено прометовање само неких од њих. У том случају, недопуштеност једног предмета неће нужно повући и ништавост уговора у преосталом делу. Подразумева се да уговарачима пренос својине на стварима чији је промет допуштен неће моћи да буде наметнут мимо њихове воље, ако се испостави да они не би пристали да прибаве или продају ствар чији је промет допуштен без ствари чији је промет забрањен.

[134] Чл. 161 у вези са чл. 162 Закона о раду, *Службени гласник РС,* бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 (Одлука Уставног суда), 113/2017, 95/2018 (Аутентично тумачење).

Овде као илустрација може послужити пример у коме је тужилац захтевао исплату потраживања на име продајне цене по основу уговора којим је истовремено била предвиђена продаја уређаја за игре на срећу, чији је промет према меродавном праву био забрањен, и других уређаја чији је промет био допуштен.[135] У том случају, суд може да усвоји тужбени захтев само у делу који према висини одговара вредности предмета чији је промет допуштен. Наведено је могуће само ако суд установи да уговарач – најчешће прибавилац, има интерес да стекне право својине само на предметима чији је промет допуштен.

Ако су у тексту уговора већ биле наведене одвојене цене за сваку од прометованих ствари, дејством проширене делимичне ништавости отпашће и одредба која се односи на уговорену цену за недопуштени предмет. Међутим, ако је за оба предмета уговорена јединствена цена, суд би начелно могао да утврди који део цене се односи на коју ствар и да, сходно томе, спроведе редукцију уговорене противпрестације. Наведено ће бити могуће под условом да суд без већих тешкоћа може да утврди вредност ствари чији је промет допуштен.[136]

Уколико, из било ког разлога, суд, на основу изведених доказа, не би успео да определи који део јединствено уговорене противпрестације отпада на ништаву престацију, уговор би у целости био ништав, а тужбени захтев за исплату у целости одбијен. Пример за то налазимо у швајцарској судској пракси. Наиме, у једном случају уговором о заступању адвокат је за више радњи заступања уговорио хонорар у паушалном износу. У опомени пред утужење коју је упутио свом клијенту, адвокат је навео радње на које се односи паушално одмерени хонорар. У току поступка суд је нашао да је адвокат уговорио јединствени износ од 20.000 франака за више услуга правне помоћи, међу којима су се нашле и оне у погледу којих је клијенту признато право на бесплатну правну помоћ. Сходно томе, суд је закључио да је паушални хонорар обухватио и накнаду на име предузетих радњи за које адвокат, према кантоналним прописима, није смео да потражује хонорар од клијента. Другим речима, укупни хонорар односио се делом на радње заступања које се могу тарифирати, а делом на радње за које адвокат не сме да уговори

[135] E. A. Farnsworth, 88.

[136] Оно што у вези са последњим примером упада у очи јесте то да се измена садржине уговора односила на главну престацију (цену), а не, како је то уобичајено код делимичне ништавости, на споредну одредбу уговора. Другим речима, неки од примера проширене делимичне ништавости могли би да се подведу и под случајеве тзв. повезаних уговора, о којима ће тек бити речи.

накнаду. Суд је утврдио да је уговор о заступању ништав у делу који се односи на радње за које адвокат није смео да потражује накнаду од свог клијента. Но, с обзиром на то да суд, на основу утврђених чињеница, није могао да определи који део паушалне накнаде отпада на коју радњу заступања, утврдио је да је уговор о заступању ништав у целости и одбио тужбени захтев за исплату адвокатског хонорара.[137]

### 4.2.1. Проширена делимична ништавост у српском праву

Наш законодавац не уређује изричито проширено дејство делимичне ништавости, као што то не чине ни страна законодавства. То, међутим, није ни нужно да би екстензија делимичне ништавости била дозвољена онда када је то потребно да би се очувала уговорна равнотежа коју су определиле саме стране. Штавише, проширено дејство делимичне ништавости логично проистиче из захтева да се из уговора уклони ништав део а да то истовремено не повуче и промену типолошких обележја самог уговора. Допуштеност овог облика делимичне ништавости не би требало доводити у питање у случајевима у којима би садржина двеју тесно повезаних клаузула „комотно“ могла да буде обједињена у једној уговорној одредби.

Одговор на питање да ли би домаћи судови имали право да мењају садржину главне противпрестације (на пример, да редукују јединствену уговорну цену или накнаду у случају кумулативних облигација онда када се испостави да је једна од њих ништава[138]), не налази се у директној примени правила из чл. 105 ЗОО, будући да се то питање тиче корекције објективно битне одредбе уговора. Ипак, на овај случај би се правило о делимичној ништавости из чл. 105 ЗОО могло аналогно применити, сходно чему би суду требало да допусти редукцију главне противпрестације под условом да би релативно лако могла да се утврди (тржишна) вредност сваке престације обухваћене кумулативним облигацијама.

---

[137] Одлука Савезног врховног суда Швајцарске (BGE) 4C. 156/2006 од 17.08.2006. године, нарочито пасуси 3.5; 3.5.1 и 3.5.2.

[138] Бојан Пајтић у: Бојан Пајтић, Сања Радовановић, Атила Дудаш, *Облигационо право*, Правни факултет у Новом Саду, Центар за издавачку делатност, Нови Сад 2018, 116, 117.

## 4.3. Модификована делимична ништавост

### 4.3.1. Претходне напомене

До сада смо видели да се делимична ништавост, по правилу, манифестује кроз отклањање неке уговорне одредбе у целости. Чак и када би се измена вршила на нивоу уговорне одредбе, задирање суда би требало да се заустави на обичном прецртавању спорих речи како би се клаузула довела у хармонију са захтевима правног поретка. Сваки даљи вид судске интервенције би, према присталицама „правила оловке“, значио прекорачење овлашћења суда услед чега се он начелно забрањује.

Без дубљег промишљања овај став може да делује убедљиво. Штавише, интуитивно он делује сасвим исправно. Садржину уговора уређују уговарачи. У случају да се у уговору уочи неки проблем који се може локализовати на тачно одређену одредбу или неки њен део – онај који се, језички гледано, једноставно може одстранити прецртавањем – суд може одредити да ће остатак уговора наставити своју егзистенцију без спорног дела. Када би то био дефинитиван домашај института делимичне ништавости, у његовој практичној примени не би било већих проблема. Суд би применио једноставан тест. Ако би уговор након простог прецртавања спорног дела могао да настави да важи, он би и даље производио дејство. У супротном, суд би га у целости лишио сваког правног учинка уз налагање правних последица ништавости.

Ово поједностављено виђење института делимичне ништавости не доводи увек до прихватљивог исхода у пракси. Наиме, резултат примене најрудиментарнијег вида делимичне ништавости не само да би могао бити неприхватљив са становишта уговарача, него и са становишта општег интереса. Ако би се спорној одредби могао приписати значај субјективно битног елемента уговора за једног уговарача, утврђењем његове ништавости би отпао сваки његов интерес да и даље остане страна уговорница. С друге стране, налагање ништавости уговора у целости би у неким ситуацијама у потпуности негирало вољу обају уговарача ако би они, без сумње, имали више интереса да се уговор одржи на снази, па макар и са модификованим садржајем, него да се уклоне сва његова дејства. Штавише, ако би се проблем јавио у вези са неким стандардним уговором са трајним извршењем престација који је масовно закључиван, утврђење ништавости уз налагање

реституције могло би изазвати „тектонске“ поремећаје у појединим областима пословања, као и тешке последице за грађане и привредне субјекте.

Отуда делује да би међу ништавим одредбама уговора требало направити диференцијацију спрам узрока њихове ништавости. То јест, делује да не би било исправно подједнако третирати различите узроке ништавости појединих уговорних клаузула. Наиме, ако би нека клаузула била ништава *per se*, јер уређује престацију која је евидентно недопуштена, нема спора да би њу у потпуности требало ампутирати из уговора, па макар и онда када би то, последично, повукло ништавост уговора у целости. Међутим, у пракси се неупоредиво чешће јављају калузуле које уређују неку престацију или неко питање које само по себи није недопуштено, али је клаузула формулисана тако да се у њој крије опасност од прекомерности.

Узроци прекомерности неке уговорне одредбе могу бити разнолики. Прекомерност се, примера ради, може састојати у томе што садржина неке клаузуле није довољно одређена услед чега носи потенцијал да се на основу ње јави престација на чију висину дужник у моменту њеног уговарања није разумно могао рачунати. У вези са овим битно је нагласити да се не ради о прекомерности престације која би настала услед накнадне промене околности које стране нису могле предвидети нити имати у виду, него је она последица узрока који је био присутан од закључења уговора. Ради се, дакле, о *ендогеном* узроку прекомерности. Ово је битно напоменути с обзиром на то да се *егзогени* узроци, који могу довести до промене односа престације и противпрестације, подводе под други институт – институт промењених околности, познат као *clausula rebus sic stantibus*.[139]

С друге стране, прекомерност се може крити и у недовољно одређеном трајању уговорне обавезе, тако да уговарачи не могу поуздано да утврде на који период су везани уговором. У временском смислу, прекомерност може бити изражена и нумерички. На пример, ако је као трајање неке уговорне обавезе предвиђен непримерено дуг рок за који суд утврди да је противан добрим обичајима.[140] Прекомерност уговорне одредбе се може испољити и у прекомерном ограничавању личних права и слобода које је неспојиво са јавним поретком.

---

[139] A. Dedual, 11.

[140] H. Krejci у: ABGB 2014, 307; Eugen Bucher, „Für mehr Aktionendenken“, *Archiv für die civilistische Praxis* 1-2/1986, 34.

У сваком случају, „постојање прекомерног обавезивања се може испитати само уз помоћ правног оквира који дефинише закон.“[141] Са становишта нашег правног поретка то значи да клаузула која уређује неку обавезу која је у основи легитимна, може услед своје ексцесивности бити у нескладу било са когентним нормама (нпр. у случају уговарања камате преко законом допуштеног износа), добрим обичајима, а у случајевима у којима се намеће обавеза која тангира лична права и слободе може чак доћи у сукоб и са уставом загарантованим правима и слободама која улазе у „ткиво“ јавног поретка (чл. 103, ст. 1 ЗОО).

Из овог закључујемо да је врло тешко системски представити све потенцијалне узроке прекомерности који у уговору могу бити присутни *ab ovo*. Ипак, све прекомерне обавезе имају заједничку нит: оне су *per se* допуштене, али је неприхватљив начин на који су у конкретном случају формулисане. Дакле, док с једне стране, постоје обавезе чије је уговарање недопуштено, с друге стране су оне које нису спорне у својој есенцији, него је проблематично то што су постављене преширoко, то јест преко прихватљиве мере. Ова *differentia specifica* по којој се прекомерне уговорне клаузуле разликују од других ништавих уговорних одредаба у доктрини се означава конструкцијом „допуштеног (легитимног) језгра уговорне одредбе“ (нем. *legitimer Kern der vertraglichen Vereinbarung*).[142] Управо та разлика актуелизује питање исправности једнаког правног третмана ових двеју категорија ништавих уговорних одредаба: да ли је исправно подједнако их третирати иако су оне суштински другачије. То јест, да ли би у односу и на једне и друге суд требало да има исти став, односно да их подједнако уклони из уговора не обазирући се на разлику међу њима. И поврх тога, да ли и у случају да се сусретне са њима суд једино може да изрекне негативну последицу у виду ништавости клаузуле, или „суд у одређеним констелацијама има овлашћење да постави законоконформно правило које одговара итересима обају уговарача?“[143]

Овим питањем закорачујемо на терен на коме се прелама читав спектар различитих доктринарних схватања. Реч је о проблематици која представља „камен спотицања“ у упоредноправним теоријским расправама. Иако је она већ деценијама присутна у научном и стручном дискурсу земаља на чије се правне системе српска цивилистика и законодавац

[141] A. Dedual, 17.
[142] *Ibid*, 2.
[143] K. Uffmann (2010), 37.

традиционално ослањају, упадљиво је запостављена у домаћој доктрини. То је донекле промењено у скорије време чланцима домаћих аутора у којима су обрађивана питања у вези са оспоравањем пуноважности појединих клаузула уговора о кредиту. Упркос томе, делује да је доктринарни јаз који у вези са овом тематиком постоји у националним оквирима превелик да би се могао надоместити фрагментарном обрадом овог питања поводом конкретних случајева из праксе.

Стога ће на овом месту бити изложени главни правци размишљања у вези са овом тематиком. Циљ је да се навођењем кључних аргумената *pro et contra* стекне продубљени увид у ову проблмематику, како би се они могли критички вредновати те како би се могла испитати њихова прихватљивост са становишта нашег права. Осим тога, потребно је размотрити и да ли би, зарад правне извесности, требало предложити измене важећих решења или она већ сада садрже довољну легитимациону базу за практиковање коректуре прекомерних клаузула.

Реч је о фундаменталном проблему који радикално дели правне теоретичаре на две струје: ону која подржава свођење прекомерних уговорних одредаба на допуштен садржај, с једне, и ону која категорички негира ову могућност, с друге стране. При томе се подразумева да нису спорни случајеви у којима законодавац изричито допушта редукцију престације, како у погледу њене висине, тако и у погледу трајања. Док су опоненти, мање више, сагласни око аргумената које наводе против редукције прекомерних уговорних одредаба, њени заговорници покушавају да потпору за њену примену пронађу у различитим законским одредбама, међу којима предњачи одредба о делимичној ништавости.[144] Но, ни правни писци који нормативни ослонац за преформулисање садржине уговорне одредбе налазе у институту делимичне ништавости нису јединствени око тога да ли језичко преобликовање одредбе треба допустити на основу језичке редакције општег правила о делимичној ништавости, или на основу његовог телеолошког тумачења. Међу присталицама судске коректуре уговора на нивоу уговорне одредбе постоје и аутори који полазе од института делимичне ништавости, али до крајњег резултата – интервенције на нивоу уговорне одредбе – долазе њеним комбиновањем са другим правним техникама попут допуњујућег тумачења уговора.

[144] За немачку судску праксу ово потврђује *Цимерман* још у својој дисертацији из 1979. године, а исти тренд се уочава и у савременом немачком праву. R. Zimmermann (1979), 60; K. Uffmann (2010), 20, 24; H. Roth у: Staudinger 2020, 41 и 42.

У вези са овом проблематиком треба указати на битну разлику између питања да ли је, принципијелно посматрано, пожељно допустити интервенцију суда на нивоу уговорне одредбе и тога да ли у важећим прописима постоји основ, изричит или имплицитан, за њено практиковање.

У наставку ће бити елаборирани могући правни основи за интервенцију суда на нивоу уговорне одредбе која превазилази *blue pencil* правило. У вези са овим, интересантно је запажање да у литератури на немачком језику углавном циркулишу слични аргументи иако у нормативним решењима земаља германског правног круга постоје (уочљиве) разлике. У том смислу, да би ова анализа била методолошки коректно спроведена, на одговарајућим местима биће указано на разлике у законским решењима која ће бити предмет коментарисања.

С тим у вези, овде ћемо само прелиминарно напоменути то да је швајцарска одредба о делимичној ништавости (чл. 20, ст. 1 ШОР) најсличнија формулацији одредбе из чл. 105, ст. 1 ЗОО. Због тога ће аргументи швајцарских правних писаца, као и резоновање највише судске инстанце у Швајцарској бити релевантни за овај рад. Ово, ипак, треба схватити крајње условно и са резервом, имајући у виду то да се и у овој материји швајцарска доктрина и пракса снажно ослањају на домете немачке догматике и јудикатуре. С друге стране, од великог значаја биће и аргументи који се могу чути у немачкој цивилистици стога што немачки БГБ, попут ЗОО, осим института делимичне ништавости (§ 139 БГБ) уређује и институт конверзије (§ 140 БГБ). Ово је релевантно због тога што је за ову тему битно установити који правни основ у немачкој пракси и доктрини претеже онда када се у резултату допушта преформулисање уговорне одредбе – делимична ништавост или конверзија. Наведено је од великог практичног значаја са становишта разграничења ових сродних правних установа.

С обзиром на упадљиву и неоправдану запостављеност доктринарне расправе на ову тему у националним оквирима, овом аспекту проблематике биће посвећена посебна пажња.

### 4.3.2. Порекло назива и постављање проблема

#### 4.3.2.1. Терминолошке напомене

Пре него што пређемо на излагање о суштини овог модалитета делимичне ништавости, потребно је истаћи да појам модификоване делимичне ништавости није општеприхваћен у правној књижевности земаља немачког говорног подручја. Он се, заправо, среће само у швајцарској, како старијој тако и новијој доктрини (нем. *modifizierte Teilnichtigkeit).*[145] С друге стране, немачка и аустријска[146] доктрина овај вид садржинске коректуре уговора означавају појмом *geltungserhaltende Reduktion*, чији би дословни превод гласио: *редукција ради одржавања на снази*, или – језгровитије и ефектније – *салваторна редукција*.[147] Проблем тог превода, као и самог немачког изворника, је у томе што он не открива прецизно суштину нити поступка, нити резултата који заговара.[148] Осим појма *geltungserhaltende Reduktion* који је дубоко уврежен у германској доктрини, *Цимерман* у својој дисертацији исти правни феномен означава синтагмом *richterliches Moderationsrecht,*[149] која би се могла превести као право судије на модерирање (садржине уговора), у смислу ублажавања, то јест свођења на одговарајућу меру домашаја

[145] Peter Gauch, „'Modifizierte' Teilnichtigkeit Anmerkung zu BGE 107 II 216ff.“, *recht* 1983, 95-100; R. Hürlimann, 74; A. Dedual, 53. Нешто касније на страни 95 *Дедуал* појам модификоване делимичне ништавости везује за коректуру прекомерних клаузула у контексту индивидуалних уговора, то јест уговора са споразумно одређеном садржином.

[146] *Иледитс* (*Illedits*) истиче да се он ретко среће у аустријској судској пракси и науци и да се, за разлику од немачке правне доктрине и судске праксе, ни не доживљава као спорно правно питање. A. Illedits, 111. Упркос овоме, делује нам да новија аустријска доктрина прихвата појам *geltungserhaltende Reduktion*. В. примера ради *Румел* (*Rummel*) у: ABGB 2014, 148; Geroldinger Andreas, „Ergänzende Auslegung von Verbraucherverträgen trotz Verbots der geltungserhaltenden Reduktion? – Anmerkung zu EuGH C-453/10 (*Pereničová* und *Perenič*), C-472/10 (*Invitel*) und C-618/10 (*Banca Español de Crédito*)“, BankArchiv - Zeitschrift für das gesamte Bank- und Börsenwesen - *ÖBA* 2013, 27-42.

[147] Због економичности језика, у раду ће се рогобатна конструкција *редукција ради одржавања (уговорне клаузуле) на снази* упрошћено означавати као редукција. Појам салваторне редукције помињу *Пишона* (*Pichonnaz*) и Форнаж (*Fornage*) у: Pascal Pichonnaz/Anne-Christine Fornage, Le projet de révision de l'art. 8 LCD, Une solution appropriée à la difficulté de négocier des conditions générales, RSJ/SJZ 106 (2010), p. 285- 293 (285, 290). Нав. према A. Dedual, 26.

[148] Због његове непрецизности *Уфман* и *Дедуал* га оштро излажу критици, истичући да том појму у одсуству законског одређења, свако приписује садржину према свом нахођењу што изазива велику конфузију. Јер, ако се у науци дискутује о нечему, мора постојати минимални консензус о томе о чему се дискутује. K. Uffmann (2010) 224, 225, 238; A. Dedual, 19, 97. Иако обе ауторке критикују овај појам, не предлажу неки нов који би га као адекватнији супституисао, а уз то га обе користе у насловима својих дисертација. На ово се може надовезати и теоријско разликовање реалних и номиналних појмова о којима говори *Водинелић* (Vladimir V. Vodinelić, *Građansko pravo – Uvod u građansko pravo i opšti deo građanskog prava*, drugo, izmenjeno i dopunjeno izdanje, Službeni glasnik, Beograd, 2014, 132). У том смислу, редукција би представљала типичан пример номиналног појма.

[149] R. Zimmermann (1979).

прекомерне уговорне одредбе.[150] За разлику од појма *geltungserhaltende Reduktion*, *Цимерманов* предлог није шире прихваћен у германској литератури.

У швајцарској доктрини ауторство појма модификоване делимичне ништавости приписује се *Гауху* (*Gauch*).[151] Њега је прихватио и теоријски уобличио *Гаухов* докторанд *Хирлиман* у својој дисертацији на тему делимичне ништавости.[152] У међувремену, овај термин је нашао свој пут до чувених коментара Швајцарског грађанског законика (ЦГБ),[153] и уџбеника из општег дела грађанског права,[154] због чега се сматра општеприхваћеним у швајцарској цивилистици.[155] Не раскидајући са правном традицијом, њега у тексту своје дисертације прихвата и швајцарска ауторка *Дедуал* (*Dedual*), упркос томе што се при избору наслова своје дисертације ипак определила за појам који је доминантно заступљен у немачкој доктрини.[156]

Родоначелником појма *geltungserhaltende Reduktion* сматра се *Шмит-Залцер* (*Schmidt-Salzer*).[157]

Из наведеног закључујемо да је на језичком нивоу присутна изражена терминолошка какофонија за означавање суштински исте ствари – садржинске коректуре уговорне одредбе – што може деловати збуњујуће. Објашњење за то лежи у чињеници да ниједан од наведених појмова није творевина законодавца, већ плод доктрине.[158] У томе управо лежи и корен проблема за исправно разумевање онога што се њима настоји означити.

Швајцарски термин модификоване делимичне ништавости сугерише да се основ за овакво поступање, директно или индиректно, доводи у везу са институтом делимичне

---

[150] У том смислу реч модерирање се схвата и према Иван Клајн, Милан Шипка, *Велики речник страних речи и израза*, Прометеј, Нови Сад 2006, 782 и 783.
[151] P. Gauch (1983) 95-100.
[152] R. Hürlimann, 74.
[153] Ernst A. Kramer у: Heinz Hausheer (Hrsg), *Berner Kommentar – Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Bd. 6: *Das Obligationenrecht*, Abt. 1: *Allgemeine Bestimmungen*, Teilbd. 2, Unterteilbd. 1a: *Inhalt des* Vertrages: Kommentar zu Art. 19 - 22 OR /erl. von Ernst A. Kramer/, Stämpfli, Bern (надаље: BernKo) 1991, 162, пасус 362.
[154] P. Gauch, W. R. Schluep, 156 и 157.
[155] A. Dedual, 5, фн. 29.
[156] Ово је сасвим разумљиво ако се узме у обзир велики утицај који немачка доктрина има на швајцарску правну литературу, а такође и с обзиром на то да такав наслов омогућује једноставнију „проходност“ на неупоредиво већем „тржишту“ немачке правне науке.
[157] Joachim Schmidt-Salzer, „Haftung der Energieversorgungsunternehmen im Sonderkunden-Bereich der Elektrizitäts- und der Gasversorgung sowie im Industriekunden-Bereich der Fernwärme und Wasserversorgung“, *Betriebs Berater* 1980, 1701, 1704, 1705. Нав према: K. Uffmann (2010), 218 и 219.
[158] K. Uffmann (2010), 228; A. Dedual, 19.

ништавости. Исправност тог схватања у раду тек треба да буде подвргнута анализи. У сваком случају, ради избегавања језичке монотоније, у раду ће се за означавање истог поступка – коректуре садржине уговорне одредбе онда када она није језички формулисана тако да се недостатак може уклонити једноставним прецртавањем – као синоними користити модификована делимична ништавости и (салваторна) редукција.[159] При томе, и када будемо употребљавали појам редукције то ће бити учињено ради стављања акцента на крајњи исход који се огледа у измени садржине уговорне одредбе, а не на сам начин (поступак) којим се долази до коректуре: свођењем постојеће садржине ништаве одредбе на допуштену меру или, пак, одбацивањем ништаве клаузуле у целости да би потом њено место заузела друга, пуноважна уговорна одредба.

#### 4.3.2.2. Суштина проблема

Под редукцијом се првенствено мисли на корекцију која се спроводи на нивоу уговорне одредбе у којој је детектован узрок ништавости, како би се она у измењеној садржини могла одржати на снази. Она се често везује за измене квантитативних аспеката неке уговорне одредбе у виду нумерички исказаног износа престације или трајања неке уговорне обавезе. Стога се свођење нумерички исказане садржине уговорне одредбе на допуштен ниво у теорији често означава квантитативном делимичном ништавошћу.[160]

---

[159] Тако и: P. Gauch (1983), 97.

[160] K. Uffmann (2010), 19. Иначе, појам квантитативне делимичне ништавости се у немачкој доктрини везује за *Бертолда Херцога* (*Bertold Herzog*) и његову дисертацију одбрањену 1926. године у Гетингену која носи наслов *Квантитативна делимична ништавост. Истовремено представљање структуре правног посла и његових саставних делова* (*Quantitative Teilnichtigkeit. Zugleich Darlegungen zur Struktur des Rechtsgeschäfts und der rechtsgeschäftlichen Bestandteile*). Начин на који је он покушао да објасни редукцију прекомерне престације и да јој пронађе утемељење у закону данас углавном није прихваћен. Наиме, он је унутар уговора разликовао основни и допунски споразум, при чему је основни споразум чинио сагласност уговарача о самом предмету, док се допунски споразум тицао његовог обима, трајања или количине. Даље је, ослањајући се на § 139 БГБ, сугерисао да је могуће да у неким случајевима само допунски споразум буде противан добрим обичајима, а да основни договор остане недирнут јер је пуноважан. Допунски споразум који је непуноважан суд би требало да замени и то тако као да он међу уговарачима никада није ни био постигнут. Већина аутора је овакво виђење салваторне редукције сматрало неприхватљивим истичући да је подела на основни и допунски споразум вештачка. Делује да су *Херцогове* идеје имале утицај и на неке домаће ауторе попут *Круља*. Тако он у својој дисертацији наводи „[...] ако се у уговору о купопродаји унесу одребе којима се уговарају веће цене него што је прописано (или код уговора о зајму веће камате него што је прописано), у сагласности воље о висини цене, (односно камате) садржане су у ствари две сагласности воља, једна у складу са законом (до висине цене односно камате прописане законом) и једна незаконита (вишак преко нормираних цена односно законског максимума камате). Само овај други углавак уговора биће ништав чиме се сагласност воља ставља у границе дозвољене законом.“ V. Krulj (1954, 138. До данас се

Појам редукције се, међутим, не исцрпљује у случајевима нумеричке модификације неке уговорне одредбе. Уместо тога, њега треба схватити шире, јер редукција поред квантитативних може да се односи и на неке друге, условно речено, квалитативне измене неке уговорне одредбе.[161] У том смислу се поред квантитативне, среће и појам квалитативне делимичне ништавости. Противстављање квантитативне и квалитативне делимичне ништавости *Уфман* (*Uffmann*) излаже критици истичући да је „квантитет само нумерички исказан квалитет“.[162]

У ширем смислу би појам редукције могао да се користи и за означавање делимичне ништавости у њеном најужем значењу. Наиме, елиминисањем појединих речи из одређене уговорне клаузуле њиховим прецртавањем постиже се редукција садржине уговора. У том смислу *Геролдингер* истиче да „у својој праформи *blue pencil* тест представља формалистичку варијанту салваторне редукције, а не њен антипод.“[163] Иако је то тако, у теорији се ти случајеви не подводе под појам редукције. С друге стране, измена на нивоу уговорне одредбе не мора увек подразумевати редукцију износа престације. Уместо редукције, корекција се може огледати и у екстензији садржине уговорне одредбе.

Штавише, редукција не подразумева нужно редуковање постојећег – текстуелног садржаја уговорне клаузуле. Она обухвата и његово преобликовање постављањем заменског правила. Другим речима, појам редукције користи се и за означавање случаја у коме ништава одредба уговора отпада у целости с тим да на њено место ступа друга, пуноважна одредба.[164] Друго је питање одакле та заменска одредба води порекло: из закона или из воље уговарача. Ако води порекло из закона, питање које се отвара јесте да ли је свеједно где је она садржана: у императивној или у диспозитивној норми. Односно, да ли се и диспозитивна норма може користити за попуњавања празнине у уговору која би настала елиминисањем спорне клаузуле. С друге стране, ако она води порекло из воље уговарача, да ли у случају немогућности утврђивања њихове стварне воље, заменско правило може да буде постављено ослонцем на њихову хипотетичку вољу.[165]

---

у теорији термин квантитативне делимичне ништавости задржао иако није прихваћен метод који је заговарао његов аутор.

[161] Супр. Hermann Josef Bunte, „Ergänzende Vertragsauslegung bei Unwirksamkeit von AGB – Klauseln“, *Neue Juristische Wochenschrift* 1984, 1148.

[162] K. Uffmann (2010), 23, 243.

[163] A. Geroldinger (2015), 210.

[164] A. Dedual, 97.

[165] В. поглавље 10.

Упркос недовољној прецизности значења које испуњава појам редукције, у овој дисертацији ће се под њиме означавати коректура уговорне одредбе и то онда када њени спорни делови не могу бити одстрањени простим прецртавањем појединих речи, са циљем да се уговорна клаузула у допуштеном (законоконформном) садржају одржи на снази. Према речима *Дедуал* редукцијом се означавају случајеви који подразумевају „судску контролу садржине уговора која за последицу нема ништавост нити пуноважност уговора у целини, него коректуру његове садржине.“[166] У сличном маниру и *Меш* (*Mäsch*) одређује редукцију као „свођење непуноважних клаузула на садржину која би прошла тест судске контроле.“[167]

Питање које у вези са овом проблематиком сматрамо суштинским јесте када се тај вид коректуре уговорне клаузуле може спровести, односно у којим случајевима се може тврдити да она има своје утемељење у важећим прописима. С тим у вези је потребно испитати да ли је, и евентуално под којим условима је судовима допуштено да интервенишу на нивоу уговорне одредбе ради њеног (делимичног) одржавања на снази, као и да ли институт делимичне ништавости, самостално или макар у садејству са другим правним установама, нуди адекватан правни основ за тако нешто. Као што је већ истакнуто у уводу, реч је о фундаменталном питању које непосредно тангира начело приватне аутономије и правило *pacta sunt servanda*. У том смислу, у раду треба расправити и питање да ли је судији начелно дозвољено преформулисање спорне уговорне одредбе и да ли би евентуално допуштање такве интервенције представљало системско нарушавање темеља уговорног права.

Као што смо видели, свођење овлашћења суда у оквиру института делимичне ништавости на пуко прецртавање спорне одредбе или појединих њених речи, представља архаично и претежно напуштено виђење ове правне установе. Иако је већинска доктрина сагласна у том погледу, остаје спорно докле суд може да иде у измени садржине уговореног мимо примене „правила оловке“.

С тим у вези је спорно и да ли је наш законодавац у време нормирања делимичне ништавости имао у виду само случајеве који би се могли подвести под схватање овог

---

[166] A. Dedual, 37.

[167] Gerald Mäsch у: Markus Stoffels (Red), J von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 305-310; UKlaG (AGB-Recht 1 und Unterlassungsklagengesetz, Neubearbeitung 2019 von Dagmar Coester-Waltjen *et al*, Sellier-de Gruyter, Berlin 2019 (Staudinger 2019), 202.

института у његовом најужем смислу, или би се законописцу, на основу поставке правила о делимичној ништавости, могла приписати и намера за прихватањем оног што се у теорији означава модификованом делимичном ништавошћу.

На овом месту је потребно нагласити да постављање проблема не обухвата случајеве модификације садржине уговорне одредбе онда када је она изричито законски нормирана, будући да они нису спорни са становишта њихове легитимационе основе. Проблематични су само они случајеви у којима могућност судске коректуре уговорне одредбе није изричито нормирана, а према околностима случаја делује да је она целисходнија од негирања сваког дејства уговору.

Осим тога, опреза ради, истичемо и то да постављање проблема не обухвата случајеве тзв. вољне модификације уговора.[168] Наиме, када би постојала изричита воља уговарача да садржину уговора саобразе границама правног поретка без интервенције суда, тада би сва питања која се овде отварају била излишна. Основно правило уговорног права је да су контрахенти господари уговора. У том смислу, њихова воља је нужна за „рађање“ уговора, али је исто тако она довољна за измену било ког његовог аспекта, док год је обострана.[169] С тим у вези треба направити диференцијацију спрам момента када су уговарачи постигли договор о модификацији спорне клаузуле. Наиме, сагласност уговарача да се измени спорна клаузула може да уследи тек након што се испостави да она излази из оквира допуштеног. То би подразумевало да уговарачи могу да постигну споразум о изменама спорног елемента уговора закључењем анекса уговора. Осим тога, могуће је да су уговарачи још у моменту закључења уговора у његов текст унели клаузулу којом су уредили последице ништавости неке одредбе на остатак уговора и предвидели садржину заменске клаузуле у случају да се првобитна испостави ништавом.[170]

Прецизирања ради, ова два случаја називамо вољном модификацијом у ужем смислу, да бисмо указали на то да и онда када је модификација садржине уговора резултат

---

[168] *Доловић Бојић* је спомиње као својствену француској правној теорији (К. Г. Доловић Бојић (2021), 189). Ауторка и сама истиче да је у тим случајевима „могућност модификације неспорна и оправдана.“

[169] То потврђује и сама *Доловић Бојић*: „ [К]ада постоји сагласност, могућност модификације је неспорна, а и оправдана.“ Ауторка овде настоји да подвуче разлику између новације и модификације под којом се подразумева „промена елемената уговорног односа без промене самог правног односа“. Alain Ghozi, *La modification de l'obligation par la volinte des parties, Etude de Droit civil francais,* Paris 1980, 251. Нав. према: К. Г. Доловић Бојић (2021), 189.

[170] С. Мидоровић (2021), 1485.

одлуке суда, она, такође, мора бити усклађена са (хипотетичком) вољом уговарача како би се одржало начело аутономије воље.

Случајеви које поставка проблема обухвата су они у којима не постоји сагласност контрахената око тога да ли је по среди ништава уговорна одредба. Док страна којој одредба иде у прилог тврди да је она пуноважна, друга страна тврди да јој иста одредба ствара прекомерну обавезу која је непуноважна. Задатак суда је да то расправи и да определи правну „судбину“ оспорене клаузуле, а посредством ње неретко и „судбину“ самог уговора.

#### 4.3.2.3. Домашај проблема

У германским земљама, и то посебно у Немачкој, о овом питању се нарочито живо дебатовало крајем седемдесетих и током осамдесетих година у контексту формуларних уговора и општих услова пословања. То је тако, јер је коректуру садржине уговорне клаузуле још теже догматски објаснити у случајевима адхезионих уговора код којих се страна која намеће текст уговора, по правилу, перципира као надмоћнија.[171] С обзиром на то да се највећи број радова на немачком језику бави питањем допуштености редукције у контексту општих услова пословања, може се стећи утисак да је реч о методи која није спорна у контексту уговора са споразумно одређеном садржином. Тако *Уфман* истиче да је „проблем редукције стар колико и сами општи услови пословања“,[172] из чега се може стећи дојам да редукција није упитна у материји уговора са споразумно одређеном садржином. *Дедуал* још експлицитније истиче да „у немачкој и швајцарској доктрини и судској пракси постоји широка сагласност о томе да редукцију треба допустити у погледу индивидуалних уговора“.[173]

Упркос чињеници да је домаћа цивилистика традиционално ослоњена на германску доктрину, и општеприхваћеном ставу да српско грађанско право припада германском

[171] С обзиром на надлежност Европске уније (ЕУ) у материји потрошачког (уговорног) права, у више наврата се по питању допуштености различитих видова коректуре садржине неправичних уговорних одредаба изјаснио и СПЕУ, о чему ће бити речи у 13. поглављу.
[172] K. Uffmann (2010), 239. На сличну изјаву наилази се и на стр. 47 када *Уфман* каже да је „неписани принцип забране редукције изведен из права општих услова пословања“.
[173] A. Dedual, 278.

правном кругу,[174] делује да се изречена констатација не може аподиктички прихватити и са становишта домаће правне науке. Управо супротно, делује да је домаћа доктрина прилично ненаклоњена интервенцији суда у садржину уговора, о чему ће касније бити више речи. Имајући наведено у виду, у овом раду се полази од премисе да је питање допуштености редукције спорно са становишта уговорног права уопште, а да се оно нарочито проблематизује у контексту уговора по приступу. Другим речима, ради се о универзалном проблему који се тиче опште теорије уговорног права.[175]

Имајући у виду теоријску дихотомију која се у германској теорији прави између индивидуалних и стандардних уговора у вези са овом тематиком, поједини аргументи који се износе на рачун ове доктринарне творевине важе за материју уговорног права уопште, док су други карактеристични за уговоре по приступу. На одговарајућим местима у раду посебна пажња биће посвећена специфичностима и разлозима особеног приступа односној проблематици у материји општих услова пословања и потрошачких уговора.

Скоро пола века након избијања дебате о допуштености редукције, делује да у доктрини и даље не постоји унисон став о томе да ли коректуру уговорних одредаба начелно треба допустити или не. Ипак, чини се да је временом, упркос бројним критичким гласовима, преовладао став о њеној изузетној допуштености у нарочито оправданим случајевима. Расветљавање тих случајева један је од циљева овог рада.

У наставку ћемо изложити могуће легитимационе основе за судску коректуру уговорне одредбе, онда када она излази из оквира „правила оловке“.

### 4.3.3. Трагање за могућим правним основом модификоване делимичне ништавости

Као што је већ истакнуто, анализа упоредноправне литературе и судске праксе указује на то да је виђење према коме се суду негира могућност интервенције на нивоу уговорне одредбе, осим у виду прецртавања појединих речи, прилично поједностављено.

---

[174] Душан Николић, *Увод у систем грађанског права*, шеснаесто измењено и допуњено издање, Центар за издавачку делатност Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад 2020, 85.

[175] У том смислу се изјашњава и *Хакл* када каже да „редукција није ограничена само на материју општих услова пословања, него да се она јавља кад год је по среди питање делимичне ништавости уговора, његовог обима и попуњавања непланских празнина које су настале у уговору као последица примене института делимичне ништавости.“ C. H. Hackl, 99. *Хакл* то понавља и на стр. 157 своје дисертације када каже да се проблематика салваторне редукције неосновано ограничава само на материју општих услова пословања иако она, без сумње, има значај за уговорно право уопште.

У својој практичној примени оно би могло довести до неподношљивих последица за оба уговарача. Штавише, у случају да се као спорна јави нека одредба из типског уговора који је масовно закључиван, такав ригидан приступ могао би изазвати потресе у читавим секторима пословања. Када би се суд искључиво ограничио на лингвистичко тумачење чл. 105, ст. 1 ЗОО, исход који би у појединим случајевима могао да уследи у виду ништавости уговора у целости, медицинским речником могао би се описати изјавом „операција је била успешна, али је пацијент умро“.[176] Ова изјава би нарочито била адекватна у случајевима који би подразумевали налагање обостране реституције примљеног код уговора са трајним извршењем престација код којих је испуњење уговорних обавеза поодмакло или је чак једна страна у потпуности испунила своју уговорну обавезу (нпр. банка која је у целости исплатила износ одобреног кредита). Отуда не изненађује то што судска пракса показује флексибилнији приступ проблематици ништавости како би се превазишле овакве потешкоће, а такав став наилази и на подршку међу правним писцима.

Преформулисање уговорне одредбе, подразумева се, не би могло да се оправда само разлозима прагматичности и сврсисходности.[177] Уместо тога, потребно је пронаћи упориште за такво поступање у нормама важећег права, а евентуално и у правилима тумачења и попуњавања правних празнина.

Иако су присталице салваторне редукције сагласни са самим исходом – одржавањем на снази спорне уговорне одредбе у допуштеној садржини – они дају опречна образложења по питању нормативне фундираности таквог поступања. У редовима који следе биће сумарно изложени најистакнутији аргументи који се срећу у упоредноправној доктрини у настојању да се обезбеди легитимитет за преобликовање садржине уговорних клаузула од стране судова.

#### 4.3.3.1. Аутори који се позитивно изјашњавају по питању законске фундираности модификоване делимичне ништавости

Велики број аутора свој став о допуштености модификоване делимичне ништавости изводи из телеолошке интерпретације општег правила о делимичној ништавости. Они сматрају да упркос томе што језички гледано општа одредба о

[176] Аналогија је инспирисана R. Zimmermann (1979), 101 и 102.
[177] R. Zimmermann (1979), 47; K. Uffmann (2010), 16.

делимичној ништавости не предвиђа изричито могућност земене ништавог дела пуноважним, њоме таква могућност није искључена.[178] Стога, ако се пође од смисла овог института, а то је да се последица ништавости ограничи на оно што је нужно уз одржавање уговора на снази, он упућује и на могућност салваторне редукције ексцесивне одредбе. Тако уважени швајцарски цивилиста *Крамер* истиче да „формулација чл. 20, ст. 2 [Ш]ОР[179] ни на који начин не искључује могућност да на место ништавог дела ступи заменско правило које модификује првобитни споразум. Чак и у том случају уговор важи 'без ништавог дела'"[180] Он додаје и да се „методолошки посматрано не ради само о аналогној примени чл. 20, ст 2 [Ш]ОР".[181]

Теоретичари који заступају став о аналогној примени општег правила о делимичној ништавости,[182] полазе од тога да је општа одредба о делимичној ништавости непотпуна, то јест да садржи непланску празнину, коју је стога потребно попунити. Квалификовање неке празнине у закону као непланске представља вредносно питање. Да ли је решење за нерегулисано питање потребно или не зависи од „иманентне телеологије закона".[183] Наиме, ако је по среди неко питање које законодавац свесно није регулисао јер није желео да га допусти, не би се могло тврдити да постоји непланска празнина која суду отвара простор да је попуни. И обрнуто, „[к]ада се утврди да разлог због којег је норма регулисала известан тип ситуација на дати начин (њен *ratio legis*) одговара и ситуацији која није регулисана, онда се говори о сличности која је основ за њену аналогну примену."[184]

Међу ауторима који говоре о непланској празнини има и оних који сматрају да се она може попунити аналогном применом законских редукционих норми. У тој групи се

---

[178] R. Hürlimann, 75 и 76.

[179] Формулација чл. 20 ст. 2 ШОР суштински одговара поставци општег правила о делимичној ништавости из чл. 105, ст. 1 ЗОО. Чл. 20 ШОР гласи: „ (1) Уговор који има немогућ или незаконит садржај или је противан добрим обичајима, ништав је. (2) Уколико недостатак погађа само делове уговора, ништави су само они, ако се не може претпоставити да без ништавог дела уговор не би био закључен."

[180] E. A. Kramer у: BernKo, 162, 163, пасус 362. „Art. 20 II schliesst es schon von seinem Wortlaut aus betrachtet keineswegs aus, dass an die Stelle des nichtigen Teils eine die ursprüngliche Vereinbarung modifizierende Ersatzregel tritt."

[181] E. A. Kramer у: BernKo, 163.

[182] P. Gauch, W. R. Schluep, 156.

[183] Claus-Wilhelm Canaris, „Die Feststellung von Lücken im Gesetz – Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung *praeter legem*", *Schriften zur Rechtstheorie*, Heft 3, 2. Aufl., Berlin 1983, 23.

[184] Радмила Васић, Миодраг Јовановић, Горан Дајовић, *Увод у право*, шесто издање, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2019, 369.

издваја *Канарис* који је поставио питање да ли се случајевима законске редукције може приписати парадигматски карактер и да ли се њиховом критичком реконструкцијом може извести правило о салваторној редукцији.[185] Ова група аутора полази од тога да из законских редукционих одредаба проистиче намера законодавца да се интервенцијом суда осигура примерена садржина уговора. Неки теоретичари деле мишљење да би било противно вредновању закнодавца које проистиче из ових одредаба, забранити редукцију у упоредивим случајевима. Имплицитно, овај став полази од тога да је законодавац регулисао могућност редукције прекомерних престација само у типичним случајевима, чиме није искључио њихову аналогну примену у упоредивим ситуацијима. У том смислу, *Дедуал* за швајцарско право износи став да се „системским тумачењем ШОР може закључити да коректура прекомерних уговорних клаузула представља идеју водиљу швајцарског Закона о облигацијама.“[186]

Затим постоје аутори који до правног основа за практиковање модификоване делимичне ништавости долазе комбинованом применом делимичне ништавости у најужем смислу и интерпретативне технике познате као допуњујуће тумачење уговора (нем. *ergänzende Vertragsauslegung*). Суд најпре, обичним елиминисањем уговорне клаузуле, долази до (накнадне) празнине у уговору, да би је, у другом кораку, попунио допуњујућим тумачењем уговора.[187] Допуњујуће тумачење уговора редовно се везује за тзв. почетне празнине у уговору, то јест за питања поводом којих уговарачи нису постигли договор јер о њима нису размишљали, а која су се испоставила релевантним за њихов уговорни однос. Код модификоване делимичне ништавости која се постиже на овај начин, полази се од фикције да уговарачи нису уредили неко питање у уговору што суду даје простор за попуњавање накнадно настале празнине.

Ова интерпретативна техника се вешто користи како би се, терминолошки гледано, остало у границама приватне аутономије. Наиме, реч тумачење указује на то да се допуна уговора врши ослонцем на (хипотетичку) вољу уговарача, чиме се судско преобликовање уговорне садржине доводи у склад са начелом аутономије воље. Њеном применом, суд треба да изнађе избалансирано решење које би подједнако уважавало интересе обају

[185] Canaris Claus-Wilhelm, „Gesamtunwirksamkeit und Teilgültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen“, у: Jürgen F. Baur *et al* (Hrsg), *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag* 1990, 537, 571.
[186] A. Dedual, 205.
[187] *Ibid*, 27.

уговарача.[188] Ради се, дакле, о одредби коју би поставили и сами уговарачи као савесни и разумни партнери у уговорном односу да им је била позната ништавост првобитно предвиђене одредбе.[189] На тај начин се, заобилазним путем, постиже свођење прекомерних клаузула на допуштену садржину.[190] Присталице које заговарају овај пут истичу да се жељени резултат не постиже модификацијом унутар постојеће уговорне клаузуле, него инсистирају на томе да проблематична клаузула отпада у целости, што отвара простор за постављање заменског правила ослонцем на допуњујуће тумачење уговора.[191] На овај начин, они настоје да остану под окриљем језичке формулације општег правила о делимичној ништавости које каже да ће уговор наставити да важи „без ништаве одредбе“.

Овде само прелиминарно напомињемо да ће касније у раду бити обрађено питање под којим условима ће бити допуштено допуњујуће тумачење уговора: само онда када закон не садржи одговарајуће заменско правило, односно када би се радило о празнини у уговору која би уједно разоткрила и празнину у закону, или и у случајевима у којима би се испоставило да заменско правило из диспозитивне законске норме не осликава најбоље вољу контрахената у датом уговорном контексту.[192]

Код неких правних писаца није најјасније да ли се они залажу за сукцесивну примену делимичне ништавости и допуњујућег тумачења уговора, или су пре става да редуковање садржине уговорне одредбе спречава наступање делимичне ништавости. У том смислу *Pom* поставља питање да ли резултат који води свођењу садржине уговорне одредбе на допуштену меру „представља напуштање општег правила о делимичној ништавости и признавање салваторне редукције“. Но, већ у наредној реченици, *Pom* истиче да немачки Савезни врховни суд (нем. *Bundesgerichtshof* – БГХ) у тим случајевима полази од примене општег правила о делимичној ништавости уговора из § 139 БГБ.[193]

Као што смо већ истакли, да би се салваторној редукцији признао статус самосталног правног инструмента, она би морала бити експлицитно нормирана

[188] H. J. Bunte, 1148; K. Uffmann (2010), 151, 152, 175.
[189] H. Krejci у: ABGB (2014), 311.
[190] K. Uffmann (2010), 3, 5.
[191] P. Gauch, W. R. Schluep, 157.
[192] C. Claus-Wilhelm (1990), 559.
[193] H. Roth у: Staudinger (2020), 39, 45, 46.

законом.[194] У одсуству њеног самосталног правног основа, она се мора довести у везу са неким другим правним основом или, у случају системског тумачења, више њих како би судија остао у границама закона, односно у најбољем случају, у границама допуштеног развоја права *praeter legem*.

Затим је било покушаја да се елиминисање прекомерности на нивоу уговорне одредбе постигне телеолошком редукцијом општег правила о делимичној ништавости.[195] Код телеолошке редукције полази се од тога да је текст закона постављен преширoко, тако да се узима да речи које је законодавац употребио имају уже значење од оног које им је он првобитно приписао.[196] За разлику од аналогије код које се полази од тога да законодавац није уредио неко питање које је требало да буде уређено, код телеолошке редукције полази се од супротне претпоставке да је законодавац несвесно преширoко уредио неко питање. Примењено на правило о делимичној ништавости, када законодавац каже ништава одредба, он не мисли нужно на целу одредбу него и на њен део који се исказује као споран.[197] Штавише, поједини правни писци отишли су и корак даље тако што су логику телеолошке редукције преширoко постављених законских формулација применили на ниво уговора. Сходно томе, суд рестриктивним тумачењем може да сузи поље примене преширoко постављене уговорне одредбе како би се она одржала на снази у обиму који хармонира са законом.

Неки аутори истичу да је салваторна редукција *sui generis* институт,[198] различит од института са којима се он у доктрини редовно доводи у везу. Одбрана оваквог става је проблематична, јер самосвојна природа института подразумева и његов самосталан правни основ у закону, што према тренутној редакцији испитиваних правних система није случај. Услед непостојања засебног правног основа у важећем праву, салваторна редукција се евентуално може сматрати модалитетом неке од нормираних правних установа, али не и самосталном правном установом.[199]

---

[194] A. Dedual, 27.
[195] Joachim Schmidt-Salzer, *Das Recht der Allgemeinen Geschäfts-und Versicherungsbedingungen*, 1967, 250. Нав. према: A. Dedual, 20.
[196] K. Uffmann (2010), 215.
[197] C. H. Hackl, 96 и 97.
[198] K. Uffmann (2010), 221, фн. 55 са даљим упућивањем.
[199] A. Dedual, 12, 27.

Осим тога, у германској доктрини заступљено је и схватање, иако додуше мањинско,[200] према коме се заговара могућност измене уговорне одредбе применом правила конверзије.[201] За овај приступ определили су се чак и поједини швајцарски аутори упркос томе што институт конверзије није изричито нормиран у швајцарском праву. За њега пледирају и поједини домаћи цивилисти у коментарима правног схватања ВКС поводом пуноважности валутне клаузуле уговора о кредиту.[202] Ставови аутора који легитимациони основ за модификацију садржине уговорне одредбе уз задржавање „идентитета“ уговора проналазе у правном институту конверзије биће анализирани у делу рада који је посвећен разграничењу делимичне ништавости и конверзије.

Поједини аутори оправдање за практиковање редукције проналазе у општим начелима приватног права попут принципа афирмације уговора – *favor contractus*. Тако *Канарис* сматра да салваторна редукција уговорне клаузуле подржава идеју приватне аутономије, односно да се салваторном редукцијом разумно ограничавају ризици којима је аутономија воље изложена услед садржинске контроле уговора.[203] Исти закључак износи и *Ф. Бидлински* према коме „здравом општем принципу аустријског уговорног права одговара да се један недопуштени уговор третира као ништав само у мери у којој је то нужно имајући у виду садржину и циљ законске забране, услед чега се прекомерне клаузуле имају редуковати тако да преостане онај садржај који се може одржати на снази.“[204]

Међу ауторима има и оних који могућност салваторне редукције виде у разлозима правне логике. Када би постојала забрана модификоване делимичне ништавости, њен резултат би се могао постићи „разбијањем“ једне клаузуле на већи број клаузула. Свесни тога, у хипотези забране салваторне редукције, стипуланти би раздвајањем садржине једне клаузуле у већи број уговорних одредаба применом обичне делимичне ништавости осигурали за себе бољи резултат од оног на који би могли рачунати у случају постављања једне комплексне клаузуле.[205]

---

[200] K. Uffmann (2010), 221 и 222; A. Dedual, 24.
[201] A. Dedual, 24, фн. 41 са даљим упућивањем; K. Uffmann (2010), 221 са даљим упућивањем.
[202] М. Живковић (2019), 464, 478-480; Katarina Dolović Bojić, „O konverziji ugovora u srpskom pravu sa posebnim osvrtom na sudsku konverziju“, *Anali Pravnog fakulteta u Begradu* Vol. 68, 1/2020, 156-158.
[203] C. Claus-Wilhelm (1990), 559.
[204] F. Bydlinski, „Allgemeine Versorgungsbedingungen und Energielieferungsverträge in Österreich“, *FS Neumayer* (1985), 127. Нав. према: A. Geroldinger (2013), 28, фн. 12.
[205] A. Illedits, 57, 58.

Напослетку, има аутора који сматрају да је постављање заменског правила у уговору допуштено на основу овлашћења суда да унапређује (развија) право у случају правне празнине (нем. *richterliche Rechtsfortbildung, Rechtsentwicklung*). Наиме, када би у закону постојала одговарајућа норма посредством које би се могла попунити накнадно настала празнина у уговору, суд ни не би требало да се бави постављањем заменског правила, него би само требало да примени одговарајућу законску, императивну или диспозитивну, норму. Штавише, у случају постојања одговарајуће законске норме у уговору не би ни постјала празнина. Отуда, управо одсуство одговарајуће законске норме даје суду могућност да за конкретан случај постави правило којим ће надоместити недостајуће правило.[206]

#### 4.3.3.2. Аутори који негирају постојање законског основа за примену модификоване делимичне ништавости

Осим аутора који заговарају салваторну редукцију, има и правних писаца који негирају постојање адекватног законског основа за њену примену. Њихова аргументација се углавном базира на традиционалном схватању улоге суда у правним системима континенталне Европе,[207] према коме је судовима забрањено да саучествују у креирању садржине уговора. Задатак судова се, према њиховом виђењу, завршава на томе да испитају да ли је уговор закључен у границама правног поретка или не. Уколико суд утврди да садржина уговора излази из оквира које је поставио законодавац, престаје свака даља потреба да се суд бави тим уговором.[208] Оно што остаје нејасно јесте како ови аутори објашњавају допуштеност обичне делимичне ништавости и њене подваријанте у виду „правила оловке“, чија примена, такође, води модификацији садржине уговореног.[209] Другим речима, доследност у њиховим ставовима би захтевала безизузетну примену

[206] K. Uffmann (2010), 265.
[207] О томе више код: Душан Николић, „Одговорност за развој правног система и креативна улога судова“, *Зборник сажетака са међународне научне конференције Одговорност у правном и друштвеном контексту*, Правни факултет Универзитет у Нишу, Ниш 2020, 227, 228.
[208] R. Zimmermann (1979), 91. Овим се не негира право и обавеза суда да наложи правне последице ништавости у складу са законом (реституцију, ако су уговорне престације испуњене и евентуално накнаду штете).
[209] A. Illedits, 60.

правила „све или ништа“, што би у великом броју случајева била превелика жртва са становишта правне сигурности.

У релативно новијој немачкој доктрини став „све или ништа“ заговара *Хеземејер* који се у литератури издваја по оштрини своје критике на рачун судске интервенције у садржину уговора. Према његовом мишљењу, примени делимичне ништавости на нивоу уговорне одредбе недостаје легитимациони основ у позитивном праву.[210] Такав вид задирања суда у садржину уговореног разорио би важење приватне аутономије и омогућио тенденциозно обликовање уговора од стране суда, чиме би била доведена у питање читава законска систематика.[211]

Док је према владајућем ставу у савременој доктрини грађанског права овде реч о примеру допуштеног развоја права *praeter legem, Цимерман* сматра да би примена модификоване делимичне ништавости значила кориговање закона *contra legem* које је недопуштено са становишта уставноправног принципа поделе власти,[212] што би за последицу имало „пузајуће растакање законског поретка“.[213]

Поједини аутори негирају могућност сходне примене нормираних случајева редукције на прекомерне уговорне одредбе указујући на правило *singularia non sunt extenda*.[214] У литератури се овај аргумент дискредитује тиме што се истиче да је у науци о правним методама потврђена могућност аналогног закључивања и са нормама које уређују изузетне случајеве, ако између регулисаног и нерегулисаног случаја постоји структурална сличност.[215]

*Бухер (Bucher)* истиче да прогресивно схватање одредбе о делимичној ништавости према коме треба допустити измену унутар уговорне одредбе није убедљиво јер се базира на нестабилној фикцији воље уговарача.[216] Према његовом мишљењу, законодавац је институтом делимичне ништавости желео да постигне нешто сасвим друго, а то је да се у случају истовременог уговарања допуштеног и недопуштеног предмета као кумулативних облигација омогући да уговор произведе дејство у односу на допуштени предмет.[217] Овако

[210] L. Häsemeyer, 1101.
[211] *Ibid*, 1103.
[212] R. Zimmermann (1979), 101.
[213] *Ibid*, 202.
[214] *Ibid*, 89, 90-92.
[215] K. Uffmann (2010), 261.
[216] E. Bucher, 35 и 36.
[217] *Ibid*, 35.

рестриктивно схватање института делимичне ништавости не одговара чак ни његовој законској дефиницији схваћеној у најужем смислу. Наиме, чак ни примери са обичном ништавошћу и „правилом оловке“ нису ограничени на случај који наводи *Бухер*.

### 4.3.4. Трагање за могућим правним основом модификоване делимичне ништавости у српском праву

Након што су изложена доктринарна разматрања по питању допуштености модификоване делимичне ништавости у земљама немачког говорног подручја, требало би испитати каква је њихова „употребна“ вредност са становишта српског права. Другим речима, потребно је проверити да ли „тачке ослонца“ на које се позива германска правна теорија у покушају легитимисања салваторне редукције постоје и у српском позитивном праву.

Као што смо видели, у испитиваним правним системима модификована делимична ништавост није изричито нормирана. Но, упркос непостојању експлицитног законског основа њено практиковање у изузетним околностима заговара значајан део савремене доктрине. Уз то, коректуру садржине уговора спроводи и јудикатура у германским земљама при чему до резултата долази „сигурнијим“ путем који подразумева комбиновану примену делимичне ништавости и допуњујућег тумачења уговора.

Сви изнети аргументи који се срећу у германској доктрини, у виду телеолошке интерпретације и телеолошке редукције општег правила о делимичној ништавости из чл. 105 ЗОО, аналогне примене чл. 105 ЗОО и аналогне примене законских одредаба о редукцији имају употребну вредност и за наше право. Наиме, ни чл. 105. ст. 1 ЗОО не нормира изричито могућност салваторне редукције, али је ни не забрањује. Сходно томе, могло би се рећи да модификована делимична ништавост хармонира са сврхом института делимичне ништавости. Уз то, ЗОО садржи неколико законских редукционих норми о којима ће касније бити више речи. У случајевима када се коректура садржине неке уговорне одредбе спроводи на основу закона, то јест на основу специјалне (текстуалне) норме о редукцији, она је догматски неспорна. По природи ствари, овакви случајеви судске интервенције у садржину уговореног нису проблематични јер суд за то има експлицитно законско овлашћење. У тим случајевима, чак и када мења садржину оног што су стране првобитно уговориле, суд остаје у границама својих овлашћења. Коректура

уговора је у тим случајевима резултат (непосредне) примене права. Ипак, и у вези са случајевима законски нормиране редукције постоје разлике у зависности од тога да ли нормотворац предвиђа садржину одредбе која ће ступити на место ништаве клаузуле, или само начелно даје овлешћење суду да износ прекомерне престације редукује на правичан износ. У поређењу са испитиваним правним системима, у ЗОО постоји и једна редукциона норма која нема свој пандан ни у ШОР ни у БГБ. Овде мислимо на чл. 141, ст. 3 ЗОО који суду даје овлашћење да на захтев оштећеног снизи износ зеленашке престације у сврху одржавања уговора на сази. Одсуство изричите норме у том правцу у ШОР и БГБ, као што ће се касније видети, није представљало препреку да немачки и швајцарски судови у одређеним случајевима редукују износ зеленашке престације.

Осим тога, ЗОО садржи изричиту одредбу којом је суд, под одређеним условима, овлашћен да употпуни сагласност уговарача у погледу споредних тачака. Наиме, ако су уговарачи постигли сагласност о битним састојцима уговора (чл. 32, ст 1 ЗОО), али су споразум о споредним тачкама о којима су водили преговоре оставили за касније, па тај доцнији споразум изостане, суд ће имати право да на захтев једне уговорне стране уреди споредне тачке уговора[218] „водећи рачуна о претходним преговорима, утврђеној пракси између уговарача и обичајима“ (чл. 32, 2 ЗОО).

Уколико законодавац даје ову могућност суду у случају да уговарачи нису постигли сагласност о споредним тачкама иако су о њима преговарали, онда би тим пре требало допустити суду да уреди неку споредну тачку уговора око које су се стране сагласиле, ако се у поступку судске контроле испостави да је она неспојива са правним поретком. Другим речима, ако није спорна ниједна битна одредба уговора, може се поћи од претпоставке да би уговарачи ништаву споредну одредбу од самог почетка поставили у складу са границама правног поретка, да су им оне биле познате у моменту закључења уговора.

Осим употпуњавања уговора у случају када су стране водиле преговоре о споредним тачкама, у нашој доктрини постоји сагласност и о томе да је суду дозвољено попуњавање тзв. непланских (случајних[219]) празнина у уговору поводом споредних тачака. Иначе, празнина у уговору постоји ако стране о неком питању нису преговарале, а о њему

[218] Миодраг Орлић, *Закључење уговора,* Институт за упоредно право, Београд 1993, 262, 267.
[219] С. Радовановић у: Б. Пајтић, С. Радовановић, А. Дудаш, 313.

у закону не постоји решење било у виду императивних или, чешће, диспозитивних одредаба, нити се на то питање аналогно може применити нека одредба закона. Тако *Водинелић* попуњавање празнина у правном послу одређује као „постављање одредаба којих нема у правном послу за питања која нису уређена ни когентним ни диспозитивним нормама других извора права.“[220] Попуњавање празнина у уговору спомиње и *Орлић*: „Ако је садржина понуде била непотпуна, могу настати тешкоће у тумачењу уговора, јер ће пропусте морати да попуњава суд.“[221] Иако ово питање није изричито регулисано у нашем праву домаћа цивилистика стоји на становишту да ће у неким случајевима попуњавање празнина у уговору бити неопходно. Тада ће суд бити овлашћен (али и дужан) да попуни празнину у уговору ослонцем на претпостављену (хипотетичку) вољу уговарача, постављањем одредбе „*коју би и саме уговорне стране одредиле да су је уопште могле предвидети у тренутку закључења уговора* (наглашавање оригинално)“.[222]

Из овог следи да нашем грађанском праву није стран концепт судског употпуњавања празнина у уговору ослонцем на хипотетичку вољу уговарача. С тим у вези битно је запазити да га домаћа теорија везује за употпуњавање споредних тачака уговора. Ово не чуди будући да се према нашем праву минимум обима сагласности који мора да се постигне код именованих уговора односи на његове (објективне и субјективне) битне састојке.[223] Без сагласности о битним условима не би ни било уговора, па суд не би имао ни шта да употпуњује.

На основу реченог, делује да не би било препрека за примену допуњујућег тумачења у погледу споредних уговорних тачака ни у случају накнадне празнине у уговору. Штавише, улога суда у случају употпуњавања накнадне празнине у уговору била би једноставнија у поређењу са попуњавањем почетне празнине у уговору утолико што суд из ништаве одредбе са легитимним језгром црпи непосредна сазнања о томе шта су уговарачи њоме хтели да постигну.

У прилог допуњујућем тумачењу уговора у случају накнадних празнина изјаснио се и Савезни суд у случају Гзс 62/75 још 1975. године: „Ако ништава одредба уговора не

---

[220] V. V. Vodinelić (2014), 190. Овде нам једино није јасно на шта се мисли под „другим“ изворима права. По нашем мишљењу, суштина је да се меродавна одредба не налази ни у једној императивној нити диспозитивној норми извора права.
[221] М. Орлић (1993), 240.
[222] С. Радовановић у: Б. Пајтић, С. Радовановић, А. Дудаш, 314.
[223] М. Орлић (1993), 249 и 250.

повлачи ништавост и самог уговора, ништава се одредба може заменити одредбом која произилази из сагласне воље странака, односно из онога што би странке уговориле да су знале да је одредба ништава.“[224]

Надаље, ЗОО садржи изричит правни основ за супституцију непуноважне уговорне одредбе пуноважном. Иако ЗОО ову могућност изричито везује само за уговоре код којих постоји обавеза закључења и код којих закон прописује обавезну садржину, њој се може приписати шире значење.[225] Наиме, чл. 27, ст. 2 ЗОО гласи: „Одредбе прописа којима се, делимично или у целини, одређује садржина уговора саставни су делови тих уговора, те их употпуњавају или ступају на место уговорних одредби које нису у сагласности са њима.“ Језичким тумачењем ове одредбе нема сумње да се под „одредбе прописа“ мисли на когентне норме. Закон прописује садржину неког уговора онда када типично слабијој страни која приступа том уговору жели да обезбеди основне гарантије. Суштина коју је законодавац желео да нагласи чл. 27, ст. 2 ЗОО јесте да ће уговараче, чак и у случају да постигну сагласност око неког питања које се коси са императивним нормама, *ex tunc* обавезивати правило из когентне норме уместо уговорне одредбе. Изричито ограничење поља примене ове одредбе на уговоре чију обавезну садржину прописује закон не представља сметњу да се њена идеја водиља примени и на друге уговоре. На пример, неспорно је да би одредбу уговора којом се искључује ток рока застарелости потраживања требало супституисати одговарајућим законским правилом којим се уређује рок застарелости за одређену врсту потраживања.

Подршку за то виђење налазимо и у нашој доктрини према којој делује да није спорно да се и случајеви супституције уговорне одредбе правилом *ius cogens* подводе под правну установу делимичне ништавости. Тако се у домаћим уџбеницима и коментарима из материје општег дела грађанског права и облигационог права, ради илустрације института делимичне ништавости, често наводи пример који уместо обичног елиминисања спорне одредбе подразумева преобликовање садржине уговорне одредбе. Овде пре свега мислимо на случај када уговорена каматна стопа премашује максимално

[224] Хранислав Карамарковић (Ур.), *Збирка судских одлука из области грађанског права 1973-1986*, Врховни суд Србије, 67.
[225] Слободан Перовић у: Slobodan Perović, Dragoljub Stojanović (red.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Knjiga prva, Kulturni centar – Gornji Milanovac, Pravni fakultet – Kragujevac, 1980, 189.

допуштени износ. Тада ће се, као што је познато, уместо уговорене, применити највећа дозвољена каматна стопа.[226]

У домаћој литератури често се среће и пример са октроисаним ценама.[227] Прописивање цена може ићи у два правца: одређивањем минималних или максималних цена. Минималне цене[228] држава предвиђа ради заштите произвођача одређених производа, док се максималне цене намећу у кризним ситуацијама када је доведено у питање уредно снабдевање становништава одређеном врстом дефицитарне робе.[229] Улога суда у случају корекције цене у овим примерима подразумева најпре утврђење повреде прописаног минимума или, чешће, максимума неке накнаде и њену замену допуштеним износом те накнаде.[230]

У домаћој теорији се ови примери доводе у везу са институтом делимичне ништавости.[231] Ово упућује на закључак да домаћа цивилистика појам делимичне ништавости схвата шире од њеног најужег значења у виду прецртавања спорне клаузуле без могућности додатних измена садржине уговореног. Домаћа доктрина тиме, макар имплицитно, признаје модалитет делимичне ништавости који подразумева отклањање спорне уговорне одредбе уз њену истовремену супституцију другом уговорном одредбом која се црпи из закона или другог општег акта, а која је по својој природи императивне нарави. Иако у резултату оваква замена доводи до измене садржине првобитно

---

[226] Чл. 399, ст. 4. ЗОО. А. Дудаш у: Б. Пајтић, С. Радовановић, А. Дудаш, 397; Атила Дудаш, *Кауза облигационих уговора,* докторска дисертација, Универзитет у Новом Саду, Правни факултет, Нови Сад 2011, 142; Даница Попов, *Грађанско право (Општи део)*, Центар за издавачку делатност Универзитет у Новом Саду, Правни факултет, Нови Сад 2012, 286; Dragoljub D. Stojanović, *Uvod u građansko pravo*, 9. izdanje, Izdavači: Dr. Dragoljub i Srđan Stojanović, Beograd 2000, 380; Слободан Перовић у: S. Perović, D. Stojanović (1980), 364; В. Круљ у: Borislav T. Blagojević, Vrleta Krulj (Red.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Savremena administracija, Beograd 1980, 311; V. Krulj (1954), 75, 138; Boris Vizner, *Komentar zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Zagreb 1978, 464; О подвођењу упоредиве одредбе из § 917a АБГБ под институт делимичне ништавости в. C. H. Hackl, 131.

[227] Чл. 463 ЗОО.

[228] Уколико је уговором повређена минимално загарантована цена неког производа, суд неће спровести редукцију већ екстензију престрације тако што ће уговорени износ повећати до законског минимума.

[229] Otto Sandrock, „Subjektive und objektive Gestaltungskräfte bei der Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften, Ein Beitrag zur Auslegung von § 139 BGB“, *Archiv für die civilistische Praxis*, 6/1960-1961, 508 и 509; J. Hager, 212.

[230] Један од најновијих извора којим се лимитирају цене појединих производа јесте Уредба о ограничењу висине цене основних животних намирница, *Службени гласник* РС, број 84/2022.

[231] Изузетак срећемо код *Доловић Бојић*, која у осврту на решење ИГЗ које омогућује супституцију ништаве одредбе законском императивном нормом под окриљем института делимичне ништавости, истиче да њу овај вид модификације уговора „неодољиво подсећа на неку врсту делимичне конверзије уговора“. К. Г. Доловић Бојић (2021), 190. На стр. 195 монографије *Правно непостојећи уговори*, *Доловић Бојић* уместо делимичне конверзије у вези са истим примером говори о судској конверзији.

уговореног, она се редовно не означава примером (законске) конверзије, већ случајем (законске) делимичне ништавости.

У домаћој доктрини, међутим, постоје и ставови према којима наше право не познаје могућност супституције ништаве одредбе уговора императивном нормом. Тако *Доловић Бојић* износи став да у нашем праву, за разлику од италијанског, није предвиђена могућност замене ништаве клаузуле когентном нормом.[232] Да бисмо проверили овај навод, најпре је потребно да сазнамо како гласи члан Италијанског грађанског законика (ИГЗ) на који ауторка упућује, да бисмо потом испитали да ли у нашем позитивном праву постоји његов пандан, те да ли је његово постојање уопште нужно да би се дозволила супституција ништаве одредбе уговора императивном нормом. Чл. 1419, ст. 2 ИГЗ гласи „Ништавост појединих клаузула не повлачи ништавост уговора, ако ништаве клаузуле бивају замењене имеративним законским одредбама.“

За разлику од *Доловић Бојић,* која сматра да је нужно да законодавац овако нешто изричито пропише да би то било допуштено, ми сматрамо супротно. Наиме, супституција ништаве уговорне одредбе законском императивном нормом, према нашем мишљењу, могућа је увек када је у императивној норми садржано конкретно правно правило (као пример за то нам опет могу послужити когентне одредбе закона којима се прописује дужина рокова застарелости потраживања). Штавише, и у системима у којима не постоји одредба која би била пандан чл. 1419, ст. 2 ИГЗ, могућност супституције ништаве одредбе уговора императивном законском нормом се не доводи у питање. Након супституције, садржина уговора одговараће ономе што је законодавац изричито предвидео као допуштено, тако да се такав резултат не коси са традиционалном улогом судова у земљама континенталне Европе.

Суштински проблем, заправо, настаје онда када не постоји когентна супстиуциона норма. Тада треба разликовати више случајева: 1) када постоји одговарајућа диспозитивна норма; 2) када постоји правило које су сами уговарачи предвидели за случај ништавости конкретне уговорне одредбе – тзв. салваторна клаузула; 3) када не постоји одговарајућа диспозитивна одредба, нити су стране постигле договор о заменском правилу, то јест када постоји нормативни дефицит. Сваки од ових случајева одвојено треба размотрити што ће бити учињено на одговарајућем месту у раду.

[232] К. Г. Доловић Бојић (2021), 192.

Поред свих до сада наведених могућих легитимационих основа, делује да у поређењу са испитиваним системима у српском праву постоје још два додатна разлога којима се може ојачати аргументациона линија у прилог модификоване делимичне ништавости. У првом реду мислимо на чл. 103, ст. 1 ЗОО који се сматра општом клаузулом о садржинској контроли уговора. Као што смо видели, он својом изричитом формулацијом допушта одступање од ништавости уговора ако циљ повређеног правила упућује на неку другу санкцију. Иако законодавац не опредељује о којој се „другој санкцији“ ради, он даје изричит правни основ суду да испита циљ који се прописивањем ништавости настоји остварити и да, спрам тога, определи да ли да одступи од ништавости уговора (па и уговорне одредбе) или не. Флексибилизација санкције ништавости упућивањем на циљ повређеног правила указује нам да је законодавац био свестан ограничености својих капацитета да предвиди све нијансе и појединости сваког случаја понаособ и да спрам њих предвиди адекватне, то јест издиференциране правне последице. Стога, изгледа да управо у овој одредби лежи основ за ублажавање „црно-беле“ слике на страни правних последица садржинске контроле уговора у виду јасног противстављања његове пуноважности спрам ништавости. Да је законодавац по сваку цену и у сваком случају постојања узрока ништавости желео да елиминише свако правно дејство уговора, па и уговорне одредбе, он не би изричито нормирао могућност уважавања циља коме прописано правило треба да служи.

Одступање домаћег суда од примарно опредељене санкције ништавости ослонцем на циљ повређеног правила не би се сматрало кршењем основних демократских принципа и процедура за доношење закона. Наиме, демократска процедура доношења закона подразумева могућност испољавања мишљења различитих парламентарних партија кроз предлагање амандмана и јавне расправе о предлогу текста закона.[233] Овај аргумент се не би могао изнети на рачун одступања од санкције ништавости у српском уговорном праву, јер је управо законодавац делегирао могућност нијансирања последице повреде правила спрам циља који се њиме настоји остварити. Ово је потребно нагласити из разлога што ни аустријско, ни немачко, ни швајцарско право не садрже изричиту могућност да суд

[233] Реч је о аргументу који износи *Цимерман* с обзиром на формулацију § 134 и § 138 у којима се не наводи изузетак од прописане санкције ништавости с обзиром на циљ повређеног правила (законске забране из § 134 и добрих обичаја из § 138). R. Zimmermann (1979), 183 и 184.

одступи од санкције ништавости у зависности од циља повређеног правила.[234] Упркос томе, у њима се приликом опредељивања опсега санкције ништавости и те како води рачуна о циљу забране (нем. *Verbotszweck*).[235] Интересантно је запазити да Француски грађански законик (ФГЗ) у оквиру одредбе о делимичној ништавости изричито налаже да се при опредељивању судбине уговора уважи циљ повређеног правила.[236]

Осим тога, према нашем виђењу, постоји још један разлог да се, с обзиром на редакцију општег правила о делимичној ништавости из чл. 105, ст. 2 ЗОО изузетно допусти практиковање салваторне редукције и то не само онда када ништавост погађа споредне одредбе уговора, него и онда када она тангира субјективно битне састојке уговора. Наиме, док је чл. 105, ст. 1 ЗОО релативно упоредив формулацијама општих одредаба о делимичној ништавости из ШОР и БГБ, примећујемо да његов други став нема свој пандан у испитиваним законодавствима. Подсећања ради, чл. 105, ст. 2 ЗОО гласи:

„Али ће уговор остати на снази чак и ако је ништава одредба била услов или одлучујућа побуда уговора у случају кад је ништавост установљена управо да би уговор био ослобођен те одредбе и важио без ње.“

Управо то што овај став није био инспирисан решењима из грађанскоправних кодификација за које је познато да су *Константиновићу* служиле као узор, отвара питање која је његова сврха, односно због чега га је законодавац „додао“ у члан о делимичној ништавости уговора. Коју је додатну вредност, у поређењу са својим упоредноправним узорима, нормотворац хтео да постигне додавањем овог става. С обзиром на то да је аутор Скице за законик о облигацијама и уговорима, уважени професор *Константиновић* имао у виду текстове најутицајнијих грађанских кодификација тог времена, свакако би се морало поћи од тога да је он овим ставом желео да постигне нешто што не би директно

[234] В. одредбе § 879 АБГБ; чл. 19, ст. 2 и чл. 20, ст. 1 ШОР, као и § 134 и § 138 БГБ. Чл. 19, ст. 1 ШОР гласи: „Клаузуле уговора које одступају од законских одредби допуштене су смо ако не одступају од императивних законских одредби, ако одступање није противно јавном поретку, добрим обичајима или није противно праву личности.“ Чл. 20, ст. 1 ШОР гласи: „Уговор чија је садржина немогућа или противзаконита, или који вређа добре обичаје, ништав је.“ § 134 БГБ гласи: „Правни посао којим се вређа законом прописана забрана, ништав је, осим ако из закона не произлази што друго.“ Штавише код одредбе којом се прописује последица за непоштовање добрих обичаја није предвиђена никаква могућност одступања од последице ништавости иако се она у пракси практикује. Наиме, § 138 ст. 1 БГБ гласи: „Правни посао, који је противан добрим обичајима, ништав је.“ Преводи преузети из: Slavko Đorđević, „Građanski zakonik opšti deo (BGB AT) u prevodu“, Stefan Pürner (Hrsg), Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit, Kragujevac, 2017, 101, 103.

[235] H. Roth у: Staudinger (2020), 8, 9, 15.

[236] Чл. 1184, ст. 2 Француског грађанског законика (ФГЗ).

проистицало из оног што је иначе уобичајена садржина правила о делимичној ништавости у упоредном праву.

Одговор на ово питање, по нашем мишљењу, није једноставан. Штавише, тумачење чл. 105, ст. 2 ЗОО представља прави изазов.[237] Због тога ће у наставку бити речи о његовим могућим значењима, уз аргументовано давање предности једном од њих.

Пре тога, потребно је утврдити на шта је законодавац мислио под формулацијама *услов уговора* и *одлучујућа побуда* који се спомињу већ у чл. 105, ст. 1 ЗОО, будући да од њиховог значења зависи и смисао решења из става 2. Осим тога, потребно је утврдити и корелацију између првог и другог става чл. 105 ЗОО будући да би се, *prima facie*, могло помислити да они представљају *contradictio in adiecto*.[238]

#### 4.3.4.1. Могућа значења речи и израза употребљених у чл. 105 ЗОО

У домаћој теорији наилази се на схватања према којима реч услов у синтагми *услов уговора* треба разумети као услов у правнотехничком смислу (као елемент модификације правног посла), док појам *одлучујућа побуда* треба разумети као каузу у субјективном смислу, тј. као побуду за закључење уговора.[239] Уз то, поједини аутори сматрају да се услов уговора и одлучујућа побуда цене као одвојени „основи“ који могу спречити делимичну ништавост у корист ништавости уговора у целости, при чему се у доктрини истиче да су они постављени алтернативно,[240] односно да је довољно да спорна одредба има квалитет или услова уговора или одлучујуће побуде, да би се уговор принципијелно у целости утврдио ништавим.

За разлику од владајућег става, наше мишљење је да би са становишта суда требало да буде ирелевантно које питање ништава одредба уређује – да ли је то услов у

[237] Супр. код *Доловић Бојић* која у контексту разликовања делимичне ништавости и конверзије сматра да је код нас „на снази јасан законски текст“. К. Г. Доловић Бојић (2021), 192.
[238] С. Мидоровић (2020), 1494.
[239] В. Слободан Перовић, коментар уз чл. 105 ЗОО у: Slobodan Perović (ur.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Savremena administracija, Beograd, 1995, knjiga I, 218; S. Perović у: S. Perović, D. Stojanović (red.), 365; Атила Дудаш, „Кауза уговорне обавезе према Закону о облигационим односима Републике Србије”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2010, 155 и 156; А. Дудаш у: Б. Пајтић, С. Радовановић, А. Дудаш, 396. О услову као елементу модификације правног посла (независно од тумачења чл. 105 ЗОО) в. више код: Снежана Дабић, „О дејствима модификације уговора одложним условом”, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2014, 197-199.
[240] А. Дудаш (2011), 141; А. Дудаш у: Б. Пајтић, С. Радовановић, А. Дудаш, 396. Супр. К. Доловић Бојић, С. Дабић Никићевић, 732. Према ауторкама субјективни услов делимичне ништавости који се манифестује кроз формулацију *ни услов уговора ни одлучујућа побуда* „садржи два и то кумулативно постављена услова.“

правнотехничком смислу, рок, валутна клаузула, начин обрачуна цене, или било које друго питање – док год је оно за најмање једну уговорну страну имало значај субјективно битног састојка уговора, то јест елемента без ког та страна не би пристала да буде везана уговором, при чему је та околност другој страни била позната или јој она није могла остати непозната. У прилог овој нашој тврдњи може послужити и формулација чл. 1184 ФГЗ у коме се део уговора чије отпадање може повући ништавост уговора у целости означава као одлучујући елемент (фр. *un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles*).

Коришћење израза *услов уговора* и *одлучујућа побуда* у редакцији чл. 105 ЗОО може изазвати забуну и с обзиром на чињеницу да је последицу уговарања недопуштеног услова, било одложног или раскидног, законодавац већ регулисао чл. 75, ст. 1 ЗОО. Сагласно њему, уговор у коме је садржан услов који се коси са императивним нормама, јавним поретком или добрим обичајима, ништав је. Отуда, када би се *услов уговора* из чл. 105 ЗОО схватио у правнотехничком смислу, делује да тиме законодавац не би рекао ништа ново у поређењу са оним што је већ предвидео у чл. 75, ст. 1 ЗОО. Проблем са тумачењем нарочито може изазвати фраза *одлучујућа побуда*, уколико знамо да побуде, по правилу, нису нешто о чему право води рачуна. Штавише, наш законодавац је у чл. 53 ЗОО уредио последице недопуштених побуда које су битно утицале на закључење како теретних, тако и бестеретних уговора. Отуда нам делује да одлучујућа побуда из чл. 105 ЗОО није исто што и недопуштена побуда која је битно утицала на одлуку једног уговарача да закључи уговор из чл. 53 ЗОО.[241] Наиме, када би се услов уговора схватио као што то сугерише чл. 75, ст. 1 ЗОО, а одлучујућа побуда онако како сугерише чл. 53 ЗОО, делује да би део одредбе из чл. 105 ЗОО био лишен свог самосталног значења.[242] Такво разумевање ових речи би, према нашем мишљењу, значило западање законодавца у противречност када би се узео у обзир чл. 105, ст. 2 ЗОО, који омогућује опстанак уговора упркос томе што је ништава одредба била услов уговора или одлучујућа побуда. Дакле, како би се могло одбранити то да законодавац најпре налаже ништавост уговора у случају уговарања недопуштеног услова (чл. 75 ЗОО) и недопуштених побуда (чл. 53 ЗОО), а да потом од те исте последице одступа у чл. 105, ст. 2 ЗОО.

---

[241] Супр: А. Дудаш (2011), 142; S S. Perović у: S. Perović, D. Stojanović (red.), 365; К. Доловић Бојић, С. Дабић Никићевић, 732.

[242] Слично закључују и: К. Доловић Бојић, С. Дабић Никићевић, 733 и 734.

Уместо тога, нама делује да је суштина чл. 105 ЗОО да ће уговор остати на снази упркос ништавости једне одредбе уколико би уговарачи пристали да закључе конкретан уговор и без те ништаве одредбе. Односно, ако је спорна одредба погодовала само једној уговорној страни, кључно би требало да буде да ли би она пристала да буде везана уговором без отпале одредбе. Због тога делује да је законодавац овде желео да се реферише на оно што се у доктрини означава субјективно битним елементом уговора као услову „који је објективно посматрано неважан, али за једну страну (или обе) може представљати "conditio sine qua non" за закључење уговора,“[243] који улази у појам битних састојака уговора из чл. 26 ЗОО.

#### 4.3.4.2. Могућа схватања чл. 105, ст. 2 ЗОО

Као што смо истакли, чл. 105 ЗОО није проблематичан само због тога како треба разумети синтагме *услов уговора* и *одлучујућа побуда.* Проблематичније је утврдити какав је однос између ст. 1 и 2 овог члана. Да би смо то испитали, потребно је да се одреде могућа значења другог става чл. 105 ЗОО.

Најпре, овај став се може разумети тако да се он односи на законом нормиране случајеве супституције ништаве уговорне одредбе пуноважном одредбом. Наиме, некада се измена првобитно предвиђене садржине уговорне одредбе спроводи на основу категоричке супституционе норме садржане у закону или другом општем акту. У тим случајевима, улога суда, чији је задатак у правним системима континенталне Европе да примењује, а не да ствара право, није спорна, јер закон налаже правну последицу – немогућност неке одредбе да производе дејство уз истовремено прописивање да ће на њено место ступити правило императивне нарави.

Но, поставља се питање да ли је законодавац под оним што је рекао у чл. 105, ст. 2 ЗОО заиста мислио на случајеве супституције ништаве одредбе когентном законском нормом онда када је она подобна да врши функцију супституционе норме. Овакву намеру законодавац не исказује у редакцији овог става, то јест он не ограничава одржавање уговора на снази само у оним случајевима када је законом то изричито дозвољено.

[243] М. Орлић (1993), 251.

Сматрамо да би и у одсуству чл. 105, ст. 2 ЗОО супституција ништаве уговорне одредбе законском императивном нормом била допуштена. Као класичан уџбенички пример за овај став наводи се правило из чл. 399, ст. 4 ЗОО које гласи: „Ако је уговорена већа камата од дозвољене, примениће се највећа дозвољена стопа камате.“ По нашем мишљењу, правило из цитираног члана има самостално поље примене тако да нема потребе да се оно доводи у везу са чл. 105, ст. 2 ЗОО. Због тога нам делује да је законодавац овим ставом имао намеру да нам саопшти нешто друго.

Можда управо чл. 105, ст. 2 ЗОО представља *argumentum a fortiori* да се у нашем праву допусти модификована делимична ништавост и то у погледу субјективно битних елемената уговора. Наиме, инсистирање на одржавању уговора на снази чак и у хипотези да је ништава одредба била „услов уговора и одлучујућа побуда“ подвлачи вредност коју наш законодавац види у одржавању остатка уговора на снази. Но, када нека одредба, спрам околности конкретног случаја, има значај субјективно битног елемента уговора, у одсуству сагласности о њој, уговор се неће сматрати закљученим,[244] аналогно чему он без ње не би могао ни да опстане. Стога, ако уговор садржи неку одредбу која има значај услова уговора или одлучујуће побуде, тада се полази од тога да уговорна страна која је инсистирала на њој, не би пристала да буде везана уговором ако би она целости отпала без адекватне замене. Да није тако, спорна одредба се ни не би могла квалификовати као услов уговора или одлучујућа побуда. Због тога је тешко тврдити да је овим ставом законодавац имао намеру да у потпуности пренебрегне приватноправну аутономију и да једног уговарача веже садржином уговора која би се косила са његовим интересима. Отуда би одржавање уговора на снази у том случају било замисливо само уколико би на место ништаве одредбе ступила допуштена одредба упоредиве садржине.

Наиме, ако је за уговарача коме субјективно битна одредба обезбеђује неку корист, прихватљиво да, у случају њене ништавости, њено место заузме друга допуштена одредба, зашто би такву могућност требало одбацити. Тим пре уколико би такав исход био прихватљивији за обе уговорне стране од алтернативе у виду ништавости уговора *in toto* уз све последице коју она повлачи. Наведено би било нарочито оправдано ако према стању законодавства и праксе у моменту уговарања спорне одредбе, уговарачи нису са

[244] М. Орлић (1993), 251 и 252.

извесношћу могли да знају да ће релевантна одредба, у неком каснијем моменту, бити утврђена ништавом.

Познато је да ЗОО, под одређеним условима, изричито допушта редукцију главне престације код зеленашког уговора, упркос намери зеленаша да искористи неповољне околности на страни искоришћеног. Није ли такво решење разлог пре да се допусти редукција прекомерних уговорних одредаба и у околностима када нема лоше намере на страни једног уговарача, под условом да је одржавање уговора на снази у интересу обају уговарача.

На основу реченог, делује да би чл. 105, ст. 2 ЗОО имао смисла само уколико би се он разумео тако да се на место субјективно битне ништаве одредбе постави заменска одредба која би била прихватљива са становишта законодавца, а која би уједно била прихватљивија за уговараче од алтернативе у виду реституције примљеног.

У прилог овом тумачењу могу се навести случајеви који се у домаћој литератури редовно наводе у сврху илустрације овог става. Наиме, типичан пример уз помоћ ког се студентима настоји објаснити функционисање механизма из чл. 105, ст. 2 ЗОО подразумева супституцију прекомерне камате допуштеном код уговора о зајму.[245] Истина, овде је реч о супституцији коју предвиђа сам законодавац. Но, делује да домашај чл. 105, ст. 2 ЗОО није ограничен само на случајеве супституције које експлицитно уређује законодавац тим пре што из саме формулације чл. 105, ст. 2 изостаје резерва која би упућивала на такво ограничење. Да је изворна намера законодавца била да случајеве супституције допусти само онда када је он сам предвидео заменску одредбу која ће ступити на место ништаве, тада би формулација чл. 105, ст. 2 ЗОО то недвосмислено морала да сугерише. У том случају, она би гласила:

„Али ће уговор остати на снази чак и ако је ништава одредба била услов или одлучујућа побуда уговора у случају кад је ништавост установљена управо да би уговор био ослобођен те одредбе и важио без ње, *онда када је то предвиђено законом*.“

Када се све наведено узме у обзир, да ли би се српском законодавцу могла импутирати намера одузимања сваког дејства уговору, чак и у случајевима уговора са трајним извршењем престација, онда када је његова садржина начелно допуштена, а спорна је само нека његова (субјективно битна) одредба и то не у њеној суштини – језгру,

[245] Р. Ковчевић Куштримовић, М. Лазић, 319.

већ у њеном прешироком домашају. Негирање сваке могућности уговору да у тим околностима произведе (модификовано) дејство би по нашем мишљењу представљало последицу противну циљу због ког је ништавост установљена.

Када се, с тим у вези, у домаћој литератури истиче да у нашем праву не постоји установа која би допуштала модификацију садржине (ништаве) уговорне одредбе,[246] то гледано из нашег угла, не значи да не постоји ни одговарајући правни основ да се, под одређеним условима, спроведе модификација уговорне одребе. Односно, када се у домаћој правној књижевности каже да „та установа не постоји у нашем закону,“[247] тачно је да она не постоји као самосталан правни институт, али то не значи уједно да се њена допуштеност не може извести из правних установа које су изричито нормиране. Када се каже да „та установа не постоји у нашем закону,“[248] треба разјаснити шта се подразумева под законом. Ако се под законом мисли само на оно што је у њему изричито језички нормирано, онда је ова изјава тачна, јер модификована делимична ништавост у ЗОО није регулисана као самостална правна установа. Но, по нашем мишљењу, то не значи да се за модификацију садржине уговорне одредбе не може пронаћи утемељење у вредновању законодавца које провејава из низа одредаба ЗОО.[249]

О могућим легитимационим основима модификоване делимичне ништавости у ЗОО већ је било речи. Када би се на основу текста закона из области грађанског права тврдило да нешто није могуће само зато што закон то децидно не дозвољава, то би значило опредељивање за екстремни законски позитивизам и текстуализам,[250] речима

---

[246] Истичемо да је ништавост првобитно уговорене одредбе *conditio sine qua non* да би супституција уопште могла да се узме у разматрање. Стога је пример из праксе, поводом ког је изнет овај коментар у литератури – а то је супституција одредбе са валутном клаузулом у ЦХФ у одредбу са валутном клаузулом у еврима, проблематичан већ у првом кораку који се тиче одрживости аргумената о ништавости клаузуле са валутном клаузулом у ЦХФ. Овим желимо да нагласимо да случај поводом ког су се и јавила теоријска разматрања на ову тему, а на која се овде осврћемо, није оптималан, јер у вези са њим постоји проблем већ у претходном кораку које се тиче постојања ништаве одредбе уговора. К. Г. Доловић Бојић (2021), 192.

[247] К. Г. Доловић Бојић (2021), 192. Исти став у немачкој доктрини дели и *Цимерман* (R. Zimmermann (1979), 80 и даље). Но, реч је о ставу овог уваженог аутора који датира још из 1979. године и који је изнет поводом конкретног случаја (чувених уговора о испоруци пива – *Bierlieferungvertäge*). Он је, у међувремену, напуштен у претежном делу новије доктрине. Тако *Рот* у коментару § 139 БГБ-а из 2020. године указује на то да су са становишта немачке доктрине ставови *Цимермана* и *Хеземејера* који су заговорници ништавости уговорних одредаба у целости уместо салваторне редукције усамљени. H. Roth у: Staudinger (2020), 9.

[248] К. Г. Доловић Бојић (2021), 192.

[249] Иако нам је познато да „оно што није у границама текста норме престаје да буде тумачење и постоје стварање норме“, то не значи да је свако стварање права од стране суда у грађанскоправној материји недопуштено. Због тога доктрина разликује случајеве развоја права *praeter legem* и случајеве развоја права *contra legem*. Р. Васић, М. Јовановић, Г. Дајовић, 324.

[250] Р. Васић, М. Јовановић, Г. Дајовић, 356-358.

*Меша* (*Mäsch*) „строги легализам“[251] као једини начин за дознавање воље законодавца. То би отежало или чак онемогућило изналажење одговора на бројна спорна питања.[252] А спорно питање постоји „када се тумач у конкретном случају сусретне са граничним случајем када не постоји јасан лингвистички одговор на питање да ли се термин из норме односи на конкретну околност или не.“[253] Када би се улога суда као парадигме тумача сводила само на језичко тумачење текста закона, без трагања за његовим смислом, то би представљало крајње поједностављено разумевање судијског позива. Тада би задатак суда био представљен неупоредиво лакшим него што он то заправо јесте. На то је упозоравао још *Богишић* у чл. 993 Општег имовинског законика за Црну Гору (ОИЗ): „Ко само ријечи законски знаде, тај још закона незна [sic.], док му не схвати разум и смисао.“[254]

Стога, осим текста закона (језичког тумачења) од ког се увек полази при решавању неког случаја, пажњу треба посветити и довођењу у везу низа законских одредаба (системско тумачење) како би се испитало начелно вредновање законодавца (телеолошко тумачење) у вези са неким спорним правним питањем. Осим тумачења, суд је овлашћен и да попуњава празнине у законима из материје грађанског права под условом да су оне непланске. Уколико би тумачење и испитивање услова за попуњавање евентуалне празнине у закону указало на недопуштеност оног што у тексту закона није изричито регулисано, онда би се заиста могло тврдити да би неки исход – модификовање садржине неке уговорне одредбе – био *contra legem*. Но, у ситуацији када из вредновања законодавца проистиче да је неко тумачење или развој права *praeter legem*, односно да је у хармонији са начелним вредновањем законодавца, делује да га не би требало олако одбацити.

Осим тога, исход модификације ништаве уговорне одредбе се оспорава и са становишта њене непомирљивости са вољом уговарача.[255] С тим у вези, овде само прелиминарно напомињемо да је хипотетичка воља контрахената, упркос њеним недостацима, правни стандард који се већ деценијама користи у доктрини и судској пракси земаља са респектабилном правном традицијом. Реч је о нормативном стандарду

[251] G. Mäsch у: Staudinger (2019), 205.
[252] Р. Васић, М. Јовановић, Г. Дајовић, 358.
[253] *Ibid*.
[254] Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору, Државна штампарија, Цетиње 1888, 340.
[255] К. Г. Доловић Бојић (2021), 192.

који се среће и у ЗОО, а о коме ће бити више речи у делу који ће бити посвећен односу делимичне ништавости уговора и начела аутономије воље.

### 4.4. Субјективна делимична ништавост

Сви модалитети делимичне ништавости о којима је до сада било речи тицали су се тзв. објективне дељивости уговора. За њих је карактеристично то што се узрок ништавости везује за садржину оног што је било уговорено. У теорији се говори и о тзв. субјективној дељивости уговора (нем. *subjektive Teilbarkeit, subjektive Zerlegung*) која је у основи субјективне делимичне ништавости. Код ње се, како назив сугерише, узрок ништавости не везује за садржину оног што је уговорено, већ за својства најмање једног од више субјеката који се јављају на истој страни уговора.[256]

Наиме, могуће је да се на једној или обе стране уговора јави више субјеката. У том случају се испуњеност услова за пуноважно обавезивање испитује за сваког од њих понаособ. Стога, није незамисливо да се у току судског поступка испостави да је у тренутку закључења уговора само код  једног од више субјеката био присутан узрок ништавости. Он се у тим случајевима најчешће огледа у пословној неспособности једног од више уговорника. Но, узрок ништавости се може састојати и у неком другом недостатку попут недовољне одређености једног од више субјеката. Стога се субјективна дељивост уговора користи као механизам уз помоћ ког се настоји испитати да ли би уговор могао да настави да важи само у односу на оне субјекте који су у моменту закључења уговора испуњавали услове за пуноважно обавезивање. Лишавање уговора свих његових дејстава – дакле, и оних које би уговор могао да произведе у односу на стране које су се пуноважно обавезале – би у неким случајевима могло довести до крајње неправичних решења, односно до ослобађања од обавезе испуњења уговора оног субјекта који се пуноважно обавезао.[257]

[256] R. Zimmermann (1979), 63.
[257] H. M. Pawlowski, 166.

У упоредном праву, правила о субјективној дељивости аналогно се примењују и у случају да се на страни једног од више субјеката јави узрок рушљивости. О делимичној рушљивости уговора биће речи у посебном поглављу.[258]

Иако овај модалитет делимичне ништавости није изричито регулисан општим правилима о делимичној ништавости из страних грађанскоправних кодификација (нпр. у § 139 БГБ, чл. 20. ст. 2 ШОР, § 878, реч. 2 Аустријског грађанског законика – АБГБ), идеја на којој он почива може се сходно применити и на случај субјективне дељивости уговора. Другим речима, не ради се о директној већ о аналогној примени општег правила о делимичној ништавости на описане случајеве.[259] Но, чак и ако се испостави да нису сви већ само један или неки субјекти на једној страни уговора у тренутку његовог закључења били пословно неспособни или се за њих везивао неки други узрок ништавости, то није уједно и гарант да ће се уговор у односу на субјекте који су се пуноважно обавезали одржати на снази. Да ли ће уговор без одређеног субјекта остати на снази или не, зависиће од испитивања претпостављене воље уговарача.[260] Другим речима, чак и ако постоји објективна могућност да се уговор одржи на снази без једног сауговарача, то не значи да ће то и бити исход спора. Да ли ће уговор заиста опстати, зависиће од тога да ли би уговарачи од самог почетка пристали да буду везани уговором без једног од више сауговарача.

Да би се лакше разумео овај модалитет делимичне ништавости, представићемо га кроз неколико примера из праксе највиших судских инстанци у Немачкој и Аустрији.

У првом случају радило се о преузимању обавезе јемца који је јемчио за дужника у корист више поверилаца при чему је само један од поверилаца у уговору о јемству био одређен, док су други били неодредиви. Отуда се поставило питање, да ли би јемац могао да се ослободи обавезе јемчења истицањем ништавости уговора о јемству. БГХ је нашао да се на овај случај има сходно применити опште правило о делимичној ништавости из § 139 БГБ. Следствено, уговор о јемству ће се сматрати дељивим у субјективном смислу, те ће он у односу на повериоца који је у уговору о јемству прецизно одређен производити дејство. Тиме, како истиче БГХ, положај јемца није погоршан у односу на његова

[258] В. 12. поглавље.
[259] P. Ulmer, 803.
[260] Jürgen Ellenberger у: Jürgen Ellenberger *et al* (bearb.), *Beck'sche kurz-Kommentare Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch*, 80. Auflage, C.H. Beck 2021 (надаље: Palandt 2021), 158.

очекивања у моменту закључења уговора о јемству, будући да је износ дуга за који јемчи остао непромењен.[261]

Други случај који је расправљан пред аустријским Савезним врховним судом (ОГХ) тицао се уговора о продаји плаца са опремљеном кућом који су као продавци закључили супружници, иначе сувласници предмета продаје, са купцима – другим брачним паром. Купопродајна цена била је опредељена ниже од тржишне. Разлог за то лежао је у чињеници да је истовремено са уговором о продаји закључен и уговор којим су се купци обавезали да ће у корист продаваца на предмету купопродаје конституисати личну службеност становања. По основу тог уговора, продавци су уписани у земљишне књиге као имаоци личне службености становања. Осим тога, уговором су купци преузели обавезу и да брину о продавцима у случају њихове болести. Радило се, наиме, о својеврсној комбинацији елемената више различитих уговора: уговора о продаји непокретности, уговора о продаји покретних ствари – намештаја у кући; уговора о заснивању личне службености становања и уговора о (неправом) доживотном издржавању.[262]

После смрти својих родитеља – продаваца, њихов син је као наследник покренуо поступак против купаца. Тужбом је захтевао исплату разлике до пуне вредности предмета продаје позивајући се на институт прекомерног оштећења. Купци су негирали да се ради о лезионом уговору, с обзиром на право становања које је установљено у корист тужиочевих родитеља и обавезу пружања бриге и неге продавцима. У току поступка, на основу медицинске документације и других доказа, суд је утврдио да је мајка тужиоца у моменту закључења уговора била пословно неспособна, због чега се поставило питање могуће сходне примене § 878, реч. 2 АБГБ.

Као што је већ истакнуто, да би суд испитао могућност аналогне примене правила о делимичној ништавости, он је претходно морао да испита хипотетичку вољу уговарача, односно да ли би други продавац – супруг као сувласник предмета продаје у тренутку закључења уговора пристао да прода само своју идеалну половину плаца са кућом, те да

---

[261] BGH IX ZR 358/00 од 12.07.2001, пасуси 12, 13.

[262] О тзв. неправм уговору о доживотном издржавању в. код: Слобода Мидоровић, Милица Ковачевић, „Слобода уговарања и њене границе на примеру „неправог“ уговора о доживотном издржавању“, 1. Научни скуп са међународним учешћем *„Право у функцији развоја друштва“*, Косовска Митровица, Правни факултет, Универзитет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, 24 Мај, 2019, 409-428.

ли би купци пристали да купе само њему припадајући идеални део. Суд је на основу садржине уговора о продаји и уговора о конституисању личне службености становања, нашао да нема места примени правила о субјективној делимичној ништавости, будући да је продавцима приликом продаје кључно било то да за живота имају обезбеђен кров над главом, односно да у случају смрти једног од њих, други супружник буде стамбено збринут. Суд је, дакле, нашао да без личне службености становања, продавци не би пристали да продају своје уделе у праву својине на кући. С обзиром на то да службеност становања не може да постоји на идеалном сувласничком делу куће, већ само на целој кући,[263] суд је цео уговор о продаји утврдио ништавим. Анализом садржине закључених уговора, било је јасно да надживели супружник у моменту предузимања правног посла не би пристао да закључи уговор о продаји половине куће, јер би то истовремено значило немогућност конституисања службености становања што је био *conditio sine qua non* његовог саглашавања са продајом.[264]

У цивилистичкој литератури се истиче и то да начин на који је уговорена одговорност више дужника или право више поверилаца у смислу да ли су дужници преузели дељиву обавезу или за ње одговарају солидарно, не утиче *per se* на могућност субјективне дељивости уговора.[265] Осим тога, субјективна дељивост уговора могућа је и у случају активне солидарности.[266]

Ради лакшег разумевања навешћемо један пример из немачке судске праксе који се тицао могућности примене правила о субјективној делимичној ништавости у вези са активном солидарношћу.

Супружници су у банци имали заједнички штедни рачун на основу ког им је издата штедна књижица у којој су муж и жена били наведени као солидарни повериоци. Активну солидарност потраживања суд је утврдио на основу формулације да је банка целокупан депоновани износ са каматом дужна да исплати мужу *или* жени. Потраживање по основу штедног улога супружници су уговором о цесији уступили пријемнику потраживања. Након смрти мужа као цедента, жена је као други уступилац, против пријемника

[263] Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Стварно право*, 9. неизмењено издање, Номос, Београд 2014, 145, 146; Раденка Цветић, Слобода Мидоровић, „Сусвојина етажних власника на парцели на којој је зграда изграђена“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2021, 748 и 749.
[264] OGH 3 Ob 562/95 од 13.09.1995. године.
[265] H. Roth у: Staudinger (2020), 40.
[266] *Ibid,* 41.

потраживања поднела тужбу по основу неоснованог обогаћења. Тужбом је тврдила да је њен супруг у тренутку закључења уговора о уступању потраживања био пословно неспособан због чега уговор о цесији није могао бити пуноважно закључен. БГХ је као ревизијски суд који не утврђује чињенице, испитао исход овог случаја пошавши од претпоставке да је муж тужиље заиста био пословно неспособан у моменту предузимања спорног правног посла. С тим у вези, поставило се питање како пословна неспособност једног од уступилаца потраживања у моменту закључења уговора о цесији утиче на положај цесионара. Односно, да ли ће пријемник потраживања: 1) остати без правног основа да задржи уступљено потраживање, 2) да ли ће се сматрати да је пријемнику уступљено укупно потраживање по основу штедног улога јер је као солидарни поверилац жена самостално, без питања мужа, могла подићи депоновани износ, 3) или ће се узети да пријемник има правни основ да задржи само део потраживања који је припадао жени – цеденту, будући да је она у тренутку закључења уговора о цесији била пословно способна.

Када би суд утврдио да је уговор о цесији у целости ништав због постојања узрока ништавости на страни једног од уступилаца, такав резултат био би неправичан. Ово проистиче из тога што је жена пословно неспособног уступиоца која накнадно истиче ништавост уговора, знала (или је, у најмању руку, морала знати) за мужевљеву наводну пословну неспособност у тренутку предузимања правног посла, али је упркос томе закључила споран уговор. С друге стране, то што је по основу штедног улога уговорена активна солидарност, не значи да сваки од поверилаца може пуноважно и да располаже потраживањем у целости. Могућност једног од солидарних поверилаца да наплати од банке – дужника пун износ потраживања не имплицира истовремено и његово овлашћење да располаже целокупним износом потраживања. Стога је БГХ нашао да је жена као уступилац пуноважно могла да располаже само својим делом потраживања. Сходно томе нижестепеном суду је наложено да примени правило о субјективној делимичној ништавости у складу са §139 БГБ, уколико се испостави да је муж – уступилац заиста био пословно неспособан и уколико се испостави да би такав исход био подржан претпостављеном вољом уговарача.[267]

[267] BGH IX ZR 199/86 од 25.06.1987.

### 4.4.1. Субјективна делимична ништавост у српском праву

Општим правилом из чл. 105 ЗОО није изричито регулисана субјективна делимична ништавост уговора. Међутим, то није препрека за његову аналогну примену и на случајеве субјективне дељивости уговора, под условом да би исход те дељивости одговарао претпостављеној вољи уговарача. О том питању се позитивно изјаснила и домаћа доктрина. Тако се у прилог субјективне делимичне ништавости принципијелно изјашњава *Перовић* иако је не означава тим именом. Према његовом мишљењу, „[у] уговорима са више уговорника (више од два лица) у којима су престације сваког од њих усмерене ка постизању заједничког циља, ништавост обавезе само једног од њих, не повлачи ништавост целог уговора, изузев ако се испуњење његове обавезе (његово учешће у уговору) сматра битним, према околностима конкретног случаја.“[268]

## 4.5. Делимична ништавост у контексту повезаних уговора

Могућност делимичне ништавости уговора начелно се опредељује на основу тога да ли је замисливо да оно што преостане након елиминисања ништавог дела настави самосталну правну егзистенцију.[269] То се испитује на основу објективних и субјективних параметара. Док се објективни параметри тичу могућности опстанка сржи уговора у виду његових објективно битних елемената, испуњеност субјективног критеријума зависи од стварне или претпостављене воље уговарача. Потоњи параметар треба да спречи то да се уговарачима, мимо њихове воље, наметне садржина уговора којом они, да су знали за ништавост спорног дела, не би пристали да буду везани.

Иако се код делимичне ништавости узрок ништавости редовно везује за део садржине једног уговора, начелну премису на којој се темељи овај институт, могуће је сходно применити и онда када је закључено више уговора који су тесно повезани, иако би – посматрано изван датог контекста – сваки за себе могао имати *самосталну* правну егзистенцију. И овде се ради о аналогној, а не о непосредној примени института

[268] S. Perović у: S. Perović, D. Stojanović (1980), 365.
[269] H. Heiss, 172.

делимичне ништавости.[270] Иако би мимо датог контекста ови уговори могли да производе дејство сами за себе, околности конкретног случаја чине их тако повезаним да они, један у одсуству другог, не би ни били закључени. У доктрини се често каже да таква корелација међу уговорима доприноси томе да они „заједно стоје и падају“.[271] Закључени уговори су узајамно условљени, тако да је у једном уговору садржан правни основ за закључење другог.[272] У случају анулирања свих дејстава једног уговора, за контрахенте или једног од њих отпао би сваки даљи интерес да буде везан другим уговором који је, посматрано за себе, пуноважан. Да ли ће то бити случај, зависиће од намере уговарача. Због тога, протезање ништавости једног уговора на пуноважан уговор није саморазумевајућа последица. Уместо тога, судбина пуноважног уговора зависиће од тога да ли уговарачи имају интерес да њиме и даље буду везани.[273]

Овде се, дакле, полази од фикције да се ради о јединственом уговору. Отуда ништавост једног уговора, може да се протегне и на ништавост целине чији је он део. Свакако, да би се више самосталних уговора могло третирати као део целине, потребно је да међу њима постоји тзв. „кармичка“[274] повезаност. Ако ње нема, ништавост једног уговора не може имати никаквог утицаја на правну судбину другог уговора.[275]

У германској доктрини и судској пракси ови уговори се називају повезаним (нем. *zusammengesätzte Verträge*). Када би се направила паралела са процесноправном терминологијом и атракцијом надлежности,[276] овде бисмо могли говорити о атракцији ништавости.

Код овог модалитета делимичне ништавости као узрок ништавости може да се јави и разлог који није уобичајен за овај институт. Реч је о повреди законом прописане форме уговора онда када је она предвиђена као форма *ad solemnitatem*.[277] Повреда захтева ове форме редовно повлачи ништавост уговора у целости, због чега се ни не јавља као

---

[270] P. Ulmer, 803; R. Hürlimann, 102 и 103.
[271] H. Heiss, 160.
[272] P. Rummel у: ABGB (2014), 146; H. Roth у: Staudinger (2020), 27; H. Heiss, 166.
[273] R. Hürlimann, 51.
[274] Miloš Živković, *Akcesornost založnih prava na nepokretnosti*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2010, 19.
[275] R. Hürlimann, 104.
[276] Ранко Кеча, Марко С. Кнежевић, *Грађанско процесно право*, седамнаесто издање, Службени гласник, Београд 2022, 91 и 92.
[277] Николина Мишчевић, *Јавнобележничка форма облигационих уговора*, докторска дисертација, Универзитет у Новом Саду, Правни факултет 2022, 21, 22, 295.

уобичајени узрок делимичне ништавости. Но, у случају повезаних уговора, ако се један од њих испостави ништавим због повреде захтева форме, његова ништавост може захватити и дејство другог иначе пуноважног уговора.[278]

### 4.5.1. Услови и индиције на основу којих се утврђује правно јединство између више самосталних уговора

Да би се више уговора могло сматрати повезаним, што је предуслов за атракцију ништавости, потребно је да се испуне одговарајући услови. Осим тога, у доктрини и судској пракси временом су се искристалисале и извесне индиције помоћу којих се испитује постојање контекстуалне повезаности (нем. *Sinnzusammenhang*) између више самосталних уговора.[279]

Кад је реч о условима, најпре се захтева да су субјекти који су закључили повезане уговоре исти, или да су, у најмању руку, једним делом подударни.[280] То значи да барем један од субјеката треба да се јави као контрахент код најмање два или више уговора који у конкретном случају чине смислену целину. Примера ради, јединствено се могу третирати уговор о купопродаји непокретности између купца и продавца са уговором о зајму ако зајам узима купац да би обезбедио средства за исплату купопродајне цене. Или уговор о закупу пословног простора са уговором о франшизингу, при чему се у улози закупца и примаоца франшизинга јавља исти субјект, док су закуподавац и давалац франшизинга различити субјекти.[281]

Затим, у теорији се истиче да треба да постоји и воља уговарача да се иначе самостални уговори третирају на јединствен начин. У вези са тим условом, није неопходно да таква воља постоји на страни свих уговарача. Довољно је да је она постојала код једног од контрахената и да је била предочена сауговарачу (сауговарачима), или је у најмању руку за сауговараче била довољно спознатљива на основу околности конкретног

[278] H. Heiss, 159, 160, 170.
[279] Ради опреза, наглашавамо да су ван поља примене теорије о повезаним уговорима, уговори између којих постоји однос главног и споредног (акцесорног).
[280] Према *Румелу* уговорници код свих повезаних уговора треба да су исти (P. Rummel у: ABGB (2014), 146), док се у немачким коментарима наводи да је довољно да су уговорници делом подударни, то јест да је довољно да је једна страна уговорница истовремено страна и у другом повезаном уговору који је закључила са трећим лицем (H. Roth у: Staudinger (2020), 28 и 29).
[281] H. Roth у: Staudinger (2020), 31 и 32.

случаја.[282] Но, постоје и схватања према којима је сасвим довољно постојање јединства у објективном смислу – тзв. фактичко јединство.[283]

Осим тога, постоји низ индиција, то јест „спољњих манифестација“[284] које могу послужити за испитивање постојања правног јединства између више самосталних уговора. Као једна од главних индиција узима се временска подударност или временска блискост закључења више самосталних уговора. Тако, ако је више уговора закључено истовремено или сукцесивно у краћем временском размаку то је снажна индиција да међу њима постоји тесна веза. Затим, уколико су уговори садржани у једној исправи, полази се од претпоставке да међу њима постоји правно јединство. Овде је, свакако реч о оборивој претпоставци. Односно, ако је то једина од могућих индиција, онда она сама по себи није довољна да би се више уговора третирало као део јединствене правне целине. Такође, уколико су се преговори поводом закључења различитих уговора водили истовремено или у блиском временском размаку, треба поћи од тога да постоји разлог више да се они третирају као део једне целине.[285]

Да ли више самосталних уговора чине део једне органске целине, чињенично је питање.[286] Уговарач који тврди да више самосталних уговора треба квалификовати као јединствени уговор, сноси терет доказивања у прилог ове тврдње.[287]

Ако нису испуњени наведени услови и у одсуству било каквих упоришних тачака које говоре у прилог постојања јединства, више закључених самосталних уговора са становишта пуноважности треба процењивати одвојено – сваки за себе, и тада ништавост једног неће тангирати пуноважност другог.[288]

Како би се лакше разумело функционисање делимичне ништавости у контексту повезаних уговора, навешћемо један пример из праксе БГХ. Случај се односио на уговор о уздржавању од вршења права пречe куповине који је био закључен између намераваног продавца пољопривредног земљишта и пуномоћника његовог непосредног суседа.[289] На

[282] H. Roth у: Staudinger (2020), 28.
[283] R. Hürlimann, 104; H. Roth у: Staudinger (2020), 28.
[284] Оливер Антић, „Именовани и неименовани уговори у савременом облигационом праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 1-2/2004, 98.
[285] H. Roth у: Staudinger (2020), 30 и 31; О. Антић (2004), 98.
[286] J. Ellenberger у: Palandt (2021), 157.
[287] *Ibid*.
[288] H. Heiss, 159.
[289] BGH ZR 274/88 од 09.02.1990.

основу уговора, намеравани продавац располагао је својим пољопривредним земљиштем у корист трећег лица. Накнадно се, међутим, испоставило да је уговор о уздржавању од вршења права прече куповине ништав[290] јер га је у име и за рачун титулара права прече куповине пољопривредног земљишта закључио пуномоћник који није имао овлашћење за заступање (*falsus procurator*). Како титулар права прече куповине није накнадно, својим одобрењем, оснажио уговор о заступању, он није ни могао да произведе намеравано правно дејство. Због тога је титулар права прече куповине поднео тужбу са циљем да реализује своје право прекупа. Суд је одбио његов захтев са образложењем да је снагом атракције ништавост уговора о уздржавању од вршења права прече куповине захватила и са њим тесно повезан уговор о продаји пољопривредног земљишта.[291] Наиме, да би титулар права прече куповине могао да реализује своје право прекупа потребно је да је његово право прече куповине повређено, а оно може бити повређено само у случају закључења пуноважног уговора о продаји. Другим речима, повреда изостаје ако се испостави да је по среди ништав уговор о продаји.[292]

---

[290] Овде скрећемо пажњу на гласове новије домаће теорије (К. Г. Доловић Бојић (2021), 127-131) према којима се уговор закључен од стране неовлашћеног лица треба правно квалификовати као непостојећи, а не као ништав. Наиме, чл. 88, ст. 3 ЗОО прописује да ће се сматрати да уговор закључен од стране *falsus procurator-а,* у одсуству одобрења неовлашћено заступаног лица, *није ни закључен*. Чак и када би трипартитна подела правноневаљаних уговора у домаћој теорији у неком моменту однела примат над тренутно владајућом бипартитном поделом, то не би смело да представља препреку за аналогну примену општег правила о делимичној ништавости у светлу повезаних уговора у ситуацији када би се у њиховом саставу јавио уговор који би требало квалификовати као непостојећи, а не као ништав. Иначе осим залагања за посебну категорију непостојећих уговора у новијој домаћој теорији има и супротних гласова који истичу да за њено увођење у теорији недостаје довољно јасан критеријум разликовања непостојећих и ништавих уговора, а да осим тога трипартитној подели недостаје и сврха (Сања Радовановић, Николина Мишчевић, „О подели на непостојеће и ништаве уговоре у домаћем праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2020, 284, 285).

[291] Суд се у образложењу осврнуо и на § 506 БГБ према коме се ништавим сматрају одредбе уговора којима се пуноважност уговора о продаји условљава невршењем права прече куповине, као и клаузуле којима се продавцу признаје право на одустанак од уговора у случају да титулар одлучи да оствари своје право прече куповине (Radenka Cvetić, *Pravo preče kupovine,* SCI Akademska izdavačla kuća, Novi Sad 2002, 165). Са тим у вези, БГХ је истакао да се закључење уговора о невршењу права прече куповине не може правно третирати на исти начин као и забране из § 506 БГБ, будући да закључење уговора о невршењу права прече куповине подразумева вољу титулара овог права, док су наведене недопуштене клаузуле из уговора о продаји усмерене на изигравање права прече куповине.

[292] „Када ималац права прече куповине чије је право првенства повређено истакне захтев за вршење права прекупа, суд као прејудицијално мора решити питање пуноважности уговора којим је повреда учињена.“ R. Cvetić (2002), 193. Овај апел теорије уважио је законодавац када је формулисао чл. 10, ст. 1 Закона о промету непокретности (*Службени гласник РС,* бр. 93/2014, 121/2014, 6/2015) којим је прописано да титулар повређеног законског права прече куповине у одређеном року може тужбом захтевати да се у односу на њега оспорени уговор о продаји непокретности огласи без дејства, те да он ступи на место купца, односно да се њему непокретност прода и преда под условима из уговора. Нажалост, у изворима важећег права се уочава да наш законодавац овај апел доктрине не спроводи доследно. Тако се, на пример, у чл. 100, ст. 5

### 4.5.2. Делимична ништавост у контексту повезаних уговора у српском праву

Концепт повезаних уговора није стран у домаћој правној књижевности. Тако *Антић* повезаним уговорима означава случај када стране повежу „више самосталних различитих именованих уговора, с тим да уколико се ради о споју два различита именована уговора, тада је реч о спојеном уговору“.[293] Иако уговорне стране заиста најчешће спајају више самосталних именованих угвора, делује нам да нема основа за то да се категорија повезаних уговора ограничи само на случајеве када се ради о тесно повезаним именованим уговорима. Односно, не видимо разлог због ког из констелације повезаних уговора треба искључити корелацију између једног или више именованих са једним или више неименованих уговора. Овај ограничавајући фактор не проналазимо ни у упоредноправној доктрини ни судској пракси.[294] Уместо тога, у саставу повезаних уговора могу се јавити и именовани и неименовани уговори, па чак и више неименованих уговора. Битно је само да су по среди уговори, који сваки за себе може имати самосталну правну егзистенцију, али је дати контекст оно што их „кармички“[295] повезује. У сваком случају, код повезаних уговора однос између два самостална уговора одговара односу међузависности престације и контрапрестације код једног синалагматичног уговора, у смислу да кауза обавезе једне уговорне стране лежи у обавези друге уговорне стране и обратно.[296]

ЗОО не познаје термин повезаних уговора, што није неуобичајено јер такав термин не познају ни велике грађанске кодификације Аустрије, Немачке и Швајцарске. То,

---

Закона о шумама (*Службени гласник РС, бр. 30/2010, 93/2012, 89/2015, 95/2018 (други закон)*) и даље наизлази на решење према коме је последица повреде права пречe куповине ништавост уговора. Скрећемо пажњу и на то да општеусвојени термин ништавост, законодавац на овом месту погрешно означава наводећи да је уговор којим се повређује право пречe куповине „ништаван“.

[293] О. Антић (2004), 85. *Антић* повезане уговоре супротставља мешовитим уговорима (нем. *gemischte Verträge*). За разлику од повезаних уговора који обухватају више самосталних уговора, код мешовитог уговора ради се о једном самосталном уговору који је састављен од елемената различитих именованих уговора. (О. Антић (2004), 85, 96, фн. 42). *Антић* на више места истиче да су повезани уговори ограничени само на именоване уговоре, означавајући их као „подваријанту именованих уговора“. (О. Антић (2004), 97, 99).

[294] Примера ради у случају BGH IX ZR 209/91 од 09.071992. године један од повезаних уговора био је неименовани уговор о управљању и надзору извођења грађевинских радова током изградње објекта у стамбеном комплексу (нем. *Betreuungs und Verwaltungs Vertrag*).

[295] M. Živković (2010), 19.

[296] О. Антић (2004), 97.

међутим, није била препрека за доктрину да изгради и разради тај појам, нити за судску праксу да образложења својих одлука заснује на тим теоријским схватањима.

У нашем позитивном праву наилазимо на појам повезаних уговора. ЗЗП и ЗЗКФУ[297] га изричито уређују у вези са одустанком од потрошачког уговора. Основно дејство одустанка потрошача од уговора јесте у томе да ће се сматрати да уговор није ни закључен (чл. 32 ЗЗП). У случају да је потрошач осим уговора од ког је одустао закључио и са њим повезани уговор,[298] одустанком од уговора „престаје правно дејство повезаних уговора“ (чл. 35. ст. 1 ЗЗП). Ово се односи и на случај када је са потрошачким уговором од ког се одустаје био повезан уговор о кредиту и то без обзира на то да ли га је одобрио трговац или треће лице (чл 35, ст. 2 ЗЗП и чл. 40 ЗЗКФУ).

Логика која је у позадини повезаних уговора које закључује потрошач упоредива је логици на којој се базира сходна примена општег правила о делимичној ништавости у контексту повезаних уговора. Наиме, одустанком од потрошачког уговора сматраће се и да уговор који је пуноважно закључен није закључен – фикција незакључења уговора. У резултату дејство одустанка од потрошачког уговора исто је као и дејство које повлачи ништавост неког (дакле, не само потрошачког) уговора – сматраће се да он никада није ни био закључен. Ако отпадне он, нестаје и сваки даљи основ за опстанак уговора који је са њим тесно повезан.

Иако под директно поље примене чл. 105 ЗОО не потпадају повезани уговори, то не спречава могућност његове аналогне примене на начин на који се то постиже у германској доктрини и јудикатури. Ако је уговор који је *in toto* ништав представљао кључни разлог (*одлучујућу побуду*) за обе или макар једну уговорну страну да закључи још најмање један са њим тесно повезани уговор, онда ће и потоњи уговор снагом атракције ништавости првог уговора бити лишен правног дејства, упркос томе што се у садржини и форми потоњег не очитују мањкавости које би утицале на његову пуноважност.

---

[297] У чл. 2, ст. 1, т. 19 ЗЗКФУ одређено је значење повезаног уговора о кредиту као „уговор који служи искључиво за финансирање набавке одређене робе или услуге и који са уговором о продаји те робе или услуге чини економску целину; економска целина постоји ако давалац кредита користи услуге продавца ради закључивања уговора о кредиту или је роба, односно услуга која је предмет набавке изричито наведена у том уговору.“

[298] У смислу чл. 5, ст. 1, т. 17 ЗЗП „повезани уговор је уговор на основу којег потрошач прибавља робу или услуге које су у вези са уговором закљученим на даљину или уговором закљученим изван пословних просторија трговца, у којем робу испоручује или услуге пружа трговац или треће лице на основу споразума између трећег лица и трговца.“

## 5. ПРАКТИЧНИ ЗНАЧАЈ РЕДАКЦИЈЕ ОПШТЕ ОДРЕДБЕ О ДЕЛИМИЧНОЈ НИШТАВОСТИ УГОВОРА

### 5.1. Могућа редакцијска решења

Циљ овог поглавља јесте да се испита да ли законска редакција општег правила о делимичној ништавости уговора, у смислу фаворизовања делимичне пуноважности или ништавости у целости, има суштински утицај на његову примену, односно, какав се практични значај придаје формулацији тог правила. Осим тога, потребно је испитати и да ли се од законодавчевог виђења ове проблематике може одступити вољом уговарача.

Упоредноправно посматрано, стилизације општег правила о делимичној ништавости разликују се у зависности од тога за шта се законодавац определио као правило у случају да ништавошћу буде „инфициран“ део уговора. По логици ствари, нормотворцу тада стоје на располагању две могућности: преферирање ништавости уговора у целости, или давање предности пуноважности оног што преостане.

За прву варијанту према којој се фаворизује елиминисање свих дејстава уговора чак и онда када се узрок ништавости може „локализовати“ на одређени део уговора и одвојити од његовог остатка, определио се занемарљиви број земаља. Предводник те мањинске струје био је БГБ.[299] Бранећи у то време одвише либерално схваћену слободу уговарања,[300] његови редактори су се у § 139 определили за ништавости *in toto*,[301] чим је немачки законодавац одступио од до тада владајућег правила општег права.[302] Такво правнополитичко опредељење било је одраз тадашњег поимања аутономије воље,[303] у складу са којим су редактори сматрали да ће поставком општег правила о делимичној

[299] Упоредиву поставку правила о делимичној ништавости садрже и чл. 1419 ИГЗ (нав. према: R. Hürlimann, 66, фн. 101), као и чл. 181 Грчког грађанског законика (нав. према: G. Tomás, 269).

[300] Maximiliane Kriechbaum, „Teilnichtigkeit und Gesamtnichtigkeit: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts vor und nach Erlaß des BGB“, у: Ulrich Falk, Heinz Mohnhaupt (Hrsg), *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main 2000, 46.

[301] Иначе, § 139 није једина одредба БГБ која је рефлектовала екстремно либерално схватање слободе уговарања. Утицај начела аутономије воље, између осталог, приметно је и код поставке правила из § 150, ст. 2 БГБ који се тиче обима сагласности који је потребан да би уговор настао. Према овом параграфу, „уговорне стране морају да постигну потпуну сагласност о свему ономе о чему су преговарале.“ Miloš Živković, *Obim saglasnosti neophodan za zaključenje ugovora*, Službeni glasnik i Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2006, 51.

[302] T. Mayer-Maly (1969), 281; H. Roth у: Staudinger (2020), 7.

[303] N. Jansen у: N. Jansen, R. Zimmermann (ed.) (2018), 971.

ништавости допринети очувању права на самоодређење. Почетна премиса била је да се уговарачима који су уговором настојали да остваре неки јединствени циљ против њихове воље не може наметнути делимично остварење тог циља.[304]

Како то обично бива када законодавац „једним потезом пера настоји да промени вишевековни развој права“,[305] оваква редакција правила о делимичној ништавости није заживела у пракси. Штавише, она није резултирала ништа већем очувању аутономије воље у поређењу са оним правним системима који су се определили за супротно редакцијско решење. Отуда не чуди што се већинска немачка доктрина критички изјашњава поводом овакве одлуке законодавца сматрајући је погрешном.[306] Упркос стилизацији § 139 БГБ правило које је у њему садржано значајно је атрофирало, а може се рећи и да је кроз судску праксу доживело своју инверзију.[307] Због тога, постоје аутори који сматрају да је у поставци овог правила законодавац имао у виду само хипотезу у којој ништава одредба подједнако тангира интересе обају уговарача. Уместо те констелације, у пракси се неупоредиво чешће срећу случајеви у којима ништавост погађа уговорну одредбу која је погодовала само једном контрахенту, а тада воља друге уговорне стране не може и не треба да игра улогу код опредељивања судбине остатка уговора.[308]

Од свог основног опредељења немачки законодавац се дистанцирао у материји општих услова пословања где је усвојена супротна поставка правила о делимичној ништавости. Наиме, према § 306 I БГБ у случају да се испостави да је нека одредба општих услова пословања ништава, правило је да ће уговор у преосталом делу остати на снази.[309] У новијим коментарима БГБ се чак истиче да би читавој материји уговорног права у Немачкој неупоредиво више одговарало правило из § 306 I БГБ. По свему судећи, пракса немачких судова иде за тим да се примена правила из § 306, због његове сврсисходности, прошири и на уговоре са споразумно одређеном садржином.[310]

Наш законодавац се у чл. 105 ЗОО, налик швајцарском (чл. 20, ст. 2 ШОР), определио за фаворизовање делимичне пуноважности оног што преостане у односу на

[304] P. Ulmer, 802.
[305] R. Zimmermann (1979), 195.
[306] T. Mayer-Maly (1969), 283.
[307] H. Heiss, 158; H. Roth y: Staudinger (2020), 9.
[308] P. Ulmer, 815.
[309] K. Uffmann (2010), 104, 131; H. Roth y: Staudinger (2020), 8.
[310] H. Roth y: Staudinger (2020), 11.

ништавост у целости.[311] Имајући у виду формулацију чл. 105, ст. 2 ЗОО делује да је наш законодавац у поређењу са другим легислаторима још више истакао значај одржавања уговора на снази. Као што је већ речено, чини нам се да чл. 105 ст. 2 ЗОО даје упориште за одржавање уговора на снази чак и онда када се ништавом испостави нека субјективно битна одредба уговора. У том смислу, у домаћем праву се уочава континуитет са старом правном максимом *utile per inutile non vitiatur*. Тиме се у овој материји наше законодавство сврстало у већински корпус земаља које су, такође, приоритетно оптирале за одржвање остатка уговора на снази.[312]

Исту логику – иако је не експлицира посебно, али сасвим довољно кроз рубрум *Ништавост неких одредби општих услова* – наш законодавац следи и у чл. 143 ЗОО који уређује делимичну ништавост општих услова формуларних уговора. Ово је нарочито битно са становишта заштите интереса адхераната, о чему ће касније бити више речи.[313]

Када се узме у обзир критика којој је изложена поставка правила из § 139 БГБ, можемо закључити да се наш законодавац формулацијом из чл. 105 ЗОО определио за исправно решење. Штавише, ни ШОР који је имао у виду решења немачког БГБ, као ни треће новеле АБГБ-а из 1916. године на које је велики утицај имао БГБ, нису преузеле немачку поставку правила о делимичној ништавости.[314] У Аустрији чак ни не постоји опште правило о делимичној ништавости налик домаћем, швајцарском или немачком. У теорији се истиче да је то било свесно опредељење законописца који је сматрао да се питање делимичне ништавости спрам ништавости у целости има првенствено расправити с обзиром на циљ прописане забране. То, међутим, није представљало препреку да се на основу аналогије са правилом о делимичној немогућности предмета уговора из § 878, друга реченица АБГБ-а изведе правило о делимичној ништавости уговора.[315]

---

[311] Овој групи земаља, након велике грађанскоправне реформе из 2016. године се придружио и ФГЗ формулацијом правила о делимичној ништавости из чл. 1184. Пре реформе, институт делимичне ништавости није био непознат нити у француској доктрини нити у тамошњој пракси. Он се изводио на основу формулације тадашњег чл. 1172 ФГЗ који је уређивао последице немогућег услова. O. Sandrock, 485; G. Tomás, 272 и 273.

[312] O. Sandrock, 487 и 488; R. Zimmermann (1979), 195; G. Tomás, 268.

[313] Marko Đurđević, *Ugovor po pristupu* – doktorska disertacija, Pravni fakultet u Beogradu 2001, 158.

[314] T. Mayer-Maly (1969), 281.

[315] P. Rummel у: ABGB (2014), 144, 146, 147; Georg Graf у: Andreas Kletečka, Martin Schauer (Hrsg.), ABGB-ON: *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Manz, Wien 2010, 1700, марг. 13.

## 5.2. Утицај редакције института на крајњи исход његове примене

Након што смо видели какве су ставове поводом поставке овог правила заузела различита законодавства, потребно је испитати да ли стилизација ове одредбе има суштински значај за њену практичну примену. Иако може деловати неочекивано, поставка овог правила нема пресудан утицај на крајњи резултат његове примене. Па тако, нити је ретка појава да се у земљи чије законодавство полази од ништавости *in toto*, уговор одржи на снази, нити је незамисливо да у земљи чија легислатива полази од делимичне пуноважности оног што преостане, уговор буде у целости утврђен ништавим. Такав крајњи резултат објашњава се тиме што су оба правила, речима *Мајер-Малија*, подложна релативизацији.[316] У том смислу, на крајњи исход, уместо законског правила, више утиче комбинација фактора изван саме законске норме. Док први објективни фактор релативизације уважава значај ништаве одредбе са становишта уговора као целине и његову потенцијалну одвојивост од остатка уговора, други – субјективни – уважава вољу уговарача.[317] У том смислу, незамисливо је да се на снази одржи нешто што не испуњава минималне претпоставке које се тичу потребног обима сагласности да би се она уопште могла квалификовати као уговор. С друге стране, не би било исправно уклонити сва дејства уговора уколико би га контрахенти предузели и у модификованом садржају. И обратно, не би било исправно наметнути уговарачима да они, противно својој вољи, буду везани уговором чија им садржина не одговара.

Имајући наведено у виду, независно од тога за коју се концептуалну поставку правила о делимичној ништавости законодавац определио, она, сама по себи, нити прејудицира нити антиципира судбину остатка уговора. Због тога се у теорији истиче да без обзира на редакцију одредбе о делимичној ништавости „подједнаким интензитетом конкуришу“ обе могуће последице.[318]

---

[316] T. Mayer-Maly (1969), 267.
[317] *Ibid*.
[318] Heinrich Pierer von Esch, *Teilnichtige Rechtsgeschäfte, Das Verhältnis von Parteiwille und Rechtssatz im Bereich des § 139 BGB*, Dissertation, Carl Heymanns Verlag KG, Köln – Berlin – Bonn – München, 1968, 80.

## 5.3. Процесни значај редакције општег правила о делимичној ништавости

Околност да формулација општег правила о делимичној ништавости нема потенцијал да прејудицира исход у смислу ништавости у целости или одржавања остатка уговора на снази, не одриче јој сваки практични значај. Наиме, иако поставка правила нема превасходан утицај на исход поступка у коме ће оно бити примењено, његова редакција има процесни значај. То значи да се у зависности од ње опредељује који ће уговарач сносити терет тврдњи и терет доказивања у погледу постојања или непостојања чињеница и околности од чијег вредновања зависи крајњи исход спора.[319] Отуда, у нашој земљи и земљама чији правни системи преферирају одржавање остатка уговора на снази, страна која пледира за ништавост у целости сноси терет тврдњи, а самим тим и терет доказивања чињеница које упућују на то да би уговор у целости требало лишити намераваног дејства. И обрнуто, у земљама у којима је нормотворац пошао од ништавости у целости као правила, страна која сматра да остатак уговора треба да остане на снази, сноси терет тврдњи и терет доказивања. Стога се не може порећи сваки практични значај општем правилу о делимичној ништавости, па се сходно томе не може прихватити ни виђење аутора који сматрају да је оно сувишно, јер се проблем изазван ништавошћу дела уговора може решити применом општих правила тумачења.[320]

Уколико се ниједна страна не противи изрицању последице којој је наклоњен законодавац, ниједна се неће ангажовати по питању изношења аргументације која би била усмерена на супротан исход од оног за који се определио законодавац. Примера ради, уколико страна којој погодује ништава одредба (она која црпи корист из ње) не изнесе тврдњу у прилог томе да отпадање те одредбе треба да повуче ништавост уговора у целости, суд ни не би могао да изрекне такву последицу.[321] Наведени исход је, разуме се, могућ само у случају да оно што преостане након отпадања ништаве одредбе и даље задржава квалитет уговора.

У вези са овим треба напоменути један, можда, саморазумевајући аспект. Наиме, то што у неким поступцима више инстанце не могу да преиспитују чињенично утврђење

[319] О томе в. више код: Марко С. Кнежевић, *Расправно начело у српском парничном поступку*, Службени гласник, Београд 2016, 44-62.
[320] H. H. Seiler, 147; слично и код: К. Доловић Бојић, С. Дабић Никићевић, 740 и 741, фн. 38.
[321] H. Heiss, 217.

нижестепених судова, не значи истовремено да је њима одузета могућност да преиспитају вредновање нижестепеног суда на основу тог чињеничног утврђења. Везаност највише судске инстанце за чињенично утврђење нижестепених судова не значи да она по ревизији не може да заузме другачији став од жалбене инстанце по питању крајњег исхода спора. У том смислу истиче се да оцена околности од којих зависи крајња последица – делимична ништавост насупрот ништавости у целости – представља правно питање.[322]

### 5.3.2. Значај редакције општег правила о делимичној ништавости у случају *non liquet*

Законска поставка правила о делимичној ништавости се уједно схвата и као законска претпоставка која ће определити судбину спора у случају *non liquet*.[323] Радило би се о ситуацији у којој би суду поводом одређеног случаја била предочена подједнако јака аргументација у прилог законској претпоставци, као и у прилог њеном обарању. Тада не би био „постигнут тражени стандард доказивања (утврђење да не може са траженим стандардом да се закључи ни да је спорна чињенична тврдња истинита, ни да је неистинита).“[324] У том случају би примена правила *non liquet* у духу чл. 105 ЗОО довела до одржавања остатка уговора на снази. Обрнуто, примена § 139 БГБ би у случају *non liquet* резултирала утврђењем ништавости уговора у целости.[325]

Иако се у теорији истиче да ће суд на основу утврђених чињеница изузетно ретко бити у ситуацији да не може да се определи за једну од две могућности: одржавање на снази остатка уговора или ништавост уговора у целости, она није у потпуности искључена, тако да је пожељно да суд има поуздану тачку ослонца уколико се у њој нађе.[326] С обзиром на то да суд и у случају сумње мора да донесе одлуку, он ће се оријентисати спрам законске претпоставке која тада „поприма октроистички карактер“.[327] У том смислу, законска претпоставка доприности избегавању произвољности у налагању

---

[322] Ahmet Kut у: HK OR, 124; E. A. Kramer у: BernKo, 151.
[323] Марко С. Кнежевић (2016), 44-51.
[324] Ранко Кеча, Марко Кнежевић, „Дозвољеност ревизијске контроле оцене доказа у парничном поступку, – О пољу примене чл. 407 ст. 2 у вези са чл. 403 ст. 2 ЗПП –“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2020, 931.
[325] Werner Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Zweiter Band, *Das Rechtsgeschäft*, vierte unveränderte Auflage, Springer –Verlag, Berlin 1992, 581.
[326] R. Hürlimann , 67; P. Ulmer, 802; H. Roth у: Staudinger (2020), 49.
[327] H. Heiss, 154.

последице у случају сумње.[328] И обрнуто, суд ће одступити од претпоставке само ако дође до убеђења да уговарачи желе супротно од оног што претпоставка имплицира.[329]

Ипак, законска претпоставка која фаворизује одржавање уговора на снази неће бити од помоћи у случају да суд на основу формулације уговора не може да утврди како би гласила његова садржина након отпадања ништавог дела. Наиме, код проширене делимичне ништавости било је речи о томе да некада отпадање једне ништаве одредбе може да повуче и отпадање друге одредбе како би се одржала уговорна равнотежа која је својствена синалагматичним уговорима. Ради се најчешће о случају у коме ништава одредба, ради уравнотежења престација уговарача, треба да повуче и корекцију њој кореспондентне противпрестације. Но, уколико ту коректуру није могуће спровести на основу јасних критеријума, суд би се суочио са објективним границама одржавања уговора на снази, те би га морао прогласити ништавим у целости.[330]

### 5.4. Одступање од законске претпоставке диспозицијом уговарача

За крај овог поглавља потребно је испитати да ли уговарачи својом вољом могу обрнути законску претпоставку из општег правила о делимичној ништавости.

У доктрини се истиче да је то могуће постићи уношењем у уговор клаузуле којом се опредељује утицај ништавости једне уговорне одредбе на остатак уговора. Наиме, полази се од тога да у оквиру слободе уговарања контрахенти начелно могу да се изјасне о судбини уговора уколико се неки његов део накнадно испостави ништавим. Ове клаузуле се могу јавити у најразличитијим варијацијама. Међу њима су најбројније тзв. салваторне клаузуле. Реч је о уговорним одредбама које одражавају начелно опредељење уговарача да се оно што преостане од уговора, у случају евентуалног отпадања неке његове одредбе, одржи на снази. Иако се ове клаузуле најчешће јављају са циљем да се од уговора сачува оно што се сачувати може, није искључено ни да уговарачи предвиде у уговору погодбу према којој ће се, у случају отпадања тачно одређене клаузуле, цео уговор сматрати

[328] A. Staffhorst, 293.
[329] E. A. Kramer у: BernKo, 150.
[330] P. Gauch, W. R. Schluep, 155; Ahmet Kut у: HK OR, 124; Јаков Радишић, *Облигационо право: општи део*, десето издање, Правни факултет у Нишу, Ниш 2016, 187. BGE (Савезни врховни суда Швајцарске) од 17. августа 2006. године у предмету 4C. 156/2006, нарочито пасуси: 3.4. B. поднаслов 4.2.

ништавим. О овим клаузулама ће бити више речи у поглављу које ће бити посвећено односу начела аутономије воље и делимичне ништавости.[331]

Уношење таквих одредаба у уговор може имати и процесни значај утолико што оне могу индуковати инверзију терета тврдњи и терета доказивања.[332] То би, разуме се, било замисливо само у случају да су уговарачи таквом клаузулом одступили од законодавчевог основног опредељења. За наше право би то, наиме, подразумевало да су уговарачи предвидели ништавост уговора у целости у случају ништавости конкретне уговорне одредбе, што ће се изузетно ретко срести у пракси. О процесном значају овакве уговорне одредбе треба да води рачуна странка која се у поступку поводом конкретног случаја залаже за исход који је супротан оном који проистиче из те клаузуле. Наиме, у случају да је у уговору предвиђена клаузула која за последицу има инверзију правила о терету тврдње и терету доказивања које заговара законодавац, пасивност уговарача на коме лежи терет тврдње и терет доказивања, ићи ће у прилог његовом сауговарачу.[333]

[331] В. поднаслов 8.1.3.
[332] BGH IX ZR 18/09 од 4. фебруара 2010, пасус 30; H. Roth у: Staudinger (2020), 50.
[333] BGH IX ZR 18/09 од 4. фебруара 2010, пасус 30.

# 6. ФУНКЦИЈЕ ДЕЛИМИЧНЕ НИШТАВОСТИ УГОВОРА

Сагледавање функција неког института служи разоткривању његове сврхе, односно циљева чијем остварењу он служи. Имајући наведено у виду, о функцијама делимичне ништавости може се говорити из два угла. Најпре се могу издвојити *опште* функције које су иманентне свим модалитетима делимичне ништавости. С друге стране, постоје функције које су својствене одређеним варијантама делимичне ништавости и које се, стога, могу означити као *посебне*.

Међу посебним функцијама нарочиту пажњу заслужују циљеви који се остварују модификованом делимичном ништавошћу због тога што они имају велику сугестивну моћ да убеде у нужност њеног допуштања у изузетним околностима. Пошто о функцијама овог модалитета делимичне ништавости у домаћем дискурсу готово да нема помена и да се оне још ређе проблематизују у светлу општих услова пословања, на овом месту биће им посвећена посебна пажња.

У дискусију о функцијама модификоване делимичне ништавости биће уведени кључни аргументи „за“ и „против“, због којих се у јудикатури германских земаља изузетно допушта њено практиковање. Овај приступ је оправдан стога што је став о допуштености овог најспорнијег модалитета делимичне ништавости могуће изнети тек након што се спознају и подвргну вредновању циљеви којима она може да служи. Када се сагледа шира слика, делује да аподиктичко заговарање забране њене примене уз истицање општих места попут начела поделе власти и независности судијске функције губи на својој оштрини.

Од општих функција биће речи о: 1) функцији заштите поверења уговарача у опстанак уговора у мери у којој он хармонира са границама слободе уговарања и 2) функцији спречавања злоупотребе слободе уговарања код уговора којима је иманентна структурална неједнакост уговарача. У оквиру потоње биће издвојене две подфункције: 2.1) заштита слабије уговорне стране и 2.2) обезбеђивање уговорне правде.

Међу посебним функцијама, то јест онима које се односе на модификовану делимичну ништавост у контексту уговора по приступу биће речи о: 1) функцији заштите интереса адхеранта да настави да користи уговорену услугу или прибављену ствар;

2) функцији избегавања неоснованог привилеговања адхеранта; 3) функцији заштите оправданих интереса стипуланта у нарочитим околностима; 4) функцији подржавања начелног вредновања законодавца и 5) функцији заштите сигурности правног промета.

## 6.1. Опште функције делимичне ништавости

### 6.1.1. Функција заштите поверења уговарача у опстанак уговора у мери у којој он хармонира са границама слободе уговарања

Реч је о функцији која долази до изражаја код свих модалитета делимичне ништавости и која се огледа у очувању оног што је добро и „здраво“ у уговору. Стога се може рећи да је главни циљ института делимичне ништавости да се из уговора екстрахује оно што „ваља“, да би се потом испитало да ли то што „ваља“ испуњава услове за самосталну правну егзистенцију. У том смислу, делимична ништавост је један од механизама које законодавац предвиђа како би се подржала воља уговарача у мери у којој она хармонира са захтевима правног поретка. Остварењу истог циља доприносе и тумачење *favor contractus*,[334] установа конверзије,[335] законом нормирани случајеви редукције прекомерне престације, конвалидација и др. У ширем контексту, дакле, институт делимичне ништавости представља рефлексију начела афирмације уговор.[336] према коме воља контрахената треба да опстане чак и онда када им се приликом формулисања уговора поткрала нека грешка. То ће бити чест случај у ситуацијама када су контрахенти сачинили уговор без стручне помоћи.

Осим у случају одсуства стручне помоћи, недопуштене клаузуле нису незамисливе ни онда када су уговор састављала стручна лица, па чак и тим правника. То је тако јер осим децидних законских забрана са јасним домашајем постоји и тзв. сива зона недопуштености. У настојању да обухвати најшири могући спектар чињеничних констелација, законодавац се неретко приликом формулисања граница допуштености користи правним стандардима чију садржину није једноставно утврдити.[337] Реч је о

[334] J. Hager, 134, 140, 143.
[335] H. P. von Esch, 71.
[336] B. Vizner, 465.
[337] Овде се пре свега мисли на стандард добрих обичаја из чл. 103, ст. 1 ЗОО, правичности из чл. 143, ст. 2 ЗОО, стандард *савесности и поштења и значајне несразмере* из чл. 42, ст. 2 ЗЗП и сл. K. Uffmann (2010), 274.

стандардима које, кроз своје одлуке, конкретизују судови на челу са врховном судском инстанцом. По природи ствари, у тим случајевима познавање слова закона јесте нужна, али не и довољна гаранција састављачу уговора да ће се кроз квалитетну формулацију неке клаузуле истовремено осигурати и њена пуноважност, то јест да ће она „положити“ евентуални тест будуће судске контроле.

С тим у вези, уочава се неколико потенцијално отежавајућих околности. Прва постоји у хипотези да судови уопште нису имали прилику да се изјасне о допуштености неке клаузуле. У том случају стручна лица (адвокати и правници запослени код стипуланата) којима је поверено састављање уговора немају прилику да се упознају са судском праксом поводом конкретне клаузуле. Друга отежавајућа околност везује се за један од горућих проблема српског правосуђа који се огледа у неуједначеној судској пракси. Због ње чак ни ревоносно праћење судске праксе некада неће указати на јасан став јудикатуре поводом одређене клаузуле. И под три, замислив је и „заокрет у судској праски“,[338] под којим се подразумева случај у коме, на основу истог текста закона, највиша судска инстанца, услед преиспитивања својих ранијих ставова, усвоји другачији став поводом допуштености неке клаузуле.

Уношење недопуштене клаузуле у уговор може бити последица непознавања или недовољног познавања права, неспретне формулације неке уговорне одредбе на уштрб њене прецизности, али и немогућности да се јасно утврди граница допуштености.[339] Стога, могућност да се у уговору обре нека недопуштена клаузула замислива је и онда када су његовом закључењу претходили преговори. Тим пре, она је замислива онда када је садржину уговора унапред припремила једна страна, препуштајући другој избор да на њу беспоговорно пристане или да „иде даље“. У оба случаја, делује да би порицање уговору сваког дејства било непомирљиво са интенцијама уговарача. Стога је сасвим оправдано да се пође од претпоставке да би и „окрњена“ садржина уговора представља вредност за себе и да би јој стога требало признати правно дејство. С тим у вези, *Канарис* сматра да уговарачи имају пуно право да се поуздају у то да ће правни поредак предвидети

[338] Dieter Medicus, „Über die Rückwirkung von Rechtsprechung“, *Neue Juristische Wochenschrift*, 40/1995, 2583.
[339] A. Illedits, 124.

механизме за опстанак њиховог уговора за случај да се испостави да су они нехотице предвидели неку проблематичну клаузулу.[340]

У том смислу се делимичној ништавости приписује функција заштите поверења уговарача у опстанак садржине уговора у мери у којој је она компатибилна са границама слободе уговарања. Наиме, било би ирационолно веровати да ће правни поредак у целости прихватити текст неког уговора чак и онда када се неки његов део коси са вредностима које пропагира законодавац. Због тога, када се каже да стране треба заштитити у њиховом поверењу у уговорено, подразумева се да то поверење треба да ужива заштиту у мери у којој уговорено завређује заштиту у очима законодавца.[341] Стога се не може тврдити да је елиминисање спорног дела уговора зарад очувања његовог остатка неспојиво са заштитом поверења у уговорено. Управо супротно, анулирање уговора у целости представљало би негацију пословноправне воље уговарача чиме би се у целости осујетило њихово поверење у испуњење обећаног.[342] Такав исход би указао на недовољну вичност законодавца да предвиди адекватно решење за превазилажење ових ситуација на уштрб интереса уговарача, а самим тим и на штету сигурности правног саобраћаја.

### 6.1.2. Функција спречавања злоупотребе слободе уговарања код уговора којима је иманентна структурална неједнакост уговарача

Иако појава недопуштених клаузула није искључена код уговора закључених између контрахената који су иступали са упоредиво равноправних преговарачких позиција, опасност од њиховог појављивања неупоредиво је већа код уговора којима је иманентна структурална неједнакост страна. Код потоњих уговора, диспаритет снага упућује на појачану потребу за заштитом инфериорније стране. Подређеност може бити условљена недовољним знањем, искуством, оскуднијом економском моћи, као и њиховом комбинацијом, али она може бити и ситуациона, то јест условљена околностима конкретног случаја попут преке потребе да се прибави нека престација. У тим констелацијама постоји реална опасност од покушаја надмоћније стране да искористи

[340] C. Claus-Wilhelm (1990), 559-561.
[341] Helge Dedek у: N. Jansen, R. Zimmermann (ed.) (2018), 788.
[342] H. Heiss, 153.

инфериорност друге стране наметањем клаузуле која, у одсуству неједнакости, по свему судећи, не би постала део уговора.

Иако структурална неједнакост може бити присутна и у индивидуалном уговору попут уговора о зајму, она је својствена уговорима по приступу.[343] Отуда код њих постоји појачана потреба за судском контролом садржине уговореног. У оквиру уговора који се редовно закључују по приступу, посебну заштиту заврђују потрошачки уговори. Наиме, од просечног потрошача се не може очекивати исти степен информисаности, поседовање стручних знања и ресурса којима најчешће располажу субјекти који су активни у пословном свету. Отуда је „задатак правног поретка [...] да на такву неједнакост примерено реагује и одговарајућим нормативним решењима допринесе креирању уговорне равноправности потрошача и трговца.“[344]

Независно од тога да ли је по среди уговор са споразумно одређеном садржином или адхезиони уговор, инфериорну страну можемо означити као слабију. Отуда се унутар функције спречавања злоупотребе слободе уговарања код уговора којима је иманентна структурална неједнакост уговарача посебно може издвојити функција заштите слабије уговорне стране.

Међутим, некада страна која приступа уговору неће нужно моћи да се оквалификује као слабија страна (нпр. велика корпорација која користи услуге мултинационалне компаније). Ипак, упоредива финансијска моћ контрахената није увек и гарант коректности свих клаузула које ће се наћи у општим условима компаније која пружа своје услуге, будући да их она другој страни једнострано намеће. Стога би у тим околностима исправније било говорити о функцији осигурања уговорне правде.

#### 6.1.2.1. Функција заштите слабије уговорне стране

Потребу за заштитом слабије уговорне стране уочио је и сâм законодавац који је нормирао читав сет специјалних забрана код уговора којима је својствена структурална неједнакост контрахената. Реч је о нормама од којих није допуштено одступање како би се

[343] У овој дисертацији појмови: типски уговор, уговор по приступу, формуларни уговор и општи услови пословања наизменично ће се користити као синоними. Тиме се не пренебрегава теоријска разлика која постоји међу њима. Она ипак није од пресудног значаја за проблематику која се испитује у овом раду.

[344] Ненад Тешић, „О природи и пореклу потрошачке рањивости“, *Анали Правног факултета у Београду* 3/2020, 88.

заштитили интереси стране која према својој преговарачкој позицији није у стању да издејствује елиминисање неповољних клаузула из уговора.[345] Снагом специјалних забрана обеснажују се клаузуле које би се евентуално могле наћи у уговору и то без могућности да њихово елиминисање повуче за собом ништавост уговора у целости. По логици ствари, у ситуацијама у којима законодавац изричито предвиди да ће ништавост захватити тачно одређене одредбе, утврђењем ништавости уговора у целости постигао би се супротан ефекат од жељеног, односно тада би се потреба за заштитом слабије уговорне стране претворила у њену негацију.[346]

У домаћем законодавству број специјалних когентних норми из којих проистиче примена делимичне ништавости уговора није занемарив. Оне су препознатљиве по својим формулацијама: *ништава је одредба уговора*; *ништава је супротна одредба уговора; нема правног дејства одредба уговора; одредба уговора [...] сматра се као да није уговорена, одрицање унапред од овог права нема правног дејства* и сл.

Овакве норме срећу се у бројним изворима грађанског права. Иако се на овом месту не можемо бавити њиховим исцрпним навођењем, њихова операционализација биће представљена на примеру једног уговора коме је својствена структурална неједнакост контрахената – уговора о хипотеци. Конкретно, ради се о клаузулама које су релативно забрањене утолико што се њихова допуштеност различито цени у зависности од тренутка спрам ког се она испитује. Њихово уговарање забрањено је *у тренутку закључења* уговора о хипотеци, али не и *након доспелости обезбеђеног потраживања* (чл. 27 Закона о хипотеци – ЗХ).[347]

Изричита законска забрана обухвата уговарање: 1) *lex commissorio*; 2) *pactum Marcianus*; 3) антихретичке клаузуле; 4) забране отуђења хипотековане непокретности и 5) њеног даљег залагања, као и 6) забрану продаје хипотековане непокретности противно одредбама ЗХ (овде се мисли на вансудски поступак намирења, то јест вансудску продају

[345] О заштити слабије стране у уговору као неписаном начелу домаћег права в. више код: Марко Ђурђевић, Драган Павић, „Неколико мисли о ограничењима слободе уређивања садржине уговора у нашем савременом праву“, *Право и привреда* 7-9/2016, 58.
[346] R. Hürlimann, 3.
[347] *Службени гласник РС*, бр. 115/2005, 60/2015, 63/2015 (Одлука Уставног суда), 83/2015. Мирослав Лазић, „Заштита хипотекарног дужника од неправичних клаузула“, З*борник радова Правног факултета у Нишу* 70/2015, 563.

хипотековане непокретности[348] коју под одређеним условима може спровести сам хипотекарни поверилац без обраћања суду). У случају да се нека од ових клаузула евентуално нађе у уговору, неће производити дејство уз одржавање на снази остатка уговора.[349] На овај начин хипотекарни дужник се штити од неправичних клаузула које би, хипотекар, у одсуству заштите, могао да му наметне.

Но, то што законодавац предвиђа типичне случајеве злоупотребе доминантног положаја хипотекарног повериоца,[350] не значи истовремено да су тим набрајањем обухваћени сви замисливи начини на које би хипотекар могао „пасти у искушење“ да искористи неповољну позицију хипотекарног дужника. Другим речима, то што нормотворац специјалним нормама забрањује уговарање неких погодби, не значи да је тиме уједно решен проблем ништавих клаузула код уговора о хипотеци. У том смислу, разборити законописац треба да предвиди и општу одредбу која садржи апстрактна мерила допуштености – тзв. виртуелну ништавост, као извесну „сигурносну мрежу“ у борби против непримерених одредаба које јача страна може да наметне слабијој.

Отуда се задатак суда код испитивања допуштености садржине уговора о хипотеци не зауставља на утврђењу да у њему нису садржане изричито забрањене клаузуле из чл. 13 ЗХ. Уместо тога, није незамисливо да се у уговору о хипотеци јави и нека клаузула која није наведена у чл. 13 ЗХ, али се својом садржином и суштином противи добрим обичајима.[351] *Лазић* наводи пример у коме је банка покушала да у уговору о хипотеци предвиди одредбу према којој ће „непримерено понашање хипотекарног дужника као клијента у просторијама банке, ометање службеника у раду и ремећење пословног процеса и сл, представљати разлог за једнострани раскид уговора о кредиту уз право на активирање продаје предмета хипотеке“.[352] Учешће јавног бележника у солемнизацији уговора о хипотеци, односно у састављању јавнобележничког записа о вансудској извршној хипотеци у великој мери смањује могућност уношења недопуштених клаузула у

[348] Miloš Živković, „O zlehudoj sudbini hipotekarnog poverioca drugog ranga u vansudskom postupsku namirenja (Presude Privrednog suda u Beogradu i Privrednog apelacionog suda)“, *KoPra – Kontinentalno pravo – Časopis za održivi i skladan razvoj prava,* 2/2018, 61-75; Милош Живковић у: Драгор Хибер, Милош Живковић, *Обезбеђење и учвршћење потраживања*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015, 255-264; Lazić Miroslav, *Prava realnog obezbeđenja,* Punta, Niš 2009, 115-117; Владан С. Бојић, *Вансудска реализација хипотеке,* докторска дисертација, Универзитет у Београду, Правни факултет, Београд, 2021, 229-249.
[349] Чл. 13 ЗХ.
[350] *Лазић* их назива „флагрантним повредама уговорне слободе“. М. Лазић, 563.
[351] М Лазић, 568.
[352] *Ibid*, 569.

уговор.[353] Но, не треба заборавити да постоје и уговори којима је иманентна структурална неједнакост, а за које законом није предвиђена ниједна врста јавнобележничке форме.[354]

Иако ће о особеном третману уговора по приступу у контексту делимичне ништавости и, у оквиру њих, о потрошачким уговорима, бити речи на одговарајућем месту, овде ћемо *obiter dictum* истаћи једно запажање у домаћим оквирима. Наиме, у домаћем праву, а нарочито у домаћој јудикатури, уочава се неиздиференцирани приступ проблематици ништавих одредаба код индивидуалних уговора у поређењу са адхезионим уговорима, док је у оквиру потоњих уочљив и неизнијансирани приступ потрошачким у поређењу са непотрошачким уговорима.[355] Последично се на идентичан начин „оперише“ наизглед истим правним категоријама у контексту различитих врста уговора чиме се у резултату једнако третирају различите ствари.

Уколико кажемо да би се интервенцијом суда у садржину уговора „у корену“ нарушила аутономија воље тј. слобода уговарања, пренебрегавају се две чињенице. Под један, слобода уговарања није „небо без граница“, и под два, слобода уговарања нема исту „тежину“ и смисао код индивидуалних уговора и уговора по приступу. Ноторно је да се код формуларних уговора адхерантова слобода одлучивања своди на могућност да уговор закључи или да га не закључи. Штавише, и тај аспект слободе уговарања биће упитан онда када је алтернатива тој „слободи“ потпуно уздржавање од коришћења неке услуге или прибављања неке ствари. С тим у вези *Канарис* наглашава да „уговорна слобода која је усмерена на модел потпуног преговарања о свим појединостима уговора представља поједностављено виђење ствари и да она одговара идеалу „пијачне продаје“ али не и модерној конкурентској привреди.“[356] Отуда се у доктрини у вези са типским уговорима с правом говори о „ослабљеној“ слободи воље (нем. *verdünnte Willensfreiheit*).[357]

Субјекта који приступа уговору правни поредак треба да штити у његовом поверењу да му друга надмоћнија страна неће наметнути неку недопуштену одредбу, а у случају да му она буде наметнута, правни поредак слабијој уговорној страни треба да

---

[353] Више о томе в. код: Н. Мишчевић (2022), 236-242; Николина Мишчевић, „Форма уговора о хипотеци“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2015, 1405-1413.
[354] Типичан пример представља уговор о јемству. Више о томе в. код: Н. Мишчевић (2022) године, 257-263.
[355] Више о томе в. поднаслов: 8.1.
[356] C. Claus-Wilhelm (1990), 548.
[357] Franz Bydlinski, *Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes*, 1967, 120 и даље. Нав. према: C. H. Hackl, 90.

осигура адекватну правну заштиту.[358] Пошто у тренутку закључења уговора адхерант као појединац нема могућност, а често ни време ни новац, да преиспита пуноважност сваке појединачне уговорне клаузуле – штавише, и да их има, свестан је да неће успети да издејствује уклањање проблематичне одредбе из уговора – као једина могућност провере исправности уговореног преостаје иницирање *ex post* судске контроле. Дакле, осим у случајевима подношења захтева за заштиту колективних интереса потрошача која је у Србији резервисана за регистрована удружења и савезе потрошача (чл. 173 ЗЗП), једини начин да адхерант испита пуноважност уговореног јесте подвргавање садржине уговора судској контроли. Она, по природи ствари, мора бити *ex post* контрола, будући да пре закључења уговора потенцијални адхерант не би ни имао правни интерес, а самим тим ни активну легитимацију да иницира тај поступак. Стога аргумент да нека одредба уговора обавезује адхеранта на основу тога што је он могао да се упозна са њом – али не и да је мења или да издејствује њено елиминисање из уговора – увидом у понуду за закључење уговора по приступу, промашује сваку суштину и упућује на неразумевање читаве проблематике.[359]

#### 6.1.2.2. Функција обезбеђења уговорне правде

На функцију заштите слабије уговорне стране надовезује се функција обезбеђења уговорне правде. Иако између функције заштите слабије уговорне стране и обезбеђења уговорне правде постоје извесне подударности, јер заштита слабије стране треба да допринесе обезбеђењу уговорне правде или бар избегавању уговорне неправде, потоња функција има нешто шири домашај. Наиме, у пракси нису ретки случајеви у којима се са становишта економске снаге ниједна страна не може оквалификовати као слабија. Одсуство упадљиве економске неједнакости, међутим, не значи нужно и искључење сваког другог вида структуралне неједнакости. Тако се неједнакост може јавити и у односу два привредна субјекта упоредиве економске снаге онда када је један од њих у

[358] A. Dedual, 233.

[359] Допуна правног става ВКС о дозвољености уговарања трошкова кредита усвојена на седници Грађанског одељења ВКС одржаној 16.09.2021. године. Овим не негирамо могућност суда да истој одредби призна пуноважност, али тек након суштинског испитивања њене исправности уместо навођења привидних аргумената. Sloboda Midorović, "The Concept of Unfair Terms in Consumer Contracts in Serbian Law: The Case of Validity of Contracting Credit Costs" у: Dušan V. Popović et al (eds), *Balkan Yearbook of European and Internaitonal Law 2021*, Springer, Cham 2022, 141-160.

позицији да другоме нуди своје услуге по једнострано детерминисаним условима. У том смислу је идеја за постизањем материјалне правде одраз настојања да се сузбије склоност ка злоупотреби доминантније позиције уговорне стране која у конкретном случају другој диктира услове за пружање услуга или испоруку добара. Другим речима, то што готово сва законодавства прописују посебане критеријуме нормативне контроле потрошачких уговора, не значи да је наметање непримерених услова уговарања искључено код непотрошачких уговора по приступу. Ову околност уважио је и домаћи законодавац предвидевши концепт неправичних одредаба општих услова формуларних уговора из чл. 143, ст. 2 ЗОО о коме ће бити речи на одговарајућем месту у раду.

### 6.2. Посебне функције делимичне ништавости уговора

Као што смо видели, од свих модалитета делимичне ништавости, салваторна редукција задаје догматици највеће „главобоље“ и то нарочито у материји општих услова пословања. Стога је, пре него што се издвоје засебне функције које су својствене овој варијанти делимичне ништавости, потребно дати шири контекст целокупне проблематике. Стицање шире слике подразумева сучељавање и одмеравање најистакнутијих аргумената и контрааргумената који се срећу у германској доктрини, са циљем да се испита да ли разлози „за“ имају снагу да убеде у њихову исправност и са становишта нашег позитивног права.

#### 6.2.1. Постављање проблематике у шири контекст

Проблематизација делимичне ништавости у контексту општих услова пословања ниједног момента не подразумева довођење у питање примену овог института у његовом најужем значењу које је у раду означено као обична делимична ништавост. Уместо тога, читава дебата тиче се допуштености примене овог института на нивоу уговорне одредбе. Као што је претходно истакнуто, делимична ништавост представља вишедимензионални појам. У свом основном значењу, делимична ништавост подразумева испитивање односа једне ништаве уговорне одредбе са осталим погодбама уговорног поретка. Према теорији се на том нивоу не исцрпљује нужно домашај делимичне ништавости, будући да није незамисливо да се њена логика примени и на нижем нивоу, а то је ниво поједине уговорне

клаузуле. У потоњем случају говори се о модификованој делимичној ништавости (швајцарски појам) или о салваторној редукцији (превод немачког појма *geltungserhaltende Reduktion*).

Већ смо видели да се против салваторне редукције истиче начелни аргумент који се тиче улоге судова у правним системима државне регулативе континентално европског типа. Једна од кључних карактеристика тих система огледа се у начелу поделе власти у складу са којим задатак суда није да ствара већ да примењује право. Улога суда се своди на то да испита пуноважност неке одредбе и да, уколико утврди постојање повреде одређеног интензитета која завређује квалификатив ништавости, утврди конкретну одредбу непуноважном. Свако мешање суда у измену текста уговора значило би узурпирање права сауговарача да према свом нахођењу креирају уговор, за шта сами треба да сносе одговорност.[360]

Иако се салваторна редукција у ранијој аустријској литератури и судској пракси сматрала саморазумевајућом, делује да ју је већинска немачка доктрина одвајкада одбацивала у материји општих услова пословања.[361] Ближи увид у проблематику, међутим, открива да став према овој изузетној техници „спасавања“ уговора зависи од тога шта се под њоме подразумева. У том смислу начелне ставове доктрине о њеној забрани треба прихватити са резервом, имајући у виду да су различити аутори своју аргументацију „за“ или „против“ ње „градили“ полазећи од дивергентних премиса. Непостојање јединственог полазишта представљало је препреку за развој смислене доктринарне расправе на тему ове варијанте делимичне ништавости.[362] Одсуство унисоне полазне основе условљено је чињеницом да се не ради о позитивноправном термину него о творевини доктрине коју је као *ultima ratio* у неким случајевима прихвата судска пракса.

Суштина проблема лежи у обиму заговаране редукције непримерене уговорне одредбе. С тим у вези, теоријски су замисливе две могућности: 1) редукција садржине недопуштене одредбе до нивоа оног што би било максимално допуштено или

[360] Stoffels, AGB-Recht 2003, 2. Aufl. 2009, Rn. 596. Нав. према: K. Uffmann (2010), 210; L. Häsemeyer, 1101.
[361] Max Leitner, „Ist das vollständige Ende der geltungserhaltenden Reduktion gekommen?“, *Österreichische Juristen-Zeitung* 6/2002, 712; A. Geroldinger (2013), 28.
[362] K. Uffmann (2010), 286 и 287.

2) редукција недопуштене одредбе на примерени ниво, то јест на садржину која би била прихватљива са становишта обају уговарача.[363]

Против принципијелне допуштености језичког преформулисања спорне уговорне одредбе у материји општих услова пословања својом фреквентношћу се истичу три аргумента: 1) суд, који мора бити непристрасан, кроз свођење обавезе на оно што је максимално допуштено преузима на себе улогу заступника интереса стипуланта; 2) то се противи идеји превенције и 3) то је неспојиво са захтевом за транспарентношћу садржине уговора.[364]

Ако би интервенција суда подразумевала кориговање ништаве клаузуле само онолико колико је нужно да би се она могла сматрати допуштеном, суду би се могло приписати својство заступника интереса стипуланта. Тада би, практично, суд на себе преузео посао за који се, према редовном току ствари, најчешће ангажује адвокат или, чак, тим адвоката.[365] Таква улога суда неспојива је са уставном гарантијом независности судске власти.[366]

Ако би се пошло од свођења клаузуле на максимално допуштену садржину, стипулант не би имао никакав стимуланс да од самог почетка спорно питање уреди на дозвољен начин. Штавише, он би тада имао подстрек да „ескпериментише“ са границама дозвољеног тако што би формулисао одредбе које максимално погодују његовим интересима, знајући да ће у случају евентуалне судске контроле, према „најгорем сценарију“, клаузула бити сведена на садржину која би „положила тест“ те контроле. Другим речима, стипулант, практично, не би био изложен никаквом ризику, јер би једина опасност била да ће „изгубити“ оно за што је и сам знао да му не припада.[367] Наведено још више долази до изражаја ако се узме у обзир то да ће се адхеранти, било из незнања, било из бојазни од процесног ризика, ретко упустити у оспоравање проблематичних одредаба типских уговора пред судом.[368] Стога би са становишта превенције било контрапродуктивно допустити редукцију непримерене клаузуле. Одвраћајућа функција се може приписати институту делимичне ништавости само ако стипуланту буде предочено

[363] O. Ben-Shahar (2011), 893.
[364] K. Uffmann (2010), 2; A. Dedual, 8.
[365] K. Uffmann (2010), 232 и 233.
[366] *Ibid*, 36.
[367] K. Uffmann (2010), 21, 270, 271; O. Ben-Shahar (2011), 889.
[368] M. Leitner, 712.

да ће његово „спелукативно“ понашање бити изложено одговарајућој последици која се састоји у уклањању оспорене клаузуле у целости.

Трећи у низу аргумената који се редовно наводи против салваторне редукције у материји општих услова пословања уопште, дакле, независно од заговараног обима редукције, тиче се захтева за транспарентношћу. Он налаже стипуланту да клаузуле општих услова формулише тако да адхерант може да стекне јасну и недвосмислену представу о својој уговорној позицији у моменту када приступа уговору. Односно, клаузуле треба да буду стилизоване тако да не остављају простора за неизвесност о обиму права и обавеза које адхерант преузима закључењем уговора. Овај захтев наводно је неспојив са резултатима салваторне редукције будући да би њеном применом адхеранту било онемогућено да унапред буде упознат са својом правном позицијом. Уместо тога, он би сазнао домашај својих обавеза тек *ex post*, након интервенције суда.[369]

### 6.2.2. Критичко вредновање аргумената који се наводе против модификоване делимичне ништавости

Овде ћемо размотрити да ли би *a priori* требало одбацити салваторну редукцију или би је требало допустити, с обзиром на могуће комплексне чињеничне констелације и далекосежне последице строго легалистичког приступа проблему, а водећи рачуна о интерсима стипуланата и адхераната. Одговор на ово питање захтева преиспитивање аргумената против могућности преформулисања спорне уговорне одредбе од стране суда и то у светлу новијег схватања редукције. Наиме, према новијем учењу, редукција подразумева свођење одредбе на примерен ниво,[370] уместо на ниво који би био максимално допуштен.[371]

Против аргумента који се тиче традиционалне улоге судова и њихове позваности да примењују, али не и да стварају право, судска пракса германских земаља се вешто изборила. Како би се отклонила ова примедба, судови и када у исходу мењају садржину уговора настоје да се крећу по сигурном терену. То често постижу комбиновањем

[369] K. Uffmann (2010), 280, 281, 283, 284, са даљим упућивањем.
[370] G. Mäsch у: Staudinger (2019), 205.
[371] Повод за преформулисање свакако даје тек утврђење ништавости првобитно постављене одредбе. У том смислу редукцију треба разумети као постављање заменског правила водећи рачуна о интересима обају уговарача.

института делимичне ништавости са другим познатим и прихваћеним правним установама. Тако судови у Немачкој неретко модификују садржину уговорне одредбе, односно попуњавају празнину која настане ништавошћу неке одредбе, допуњујућим тумачењем уговора. Ова интерпретативна техника која је позната и прихваћена у теорији уговорног права вешто се користи како би се, терминолошки гледано, остало у границама приватне аутономије.[372] Наиме, реч тумачење указује на то да се допуна уговора врши ослонцем на (хипотетичку) вољу уговарача, чиме се преобликовање садржине уговора које врши суд доводи у склад са начелом аутономије воље. Управо зато и наизглед крут став немачке доктрине о забрани салваторне редукције у материји општих услова пословања добија потпуно другачију слику када се узме у обзир то да се до резултата коме би водила њена примена долази заобилазним путем: комбиновањем делимичне ништавости и допуњујућег тумачења уговора. Због тога *Уфман* истиче да се „кроз ове две правне фигуре фактички на мала врата прихвата салваторна редукција само у другом паковању.“[373]

Наведеним се релативизује заговарана догма забране салваторне редукције, због чега се у новијој литератури истиче да је по среди један обичан мит.[374] Штавише, и најљући противници мешања суда у уговорни поредак уочавају да суду у изузетним околностима треба признати могућност коректуре садржине уговореног.

Ако би се сврха салваторне редукције огледала у томе да се наместо ништаве клаузуле постави уговорна одредба која би уважавала интересе обају уговарача, тада би отпао аргумент да суд преузима улогу заступника интереса јаче стране. Другим речима, тада би на место непуноважне одредбе требало поставити уговорну погодбу коју би и сами уговарачи предвидели да су о њој имали могућност да преговарају са упоредиво равноправних позиција. Утолико би садржина те одредбе била повољнија за адхеранта од оне коју би câм стипулант могао да му наметне као максимално допуштену.

Када је реч о превентивној функцији због које се начелно забрањује салваторна редукција, полази се од тога да би она уродила плодом само ако би се стипуланту ставило у изглед да ће бити „кажњен“ уклањањем проблематичне клаузуле у целости без могућности њене замене другом пуноважном одредбом. Само би то, наводно, на њега

[372] K. Uffmann (2010), 175.
[373] *Ibid*, 56, 57.
[374] *Ibid*, 254.

деловало подстицајно у смислу да не дође у „искушење“ да закорачи на „неизвестан терен“. У вези са овим аргументом, најпре треба истаћи да пенална функција није својствена грађанском праву.[375] Осим тога, стипуланту неће увек моћи да се „припише у одговорност“ прекорачење граница допуштености. Наиме, стипулант не би требало да ужива заштиту онда када у уговор унесе неку клаузулу чије је уговарање законом изричито забрањено. То ће бити случај онда када постоји специјална забрана која не оставља простор за дилему о допуштености. Када би стипулант у уговор унео такву клаузулу, он не би био вредан заштите. Међутим, спорно је да ли се стипуланту може приписати одговорност и онда када објективно не може јасно и прецизно да утврди границе пуноважности. Овде треба напоменути и то да за разлику од потрошача, стипулантима не стоји на располагању могућност иницирања поступака пред надлежним органима (судом или органом управе), ради преиспитивања пуноважности клаузула типског уговора и општих услова пре њихове примене, како би били сигурни да ни код једне клаузуле није прекорачена граница допуштености. Отуда, не постоји начин да стипулант који „жели да ради савесно и поштено буде сигуран да клаузуле које примењује у свом пословању неће за 3, 5 или 10 година, дакле ретроактивно, бити проглашене неправичним и ништавим.“[376] Дакле, није спорно да систем појачане судске контроле типских уговора и општих услова треба да постоји, али то не значи да би требало да се претвори у своју супротност, то јест у средство за кажњавање стипуланата. У околностима када стипулант не може извесно да утврди границу између допуштеног и забрањеног по мишљењу *Лајтнера* (*Leitner*) „постоји оправдање да се спроведе редукција уговореног на допуштену садржину.“[377] Због тога, према речима *Велзера* (*Welser*) стипуланта „треба заштитити од замки утврђивања граница допуштеног на основу недовољно јасних законских формулација.“[378]

---

[375] Душан Николић, „О дислоцираним институтима других грана права у Закону о облигационим односима Србије“, 2. Регионална научна конференција из облигационог права, Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 14-15. новембар 2019, 35. То не значи да у неким, нарочито оправданим околностима, у материји грађанског права нема места идеји превенције. Тако *Канарис* (C. Claus-Wilhelm (1990), 524) истиче да одредба из § 817, ст. 2 БГБ према којој је могуће одбити захтев за повраћај датог може да убеди у њену исправност утолико што не заврђује свака повреда законске норме и доброг обичаја да буде инкриминисана. Отуда могућност забране реституције према њему не представља правнополитички посматрано погрешну одлуку законодавца.
[376] M. Živković (2018), 16.
[377] M. Leitner, 712.
[378] R. Welser у: Krejci, Handbuch, 369, Welser, JBl 1980, 85. Нав према: A. Illedits, 62.

Из познатих разлога, законодавац се у формулисању општих критеријума контроле пуноважности користи правним стандардима чија се садржина конкретизује кроз судску праксу. Стога би било неоправдано очекивати од стипуланта да поштује границе допуштености у ситуацији када су оне недовољно јасно одређене, а судска пракса се још није изјашњавала поводом пуноважности конкретне клаузуле. Сходно томе, „превенција је везана за један субјективни елемент: могућност сазнања да је одређена клаузула забрањена.“[379] Уз то, у литератури се истиче и да превенција може да оствари своју сврху у поступцима за заштиту колективних интереса потрошача, али не и у индивидуалним поступцима заштите.[380] Поврх тога, то што је једном судска пракса заузела став поводом допуштености неке клаузуле није гарант стипуланту да у будућности неће доћи до заокрета судске праксе. Измена става судске праксе поводом допуштености неке клаузуле типског уговора може бити проблематична са становишта стипуланта с обзиром на њено ретроактивно дејство јер, као што је познато, ништавост делује *ex tunc*.[381] У тим случајевима би једини сигуран и известан пут за стипуланта био да прихвати примену диспозитивних одредаба. Тада би се, међутим, обесмислила њихова суштина која се огледа у могућности одступања од оног што се њима предвиђа чиме би се сузио или чак елиминисао маневарски простор стипуланта. Осим тога то не би било ни могуће за све замисливе клаузуле општих услова будући да за немали број уговорних одредаба стипуланту недостаје поуздано мерило допуштености у виду диспозитивне норме. То неће бити редак случај, јер, по природи ствари, законодавац не може да предвиди решења за све ситуације које се могу јавити у пракси. Такав подухват не само да би био нерационалан него и крајње несувисао, о чему сведоче поједини историјски примери „кодификационог оптимизма“.[382]

Напослетку, потребно је испитати и одрживост аргумента транспарентности. Као што је истакнуто циљ захтева за транспарентношћу усмерен је на заштиту очекивања адхеранта утолико што би он на основу понуде за закључење уговора требало да има могућност да стекне јасну и недвосмислену слику о својим правима и обавезама и да спрам ње донесе информисану одлуку о приступању уговору. По логици ствари, то

[379] K. Uffmann (2010), 274.
[380] A. Geroldinger (2013), 29.
[381] K. Uffmann (2010), 90.
[382] Thomas M.J. Möllers, *Juristische Methodenlehre*, 2. Auflage, C.H. Beck, München 2019, 17, марг. 38.

претпоставља да ће се он детаљно упознати са уговором и општим условима пословања који су саставни део уговора. Међутим, то не значи нужно да ће се адхерант сваки пут пре приступања општим условима заиста и упознати са њиховом садржином. У највећем броју случајева он то неће учинити. У убрзаном свету у коме живимо редовно функционисање бројних субјеката подразумева коришћење низа услуга које се пружају у складу са општим условима пословања њихових пружалаца.[383] Када се узме у обзир њихова бројност и обим незамисливо је да ће просечан корисник имати времена да се унапред детаљно упозна са сваком одредбом. Штавише, поставља се питање да ли би то било рационално, ако корисник зна да уложено време и труд неће ништа изменити у самом резултату, будући да он најчешће није у позицији да преговара о њиховој измени. Отуда не чуди што се у материји општих услова говори о „рационалној апатији“ адхераната.[384]

Све у свему, кад би адхерант био спреман да уложи време и труд да ишчита опште услове, они би требало да му дају јасну слику о домашају његових права и обавеза, односно не би смели да га оставе у недоумици о томе шта ће се на основу уговора очекивати од њега. Када се све наведено има у виду, поставља се питање да ли би интервенција суда која би резулитирала отклањањем евентуалне нетранспарентности ишла на уштрб адхеранта, или би се на тај начин адхеранту накнадно омогућило да уз помоћ суда надомести почетни дефицит своје преговарачке позиције. Делује да би се тек накнадном интервенцијом суда адхеранту омогућило да буде везан садржином одредбе за коју би се током преговора и câм највероватније залагао да је био у позицији да утиче на њену формулацију.

На основу критичког вредновања аргумената који се у литератури учестало износе као разлози против салваторне редукције, делује да они, више наизглед него суштински, имају снагу да убеде у њихову исправност. Они могу деловати убедљиво само на високом нивоу апстракције, али не и када се примене на конкретне случајеве.[385] Штавише, они су

---

[383] Само неке од њих су услуге интернет претраживача, апликација, платформи, дигиталних садржаја, туристичких агенција, осигуравајућих друштава, телекомуникационих компанија, банака и др. О општим условима коришћења у дигиталном свету в. више код: Dubravka Klasiček, “Terms of Service in Online Adhesion Contracts: Issues and Possible Solutions”, *Legal Tradition and New Legal Challenges – 3rd International Scientific Conference Novi Sad*, 29th and 30th September, 2021, Book of Abstracts, University of Novi Sad, Faculty of Law, 35-37.

[384] G. Mäsch у: Staudinger (2019), 5.

[385] N. Jansen у: N. Jansen, R. Zimmermann (ed.) (2018), 974 и 975.

тешко помирљиви са принципом који фаворизује одржавање уговора на снази.[386] У том смислу, у уско постављеним оквирима, делује да ће салваторна редукција бити оправдана, што не споре чак ни њени најљући противници. Чак и у уско постављеним оквирима она је од великог значаја јер доприноси премошћивању потенцијално великих проблема у пракси.[387]

Имајући наведено у виду, у новијој литератури се истиче да је у заговарању забране салваторне редукције присутно претеривање. У појединим случајевима делује да би зарад слепог очувања аутономије воље био постигнут управо супротан ефекат од жељеног, јер би уговарачи истовремено били лишени не само лоших него и корисних страна свог уговора. Уместо претеривања, у тим случајевима се треба определити за рационалан приступ.[388]

Потреба за тзв. судском коректуром уговорне одредбе најчешће се јавља код уговора са трајним извршењем престација и то онда када је њихово испуњење већ поодмакло. Тада „оштрица“ забране кориговања садржине ништаве уговорне одредбе попушта пред тежином последица које би индуковала њена алтернатива у виду ништавости уговора у целости.

Из наведеног се види да је поље примене модификоване делимичне ништавости сужено на више начина.

Под један, најпре је потребно да се утврди да је у уговору садржана ништава уговорна одредба, што ће, по природи ствари, бити изузетак, а не правило. Наиме, највећем броју стипуланата је и те како стало до своје репутације тако да ће они настојати да већ при формулисању уговора по приступу и општих услова ускладе своје пословање са захтевима правног поретка.[389] На ово се надовезује и аргумент представника теорије економске анализе права да на стипуланта одвраћајуће делује и сама помисао на трошкове које би му могли проузроковати масовни судски поступци у случају уношења недопуштених клаузула у типске уговоре.[390] Осим тога, на стипуланта ће превентивно

[386] N. Jansen у: N. Jansen, R. Zimmermann (2018), 974 и 975.
[387] G. Mäsch у: Staudinger (2019), 221.
[388] *Ibid*.
[389] K. Uffmann (2012), 2230; K. Uffmann (2010), 272.
[390] K. Uffmann (2010), 273.

деловати и околност да његова престација неће бити сведена на максимално допуштен ниво, него на ниво који је примерен.[391]

Под два, салваторна редукција се најчешће актуелизује код уговора са трајним извршењем престација[392] и то, по правилу, онда када је већ поодмакло њихово испуњење, тако да би реституција била скопчана са бројним потешкоћама.[393] Отуда није одржив аргумент на који се наилази у литератури да утврђење ништавости уговора у целости не представља препреку за уговараче да закључе нов уговор поводом истог предмета, али овог пута, са допуштеном садржином.[394] Ову могућност нико не спори, али она не решава проблеме који би били изазвани реституцијом примљеног по основу претходног уговора. Осим тога, овај аргумент занемарује и немале трансакционе трошкове са којима је повезано закључење појединих уговора.[395]

Под три, ништава одредба треба да садржи допуштено језгро. То значи да она не уређује питање које је децидирано забрањено, нити намеће обавезу којом се располаже недиспонибилним правом или добром. Уместо тога, она уређује питање које је суштински допуштено, тако да корен проблема лежи у формулацији одредбе која је најчешће недовољно одредива чиме генерише или има потенцијал да генерише прекомерну обавезу за адхеранта.

Под четири, уклањање ништаве одредбе истовремено указује на уговорни вакуум који треба да буде премошћен да би уговор могао да настави своју егзистенцију.

Под пет, за накнадну празнину у уговору закон не садржи „инстант“ решење у виду одговарајуће императивне или диспозитивне одредбе.

И, под шест, алтернатива у виду ништавости уговора у целости која би индуковала повраћај примљеног не би одговарала ниједном уговарачу.

Под свим овим уловима би чак и сам стипулант, коме је изворно оспорена одредба доносила неку корист, имао већи интерес да се проблематична одредба измени него да уговор у целости буде „обрисан са лица земље“. Ако су сви ови услови кумулативно испуњени, према ставовима германске доктрине и судске праксе било би оправдано и у складу са вредновањем законодавца допустити замену ништаве одредбе пуноважном

[391] A. Illedits, 68 и 69.
[392] H. M. Pawlowski, 161.
[393] H. Heiss, 154 и 155.
[394] R. Zimmermann (1979), 42; К. Г. Доловић Бојић (2021), 92.
[395] A. Dedual, 232.

одредбом коју би поставио суд. Основ за то се проналази или у допуњујућем тумачењу уговора или, ређе, у судијском развоју (унапређењу) права.

Имајући у виду наведене рестрикције салваторне редукције, јасно је да ће судови само изузетно доћи у позицију да је примене. Но, и у тим изузетним случајевима ова техника спасавања уговора може да учини пуно и то не само са становишта интереса уговарача, него и са становишта општег интереса. Нарочито ако се узме у обзир масовност закључивања појединих типских уговора и потреси који би могли настати у читавим секторима пословања у случају налагања ништавости уговора *in toto*.

### 6.2.3. Функције модификоване делимичне ништавости у светлу уговора по приступу

Као што је истакнуто, међу функцијама модификоване делимичне ништавости у светлу уговора по приступу својим значајем издвајају се: 1) функција заштите интереса адхеранта да настави да користи уговорену услугу или прибављену ствар; 2) функција избегавања неоснованог привилеговања адхеранта; 3) функција подржавања оправданих интереса стипуланта у нарочитим околностима; 4) функција заштите начелног вредновања законодавца и 5) функција заштите сигурности правног промета. Иако се ради лакшег праћења ове функције одвојено приказују, треба имати у виду да су оне међусобно повезане и испрелетене тако да тек у својој укупности дају праву слику о оправданости примене института делимичне ништавости у његовој модификованој варијанти.

#### 6.2.3.1. Функција заштите интереса адхеранта да настави да користи уговорену услугу или прибављену ствар

Ако би се испоставило да је нека одредба уговора по приступу проблематична, она, по логици ствари, не би била спорна са становишта стипуланта будући да је он тај који је формулише на начин да она подржава његове интересе, већ би клаузула била спорна са адхерантове тачке гледишта. Стога ће адхерант бити уговорна страна која ће оспоравати пуноважност одредбе уговора по приступу. У страху од процесног ризика, адхеранти ће се ретко упуштати у такве подухвате, нарочито ако је по среди одредба поводом чије

допуштености се још није искристалисао став судске праксе.[396] Но, чак и кад би се адхерант „одважио“ на тај корак, он најчешће то неће чинити са жељом да крајњи исход поступка буде елиминисање свих дејстава уговора. Уместо тога, он ће редовно настојати да издејствује да настави да ужива у правима из уговора (нпр. да настави да користи објекат лизинга, да настави да користи закупљени простор, да настави да отплаћује добијени кредит, да и даље буде осигураник и сл.), али уз елиминисање одредбе коју сматра неправичном.

Ако би се испоставило да је по среди одредба која уређује питање које је за стипуланта од одлучујућег значаја, упитно је какав би био исход спора. У таквим случајевима би се као сасвим логично наметнуло питање да ли би, ради заштите интереса адхеранта, исправно било у потпуности занемарити интересе стипуланта. Наиме, ако би се испоставило да би у случају елиминисања оспорене одредбе добрим делом отпао (економски) интерес стипуланта да и даље буде везан уговором, делује да би он између обичне делимичне ништавости и ништавости *in toto* могао имати више интереса за потоњу последицу. Тада би утврђење ништавости уговора у целости било у функцији очувања начела аутономије воље у складу са којим је неспојиво да неко буде везан уговором који, при својој слободној вољи и слободном избору, не би пристао да закључи. Последица утврђења ништавости уговора у целости огледала би се у повраћају примљеног. Она вероватно не би одговарала ни адхеранту, ни стипуланту. Наиме, адхерант ће редовно имати већи интерес да настави да ужива у својој уговорној позицији јер би вероватно био суочен са озбиљним потешкоћама када би био обавезан на реституцију примљеног. С друге стране, могуће је да ни самом стипуланту не би одговарала радикална последица у виду елиминисања свих уговорних ефеката, јер би се она негативно одразила на његов пословни портфолио. Тада би чак и он био спремнији да пристане да буде везан модификованом садржином уговора у поређењу са алтернативом у виду ништавости уговора у целости.

[396] Овим се не искључује могућност масовног утужења ако се испостави да судска пракса поводом конкретне уговорне одредбе заузме став који погодује интересима адхераната.

6.2.3.2. Функција избегавања неоснованог привилеговања адхеранта

Када би се приликом елиминисања спорне уговорне одредбе уважили само интереси адхеранта без истовременог уважавања кореспондентних интереса стипуланта, то би за последицу могло имати неосновано привилеговање слабије уговорне стране.

Наиме, када би се нека одредба уговора елиминисала у целости без могућности постављања заменског правила, није искључено да би резултат такве судске интервенције адхеранта довео у неочекивано добара положај. Тада би се он могао наћи у уговорној позицији коју за себе не би могао да исходује чак ни у хипотези да је о условима обавезивања могао да преговара са стипулантом „на равној нози“.[397] У том смислу се у теорији истиче да би у одсуству модификације оспорене уговорне одредбе могао настати или исход који ниједна страна не жели у виду ништавости уговора у целости, или би се, у случају одржавања уговора на снази без оспорене одредбе, адхеранту омогућило стицање преимућства на које није могао рачунати „ни у најбољем сну“ (нпр. кредит без адекватног средства обезбеђења).[398] Ова преимућства која би у хипотези одржавања уговора на снази без оспорене одредбе адхерант остварио, теорија означава као „неочекивани поклон“ (нем. *Zufallsgeschenk*)[399] који би стипулант, упркос одсуству *animus donandi*, чинио адхеранту.

Као што смо видели у теорији се аргумент превенције редовно среће као разлог против модификоване делимичне ништавости. Део доктрине је уверен да ће једино уклањање одредбе у целости мотивисати стипуланта да од самог почетка постави одредбе које би „прошле тест“ судске контроле. Принцип превенције је, без сваке сумње, битан са становишта настојања да се у условима структуралне неједнакости уговарача обезбеди уговорна правда. Но, он није нити једини принцип о коме право треба да води рачуна, нити важнији од других принципа које, такође, треба узети о обзир.[400] У том смислу *Канарис* истиче да принцип превенције није једино „мерило ствари“ и да он мора бити коригован принципом сразмерности[401] који налаже да се уместо једностране заштите интереса адхеранта, поведе рачуна и о прихватљивим интересима стипуланта. Са

[397] A. Geroldinger (2013), 33.
[398] K. Uffmann (2010), 88 и 89.
[399] G. Mäsch у: Staudinger (2019), 201.
[400] K. Uffmann (2010), 279 и 280.
[401] C. Claus-Wilhelm (1990), 547, 568-570.

*Канарисом* се у резултату слаже и *Хагер* који је става да „идеја превенције и санкције не дају довољно оправдање за примену последице која би се огледала у ништавости *in toto*.“[402]

6.2.3.3. Функција заштите оправданих интереса стипуланта у нарочитим околностима

Као што смо видели, у случају да закон не поставља јасне и недвосмислене границе допуштености у виду специјалних забрана, стипуланту се не може олако приписати несавесно поступање и намера искоришћавања адхеранта. Штавише, у одсуству јасних демаркационих граница допуштености, сасвим је разумљиво настојање стипуланта да приликом састављања типских уговора, у свом интересу, искористи расположиви маневарски простор. Отуда не треба априорно осудити његово настојање да за себе предвиди максимум користи. То, по природи ствари, важи како за она питања која су већ уређена диспозитивним законским нормама, тако и за она која законодавац не уређује. У вези са овом разумљивом и природном тенденцијом, у доктрини се истиче постојање „нерационалне аверзије“[403] према стипулантима који, кроз одредбе формуларних уговора за себе настоје да остваре што је могуће бољу уговорну позицију.[404]

Ову тенденцију треба сагледати и у светлу резултата до којих су дошли теоретичари економске анализе права. Они указују на то да се на тржишту робе и услуга цена редовно јавља као кључни критеријум који претежно утиче на то да се нека особа определи за одређену услугу или робу. Отуда је ценовна политика, по правилу, главно поприште конкурентске „борбе“ за придобијање нових корисника односно купаца. Имајући то у виду, стипуланти се редовно „не такмиче“ у томе ко ће понудити повољније опште услове пословања, већ у томе ко ће пружити исту или сличну услугу за повољнију цену.[405] Наведено не имплицира да стипуланти не треба да воде рачуна о формулацији својих општих услова пословања. Уместо тога, они редовно неће бити претерано „великодушни“ приликом њиховог састављања, јер би тај приступ довео до поскупљења услуга/робе стипуланата, што би се у крајњој линији превалило на адхеранте. Отуда, не

[402] J. Hager, 187.
[403] G. Mäsch у: Staudinger (2019), 201.
[404] *Ibid*.
[405] Fernando Gómez Pomar, “Core versus Non-Core Terms and Legal Controls over Consumer Contract Terms: (Bad) Lessons from Europe?”, *European Review of Contract Law* 2/2019, 179.

треба *a prirori* заузимати негативан став према преференцијама бројних стипуланата да ценовну конкурентност надоместе уговарањем за себе повољних одредаба општих услова.[406]

Осим тога, стипуланти немају „пророчке“ способности. Они не могу са извесношћу да предвиде какав ће став поводом неких одредаба уговора по приступу у будућности заузети судска пракса, а још мање да ли ће временом доћи до њеног „заокрета“. Није коректно од стипуланата очекивати немогуће, то јест да они своје пословање уреде на начин који ће убудуће засигурно наићи на одобравање судске праксе.[407] Сходно томе, не би било примерено ни санкционисати стипуланте за поступке који им се не могу приписати у одговорност.

#### 6.2.3.4. Функција подржавања начелног вредновања законодавца

Када се узму у обзир случајеви у којима је у нашем позитивном праву суду изричито допуштено да редукују прекомерне престације, делује да би одбацивање сваке могућности кориговања престација код типских уговора, мимо изричито нормираних случајева, представљало исход који би противречио начелном вредновању законодавца. У том смислу *Фон Еш* (*von Esch*) истиче да је „[ц]иљ права да се успостави поредак који ће омогућити правично уређење односа међу људима. Да би овај циљ био остварен, потребно је избегавати противречна вредновања и предвидети да из истог сплета околности проистичу исте правне последице.“[408]

О примерима законске редукције престација биће више речи у наредном поглављу. Овде ћемо само напоменути да идеја редукције прекомерно постављених престација није страна нашем законодавцу. На пример, ЗОО садржи одредбе којима се суду допушта да смањи: на правичан износ зеленашку престацију (чл. 141, ст. 4 ЗОО); несразмерно висок износ уговорне казне (чл. 274 ЗОО); претерано велику капару (чл. 80 ст. 4 ЗОО); да сведе евентуално већу обавезу јемца на меру дужникове обавезе (чл. 1002, ст. 1 ЗОО), као и трајање уговорног права прече куповине на законом прописани максимални рок од пет година (чл. 531, ст. 2 ЗОО).

---

[406] F. G. Pomar, 179.
[407] D. Medicus (1995), 2583.
[408] H. P. von Esch, 69.

Као што смо видели у делу посвећеном трагању за могућим легитимационим основом модификоване делимичне ништавости, поједини аутори полазе од тога да из ових одредаба проистиче намера законодавца да се интервенцијом суда осигура примерена садржина уговора.

Критичари ове линије аргументације попут *Цимермана* указали су на околност да би овакво тумачење значило широм отварање врата судијској дискрецији на терену садржинске контроле уговора. Тим пре што би у одсуству објективних критеријума за такво поступање, суду практично биле „одрешене руке“,[409] односно тешко би било „унапред предвидети докле ће ићи садржинска рестрикција или екстензија правног посла.“[410] Међутим, ако се узму у обзир законске норме о редукцији (осим одредбе о свођењу обавезе јемца „на меру дужникове обавезе“ и свођењу рока уговорног права пречe куповине на максимално допуштени рок од пет година), попут одредбе из чл. 274 и чл. 80, ст. 4 ЗОО уочљиво је да ни у њима законодавац није определио прецизан обим редукције, него га је препустио процени суда спрам околности конкретног случаја. Штавише, и тамо где су критеријуми постављени, не може се порећи постојање неизвесности у погледу тога који ће износ суд у конкретном случају сматрати правичним. У примерима у којима законодавац није унапред одредио прецизан ниво редукције, аутори који се залажу за салваторну редукцију виде разлог против аргумента да је редукција у експлицитно нерегулисаним случајевима недопуштена јер законодавац није поставио критеријуме на основу којих се она може спровести.

Противречност вредновања у коју би се запало у случају забране салваторне редукције зарад „дисциплиновања“ стипуланата, најједноставније је демонстрирати на примеру снижења зеленашке престације. Као што је познато, наш законодавац је пошао од става да би код зеленашког уговора код ког је постојала намера зеленаша да искористи нарочито тешке околности у којима се нашла искоришћена страна, требало допустити одржавање уговора на снази снижењем обавезе на правичан износ на захтев оштећеног (чл. 141, ст. 3 ЗОО).

Ова одредба, по нашем мишљењу, упућује на то да је са становишта нашег законодавца одржавање уговора на снази са правичном садржином ултимативна вредност

[409] R. Zimmermann (1979), 83, 180.
[410] L. Häsemeyer, 1103.

чак и онда када је јача страна евидентно несавесна (у одсуству несавесности не би се радило о зеленашком уговору, већ би се евентуално могло радити о уговору са прекомерним оштећењем).[411] Зато се из чл. 141, ст. 3 ЗОО манифестује јасно вредновање нашег законодавца да између „санкционисања“ јаче стране (зеленаша) и заштите интереса искоришћеног, треба стати на страну интереса слабије стране да задржи жељену престацију по правичним условима. Виђење нашег нормотворца наилази на подршку уважених правних писаца попут *Коциола* (*Koziol*) који истиче да је „задирање у уговор усмерено на утврђивање примерене престације без сумње блаже од одржавања на снази обавезе само једне стране у синалагматичном уговору.“[412]

Када се наведено има у виду, делује да би „кажњавање“ стипуланата инсистирањем на елиминисању спорне уговорне одредбе у целости, и онда када им не може импутирати намера искоришћавања слабије стране, било противно начелном вредновању законодавца. За нашег нормотворца одржавање уговора на снази уз изналажење његове правичне садржине представља већу вредност у поређењу са елиминисањем свих његових дејстава зарад кажњавања несавесне стране онда када је такав исход у интересу слабије стране.

### 6.2.3.5. Функција заштите сигурности правног промета

За крај, али нипошто као најмање битну, истичемо функцију заштите сигурности правног промета.[413] На основу свега што је до сада речено у прилог салваторној редукцији, делује да је ова функција саморазумљива. Она, између осталог, упућује на потребу да се избегне опасност од ланчане реакције која би могла уследити у случају да се накнадно испостави да је нека одредба типског уговора ништава. С обзиром на то да је реч о уговорима који се масовно закључују у правном саобраћају, ригидан приступ проблематици ништавих одредаба би могао да изазове потресе у читавим секторима пословања. Отуда би и сам нормотворац требало да има интерес да се, у сплету нарочитих околности, уговор ипак одржи на снази са модификованом садржином. Односно, незамисливо је да би разборити законодавац зарад „слепог“ очувања принципа слободе

[411] Jožef Salma, *Prekomerno oštećenje u obligacionim ugovorima*, magistarski rad, Univerzitet u Beogradu Pravni fakultet, Novi Sad, 1975, 236-241.
[412] Helmut Koziol, „Sonderprivatrecht für Konsumentenkredite?“ *Archiv für die civilistische Praxis*, 2-3/1988, 220.
[413] H. Roth у: Staudinger (2020), 43; G. Tomás, 286, fn. 117.

уговарања радије довео у питање неометано одвијање правног саобраћаја, него што би дозволио судску коректуру уговора. У случају инсистирања на крутом „црно-белом“ ставу, исход у виду ништавости уговора у целости би у неким случајевима потенцијално могао довести до урушавања или чак „руинирања“ пословања стипуланта, што би могло имати озбиљне реперкусије по општи интерес и опште благостање (нпр. немогућност банака да одобравају кредите новим клијентима, драстично поскупљење услуга које се пружају у појединим секторима и сл). У околностима које су претиле овако озбиљним последицама, највише судске инстанце у германским земљама, али и нашој,[414] пледирале су за коректуру садржине уговореног.

Сигурност правног промета постиже се на тај начин што се уговору омогућује да под одређеним условима произведе претежни део намераваних дејстава. Уједно, дејства која ће уговор производити након интервенције суда прихватљивија су са становишта оба контрахента од алтернативе у виду анулирања свих његових дејстава. Тако се штити интерес адхеранта да задржи примљено, али под правичним условима. У супротном, како илустративно истиче *Еспозито* (*Esposito*), они би се нашли „између чекића и наковња“ јер би били осуђени на један од два лоша избора: да прихвате да буду везани уговором упркос неправичној одредби или да захтевају уклањање неправичне одредбе која ће с обзиром на њен значај повући елиминисање свих дејстава уговора.[415] Одржавањем уговора на снази у модификованој садржини уједно се штите и стипуланти од којих се не може очекивати немогуће, а то је да сами поуздано одмере границу допуштености на основу непрецизних правних стандарда.

[414] Правно схватање Грађанског одељења ВКС о допуштености уговарања валутне клаузуле у швајцарским францима усвојено на седници одржаној 2. априла 2019. године.
[415] Fabrizio Esposito, “Dziubak Is a Fundamentally Wrong Decision: Superficial Reasoning, Disrespectful of National Courts, Lowers the Level of Consumer Protection”, *European Review of Contract Law* 4/2020, 546.

# 7. РАЗГРАНИЧЕЊЕ ДЕЛИМИЧНЕ НИШТАВОСТИ УГОВОРА ОД СРОДНИХ ИНСТИТУТА

У овом поглављу биће испитан однос између делимичне ништавости уговора и: 1) редукције (главне) престације на основу изричитог законског овлашћења; 2) конверзије, и 3) промењених околности. Примена сваке од ових установа у резултату може довести до одржавања уговора на снази са измењеном садржином. Та заједничка нит чини их сродним због чега је и оправдано њихово поређење.

Случајеви у којима је у нашем позитивном праву изричито предвиђена могућност редукције прекомерне престације послужиће нам као полазна тачка за извођење закључка о вредновању нашег законодавца. При томе мислимо на евентаулну могућност да се на основу појединачних редукционих норми изведе општији закључак о начелном ставу нашег нормотворца поводом прекомерних престација. Идеја је да се дође до принципијелног становишта нашег законодавца о томе шта је вредније: одржавање уговора на снази уз извесну коректуру прекомерне престације или безрезервна одбрана идеје о суверености уговора. Циљ повлачења паралеле између експлицитно регулисаних случајева редукције прекомерне престације и оних који то нису огледа се у настојању да се избегне противречно вредновање. Наиме, ако би из упоредивих чињеничних констелација требало да проистекну различите правне последице, могао би се стећи утисак о одсуству кохерентности правног система. Извесни закључци у вези са овим питањем наметнуће се на основу поређења наших позитивноправних решења са њиховим упоредноправним панданима.

Исто тако и измена садржине уговореног која би уследила као последица делимичне ништавости, редукционе норме и конверзије, важила би *ex tunc*, односно сматрало би се да је уговор од самог почетка закључен без спорне одредбе, без прекомерне престације односно да је он од почетка био пуноважан. С друге стране, измена уговора која може да уследи као последица примене института промењених околности деловаће *pro futuro*.

Осим у могућем исходу – модификацији садржине уговореног – сличност између института који су предмет компарације испољава се и у потенцијалној алтернативи у виду елиминисања свих дејстава првобитно закљученог уговора.

Интервенција суда и код делимичне ништавости и конверзије претпоставља постојање одређеног узрока ништавости. С друге стране, услов за примену института *rebus sic stantibus* јесте да је по среди пуноважан уговор. У том смислу, и делимична ништавост и конверзија везују се за недостатак који је у уговору присутан *ab ovo*, док се код промењених околности проблем везује за промене у спољашњем свету (нпр. поремећаји на тржишту узроковани наглим растом цена гаса изазваних ратом) које су уследиле након закључења уговора. При томе, није реч о било каквим променама, већ о променама које испуњавају одређене услове који се тичу њихове непредвидивости и несавладивости, те тежине последица које индукују за једног уговарача.

Највећа сличност свакако постоји између делимичне ништавости и конверзије. Стога ће повлачење јасне демаркационе линије међу њима представљати изазов. То ће бити нарочито тешко у вези са разграничењем модификоване делимичне ништавости, с једне, и судске конверзије, с друге стране.

## 7.1. Делимична ништавост и редукција (главне) престације на основу изричитог законског овлашћења

У домаћој теорији није уобичајено да се о редукцији престације на основу изричитог законског овлашћења говори као самосталном правном институту. Оправдање за то налазимо у томе што – за разлику од других правних установа које су нормиране одредбама закона чији рубруми недвосмислено сигнализирају да је по среди самосталан правни институт – не постоји један члан или њихова концетрација којом се на уопштен начин уређује питање редукције прекомерне престације. Уместо тога, редукционе норме се спорадично срећу у ЗОО и то у склопу члана или групе чланова који уређују различите правне институте. Међу њима, ипак, постоји извесна сличност која оправдава њихово обједињено анализирање.

У домаћој литератури се случајеви редукције престације на основу изричите законске одредбе означавају судском ревизијом уговора.[416] Термин ревизија је шири од појма редукције утолико што ревизија може да иде у оба правца: и у правцу повећања и у правцу смањења престације. Ми се, ипак, опредељујемо за термин редукције како бисмо направили дистинкцију између ревизије као ванредног правног лека и редукције као материјалноправног института, и због тога што се проблем прекомерности престације најчешће решава њеним свођењем (редуковањем) на примерену меру.

Заједничко за све редукционе норме јесте то да њихова примена претпоставља постојање прекомерне престације, при чему се постојање прекомерности не испитује увек на исти начин. Некада она проистиче из самог закона, јер престација премашује законом постављени оквир (износ или трајање). У другим случајевима се процена прекомерности престације препушта суду и то на основу изричитог законског овлашћења. У случајевима када законодавац не прецизира границе допуштености, на суду је да утврди да ли мера уговорене престације хармонира са добрим обичајима.

Заједничка нит која се провлачи кроз све редукционе норме огледа се у томе што оне дају изричит „мандат“ суду да се, под одређеним условима, „умеша“ у уговорни поредак који су створили контрахенти.[417] Стога оне „имају за последицу ограничење правнопословне слободе креирања садржине уговора“.[418] Задирање суда у садржину уговореног на основу изричитог законског овлашћења има за последицу тзв. хетерономно регулисање права и обавеза уговарача. У резултату, контрахенте ће везивати садржина уговора која представља својеврсну комбинацију њихове воље и воље законописца.

Друга заједничка карактеристика редукционих норми огледа се у томе што се оне односе на престације које саме по себи нису проблематичне. Конкретном уговорном одредбом уређује се неко питање које је начелно допуштено док се узрок проблема огледа домашају престације. При томе, прекомерност је присутна *ab ovo*, односно није настала под утицајем егзогених фактора као што је то случај код промењених околности.[419]

---

[416] Д. Хибер у: Д. Хибер, Милош Живковић (2015б), 456. К. Г. Доловић Бојић (2021), 202.
[417] K. Uffmann (2010), 13.
[418] *Ibid*.
[419] A. Dedual, 11.

Код већине редукционих норми законодавац даје само „импулс“ за коректуру престације, док ће њена редукција евентуално уследити на захтев или по приговору дужника.

Иако у свим примерима редукционих норми суд црпи овлашћење за задирање у садржину уговореног из изричите воље законодавца, од њега се не очекује увек подједнако „мисаоно“ ангажовање. Задатак суда који је позван да спроведе редукцију је у неким случајевима прилично једноставан. На пример, уколико је законодавац јасно фиксирао максималан износ или трајање неке престације, на суду је само да испита да ли у конкретном случају уговорена престација премашује законом допуштену меру. Ако је одговор позитиван, суд ће прекомерну престацију свести на меру коју је унапред определио законодавац. С обзиром на то да код ових случајева законодавац поставља јасну границу допуштености, а тиме уједно и обим редукције, они нису догматски спорни.[420] Код њих суд не одступа од своје примарне улоге; он само спроводи вољу законодавца која му не оставља простор за произвољност, јер нити постоји дилема да ли је по среди прекомерна престација, нити коју правну последицу суд у конкретном случају треба да изрекне.

Такве норме постоје и у нашем праву. На пример, чл. 463 ЗОО који носи рубрум *Прописана цена* гласи: „Кад је уговорена већа цена од оне коју је за одређену врсту ствари прописао надлежни орган, купац дугује само износ прописане цене, а ако је већ исплатио уговорену цену, има право захтевати да му се врати разлика.“ Могућност редукције престације предвиђена је и чл. 399, ст. 4 ЗОО у случају уговарања више камате од дозвољене. Тада ће се применити највиша дозвољена каматна стопа. Исто тако, суд нема дилему на који износ треба да редукује износ дужникове обавезе ни у случају који је нормиран чл. 1002, ст. 1 ЗОО. Реч је о одредби којом се прописује максималан износ обавезе јемца: „Јемчева обавеза не може бити већа од обавезе главног дужника, а ако је уговорено да буде већа, она се своди на меру дужникове обавезе.“ Јасан обим редукције срећемо и у одредби из чл. 531 ЗОО која уређује максимално трајање уговорног права

[420] R. Zimmermann (1979), 194.

преče куповине: у случају да је предвиђено да ће оно трајати дуже од пет година, суд ће уговорени дужи рок свести на максимално допуштено трајање од пет година.[421]

С друге стране, постоје редукционе норме којима се суду само начелно даје могућност свођења прекомерне престације на примерени ниво. У тим случајевима, законодавац не одређује прецизно критеријум за утврђивање прекомерности која ствара потребу за реакцијом суда, нити прецизира обим редукције прекомерне обавезе. Уместо прецизних мерила, законописац се у тим случајевима користи правним стандардима као што су: *очигледна несразмера* (чл. 141, ст. 1 ЗОО), *несразмерно висока* (чл. 272 ЗОО), *претерано велика* (чл. 80, ст. 4 ЗОО) и др. Стога ће на суду бити да у сваком од ових случајева спрам датих околности испита да ли је задовољен критеријум прекомерности, који је *conditio sine qua non* за редукцију уговорене престације. Тек ако је тај критеријум задовољен, суд треба да утврди на који ниво треба да редукује обавезу.

У погледу жељеног обима редукције, законодавац у неким случајевима даје тачку ослонца суду у виду правног стандарда као што је *правичан износ* (чл. 141, ст. 3 ЗОО). У другим случајевима није одређен преферирани ниво редукције, него је препуштено суду да га сам одреди спрам околности конкретног случаја (чл. 80, ст. 4 и чл. 274 ЗОО). Имајући у виду сврху уговорне казне, разумљиво је то што законодавац унапред није могао да назначи преферирани ниво редукције.[422] Док је код зеленашких правних послова законодавац кроз синтагму *смањење обавезе на правичан износ* посредно упутио суд да у конкретном случају спроведе вредносно уравнотежење престације зеленаша и контрапрестације оштећеног, тако нешто није било могуће код несразмерно високе уговорне казне. Одсуство било каквог, па макар и описног критеријума редукције у потоњем случају није представљало препреку за законодавца да је препусти суду.

Оно што је заједничко за могућност редукције зеленашке престације и несразмерно високе уговорне казне јесте то да законодавац у оба случаја даје суду изричито овлашћење да учествује у сукреирању садржине уговореног. То овлашћење има шири домашај код уговорне казне будући да одмеравање њеног износа у одсуству мерила редукције

[421] О оправданости прописивања максималног трајања уговорног права преče куповине в. код: R. Cvetić (2002), 125 и 126.

[422] Сања Радовановић, *Акцесорност уговорне казне у српском праву*, Универзитет у Новом Саду Правни факултет, Нови Сад 2017, 99-104; Михаило Константиновић, „Природа уговорне казне – смањење од стране суда“, *Анали Правног факултета у Београду* 3-4/1982, 523 и 524.

представља већи изазов за суд од уравнотежења престације и противпрестације код зеленашких уговора.

Из оба случаја закључујемо да нашем законодавцу није страна идеја суделовања суда у коректури прекомерно постављене престације.

### 7.1.1. Значај редукционих норми са становишта делимичне ништавости уговора

Значај редукционих норми за централну тему овог рада сагледаћемо постављањем неколико питања: да ли постоји однос корелације између редукционих норми и института делимичне ништавости; да ли се на основу редукционих норми може извести закључак о начелном ставу законодавца у вези са преферираном последицом у случају уговарања прекомерних престација, и да ли законодавац несавесност једног уговарача види као препреку за редукцију прекомерне престације.

О односу редукционих норми и института делимичне ништавости у домаћем праву већ је било речи у делу посвећеном модификованој делимичној ништавости. Као што смо видели, у свом основном облику делимична ништавости подразумева само могућност уклањања ништаве одредбе из уговора без додатних измена садржине уговореног. Домаћа теорија, свесно или несвесно, проширује домашај примене овог института и на случајеве који подразумевају преобликовање ништаве уговорне одредбе уместо њеног простог елиминисања, при чему је са становишта резултата ирелевантно на који начин се постиже преобликовање: редукцијом садржине уговорне одредбе или, пак, супституцијом ништаве клаузуле допуштеном одредбом.

Подсећања ради, у домаћој цивилистици се примери редукционих норми из чл. 399, ст. 4 ЗОО (максимално допуштена стопа уговорене камате) и чл. 463 ЗОО (октроисане цене) редовно наводе ради илустрације механизма за одржавање уговора на снази који проистиче из чл. 105, ст. 2 ЗОО.[423] Реч је о ставу који имплицира могућност одржавања уговора на снази чак и онда када би први став истог члана сугерисао ништавост уговора у целости с обзиром на то да је ништава одредба уздигнута на ниво субјективно битног

[423] А. Дудаша у: Б. Пајтић, С. Радовановић, А. Дудаш, 397; Д. Попов, 286; D. D. Stojanović (2000), 380; С. Перовић у: S. Perović, D. Stojanović (1980), 364; В. Круљ у: В. Т. Blagojević, V. Krulj (Red) (1980), 311; V. Krulj (1954), 75, 138. За подвођење упоредиве одредбе из § 917а АБГБ под институт делимичне ништавости в. C. H. Hackl, 131.

елемента уговора (*услова уговора или одлучујуће побуде*) без ког он принципијелно не може да опстане.

Иако језичка редакција овог става не упућује директно нити на могућност супституције нити редукције ништаве уговорне одредбе, видели смо да је то једина замислива опција да би уговор могао да се одржи на снази. У случају отпадања одредбе која има значај субјективно битног елемента уговора без могућности њеног преобликовања, остатак уговора не би испуњавао услове за своју даљу егзистенцију.

Из примера које наша правна наука наводи у сврху појашњења чл. 105, ст. 2 ЗОО проистиче да њој није страна идеја делимичне ништавости која се спроводи на нивоу поједине уговорне одредбе. Иако се у домаћој теорији ти примери ограничавају на случајеве редукције које законодавац изричито нормира, поставља се питање да ли је законописац заиста намеравао да се ту и стане или је, баш супротно, имао у виду и случајеве супституције који нису изричито регулисани законом.

Као подршку потоњем тумачењу наводимо два аргумента. Најпре, изричито нормирани случајеви редукције имају самостално поље примене. Отуда њихова примена није условљена довођењем у везу нити са институтом делимичне ништавости, нити са неким другим институтом попут конверзије. То што се у теорији поједине редукционе норме наводе као примери за чл. 105, ст. 2 ЗОО није проблематично само по себи с обзиром на блискост операција које се спроведе на основу изричитих редукционих норми и оног што имплицира чл. 105. ст, 2 ЗОО. Но, сама језичка редакција чл. 105, ст. 2 ЗОО не ограничава могућност редукције/супституције ништаве одредбе само на случајеве у којима је то законом изричито предвиђено. Да је то била законодавчева намера, он би је јасно манифестовао додавањем речи на крају реченице из ст. 2: *у случајевима предвиђеним законом* или *онда када то закон дозвољава*. У одсуству таквог лимитирајућег фактора, импутирање такве намере законописцу нема упориште у тексту закона.

Иако домаћој теорији није страно довођење у везу редукционих норми са институтом делимичне ништавости, поједини домаћи аутори неке случајеве редукције сматрају примерима конверзије.

Тако решење из чл. 1419, ст. 2 ИГЗ, које у оквиру института делимичне ништавости изричито предвиђа могућност супституције ништаве уговорне клаузуле императивном

нормом, *Доловић Бојић* „неодољиво подсећа на неку врсту делимичне конверзије уговора“.[424]

Свој став о односу редукционе норме са конверзијом *Хибер* износи поводом конкретног случаја. Наиме, он могућност суда да снизи несразмерно висок износ уговорне казне означава примером судске конверзије уговора.[425] Оно што у вези са овим примером није јасно јесте ауторово објашњење због чега се овај случај редукције означава судском конверзијом уместо делимичном ништавошћу. Према речима *Хибера*, примена института делимичне ништавости условљена је постојањем ништаве уговорне одредбе, што у примеру прекомерне уговорне казне није случај. Да би обавеза плаћања уговорне казне могла да постоји, па макар и у њеном редукованом обиму, она мора да је пуноважно настала. Обрнуто, ако није пуноважно настала, нема ни места њеној редукцији.[426]

Уколико бисмо прихватили овај „посредни аргумент,“[427] односно ако бисмо пошли од тога да се може смањити само *пуноважно* настала обавеза, поставља се питање како ће се спровести конверзија прекомерне уговорне казне у одсуству њене ништавости. Делује да овде аутор бранећи свој став о судској конверзији несразмерно високе уговорне казне запада у логичку противречност. Уколико се инсистира на томе да се редукција може спровести само ако постоји пуноважна обавеза, онда се она подједнако не би могла практиковати ни под окриљем института делимичне ништавости, нити темељем конверзије. То је тако јер је према чл. 106 ЗОО ништавост уговора *conditio sine qua non* за примену института конверзије, сходно чему није замислива ни конверзија пуноважне уговорне одредбе. Осим тога, ако је предуслов редукције постојање пуноважне обавезе, како се онда објашњава могућност редукције (неспорно ништаве) зеленашке престације у складу са чл. 141, ст. 3 ЗОО.

У вези са тврдњом да обавеза мора пуноважно да настане да би се могла редуковати указујемо на нијансирање које се у германској догматици прави с обзиром на узрок ништавости. Тако, германска цивилистика прави диференцијацију између уговорних обавеза које су ништаве *per se* и оних које су начелно допуштене, али је споран њихов домашај. Уз уважавање ових нијанси на плану узрока ништавости, доктрина

[424] К. Г. Доловић Бојић (2021), 190.
[425] Д. Хибер у: Д. Хибер, М. Живковић (2015б), 458.
[426] *Ibid*, 459 и 460.
[427] *Ibid*, 459.

заговара повољније третирање уговорних одредаба са допуштеним језгром, спрам одредаба које су ништаве саме по себи, то јест које у себи немају ништа „здраво“. О томе ће бити више речи на одговарајућем месту у раду. Овде ћемо само укратко истаћи да би било коју интервенцију суда у садржину уговореног требало подржати само ако постоји узрок који тај уговор у очима законодавца чини неприхватљивим. Другим речима, у уговорној одредби мора да буде присутан барем један од узрока ништавости из чл. 103, ст. 1 ЗОО: противност принудним прописима, добрим обичајима или јавном поретку. У германској јудикатури се прекомерне престације, мимо случајева када је њихова прекомерност детерминисана законом, сматрају противним добрим обичајима.

На основу реченог, иако између законом изричито регулисаних случајева редукције престације и института делимичне ништавости и конверзије има сличности, на основу њих не видимо потребу за подвођење редукционих норми под окриље нити института делимичне ништавости, нити конверзије. Редукционе норме, другим речима, имају своје самостално поље примене. У том смислу, за редукцију престације у случајевима који су законом изричито нормирани суду није потребан јачи легитимациони основ од саме законске одредбе којом се редукција изричито допушта. Међутим, то што се поједини случајеви редукције у домаћој цивилистици наводе као примери за чл. 105, ст. 2 ЗОО индикативно је за његово разумевање. На тај начин наша теза да чл. 105. ст. 2 имплицитно сугерише преобликовање уговорне одредбе, иако посредно, наилази на подршку домаће теорије.

#### 7.1.1.1. Парадигматски значај одредбе о редукцији зеленашке престације са становишта делимичне ништавости

Чл. 141, ст. 3 ЗОО предвиђа могућност редукције зеленашке престације. Према *Круљу* ова последица сведочи о „одсуству шаблона у примени санкције ништавости.“[428] Особеност овог позитивноправног решења огледа се у томе што упоредиво решење углавном не проналазимо у текстовима грађанскоправних кодификација правних система који су сродни нашем. Тамо где оно и постоји, није, као код нас, постављено на један општи начин, већ се сматра изузетком који се везује за тачно одређену врсту уговора. Тако се могућност редукције зеленашке престације не спомиње ни у § 138 II БГБ, ни у чл. 21

[428] V. Krulj у: B. T. Blagojević, V. Krulj (Red.) (1980), 288.

ШОР. Међутим, то што се она не спомиње изричито у овим изворима грађанског права не значи истовремено да се у немачкој и швајцарској судској пракси редукција зеленашке престације не спроводи, а још мање да се у доктрини не заговара њено практиковање. С друге стране, аустријски Закон о зеленашењу – ЗЗ (нем. *Wuchergesetz*)[429] познаје могућност редукције зеленашке престације, али га везује само за уговор о кредиту (§7 II ЗЗ), чиме је, практично, њено поље примене сведено на снижење зеленашке камате.

Да би се разумело решења за које су се определили редактори закона у германским земљама потребно је дати шири контекст како би се увидео правни основ на који се судови у германским земљама редовно ослањају да би се уговор ипак одржао на снази са допуштеним износом престације. Анализа ће, с једне стране, омогућити сагледавање целисходности решења за које се определио наш законодавац, а с друге стране, испитивање везе између редукције престације и опште одредбе о делимичној ништавости.

Став немачке судске праксе о редукцији зеленашке престације није јединствен. Док се могућност редукције на један општи начин заговара у претежном делу новије доктрине, судови су у досадашњој пракси заузимали различите ставове у зависности од врсте уговора. Тако је својевремено Врховни суд Немачке (нем. *Reichsgericht* – РГ) заузео став о недопуштености редукције зеленашке камате код уговора о зајму (нем. *Darlehenswucher*), с обзраложењем да би допуштање њеног свођења на примерен ниво одузело снагу забрани зеленашких камата. Када би се начелно допустила редукција зеленашке престације, према ставу немачке доктрине, лихвар би био лишен сваког подстрека да уговара дозвољену камату.[430] Уместо тога, он би био мотивисан да издејствује што је могуће већу камату у нади да проблем никада неће доћи до суда, а чак и да се проблем јави пред судом, једини ризик коме би зеленаш био изложен јесте да ће добити камату коју је од почетка смео да уговори.[431] Другим речима, ризика нема.

Овај став би донекле био разумљив да је он за крајњи исход имао то да се уговор о зајму утврди ништавим у целости уз налагање реституције. Уместо тога, немачки РГ је одбијао захтеве зеленаша за исплату камате у целости, што је имало за последицу то да је зајам са недопуштеном каматом интервенцијом суда, практично, био замењен бескаматним зајмом. Зарад превенције и подржавања одвраћајуће функције (нем.

[429] BGBl. Nr. 271/1949.
[430] R. Zimmermann (1979), 151.
[431] *Ibid*.

*Abschrekungsfunktion*) суд је налагао последицу која није кореспондирала вољи ниједног уговарача у моменту закључења уговора: нити је зајмопримац закључењем уговора рачунао на бескаматни зајам, нити би зајмодавац пристао да дâ зајам без камате. Таквом судском праксом РГ је сматрао да ће васпитно деловати на потенцијалне зеленаше и да ће се на тај начин поредак ефикасно изборити са зеленашким каматама. Изненађујуће је да је ову „тврду“ линију након РГ наставио да заступа и БГХ.[432]

Но, ту се прича о третману зеленашких престација у немачкој судској пракси не завршава. Оно што је чини још теже одбрањивом јесте став који је заузела највиша инстанца поводом зеленашких закупнина (нем. *Mietwucher*).[433] Наиме, у упоредивој ситуацији, у којој је утврђено постојање зеленашке закупнине, суд је допустио њено свођење на примерену меру. Тиме он није остао доследан свом уверењу о одвраћајућој функцији као у случају зеленашке камате, него је допустио закупцу да настави да живи у закупљеној непокретности, али не бесплатно, већ под условом плаћања примереног износа закупнине.

У новијој немачкој доктрини *Рот* сматра да „смисао и циљ забране зеленашења захтева само делимичну ништавост.“[434] Ова *Ротова* изјава индикативна је утолико што он, у одсуству посебне одредбе БГБ о редукцији зеленашке престације, упориште за њено практиковање налази у општем правилу о делимичној ништавости.[435] Овде запажамо да се ради о ставу немачког аутора који се између позивања на конверзију и делимичну ништавост, позвао на потоњи правни основ. Услов за редукцију према *Роту* је да се у конкретном случају адекватна вредност престације може утврдити са великом извесношћу.[436]

У новијој швајцарској доктрини је, упркос непостојању изричитог законског основа за редукцију зеленашке престације, преовладао став о томе да њу под одређеним условима треба допустити.[437] Оправдање за њу би свакако постојало у случају када је искоришћени

---

[432] C. Claus-Wilhelm (1990), 519 и 520; K. Uffmann (2010), 20 и 21.
[433] C. Claus-Wilhelm (1990), 530.
[434] H. Roth у: Staudinger (2020), 45.
[435] *Канарис* у вези са случајем снижавања зеленашке престације као могуће легитимационе основе наводи: попуњавање празнина у уговору допуњујућим тумачењем, делимичну ништавост, конверзију као и салваторну редукцију. C. Claus-Wilhelm (1990), 562.
[436] H. Roth у: Staudinger (2020), 45.
[437] BGE 123 III 292 од 26.06.1997. године, пасуси 2 д и 2 1). Аутори се, међутим, разликују по правном утемељењу редукције зеленашке престације. Неки се позивају на аналогну примену правила о делимичној

у нужди закључио уговор са трајним извршењем престација (нпр. уговор о закупу).[438] У супротном, оштећени би био осуђен на мање од два зла: да се опет нађе у нужди или да настави да плаћа зеленашку престацију,[439] при чему ниједна од ове две опције не би одговарала идеји уговорне правде којој правни поредак треба да тежи.[440]

Према аустријском праву, правило је да зеленашење чини уговор у целости ништавим. *Крејчи* овакво решење сматра проблематичним утолико што „оно помаже зеленашу, јер искоришћени има само могућност да трпи зеленашки уговор или да изгуби не само оно што је лоша страна уговора – зеленашке услове – него и корист коју је остварио тим уговором, због које је искоришћени и пристао да га закључи.“[441] Међутим, за поједине случајеве предвиђена је могућност редукције зеленашке престације на основу специјалног правила. Таква могућност постоји у случају уговарања зеленашке камате код уговора о кредиту (§ 7 II ЗЗ) и у другим случајевима када је то законом изричито прописано. Дакле, уместо да је предвиђена општа могућност делимичне ништавости зеленашке престације,[442] прописан је каталог случајева у којима се искоришћеном признаје алтернатива ништавости уговора у целости.[443] Овде запажамо да евентуалну могућност редукције зеленашке престације *Коциол*, *Крејчи*, *П. Бидлински* и *Иледитс* квалификују као пример делимичне ништавости.[444] *Коциол* чак сматра да решење немачке јудикатуре по питању зеленашког зајма које се огледа у ослобађању зајмопримца од обавезе плаћања камате „нема рационално образложење, да показује неконзистентност и да није убедљиво.“[445] Он додаје да могућност редукције зеленашке престације у

---

ништавости, неки на телеолошку редукцију одредбе чл. 21 ШОР, неки на системско тумачење закона, а неки на могућност попуњавања празнина из чл. 1, ст. 2 ЦГБ.

[438] У конкретном случају радило се о закупу земљишта за фудбалски терен које је закупио један фудбалски клуб. У случају да није пристао на услове закупа које је наметао закуподавац, клуб би био изложен ризику губитка лиценце, а у случају њеног губитка, била би доведена у питање егзистенција клуба (BGE 123 III 292 S. 302).

[439] BGE 123 III 292 S. 299, 2. цц).

[440] BGE 123 III 292 S. 299, 2. цц). „Материјализација уговорног права захтева јачање тзв. социјалног приватног права које се постиже истискивањем формалне слободе уговарања у корист материјалне уговорне правде. Она нарочито долази до изражаја у областима закупа, радног права, заштите потрошача и општих услова пословања.“ (BGE 123 III 292 S. 298, 2. аа).

[441] H. Krejci у: P. Rummel, M. Lukas (Hrsg), (2014), 308, маргина 519.

[442] H. Krejci у: P. Rummel, M. Lukas (Hrsg), (2014), 308, маргина 519.

[443] *Ibid*.

[444] H. Koziol, 217, 223; H. Krejci у: P. Rummel, M. Lukas (Hrsg), (2014), 308, маргина 519; A. Illedits, 84; Peter Bydlinski, *Bürgerliches Recht Band I Allgemeiner Teil*, 5., aktualisierte Auflage, Wien-New York, Springer 2010, 157.

[445] H. Koziol, 218.

аустријском праву треба прихватити као општи принцип, то јест да се и тамо где законодавац налаже последицу ништавости у целости, на основу телеолошког тумачења може заговарати допуштеност делимичне ништавости зеленашких уговора како би се избегла противречност.[446]

На основу реченог можемо закључити да у германској доктрини постоји више присталица редукције зеленашке престације него њених противника. Међу опонентима издвајамо уваженог цивилисту *Цимермана* који сматра да би законодавац запао у логички парадокс када би најпре јасно прописао последицу ништавости, а непосредно потом могућност њеног ограничавања. Конкретно, он наводи пример у ком би законодавац најпре предвидео ништавост зеленашке закупнине, а потом прописао да ће се ништавим сматрати само онај њен део који премашује допуштену садржину уговора.[447] Са овим виђењем *Цимермана* се не можемо сложити.

На основу свега реченог делује да је решење за које се определио наш законодавац избалансирано утолико што се оштећеном признаје *facultas alternativa*, то јест могућност избора последице која му више одговара. Тако, уколико је реч о уговору са трајним извршењем престација у коме оштећени нема интерес да пледира за ништавост уговора у целости, он ће се определити за одржавање уговора на снази, али под условима који су правични. То су услови на које би и сâм највероватније пристао да у часу закључења уговора на његовој страни није постојала отежавајућа околност коју је друга страна искористила. За исти исход – одржавање уговора на снази са редукованом престацијом – искоришћени ће се определити и онда када је у нужди прибавио неку ствар, јер би га налагање натуралне реституције у случају ништавости уговора у целости опет довело у стање нужде.

Иако се у домаћој теорији одржавање на снази садржински измењеног зеленашког уговора често означава примером конвалидације,[448] овде се приклањамо залагањима домаћих цивилиста који указују на потребу разликовања случајева конвалидације од одржавања уговора на снази након редукције престације.[449] Наиме, ако би се радило о

---

[446] H. Koziol, 223.
[447] R. Zimmermann (1979), 42.
[448] В. Круљ у: B. T. Blagojević, V. Krulj (Red.) (1980), 288; Водинелић говори о „конвалидацији уравнотежењем вредности“: V. V. Vodinelić (2014), 475; М. Живковић (2019), 470, фн. 24; Д. Попов, 255.
[449] К. Г. Доловић Бојић (2021), 57, 188, 202. „Искључење могућности измене посла, односно промене пословноправне изјаве воље“ у контексту конвалидације истиче и *Живковић:* Miloš Živković, „Konvalidacija

конвалидацији у изворном смислу те речи, онда би уговор требало да настави да важи са иницијално предвиђеном садржином, што није случај са зеленашким уговорима. За разлику од класичних случајева конвалидације уговора у нашем праву (чл. 73 и 117 ЗОО), овде се не ради о оснажењу ништавог уговора без измене његове садржине, што није занемарљива разлика. Законодавац, дакле, не предвиђа могућност одржавања на снази зеленашког уговора са изворно уговореном зеленашком престацијом, већ тек након њеног свођења на правичан износ. Исход је битно другачији од оног који је редовна последица конвалидације уговора, а то је да уговор наставља да производи дејство у својој изворној садржини. Стога се придружујемо апелима новије доктрине да је у сврху теоријске доследности потребно избегавати коришћење истог појма за означавање различитих појава.

У сваком случају, исход по питању (не)пуноважности уговора зависи од воље искоришћеног, при чему би евентуално противљење зеленаша било ирелевантно. Чак и када би се зеленаш противио коректури уговора захтевајући утврђење ништавости уговора у целости, суд би са пуним правом могао да занемари његово противљење позивом на максиму *nemo auditur turpitudinem allegans*. Уколико би био разуман, зеленаш не би требало да се противи захтеву за снижавање престације, јер би у хипотези ништавости уговора у целости, снагом чл. 104, ст. 2 ЗОО суд могао одбити његов захтев за реституцију.[450]

### 7.1.2. Темпорално дејство редукције престације

Пре него што пређемо на закључна разматрања у вези са редукционим нормама, треба размотрити још једно питање које делује спорно у нашој теорији. Реч је о важењу последица редукције у смислу да ли коректура престације има дејство *ex tunc* – од тренутка закључења уговора, или *ex nunc* – од спровођења редукције за убудуће. Иако нам се чинило да нема дилеме да у свим случајевима редукције кориговани износ престације важи *ex tunc,* у теорији наилазимо на мишљење доајена домаће цивилистике *Водинелића*

---

nevažećeg pravnog posla prema Zakonu o obligacionim odnosima“ у: Marko Baretić, Saša Nikšić (ur), *Zbornik treće regionalne konferencije o obveznom pravu,* Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb 2022, 66-67.

[450] *Цимерман* у вези са захтевом зеленаша за повраћај датог истиче да се правило „in pari turpitudine“ аналогно примењује и на случај „turpitudo solius dantis“ R. Zimmermann (1990), 176.

да у случају зеленашких уговора снижење престације делује *ex nunc*,[451] због чега постоји потреба да се овом аспекту проблематике посвети посебна пажња. С тим у вези напомињемо да вредновање овог става отежава то што *Водинелић* не наводи аргументацију која би могла бити предмет критичког преиспитивања.

Свој став о темпоралном дејству снижене престације *Водинелић* је експлицирао у вези са зеленашким уговорима. У том смислу, овај став се свакако не може протегнути на случајеве редукције у којима законодавац изричито нормира и меру прекомерности и обим редукције. Штавише, у појединим законом експлицираним случајевима редукције законодавац упућује на то да ће се редукована престација сматрати дугованом од закључења уговора. То недвосмислено проистиче из чл. 463 ЗОО који гласи: „Кад је уговорена већа цена од оне коју је за одређену врсту ствари прописао надлежни орган, купац дугује *само износ прописане цене*, а ако је већ исплатио уговорену цену, *има право захтевати да му се врати разлика*. (истакла: С. М.)“ Ово решење нам делује логично да би се уопште остварила намера законодавца да се спречи уговарање прекомерних престација и да се санирају последице њиховог уговарања. Иако је законодавац експлицирао свој став поводом *ex tunc* важења редуковане цене само онда када је она законом или неким другим општим актом октроисана, сматрамо да би исти исход налагало и телеолошко тумачење сврхе редукције. Имајући наведено у виду, шта би било оправдање за то да се редуковани износ зеленашке престације примењује *ex nunc*? Односно, има ли места повлачењу паралеле између изричито регулисане последице редукције престације из чл. 463 и случаја њеног снижења из чл. 141, ст. 3 ЗОО, те да ли би њихово различито правно третирање имало оправдање? И поврх тога, у хипотези да се прихвати *ex nunc* дејство редукције зеленашке престације, како би се то одразило на „интеррегнум“, то јест на период од закључења уговора до спровођења редукције. Ако би се радило о уговору са тренутним извршењем престација, шта би уопште значило *ex nunc* дејство редукције? Оно би евентуално имало смисла код уговора са трајним извршењем престација, али би се и у вези са њима поставило питање шта би се у тој хипотези догодило са већ испуњеним обавезама до момента снижавања престације на правичан износ. У тој варијанти би један исти правни основ – зеленашки уговор од тренутка закључења до редукције престације био ништав, са свим последицама ништавости које

[451] V. V. Vodinelić (2014), 476.

могу да проистекну из ЗОО, да би након редукције престације постао пуноважан. Та конструкција делује неодрживо. Штавише, такво схватање редукције не би дало жељене ефекте, а то је да се оштећени доведе у позицију у којој је требало да се нађе од закључења уговора. С обзиром на све наведено нама делује да је намера законодавца, када је предвидео могућност снижења зеленашке престације на правичан износ, била да се редукована престација сматра уговореном од самог почетка, то јест да редукција има *ex tunc* дејство. Подршку за овакво дејство редукције престације налазимо у упоредноправној литератури.[452]

### 7.1.3. Оправданост подвођења редукције главне престације под опште правило о делимичној ништавости уговора

Као што смо видели, домаћа правна теорија склона је да поједине случајеве законске редукције наводи као примере у оквиру чл. 105, ст. 2 ЗОО. То имплицира да је домаћа цивилистика свесна да је функционисање „механизма“ из чл. 105, ст. 2 ЗОО могуће само у хипотези преобликовања ништаве уговорне одредбе. То јест, ако се испостави да ништава одредба има значај „услова уговора или одлучујуће побуде“ уговор може да опстане без ње само у случају да она буде супституисана другом клаузулом чији садржај правни поредак допушта. Са становишта исхода ирелевантно је на који начин ће уследити преобликовање: редукцијом прекомерне престације или тако што ће на место недопуштене престације ступити допуштена. То је само по себи већ велики искорак у односу на уобичајено схватање делимичне ништавости као института чије се поље примене ограничава на уклањање ништаве уговорне одредбе. Осим тога, могућност подвођења случајева редукције под чл. 105, ст. 2 ЗОО домаћа литература не условљава испитивањем савесности уговарача који је свом сауговарачу наметнуо прекомерну престацију. Иако се домаћа теорија у појашњавању функционисања чл. 105, ст. 2 ЗОО зауставља на примерима законских редукционих норми, то не значи нити да је 1) редукција у законом нормираним случајевима условљена довођењам у везу са чл. 105, ст. 2 ЗОО; она то није, јер редукционе норме имају своје самостално поље примене;

[452] R. Hürlimann, 108.

2) нити да су то једини замисливи случајеви који би се могли подвести под чл. 105, ст. 2 ЗОО.

Све редукционе норме упућују на то да нашем законодавцу није страна идеја преобликовања саржине оног што су уговарачи предвидели. У неким случајевима законодавац се изричито опредељује за одржавање уговора на снази са коригованом (главном) престацијом уместо за алтернативу у виду ништавости уговора у целости. Законодавцу није страна ни идеја да суду препусти процену постојања прекомерности и обима редукције спрам околности конкретног случаја. У том смислу, иако се у овим случајевима ради о примени закона, не може се негирати учешће суда у сукреирању садржине уговореног.

У поређењу са законодавствима нама сродних правних система, наш нормотворац иде и корак даље, предвиђајући на општи начин могућност снижења зеленашке престације на правичан износ. Снижење престације на правичан износ уследиће на иницијативу искоришћеног. Тиме наш нормотворац сугерише своју преференцију према одржавању уговора на снази, али не без признавања накнаде зеленашу у сврху превенирања ове друштвено непожељне појаве, већ уз кориговање њеног износа.

У правним системима у којима законодавац није предвидео могућност снижења зеленашке престације, када се она практикује, то се најчешће чини ослонцем на општу одредбу о делимичној ништавости, то јест њеном аналогном применом.

## 7.2. Делимична ништавост уговора и конверзија

### 7.2.1. Претходно питање у вези са односом делимичне ништавости уговора и конверзије

Пре него што се упустимо у поређење делимичне ништавости уговора и конверзије, потребно је разјаснити једно претходно питање које може утицати на исправност закључака о њиховој корелацији. Наиме, од референтних правних система на које смо се до сада осврталі, видели смо да је правна установа делимичне ништавости уговора у свим разматраним законодавствима, осим у аустријском, регулисана у виду општег правила што не значи да у аустријском праву не постоји позитивноправно

утемељење за примену делимичне ништавости. Наиме, у аустријском праву се институт делимичне ништавости уговора изводи из § 878, реч. 2 АБГБ.

Када је у питању установа конверзије, ситуација је другачија. Опште правило о конверзији садрже БГБ (§ 140) и ИГЗ (чл. 1424), а њима се придружује и наш ЗОО који опште правило о конверзији уређује у чл. 106 ЗОО. С друге стране, у швајцарском, аустријском и француском праву конверзија није регулисана на општи начин, што не значи да је реч о институту који је стран тим законодавствима. Управо супротно, свако од њих садржи специјалне норме којима се уређују конкретни случајеви (законске) конверзије,[453] што не имплицира да је практиковање конверзије мимо тих случајева искључено. Напротив, конверзија се у већини правних система у којима није уређена на општи начин доживљава као творевина теорије, коју прихвата и јудикатура као „неписани правни принцип“ (нем. *ungeschriebener Rechtsgrundsatz*).[454] Ово нарочито важи за швајцарско и аустријско право.[455]

Ова напомена је битна имајући у виду то да би се основано могло поставити питање да ли на повлачење границе између делимичне ништавости и конверзије утиче (не)регулисаност конверзије у конкретном правном систему. Да ли би се, примера ради, могло рећи да се у швајцарском праву, које не уређује посебно конверзију, делимичној ништавости приписује шире поље примене у поређењу са законодавствима која нормирају оба института. И обрнуто, да ли делимична ништавост као институт има уже поље примене у системима који засебно регулишу конверзију. Сходно томе, да ли о томе треба водити рачуна када се изводе закључци о пољу примене института делимичне ништавости у нашим националним оквирима, будући да ЗОО уређује оба института.

Управо констатација да одсуство општег правила о конверзији не значи уједно и негирање њеног постојања у швајцарском праву, даје основа да се у извођењу закључака о односу делимичне ништавости и конверзије ослонимо и на ставове заступљене у швајцарској литератури и пракси. Ништа мање релевантна нису ни виђења о односу ових института аустријске доктрине и јудикатуре, будући да су и у Аустрији оба института, упркос одсуству њихове позитивне нормираности, опште прихваћена.

---

[453] C. H. Hackl, 105. *Круљ* у вези са француским правом истиче да у „*Code de commerce* постоје многобројне одредбе о примени конверзије.“ V. Krulj (1954), 59.
[454] E. A. Kramer у: BernKo, 171 и 172.
[455] *Ibid*, 172.

Да бисмо могли да упоредимо делимичну ништавост и конверзију, потребно је да испитамо шта се уопште подразумева под институтом конверзије. У ту сврху, најпре ћемо изложити врсте конверзије. Посебну пажњу посветићемо судској конверзији под којом се у домаћој цивилистици подразумева конверзија која се спроводи на основу чл. 106 ЗОО. Да бисмо утврдили њен домашај, испитаћемо елементе „законског чињеничног стања“[456] (нем. *Tatbestand*) из чл. 106 ЗОО. Реч је о условима који треба да буду испуњени да би суд могао да примени институт конверзије на основу општег правила. Разлог за усредсређивање пажње на судску конверзију огледа се у томе што је, теоријски посматрано, највећи изазов повући јасну демаркациону линију између модификоване делимичне ништавости уговора и судске конверзије.

Излагање о конверзији биће ограничено на аспекте који су неопходни да би било могуће њено поређење са делимичном ништавошћу уговора.

### 7.2.2. Теоријско поимање института конверзије

Преглед упоредноправне, али и домаће теорије указује на изразито дисонантне ставове по питању схватања конверзије, чиме је умногоме отежано разматрање њеног односа са делимичном ништавошћу уговора.

Неки аутори конверзију поистовећују са тумачењем уговора. Овај став имплицитно сугерише да су засебна правила о конверзији сувишна, будући да се питање одржавања уговора на снази може постићи његовим законоконформним тумачењем.[457] Са овим ставом се не можемо сасвим сложити упркос блискости појединих метода тумачења уговора и конверзије. У свом изворном значењу тумачење уговора има за циљ да утврди садржину уговора, то јест оно око чега су контрахенти постигли сагласност. Другим речима, тумачи се воља коју су они стварно исказали (стварна воља),[458] али је спорно како њу треба разумети. Уколико је воља исказана у уговору вишезначна – а она то јесте онда

[456] Превод преузет из: Р. Кеча, М. Кнежевић (2020), 936.
[457] Видели смо да је овај став, додуше ређе него поводом конверзије, изражен у правној литератури и поводом делимичне ништавости. Правни историчари бранили су овај став тиме што класични римски правници нису познавали институт делимичне ништавости као опште правило што није представљало препреку да се „изборе“ са проблематиком која се данас изучава под окриљем делимичне ништавости. О томе више код: H. H. Seiler, 147.
[458] H. Roth у: Staudinger (2020), 63 и 64.

када јој се може приписати више дивергентних значења – прихватиће се она од више могућих верзија која подржава дејство уговора. То заправо значи да уколико према једном тумачењу уговор треба утврдити ништавим у целости, а по другом исти уговор треба сматрати пуноважним у целости, превагу ће однети потоње тумачење. Конверзија, с друге стране, претпоставља постојање ништавог уговора. Отуда, уколико је тумачењем *favor contractus* подржано дејство уговора, питање конверзије се неће ни актуелизовати. У том смислу јасно је да тумачење у свом основном значењу претходи примени института конверзије[459] чиме се не негира могућност тражења утемељења за конверзију у законским одредбама о тумачењу у оним правним системима који институт конверзије не регулишу посебно. Овде се, пре свега, мисли на аустријско право у коме се као правни основ конверзије редовно наводи опште правило о тумачењу уговора из § 914 АБГБ.[460]

Но, под тумачењем уговора подразумева се и посебна интерпретативна техника за попуњавање непланских или „случајних“[461] празнина у уговору позната као допуњујуће тумачење уговора (нем. *ergänzende Vertragsauslegung*). Под непланском празнином подразумева се питање које уговором није регулисано, а за које закон не нуди решење због чега је потребно поставити недостајућу уговорну клаузулу.[462] У том смислу, тумачење, укључујући и допуњујуће тумачење уговора, има предност у примени у односу на конверзију.[463] Конверзији би било места тек уколико би се тумачењем испоставило да је по среди уговор који је у целости ништав.[464]

Сличност између конверзије и допуњујућег тумачења уговора огледа се у томе што се суд у оба случаја ослања на хипотетичку вољу уговарача. Прецизније речено, суд се код конверзије ослања на стварну вољу контрахената онда када утврђује циљ који су стране настојале да остваре првобитним уговором,[465] док се у потрази са адекватним „правним рухом“ уговора за остварење тог циља, суд ослања на хипотетичку вољу уговарача. Но, разлике међу њима ипак постоје. Допуњујућим тумачењем уговора надомешћује се недостајућа уговорна одредба, док је код конверзије суд позван да изнађе други уговор

[459] H. Roth у: Staudinger (2020), 63.
[460] H. Heiss, 195.
[461] С. Радовановић у: Б. Пајтић, С. Радовановић, А. Дудаш, 313 и 314.
[462] V. V. Vodinelić (2014), 190.
[463] H. Roth у: Staudinger (2020), 64.
[464] *Ibid.*
[465] *Ibid.*

чији циљ у целости или претежном делу кореспондира циљу првобитно закљученог уговора. Стога се у теорији могу чути гласови који указују на то да и поред допуњујућег тумачења уговора постоји довољно простора за афирмисање конверзије као самосталног правног института.[466]

Затим, постоје аутори који конверзију, на овај или онај начин, подводе под окриље института делимичне ништавости уговора. Према *Флумеу* „конверзија је посебан случај делимичне ништавости уговора“.[467] За њега проблем разграничења делимичне ништавости и конверзије не постоји јер су у питању суштински иста правила.[468] Стога *Флуме*, а од њега то преузимају и други аутори, делимичну ништавост – на начин на који је уређује чл. 105 ЗОО – означава *квантитативном* делимичном ништавошћу, док конверзију – на начин на који је уређује чл. 106 ЗОО – ословљава *квалитативном* делимичном ништавошћу.[469] Иако се квалификативи квантитета и квалитета често срећу у теорији као критеријуми разликовања двеју сродних установа,[470] није јасно из чега се они изводе. Нејасно је да ли се речју квантитет жели упутити на то да се унутар спорне уговорне одредбе спроводи измена њених нумерички исказаних делова попут количине купљене робе, трајања уговорне обавезе, опредељене цене, накнаде и сл. Да ли *квантитет* треба да упути на то да се уговор лишава једне или више уговорних одредаба тако да се у резултату редукује њихов број. Примера ради, пре интервенције суда уговор се састојао од десет клаузула, а након ње преостали број одредаба је девет. Или, још драстичније, ако бисмо институт делимичне ништавости посматрали кроз призму „правила оловке“, да ли оно сугерише смањење броја речи у уговору? С тим у вези оправдано се може поставити питање не одражава ли чак и тзв. квантитативна делимична ништавост схваћена у смислу редукције броја одредаба или речи у уговору неку квалитативну промену. Уговор и након квантитативне измене – шта год се под њоме подразумевало – није идентичан ономе што су стране изворно предвиделе. Стога и најједноставније елиминисање уговорне одредбе кроз њено прецртавање са становишта уговарача представља квалитативно другачији

[466] H. Roth у: Staudinger (2020), 63.
[467] W. Flume (1992), 589 и 590.
[468] *Ibid*.
[469] *Ibid*.
[470] V. V. Vodinelić (2014), 474.

уговор. Према речима *Уфман*, и тако коригован уговор представља *aliud* у односу на његову иницијалну верзију.[471]

С друге стране, означавањем конверзије квалитативном делимичном ништавошћу акцентује се да је по среди делимично ништав уговор, иако је претпоставка за примену конверзије ништавост уговора у целости. Осим тога, квалитативна измена може се постићи и обичним прецртавањем речи из одређене одредбе. Стога нам делује да атрибути попут квантитета и квалитета, без навођења аргументације за њихово коришћење у сврху разликовања двају института, не говоре ништа о њиховом односу. Уместо да тај однос расветле, ови атрибути га само још више замагљују. Иако *prima facie* делује да ови придеви носе неко посебно значење, они немају капацитет да објасне у чему се огледа разлика између делимичне ништавости и конверзије.

Постоје такође и теоријска схватања према којима су делимична ништавост и конверзија строго одвојени правни институти због чега је искључена њихова комбинована примена, која би подразумевала могућност „трансформације“ садржине ништаве уговорне одредбе. Другим речима, уз помоћ делимичне ништавости најпре би се идентификовала ништава одредба уговора, да би се потом, у другом кораку, спровела њена конверзија.

Ставове о одсечној омеђености ових двају института у домаћој теорији срећемо код *Живковића* и *Доловић Бојић*. Тако *Живковић* истиче да „хибридна примена института делимичне ништавости из чл. 105. ЗОО и института конверзије из чл. 106. ЗОО, [...] није исправна јер се ради о два међусобно искључива, мада сродна института.“[472] Слично томе, *Доловић Бојић* сматра да „[к]онверзија у српском праву представља потпуно засебан институт у односу на делимичну ништавост, па би свако повезивање било непримерено.“[473]

С друге стране, у упоредноправној теорији постоје и гласови који заговарају комплементарну примену ових сродних института.[474] Осим тога, постоје аутори који подвлаче да је суштинско питање да ли је, начелно посматрано, суду допуштено да интервенише на нивоу уговорне одредбе на начин да је преформулише, док је од

---

[471] K. Uffmann (2010), 242 и 243.
[472] М. Живковић (2019), 485. О хибридној примени делимичне ништавости и конверзије у овом случају говоре и: К. Доловић Бојић, С. Дабић Никићевић, 736.
[473] К. Г. Доловић (2021), 191.
[474] Eduard Lang, *Teilweise Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte § 139 BGB*, Emil Ebering, Berlin 1927, 75; H. Heiss, 190, 192, 193.

супсидијарног значаја да ли ће се то спровести ослонцем на допуњујуће тумачење уговора, делимичну ништавост, салваторну редукцију или конверзију.[475]

У вези са потребом разликовања института делимичне ништавости и конверзије подржавамо залагања домаће теорије да се одреди њихово засебно поље примене. И câм законодавац се определио да ове сродне установе одвојено регулише што имплицира да је имао на уму да свакој од њих намени самостално поље примене, због чега је исправно инсистирати на њиховом теоријском разграничењу. С тим у вези наглашавамо да се проблем разграничења јавља само у вези са применом ових двају института на основу општих правила из чл. 105, ст. 2 ЗОО и чл. 106 ЗОО.

У редовима који следе биће испитано да ли је могуће јасно разграничити поље примене чл. 105 ЗОО у односу на чл. 106 ЗОО уз искључење сваке могућности њиховог преклапања. У трагању за линијом разграничења поћи ћемо од законске редакције општих правила из чл. 105 и 106 ЗОО уважавајући ставове домаће и упоредноправне доктрине и судске праксе. Пре тога ћемо укратко изложити врсте конверзије уз истицање значаја њиховог дференцирања с обзиром на услове од којих зависи њихова примена.

### 7.2.3. Врсте конверзије

На најопштијем нивоу, конверзија би се могла одредити као претварање ништавог у пуноважан уговор под претпоставком испуњености одређених услова. Ти услови се разликују у зависности од врсте конверзије. У домаћој теорији се спомињу три врсте конверзије: законска, вољна и судска. Иако се ова подела уобичајила у домаћој теорији,[476] потребно је истаћи да означавање само једне од њих законском нипошто не значи да се преостале две (вољна и судска) спроводе *praeter legem*, а још мање *contra legem*. Управо супротно, свака од њих има своје утемељење у ЗОО. Имајући то у виду, случајеве законске конверзије би било прецизније означити конверзијом на основу специјалне законске одредбе, док би случајеве судске конверзије требало схватити као примену овог института на основу општег правила из чл. 106 ЗОО. Аналогијом са врстама ништавости, законску конверзију бисмо могли означити текстуалном конверзијом, јер њу у конкретном

[475] C. Claus-Wilhelm (1990), 551.
[476] Зачетник ове поделе у домаћој цивилистици је *Водинелић*: V. V. Vodinelić, (2014), 472 и 473.

случају изричитом одредбом налаже законодавац, док би се под судском конверзијом подразумевали случајеви виртуелне конверзије за коју важе услови из чл. 106 ЗОО.

Имајући наведено у виду, сматрамо да подела конверзије на „законску и незаконску“, коју предлаже *Доловић Бојић*, није оптимална.[477] Наиме, ако бисмо нешто означили као *незаконско*, таква квалификација би могла да наведе на погрешан закључак да је по среди нешто што није у складу са законом. Отуда би се могао стећи утисак да вољна и судска конверзија немају своје утемељење у ЗОО, што не би одговарало стварном стању ствари. Стога је неупоредиво бољи предлог назива за судску конверзију – „виртуелна законска конверзија“.[478]

Уз изнете резерве, у наставку ћемо се држати терминологије која се усталила у домаћој теорији.

#### 7.2.3.1. Законска конверзија

Под законском конверзијом подразумевају се случајеви претварања *одређеног* ништавог уговора у други *одређени* пуноважан уговор по изричитом налогу законодавца.[479] У случајевима законске конверзије на суду је да утврди да ли је по среди одређени уговор који је ништав. Ако јесте, од суда се очекује да га претвори у други који је пуноважан. При томе, суд не треба да трага за тим другим уговором будући да га законодавац сам детерминише. Стога је са становишта суда примена законске конверзије најједноставнија. Суд не треба да испитује циљ који се постиже првобитно закљученим уговором, нити да ли би и сами уговарачи закључили заменски уговор да су знали за ништавост првобитно закљученог уговора.[480] Законску конверзију стране својом вољом не могу ни *a priori* ни *post festum* искључити за случај ништавости првобитног уговора.[481]

---

[477] К. Г. Доловић Бојић (2021), 194.
[478] *Ibid*.
[479] V. V. Vodinelić (2014), 472 и 473.
[480] H. Heiss, 195; H. Roth у: Staudinger (2020), 62. Другачије поимање законске конверзије налазимо код *Доловић Бојић*. Према њеном мишљењу у случају законске и вољне конверзије „[с]уд би [...] имао само „контролну“ улогу – у случају спора између уговорних страна, испитујући да ли су у конкретном случају испуњени услови за законску или вољну конверзију, суд би утврђивао испуњеност услова за примену чл. 106 ЗОО.“ K. Dolović Bojić (2020), 152. Наше мишљење је супротно, јер суд у случају законске и вољне конверзије не треба да испитује испуњеност услова који проистичу из чл. 106 ЗОО.
[481] V. V. Vodinelić (2014), 473.

Тако схваћену конверзију познају сва законодавства укључујући и она која не садрже опште правило о конверзији. Случајеви законске конверзије су теоријски неспорни јер је исход у случају ништавости првобитно закљученог уговора од почетка известан. Осим тога, код ове врсте конверзије суд остаје у оквиру оног што се сматра његовом традиционалном улогом; он примењује вољу законодавца која не оставља простор за дилему око жељеног резултата. Они се не сматрају негацијом слободе уговарања, него, управо супротно, начином њеног подржавања.

Примере законске конверзије налазимо и у нашем законодавству. Чувен је онај који је нормиран чл. 187 Закона о наслеђивању (ЗН).[482] Он налаже претварање уговора о уступању и расподели имовине за живота у уговор о поклону. До конверзије ће доћи у случају да се са првобитно закљученим уговором, чија је пуноважност условљена сагласношћу свих уступиочевих потомака који би по закону били позвани да га наследе, није сагласио макар један од њих (чл. 183 ЗН). У одсуству сагласности једног од уступиочевих потомака, узеће се да је потомцима који су се сагласили са уступањем имовине учињен поклон. У овом случају законодавац налаже конверзију упркос различитом правном третману имовине обухваћене уговором о поклону (чл. 48, ст. 3 и 4 ЗН) у односу на уговор о уступању и расподели имовине за живота (чл. 49 ЗН) са становишта утврђивања вредности обрачунске заоставштине.[483]

Други пример законске конверзије срећемо у чл. 446, ст. 5 ЗОО. Он предвиђа претварање уговора о преузимању дуга на који поверилац није дао свој пристанак у уговор о преузимању испуњења. Међутим, ако се испостави да је поверилац дао сагласност за закључење уговора о преузимању дуга не знајући да је преузималац дуга био презадужен, сматраће се да је преузималац закључио уговор о приступању дугу (448, ст. 2 ЗОО).

У вези са диференцирањем врста конверзије примећујемо да у домаћим уџбеницима из општег дела грађанског права није ретко подвођење примера законске конверзије под опште правило о конверзији из чл. 106 ЗОО, дакле, под оно што се у домаћој теорији означава судском конверзијом. Тако се у појединим уџбеницима након

[482] *Службени гласник* РС, 46/95, 101/2003, 6/2015.

[483] О сличностима и разликама између уговора о уступању и расподели имовине за живота и уговора о поклону в. више код: Дејан Б. Ђурђевић, *Институције наследног права*, десето издање, Универзитет у Београду – Правни факултет, Центар за издаваштво и информисање, Београд 2018, 244.

навођења услова за примену општег правила о конверзији из чл. 106 ЗОО у сврху његове илустрације наводе типични примери законске конверзије.[484] Тиме се практично услови допуштености судске конверзије егземплификују примером законске конверзије, чиме се може стећи погрешан утисак о условима законске конверзије. Она, као што смо истакли, не захтева испитивање испуњености услова из чл. 106 ЗОО. Уместо тога, она се спроводи по налогу законодавца без испитивања компатибилности циљева између ништавог и заменског уговора и без упуштања у испитивање хипотетичке воље уговарача за закључење заменског уговора.

### 7.2.3.2. Вољна конверзија

Вољна конверзија црпи своју снагу из сагласне воље уговарача. Она, такође, има своје позитивноправно утемељење у домаћем праву. Могућност њеног уговарања проистиче из начела аутономије воље (чл. 10 ЗОО) из ког се изводи принцип слободе уговарања који, између осталог, обухвата и слободу уговарача да споразумно определе садржину уговора (нем. *Inhaltsfreiheit*). Вољна конверзија представља погодан начин да контрахенти избегну неизвесност која може да прати примену конверзије на основу општег правила из чл. 106 ЗОО утолико што уговарачи истовремено са опредељивањем садржине уговора постижу договор и око заменског уговора који ће важити међу њима, ако се испостави да је првобитно закључени уговор ништав. Она се манифестује у виду тзв. конверзионе клаузуле, којом стране унапред предвиђају у који ће други уговор бити преображен њихов иницијални уговор у хипотези његове ништавости.[485] Исто тако, у домен слободе опредељивања садржине уговора спада и могућност контрахената да искључе примену судске конверзије, што ће у пракси бити изузетно ретко случај.[486]

Конверзионе клаузуле се ретко срећу у пракси. Оне се неупоредиво ређе срећу од тзв. салваторних калузула, којима се уређује могућност постављања заменске уговорне одредбе или чак конкретан текст који ће ступити наместо потенцијално ништаве одредбе уговора. То је сасвим разумљиво ако се узме у обзир да по редовном току ствари

[484] Нпр. в: Д. Николић (2020а), 358; Д. Попов, 288. Дистинкцију између законске конверзије и њене примене на основу општег правила наглашава А. Дудаш у: Б. Пајтић, С. Радовановић, А. Дудаш, 397 и 398.
[485] J. Hager, 123.
[486] H. Roth у: Staudinger (2020), 63.

уговарачи у моменту закључења уговора ретко размишљају о последицама његове евентуалне ништавости. Штавише, околност да су стране размишљале о ништавости њиховог уговора у моменту његовог закључења могла би да „баци сенку“ на њихову савесност која се у теорији истиче као (неписани) услов за судску конверзију. Уколико су контрахенти од почетка сумњали у пуноважност њиховог уговора, основано се може поставити питање зашто су уопште пристали да га закључе. Односно, зашто *ab ovo* нису закључили тај други уговор, који такође одговара њиховој вољи, ако су били убеђени у његову правоваљаност. Иако овај аргумент има извесну тежину, не треба унапред осудити ни настојање страна које нису сасвим сигурне у пуноважност свог уговора да осигурају дејство садржини која најадекватније осликава њихову вољу. Оправдање за извесну дозу неизвесности у погледу (не)пуноважности уговора може да постоји с обзиром на недовољно јасну садржину која испуњава појмове јавног поретка и добрих обичаја из чл. 103, ст. 1 ЗОО.

Будући да се врста и садржина заменског уговора код вољне конверзије опредељује текстом првобитно закљученог уговора, она се може означити као пример тумачења уговора.[487] У сваком случају, пре него што спроведе конверзију суд треба да испита пуноважност заменског уговора што се постиже његовим тумачењем. Другим речима, то што су стране предвиделе конверзиону клаузулу, не значи нужно да ће она бити примењена у случају ништавости првобитно закљученог уговора. Она ће бити уважена само уколико суд установи да је уговор у који треба спровести конверзију пуноважан. То даље значи да уговарање вољне конверзије не искључује судску конверзију уколико се испостави да вољна конверзија није могућа. Овај случај се у домаћој теорији означава као „конверзија конверзије.“[488]

### 7.2.3.3. Судска конверзија

Под судском конверзијом подразумева се конверзија коју спроводи суд на основу општег правила из чл. 106 ЗОО. Њен назив може да наведе на погрешан закључак да суд не суделује у спровођењу законске и вољне конверзије. То би било погрешно схватање

[487] Дражен Мијановић, „Ништавост као претпоставка конверзије уговора“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине* 4/2021, 1088, са даљим упућивањем.
[488] V. V. Vodinelić (2014), 473.

речи *судска* у контексту конверзије. Код сваке врсте конверзије она наступа моментом закључења првобитног уговора,[489] а улога суда се увек своди на испитивање испуњености услова за одређену врсту конверзије. Разлике се, дакле, огледају у условима од којих зависи одређена врста конверзије, а не у овлашћењу суда да испитује њихову испуњеност. Стога ћемо о судској конверзији надаље говорити уважавајући ову резерву.

На основу појединих ставова изнетих у новијој домаћој цивилистичкој литератури може се стећи утисак да је позитивноправна утемељеност судске конверзије у српском праву упитна. Ови ставови изнети су поводом релативно новијег правног схватања ВКС у коме је усвојено схватање о замени валутне клаузуле у швајцарским францима валутном клаузулом у еврима уз одржавање остатка уговора о кредиту на снази.[490] О виђењима домаће доктрине поводом овог правног схватања биће речи касније. Пре залажења у конкретна питања, потребно је начелно испитати да ли је судска конверзија заиста спорна са становишта домаћег права и на основу којих аргумента се њена допуштеност, принципијелно посматрано (дакле, независно од конкретног правног схватања), доводи у питање.

Допуштеност судске конверзије у домаћем праву преиспитује *Доловић Бојић*. Према њеним речима „дискутабилно је да ли је [судска конверзија] уопште могућа на основу чл. 106 ЗОО.“[491] Она даље истиче да је „судска конверзија [...] установа коју је стварила теорија, а судови оберучке прихватили као начин да се ипак изађе на крај са оним комплексним проблемима у којима је тешко наћи решење у складу са словом закона.“[492] Осврћући се на чл. 106 ЗОО она сматра и да је „[...] институт конверзије веома штуро регулисан“, и додаје, „да је то веома опасно јер та чињеница подстиче тренд претерано широке примене ове установе. Шта је судска конверзија него широко тумачење одредбе чл. 106 ЗОО из које судови црпе своја овлашћења за мешање у уговорне односе. Посматрано из другог угла, могло би се рећи и да чл. 106 ЗОО садржи само дефиницију установе конверзије и ништа више од тога.“[493]

---

[489] V. V. Vodinelić (2014), 472.
[490] Правно схватање усвојено на седници Грађанског одељења ВКС одржаној 2. априла 2019. године.
[491] К. Г. Доловић Бојић (2021), 192.
[492] К. Г. Доловић Бојић (2021), 195. Исти став према коме „теорија ствара и нове видове конверзије, као што је судска, за коју не можемо са сигурношћу рећи да ју је законодавац подразумевао“, ауторка износи у раду: K. Dolović Bojić (2020), 146.
[493] К. Г. Доловић Бојић (2021), 185.

Иако би се могла ставити замерка на овако опсежно цитирање, сматрамо га неопходним, а стога и оправданим како бисмо што веродостојније пренели ставове које је потребно преиспитати.

*Доловић Бојић*, наиме, доводи у питање судску конверзију на основу чл. 106 ЗОО сматрајући је теоријском творевином. Нама, пак, делује неспорно да чл. 106 ЗОО садржи основ за судску конверзију. Другим речима, наше мишљење је да са становишта домаћег права судска конверзија није само доктринарна творевина, већ је недвосмислено плод законодавчевог подржавања идеје о афирмацији уговора. Као што смо видели, законска и вољна конверзија немају свој основ у чл. 106 ЗОО већ у другим законским одредбама: вољна у начелу аутономије воље и слободе уговарања (чл. 10 ЗОО), а законска у специјалним законским нормама. Када се то има у виду, намеће се питање који би се смисао могао приписати чл. 106 ЗОО ако не управо тај да суд, мимо случајева у којима се могу спроводити законска и вољна конверзија, одржи уговор на снази онда када су испуњени за то прописани услови. Ако би се сврха чл. 106 ЗОО довела у питање, то би имплицитно значило да је у закону садржана одредба која је лишена свог смисла, а таква намера се не би могла приписати разборитом законодавцу. Отуда, будући да је у српском праву предвиђено опште правило о конверзији, не може се поставити питање допуштености судске конверзије. Оно што може бити спорно јесте како треба разумети услове за њену примену из чл. 106 ЗОО.

Прописивањем општег правила о конверзији из чл. 106 ЗОО нормотворац је настојао да уреди све оне случајеве у којима ништав уговор садржи довољно „ваљаног материјала“ који се може искористити за његово „ремоделовање“ у пуноважан уговор. Наравно, то не значи да је суд неспутани креатор тог другог уговора, независно од воље контрахената, већ је, управо супротно, он везан оним што су уговарачи настојали да постигну првобитним уговором. Стога, у вези са наводом *Доловић Бојић* да је судска конверзија настала услед потребе да се у пракси савладају проблеми „у којима је тешко наћи решење у складу са словом закона“, истичемо да се судска конверзија не може доживети као творевина *praeter legem*, а још мање *contra legem*. „Слово“ ЗОО недвосмислено упућује на могућност конверзије на основу процене суда о испуњености услова за њену примену. У том смислу њу не треба разумети као институт који суду даје

могућност „претераног мешања у уговорне односе“, већ као правну установу којом се настоји подржати приватна аутономија.[494]

У околности да је институт конверзије у српском праву „штуро регулисан“ *Доловић Бојић* види опасност од његове претерано широке примене.[495] С тим у вези напомињемо да опште правило о конверзији ни у Немачкој ни у Италији није детаљније регулисано у поређењу са чл. 106 ЗОО. Наиме, и БГБ и ИГЗ му посвећују један члан. Упркос „оскудности“ законске регулативе, судска конверзија се у овим земљама не доводи у питање. Као и код већине правних установа и код конверзије се разрада услова од којих зависи њена допуштеност препушта доктрини и судској пракси.

Истина је да чл. 106 ЗОО омогућује суду да се „умеша у уговорне односе“.[496] Међутим, реч је о овлашћењу које је законодавац поверио суду онда када је уверен да би по уговараче настала „већа штета“ онда када би суду била ускраћена могућност таквог „мешања“. „Већа штета“ би се у свим случајевима када је суду дата могућност одржавања (претежних) дејстава уговора на снази огледала у елиминисању свих учинака уговора. С тим у вези, *Стојановић* основано истиче да се конверзијом „не остварују неки посебни интереси суда који врши конверзију, него се њоме остварују циљеви које су странке желеле да остваре закључењем ништавог уговора, сада само у другој форми и преко другог уговора.“[497]

Из констатације *Доловић Бојић* „да чл. 106 ЗОО садржи само дефиницију установе конверзије и ништа више од тога“,[498] није јасно шта би то још поменути члан требало да садржи осим одређења услова за примену установе коју уређује. Можда је ауторка сматрала да би у циљу правне извесности било пожељно да је законодавац енумерацијом уредио замисливе случајеве конверзије. Но, извесно је да такав приступ не би био сврсисходан јер би пракса увек успела да демантује законодавчеву довитљивост и инвентивност, а суду би, последично, биле „везане руке“ када би наишао на случај који законодавац није изричито нормирао. Овим наводима не пледирамо за „неконтролисану“ примену института конверзије. Напротив, овиме само желимо да истакнемо да је законодавчево опредељење за нормирање општег правила о конверзији оправдано и

[494] H. Roth у: Staudinger (2020), 73.
[495] К. Г. Доловић Бојић (2021), 185.
[496] *Ibid*.
[497] D. Stojanović (2000), 381.
[498] К. Г. Доловић Бојић (2021), 185.

засновано на објективној потреби да се у неким околностима уговор „спаси“ уз суделовање суда. Стога сматрамо да је у контексту судске конверзије погрешно негативно гледати на улогу суда и доживљавати је као разарајућу снагу са становишта уговорног поретка. Уместо тога, задатак суда је да изнађе садржину уговора на коју би и саме стране пристале да су биле упознате са ништавошћу уговора који су првобитно закључиле.

#### 7.2.3.3.1. Услови за судску конверзију

Основ за судску конверзију садржан је у чл. 106 ЗОО који гласи: „Кад ништав уговор испуњава услове за пуноважност неког другог уговора онда ће међу уговарачима важити тај други уговор, ако би то било у сагласности са циљем који су уговарачи имали у виду кад су уговор закључили и ако се може узети да би они закључили тај уговор да су знали за ништавост свог уговора.“ Из ове законске дефиниције могу се издвојити услови за судску конверзију, при чему су неки експлицирани у закону, док се други изводе из смисла законске дефиниције.

##### 7.2.3.3.1.1. Ништавост уговора

Да би чл. 106 ЗОО био примењен, суд мора бити суочен са ништавим уговором. Да не би било сумње, мисли се на уговор који је у целости ништав или још прецизније, по среди треба да је уговор који је „дефинитивно неподобан да произведе дејства“.[499]

Иако термин *дефинитивно* (нем. *endgültig*) у контексту ништавости може да изазове забуну, он није нетачан будући да наше право познаје изузетне технике за очување дејстава уговора упркос његовој ништавости. Тако неће бити места примени конверзије онда када је ништавост последица повреде захтева писмене форме, а уговор је извршен у целости или претежном делу, под условом да то није противно циљу због ког је форма прописана (73 ЗОО). Конверзија неће бити примењена ни онда када је накнадно

[499] Д. Мијановић, 1090.

прибављена сагласност за пуноважно закључење уговора.[500] Исто тако конверзији не би било места ни у случају одржавања уговора на снази снижењем зеленашке престације на правичан износ (141, ст. 3 ЗОО), као ни у случају симулованог уговора којим се прикрива дисимуловани уговор који је пуноважан (чл. 66, ст. 2 ЗОО).

Стога је основна претпоставка за конверзију из чл. 106 ЗОО постојање ништавог уговора који се не може оснажити на неки други начин. Тек тада преостаје испитивање могућности одржавања уговора на снази уз помоћ његовог законоконформног ремоделовања[501] које спроводи суд ослонцем на чл. 106 ЗОО.

Услов ништавости неће бити испуњен онда када су стране, услед недовољног познавања права, погрешно именовале закључени уговор (*falsa demonstratio non nocet*).[502] У том случају задатак суда биће да тумачењем садржине права и обавеза установи о којој врсти уговора се заправо ради.[503] Предмет тумачења ће бити стварна воља уговарача која је услед недовољног познавања права погрешно квалифкована, а чија је садржина од самог почетка сагласна са законом.

Иако је *ништавост уговора* изричито нормирана чл. 106 ЗОО, постоје аутори који овај услов за конверзију редефинишу у *непостојећи* уговор.[504] Преиспитивање основаности заговарања тродеобе правноневаљаних уговора на непостојеће, ништаве и рушљиве са становишта српског позитивног права премашује оквире овог рада. С тим у вези истичемо да није спорно постојање потребе за диференцирањем случајева у којима је извесно да уговора нема од оних у којима је очигледно да је настало „нешто“ што садржи минималне претпоставке да би се могло перципирати као уговор (нем. *Mindestvoraussetzungen, Mindesttatbestand*),[505] али да упркос томе он садржи неки недостатак. Сви потоњи случајеви, према нашем мишљењу, испуњавају услов „ништавости уговора“ у смислу чл. 106 ЗОО. Наиме, из претпоставке за судску конверзију

---

[500] Dieter Medicus, Jens Petersen, *Allgemeiner Teil des BGB*, 11., neu bearbeitete Auflage C.F. Müller, Heidelberg, 2016, 231, маргина 518.
[501] R. Zimmermann (1990), 684.
[502] W. Flume, 590.
[503] H. Roth у: Staudinger (2020), 62; Christoph Krampe, *Die Konversion des Rechtsgeschäfts*, Klostermann, Frankfurt am Main 1980, 285.
[504] Лепосава Карамарковић, „Апсолутно ништави уговори – значај разликовања непостојећих уговора (уговора у настајању) и апсолутно ништавих уговора“, *Расправе из уговорног, одштетног и процесног права*, треће допуњено издање, Glosarijum, Београд 2004, 13 и 14; Leposava Karamarković, „Apsolutno ništavi ugovori“, *Pravni život* 10/1995, 410-412.
[505] Sabadin Medina Francisco, *Das Nichtrechtsgeschäft im deutschen Zivilrecht – Ein Beitrag zu den Tatbeständen des Rechtsgeschäfts und der Willenserklärung*, Hamburg, Igel Verlag RWS 2015, 18, 35.

према којој ништав уговор треба да „испуњава услове за пуноважност неког другог уговора“, јасно је да по среди није „нешто“ што би се у германској доктрини могло подвести под појам „уговора који није настао“ (нем. *Nichtzustandekommen eines Vertrags*, то јест *Nichtrechtsgeschäft*).[506] У ту категорију, према немачком праву, спадају: неспоразум страна, изјава воље која није усмерена на обавезивање у пословноправном смислу (нпр. „сагласност пријатеља да иду у биоскоп“[507]), и изјава воље која је недвосмислено дата у шали.[508] Све што заврђује квалификатив уговора у смислу испуњености минималних услова за његов настанак, то јест све оно што апстрактно посматрано задовољава „елементарне потрепштине“[509] уговора, подобно је за конверзију.

Када би се у светлу чл. 106 ЗОО од судова тражило да испитају да ли је по среди непостојећи уместо ништавог уговора, они би били суочени са озбиљним проблемом. У одсуству позитивноправне нормираности појма непостојећег уговора, као и у одсуству унисоног става доктрине о томе када ће се уговор сматрати непостојећим,[510] судови не би могли да стекну јасну слику о владајућем ставу домаће цивилистике о томе који се уговори сврставају у ту категорију.

По природи ствари, за конверзију нису подобни ни фиктивни уговори с обзиром на то да се они закључују у одсуству обостране намере пословноправног обавезивања, то јест само ради стварања привида да су закључени, а не због тога што уговарачи истински желе да привидни уговор произведе њему иманентна дејства.[511]

У погледу могућих узрока ништавости у германској доктирни се сугерише да у вези са конверзијом *a priori* не треба искључити ниједан од замисливих узрока

---

[506] S. M. Francisco, 28, 41.

[507] Miloš Živković (2006), 10. На немачком језику се ове изјаве воље означавају као *Gefälligkeiten*. Овај појам је тешко преводив на српски језик. Дескриптивно би се могао објаснити као изјава воље која је дата, односно сагласност воље која је постигнута „у правно слободном простору“, то јест у сфери коју право не уређује. О њима више у: D. Medicus, J. Peterse, 89 и 90.

[508] S. M. Francisco, 40-45.

[509] V. V. Vodinelić (2014), 472.

[510] Преглед дивергентних ставова домаћих цивилиста о томе како треба схватити појам непостојећих уговора в. код: С. Радовановић, Н. Мишчевић (2020), 269-276. На то додајемо и типологију правно непостојећих уговора коју предлаже *Доловић Бојић:* К. Г. Доловић Бојић (2021), 81-164. Овде скрећемо пажњу и на мишљење *Караникић Мирић* о томе када би домаћи судови могли да утврде да уговор није настао. Према речима ове ауторке, „[у] систему ЗОО та могућност постоји, примера ради, у случају привидних уговора, затим неспоразума о природи уговора, основу или предмету обавезе, као и када је примењена физичка сила да би се уговорник приморао на закључење.“ Марија Караникић Мирић, „Отежано испуњење уговорне, обавезе“, *Право и привреда* 4/2020, 28.

[511] H. Roth у: Staudinger (2020), 70.

ништавости.[512] Иако се најчешће узрок ништавости који отвара пут конверзији огледа у повреди захтева обавезне форме уговора, то не искључује могућност појаве узрока ништавости који би се тицао његове садржине. Отуда, чак и када би се у нашој теорији јединствено заговарао став да су само непостојећи уговори подложни конверзији, делује да би се њиме неоправдано сузило поље примене института конверзије, што би, по нашем виђењу, било противно језичкој редакцији чл. 106 ЗОО и схватањима овог института у упоредном праву.

Са становишта временског хоризонта, у теорији није спорно да се ништавост испитује спрам момента закључења уговора.[513] Спрам тога тренутка се испитује и да ли иницијално закључени уговор испуњава услове за пуноважност другог уговора.[514] То значи да се у обзир узимају прописи који су важили на дан закључења уговора. Спрам тог момента и стања ствари које је тада постојало утврђује се циљ коме су уговарачи тежили као и његова допуштеност. Промене које су у међувремену евентуално наступиле у односима између уговарача нису меродавне са становишта конверзије.[515] Овиме се, међутим, не оповргава претходна констатација да се мора радити о дефинитивно ништавом уговору, због чега би било прецизније рећи да је узрок ништавости уговора био присутан *ab ovo* и да није саниран неком другом техником за спасавање уговора.

7.2.3.3.1.2. Када ништав уговор испуњава услове за пуноважност неког другог уговора?

У вези са судском конверзијом потребно је појаснити како треба разумети део законске дефиниције који гласи: „када ништав уговор испуњава услове за пуноважност неког другог уговора“. Без сумње, под условима за пуноважност треба разумети: пословну способност за предузимање конкретног уговора; постојање правно релевантне изјаве воље; постојање допуштеног, могућег, одређеног или бар одредивог предмета уговора; постојање допуштеног основа и евентуално испуњен услов који се тиче форме уговора,

[512] E. A. Kramer у: BernKo, 171.
[513] К. Г. Доловић Бојић (2021), 173.
[514] V. V. Vodinelić (2014), 472; H. Heiss, 205 и 206.
[515] H. Roth у: Staudinger (2020), 74.

онда када је она предвиђена као форма *ad solemnitatem*, а по потреби и сагласност трећег лица или надлежног органа за закључење уговора.[516]

Но, питање је да ли „услове за пуноважност другог уговора“ треба разумети још строже на начин да су у ништавом уговору садржани сви елементи пуноважног уговора. Строже схватање у домаћој цивилистици заступа *Круљ* према чијем мишљењу „у ништавом правном послу морају бити садржани сви елементи пуноважног правног посла.“[517] *Хагер,* у вези са тим условом прецизира да се „евентуално недостајући елементи заменског посла не смеју фингирати, то јест не сме се узимати да они постоје иако нису део првобитно закљученог посла.“[518] *Флуме* у вези са овим условом истиче да „у ништавом правном послу мора бити садржан пуноважан“, то јест да се не ради о неком другом послу који би стране закључиле да су знале за ништавост првобитног него о послу чији су елементи садржани у ништавом правном послу.[519]

Други аутори, међутим, сматрају да је *Флумеово* тумачење овог услова преуско. Примера ради у домаћој цивилистици, *Стојановић* износи мишљење да „за конверзију није неопходно да је други посао којим се врши конверзија саставни део закљученог ништавог правног посла,“ него је довољно „да се економски ефекти који су требали да се остваре ништавим правним послом могу постићи другим послом.“[520] Ово становиште заговара и *Хајс* који сматра да овај услов треба разумети тако да спрам својих дејстава конвертовани уговор не сеже даље од дејстава уговора који је првобитно био закључен, а не нужно и да су у ништавом послу садржани сви градивни елементи пуноважног посла.[521] Другим речима, конверзија не би била дозвољена ако би резултирала интензивирањем обавеза или јачим степеном правне принуде.[522]

Блаже тумачење овог услова заступа и *Рот* који сматра да би инсистирањем на томе да заменски уговор мора бити садржан у ништавом уговору поље примене конверзије било знатно сужено.[523] Овоме се додаје и аргумент да, у хипотези инсистирања на садржаности пуноважног у ништавом уговору, практично не би преостало самостално

---

[516] Д. Николић (2020а), 330-341; H. Heiss, 198.
[517] V. Krulj (1954), 57 и 58.
[518] J. Hager, 119.
[519] W. Flume, 594.
[520] D. Stojanović (2000), 382.
[521] H. Heiss, 198.
[522] *Ibid*, 209.
[523] H. Roth у: Staudinger (2020), 71.

поље примене за конверзију у поређењу са делимичном ништавошћу.[524] Да је то увек тако – што није случај – конверзија би се сматрала само посебним случајем делимичне ништавости.[525]

Прекорачење последица заменског уговора у односу на дејства иницијалног уговора може се илустровати на примеру (не)допуштености конверзије уговора о јемству који је ништав због повреде писмене форме (чл. 998 ЗОО) у уговор о приступању дугу. У овом случају конверзија уговора о супсидијарном јемству због повреде захтева писмене форме у уговор о приступању дугу не би била могућа. Наиме, одговорност приступиоца код уговора о приступању дугу има шири домашај од обавезе јемца који одговара подредно, а не истовремено са главним дужником. Истом логиком, конверзија би била допуштена у случају да се јемац изворним уговором обавезао као јемац платац.[526]

#### 7.2.3.3.1.3. Како суд испитује да ли би стране пристале да закључе заменски уговор да су знале за ништавост првобитног уговора?

Код конверзије суд треба да испита да ли би стране пристале да закључе заменски уговор да су знале за ништавост првобитног уговора. Овде се ради о испитивању хипотетичке воље. Да је стварна воља поводом конкретног случаја већ исказана у уговору кроз тзв. конверзиону клаузулу, суд би наложио конверзију сагласно стварној вољи уговарача, подразумева се, под условом да уговор на који та клаузула упућује испуњава услове за његову пуноважност. Тада би се, дакле, радило о случају вољне конверзије.

О начину испитивања хипотетичке воље уговарача биће више речи у наредном поглављу. У сваком случају, не би требало доводити у питање „капацитет суда“[527] да испита испуњеност овог услова. Уколико би се негирао капацитет суда да утврди (не)постојање хипотетичке воље уговарача за конверзију, тада би се обесмислио институт конверзије. Уз то, не би било разумно поћи од претпоставке да је законодавац поверио суду „нерешив“ задатак.

---

[524] D. Medicus, J. Petersen, 232, маргина 519.
[525] C. Krampe, 282.
[526] H. Heiss, 202 и 203.
[527] К. Г. Доловић Бојић (2021), 194; Katarina Dolović Bojić, „Konverzija ugovora“, *Knjiga sažetaka sa Međunarodnog naučnog skupa, Druga regionalna naučna konferencija iz obligacionog prava*, 14. i 15. novembar 2019. Beograd, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2019, 16.

У немачкој теорији се постојање хипотетичке воље испитује спрам тога да ли циљ заменског уговора у целости или у претежном делу одговара циљу који су стране намеравале да остваре закључењем првобитног уговора. Под циљем се најчешће мисли на економске ефекте уговора.[528] Отуда *Хагер* истиче да је конверзија допуштена онда када је циљ првобитно ништавог уговора дозвољен, док је сâм „пут“ до тог циља у нескладу са захтевима правног поретка.[529]

При испитивању испуњености услова за конверзију двостранообавезујућих теретних уговора треба водити рачуна и о очувању синалагме. Ако би конверзија имала за последицу поремећај првобитне уговорне равнотеже, њена допуштеност би зависила од испитивања хипотетичке воље уговарача који би био погођен том неравнотежом.[530] Штавише, неки аутори сматрају да би у оквиру конверзије суду било допуштено и да уравнотежи престацију једног уговарача са кореспондентном контрапрестацијом другог уговарача.[531] *Хајс* наглашава да би суд у том случају требало да „води рачуна о односу еквиваленције који су поставиле саме стране.“[532]

Иако би се могло поћи од претпоставке да у одсуству упоредивих ефеката између ништавог и заменског уговора контрахенти не би пристали да буду везани заменским уговором, наш законодавац овај суштински један услов раздваја у два. У том смислу, наглашавањем упоредивости циљева између првобитно закљученог и заменског уговора нормотворац истиче оно на шта суд треба да се сконцентрише када испитује (не)постојање хипотетичке воље.

Став на који се наилази у домаћој теорији, а према коме се исти ефекти који се остварују заменским уговором могу постићи и „закључивањем новог уговора између истих уговорних страна“,[533] промашује суштину проблематике. Могућност закључења новог уговора између истих уговарача поводом истог предмета, који би овог пута био закључен у одговарајућој форми и садржини, нико не доводи у питање. Овим се, међутим, превиђа кључан услов за настанак уговора, а то је сагласност воља. Како закључење новог уговора претпоставља сагласност уговарача из првобитног уговора, теорија не може

[528] V. Krulj (1954), 59.
[529] J. Hager, 125.
[530] H. Roth у: Staudinger (2020), 65.
[531] Harry Westermann, Ernst Steindorff, „Zivil- und Zivilprozeßrecht“, *JuristenZeitung* 11-12/1963, 368 и даље. Нав. према: H. Heiss, 212 и 213; Д. Мијановић, 1091 са даљим упућивањем.
[532] H. Heiss, 213.
[533] К. Г. Доловић Бојић (2021), 180.

необориво да презумира могућност постизања те сагласности, па самим тим то не може ни да понуди као могуће решење проблема насталих закључењем ништавог уговора. У вези са овим теоријским предлогом се превиђа околност да ће и саме стране неретко имати више интереса за конверзију уместо да се упуштају у неизвесне преговоре који можда хоће, а можда и неће резултирати закључењем новог уговора.

Речено се може илустровати једним примером из немачке судске праксе у коме су стране закључиле *ексклузивни* уговор о инсталирању аутомата (нем. *Automatenaufstellungs-vertrag*). Уговор је био ништав будући да није био закључен у писменој фоми која је била прописана као форма *ad solemnitatem*. Циљ ради ког је била прописана обавезна форма огледао се у омогућавању комисији за заштиту конкуренције да проверава картелске споразуме. С обзиром на то да је форма била прописана у јавном интересу, била је искључена могућност конвалидације испуњењем уговора. Суд је у том случају спровео конверзију одредивши да ће међу странама важити *неексклузивни* уговор о инсталирању аутомата чија пуноважност није условљена писменом формом. Иако је суд био свестан чињенице да ће конверзијом бити нарушена равнотежа између престација уговарача – по логици ствари, за ексклузивне уговоре плаћа се већа накнада него за неексклузивне – наручилац посла је уз пуну свест о томе да би за неексклузивни уговор његовом сауговарачу следовала мања накнада од уговорене, инсистирао на конверзији.[534] Овај пример сведочи о томе да се у неким случајевима не може поредити губитак који би уследио утврђењем ништавости уговора у целости са губитком у случају конверзије.

#### 7.2.3.3.1.4. Савесност уговарача као услов за судску конверзију

Из дела законске дефиниције који гласи „да су знали за ништавост свог уговора“ проистиче имплицитан услов који се тиче савесности уговарача.[535] Наиме, ако су контрахенти знали да је њихов уговор ништав па су, упркос томе, пристали да га закључе, као логично се намеће питање да ли су они уопште хтели да наступе његова дејства. По природи ствари постојање сазнања о ништавости закљученог уговора упућује на то да уговарачи нису желели да наступе дејства својствена неком уговору. Да јесу, отклонили

[534] BGH 5.2.1980. Нав. према: H. Heiss, 211 и 212.
[535] K. Dolović Bojić (2020), 149 и 150.

би узрок ништавости, то јест настојали би да изнађу други пут који ће их одвести до остварења њиховог циља. Дакле, ако стране нису желеле да наступе дејства првобитно закљученог уговора, по свему судећи, оне неће имати интерес ни да наступе упоредива дејства неког другог уговора.[536]

Међутим, у теорији се актуелизује и могућност конверзије у ситуацији када су стране биле упознате са постојањем узрока ништавости али су се поуздале у његово излечење које је касније изостало. Тада би се изузетно могла допустити конверзија упркос несавесности уговарача.[537] У новијим домаћим радовима на тему конверзије наводи се и да је за конверзију довољна савесност једне уговорне стране.[538] С тим у вези *Рот* прецизира да је конверзија искључена само уколико је изјавилац воље имао сазнање о ништавости уговора, а не и уколико га је морао имати.[539]

7.2.3.3.1.5. Неопходност иницијативе уговарача за спровођење судске конверзије

У домаћој теорији је спорно и да ли је за конверзију неопходан захтев или приговор страна у спору,[540] или би суд и самоиницијативно могао да спроведе конверзију.[541] У вези с овим процесним аспектом, делује нам да се у домаћој теорији недовољно јасно поставља проблемско питање. Према нашем виђењу, једно је питање да ли суд може да се упусти у расправљање било ког питања које се тиче уговорног односа без захтева уговарача (а ређе и трећих лица), а друго је питање шта је суду дозвољено када се сусретне са захтевом истакнутим у вези са неким уговорним односом. Имајући наведено у виду, када се у домаћој теорији истиче да је за конверзију потребан захтев (или евентуално приговор туженог), није јасно на шта се под тиме тачно мисли. Ако се под захтевом мисли на иницијативу да се поводом конкретног уговорног односа расправи неко (било које) питање, домаћа теорија је у праву. Но, ако се инсистира на томе да захтев (или приговор) мора бити усмерен управо на конверзију, такво виђење ствари нам делује погрешно. Овим се не запада у противречност са правилом о везаности суда постављеним тужбеним

[536] V. Krulj (1954), 57.
[537] H. Heiss, 206.
[538] Д. Мијановић, 1092.
[539] H. Roth у: Staudinger (2020), 74.
[540] V. V. Vodinelić (2014), 474; К. Г. Доловић Бојић (2021), 183, 195; Атила Дудаш (2010), 154.
[541] K. Dolović Bojić (2019), 16; K. Dolović Bojić (2020), 160.

захтевом. Зашто се, примера ради, поводом захтева повериоца за испуњење уговорне обавезе коју дужник оспорава истицањем ништавости уговора, суд кроз образложење своје одлуке не може осврнути на (не)испуњеност услова за конверзију, након што претходно утврди да је по среди ништав уговор. Тиме суд не би прекорачио правило о везаности захтевом; он би га у целости или делимично усвојио или одбио, док би своје образложење о (не)основаности захтева могао да заснује на аргументацији о (не)испуњености услова за конверзију.

Дакле, није спорно да је суд везан тужбеним (и евентуално противтужбеним захтевом), али се тиме не дира у његову дужност да о ништавости води рачуна по службеној дужности. Испитивање евентуалне ништавости уговора, по нашем мишљењу, подразумева и испитивање испуњености услова за њено санирање,[542] јер уговор неће бити ништав ако су испуњени услови за конверзију будући да она наступа *ex lege* у моменту закључења уговора.

Исти след ствари могућ је и поводом захтева за враћање стеченог без основа. Примера ради, страна је дала нешто на име испуњења уговора за који касније сазна да је ништав тражећи враћање датог. Тужени се противи том захтеву негирајући ништавост уговора, не позивајући се посебно на конверзију. Ако би суд одбио захтев за враћање стеченог без основа са образложењем да је ништав уговор конвертован у пуноважан, он, такође, не би прекорачио тужбени захтев.

Схватање које смо управо изнели има упориште у немачкој литератури у којој се истиче да је „суд снагом закона дужан да примени конверзију онда када изложено чињенично стање пружа довољно основа за конверзију. За конверзију, дакле, *није нужно*, али ни довољно да се једна странка позове на њу“ [543] (нагласила С.М.). Појашњења ради, то што се једна странка позива на конверзију не значи да ће је суд спровести, јер њена примена зависи од испуњености законом прописаних услова. И обрнуто, непозивање странака на конверзију не спречава суд да је спроведе, ако из утврђеног чињеничног стања проистиче да су испуњени услови за њену примену.

Оно што може бити проблематично јесте случај када је постављен захтев за утврђење ништавости уговора а да се тек у току поступка испостави да су испуњени

---

[542] Јожеф Салма, „Начело 'Nemo auditur propriam turpitudinem allegans' и ништавост уговора”, *Анали Правног факултета у Београду* 3-4/2004, 487, 488; Д. Мијановић, 1092 и 1093.
[543] H. Roth у: Staudinger (2020), 76.

услови за конверзију. Ово питање је у домаћој теорији тематизовано поводом правног схватања ВКС у вези са уговорима о кредиту индексираним валутним клаузулама у швајцарским францима.[544] У вези са тим схватањем *Доловић Бојић* наводи да је „Врховни касациони суд спровео конверзију и онда када не постоји иницијатива уговорних страна,“[545] сматрајући „да би након тога судови могли утврђивати испуњеност услова за конверзију и без захтева, односно приговора уговорних страна [...].“[546]

Са становишта правног схватања ВКС-а нема места приговору да је он поступио мимо захтева страна у спору, будући да се правни ставови ВКС-а иначе усвајају мимо суђења, то јест независно од конкретног тужбеног или противтужбеног захтева.[547] Реч је о социјалистичком реликту који је задржан у домаћем праву до данашњих дана.[548]

Када је реч о поступцима који су иницирани захтевом за утврђење ништавости уговора, уколико би се у току поступка испоставило да су испуњени услови за конверзију, суд би је могао спровести на основу одговарајућег захтева тужиоца или туженог. Одговарајућа реакција тужиоца на сазнање о испуњености услова за конверзију у току поступка била би преиначење тужбе, а туженог подношење одговарајуће противтужбе. Ако се пође од тога да испуњеност услова за конверзију претпоставља постојање (хипотетичке) воље обеју страна за њено спровођење, онда би било зачуђујуће да једна од ове две реакције изостане. У сваком случају, суд би, у одсуству одговарајуће реакције тужиоца или туженог могао само да одбије захтев за утврђење ништавости уговора. Међутим, то не искључује могућност вођења накнадне парнице коју би иницирао поверилац у жељи да оствари своје право из конвертованог уговора. У тој потоњој парници, суд би био везан правноснажном пресудом (прецизније, њеном изреком) којом је одбијен захтев за утврђење ништавости спорног уговора. С обзиром на то да само изрека одлуке подлеже дејствима материјалне правноснажности, суд у каснијој парници не би био везан квалификацијом ранијег суда о томе у који се други уговор може конвертовати ништав уговор. Ова опаска би имала значај само у хипотези да постоји више уговора са упоредивим дејствима у које би се могао конвертовати претходно утврђен ништав уговор.

---

[544] Правно схватање усвојено на седници Грађанског одељења ВКС одржаној 2. априла 2019. године.
[545] K. Dolović Bojić (2020), 158. Исти аргумент се наводи и у: К. Доловић Бојић, С. Дабић Никићевић, 736.
[546] К. Г. Доловић Бојић (2021), 195.
[547] Више о томе: Marko S. Knežević, “Out-Of-Trial Ensuring Uniform Case Law in Serbia: Socialist Legal Tradition Reloaded” у: Dušan V. Popović et al. (Eds), *Balkan Yearbook of European and International Law 2021*, Springer, Cham 2022, 184-212.
[548] Марко С. Кнежевић (2017), 5, 23.

### 7.2.3.3.1.6. Дејство одлуке суда

У вези са судском конверзијом поједини аутори доводе у питање и декларaторно дејство одлуке суда.[549] Они сматрају да суд у случају судске конверзије не декларише нешто што већ постоји, него уноси промену у однос између уговарача, то јест суд конституише нешто ново. За овакав став, према нашем мишљењу, нема места и то из више разлога. На то, пре свега, упућује језичка редакција чл. 106 ЗОО: „кад је ништав уговор ... међу уговарачима *важи* тај други уговор“ (нагласила С. М.). Узима се, дакле, да заменски уговор *важи* међу уговарачима као да су га они *ab initio* закључили. На декларативно дејство судске одлуке упућује и коришћење потенцијала у стилизацији чл. 106 ЗОО „може се узети да *би* они *закључили* тај уговор да су знали за ништавост свог уговора“. Осим тога, став доктрине да се ради о „операцији“ која се спроводи *ipso iure* онда када су испуњени за то предвиђени услови искључује могућност преображајне одлуке. У немачкој, а и у домаћој доктрини неспорно је да се конверзија спроводи *ex lege* (нем. *von Rechts wegen*), подразумева се, онда када су испуњени услови за њу.[550] С тим у вези *Рот* скреће пажњу да појам конверзије није најадекватнији, јер може да наведе на погрешан закључак да се пуноважност уговора постиже кроз конститутивну одлуку суда, што није тачно будући да пуноважност уговора проистиче из самог закона.[551] Имајући у виду деловање конверзије *ex lege*, *Крампе* уместо преобраћања једног уговора у други говори о „*важењу* другог правног посла на бази ништавог правног посла“ (нагласила С. М.).[552]

Инсистирање на конститутивном дејству одлуке суда код судске конверзије наспрам декларaторног дејства одлуке у случајевима законске и вољне конверзије, нарушило би иманентну логику суштински истог института. Свесни ових аспеката, аутори који пледирају за конститутивно дејство одлуке у случају конверзије према чл. 106 ЗОО предлажу премошћивање потенцијалног временског вакуума од закључења уговора до правноснажности одлуке суда ставом о ретроактивном деловању одлуке суда.[553]

---

[549] К. Г. Доловић Бојић (2021), 183.
[550] V. V. Vodinelić (2014), 471.
[551] H. Roth у: Staudinger (2020), 61.
[552] C. Krampe, 2.
[553] К. Г. Доловић Бојић (2021), 183.

Иако у правној теорији нису непознате преображајне одлуке са ретроактивним дејством (нпр. тужба за поништај рушљивог правног посла, па самим тим и пресуда којом се такав тужбени захтев усваја - нем. *Gestaltungsurteil*). Међутим, право подношења преображајне тужбе (нем. *Gestaltungsklagerecht*) претпоставља постојање преображајног права (правне моћи), које постоји само онда када је законом признато.[554] Осим тога, остваривање преображајних права временски је орочено преклузивним роковима.[555] Како ЗОО ниједној страни уговорног односа не признаје право преобликовања у вези са конверзијом ништавог уговора, нити временски орочава могућност конверзије, захтев који би био усмерен на конверзију ништавог уговора у пуноважан не би могао да се формулише као преображајни. Сходно томе, суд не би могао да донесе конститутивну пресуду.

У вези са овим питањем запажамо да и *Доловић Бојић* преиспитује свој став о декларативном дејству одлуке суда у случају судске конверзије будући да касније у својој монографији наводи да је „неспорно [...] да у сваком случају конверзија наступа тренутком закључења неваљаног уговора и то по самом закону, без учешћа суда и без било каквих аката/изјава уговорника.“[556] Због наведеног чини нам се да је и сама ауторка, додуше имплицитно, прихватила декларативно дејство судске одлуке. Наиме, ако се пође од тога да се конверзија одвија *ex lege*, евентуална одлука суда, по природи ствари, може бити само декларативна.[557]

Аспект који се у домаћој теорији истиче у виду неизвесности која наводно постоји међу уговарачима у погледу садржине заменског уговора који ће везивати стране, јесте заправо привидан проблем.[558] На њега пажњу скреће *Доловић Бојић* која сматра да до правноснажног окончања поступка постоји неизвесност јер стране не знају која ће их садржина уговора везивати.[559] У вези са овом примедбом на рачун судске конверзије истичемо да ће се она спровести *само ако* се испостави да постоји заменски уговор чија су дејства упоредива дејствима првобитно закљученог уговора. У том смислу не стоји навод *Доловић Бојић* да би у хипотези судске конверзије уговорнице „извршавале први уговор,

[554] Dieter Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, 10., neu bearbeitete Auflage, C.F. Müller, Heidelberg 2010, 43, 45.
[555] *Ibid*, 45; V. V. Vodinelić (2014), 221.
[556] К. Г. Доловић Бојић (2021), 183.
[557] V. V. Vodinelić (2014), 472, 474; М. Живковић (2019), 479 и 480.
[558] К. Г. Доловић Бојић (2021), 196.
[559] *Ibid*.

који правно не постоји или је ништав, *а не би извршавале оно на шта су обавезане једним другим уговором* који производи дејство, а то је заменски уговор“, (подвукла С.М).[560] Наиме, из овог цитата би се могао стећи погрешан утисак да би се окончањем поступка могло испоставити да је садржина заменског уговора потпуно другачија од садржине првобитног уговора, што не би одговарало стању ствари. Као што смо видели, *conditio sine qua non* за конверзију се састоји у постојању другог уговора чија су дејства иста или упоредива дејствима првобитно закљученог уговора. Стога се конверзијом оно што је већ испуњено на основу ништавог уговора настоји максимално одржати на снази.

#### 7.2.3.3.1.7. Одговарајуће поимање синтагме „други уговор“ из чл. 106 ЗОО у сврху разграничења модификоване делимичне ништавости и судске конверзије

Исправно разумевање синтагме „други уговор“, која фигурира као један од елемената диспозиције (нем. *Tatbestand*) из чл. 106 ЗОО, може бити кључно за диференцирање поља примене двају сродних института: (модификоване) делимичне ништавости и судске конверзије. Отуда је потребно разјаснити да ли се под „другим уговором“ мисли на другу врсту уговора упоредивих карактеристика или и на исту врсту уговора другачије садржине. Да ли је, примера ради, могуће да се под „други уговор“ подведе и иста врста уговора за који важи суштински другачији режим (нпр. уговор о хипотеци има различит правни режим у зависности од тога да ли је он усмерен на конституисање извршне вансудске хипотеке или (класичне) хипотеке), или је чак могуће да се на основу првобитно закљученог уговора који је ништав (нпр. уговор о поклону две од три собе стана, како би у тој трећој („непоклоњеној“) соби наставио да живи поклонодавац), закључи да је воља уговарача заправо била усмерена на закључење два или више повезаних уговора: уговора о продаји стана и уговора о конституисању права плодоуживања на поклоњеном стану.[561] Пошто овај услов сматрамо суштинским за разграничење делимичне ништавости и (судске) конверзије, посветићемо му посебну пажњу.

Фраза „други уговор“ може се схватити на више начина, па отуда не чуди што међу ауторима не постоји сагласност о томе да ли се у конкретном случају ради о примени

[560] К. Г. Доловић Бојић (2021), 196.
[561] V. V. Vodinelić (2014), 474.

института делимичне ништавости или конверзије. Стога ћемо у наредним редовима покушати да расветлимо како треба разумети овај услов. На основу тога, покушаћемо да изведемо закључак о томе да ли се свака измена садржине уговореног, чак и онда када се узрок ништавости везује за тачно одређену уговорну одредбу, може квалификовати као конверзија. И поврх тога, да ли треба различито квалификовати ситуацију када долази до измене садржине уговорне одредбе онда када она има значај споредне уговорне одредбе (нем. *Nebenabrede*) у поређењу са изменом садржине субјективно битне одредбе уговора.

Ако бисмо као референтне тачке за расветљавање значења појма „други уговор“ у светлу примене судске конверзије узели случајеве законске конверзије, они би нас упутили на закључак да се под „другим уговором“ мисли на уговор друге врсте истих или бар упоредивих карактеристика. Као што смо видели, неки од примера законске конверзије налажу претварање уговора о уступању и расподели имовине за живота у уговор о поклону; уговор о преузимању дуга у уговор о преузимању испуњења или у уговор о приступању дугу и сл. У свим овим случајевима, „други уговор“ значио је уговор друге врсте или, поједностављено, уговор који носи другачији назив од првобитно закљученог уговора. С друге стране, случајеве у којима се на основу закона може вршити измена престације – њеног износа или ређе њеног трајања – означили смо као примере редукције (ревизије) престације на основу изричитог законског овлашћења.[562] Стога, те случајеве не треба поистовећивати са примерима законске конверзије.

Осим тога, типични примери судске конверзије редовно подразумевају промену назива уговора у који се врши конверзија попут: преобраћање ништавог уговора о преносу права плодоуживања у пуноважан уговор о уступању користи из права плодоуживања,[563] затим конверзија ништавог уговора о солидарном јемству у уговор о приступању дугу и др.

У вези са покушајем повлачења границе између судске конверзије, с једне стране, и модификоване делимичне ништавости, с друге стране, наводимо мишљење *Крамера.* Он истиче да је потребно уочити разлику између заменског уговора (нем. *Ersatzvertrag*) и заменске одредбе уговора (нем. *Ersatzregel*). Сходно томе, „конверзију треба разликовати од одржавања на снази делимично ништавог уговора постављањем заменског правила [...],

[562] В. поднаслов: 7.1.
[563] W. Flume, 589.

иако, без сумње, постоји неспорна сродност међу њима“.[564] Према *Крамеру*, „разлика се огледа у томе што се код конверзије ради о потпуној реинтерпретацији у целости ништавог жељеног правног посла, док се код модификоване делимичне ништавости ради о селективном инкорпорисању заменског правила у уговор који се у преосталом делу одржава на снази“.[565] Сходно томе, постављање заменског правила наместо ништаве уговорне одредбе уз одржавање остатка уговора на снази – дакле, уз задржавање идентитета закљученог уговора – не сматра се конверзијом већ случајем модификоване делимичне ништавости.

У вези са условом „други уговор“, делује нам да *Доловић Бојић* изражава резервисаност у погледу могућности примене конверзије онда када би она подразумевала преобраћање ништавог уговора у уговор исте врсте са модификованом садржином. Уз разумљиву дозу опрезности, она наводи да би се у случају одржавања на снази уговора исте врсте са измењеном садржином пре радило о „својеврсној модификацији уговора, а не о конверзији.“[566] Она, дакле, слично *Крамеру*, сматра да конверзија подразумева промену једне врсте уговора у другу врсту уговора и да њу не треба поистоветити са изменом садржине уговореног уз задржавање првобитног идентитета уговора. Иако доводи у питање примењивост института конверзије у овом случају, *Доловић Бојић*, за разлику од *Крамера,* модификацију садржине уговора уз задржавање идентитета закљученог уговора не подводи ни под окриље института делимичне ништавости. На основу тога делује да се она пре залаже за недопуштеност модификације садржине конкретне уговорне одредбе уз задржавање идентитета уговора.

С друге стране, у домаћој цивилистици *Водинелић* сматра да се под конверзију могу подвести и случајеви претварања ништавог уговора у уговор исте врсте са другачијом садржином или правним режимом.[567] Он, међутим, не нуди аргументе на основу којих изводи свој став о томе да синтагму „други уговор“ из чл. 106 ЗОО треба разумети као исти уговор. С тим у вези запажамо да *Водинелић* у свом системском уџбенику посвећеном општем делу грађанског права само узгредно помиње институт

[564] E. A. Kramer у: BernKo, 171.
[565] *Ibid*.
[566] К. Г. Доловић Бојић (2021), 182.
[567] V. V. Vodinelić (2014), 471 и 472.

делимичне ништавости уговора.[568] Отуда код њега ни не наилазимо на суштинско сучељавање аргумената по питању односа конверзије и делимичне ништавости у зависности од (не)постојања промене идентитета уговора.

Идеју да се под конверзијом подразумева и претварање уговора у уговор исте врсте са другачијом садржином срећемо и у *Крамповом* делу „Конверзија правних послова“ које датира из 1980. године.[569] С тим у вези истичемо да је германска доктрина у међувремену прешла пут вишедеценијског развоја, тако да су данас „усамљени“[570] аутори који заговарају примену конверзије и у случајевима када се спроводи измена садржине ништаве уговорне одредбе. Осим тога, ову изјаву *Крампа* треба сагледати у ширем контексту његових схватања о конверзији. Према његовом мишљењу се чувене одлуке о конверзији подједнако добро могу квалификовати и као одлуке о тумачењу. У том смислу, *Крамп* конверзију превасходно доживљава као „специјални случај *benigna interpretatio*“,[571] а не као самосталан правни институт. У светлу тог става, флексибилније схватање појма „други уговор“ поприма нешто другачији смисао.

Неки чувени случајеви конверзије из германске јудикатуре подразумевају преобраћање ништавог уговора у пуноважан уговор исте врсте с тим што ће се на конвертовани уговор примењивати другачији правни режим. Уз то се ради о случајевима код којих узрок ништавости неспорно захвата уговор у целости. Другим речима, узрок ништавости се не може локализовати на конкретну уговорну одредбу. Реч је о ситуацији у којој ништавост уговора у целости потиче од непридржавања законске форме онда када је она прописана као форма *ad solemnitatem*. Пример за овај случај била би већ споменута конверзија ексклузивног у неексклузивни уговор о инсталирању аутомата.[572] У сваком случају, реч је о промени довољног интензитета која би се могла подвести под синтагму „други уговор“.

---

[568] V. V. Vodinelić (2014), 474.
[569] C. Krampe, 2.
[570] A. Dedual, 25; K. Uffmann (2010), 221 са даљим упућивањем. Интересантно је запазити да се против конверзије на нивоу угворне одредбе наводе исти разлози који се могу чути и у вези са модификованом делимичном ништавошћу. K. Uffmann (2010), 222.
[571] C. Krampe, 282. О благонаклоном тумачењу в. више код: Dejan Đurđević, „Blagonaklono i dopunjujuće tumačenje testamenta“, u: S. Lilić (prir.), *Pravni kapacitet Srbije za evropske integracije*, knjiga 4, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu 2009, 108-127.
[572] BGH 5.2.1980.

О делимичној ништавости као међукораку до конверзије говори *Фон Еш,* под условом да се конверзијом долази *до другог посла*, а не до одржавања на снази дела првобитног посла чија је егзистенција, посредством правила о делимичној ништавости, негирана услед одсуства хипотетичке воље за његовим одржавањем на снази.[573] С друге стране, *Ланг* (*Lang*) говори о могућности комбиноване примене делимичне ништавости и конверзије тако што би се преко делимичне ништавости пуноважан део уговора одржао на снази, док би његов ништав део био конвертован у пуноважан посредством правила о конверзији.[574] Идеју о комплементарности делимичне ништавости и конверзије срећемо и код *Хајса.* Он могућност њихове комбиноване примене правда: 1) системском блискошћу ових института (чланови којима се они уређују следе један други); 2) њиховом усмереношћу на одржавање уговора на снази, те 3) ослањањем и једног и другог на критеријум хипотетичке воље.[575]

Са становишта домаће теорије о односу делимичне ништавости и конверзије истичемо *Живковићево* мишљење. Свој поглед о овој проблематици аутор је дао у раду посвећеном анализи правног схватања ВКС поводом валутне клаузуле у швајцарским францима код уговора о кредиту.[576] Он делимичну ништавост види као међукорак на путу до конверзије.[577] У хипотези ништавости валутне клаузуле у швајцарскм францима – акценат стављамо на део *у хипотези* будући да *Живковић* схватање ВКС о ништавости ове клаузуле сматра погрешним – цео уговор о кредиту би посредством чл. 105 ЗОО био ништав. Наиме, између одржавања на снази уговора о кредиту уз „просто“ елиминисање уговорне одредбе која уређује валутну клаузулу и ништавости тако измењеног уговора о кредиту у целости, нема сумње да би банка оптирала за потоњу опцију. То је тако будући да је валутна клаузула за банку представљала *одлучујућу побуду* за закључење уговора о кредиту, па самим тим и за његов опстанак.[578] Имајући наведено у виду *Живковић* исправно полази од становишта да би банци без валутне клаузуле више одговарала

[573] H. P. von Esch, 71 и 72.
[574] E. Lang, 75.
[575] H. Heiss, 190, 192, 193.
[576] М. Живковић (2019), 478.
[577] Идеју о делимичној ништавости као међукораку до конверзије срећемо и код *Иледитса* (A. Illedits, 31), с тим што он, на истом месту, наводи да ће резултат конверзије „свакако бити близак, ако не и идентичан ономе који би се постигао ослањањем на хипотетичку вољу у оквиру примене института делимичне ништавости.“ Слично и *Мијановић*: „ако се примјеном овог института [мислећи на делимичну ништвост], не може спасити уговор тада је он ништав у цјелини, и као такав подложан конверзији.“ Д. Мијановић, 1104.
[578] Исто образложење срећемо и код: K. Dolović Bojić (2020), 157.

последица ништавости уговора о кредиту у целости.[579] Но, ништавост уговора до које се дошло посредством чл. 105 ЗОО, према *Живковићу*, није коначна, већ управо у њој лежи основ за примену конверзије из чл. 106 ЗОО. Консеквентно, ослонцем на чл. 106 ЗОО, ништав уговор о кредиту са валутном клаузулом у швајцарским францима конвертоваће се у уговор о кредиту са валутом клаузулом у еврима.[580]

Пут којим *Живковић* долази до примене конверзије је формално-логички исправан. Аутор исправно уочава да је по среди одредба која има значај *одлучујуће* побуде, те да би, у случају њеног елиминисања, уговор о кредиту у целости био ништав. Ипак, у вези са овим ставом запажамо да *Живковић* синтагму „други уговор“ из чл. 106 ЗОО схвата шире, подводећи под њу и исту врсту уговора, са истим правним режимом, при чему се измена спроводи на нивоу конкретне уговорне одредбе и то на начин да она у границама допуштеног одражава изворну вољу уговарача. Дакле, уместо елиминисања валутне клаузуле у целости – што би према *Живковићу* имплицирала примена института делимичне ништавости – она се задржава у уговору о кредиту, с тим да се мења валута индексације.

*Мијановић*, с друге стране, правно схватање ВКС поводом валутне клаузуле индексиране у швајцарским францима означава као „неконвенционалну примјену конверзије на неваљани дио дјелимично ништавог уговора – дјелимична конверзија уговора,“[581] што сматра крајње спорним решењем.[582] Дакле, за разлику од *Живковића* који је пут до конверзије нашао преко ништавости уговора о кредиту у целости ослоцем на чл. 105 ЗОО, *Мијановић* поступање ВКС – следом корака које ВКС наводи – квалификује као конверзију ништаве уговорне одредбе. Осим код *Мијановића*, исту квалификацију срећемо и код *Доловић Бојић* која истиче да је реч о „хибридној установи, нашем праву до скоро непознатој“.[583]

Иако је правно схватање ВКС у вези са валутним клаузулама – у делу који се односи на начин, то јест пут који је ВКС одабрао у сврху коректуре садржине конкретне уговорне одредбе уз задржавање идентитета уговора – наишао на подозрење већинског

[579] Овај корак ВКС у потпуности мимоилази наводећи да „[у]говор о кредиту производи правно дејство и након утврђења ништавости клаузуле о индексацији дуга применом курса CHF“. Тачка 3 Правног схватања усвојеног на седници Грађанског одељења ВКС одржаној 2. априла 2019. године.
[580] М. Живковић (2019), 478 и 479.
[581] Д. Мијановић, 1110.
[582] *Ibid*.
[583] К. Г. Доловић Бојић (2021), 183.

дела домаће теорије, посматрано са становишта упоредноправне теорије и јудикатуре не би се могло рећи да је по среди „правни изум“. Другим речима, судска коректура уговора за коју се у свом резултату заложио ВКС није нешто „невиђено“ у германској јудикатури, нити непознато у тамошњој теорији. Напротив, ради се о фундаменталном правном питању које већ деценијама заокупља пажњу германских цивилиста и то нарочито у светлу уговора по приступу. Наиме, у светлу материјализације уговорног права судска коректура уговора изузетно се допушта. Када бисмо резултат схватања ВКС поводом валутне клаузуле посматрали кроз призму германске доктрине, делује нам да би он представљао пример модификоване делимичне ништавости схваћене као „селективно инкорпорисање заменског правила у уговор који се у преосталом делу одржава на снази.“[584] У немачкој јудикатури се до жељеног резултата најчешће долази комбиновањем делимичне ништавости са допуњујућим тумачењем уговора о чему ће касније бити више речи.

БГБ садржи решење за попуњавање празнина у уговору по приступу које настану као последица утврђења ништавости одређене клаузуле. Оно је садржано у § 306 БГБ који се сматра правилом о делимичној ништавости општих услова пословања. У новијој литератури се чак истиче да § 306 БГБ представља општи правни концепт (нем. *verallgemeinerungsfähiger Rechtsgedanke*), то јест да се може узети да он важи као опште правило уговорног права.[585] Реч је о параграфу који има парадигматски значај за попуњавање накнадних празнина у уговору и за друга законодавства која се традиционално угледају на немачко.

За попуњавање празнина у уговору од нарочитог значаја је § 306 II БГБ који предвиђа да ће се у случају непуноважности одредбе уговора његова садржина определити на основу „законских одредаба“. При томе се под „законским одредбама“ у немачкој доктрини мисли на законске диспозитивне норме.[586] Ову одредбу доктрина даље разрађује, предвиђајући да, у случају непостојања одговарајуће диспозитивне норме, суд има овлашћење да допуни уговор ослонцем на претпостављену вољу уговарача.[587] § 306 III БГБ уређује последицу непуноважности уговора у целости *тек ако* би се

[584] Изворно, овај цитат гласи: „punktuelle Einfliessen einer Ersatzregel in den ansonsten aufrecherhaltenen Vertrag“ (E. A. Kramer у: BernKo, 171).
[585] H. Roth у: Staudinger (2020), 11 и 12.
[586] D. Medicus, J. Petersen, 228, марг. 513.
[587] *Ibid*.

испоставило да би измена садржине уговора која би уследила сходно § 306 II БГБ представљала неразумну потешкоћу (нем. *unzumutbare Härte*) за једну уговорну страну.[588] Другим речима, до ништавости уговора у целости се не долази на основу простог отпадања непуноважне одредбе чак ни онда када је она била одлучујући разлог због ког је страна пристала да закључи конкретан уговор, него тек ако страна не би пристала да закључи уговор ни са заменском одредбом.

У домаћој цивилистици *М. Ђурђевић*, који се у својој докторској дисертацији бавио уговорима по приступу, сматра да би изложени редослед корака требало да важи и за српско право. У вези са ништавошћу појединих клаузула уговора по приступу он истиче да би „[з]а домаће право, у одсуству изричитог регулисања, такође [...] требало прихватити *делимичну ништавост као принцип*. Уговор у преосталом делу остаје на снази. За неправичну одредбу треба узети да никада није била стипулисана у општим условима. Последица те правне фикције је да елиминисана неправична одредба треба да буде замењена, императивном нормом, ако је она повређена или одговарајућом допунско диспозитивном нормом“ (нагласила С. М.).[589] Овде запажамо да *М. Ђурђевић* не разрађује питање попуњавања накнадне празнине у уговору у случају непостојања одговарајуће диспозитивне норме. У сваком случају, он сматра да би правну празнину у домаћем праву требало попунити по угледу на решење за које се определио немачки законодавац.[590]

Из овог видимо да ни домаћој цивилистици није страна идеја попуњавања накнадних празнина у уговору у вези са институтом делимичне ништавости уговора. Уз то истичемо и да се у чувеним немачким коментарима садржина § 306 БГБ редовно појашњава у оквиру института делимичне ништавости уговора (§ 139 БГБ), уместо конверзије (§ 140 БГБ).

Имајући наведено у виду, према нашем мишљењу, „други уговор“ из чл. 106 ЗОО не треба (пре)уско тумачити, али га исто тако не би требало схватити ни превише широко на начин да се под његово окриље подводи и исти уговор са истим правним режимом. У

---

[588] D. Medicus, J. Petersen, 228, марг. 513.

[589] M. Đurđević (2001), 158. Супр. К. Доловић Бојић, С. Дабић Никићевић, 744. Наиме, према ауторкама „[...] идеја да се одредба преуреди или замени другом, и на тај начин одржи уговор на снази, има своју логику и није сама по себи погрешна. [...] Али је погрешно, ако не и опасно, када се такво решење примењује у нашој судској пракси јер за њега не постоји ослонац у закону.“

[590] Решење немачког законодавца из § 306 БГБ прихватају и швајцарска доктрина и судска пракса по питању делимичне ништавости у контексту општих услова пословања. О томе в. више код: A. Dedual, 76, са даљим упућивањем.

том смислу, сматрамо да „други уговор“ треба разумети на један од следећих начина: 1) други уговор у смислу промене „идентитета“, па самим тим и назива уговора; 2) као промену правног режима истог уговора: нпр. конвертовање ексклузивног уговора о продаји у неексклузиван уговор о продаји и евентуално као 3) „умножавање“ уговора на основу закљученог једног ништавог уговора. Реч је о случају у коме би из једног ништавог уговора могла да проистекну два или више повезаних пуноважних уговора (нпр. конверзија ништавог уговора о поклону две од три собе стана у уговор о продаји стана са уговором о установљењу права становања или права плодоуживања на поклоњеном стану).[591]

Уколико се промена врши на нивоу уговорне одредбе тако да она и даље остаје део исте врсте уговора, према нашем мишљењу, не би се радило о конверзији, већ о модификованој делимичној ништавости. Аргументи које наводимо у прилог овом ставу су:

1) редакција чл. 106 ЗОО у коме се спомиње „други уговор“ – синтагма која се тешко може разумети као исти уговор;

2) законски примери конверзије који подразумевају промену идентитета, па сходно томе и назива уговора;

3) салваторне клаузуле, које се у поређењу са конверзионом клаузулом, редовно обрађују у вези са правилом о делимичној ништавости уговора. О њима ће бити више речи у наредном поглављу. Стога, овде само укратко истичемо да њима контрахенти предвиђају могућност измене садржине неке одредбе уговора у случају њене непуноважности. Оне, дакле, не уређују нужно само опредељење уговарача у прилог ништавости у целости уговора или делимичне ништавости, већ неретко и начин попуњавања празнине која би настала у уговору услед утврђења ништавости конкретне уговорне клаузуле. Наведено можемо поткрепити примером такве клаузуле који налазимо код *Медикуса* и *Петерсена* и то у оквиру лекције посвећене делимичној ништавости уговора: „На место непуноважне [...] одредбе или за попуњавање празнине важиће

[591] Правна природа тог другог уговора определила би се у зависности од намера поклонодавца да за себе обезбеди само „кров над главом“ или и да задржи право прибирања свих плодова које стан даје уз очување његове супстанце.

примерено правило, које, у мери у којој то право допушта, најближе осликава оно што су [уговарачи] хтели, то јест оно што би према смислу и циљу уговора хтели [...];“[592]

4) схватање *Крамера* према коме треба разликовати случај „заменског уговора“ од постављања „заменског правила“ у уговору, то јест „конверзију као потпуну реинтерпретацију у целости ништавог жељеног правног посла“ и модификовану делимичну ништавост код које се ради о „селективном инкорпорисању заменског правила у уговор који се у преосталом делу одржава на снази“;[593]

5) § 306 БГБ који уређује начин попуњавања празнина које настану услед ништавости неке одредбе уговора по приступу у циљу спречавања ништавости уговора у целости. Као што смо видели, реч је о одредби која се редовно обрађује у оквиру правила о делимичној ништавости уместо о конверзији.[594] Уз то, у новијој доктрини се износи мишљење да она представља општи правни принцип за попуњавање накнадних празнина у уговору (дакле, не само у систему општих услова пословања него и уговора са споразумно одређеном садржином);[595]

6) схватање *М. Ђурђевића* који сматра да је начин попуњавања празнина који сугерише § 306 БГБ, у одсуству изричите одредбе о томе, примењљив и за наше право; и за крај, али нипошто најмање битно

7) формулацију чл. 105, ст. 2 ЗОО која, према нашем схватању, имплицитно сугерише могућност инкорпорисања у уговор заменске одредбе (заменског правила) наместо клаузуле која је имала значај субјективно битне одредбе уговора.

О схватању чл. 105, ст. 2 ЗОО већ је било речи у оквиру поднаслова посвећеног модификованој делимичној ништавости. Стога ћемо се овде само укратко подсетити тамо изнетих ставова. Као што смо видели, први став чл. 105 ЗОО сугерисао би ништавост уговора у целости као последицу у случају да ништавост захвати субјективно битну одредбу уговора. Међутим, други став истог члана предвиђа могућност да се упркос ништавости субјективно битне одредбе уговор ипак одржи на снази „у случају када је ништавост установљена управо да би уговор био ослобођен те одредбе и важио без ње.“

[592] D. Medicus, J. Petersen, 227, маргина 510.
[593] E. A. Kramer у: BernKo, 171.
[594] D. Medicus, J. Petersen, 228, маргина 513.
[595] H. Roth у: Staudinger (2020), 11 и 12.

Видели смо да ранг субјективно битне одредбе уговора значи да је реч о клаузули поводом које уговарачи морају да постигну сагласност да би уговор уопште био закључен. Другим речима, сагласност о њој заједно са сагласношћу о објективно битним елементима уговора улази у појам „минималног обима сагласности који је неопходан за закључење уговора“[596] у конкретном случају. Будући да без те одредбе стране – или чешће једна од њих – не би пристале да закључе уговор, оне не би пристале ни да буду везане уговором када би он био лишен те одредбе без њене замене. Из тога неминовно произлази закључак да би ништавост такве одредбе морала да повуче и ништавост уговора у целости. Једини замисливи сценарио у коме услед њеног отпадања не би наступила ништавост уговора у целости – последица коју чл. 105, ст. 2 ЗОО настоји да избегне – био би случај у коме би ништава субјективно битна одредба уговора била замењена законоконформном одредбом упоредиве, али допуштене садржине.

Када се други став чл. 105 ЗОО не би схватио на овај начин, то јест када би се инсистирало на томе да је намера законодавца била та да прописивањем овог става омогући одржавање уговора на снази без одредбе која је субјективно битна за једног контрахента, уз искључење сваке могућности њене супституције, то би уједно значило напуштање, или, у најмању руку, озбиљну ерозију начела аутономије воље и слободе уговарања. Имајући у виду да се ради о фундаменталном начелу које је уткано у основе уговорног права, била би тешко одбрањива теза о намери законодавца да се темељем чл. 105, ст. 2 ЗОО контрахенту практично „октроише“ садржина уговора на коју он иначе не би пристао.

Имајући наведено у виду, делује нам да се чл. 105, ст. 2 ЗОО може приписати одговарајући смисао само ако би се он схватио тако да допушта ослобађање уговора од ништаве субјективно битне клаузуле под условом да она буде замењена другом, овог пута, законоконформном субјективно битном одредбом која би, у допуштеној мери, осликавала првобитну вољу уговарача.

Посредну подршку за овакво тумачење чл. 105, ст. 2 ЗОО налазимо и у примерима који се редовно наводе у домаћој уџбеничкој и коментаторској литератури у сврху његове илустрације. Управо у тим примерима (замена недопуштене камате допуштеном, замена недопуштене уговорене цене прописаном и др.) садржана је имплицитна потврда за став

[596] M. Živković (2006), 185.

који овде заговарамо. Другим речима, у домаћој теорији нисмо наишли ни на један пример којим се илуструје функционисање чл. 105, ст. 2 ЗОО, а да он није уједно подразумевао и супституцију недопуштене клаузуле допуштеном. Истовремено смо видели да нема потребе да се примери из домаће теорије који се редовно наводе у сврху илустровања чл. 105, 2 ЗОО подводе под окриље правила о делимичој ништавости, с обзиром на то да је могућност одржавања на снази тих клаузула предвиђена специјалним законским одредбама које искључују примену општег правила о делимичној ништавости. Другим речима, њих законодавац највероватније није имао у виду када је нормирао чл. 105, ст, 2 ЗОО. Уместо тога, претпостављамо да је нормотворац чл. 105, ст. 2 ЗОО желео да понуди решење које би омогућило одржавање уговора на снази у оним ситуацијама у којима би отпадање субјективно битне одредбе уговора повукло ништавост уговора у целости која не би ишла на руку ниједном уговарачу. Осим тога, схватање чл. 105, ст. 2 ЗОО које ми овде заговарамо кореспондира и резултатима до којих у упоредивим случајевима долазе германска доктрина и јудикатура.

С друге стране, уколико би се испоставило да је ништава нека споредна одредба уговора, она би, према нашем мишљењу, такође, могла да буде супституисана допуштеном уговорном одредбом. Да ли ће се јавити потреба за супституцијом зависи од тога да ли је уклањањем ништаве одредбе у уговору настала празнина коју треба попунити (нем. *ergänzungsbedürftige Vertragslücke*). Утемељење за овај став посредно налазимо у чл. 32, ст. 2 ЗОО, који је уједно „и једино позитивноправно упориште за тзв. судско допуњујуће тумачење уговора“.[597] Он суду даје могућност допуне недостајуће споредне тачке уговора онда када су уговарачи о њој преговарали, али о њој нису постигли сагласност истовремено са сагласношћу о битним елементима уговора, него су је оставиле за касније. Уколико би њихов доцнији споразум о споредној тачки уговора изостао, празнину у уговору би употпунио суд на тај начин што би споредну тачку уредио „водећи рачуна о претходним преговорима, утврђеној пракси између уговарача и обичајима.“ Ако суду припада овлашћење да попуни тзв. почетну празнину у уговору у погледу споредне уговорне одредбе, зашто му то исто овлашћење не би припадало и у случају тзв. накнадне празнине у уговору.

[597] M. Živković (2006), 186; Milan S. Parivodić, „Sudsko dopunjujuće tumačenje ugovora - O implicitnim odredbama ugovora“, *Pranvni život* 10/2000, 375 и 376.

Предложено решење није новина у националним оквирима. Савезни суд се још 1975. године у предмету Гзс. 62/75 изјаснио поводом могућности замене ништаве споредне одредбе уговора пуноважном: „Ако ништава одредба уговора не повлачи ништавост и самог уговора, ништава се одреба може заменити одредбом која произилази из сагласне воље странака, односно из онога што би странке уговориле да су знале да је одредба ништава.“[598] Ово мишљење одражава и становиште германске доктрине по питању попуњавања накнадних празнина у уговору, о чему ће касније детаљно бити речи.

### 7.3. Делимична ништавост уговора и промењене околности

На први поглед може деловати да у раду посвећеном делимичној ништавости нема места њеном поређењу са институтом промењених околности. Међутим, када се ови институти ближе сагледају, постаје јасно да међу њима, упркос упадљивим разликама, постоји и извесна блискост. Циљ овог дела рада није свестрана анализа порекла и генезе института промењених околности, јер би она премашивала његове оквире. Због тога ћемо се на овом месту позабавити само уочавањем сличности и разлика између ова два института.

У домаћој теорији интересовање за однос наведених института подстакли су бројни судски поступци у којима су корисници стамбених кредита постављали евентуалне тужбене захтеве тражећи од суда да утврди ништавост уговора о кредиту индексираног у швајцарским францима, или да га раскину због промењених околности.[599] Утемељење тужбеног захтева на промењеним околностима правдано је енормним растом швајцарског франка у односу на динар као валуту отплате кредита.

Епилог проблема стамбених кредита у швајцарским францима је познат: најпре је поводом њега ВКС 2019. године усвојио правно схватање,[600] да би убрзо потом и сам законодавац интервенисао усвајањем Закона о конверзији стамбених кредита индексираних у швајцарским францима.

Пре усвајања правног схватања ВКС, у већини научних и стручних радова проблематика кредита „у швајцарцима“ довођена је у везу са институтом промењених

[598] Х. Карамарковић (ур), 67.
[599] М. Живковић (2019), 460 и 461.
[600] Правно схватање усвојено на седници Грађанског одељења ВКС одржаној 2. априла 2019. године.

околности. У тим радовима, инспирисани неуједначеном судском праксом, аутори су махом износили своју аргументацију о (не)испуњености услова за примену клаузуле *rebus sic stantibus*.[601] Уочи усвајања правног схватања ВКС-а деловало је да се за одговором на проблем „швајцараца“ једино и може трагати под окриљем института промењених околности. Ово је деловало као саморазумевајуће решење када се има у виду да „оно чему валутна клаузула служи или треба да служи, начелно не треба да утиче на пуноважност њеног уговарања, већ би могло утицати на даљу судбину пуноважно закљученог уговора са валутном клаузулом.“[602] Стога је схватање ВКС о принципијелној[603] ништавости валутне клаузуле у швајцарцима, уз истовремено допуштање исте клаузуле у еврима било крајње неочекивано. Штавише, делује да у научној јавности нико није ни могао да наслути да ће се „излаз“ из проблема стамбених кредита индексираних у швајцарским францима наћи у одредбама о ништавости уместо о промењеним околностима. Отуда не изненађује што је аргументација ВКС о „принципијелној“ ништавости валутне клаузуле у швајцарским францима наишла на оштру критику домаће научне јавности.[604]

У сваком случају, ови судски поступци подстакли су интересовање доктрине за однос двају института и постављање питања „може ли се раскинути ништав уговор“.[605] Ово питање актуелизовали су гласови из редова правника који су истицали да је правно схватање ВКС непотпуно с обзиром на то да је ВКС пропустио да се изјасни о могућности раскида или измене уговора о кредиту услед промењених околности.[606] Врсни познаваоци

---

[601] Катарина Доловић Бојић, „Промењене околности у пракси домаћих судова“, *Право и привреда* 4-6/2018, 666-682; Владимир Козар, Немања Алексић, „Правне последице раскида уговора о кредиту са валутном клаузулом због промењених околности“, *Право и привреда* 1-3/2017, 81-95; Vladimir Vrhovšek, Vladimir Kozar, „Materijalne i procesne pretpostavke za raskid ugovora o kreditu sa valutnom klauzulom u švajcarskim francima zbog promenjenih okolnosti“, *Pravni život* 11/2017, 469-483.

[602] М. Живковић (2019), 468.

[603] Према другој тачки правног схватања ВКС, валутна клаузула у швајцарским францима ће се сматрати пуноважном ако банка може да понуди „поуздан писани доказ да је пласирана динарска средства прибавила посредством сопственог задужења у швајцарским францима и да је пре закључења уговора кориснику кредита доставила потпуну писану информацију о свим пословним ризицима и економско финансијским последицама које ће настати применом такве клаузуле.“ Сувишно је напомињати да ЗОО не познаје концепт „принципијелне“ ништавости, као и то да ВКС није овлашћен да ретроактивно „нормира“ услове пуноважности валутне клаузуле.

[604] М. Живковић (2019), 466-470; Борис Беговић, „Тријумф идеје над разумом: правно економски коментар правног схватања Врховног касационог суда о пуноважности валутне клаузуле“, *Право и привреда* 4-6/2019, 430-457.

[605] Милош Живковић, „Пролог или о томе може ли се раскинути ништав уговор“ у: Катарина Доловић Бојић и Ана Одоровић (прир.), *Rebus sic stantibus: раскид уговора о кредиту због промењених околности*, Београд 2020, 15-18.

[606] М. Живковић (2019), 466.

грађанског права јасно су се „оградили“ од ових примедаба истичући да су оне неосноване.[607] Наиме, правила елементарне правничке логике упућују на то да у хипотези ништавости валутне клаузуле у швајцарским францима, уз одржавање на снази остатка уговора са заменском валутном клаузулом у еврима, нема места испитивању могућности његовог раскида или измене услед енормног раста курса швајцарског франка. Ако суд утврди да услед ништавости валутна клаузула у „швајцарцима“ *ex tunc* није ни била део уговора о кредиту, онда отпада и могућност позивања на промењене околности узроковане растом швајцарског франка.[608] Та могућност би, након правног схватања ВКС, евентулно била замислива у случају енормног раста курса евра у будућности.

### 7.3.1. Разликовање делимичне ништавости и промењених околности спрам временског хоризонта у односу на који се испитује испуњеност услова за њихову примену

Аутори који су се у својим радовима освртали на однос ништавости и промењених околности махом су указивали на суштинску разлику која се тиче временског хоризонта спрам ког се испитује испуњеност услова за њихову примену. Док је за питање (не)пуноважности клаузуле релевантан моменат закључења уговора, примена клаузуле *rebus sic stantibus* може бити актуелизована тек у неком каснијем моменту, али свакако не у моменту „рођења“ уговора.[609]

Иако промењене околности *per definitionem* настају након закључења уговора, није ирелевантно у ком су каснијем тренутку оне настале. Наиме, дужник уговорне обавезе се може позвати на промењене околности само под условом да су оне настале до доспелости његове обавезе (чл. 133, ст. 3 ЗОО). Ако би се промењене околности јавиле након дужниковог падања у доцњу, оне не би биле релевантне са становишта клаузуле *rebus sic stantibus.*

---

[607] М. Живковић (2019), 466.
[608] *Ibid.*
[609] Овим не негирамо могућност да поремећај односа вредности узајамних давања уговарача буде пристуан већ у тренутку закључења уговора, али не као последица промењених околности, већ као последица погрешне представе једног уговарача о вредности престација које се размењују. Он, међутим, неће бити решаван применом правила о промењеним околностима, већ правила која уређују друге институте попут прекомерног оштећења.

С друге стране, уговор који завређује квалификатив ништавости непуноважан је *ab ovo* – од тренутка његовог закључења.[610] За испитивање (не)пуноважности уговора меродавне су забране које су биле на снази у тренутку његовог закључења, а не и оне које је законописац евентуално касније нормирао.[611] Последично, узрок ништавости конкретног уговора не може да настане *post festum*. Ако је и постојао, он је морао бити присутан у уговору од његовог зачетка. Имајући то у виду, природно је да се на разлог ништавости реагује *ex tunc*.

Иако пуноважно закључен уговор накнадно не може постати ништав, изузетно је могућ обрнут сценарио: уговор који је испрва био ништав, уз помоћ техника за санирање ништавости, накнадно може постати пуноважан.[612] Ово запажање је битно утолико што би се у случају „излечења“ ништавог уговора у складу са законом, у неком каснијем моменту, могло поставити питање његовог раскида или измене услед промењених околности.

Када говоримо о промењеним околностима, по природи ствари, мислимо на околности које нису постојале у моменту закључења уговора. Реч је, дакле, о институту чија се примена актуелизује само ако се испостави да је правни однос који је пуноважно заснован уговором потребно саобразити новонасталим околностима које стране у часу закључења уговора нису биле дужне да узму у обзир, нити су их могле избећи или савладати. Моменат материјализације промењених околности диктира и дејство одлуке суда којом би евентуално била наложена ревизија уговора. По природи ствари, ревидирани уговор би требало да важи од тренутка наступања промењених околности за убудуће.

### 7.3.2. Разликовање делимичне ништавости и промењених околности с обзиром на порекло узрока проблема

Подразумева се да неће свака промена околности бити релевантна са становишта уговора. Да би се уопште говорило о промењеним околностима у смислу чл. 133 ЗОО, оне морају бити такве да или отежавају испуњење преузетих уговорних обавеза или онемогућују остварење сврхе уговора (чл. 133, ст. 1 ЗОО). Не тражи се потпуна и

[610] G. Mäsch у: Staudinger (2019), 219; H. Krejci у: P. Rummel, M. Lukas (Hrsg) (2014), 169; P. Gauch, W. R. Schluep, 141.
[611] D. Medicus (1995), 2578.
[612] М. Живковић (2019), 470; М. Живковић (2020), 16, фн. 1.

накнадна немогућност испуњења уговорне обавезе, будући да она повлачи другачије правне последице.[613] Иако неће свака промена моћи да се подведе под институт промењених околности, услове за његову примену не би требало схватити одвише рестриктивно, то јест на начин да његова примена практично остане само на нивоу теоријске могућности.[614]

Имајући у виду суштинску разлику која се тиче узрока који доводе до примене института који су предмет поређења, у литератури се истиче да је код ништавости узрок проблема *ендогене* природе, будући да се он „рађа заједно са правним актом“.[615] С друге стране, промењене околности у смислу клаузуле *rebus sic stantibus* настају услед деловања неког *егзогеног* узрока који није део уговорног „ткива“, али негативно утиче на њега.

### 7.3.3. Могућност сукцесивне примене делимичне ништавости уговора и клаузуле *rebus sic stantibus*

Будући да се може раскинути само пуноважан уговор, нема говора о раскиду ништавог уговора услед промењених околности. Имајући наведено у виду, евентуално би

---

[613] М. Караникић Мирић, (2020б), 30, 31, 43.

[614] У том смислу поздрављамо напоре домаће доктрине за изналажење објективне „формуле“ за испитивање испуњености услова за примену института промењених околности. Упркос томе, неки од предлога на које смо наишли у домаћој теорији нам ипак делују одвише строго. Тако *Беговић* наводи околности које је корисник кредита био дужан да узме у обзир приликом закључења уговора о кредиту и на које се, последично, он не може позивати чак ни онда када је несумњиво отежана могућност отплате кредита. Према њему: „[у]говорне стране у случају уговора о кредиту са валутном клаузулом треба у будућности да очекују ону промену курса валуте обавезе у односу на динар која се догодила у прошлости, и то у временском хоризонту рочности кредита.“ (Борис Беговић, „Девизни курс: могућност предвиђања промене и њеног узимања у обзир у смислу члана 133 Закона о облигационим односима“ у: Катарина Доловић Бојић и Ана Одоровић (прир.), *Rebus sic stantibus: раскид уговора о кредиту због промењених околности*, Београд 2020, 34.) Овај став, иако нуди објективно проверљиву формулу, делује нам престрого за испитивање испуњености услова за примену правила о промењеним околностима. У вези са овим предлогом, делује нам да није оправдано од просечног потрошача који подиже стамбени кредит на 20 или 30 година очекивати да спроведе „калкулацију“ у циљу утврђивања максималног распона курса валуте индексације кредита за период који претходи узимању кредита, а који одговара његовој рочности. Осим тога, упитно је и да ли су просечном потрошачу доступни параметри на основу којих би требало да спроведе очекивану калкулацију. Да ли би прибављање тих параметара подразумевало његов „истраживачки рад“ или би на молбу потенцијалног корисника кредита, банка била дужна да му достави податке о променама курса валуте индексације. Поврх тога, да ли би се могло претпоставити да је просечни потрошач упознат са овим високим стандардом очекивања који се пред њега поставља? Да ли би се ова очекивања могла подвести под законски чињенични елемент из чл. 133, ст, 2 ЗОО, а који подразумева „дужност [корисника кредита] да у време закључења уговора [о стамбеном кредиту] узме у обзир“ максимални распон курса валуте индексације у протеклом периоду који сеже уназад у трајању које одговара рочности кредита. Штавише, код стамбених кредита индексираних у еврима, овај критеријум не би ни био применљив за читав период који претходи узимању кредита када се узме у обзир да је евро као валута пуштена у оптицај 2002. године.

[615] A. Dedual, 11. V. Krulj (1954), 151.

се могло поставити питање да ли се код уговора који је био ништав али је оснажен, стране у неком могу позвати на институт промењених околности. Одогвор на ово питање је потврдан. То значи да није незамислива сукцесивна примена неких техника за „спасавање“ уговора. Хипотетички је могуће да неки зеленашки уговор са трајним извршењем престација попут уговора о закупу буде одржан на снази са правичном престацијом на захтев оштећеног, а да се накнадно јави потреба за прилагођавањем висине закупнине услед егзогених фактора као што је „локдаун“ изазван пандемијом корона вируса. У обрнутом смеру, међутим, сукцесивна примена института није ни хипотетички замислива. Као што је већ истакнуто, примена клаузуле *rebus sic stantibus* претпоставља постојање пуноважног уговора. У том смислу, у вези са њеном применом, пуноважност уговора има значај претходног питања.[616]

Све што је речено за ништавост односи се и на делимичну ништавост будући да се она лаконски схвата као „локализована апсолутна ништавост.“[617] У том смислу је замислива примена института промењених околности и на уговор који се претходно ослободио неке ништаве одредбе и наставио да важи као пуноважан.

### 7.3.4. Разликовање делимичне ништавости и промењених околности с обзиром на врсту уговора поводом којих се може актуелизовати њихова примена

Осим ових суштинских разлика које се тичу временског хоризонта спрам ког се испитује испуњеност услова за њихову примену и порекла њиховог узрока (ендогеног или езгогеног), присутне су и неке друге, мање очигледне, дискрепанце између делимичне ништавости и промењених околности. Тако се разлика може уочити у вези са врстама уговора поводом којих је замислива њихова примена. Институт промењених околности проблематизује се само у вези са двостранообавезујућим теретним уговорима код којих се моменат закључења не подудара са моментом испуњења уговорне обавезе.[618] С друге стране, делимична ништавост је примењива на све врсте уговора (теретне и доброчине, са тренутним и трајним извршењем престација). Штавише, примена делимичне

[616] М. Живковић (2020), 17.
[617] М. Караникић Мирић (2020б), 28.
[618] Ово ће најчешће бити случај са уговорима с трајним извршењем престација, али је замисливо и у вези са уговорима са тренутним извршењем престација који су модификовани суспензивним условом или роком. Marko Đurđević, *Raskidanje ili izmena ugovora zbog promenjenih okolnosti*, Magistarski rad, Beograd, 1994, 160, 161; Катарина Доловић Бојић (2018), 668.

ништавости није ограничена на уговоре; она се често доводи у везу и са другим правним пословима, попут тестамента.[619] Ипак, институт делимичне ништавости се у пракси најчешће проблематизује у вези са двостранообавезујућим адхезионим уговорима који су теретни, то јест који подразумевају обавезу адхеранта да плати одговарајућу накнаду за услугу коју му стипулант пружа.[620]

### 7.3.5. Разликовање делимичне ништавости и промењених околности спрам спектра интереса који се њима штите и реаговања суда

Поље примене института ништавости шире је у односу на промењене околности и утолико што се (делимичном) ништавошћу штити опсежнији спектар интереса у поређењу са интересима који се штите клаузулом *rebus sic stantibus*. Док се ништавошћу могу штитити право на слободан развој личности, слобода привређивања, морални принципи, имовински интереси и сл, институт промењених околности првенствено служи заштити имовинских интереса уговарача. Он, дакле, приоритетно треба да отклони битније поремећаје односа једнаке вредности узајамних давања.

Суд води рачуна о ништавости по службеној дужности и њу може истицати свако заитересовано лице (чл. 109 ЗОО). Ово је последица идеје ништавости којом се штите интереси који надилазе приватне интересе уговорника. С друге стране, на институт промењених околности суд се не осврће *ex officio*, већ искључиво на захтев уговарача (чл. 133, ст. 3 и 4 ЗОО). Уговарачу на коме лежи иницијатива за истицање захтева за раскид или ревизију уговора, ЗОО признаје право подношења преображајне тужбе.

Могућност подношења тужбе ради раскида или измене уговора није орочена – то би било противно смислу института који је скопчан са неизвесношћу будућих дешавања, али је, као што смо видели, предвиђено од кад до кад морају наступити промењене околности да би уопште дошла у обзир ревизија или раскид уговора: након закључења уговора, а пре доспећа обавезе. По логици ствари, иницијатива за раскид или измену

---

[619] Дејан Ђурђевић, *Апсолутна ништавост завештања*, докторска дисертација, Универзитет у Београду, Правни факултет, Београд 2004, 438-442.

[620] У складу са савременим тенденцијама у дигиталном окружењу, плаћање дигиталних садржаја и услуга није ограничено само на плаћање у новцу. Услов теретности биће испуњен и у случају „плаћања“ личним подацима. Више о томе в. код: Sloboda Midorović, Miloš Sekulić, „A New Function of Personal Data in the Light of the Contract for the Supply of Digital Content and Digital Services”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2019, 1145-1166.

уговора лежи на уговарачу чије је испуњење обавезе отежано, односно за кога је, услед промењених околности, отпала сврха уговора.

Упркос овој разлици, не треба искључити могућност да поједине егзогене промене, које завређују примену клаузуле *rebus sic stantibus*, поприме размере које надилазе интересе конкретних уговарача. Наиме, велики друштвени поремећаји изазвани ратовима, пандемијама, галопирајућом инфлацијом и сл. могу погодити велики број уговорника тако да проблем од појединачног прерасте у општи друштвени проблем који ће неминовно тангирати и општи интерес.

Имајући у виду различит однос суда према ништавости у поређењу са промењеним околностима, као и сврху која им је иманентна, логично је да законодавац нема исти став по питању могућности уговарача да се *a priori* одрекну могућности позивања на њих. Тако је чл. 136 ЗОО нормирана могућност одрицања од истицања одређених промењених околности, под условом да то одрицање није противно начелу савесности и поштења. С друге стране, уговорно одрицање од могућности истицања ништавости би аутоматски било окарактерисано као противно начелу савесности и поштења. Иако ЗОО не уређује изричито (не)могућност одрицања од права на истицање ништавости, нема сумње да би такву могућност требало забранитим јер би се она косила са иманентном сврхом института ништавости.

### 7.3.6. Разликовање делимичне ништавости и промењених околности спрам њихове генезе

Осим разлика које су релевантне са становишта позитивног права, уочавамо и дивергентан развојни пут ових двеју установа. Као што смо видели, корени делимичне ништавости сежу све до римског права. Иако је нису уобличили у опште правно правило, римски правници су се у решавању појединачних случајева бавили питањима која спадају под окриље савремено схваћеног института делимичне ништавости. У том смислу се у погледу делимичне ништавости, од њених корена до данашњих дана, може уочити правни континуитет.[621]

Генеза правне установе промењених околности доживела је другачију судбину. У литератури се истиче да је овај институт један од ретких који није потекао из „крила“

[621] В. 3. поглавље.

римске правне науке. Прешао је све само не праволинијску путању развоја: упркос томе што су га кодификације из XVIII века нормирале, у духу неспутане слободе уговарања и екстремно индивидуалистичког схватања права, велике грађанске кодификације из XIX века га изостављају.[622] Но, њихово ћутање о утицају промењених околности на уговор није значио дефинитивно стављање тачке на овај институт. Уместо његовог потискивања, институт промењених околности реафирмисан је кроз тзв. судски активизам.[623] Све у свему, оправданост постојања ове установе данас нико не доводи у питање; уместо тога регулишу га чак и кодификације попут БГБ-а (§ 313) и *Code civil*-а (чл. 1195), које га изворно нису нормирале.[624]

### 7.3.7. Сличности између делимичне ништавости и промењених околности

Сличности између ових института је више него што то на први поглед делује. Најпре, оба института подразумевају активну улогу суда. Као што би споразум страна о измени уговора у циљу његовог саображавања захтевима правног поретка учинио сувишним задирање суда у садржину уговореног у оквиру чл. 105 ЗОО, исто тако би и споразум уговарача о прилагођавању садржине уговореног измењеним околностима учинио непотребном интервенцију суда ослонцем на чл. 133 ЗОО.[625] Међутим, у одсуству споразума уговарача у оба случаја, управо је суд тај који треба да испита испуњеност услова за њихову примену. Тако код делимичне ништавости, суд најпре треба да утврди да ли је по среди ништава одредба уговора, док код промењених околности суд треба да утврди да ли су заиста наступиле егзогене промене које су релевантне са становишта клаузуле *rebus sic stantibus*.

У оба случаја, улога суда се ту не завршава. У другом кораку, суд треба да се определи за једну од две могуће последице: код ништавости одређене уговорне клаузуле,

---

[622] Vrleta Krulj, *Promenjene okolnosti i ugovorna odgovornost (nemogućnost ispunjenja, viša sila, klauzula rebus sic stantibus)*, Institut za uporedno pravo, Beograd 1967, 21-23; Slobodan Perović, „Autonomija volje i prinudni propisi“, *Pravni život* 5-6/2007, 84; Ратко Радошевић, *Правна природа управног уговора,* докторска дисертација, Правни факултет у Новом Саду 2018, 138.

[623] Тако су, на пример, француски судови непостојање општег правног правила о промењним околностима превазилазили флексибилнијим тумачењем појма више силе, да би од 2016. године институт промењних околности постао законска категорија. И у Немачкој су судови својим одлукама, подржани догматиком, приволели законодавца да у великој реформи БГБ-а спроведеној 2000. године посебан параграф (§ 313) посвети питању „поремећаја правног основа“ (нем. *Störung der Geschäftsgrundlage*).

[624] М. Караникић Мирић (2020б), 33.

[625] M. Đurđević (1994), 242; К. Доловић Бојић (2018), 681.

суд треба да се определи између делимичне ништавости или ништавости уговора у целости, док код промењених околности, суд треба да се определи у правцу измене или раскида уговора. У ту сврху, суд у оба случаја треба да спроведе одговарајуће одмеравање интереса уговарача.[626] То одмеравање интереса је у оба случаја врло блиско и оно се у суштини своди на испитивање хипотетичке воље контрахената.[627]

Сличност се очитује и у погледу „тачака ослонца“ спрам којих суд треба да определи одговарајућу правну последицу. У вези са институтом промењених околности, законописац изричито нормира о којим се тачкама ослонца ради. Тако је чл. 135 ЗОО предвиђено да у опредељивању између могућих последица суд води рачуна „о начелима поштеног промета, циљу уговора, о нормалном ризику код уговора односне врсте, о општем интересу, као и о интересима обеју страна.“ С друге стране, у оквиру чл. 105 ЗОО законодавац не даје смернице уз помоћ којих суд треба да определи одговарајућу правну последицу у случају ништавости одређене клаузуле. Упркос томе, све околности које суд узима у обзир у опредељивању последица промењених околности, могу послужити и као тачке ослонца за опредељивање утицаја ништавости одређене уговорне одребе на остатак уговора у оквиру чл. 105 ЗОО.

Последица која се састоји у елиминисању свих дејстава уговора (ништавост у целости, у првом случају, то јест раскид, у другом), биће изречена само као *ultima ratio*.[628] Другим речима, у оба случаја, предност ће се дати одржавању уговора на снази са измењеном садржином како би се избегле компликације које би настале у случају налагања обостране реституције примљеног[629] и како би се максимално одржала на снази првобитна воља уговарача.

У оба случаја последица елиминисања свих дејстава уговора доводи се у везу са отпадањем правног основа. Код ништавости она може, иако додуше само изузетно, бити последица отпадања неке ништаве одредбе без које страна у чијем је интересу ништава

[626] О одмеравању интереса уговарача у контексту промењених околности в. код: А. Дудаш (2010), 162. О одмеравању интереса уговарача у контексту ништавости уговорне клаузуле в. код: С. Мидоровић (2020), 1487-1493.
[627] H. Heiss, 176 и 177.
[628] Ово важи и за брачне уговоре. О томе више код: Гордана Ковачек-Станић, Сандра Самарџић, „Заштита слабијег партнера у уговорном брачно-имовинском режиму“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2016, 1049.
[629] „Како раскид уговора има ретроактивно дејство, поставља се питање последица ретроактивности, односно обавезе уговорних страна на реституцију.“ К. Доловић Бојић (2018), 682.

клаузула била уговорена губи сваки интерес да остане везана уговором.[630] Код клаузуле *sic stantibus*, немогућност остварење сврхе уговора јавља се услед наступања изненадних околности које стране нису биле дужне да узму у обзир у моменту закључења уговора.[631]

Одржавање уговора на снази у оба случаја подразумева измену садржине првобитно уговореног. Разлике ипак постоје: у случају ништавости неке клаузуле измена ће важити *ex tunc*, док ће ревизија уговора услед промењених околности деловати *ex nunc*.

Из чл. 133, ст. 4 ЗОО посредно закључујемо да се циљ судске интервенције огледа у изналажењу решења за правичну измену уговора. Правичност се истовремено среће и као аргумент код оних аутора који заговарају могућност замене ништаве одредбе пуноважном допуњујућим тумачењем уговора: заменску одредбу треба поставити тако да она максимално уважава изворну вољу уговарача водећи рачуна о правичном задовољавању њихових интереса.[632] Тек уколико ни након постављања заменског правила не буде превазиђен проблем изражено поремећене равнотеже узајамних престација, страна на чији терет неравнотежа пада може инсистирати на ништавости уговора у целости.[633] Слично томе, страна на чији терет пада отежано испуњење обавезе може инсистирати на раскиду уговора само уколико његова ревизија не може да отклони проблем грубе неравнотеже узајамних престација.[634]

У немачкој литератури се истиче да је потреба за реаговањем суда у оба случаја последица „празнине у регулативном плану“[635] самих уговарача: да су у уговору предвидели решење за случај ништавости неке уговорне одредбе, односно да су конкретну околност (избијање рата, пандемије, повећање курса валуте преко неке мере и сл.) предвиделе као повод за једнострани раскид уговора – тзв. нормирани раскид,[636] проблема у суштини не би било. Када би се он и појавио, у највећем броју случајева био би решен тумачењем уговора.

---

[630] Као што смо видели, у систему § 306 III БГБ стипулант се може позивати на отпадања основа само уколико уговор ни након супституције ништаве одредбе пуноважном у складу са § 306 II БГБ не би дао одговарајући резултат, то јест уколико би његово одржавање на снази представљало неразумну потешкоћу за једну страну.
[631] Dieter Hart, „Zivilrechtspraxis zwischen Vertragskonsolidirung und Vertragsrechtsfortbildung, Am Beispiel der ergänzende Vetragsauslegung und der Geschäftsgrundlage“, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 2/1989, 195.
[632] D. Hart, 196.
[633] *Ibid*, 195.
[634] D. Medicus (1978), 636.
[635] D. Hart, 195 и 196.
[636] М. Караникић Мирић (2020б), 29.

Заједничко за оба института јесте и то да се они доводе у везу са начелом *pacta sunt servanda* уз редовно истицање да они представљају одступање од тог правила.[637] Иако је то уобичајено виђење, ми примену оба института видимо као потврду ове максиме, а не као дистанцирање од ње. Наиме, правни поредак који уважава етичке премисе не би требало да се ограничи на неприкосновену заштиту интереса само једне уговорне стране уз потпуно занемаривање легитимних интереса друге уговорне стране. Такво схватање императива аутономије воље било би одраз „примитивног концепта „светости“ уговора“,[638] који је превазиђен. Управо стога, оба института – за чију се примену иначе поставља висок праг управо у сврху подржавања снаге првобитно уговореног – доприносе афирмацији и јачању слободе уговарања схваћене на здраворазумски начин. Отуда, *Харт* има пуно право када каже да „појам приватне аутономије без судске интервенције у уговор није ни теоријски примерен ни практично функционалан.“[639]

[637] А. Дудаш (2010), 160.
[638] V. Krulj (1967), 11.
[639] D. Hart, 180.

# 8. ОДНОС ДЕЛИМИЧНЕ НИШТАВОСТИ И ПОЈЕДИНИХ НАЧЕЛА УГОВОРНОГ ПРАВА

У овом поглављу биће испитан однос централне установе овог рада са начелом слободе уговарања, начелом савесности и поштења и начелом еквивалентности узајамних давања. На овом месту ће само начелно бити речи о интеракцији института делимичне ништавости и одабраних начела, док ће о конкретним решењима (институтима) која су инспирисана овим начелима бити речи на одговарајућим местима у раду.

Иако с обзиром на њихову дифузност, сва начела „треба да буду „пропуштена“ кроз лупу конкретних правних установа и њихових услова“,[640] то не значи да се у одсуству конкретизујућих правила за одређени случај губи сва снага начела. Уместо тога, у одсуству конкретизујућих установа, начела служе као „својеврстан путоказ за унапређење, тј. развој [уговорног] права онда када се појаве нови проблеми које законодавац није имао у виду када је уређивао одређено питање.“[641]

## 8.1. Слобода уговарања и њене границе

Пре него што се упустимо у испитивање односа делимичне ништавости и аутономије воље, осврнућемо се на еволуцију овог фундаменталног начела грађанског права и његову рефлексију у материји уговорног права – слободу уговарања. Нешто шири увод сматрамо оправданим у циљу истицања неопходности за изнијансираним приступом разумевању начела слободе уговарања у зависности од врсте уговора о коме је реч и својства његових уговарача. Наиме, на основу појединих ставова домаће судске праксе, али и дела теорије, може се стећи утисак да је слобода уговарања јединствени концепт који не зависи од контекста у коме се актуелизује његова примена. Тако се неретко начелу слободе уговарања приписује исти квалитет независно од тога да ли је по среди уговор са споразумно одређеном садржином или уговор по приступу; код потоњих уговора делује

[640] S. Perović (2007), 68.
[641] T. Mayer-Maly (1969), 267.

да се не прави довољна дистинкција спрам тога ко се јавља у својству адхеранта: потрошач или трговац.[642]

Објашњење за одсуство диференцираног разумевања начела слободе уговарања потенцијално лежи у околности да се током студија будући правници у вези са овим начелом најпре упознају са правилом *pacta sunt servanda* сагласно коме се „обавезе које су уговором настале морају [...] испуњавати [...] у свему онако како гласе.“[643] По свему судећи, принцип обавезне снаге уговора је толико дубоко укорењен у свести правника да се они тешко могу отргнути од његовог значења. Отуда, већина овдашњих правника руководну мисао према којој је уговор закон за уговорне стране доживљава као својеврсни аксиом.

Иако је неспорно да су начело слободе уговарања и максима *pacta sunt servanda* полазне премисе општег уговорног права свих савремених правних система, па и нашег, погрешно би било некритички и безрезервно их транспоновати на све врсте уговора. У схватању домашаја максиме *pacta sunt servanda* не треба губити из вида контекст у коме је она настала. У свом изворном значењу слобода уговарања настала је по узору на класични модел контрахирања који је представљао прототип за изградњу правила општег уговорног права великих грађанскоправних кодификација с краја XIX и почетка XX века.[644] Традиционални концепт уговарања базирао се на претпоставци о неометаном функционисању уговорног механизма за који се веровало да је подобан да обезбеди исправност садржине уговора на основу тога што су његовом закључењу редовно претходили преговори током којих свака страна штити своје интересе.[645] На тим поставкама настала је чувена крилатица *stat pro ratione voluntas*.[646] Последично, уговор који настане као резултат таквог модела контрахирања гарант је његове правичности[647] и осликава хармонију уговорних интереса.[648]

---

[642] Ову дистинкцију јасно прави: Атила Дудаш, „Допуштеност једностраног повећања камате у уговорима о кредиту у праву Србије“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2016, 551 и 552.
[643] С. Радовановић у: Б. Пајтић, С. Радовановић, А. Дудаш, 315.
[644] G. Mäsch у: Staudinger (2019), 3; P. Gauch, W. R. Schluep, 131.
[645] M. Đurđević (2001), 88.
[646] E. A. Kramer у: BernKo, 16.
[647] V. Krulj у: Borislav T. Blagojević, V. Krulj (Red.) (1980), 49.
[648] E. A. Kramer у: BernKo, 16.

Историјско раздобље које је отпочело Великом француском револуцијом обележило је продор либералних идеја у чијем је епицентру био човек и његова неспутана воља. Под утицајем филозофских и прилично романтизованих погледа на свет, настала је идеја о апсолутној, ничим спутаној аутономији воље као урођеном праву појединаца која је „основна креациона сила која отвара хоризонт слободе уговарања.“[649] У складу са тако схваћеном супремацијом приватне аутономије, појединац снагом своје воље може бити обавезан само ако он то хоће.[650] Последично, држава не треба да се меша у обавезе које је својом вољом неко преузео на себе; она, по потреби, само треба да обезбеди подршку извршењу садржине датог обећања.

Полазећи од премисе да уговор редовно верно одражава изјаве воље уговарача, судови су се ослонцем на правило да оно што је договорено мора да буде и испуњено уздржавали од задирања у садржину уговора. Њихова улога је испрва била ограничена на пружање правне потпоре уговору верној страни у принудном извршењу права које она изводи из уговора. Другим речима, уколико једна страна не испуни добровољно своју уговорну обавезу, биће „привољена“ на то одлуком суда. У светлу тако схваћене слободе уговарања судови су били само „чувари“ слободно дате воље који су се старали о њеном доследном спровођењу.[651]

Међутим, врло брзо се увидело да је „*laissez-faire* политика“[652] неодржива у материји уговорног права и да је идеја о апсолутној слободи уговарања утопија која најчешће нема упориште у реалним животним околностима. У свом чистом облику, ничим ограничена аутономија воље је постојала само у филозофским расправама; тако перципирана она никада није заживела ни у једном правном поретку.[653] Наиме, чак и ако су стране у потпуности сагласне поводом уговорне садржине, то не значи уједно да ће правни поредак благонаклоно гледати на њу и да ће, сходно томе, пружити подршку извршењу уговора уколико изостане његово добровољно испуњење. Дакле, чак и слободном вољом преузета уговорна обавеза треба да буде у хармонији са минимумом етичких премиса и друштвеним вредностима да би уживала заштиту правног поретка.

[649] О. Антић (2004), 80.
[650] V. Krulj у: Borislav T. Blagojević, V. Krulj (Red.) (1980), 49.
[651] Ludwig Raiser, „Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit“ у: Ernst von Caemmerer, Ernst Friesenhahn, Richard Lange (Hrsg.), *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages 1860-1960*, Band I, Verlag C.F. Müller, Karlsruhe 1960, 115 и 116.
[652] E. A. Kramer у: BernKo, 17.
[653] S. Perović (2007), 9, 26.

Сходно томе, првобитна ограничења слободе уговарања јавила су се као реакција на спознају да поред индивидуалних постоје и надиндивидуални интереси које поредак треба да штити.[654] О којим интересима је реч, зависи од вредновања конкретног законодавца.[655] Захтеве које правни поредак поставља пред уговараче, спознатљиви су на основу законских правила о ништавости. Реч је о грађанскоправној последици која „не дозвољава индивидуалној вољи да постигне било какве правне ефекте ако они нису у складу са постављеним императивима“.[656]

У међувремену је постало јасно да не стоји иза сваког уговора договор у суштинском смислу те речи, то јест да „постоји инкомпатибилност између теорије воље и економске стварности.“[657] Да би уговорник током преговора био у могућности да се суштински стара о заштити својих интереса и да ефективно утиче на обликовање права и обавеза који ће чинити садржину уговора, његова преговарачка снага треба да је релативно упоредива преговарачкој снази његовог сауговарача.[658] Једино у тој констелацији постоје претпоставке за „право на самоодређење“ обеју страна и само је тада могућност да се право на самоодређење једне стране претвори у негацију идентичног права друге уговорне стране сведена на минимум.[659] У случају да међу уговарачима постоји структурална неједнакост, јасно је да инфериорнија страна не може да „парира“ другој страни и да са њом равноправно учествује у одређивању садржине уговора. Уместо тога, слабијој страни се нуде услови које она може да прихвати или одбије. Сходно томе, „чињеница да је нешто унето у уговор не значи да то уједно подржава идеју о хармонији интереса уговарача.“[660] У том смислу, „уговор [је] закон за странке само [...] док не постане еманација злоупотребе слободе уговарања.“[661]

Временом је „образац“ уговарања почео да еволуира. Томе је умногоме допринела индустријализација која је омогућила масовну производњу и стандардизацију производа

---

[654] M. Živković (2006), 24.
[655] L. Raiser, 123; C. H. Hackl, 46.
[656] S. Perović (2007), 53.
[657] В. Круљ у: Borislav T. Blagojević, V. Krulj (Red.) (1980), 51.
[658] E. A. Kramer у: BernKo, 17.
[659] Werner Flume, „Rechtsgeschäft und Privatautonomie“ у: Ernst von Caemmerer, Ernst Friesenhahn, Richard Lange (Hrsg.), *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages 1860-1960*, Band I, Verlag C.F. Müller, Karlsruhe 1960, 143, 147.
[660] E. A. Kramer у: BernKo, 17.
[661] Раденка Цветић, „Забрана злоупотребе субјективних права“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1-3/1995, 207.

што је пропраћено и стандардизацијом услова под којима се ти производи пласирају на тржишу.[662] У тим околностима, услуге и производи почели да се нуде по унапред припремљеним условима, док је друга страна имала могућност или да на њих пристане или да остане „празних руку“. Такав начин контрахирања обележио је настанак нове уговорне парадигме која је била битно другачија од архетипског модела уговарања.[663] Према речима *Зандрока* (*Sandrock*) „уколико једна страна диктира другој услове уговора, то онда значи да не постоје или не функционишу на најбољи начин уговорни механизми који треба да осигурају исправност уговореног.“[664] У том смислу, камен темељац савременог уговорног права није уговор као резултат воља равноправних, већ акт у коме се једна страна повиновала вољи друге да би дошла до робе или услуге без које не може.[665] Ова констатација не имплицира да су уговори у класичном смислу – дакле, они који су резултат суштинских преговора – ствар прошлости. Напротив, они се срећу и у модерном уговорном праву и то најчешће у вези са „изузетно значајним привредним трансакцијама у националном и међународном саобраћају“.[666]

Настанак нове уговорне парадигме није имало за последицу аброгирање слободе уговарања. Она је и у контексту уговора по приступу задржана, али са битно измењеном структуром. Од њених изворних аспеката (слободе одлучивања појединца о томе да ли ће закључити уговор, избора уговорног партнера, врсте уговора итд.), сви су и даље присутни осим једног, а то је слобода опредељивања садржине уговора.[667] Можемо да закључимо да је нови начин контрахирања највише погодио слободу стране која приступа уговору да *заједно* са својим сауговарачем одреди садржину уговора која ће је обавезивати. У вези са уговорима по приступу овај аспект слободе уговарања најчешће је суспендован.

Када се наведено узме у обзир, неубедљиво би било тврдити да је садржина уговора по приступу резултат „договора“ уговорника, те да би одузимање дејства некој од клаузула тог „договора“ представљало нарушавање начела *pacta sunt servanda*, то јест да

---

[662] M. Đurđević (2001), 19; E. A. Kramer у: BernKo, 20.
[663] M. Đurđević (2001), 20; E. A. Kramer у: BernKo, 19.
[664] O. Sandrock, 496.
[665] E. A. Kramer у: BernKo, 20, 21.
[666] *Ibid*, 23.
[667] M. Đurđević (2001), 5, 32, 49-50; O. Sandrock, 493.

би тада „воља страна била изневерена“.[668] Да би нешто представљало нарушавање одређеног договора, потребно је да договор у суштинском смислу те речи постоји. Другим речима, да би се основано указивало на повреду неког принципа попут оног да је уговор закон за уговорне стране, потребно је да су испуњене све претпоставке на основу којих је он доживео своју афирмацију. У одсуству тих премиса не може се говорити о потискивању слободе уговарања. Последично, ако нека од премиса традиционално схваћене слободе уговарања недостаје, природно је да слаби њена снага, а самим тим и снага максиме о „светости“ уговора.

Слабљење слободе уговарања (нем. *verdünnte Willensfreiheit*) постепено је утицало и на промену улоге судова. Уместо да се уздрже од испитивања исправности садржине уговореног, судови су почели да проверавају да ли су једнострано формулисане обавезе из адхезионих уговора прихватљиве са становишта правичности. Од „чувара уговорне воље“ улога судова се трансформисала на тај начин што су судови почели да испитују прихватљивост уговорних клаузула у циљу спречавања злоупотребе надмоћније стране кроз наметање неправичних услова слабијој страни.[669] Наиме, диспозитивна природа претежног дела норми уговорног права отвара простор за надмоћнију уговорну страну да свом сауговарачу наметне прекомерне уговорне клаузуле, да на њу пребаци ризик који би иначе она требало да сноси, да искључи или ограничи своју одговорност према адхеранту и сл.[670]

Из околности да она диктира услове уговарања, јача страна је у позицији да услове уговора предвиди тако да они погодују искључиво њој. То је навело судове да осим формалне слободе уговарања почну да се баве и њеним материјалноправним аспектима са циљем да се осигура тзв. уговорна правда. Њу судови треба да штите на тај начин што би својом одлуком могли да лише дејства неправичне уговорне одредбе на које слабија

---

[668] M. Živković (2018), 32. *Зандрок* истиче да је код уговора по приступу садржина уговора „само наизглед резултат воље уговарача, иако у стварности представља вољу једне стране [...]“. O. Sandrock, 493.

[669] Милош Вукотић, „Критички осврт на правни режим општих услова пословања у српском праву“, *Право и привреда* 7-9/2014, 378; M. Đurđević (2001), 3 и 4.

[670] M. Đurđević (2001), 96, 97. *Дедуал* наводи каталог типичних уговорних одредаба општих услова на терет адхеранта: „клаузуле о искључењу или ограничењу одговорности; право стипуланта на једнострану измену уговора, задржавање права на једнострано продужење рока испоруке; право стипуланта да у сваком тренутку раскине уговор; забрана пребијања потраживања; клаузуле о форми коју адхерант мора да испоштује када даје изјаве; клаузуле о фикцијама (нпр. изјава адхеранта да је упознат са садржином општих услова), клаузуле о изобру меродавног права у случају спора, надлежног суда, клаузуле о уговарању арбитражног решавања спорова и сл.“ A. Dedual, 233.

страна у одсуству своје инфериорности не би пристала.[671] Штитећи на тај начин слабију страну, судови посредно доприносе и остварењу циљева социјалне политике.[672] Дакле, уговорна правда замислива је само у хипотези „интегрисања приватне аутономије са судском контролом [...] садржине уговора.“[673] Судска контрола садржине уговора стога нема за последицу напуштање аутономије воље, већ је она средство да се аутономија воље што више приближи свом изворном значењу. Без судске контроле садржине уговора јачи би постајали још јачи, док би слабији изгубили сваку наду да су видљиви у очима правног поретка. У том смислу су слобода уговарања и судска контрола садржине уговореног лице и наличје исте идеје водиље.

Нарочити приступ судова проблематици адхезионих уговора образлаже се и тзв. „рационалном апатијом“[674] адхераната. Реч је о концепту који упућује на то да би било неоправдано очекивати од адхераната да уложе своје време, а у случају ангажовања правног експерта, и новац како би се детаљно упознали са општим условима пословања и евентуално уочили спорне клаузуле. Чак и када би они то учинили и када би на основу анализе детектовали неправичне уговорне одредбе, они, по правилу, нису у позицији да приволе јачу страну да их правично измени.[675] Према речима *Ђурђевића*, „[н]а опште и апстрактне услове уговора адхерант пристаје уцело, уз свест да другачији пристанак није могућ. Иза воље адхеранта да закључи уговор стоји врло јасно диференцирано знање да преговора са стипулантом нема и да се не може постићи измена услова уговора који му се предлажу.“[676]

Чак и када би се упустили у испитивање услова пословања „конкуренције“, уложено време адхерантима не би гарантовало да ће код ње наћи повољније услове. С обзиром на то да је детаљна анализа општих услова пословања „рударски посао“, који при томе не гарантује успех, адхеранти су склони да свесно приступају унапред припремљеним условима не читајући их. Свесни тога, конкуренти се у принципу не такмиче у томе ко ће понудити повољније услове пословања. Уместо тога, конкуренција

---

[671] L. Raiser, 132; N. Jansen у: N. Jansen, R. Zimmermann (ed.) (2018), 966.
[672] Marija Karanikić Mirić, „Nepravične odredbe u potrošačkim ugovorima“, у: S. Lilić (prir.), *Pravni kapacitet Srbije za evropske integracije*, knjiga 4, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu 2009, 145.
[673] D. Hart, 180.
[674] G. Mäsch у: J Staudinger (2019), 5.
[675] G. Mäsch у: J Staudinger (2019, 5; Marco Lippi *et al*, “CLAUDETTE: an automated detector of potentially unfair clauses in online terms of service“, *Artificial Intelligence and Law* 2/2019, 118.
[676] M. Đurđević (2001), 321.

се по правилу одвија на терену ценовне политике, будући да је цена производа или услуге редовно пресудни фактор који опредељује избор потенцијалног адхеранта између производа или услуга упоредивог квалитета.[677] Изражено економским речником, по среди је тржишни неуспех[678] који се не може превазићи саморегулацијом тржишта, јер трговац који би настојао да оправда вишу цену својих производа у односу на своју конкуренцију повољнијим општим условима пословања вероватно не би дуго опстао на тржишту. Дакле, конкуренти редовно „ломе копља“ на терену ценовне политике уместо на терену квалитета општих услова пословања. Да би максимално оборили цену производа или услуге и тиме постали конкурентнији, трговци настоје да остваре „уштеде“ кроз своје опште услове на тај начин што ће типичне ризике свог пословања превалити на адхеранте.[679] Отуда су за превазилажење овог тржишног неуспеха нужни „корективни механизми“.[680] Другим речима, последице овог тржишног неуспеха могу отклонити судови и то у поступку *ex post* садржинске контроле стандардних услова.[681] У супротном, када би судови некритички пружали подршку свим једнострано наметнутим уговорним обавезама, то би посредно значило и давање легитимитета оним одредбама које се извесно не би нашле у уговору да су уговарачи иступали са релативно упоредивих преговарачких позиција.

Имајући наведено у виду, савремени концепт слободе уговарања постао је нераскидиво повезан са овлашћењем суда да испитује правичност садржине уговора.[682] У одсуству таквог судског овлашћења, слобода уговарања би се лако могла претворити у своју негацију.[683] О (истинској) слободи уговарања се отуда, према речима немачког Савезног уставног суда (нем. *Bundesverfassungsgericht*), може говорити „само у случајевима приближно избалансираног односа моћи уговарача као средства за постизање

[677] G. Mäsch у: J Staudinger (2019), 4, 5; F. G. Pomar, 179; A. Dedual, 234-236.
[678] N. Jansen у: N. Jansen, R. Zimmermann (ed.) (2018), 928.
[679] M. Đurđević (2001), 27 и 28.
[680] O. Sandrock, 496.
[681] Према *Ђурђевићу* „[н]еправичне клаузуле стварају неравнотежу права и обавеза у искључиву корист стипуланта, а законодавна и судска интервенција треба да њиховим уклањањем из општих услова успостави правичност у уговору.“ M. Đurđević (2001), 323.
[682] D. Hart, 180.
[683] P. Gauch, W. R. Schluep, 131.

примерене равнотеже њихових интереса“.[684] Сходно томе, „главни задатак важећег грађанског права је да реуспостави нарушени уговорни паритет.“[685]

То не значи да суд више није везан принципом обавезне снаге уговора. Напротив, примарна улога суда је и даље да омогући принудно извршење уговорних обавеза, али само онда када тумачењем утврди њихову садржину и након што се увери да она није у дисхармонији са захтевима правног поретка.[686]

И како то обично бива када дође до промена у друштву које тангирају и сферу права, најпре на њих у духу активизма реагују судови удахњујући ново значење старим правним концептима, да би накнадно уследила и законодавна реакција.[687] Тако су крајем седамдесетих година XX века у појединим земљама донети посебни закони који су уредили материју општих услова пословања, док су у другим основни извори грађанског права употпуњени одредбама које се односе на ову проблематику.

Трендови тог времена нису заобишли ни нашу земљу. У оквиру одсека 5 ЗОО, који је посвећен двостраним, тачније двостранообавезујућим уговорима, наш нормотворац је посветио извесну пажњу проблематици *општих услова формуларних уговора* (чл. 142 и 143).[688] Тако је, посредством чл. 143, ст. 2 ЗОО у српско уговорно право уведен концепт неправичних одредаба општих услова. Доста година након усвајања ЗОО, овај стандард је под утицајем комунитарног права, додатно разрађен, али овог пута само у вези са једним сегментом уговорног права – потрошачким уговорним правом.[689]

*Summa summarum*, када би се домашај максиме *pacta sunt servanda* увек доживљавао на исти начин, то јест независно од (не)постојања израженог диспаритета у преговарачким снагама уговарача, тада би се суштински различите ствари третирале на исти начин. Такаво поступање би било противно идеји комутативне правде. То сазнање оправдава различит приступ судова уговорима у зависности од начина на који је опредељена њихова садржина: споразумно или једнострано, а у оквиру потоњих и од

[684] BVerfGE 89, 214, 2 c) (пасус 57).
[685] *Ibid*.
[686] A. Dedual, 2.
[687] Simon Whittaker, Reinhard Zimmermann, “Good faith in European contract law: surveying the legal landscape“ у: Reinhard Zimmermann, Simon Whittaker, ed., *Good faith in European Contract Law*, Cambridge University Press 2000, 28.
[688] Упркос томе што ЗОО овај део означава насловом *Општи услови формуларних уговора*, у домаћој теорији се са правом сматра да се чл. 142 и 143 ЗОО односе на све опште услове, а не само на опште услове формуларних уговора. М. Вукотић, 380.
[689] В. поднаслове 13.1 и 13.2.

субјеката који им приступају. Последично, може се десити да судови садржински врло блиске или чак идентичне клаузуле различито правно квалификују са становишта њихове допуштености у зависности од врсте уговора чији су они саставни део.[690] Другим речима, лествица која суду допушта интервенцију у садржину уговореног не би требало да је подједнако високо постављена код свих уговора, то јест код уговора којима је иманентна структурална неједнакост контрахената она би требало да буде постављена ниже у односу на уговоре којима није својствен уговорни диспаритет. Наведено важи нарочито уколико је по среди адхезиони уговор коме приступа потрошач.[691]

### 8.1.1. Делимична ништавост кроз призму начела слободе уговарања[692]

Ништавост одређене уговорне клаузуле повлачи извесну интервенцију суда у иницијалну садржину уговора. Њен домашај првенствено зависи од тога о којој уговорној одредби је у конкретном случају реч: (објективно) битној или споредној. Осим тога, домашај интервенције суда, принципијелно ће зависити и од воље уговарача будући да они својом вољом некој уговорној одредби могу придати значај одредбе без које не би били спремни да буду везани уговором (субјективно битна одредба уговора). Отуда, да би била догматски оправдана, интервенција суда не би смела да се претвори у октроисање садржине уговора на коју контрахенти не би својевољно пристали.[693] Уместо одржавања остатка уговора на снази, то јест делимичне пуноважности уговора, контрахентима, или чешће једном од њих, више може да одговара елиминисање свих уговорних дејстава, то јест ништавост уговора у целости.

На питање да ли у сваком случају ништавости уговорне одредбе суд претходно треба да утврђује шта више одговара вољи уговарача (одржавање модификованог уговора на снази или утврђење његове ништавости *in toto*) не може се дати јединствен одговор. По природи ствари, ово питање ће бити спорно само онда када једна уговорница у току поступка истакне да ништава одредба, с обзиром на њен значај, треба да повуче

[690] G. Mäsch у: J Staudinger (2019), 207.
[691] A. Illedits, 78, 105, 111; E. A. Kramer у: BernKo (1991), 59.
[692] Поједини сегменти овог поднаслова засновани су на резултатима истраживања у оквиру семинарског рада на докторским студијама који је објављен под насловом: Слобода Мидоровић „О институту делимичне ништавости уговора кроз призму начела слободе уговарања“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2020, 1475-1500.
[693] J. Радишић, 187; A. Dedual, 38.

ништавост уговора у целости, док друга страна тврди управо супротно. Исход овог спора зависиће од околности у којима се актуелизује примена санкције делимичне ништавости и од тога да ли је и чиме нормиран њен домашај. Стога се став о односу начела слободе уговарања и делимичне ништавости може изнети тек након претходног диференцирања могућих ситуација у којима се јавља потреба за опредељивањем домашаја ништавости.[694]

Интеракција начела слободе уговарања и института делимичне ништавости може се сагледати из угла три различите групе случајева. Прву чине они у којима је нормотворац изричито регулисао ништавост одређене уговорне одредбе. У другу спадају случајеви у којима су сами контрахенти посебном уговорном клаузулом уредили утицај ништавости једне уговорне одредбе на остатак уговора. Трећа група се односи на случајеве у којима је суд утврдио ништавост одређене уговорне клаузуле након чега је позван да определи њен опсег.[695]

Ако би се повукла паралела са врстама конверзије, овде би се радило о случајевима *законске, вољне* и *судске* делимичне ништавости. Квалификативе попут *законске* и *судске* делимичне ништавости нећемо користити надаље с обзиром на већ изнете резерве по питању њихове терминолошке адекватности.[696] Као што је код конверзије већ истакнуто, у оба случаја институт делимичне ништавости примењује се на основу закона, то јест тзв. судска делимична ништавост (она која би уследила на основу чл. 105 ЗОО) није творевина јудикатуре, него воље законодавца. С обзиром на то, исправније би било говорити о случајевима текстуалне и виртуелне делимичне ништавости по аналогији са истоименом доктринарном поделом ништавости.[697] У сваком случају, све што је речено о односу законске и судске конверзије *mutatis mutandis* важи и у погледу односа делимичне ништавости на основу специјалне законске норме и делимичне ништавости на основу општег правила из чл. 105 ЗОО. Вољна делимична ништавост, попут вољне конверзије, уследила би на основу јасно експлициране воље уговрача у правцу одржавања остатка уговора на снази. Она се у германској теорији обрађује у оквиру проблематике о салваторним клаузулама.

---

[694] С. Мидоровић (2020), 1480 и 1481.
[695] *Ibid.*
[696] О томе в. поднаслов: 7.2.3.
[697] Обрен Станковић у: Обрен Станковић, Владимир В. Водинелић, *Увод у грађанско право,* Номос, Београд 2007, 174.

### 8.1.2. Слобода уговарања и ништавост одређене уговорне клаузуле на основу специјалне законске забране

Ако ништавост одређене уговорне одредбе проистиче из изричитог наређења законодавца, суд неће морати да испитује вољу уговарача јер легитимитет за уплитање у садржину уговора црпи директно из закона. У тим случајевима, закон не експлицира само непуноважност конкретне уговорне одредбе, него и правну судбину резултата модификације предвиђајући да ће у преосталом делу уговор наставити да производи дејство. Специјалним законским забранама, којима се нормира ништавост конкретних уговорних одредаба, лимитира се слобода уговарања у аспекту који се тиче права контрахената да определе садржину уговора.

Реч је о специјалним одредбама закона које имају самостално поље примене; оне чине сувишним испитивање испуњености услова из чл. 105 ЗОО од којих би иначе зависила парцијална пуноважност уговора. Имајући то у виду опште правило о делимичној ништавости из чл. 105 ЗОО има супсидијарни значај[698] – оно ће бити примењено тек ако законодавац није *a priori* изнео свој став у погледу ништавости конкретне уговорне одредбе и њеног утицаја на остатак уговора.[699]

Законописац забрањује одређене клаузуле када сматра да је то нужно да би се заштитила страна која према редовном току ствари нема могућност да исходује садржину уговора на коју би иначе пристала. Својом интервенцијом нормотворац тада настоји да врати „уговорно клатно“ у равнотежни положај у ситуацијама у којима се иза „правне једнакости крије суштинска неједнакост која доводи у питање правичност уговорног поретка“.[700] У тим околностима, учење о уговору као механизму који подразумева да се током преговора свака страна стара о заштити својих интереса чиме се уједно осигурава правичност оног што је уговорено не даје жељене резултате.[701] Због тога што су типични случајеви фактичке неравноправности уговарача познати законодавцу, он се опредељује да већ приликом нормирања неког уговора забрани клаузуле које се косе са његовим

[698] W. Flume (1992), 576.
[699] С. Мидоровић (2020), 1481.
[700] L. Raiser, 106.
[701] J. Hager, 144, фн. 75; H.-M. Pawlowski, 176 и 177.

вићењем материјалне правичности.[702] У том смислу се специјалне забране које законодавац уводи ради заштите слабије стране могу схватити као одраз „духа хуманизације и морализације права“.[703]

Код свих примера тзв. текстуалне делимичне ништавости, воља уговарача не само да се не утврђује него чак и да је изричито супротна законодавчевом виђењу ствари неће бити узета у обзир. У супротном би страна на чији је „терет“ предвиђена забрана уговарања одређене клаузуле могла плдирати за ништавост уговора *in toto* чиме би се осујетила заштитна сврха норме (*fraus legis*).[704]

### 8.1.3. Слобода уговарања и салваторне клаузуле

Предност у примени у односу на опште правило о делимичној ништавости из чл. 105 ЗОО принципијелно има и јасно експлицирана воља уговарача о утицају евентуалне ништавости неке уговорне клаузуле на остатак уговора. У духу начела слободе уговарања и опредељивања садржине уговора, контрахенти могу предвидети правило према коме ће уредити „судбину“ закљученог уговора у случају да се нека уговорна одредба накнадно испостави ништавом. Клаузуле којима уговорници настоје да антиципирају и *a priori* уреде утицај евентуалне ништавости појединих делова уговора на његов остатак, називају се салваторним (спасоносним) клаузулама.

Могућност да стране својом вољом уреде последице ништавости неке одредбе на остатак уговора, говори у прилог томе да се може одступити од решења на које упућује чл. 105 ЗОО. Другим речима, решење из чл. 105 ЗОО нема принудни карактер нити улази у појам јавног поретка.[705] Оно само осликава уверење законодавца о преферираном исходу који би кореспондирао и вољи самих уговарача у случају ништавости неког дела уговора. Дакле, уместо да суд испитује да ли је нека клаузула вољом уговарача уздигнута на ниво *услова уговора* или *одлучујуће побуде*, и да ли би уговарачима више одговарало постављање заменског правила уместо ништавости уговора *in toto*, уговарачи јасно могу

[702] L. Raiser, 129; H.-M. Pawlowski, 187.
[703] Душан Николић, „Правна заштита слабије стране у приватном праву Републике Србије“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 70/2015, 501.
[704] J. Hager, 196; R. Hürlimann, 64. О изигравању закона в. више код: Vladimir V. Vodinelić, *Takozvana zloupotreba prava*, Nomos, Beograd 1997, 130-140.
[705] H. Roth у: Staudinger (2020), 8.

да манифестују своју вољу по том питању у уговору. Уколико је та воља довољно јасно изражена и уколико би њени резултати били прихватљиви са становишта правног поретка, нема разлога да је суд не прихвати. Тада би се суд у опредељивању последице ништавости неког дела уговора са становишта његове целине руководио стварном вољом уговарача.

Међутим, то не имплицира да инкорпорисање у уговор клаузуле којом се уређује утицај ништавости неког дела уговора на његов остатак нужно резултира суспендовањем општег правила о делимичној ништавости из чл. 105 ЗОО. Подразумева се да ће се суд повиновати вољи уговарача о судбини пуноважног дела уговора само ако утврди да је она прихватљива са становишта правног поретка. Уколико то није случај, суд ће судбину уговора определити у складу са општим правилом о делимичној ништавости.

Иако се можда подразумева, није наодмет истаћи да могућност контрахената да определе утицај ништаве одредбе на пуноважност остатка уговора не подразумева уједно и њихову могућност да предвиде параметре на основу којих ће се испитивати пуноважност уговорних клаузула.[706] Ноторно је да критеријуме за процену пуноважности императивно утврђује законодавац, а да их, по потреби, конкретизује суд.

Клаузуле којима се уређује утицај ништаве одредбе на остатак уговора могу да се појаве у најразличитијим варијантама. Иако то није често пракса, уговарачи могу предвидети да ће ништавост одређене клаузуле индуковати ништавост уговора у целости.[707] Ову последицу, по природи ствари, уговарачи би везали за одредбу која има значај субјективно битног састојка уговора. Овакву клаузулу суд ће начелно подржати, осим ако би се испоставило да би њеним прихватањем била изиграна намера законодавца.[708]

Друга могућност је да контрахенти предвиде начелну одредбу према којој ће у случају непуноважности неке клаузуле преостали део уговора наставити да производи правно дејство. Овим клаузулама се некада предвиђа и начелна обавеза уговарача да у случају отпадања ништаве клаузуле, у разумном року, постигну сагласност о заменској одредби која би максимално осликавала интенције уговарача из ништаве клаузуле, али тако да она прође „тест пуноважности“. Примера ради, ако би се испоставило да је

[706] R. Hürlimann, 51.
[707] Theo Mayer-Maly, „Die Bedeutung des tatsächlichen Parteiwillens für den hypothetischen“, у: Horst Heinrich Jakobs *et al* (Hrsg), *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag* – Band I, Köln 1978, 622.
[708] J. Hager, 189-191.

одредба уговора о кредиту о варијабилној каматној стопи ништава због њене недовољне одредивости, салваторна клаузула би могла сугерисати задржавање варијабилне каматне стопе, али тако да она одговара законском услову одредивости (чл. 8 и 26 ЗЗКФУ). На овом примеру се види велика практична вредност ових клаузула. Штавише, када би у уговору јасно била изражена воља уговарача да се у случају ништавости неке клаузуле споразумеју о њеној замени упоредивом пуноважном клаузулом, то би уједно представљало и јасан знак суду у ком правцу треба да расправи судбину уговора у случају изостанка накнадне сагласности. По свему судећи, преферирани исход тада не би био ништавост уговора у целости, већ његово одржавање на снази са одговарајућим заменским правилом. Наведено виђење би максимално подржавало начело аутономије воље: иако је чињеница да би и обавеза постизања накнадног споразума о проблематичној клаузули била октроисана вољом јаче стране, она би ипак више одговарала обавези на коју је адехрант од почетка пристао.

Уговарачи могу да поставе салваторну клаузулу и тако да њоме предвиде не само да ништавост одређене одредбе неће имати утицај на пуноважност преосталог дела уговора, него да истовремено и унапред усагласе садржај који треба да ступи наместо елиминисане уговорне погодбе. У том случају, суд ће признати дејство алтернативно предложеној формулацији одредбе под условом да претходно установи да је она прихватљива са становишта правног поретка. Уколико се испостави да ни алтернативно предложена садржина клаузуле није пуноважна, суд ће, по правилу, у самој чињеници да је уговорена салваторна клаузула наћи ослонац за одржавање уговора на снази, при чему ће насталу празнину попунити сагласно правилима за попуњавање накнадних празнина у уговору. У литератури се, иако знатно ређе, може наићи и на супротно виђење према коме прецизно формулисање алтернативне клаузуле указује на границу до које ће локализовање ништавости бити прихватљиво са становишта уговарача. Сходно томе, у случају да се утврди ништавост алтернативно предложене формулације спорне одредбе, суд треба да изрекне санкцију ништавости *in toto*.[709] Према нашем мишљењу, чак и када би и евентуално алтернативно предложена формулација ништаве уговорне одредбе била ништава, то *a priori* не би требало да искључи могућност одржавања уговора на снази у складу са општим правилом о делимичној ништавости. Уместо тога, суду треба оставити

[709] J. Hager, 189, фн. 10 са даљим упућивањем.

могућност да, спрам околности конкретног случаја, испита која би последица више одговарала интересима уговарача.

Пракса уговарања салваторних клаузула нарочито је распрострањена у Немачкој како би се уговарачи јасно оградили од ништавости уговора у целости у случају ништавости неке одредбе, од које принципијелно полази § 139 БГБ. У делу посвећеном различитим редакцијама опште одредбе о делимичној ништавости у упоредном праву, видели само да су редактори немачке кодификације веровали да ће претпоставком у корист ништавости у целости одати признање учењу о апсолутној аутономији воље. Ово решење било је одраз одвише либерално схваћне приватноправне атуономије које је било владајуће у време доношења БГБ. Но, и пракса и теорија су оштро демантовале овакво правнополитичко опредељење редактора БГБ. Отуда не чуди промена парадигме која је кроз практично деловање судова спроведена и на нормативном плану у материји општих услова пословања. Као што смо видели, § 306 БГБ даје предност делимичној пуноважности општих услова пословања уз могућност супституције ништаве одредбе законском нормом.[710]

У домаћој пракси уговарање салваторних клаузула није превише распрострањено. У новије време се ипак могу запазити извесне промене. Примери неких од салваторних клаузула на које смо наишли у домаћој уговорној пракси гласе:

„Ако се било која одредба овог Уговора покаже ништавном [*sic.*] или непримењивом, таква одредба неће утицати на ваљаност или примењивост осталих одредби овог Уговора или целог Уговора. Уговорне стране ће у таквом случају ништаву одредбу заменити пуноважном одредбом која у највећој могућој мери одражава њихову изворну намеру.“[711]

„Ако било која одредба овог Уговора или уговора којима се регулишу средства обезбеђења јесте или постане незаконита, неважећа, ништава или неспроводива у било ком погледу, законитост, валидност и спроводивост преосталих одредби неће бити доведена у питање. Уговорне стране ће се споразумети да замене неважећу или непримењиву одредбу, да допуне недостатак одговарајућом одредбом која је, у мери у

[710] H. Roth у: Staudinger (2020), 11.

[711] Сви примери преузети су из уговора који се користе у пословној пракси у Србији, а који се налазе у приватној архиви аутора.

којој то закон омогућава, најближа постизању оног што су намеравале обе уговорне стране.“[712]

„Делимично важење уговора: Уколико су било које одредбе овог уговора или њен додатак/Анекс односно поједине њихове одредбе означене као неважеће или неспроводљиве, остатак те одредбе и остале одредбе остају важеће и спроводљиве, с тим да се може остварити сврха Уговора.“[713]

Повећано интересовање за ове клаузуле било би очекивана последица немалог броја судских поступака који су код нас у скорије време покретани против банака у покушају оспоравања пуноважности појединих одредаба уговора о кредиту. Масовност закључивања уговора по приступу и велике размере штете која се стипулантима ставља у изглед у хипотези ништавости неке њихове одредбе, вероватно ће подстаћи стипуланте на уношење салваторних клаузула у типске уговоре. Међутим, када оне буду почеле чешће да се користе, остаје питање како ће домаћи судови тумачити њихово интегрисање у типске уговоре. С тим у вези скрећемо пажњу на став германске доктрине према којој нису прихваћене салваторне клаузуле у којима су стипуланти само начелно предвиђали да ће се све одредбе уговора по приступу сматрати пуноважним „у мери у којој су оне сагласне са законом“ (нем. *soweit gesetzlich zulässig ist*) с обзиром на то да оне не задовољавају услов транспарентности. Другим речима, сматра се да на основу њих адхерант не може унапред да зна која га садржина уговора заправо обавезује.[714]

### 8.1.4. Слобода уговарања у контексту општег правила о делимичној ништавости

У одсуству посебног правила, законског или уговорног, парцијално одржавање уговора на снази замисливо је само ако би такав исход био прихватљив са становишта уговарача.[715] Другим речима, уколико би се испоставило да би уговарачи, или чешће један од њих, били спремни да закључе конкретан уговор искључиво у првобитној садржини,

[712] У правно-техничко смислу би се на рачун формулације ове одредбе могле упутити извесне примедбе, али се овде нећемо задржавати на томе. Идеја је само да демонстрирамо заступљеност салваторних клаузула у новијој српској уговорној пракси.
[713] Интересантно је да се овде изричито спомиње и „остатак те одредбе“ што је подложно различитим тумачењима. О овоме ће бити више речи у оквиру поднаслова 9.3.
[714] M. Leitner, 716. О значају транспарентности са становишта пуноважности неправичних одредаба потрошачких уговора в. поднаслов 13.6.
[715] С. Мидоровић (2020), 1487 и 1488.

свака њена измена значила би напуштање фундаменталног начела уговорног права оличеног у аутономији воље. Како не би биле нарушене догматске премисе на којима је изграђен систем уговорног права, па и правних послова уопште, суд треба да испита да ли је модификована садржина уговора у хармонији са вољом његових твораца.

Ако би уговарачи били сагласни у ком правцу треба окончати дилему између парцијалне пуноважности и ништавости уговора у целости, проблем који би иначе спадао под окриље чл. 105 ЗОО не би ни постојао. Стога ће опште правило о делимичној ништавости бити примењено „само онда када уговарачи имају различито виђење о томе да ли без спорне одредбе уговор треба одржати на снази или не, јер су њихови интереси различити.“[716] Осим тога, ако је стварна воља контрахената по питању делимичне непуноважности јасно експлицирана у уговору, преферирана последица ће принципијелно бити опредељена тумачењем самог текста уговора.[717] Наведено важи чак и онда када би спровођење стварне воље могло бити економски нерационално. Примера ради, ако се испостави да је уговарач своју везаност уговором јасно условио важењем неке одредбе, последица неће моћи да буде парцијално одржавање уговора на снази чак ни онда када би такав резултат, објективно посматрано, могао деловати економски неразумно.[718] То се објашњава максимом *stat pro ratione voluntas* – ако је стварна воља утврдива, она се мора поштовати.[719] Дакле, приоритет код уговора са споразумно одређеном садржином имају субјективни интереси уговарача над објективним вредновањем.[720]

Да сумирамо, тек ако не постоји сагласност уговарача о судбини остатка уговора, и тек ако они поводом тог питања нису изразили своју стварну вољу или јесу, али не на начин који правни поредак одобрава, суд ће преферирану последицу определити на основу хипотетичке воље уговарача.[721] Она се утврђује постављањем хипотетичког питања које гласи: „Да ли би уговарачи пристали да као самосталан закључе уговор који

[716] W. Flume (1992), 579 и 580.
[717] P. Ulmer, 806.
[718] Један такав пример налазимо код *Медикуса* и *Петерсена*: ако би грађевинско предузеће прихватило да прода неку грађевинску парцелу само под условом да оно као продавац буде ангажовано у изградњи објекта на парцели која се продаје, та његова воља ће морати да буде испоштована. D. Medicus, J. Petersen, 226, марг. 508.
[719] H. Heiss, 205, фн. 88.
[720] E. A. Kramer у: BernKo, 164.
[721] P. Rummel у: P. Rummel, M. Lukas (Hrsg) (2014), 147.

настане као резултат судске модификације његове садржине, или би пре оптирале за утврђење његове ништавости у целости?“[722]

У литератури се истиче да је утврђивање хипотетичке воље нормативно питање, које се не утврђује као чињеница, већ као резултат вредновања суда на основу чињеница утврђених током поступка.[723] Овај детаљ је битан са становишта могућности изјављивања ревизије. Будући да се ради о правном, а не о чињеничном питању, највиша судска инстанца може да преиспита исправност вредновања нижестепених судова.

Иако између испитивања хипотетичке воље уговорника и тумачења уговорних одредаба има доста сличности, методолошки је коректно разликовати их: предмет тумачења је редовно стварна воља – она која која је изјављена, док код хипотетичке воље суд треба да истражи какву би вољу уговарачи имали по питању парцијалне пуноважности уговора да су о њој размишљали приликом закључења уговора.[724] Ово ипак треба узети са резервом с обзиром на изузетну блискост између допуњујућег тумачења уговора и испитивања хипотетичке воље уговарача, о чему ће касније бити више речи.[725]

Тражење упоришта за интервенцију суда у уговор у хипотетичкој вољи уговарача није поштеђено критике. *Хеземејер* сваки вид садржинске контроле уговора осим оног који води његовој пуноважности или ништавости у целости доживљава као атак на принцип аутономије воље.[726] Овај став је прилично усамљен спрам већинског становишта према коме ништавост у целости, иако не подразумева задирање у садржину уговореног, у потпуности негира пословноправно обећање чиме се осујећује поверење у правни промет.[727]

Поједини аутори скрећу пажњу и на удаљавање од изворне концепције уговора тако што се ослонцем на тобожњу вољу уговарача суду даје могућност да, с једне стране, неке одредбе уговора не сматра делом уговора, као и да, са друге стране, у текст уговора „учита“ одредбе које изворно нису постојале.[728] Аутори који скрећу пажњу на то да је овакав резултат у контрадикцији са „темељним концептуалним премисама уговора“ [729]

---

[722] С. Мидоровић (2020), 1488 са даљим упућивањем.
[723] W. Flume (1992), 580 и 581.
[724] С. Мидоровић (2020), 1488 са даљим упућивањем.
[725] H. Heiss, 175 и 176.
[726] L. Häsemeyer, 1098 и 1099. Супр. J. Hager, 187 и 188.
[727] H. Heiss, 154.
[728] Helge Dedek у: N. Jansen, R. Zimmermann (ed.) (2018), 790.
[729] *Ibid*.

имају право. У вези са њиховим примедбама подсећамо на то да су темељи изворног уговорног концепта настали на основу другачијег прототипа релације међу уговрачима. Као што смо видели, класичан уговорни модел који полази од упоредиве равноправности преговарачких снага уговарача, у највећем броју случајева не осликава друштвену реалност у модерним условима контрахирања. У том смислу, сматрамо да је исправно *Хајсово* мишљење да концепт хипотетичке воље уговарача „омогућује најфиније задирање правног поретка у акт који је настао као резултат приватноправне аутономије,“[730] те да су и делимична пуноважност и ништавост уговора у целости помирљиве са принципом аутономије воље.[731]

Упркос примедбама које се могу изнети на рачун хипотетичке воље, цивилистичка доктрина до данас није успела да осмисли оптималнији механизам. Отуда се он користи као својеврсни правни стандард на који се наслања низ правних института попут допуњујућег тумачења уговора,[732] конверзије, делимичне ништавости,[733] а као што смо видели, он се у основи среће и код института промењених околности.[734]

Док у вези са применом клаузуле *rebus sic stantibus* законодавац нуди извесне смернице на основу којих суд треба да определи могућу последицу: измену или раскид уговора (чл. 135 ЗОО), то није случај са делимичном ништавошћу из чл. 105 ЗОО. Отуда је потребно испитати како овај правни стандард функционише у судској пракси и теорији германских земаља да би се потом испитало да ли он може да буде примењив и код нас.

У германским земљама се истиче да овај стандард не подразумева испитивање психолошке,[735] емпиријске воље,[736] већ вредновање које своје упориште налази у објективизирајућим критеријума као што су: текст уговора, преговори коју су му претходили, околности које су пратиле његово закључење, али и потенцијалној пословној пракси међу уговарачима.[737] На основу њих суд треба да изведе закључак о томе да ли би стране као разумни уговарачи, руковођени начелом савесности и поштења и добрим обичајима у правном промету, пристали да буду везани садржином уговора која би била

[730] H. Heiss, 154.
[731] *Ibid*.
[732] О имплицирању одредаба уговора које су стране пропустиле да предвиде в: M. Živković (2006), 24.
[733] P. Rummel у: P. Rummel, M. Lukas (Hrsg) (2014), 147.
[734] В. понаслов 7.3.
[735] H. Heiss, 158.
[736] P. Gauch, W. R. Schluep, 154.
[737] P. Rummel у: P. Rummel, M. Lukas (Hrsg), (2014), 147.

резултат судске интервенције.[738] Одговор на ово питање суд треба да дâ спрам интереса уговарача у моменту закључења уговора. Реч је, дакле, о вредновању из *ex ante*, а не *ex post* перспективе уговарача.[739]

У испитивању хипотетичке воље, стварна воља коју су уговарачи исказали кроз садржину уговора, како истиче *Мајер-Мали*, има двоструку улогу. С једне стране, она има *навигациону* функцију, јер поставља границе унутар којих се испитује хипотетичка воља, док, с друге стране, она има *ограничавајућу* улогу будући да хипотетичка воља не сме бити у супротности са стварном вољом која проистиче из уговора.[740] Суд ће на основу уговора моћи да процени какав је значај конкретне одредбе са становишта целине, односно да ли би уговор задржао свој смисао и могућност важења и без ње, водећи рачуна о субјективним интересима уговарача.[741] У вези са проценом значаја одређене одредбе за конкретне уговараче, суд ће узети у обзир и преговоре, а нарочито околност да ли је неки уговарач током њих инсистирао на уношењу неке одредбе у уговор.[742]

На основу садржине уговора и свих околности које су пратиле његово закључење, суд ће установити циљ коме уговарачи теже, те да ли би он у целости или макар у претежном делу, био остварен и без ништаве одредбе. Суд је, при томе, дужан да уважи интересне позиције обају контрахента.[743] Истовремено, суд треба да води рачуна и о томе да ли ће одржавање на снази преосталог дела уговора бити у складу са начелом правичности, тј. да ли ће оно допринети избалансираној расподели узајамних права и обавеза.[744] Уколико би се испоставило да би одржавање уговора на снази за једну страну значило прекомерно оптерећење, а нарочито уколико би јој то нанело неподношљиви терет, уговор ће бити ништав у целости. У вези са овим треба испитати и који би исход био прихватљивији са становишта контрахената: одржавање остатка уговора на снази или налагање обостране реституције узајамних давања уз могућност додатног компликовања ствари истицањем захтева савесне стране за накнаду штете. Уколико би се испоставило да

[738] J. Hager, 112,113, 122; R. Hürlimann, 61; T. Mayer-Maly (1969), 274.
[739] P. Gauch, W. R. Schluep, 154; P. Ulmer, 806; H. Roth y: Staudinger (2020), 49.
[740] T. Mayer-Maly (1978), 623, 627; H. Pierer von Esch, 78 и 79.
[741] H. P. von Esch, 82 и 83.
[742] H. P. von Esch, 84; С. Мидоровић (2020), 1491.
[743] R. Hürlimann, 64; W. Flume (1992), 580.
[744] A. Dedual, 83.

би обострана реституција била у директној супротности са интересима уговарача, то би био аргумент у прилог одржавању уговора на снази.[745]

Иако ће се потреба за испитивањем хипотетичке воље најчешће јавити код теретних уговора, није искључена могућност њеног истраживања код бестеретних уговора. У вези са њима, доктрина је на становишту да се њихова судбина треба определити сагледавањем и вредновањем интереса уговарача који бестеретно располаже својом имовином.[746] Иста примедба се односи и на теретне уговоре онда када је ништава одредба била уговорена искључиво у корист једне стране. Тада, по природи ствари, суд треба да испита само хипотетичку вољу стране у чију је корист та одредба била уговорена.[747] Уколико би, у тој хипотези, страна која од ништаве одредбе није имала никакве користи, пледирала за ништавост уговора у целости како би се ослободила своје уговорне обавезе, суд ће одбити њен захтев истичући да се не ради о вршењу већ о злоупотреби права.[748]

Иако се у теорији критеријуми разумног уговарача, савесног и поштеног поступања и добрих обичаја излажу критици као недовољно прецизни, треба имати у виду да они ни не могу бити одређенији када се узме у обзир непрегледно мноштво чињеничних констелација у вези са којима може искрснути дилема између делимичне ништавости и ништавости *in toto*.[749]

За разлику од уговора који су били предмет преговора, у теорији се указује на специфичности ове проблематике у контексту уговора по приступу. Ноторно је да у вези са њима слобода уговарања постоји само у погледу тога да ли ће адхерант ступити у уговорни однос и са ким ће у тај однос ступити, али не и у погледу могућности утицања на садржину уговореног. Ова особеност се прелива и на терену опредељивања хипотетичке воље страна стандардних уговора, онда када се испостави да је спорна нека њихова одредба. Њихова хипотетичка воља утврђује се на још вишем нивоу апстракције без освртања на појединости конкретног случаја. То се постиже на тај начин што суд треба да испита да ли би *типични* уговарачи који закључују уговоре одређене врсте у

[745] С. Мидоровић (2020), 1492.
[746] W. Flume (1992), 580.
[747] P. Ulmer, 815; H. Heiss, 230.
[748] W. Flume (1992), 587 и 588.
[749] H. P. von Esch, 77, 82.

односној бранши, руковођени начелом савесности и поштења, пристали да закључе релевантан уговор без спорне одредбе.[750]

Иако постоје аутори који сматрају да испитивање хипотетичке воље губи свој легитимитет у контексту формуларних уговора и општих услова пословања, с образложењем да њихова садржина верно рефлектује само вољу стране која намеће уговор,[751] то не значи да се на основу типичних интереса који су својствени одређеној врсти уговора не може релативно прецизно установити на шта би уговорне стране највероватније пристале да су знале за ништавост спорне одредбе.

*Summa summarum*, када је суд позван да определи одговарајућу правну последицу ништавости неке уговорне одредбе, он би требало да прати следеће кораке: 1) најпре треба да провери да ли је последица опредељена специјалном законском нормом – ако јесте, она има имепративни карактер; 2) ако специјална норма не постоји, суд треба да испита да ли су уговарачи уредили утицај ништавости неке одредбе на остатак уговора – ако јесу, суд ће уважити њихову стварну вољу под условом да је резултат који она имплицира у складу са правним поретком и уколико је он одржив са становишта потребног обима сагласности за његово закључење; 3) ако стварна воља по питању судбине уговора није експлицирана у уговору нити су стране сагласне поводом исхода, суд ће судбину остатка уговора определити на основу хипотетичке воље уговарача. Поћи ће од тога да ли би они као разумне стране које се руководе начелом савесности и поштења, пристале да буду везане модификованом садржином уговора. Уколико би одговор био негативан, последица коју би суд изрекао била би ништавост уговора у целости. Уколико би одговор био позитиван, пуноважан део уговора наставио би да важи. Уколико суд не би успео да утврди хипотетичку вољу уговарача, то јест у случају *non liquet*, законска претпоставка о одржавању остатка уговора на снази из чл. 105 ЗОО попримиће октроистички карактер.

### 8.2. Делимична ништавост уговора и начело савесности и поштења

Начело савесности и поштења има више додирних тачака са институтом делимичне ништавости уговора. Да би се оне разумеле, најпре је потребно направити дистинкцију

[750] A. Dedual, 96 са даљим упућивањем; K. Uffmann (2010) 191 и 192; O. Sandrock, 498, 527, 530 са даљим упућивањем.
[751] O. Sandrock, 495.

између објективног и субјективног схватања појма савесности, будући да се она у оба њена значења може довести у везу са централним институтом овог рада.

У објективном смислу савесност (нем. *Treu und Glauben*) се односи на разумевање начела савесности и поштења. Ради се о одговарајућем стандарду понашања које се очекује од страна приликом закључења уговора и у остваривању права и обавеза које проистичу из њега (чл. 12 ЗОО).[752] У субјекитвном смислу, савесност (нем. *guter Glaube*) се односи на поседовања сазнања о некој чињеници или околности.[753]

Имајући у виду ову разлику, у контексту теме овог рада, најпре треба испитати да ли одсуство савесности у објективном смислу, то јест одступање од очекиваног стандарда понашања у тренутку закључења уговора, може фигурирати као узрок ништавости неке уговорне клаузуле. То јест, да ли се повреда очекиваног стандарда понашања приликом уговарања неке одредбе може оквалификовати као узрок њене ништавости? Да ли чл. 12 ЗОО сам за себе, дакле, чак и у одсуству норме-разраде начела,[754] може послужити као одговарајући законски основ за утврђење ништавости неке уговорне клаузуле? Односно, да ли би такво схватање домашаја овог начела било прешироко, јер би омогућило дискреционо судовање и, последично, одвише произвољно лишавање дејства појединих уговорних одредаба, што би представљало опасност по сигурност правног промета.[755]

У објективном смислу се повреда начела савесности и поштења доводи у везу са темом овог рада и у материји потрошачких уговора, јер се она јавља као конститутивни елемент појма неправичне одредабе потрошачких уговора. У том смислу је потребно разјаснити како треба разумети упућивање на повреду овог начела у оквиру дефиниције неправичних уговорних одредаба из чл. 42, ст. 2 ЗЗП.[756]

Схваћена у субјективном смислу савесност се, такође, може довести у везу са темом овог рада. Најпре се може поставити питање да ли знање уговарача о ништавости неке уговорне клаузуле у моменту закључења уговора треба да има утицај на парцијалну пуноважност уговора и евентуално попуњавање накнадне празнине у уговору.

---

[752] R. Zimmermann у: S. Whittaker, R. Zimmermann, 30 и 31.
[753] *Ibid*, 30.
[754] М. Ђурђевић, Д. Павић, 58.
[755] М. Живковић (2019), 477.
[756] Чл. 42, ст. 2 ЗЗП гласи: „Неправична уговорна одредба је свака одредба која, противно начелу савесности и поштења, има за последицу значајну несразмеру у правима и обавезама уговорних страна на штету потрошача.“

Поседовање сазнања о ништавости неке клаузуле може имати реперкусије и на последице ништавости. Тако, несавесност, с једне стране, може резултирати одбијањем захтева за реституцију датог (чл. 104, ст. 2 ЗОО), а може се рефлектовати и на могућност оштећеног уговарача да потражује накнаду штете коју је претрпео због тога што је испунио обавезу из ништаве уговорне одредбе (чл. 108 ЗОО).[757]

С обзиром на то да је у претходним редовима расветљено где спадају који аспекти ове проблематике, овде се више нећемо задржавати на њима. Сваки од њих ће бити елабориран на одговарајућем месту у раду. У делу који се односи на постојање узрока ништавости, биће речи о томе да ли се повреда начела савесности и поштења *per se* може квалификовати као узрок ништавости неке уговорне одредбе. У оквиру истог поглавља биће испитано и да ли суд треба да се упушта у испитивање (не)постојања сазнања уговарача о ништавости конкретне уговорне одредбе да би определио судбину остатка уговора. У делу који ће бити посвећен делимичној ништавости потрошачких уговора, биће речи о томе на који начин суд треба да испита да ли је приликом уговарања конкретне клаузуле стипулант повредио начело савесности и поштења. Одговор на ово питање биће дат на основу ставова који су се по том питању, у међувремену, искристалисала у пракси СПЕУ.[758]

### 8.3. Делимична ништавост уговора и начело еквивалентности узајамних давања

Парцијална пуноважност уговора, до које се редовно долази применом института делимичне ништавости принципијелно се односи на ситуације у којима се у уговору нађе нека ништава одредба секундарног значаја. С тим у вези намеће се питање има ли уопште места испитивању односа института делимичне ништавости и начела еквивалентности, то јест да ли је замисливо постојање одговарајуће еквиваленције на нивоу битних уговорних одредаба, уз истовремено одсуство одговарајуће сразмере на нивоу споредних уговорних погодби.

[757] Иако и чл. 104, ст. 2 и 108 ЗОО спомињу несавесност у контексту уговора, нема разлога да се телеолошком редукцијом последице несавесности које проистичу из ових чланова не примене и у случају ништавости неке уговорне одредбе. В. поднаслов 13.6.2.
[758] В. поднаслов 13.6.2.

Одсуство одговарајуће еквиваленције између престација које проистичу из битних одредаба уговора (надаље: главне престације, нем. *Hauptleistungen*), у стицају са додатним условима, може водити двојаким правним последицама: елиминисању свих дејстава уговора или – у случајевима и под условима који су изричито нормирани законом – редукцији износа престације (чл. 141, ст. 3; чл. 139, ст. 4; 133, ст. 4 ЗОО).[759] У хипотези постојања правно релевантног поремећаја равнотеже између главних престација редовно ће се радити о недостатку који захвата уговор у целости. Последично, питање пуноважности споредних уговорних одредаба тада ни не би било актуелно. Другим речима, уколико се правно релевантни поремећај равнотеже јави између главних престација, излишно би било разматрати (не)постојање одговарајуће сразмере у правима и обавезама које проистичу из споредних уговорних одредаба (нем. *Nebenabreden*, енгл. *none core terms, ancillary terms*). Отуда се питање (не)пуноважност споредних уговорних одредаба може актуелизовати само онда када је пуноважан споразум уговарача о битноме.

Имајући наведено у виду, може се поставити питање да ли су институти којима се у теорији општег уговорног права уређују правне последице повреде начела еквивалентности, попут зеленашких уговора и прекомерног оштећења примерени за испитивање пуноважности споредних уговорних одредаба са становишта еквиваленције. То јест, да ли се под *одговарајућом еквиваленцијом у контексту битних уговорних одредаба* и *одговарајућом сразмером на нивоу споредних уговорних одредаба* мисли на једно те исто или је реч о различитим правним категоријама?

Ако се пође од тога да институт делимичне ништавости гравитира око споредних уговорних одредаба, с правом се може поставити питање колико су често њима уопште уређена права и обавезе које имају егзактну и непосредно изражену вредност у новцу или другој врсти заменљивих ствари. Уговорне одредбе које имају непосредан имовински израз су, по правилу, битне одредбе уговора – *essentialia negotii*. Отуда делује да је законодавац када је уређивао начело једнаке вредности давања из чл. 15 ЗОО приоритетно имао у виду однос (економске) вредности између уговорних престација које проистичу из битних одредаба уговора.

Но, то не значи да је незамисливо да се у уговору јави и нека споредна одредба којом би била уређена нека новачано исказана или исказива обавеза. Када је утаначена као

[759] О редукцији главних уговорних престација в. поднаслов 7.1.

резултат преговора, ова споредна уговорна одредба, према редовном току ствари, не би требало да буде проблематична. Таква би, примера ради, могла бити одредба уговора о закупу којом се закупац сагласио да осим закупнине месечно плаћа и трошкове (агенцијског) одржавања хигијене у стану. Споредне одредбе које су вредносно изражене срећу се и код уговора по приступу. Оне по правилу нису постале део уговора као резултат преговора, те су утолико проблематичније. Таква је, примера ради, одредба уговора о кредиту којом је предвиђена обавеза корисника кредита да плати накнаду на име трошкова обраде кредита у одређеном проценту у односу на износ одобреног кредита.

Када се речено узме у обзир, у вези са односом делимичне ништавости уговора и начела еквиваленције, искрсавају два кључна питања. Најпре, да ли је законодавац када је уређивао начело једнаке вредности узајамних давања из чл. 15 ЗОО имао у виду само однос вредности између престација које проистичу из битних уговорних одредаба или је њима желео да уреди и однос еквиваленције који би се потенцијално могао јавити на нивоу споредних уговорних одредаба онда када су оне економски исказиве. Односно, да ли се питање релевантног поремећаја односа еквиваленције може јавити у контексту споредних уговорних одредаба (нпр. однос накнаде трошкова на име обраде кредита и радњи које су том накнадном евентуално обухваћене) чак и онда када није спорно да између главних престација постоји одговарајућа еквиваленција (нпр. однос одобреног кредита и висине камате). Другим речима, да ли постојање еквиваленције између главних престација искључује могућност правно релевантног дисбаланса на нивоу споредних уговорних одредаба.

Друго битно питање је да ли је законодавац, када је нормирао начело једнаке вредности давања из чл. 15 ЗОО и институте кроз које је оно конкретизовано, имао у виду само случајеве аритметичке, економске еквиваленције[760] – оне који се могу испитати поређењем (салдирањем) престација исказаних у новцу или другој врсти заменљивих ствари? Или је законописац настојао да овим начелом уреди и питање равнотеже, то јест симетрије у узајамним правима и обавезама која проистичу из споредних уговорних одредаба независно од тога да ли су она непосредно економски валоризована. При томе би асиметрију у правима уговарача требало схватити као „грубо неизбалансирано

[760] М. Ђурђевић (2001), 140.

диференцирање правних позиција уговарача“,[761] то јест као „инконгруентност уговорних права обају уговарача“.[762]

Ово је битно расправити с обзиром на то да се у домаћој теорији, али и судској пракси може наићи на мишљење о томе да се питање еквивалентности редовно тиче уговора као целине, а не појединих његових одредаба.[763] Ако би овај став био исправан, питању еквиваленције начелно не би било места у контексту споредних уговорних одредаба, па самим тим ни у вези са институтом делимичне ништавости уговора. Однос еквивалентности би тада требало испитивати само са становишта уговора као целине. С друге стране, ако је могућа и несразмера између права и обавеза које проистичу из споредних уговорних одредаба, да ли под њоме искључиво треба мислити на несразмеру која је правно релевантна у случајевима које експлицитно уређује ЗОО? Затим, како питање несразмере треба разумети у контексту уговора по приступу? Да ли несразмеру у том светлу треба рзаумети шире, то јест као асиметерију у уговорним правима и обавезама које нису нужно економски валоризована? У случају потврдног одговора, како би ту несразумеру требало утврдити.

Овај аспект проблематике су у домаћем дискурсу актуелизовали бројни спорови за утврђење ништавости одредбе уговора о кредиту којом је предвиђена обавеза корисника кредита да плати накнаду на име тршкова обраде кредита. Један од аргумената на који су се корисници кредита позивали у овим споровима тицао се одсуства одговарајуће еквиваленције између оног што су корисници кредита платили банци на име трошкова обраде кредита и заузврат пружених услуга банке у сврху обраде кредита. Поводом ових одредаба покренуто је на хиљаде судских поступака који су извазвали „загушење“ парничних одељења судова. Овај проблем држава је најпре покушала да реши изменама правила парничног поступка, потом аутентичним тумачењем чл. 1066, ст, 2 ЗОО,[764] да би „сага“ била (неславно) окончана допунским ставом ВКС. Прилично неуобичајено, након усвајања првог правног става из маја 2018. године, ВКС је септембра 2021. године поводом исте уговорне одредбе усвојио допунски правни став. Овакав рзавој догађаја

[761] H. Krejci у: P. Rummel, M. Lukas (Hrsg), (2014), 191.
[762] *Ibid*.
[763] M. Živković (2018), 34; Правни став усвојен на седници Грађанског одељења ВКС одржаној 16.09.2021. године, стр. 5, други пасус.
[764] Предлог Одбора за уставна питања и законодавство Народне скупштине (04 бр: 011-1222/21) од 5. јула 2021. за аутентично тумачења одредбе чл. 1066 ст. 2 ЗОО.

наишао је на одијум корисника кредита, удружења за заштиту потрошача, адвокатске професије[765] и упућене јавности.

Аргументи који су у вези са овим правним питањем понуђени у теорији, а којима се у коначници приклонио и ВКС, претежно су дати из перспективе института класичног уговорног права, иако је било неспорно да се у конкретном случају радило о споредној одредби уговора по приступу, који се у великом броју случајева могао квалификовати и као потрошачки уговор. На оним местима на којима је правни став образлаган са становишта неправичних одредаба потрошачких уговора, понуђена је неконклузивна аргументација.[766]

Поводом теоријског преиспитивања пуноважности ове одредбе уговора о кредиру *Живковић* је још 2018. године (дакле, пуно пре усвајања допунског става ВКС) био става да „суд не би могао да се позове на чл. 15 ЗОО ако жели да образложи став о ништавости одредбе о накнади трошкова обраде кредита, већ, ако нађе да је начело еквиваленције заиста повређено, мора да се позове на неке од одредаба које за последицу повреде начела еквиваленције предвиђају санкцију ништавости, што није био случај. Други проблем с позивањем на чл. 15 је тај да се повреда начела еквиваленције, по правилу, не утврђује за сваки елемент уговора појединачно, већ се односи на целокупан уговор.“[767]

Идентичан аргумент – додуше без навођења извора, што је, нажалост устаљена пракса у домаћој јудикатури[768] – проналазимо и у образложењу правног става ВКС из 2021. године:

„У погледу начела једнаке вредности узајманих давања из члана 15. ЗОО, треба водити рачуна о томе да се законом одређује у којим случајевима нарушавање тог начела повлачи правне последице (нпр. код прекомерног оштећења, зеленашких уговора итд.). Да би одредбом уговора о кредиту којим је корисник кредита обавезан на плаћање трошкова обраде кредита било повређено начело еквиваленције, морало би бити утврђено да је до нарушавања тог начела дошло у неком од законом прописаних случајева, на пример да се

[765] В. Саопштење Управног одбора АКВ од 01.10.2021. – Апсурдни поступци Врховног касационог суда, https://akv.org.rs/wp-content/uploads/2021/10/Saopstenje-AK-Vojvodine-01-10-2021-godine.pdf (5.8.2022.)
[766] Sloboda Midorović (2022), 149-158.
[767] M. Živković (2018), 34.
[768] Marko S. Knežević, “The Citation Prohibition of the Case Law and Jurisprudence in Serbian Court Decisions: Matter of Tradition or Matter of Dogma?”, *2. International Scientific Conference “Legal Tradition and New Legal Challenges”*, Novi Sad: Faculty of Law, 1-2 October, 2020, 60-61.

ради о зеленашком уговору. Осим тога, повреда начела еквиваленције се првенствено односи на уговор у целини, а не на поједине његове одредбе.“[769]

У вези са ставовима изнетим у домаћој теорији којима се приклонила и највиша судска инстанца, потребно је разјаснити две ствари. Најпре, да ли ЗОО, или евентуално неки *lex specialis* из материје уговорног права уређује последице повреде начела еквиваленције у контексту споредних одредаба уговора по приступу (на овом месту се првенствено концентришемо на уговоре по приступу, јер су такви били уговори о кредиту поводом којих се поставило ово спорно питање). И под два, да ли је исправна тврдња да се повреда начела еквиваленције редовно испитује само глобално, то јест са становишта уговорног поретка као целине, а не и у односу на сваку његову појединачну одредбу.[770]

Пре него што одговоримо на ова питања, даћемо неколико претходних напомена о начелу еквиваленције и пољу његове примене у контексту општег уговорног права. Као што је познато, реч је о (диференцијалном) начелу грађанског права проистеклом из (општег) начела правичности које се везује за синалагматичне и комутативне уговоре.[771] Оно представља еманацију виђења о томе шта правни поредак не би требало да толерише као изразито неправично. С обзиром на то да би његова примена без конкретнијих смерница представљала опасност за слободу уговарања и сигурност правног промета, законодавац је лимитирао могућност суда да своју одлуку директно заснује на повреди начела еквиваленције.[772] Уместо тога, његова повреда може резултирати одговарајућим правним последицама само онда када закон то одређује (чл. 15, ст. 2 ЗОО).

Начело еквивалентности је идеја водиља неколико грађанскоправних института попут: зленашких угвора (чл. 141 ЗОО); прекомерног оштећења (чл. 139 ЗОО); промењених околности (чл. 133 ЗОО), снижења цене у случају постојања правних или материјалних недостатака (чл. 488, ст. 1 и чл. 510, ст. 1 ЗОО).[773] Од свих наведених института, са становишта пуноважности уговора, меродавни су институти зеленашког уговора и *laesio enormis*. По природи ствари, последице које повлачи повреда овог начела нису исте, будући да нису исти ни услови који треба да се стекну да би поремећај

[769] Правни став усвојен на седници Грађанског одељења ВКС одржаној 16.09.2021. године, стр. 5, други пасус.
[770] M. Živković (2018), 34.
[771] Д. Николић (2020), 130.
[772] M. Živković (2018), 34; S. Perović (2007), 67.
[773] S. Perović (2007), 69.

равнотеже између узајамних престација уговарача био правно релевантан. Ако бисмо покушали да уопштимо случајеве у којима повреда овог начела повлачи одговарајуће последице, могли бисмо најпре рећи да није релевантна свака повреда начела еквиваленције, а чак ни тада – дакле када повреда прелази захтевани праг – она сама по себи није довољна. Уместо повреде начела еквиваленције *per se*, законодавац захтева и испуњеност додатних, субјективних услова да би одговарајућа правна последица могла да наступи.[774]

Код свих института који представљају рефлексију начела еквивалентности делује да је законодавац имао у виду одговарајућу несразмеру између узајамних обавеза уговарача које проистичу из објективно битних одредаба уговора. Код зеленашког уговора то би, примера ради, била закупнина чија је висина у очигледној несразмери са (тржишном) вредношћу закупљене ствари коју је закупац пристао да плати у нужди.[775] Међутим, када говоримо о масовном правном саобраћају који се због брзине контрахирања и из практичних разлога редовно одвија закључењем адхезионих уговора, изузетно ће се ретко десити да је спорна нека његова објективно битна одредба. Ако и дође до спора, он ће, по правилу, свој корен имати у некој субјективно битној или споредној одредби уговора. Као што смо већ истакли, уколико би се проблем јавио у вези са објективно битном одредбом уговора, примена института делимичне ништавости не би била ни теоријски замислива. Тада би се, евентуално, настали проблем могао решити или ништавошћу уговора у целости или на основу неке од одредаба којима законодавац изричито уређује могућност редукције главне престације.

Када се наведено има у виду, делује да би се тешко одрживо могло аргументовати да у односу на *главне уговорне престације* нису испуњени услови очигледне несразмере и са њима повезани субјективни услови који повлаче примену чл. 141 ЗОО, а да су они испуњени у односу на неке *споредне одредбе уговора*. Да ли то онда значи да споредне одредбе уговора не могу бити проблематичне са становишта одговарајуће сразмере? То јест, да ли се то може схватити тако да је довољно да се стипулант потруди да битне одредбе уговора формулише тако да оне задовољавају захтеве еквиваленције, а да је то питање, практично, ирелевантно са становишта споредних уговорних одредаба? Да ли то,

[774] R. Zimmermann (1990), 268 и 269; H. Koziol (1988), 193-195.
[775] BGE 123 III 292.

последично, значи да са становишта сразмере узајамних престација стипулант у споредним уговорним одредбама може да предвиди било шта, не обазирући се на начело еквиваленције.

На основу реченог би се могао стећи утисак да у вези са споредним уговорним одредбама нема места примени начела еквивалентности, на начин на који је оно нормирано у чл. 15 ЗОО и конкретизован кроз институте ЗОО о којима је било речи.

Но, да ли постоји неки други институт ЗОО који би био примеренији за испитивање одговарајуће сразмере између права и обавеза које проистичу из споредних одредаба уговора по приступу? И поврх тога, да ли постоји неки специјални закон који уређује последице повреде овог начела?

Да би се системски разумео став законодавца по питању пуноважности споредних одредаба уговора по приступу, није довољно посматрати их у контексту еквиваленције узајамних давања онда када су она вредносно квантификована. Уместо тога, делује да би пуноважност споредних одредаба у контексту овог начела требало доживљавати шире – као симетрију у уговорним позицијама поводом конкретних права.

Наш законодавац је био свестан овог аспекта проблематике и уредио га је најпре индиректно у контексту општих услова формуларних уговора, а потом и непосредно у светлу потрошачких уговора. Тако је у чл. 143, ст. 2 ЗОО, чији је рубрум *Ништавост неких одредби општих услова*, између осталог, предвиђено да ће суд одбити примену (иначе) неправичних одредаба формуларних уговора. Иако рубрум овог члан не би требало да оставља дилеме да је законодавац за неправичне одредбе формуларних уговора предвидео последицу ништавости, у домаћој теорији постоји и другачије схватање. Тако *Живковић* на основу терминолошке диференцијације чл. 143, ст. 1 ЗОО – „ништаве су“, у односу на ст. 2 – „суд може одбити примену појединих одредби општих услова“, изводи закључак да се другим ставом уместо о ништавим одредбама уговора ради о случајевима природне облигације.[776] Последично, оно што је испуњено на име неправичних одредаба општих услова адхезионих уговора не може се вратити по основу кондикције.[777] Ово схватање ће бити преиспитано у делу рада посвећеном последицама ништавости

[776] M. Živković (2018), 38.
[777] *Ibid*.

појединих уговорних одредаба.[778] Овде ћемо се само задржати на констатацији да домаћа теорија принципијелно полази од тога да је на основу чл. 143, ст, 2 ЗОО у домаће право унет стандард неправичних (споредних) одредаба уговора по приступу.[779] Реч је о стандарду који је примењив независно од тога да ли уговору приступа трговац (*business to business contracts*: B2B) или потрошач (*business to consumers contracts*: B2C).[780]

У вези са стандарадом неправичних одредаба општих услова намеће се питање садржине којом се он испуњава. То јест, да ли се у њега могу „учитати" и случајеви повреде начела еквиваленције, и то не само оне економски изражене, већ и у смислу одговарајуће симетрије у правима уговарача. Да ли се управо стандард неправичних одредаба из чл. 143, ст. 2 ЗОО може схватити као рефлексија начела еквиваленције из чл. 15 ЗОО?[781] Уношењем појма неправичне одредабе у материју адхезионих уговора законодавац је имао намеру да обухвати све оне одредбе које би значиле изразиту асмитерију у правима и обавезама на релацији стипулант – адхерант. Таква би, примера ради, била одредба којом се стипуланту даје право да под одређеним условима једнострано раскине уговор, а да се при томе идентично право ускраћује адхеранту.[782]

Иако сам ЗОО не даје непосредно одговор на питање о односу начела еквиваленције и института неправичних одредаба општих услова, јасан индикатор о њиховој повезаности налазимо у чл. 42 ЗЗП. Њиме је најпре нормирана последица неправичних одредаба потрошачких уговора у виду ништавости, док је у другом ставу чл. садржан општи појам неправичних уговорних одредаба. Сходно њему, неправична је „свака одредба која, противно начелу савесности и поштења има за последицу *значајну несразмеру у правима и обавезама* уговорних страна на штету потрошача" (нагласила: С.

[778] В. поднаслов 11.2.
[779] М. Вукотић, 380.
[780] Marija Karanikić Mirić, „Nepravične odredbe u ugovornom pravu Republike Srbije", *Forum za građansko pravo za jugoistočnu Evropu*: *izbor radova i analiza*, Druga regionalna konferencija, Sokplje, 2012, Knjiga II, 220.
[781] У аустријској доктрини *Крејчи* изричито наводи § 879, ст. 3 АБГБ као рефлексију уважавања поремећаја равнотеже (еквиваленције) у престацијама које проистичу из споредних одредаба општих услова пословања и формуларних уговора. § 879, ст. 3 АБГБ гласи: „Одредба садржана у општим условима пословања или формуларном уговору, која не дефинише једну од главних престација, ништава је ако, узимајући у обзир све околности случаја, грубо штети једној уговорној страни." *Крејчи* додаје и да је § 879, ст. 3 конкретизован кроз низ одредаба аустријског Закона о заштити потрошача (*Konsumentenschutzgesetz*). H. Krejci у: P. Rummel, M. Lukas (Hrsg), (2014), 190.
[782] H. Krejci у: P. Rummel, M. Lukas (Hrsg), (2014), 270. *Крејчи* захтев за симетријом илуструје и на следећи начин: „Ако се у уговору о каско осигурању предвиђа прилагођавање износа премије спрам тока штетних догађаја, онда би повећању премије у случају реализације осигураног ризика требало да одговара снижење премије у случају да осигурани ризик изостане." H. Krejci у: P. Rummel, M. Lukas (Hrsg), (2014), 279.

М.).[783] Цитирани члан, по свему судећи, упућује на то да законодавац условљава пуноважност (споредних) одредаба потрошачких уговора одговарајућом сразмером у правима и обавезама његових страна.

У вези са претходно изнетим питањима, чл. 42, ст. 2 ЗЗП најпре јасно упућује на то да су у позитивном праву Републике Србије изричито уређене правне последице повреде начела еквиваленције у контексту потрошачких уговора, на основу чега закључујемо да је испуњен захтев из чл. 15, ст. 2 ЗОО.[784] С друге стране, самим тим што се изричито говори о неправичним *уговорним одредбама*, а не о неправичности самог *уговора* указује на то да одговарајућа сразмера није питање које се, по правилу, тиче уговора као целине, већ да се о њој мора водити рачуна и на нивоу споредних одредаба уговора. Уз то, примери неправичних уговорних одредаба (црна листа из чл. 43 и сива листа из чл. 44 ЗЗП) указују на то да се под сразмером у првом реду мисли на симетрију у правима и обавезама, односно несразмера редовно нема (непосредни) економски израз, што не значи да примена неправичне одредбе уговора не би за потрошача могла представљати економски терет.[785]

Оно што још остаје да се разјасни јесте да ли се у оквиру стандарда *значајне несразмере у правима и обавезама* страна потрошачких уговора могу испитивати и економски валоризоване споредне уговорне оредбе. Наиме, правилна примена стандарда *значајне несразмере у правима и обавезама на штету потрошача* условљена је и исправним схватањем његовог домашаја. С тим у вези, битно је испитати да ли је у српском праву искључена примена овог стандарда у односу на одредбе потрошачких уговора којима је уређено питање цене и/или накнаде коју потрошач треба да плати за купљену робу или пружену услугу. Ово је битно испитати имајући у виду текст Директиве

[783] Овај институт се посредством чл. 41, ст. 6 ЗЗКФУ примењује и на кориснике финансијских услуга и то не само онда када се они сматрају потрошачима у смислу ЗЗП (чл. 5, ст. 1, тач. 1 ЗЗП), него и онда када се у улози корисника финансијских услуга јављају предузетници и пољопривредници као носиоци и чланови породичног пољопривредног газдинства (чл. 2, ст, 1, тач. 9 ЗЗКФУ).

[784] Тако и *Караникић Мирић*: „Потпуна ништавост неправичних одредаба у потрошачким уговорима може се разумети као посебна грађанскоправна санкција за повреду начела еквивалентности узајамних давања.“ M. Karanikić Mirić (2009), 144.

[785] Примера ради, одредба уговора којом се предвиђа да ће у случају спора између трговца и потрошача месно надлежан бити суд у месту седишта трговца, уместо према пребивалишту потрошача, у резултату може значити економски терет за потрошача у виду путних трошкова којима би морао да се изложи да би уопште приступио суду и тражио заштиту својих права. M. Đurđević (2001), 52 и 53.

93/13/ЕЕЗ која је послужила као извор инспирације за увођење института неправичних одредаба потрошачких уговора у српски правни систем.[786]

Чл. 4(2) Директиве гласи: „Процена о томе јесу ли неке одредбе неправичне не односи се на дефиницију главног предмета уговора ни на примереност цене и накнаде на једној страни, и испоручене услуге и робу, на другој, све док су те одредбе јасно и разумљиво састављене.“ Из овог члана је видљиво да су према тексту Директиве из контроле правичности искључене одредбе потрошачких уговора којима се уређују главне обавезе и којима се уређује питање цене или накнаде за пружену услугу или испоручену робу. У вези са чл. 4(2) Директиве најпре треба истаћи да наш законодавац није имплементирао његово решење у ЗЗП. Дакле, за разлику од Директиве 93/13, ЗЗП не искључује главне одредбе потрошачког уговора из домашаја судске контроле правичности, нити то чини по питању примерености цене и накнаде за купљену робу, то јест прибављене услуге. То је могуће будући да је реч о Директиви која је усмерена на постизање минималне хармонизације[787] потрошачког уговорног права држава чланица, као и држава које су кандидати за чланство у ЕУ. Другим речима, ЗЗП предвиђа строжу контролу правичности уговорних одредаба потрошачких уговора него што је то предвиђено Директивом 93/13.[788]

Ова опаска је релевантна будући да је у образложењу допунског става поводом накнаде трошкова обраде кредита ВКС искористио аргумент СПЕУ који рефлектује 4(2) Директиве,[789] који гласи: „Плаћање накнаде за одобравање кредита не подлеже провери евентуалне непоштености, јер не постоје никакве таблице или правни критеријуми који би могли дати оквир и смернице провери примерености висине те накнаде“. Иако ово јесте један од аргумената СПЕУ, није примерено да га наш суд преузима будући да он не осликава позитивна решења домаћег права. Другим речима, став који преузима ВКС је противан правнополитичком опредељењу нашег законодавца да се допусти што шира

[786] Институт неправичних одредаба потрошачких уговора, по узору на Директиву 93/13/ЕЕЗ, уведен је у српско потрошачко право 2010. године чл. 46-48 Закона о заштити потрошача, *Службени гласник* РС, бр. 73/2010.
[787] То значи да државе чланице у поступку имплементације решења Директиве у своје националне правне системе имају право да усвоје или задрже строжа правила или да прошире њихов домашај како би се постигао виши степен заштите потрошача на националном нивоу.
[788] M. Karanikić Mirić (2012), 225, 226.
[789] Одлука СПЕУ од 3. септембра 2020. у спојеним случајевима C-84/19, C-222/19 и C-252/19, *Profi Credit Polska SA v QJ* (C-84/19); *BW v DR* (C-222/19), и *QL v CG* (C-252/19), пара. 79.

контрола правичности одредаба потрошачких уговора. Искључење адекватности цене/накнаде из домашаја контроле правичности може да предвиди само законодавац, то право не припада суду.[790] У сваком случају, цитирани аргумент СПЕУ се односио на образложење искључење из контроле правичности главних одредаба потрошачких уговора, што одредба о накнадни трошкова кредита свакако није.[791]

Будући да критеријум *значајне несразмере* у правима и обавезама из чл. 42 ЗЗП потиче из комунитарног права, потребно је расветлити како се он примењује у пракси СПЕУ, то јест како се испитује да ли се конкретна (споредна) одредба потрошачког уговора огрешује о овај нормативни критеријум контроле правичности. О томе ће бити више речи у делу рада који ће бити посвећен неправичним одредбама потрошачких уговора.[792]

На основу претходно реченог делује нам да се у домаћим оквирима однос начела еквиваленције и ништавости споредних одредаба уговора по приступу настојао расветлети уз помоћ института општег уговорног права. На тај начин се, по нашем мишљењу погрешно, споредне одредбе типских уговора настоје укалупити у правне установе које су изграђене по узору на архетипски модел контрахирања.[793] Некритичко транспоновање института класичног уговорног права на уговоре по приступу, по нашем мишљењу представља погрешан пут у трагању за адекватним решењем. Уместо тражења упоришта у традиционалним институтима општег уговорног права којима се конкретизује начело еквиваленције, код адхезионих, а нарочито потрошачких уговора, потребно је ослонити се на правни стандард неправичних одредаба и критеријуме на којима он почива. При томе је критеријуме неправичних одредаба из ЗЗП потребно разумети у духу комунитарног права – Директиве 93/13 и праксе СПЕУ изграђене у њеној вишедеценијској примени. Преузимање аргументације из праксе СПЕУ само по себи није погрешно. Међутим, оно има смисла и оправдано је само онда када се домаћи суд реферише на аргументе СПЕУ који су изграђени у вези са применом решења Директиве које је наша земља имплементирала у свој правни систем. Преузимање аргумената СПЕУ у делу који не

[790] S. Midorović (2022), 151-153.
[791] Више о томе в. поднаслов 13.5.
[792] В. поднаслове 13.6.1 и 13.6.2.
[793] *Ђурђевић* истиче да „[о]бјективно право на уговоре по приступу гледа другачије него на уговоре са споразумно одређеном садржином и за њих предвиђа другачија правила управо због специфичности пристанка који садржи адхезија.“ M. Đurđević (2001), 87.

осликава позитивноправна решења домаћег права, уместо примене решења ЗЗП, има за последицу судску „дисторзију“ његовог текста, а самим тим и *contra legem* дистанцирање од законодавчевих вредновања.

Опреза ради истичемо да се овом констатацијом не изјашњавамо негативно по питању *de lege ferenda* искључења из судске контроле питања правичности одредаба потрошачких уговора којима се уређује цена/накнада која се плаћа за испоручену робу или пружену услугу. Та могућност стоји на располагању нашем законодавцу и зависиће од његове правнополитичке одлуке по питању степена заштите коју треба да уживају потрошачи у Србији. У сваком случају, то је правно питање поводом кога свој став треба да заузме законописац, а не судска пракса.

Свиме што је до сада речено, не сугеришемо да је исход допунског правног става ВКС о питању допуштености одредбе о накнади трошкова обраде кредита неисправан. Оно што у вези са њим завређује критику јесте пут којим се до њега дошло, то јест неконклузивност аргументације коју је ВКС понудио у образложењу свог става.

# 9. ПРЕТПОСТАВКЕ ЗА ПРИМЕНУ ИНСТИТУТА ДЕЛИМИЧНЕ НИШТАВОСТИ УГОВОРА

Примена института делимичне ништавости уговора подразумева испуњеност одређених претпоставки. Њих можемо разврстати у опште и посебне у зависности од тога да ли се срећу код свих или само појединих модалитета делимичне ништавости. У зависности од тога какав утицај воља уговарача има са становишта њихове испуњености, претпоставке се могу поделити на објективне и субјективне.[794]

Од општих претпоставки, пре свега је потребно да је уговор закључен. Осим сагласности о битном, уговор треба да садржи и друге одредбе, при чему се, по правилу, ради о једном јединственом уговору, а не о већем броју уговора који су садржани у истој исправи.

Затим је потребно да уговор садржи недостатак који завређује квалификатив ништавости. Тај недостатак по свом домашају не сме бити такав да захвата „ткиво“ уговора у целости. Уместо тога, реч је о недостатку који се може локализовати на одређени део уговора. Отуда се дељивост уговора и уговорне клаузуле јавља као предуслов за примену делимиче ништавости.

Принципијелно, у теорији није спорно да је примена института делимичне ништавости могућа онда када се ништавом испостави нека споредна одредба (тачка) уговора. Исто тако, начелно није спорно ни то да је делимична ништавост искључена у случају да се ништавом испостави нека објективно битна одредба уговора. Као што смо видели, тада је евентуално могућа редукција главне престације, под условом да у закону постоји одговарајући основ и да су у конкретном случају испуњени законом прописани услови.[795] Иако у резултату случајеви законски нормиране редукције главних престација наликују делимичној ништавости,[796] њих не треба поистовећивати. Чак и када би се у контексту редукције главне престације на основу законског овлашћења говорило о томе да је тада главна престација (нпр. зеленашка камата) делимично ништава, тада се не би

[794] P. Gauch, W. R. Schluep, 152.
[795] О томе је било речи у оквиру поднаслова 7.1.
[796] *П. Бидлински* могућност редукције камате код уговора о кредиту на основу изричите одредбе §7 II Закона о зеленашењу означава „случајем делимичне ништавости на основу закона.“ P. Bydlinski (2010), 157.

мислило на делимичну ништавост коју уређује чл. 105 ЗОО. Оно на шта теорија даје различите одговоре јесте питање да ли је примена делимичне ништавости могућа у хипотези ништавости субјективно битне одредбе уговора.

Такође, у теорији је спорно и да ли савесност уговарача утиче на примену института делимичне ништавости.

У делу рада у коме је било речи о аутономији воље и слободи уговарања, истакнуто је да оно што преостане након одстрањивања ништавог дела не сме бити наметнуто уговарачима против њихове воље. У том смислу воља контрахената за парцијалном пуноважношћу уговора представља услов (судске и вољне) делимичне ништавости.

## 9.1. Постојање уговора

Перспектива за примену делимичне ништавости постоји само под условом да је уговор закључен. Када ће се уговор сматрати закљученим, првенствено зависи од тога да ли је по среди именован или неименован уговор.[797] Закључење именованих уговора у нашем праву подразумева постизање сагласност уговорних страна о битним састојцима уговора (чл. 26 ЗОО).[798] Тиме се наш законодавац определио за новије схватање у поређењу са традиционалним учењем према коме се уговор доживљавао као „сагласност о свему о чему су стране преговарале.“[799] То значи да понуда за закључење уговора мора да садржи најмање битне састојке, а уговор ће се сматрати закљученим онда када понудилац прими изјаву понуђеног о прихвату понуде (чл. 31, ст. 1 ЗОО). Ако се понуда односи на закључење неког формалног уговора, она обавезује понудиоца само ако је учињена у форми коју закон захтева за ту врсту уговора. Исто тако и прихват понуде обавезује понуђеног само ако је дат у форми која се према закону захтева за закључење одређеног уговора (чл. 38 ЗОО).

Које тачно елементе понуда треба да садржи да би, у случају прихватања, могла да резултира закључењем уговора, сазнаје се на основу норми закона којима је регулисан одговарајући уговор. Изузетно, понуда неће морати да садржи све објективно битне

[797] M. Živković (2006), 176.
[798] *Орлић* прецизира да се под битним елементима уговора „не мисли о општим захтевима за пуноважност свих уговора, него о питањима о којима је потребно постићи сагласност ради закључења одређеног уговора.“ М. Орлић (1993), 246.
[799] M. Živković (2006), 195.

елементе уговора, уколико недостајући елемент може да одреди суд у складу са законом или обичајима. „У случају да закон или обичај овлашћују суд да неки елемент уговора, који је иначе типолошко обележје тог уговора, уреди самостално ако га стране не одреде, онда тај елемент остаје објективно битан, али га је сам пропис учинио одредивим у случају да стране о њему ћуте.“[800]

Ако је по среди неименовани уговор, минимални обим сагласности представља језгро уговора, „које га чини смисленом целином“.[801] Оно је шире од објективно битних елемената уговора, будући да у том случају не постоје диспозитивне одредбе[802] које ће допунити вољу уговарача.[803]

Иако је сагласност о битном нужна и довољна за закључење уговора,[804] она није довољна да би се у вези са њим поставило питање делимичне ништавости. По природи ствари, питање ништавости неке или појединих одредаба уговора може се јавити само у вези са уговорима који су састављени од већег броја клаузула (неки примери из стране јудикатуре релативизују овај услов, о чему ће касније бити речи).[805] Поврх тога, по правилу се захтева да све клаузуле чине део јединственог уговора, а не да се ради о више уговора који су садржани у истој исправи.[806]

Када је реч о типским уговорима који упућују на опште услове пословања стипуланта, постоје посебна правила. Да би се уопште могла испитивати пуноважност општих услова пословања на које се стипулант позива, потребно је испитати да ли су они интегрисани у уговор на одговарајући начин (да ли су они били објављени на уобичајени начин тако да се адхерант могао упознати са њиховом садржином и да ли је њему на одговарајући начин скренута пажња да се они сматрају саставним делом уговора).[807] За интеграцију општих услова у уговор, њихов корисник је у најмању руку морао омогућити адхеранту да се упозна са њиховом садржином. Тек ако су општи услови постали део уговора, може се јавити питање њихове пуноважности. Отуда се у теорији прави разлика

---

[800] M. Živković (2006), 203.
[801] *Ibid*.
[802] Додуше, ако је неименовани уговор сличан неком именованом уговору, не би *a priori* била искључена аналогна примена диспозитивних законских одредаба.
[803] M. Živković (2006), 203.
[804] М. Орлић (1993), 245.
[805] V. Krulj у: B. T. Blagojević, V. Krulj (Red.) (1980), 310.
[806] H. Roth у: Staudinger (2020), 27. О могућности аналогне примене делимичне ништавости на повезане уговора в. поднаслов 4.5.
[807] М. Ђурђевић, Д. Павић, 59.

између контроле важења општих услова - чл. 142 ЗОО (нем. *Geltungskontrolle*) и контроле њихове пуноважности – 143 ЗОО (нем. *Inhaltskontrolle*), а између ове две фазе јавља се и контрола тумачења општих услова – чл. 100 ЗОО (нем. *Auslegungskontrolle*).[808]

Иако је интегрисање општих услова уговора претпоставка за „стављање под лупу“ њихове пуноважности, у теорији се истиче да контрола важења општих услова, као посебна фаза, губи на значају када се узме у обзир ноторна чињеница да већина адхераната приступа уговору без њиховог читања.[809] Иако је то тачно, не треба се олако одрећи концепта контроле важења јер би суду било упоредивно лакше да питање (не)обавезности клаузуле општих услова расправи већ на том нивоу; тада суд не би морао да се упушта у њихову садржину тако да би спор био окончан утврђењем суда да нека клаузула није ни постала део уговора. Мало је вероватно да ће се ово десити у пракси, јер стипуланти воде рачуна о томе да кроз текст типског уговора упуте на примену општих услова. У условима дигитализације бројних садржаја, стипуланти ће овај услов једноставно успети да докажу, будући да без одговарајућег „клика“ који персонификује формалну сагласност на услове коришћења, потенцијални корисник неће моћи да користи жељени дигитални садржај.

У вези са типским уговорима, може се поставити питање односа „интеграције“, то јест уношења одређене одредбе у уговор са њеном пуноважношћу. С тим у вези треба преиспитати тврдњу да је нека одредба уговора по приступу пуноважна на основу тога што је преко понуде за закључење уговора, коју је адхерант *en bloc* прихватио,[810] постала интегрални део уговора. Ово питање актуелизовала је допуна правног става ВКС о дозвољености уговарања трошкова кредита из септембра 2021. године.[811] Први пасус тог правног става гласи: “[б]анка има право на наплату трошкова и накнада банкарских услуга, па одредба уговора о кредиту којом се корисник кредита обавезује да банци плати трошкове кредита *није ништава под условом да је понуда банке садржала јасне и недвосмислене податке о трошковима кредита*“ (нагласила С. М.). Према нашем

[808] A. Dedual, 262, 267.
[809] G. Mäsch у: Staudinger (2019), 19.
[810] Како истиче *Ђурђевић* „адхезија садржи пристанак на опште услове уцело – *en bloc*, не зато што адхерант тако хоће, него зато што мора јер је свестан да о општим условима не може да дискутује. У супротном неће закључити уговор чијим извршењем очекује да добије престацију за којом има потребу.“ М. Đurđević (2001), 84 и 85.
[811] Први пасус Допуне правног става усвојеног на седници Грађанског одељења ВКС одржаној 16.09.2021. године.

мишљењу крајње је неубедљива тврдња да нека одредба типског уговора није ништава ако је била садржана у понуди за закључење уговора и ако је јасно и недвосмислено формулисана. Наиме, то што је нека одредба попут одредбе о трошковима (обраде) кредита садржана у понуди за закључење уговора о кредиту, сигнализира само то да се суд може упустити у разматрање њене пуноважности. Да она није била садржана у понуди за закључење уговора, спорна клаузула не би ни постала део уговора о кредиту, а тада се не би ни могло поставити питање њене пуноважности. Тврдити да нека одредба није ништава (позитивно формулисано – да је пуноважна) зато што је понуђени могао да се упозна са њеном садржином на основу текста понуде и због тога што је она била транспарентна, није суштински одговор на питање њене пуноважности, него пре начин да се он (невешто) избегне. Ако је нека одредба постала интегрални део типског уговора (контрола важења) и ако је она транспарентна (контрола тумачења), то значи само да њена обевезност није упитна на „нижим“ нивоима контроле – контроле важења и контроле тумачења, али то, само по себи, још ништа не говори о њеној (не)пуноважности са становишта садржинске контроле.[812]

На садржинску контролу општих услова не утиче то што их је одобрио надлежни орган (нпр. одобрење општих услова банака и других финансијских организација од стране Народне банке Србије). То, другим речима значи да одобрење општих услова пословања неког привредног субјекта од стране надлежног органа не прејудицира став суда по питању њихове пуноважности (чл. 143, ст. 1 ЗОО). Отуда позивање на одобрења општих услова од стране надлежног органа у потенцијалном спору поводом испитивања пуноважности неке њихове одредбе нема снагу да определи исход спора.

### 9.2. Постојање и домашај узрока ништавости

Осим постојања уговора, за примену института делимичне ништавости потребно је да постоји одређени узрок ништавости. Ниједан правни поредак принципијелно не толерише уговоре, па самим тим ни уговорне клаузуле које се огрешују о императивне норме и принципе тог поретка.[813] О којим нормама и принципима се ради, заиависи од

[812] За немачко право исту констатацију истиче и *Меш*: „Оно што према §§ 305-305ц није постало деу уговора, нема потребе да се процењује са становишта §§ 307-309. (13)“ G. Mäsch у: Staudinger (2019), 13.
[813] H. Krejci у: P. Rummel, M. Lukas (Hrsg), (2014), 167.

воље сваког законодавца понаособ. У сваком случају, ништавошћу се санкционише прекорачење граница слободе уговарања лишавањем дејства уговорних одредаба које су у супротности са тим границама.[814] Отуда, у српском праву чл. 105 ЗОО не може бити примењен сâм за себе, него тек на основу његовог довођења у везу са неком одредбом позитивног права чија повреда повлачи последицу ништавости.

У вези са домашајем узрока ништавости, скрећемо пажњу на то да се у чл. 105 ЗОО говори о ништавости *одредбе уговора*, док, БГБ и ШОР говоре о ништавости *дела уговора* (нем. §139 БГБ *ein Teil eines Rechtsgeschäfts,* чл. 20, ст. 2 ШОР *einzelne Teile des Vertrages*). Упркос овом језичком нијансирању, суштинске разлике изеђу ових формулација које би могле да се одразе на практичном плану, не би требало да постоје. Наиме, и у германским земљама се полази од тога да се *део уговора* односи на уговорну одредбу коју спомиње ЗОО.[815] Осим тога, телеолошком редукцијом чл. 105 ЗОО *одредба уговора* се под одређеним условима може разумети и као *део* (*одредбе*) *уговора*.

У чему се може састојати узрок ништавости у контексту уговорне клаузуле, ЗОО као ни друге грађанске кодификације не дају одговор. Другим речима, законодавства која уређују институт делимичне ништавости уговора нису склона да у вези са њим *a priori* искључе неки од могућих узрока ништавости.[816] У том смислу, у контексту уговора, долазе у обзир сви могући „генератори“ ништавости из чл. 103, ст. 1 ЗОО у виду повреде принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја. Ове апстрактне узроке делимичне ништавости законодавац операционализује прописивањем низа конкретних забрана.[817] Међутим, специјалне законске забране не умањују значај генералне клаузуле о ништавости из чл. 103, ст. 1 ЗОО, па ни делимичне ништавости из чл. 105 ЗОО. Другим речима, чак и онда када оспорена уговорна одредба не испуњава „све услове из диспозиције (нем. *Tatbestand*) неке конкретне забране“[818], суд ће бити дужан да испита њену пуноважност на основу „критеријума садржинске контроле“[819] који проистичу из генералне калузуле о ништавости из чл. 103, ст. 1 ЗОО.

---

[814] H. Krejci у: P. Rummel, M. Lukas (Hrsg), (2014), 167.
[815] R. Hürlimann, 1.
[816] H. Heiss, 224.
[817] А. Дудаш (2010), 153.
[818] A. Illedits, 22.
[819] E. A. Kramer у: BernKo (1991), 58.

По правилу се код делимичне ништавости уговора узроци ништавости везују за садржину оног што је уговорено, а не за форму у којој је нешто уговорено. Но, као што смо видели, повреда форме није искључена као могући узрок делимичне ништавости у случају аналогне примене чл. 105 ЗОО на повезане уговоре.[820]

Узрок ништавости је релативно лако идентификовати у случају грубих повреда општих граница слободе уговарања. Међутим, осим грубих повреда постоје и повреде слабијег интензитета. Ради се о тзв. „граничним случајевима“ код којих није једноставно повући јасну границу између допуштеног и недопуштеног.[821] У тим случајевима суд нарочито треба да се потруди да квалитетом своје аргументације убеди упућеног читаоца у свој став о (не)допуштености конкретне клаузуле.

Посматрано са становишта временског хоризонта, постојање узрока ништавости цени се спрам императивних норми, схватања добрих обичаја и садржине јавног поретка који су били меродавни у моменту закључења уговора. Евентуално касније уведене забране могу имати утицај на пуноважност клаузула које су садржане у уговорима закљученим пре ступања на снагу прописа којима су оне предвиђене само ако је законом изричито предвиђена њихова ретроактивна примена на уставноконфоран начин (чл. 197, ст. 2 Устава Републике Србије – Устав РС).[822]

Ово у теорији начелно није спорно. Но, у домаћој доктрини се може наићи и на супротне тврдње. Примера ради, према *Ковачевић Куштримовић* и *Лазићу* принцип *utile per inutile non vitiatur* „значи да ништавост не погађа цео правни посао, осим ако се ради о клаузулама које су у супротности са јавним поретком, принудним прописима и добрим обичајима.“[823] Када би се цитирана реченица из одричне претворила у потврдну, она би гласила да ће правни посао бити ништав у целости ако је у њему садржана клаузула која је

---

[820] H. Roth у: Staudinger (2020), 25 и 26. О примени делимичне ништавости на повезане уговоре в. поднаслов 4.5.

[821] О. Антић (2004), 82.

[822] *Службени гласник РС,* бр. 98/2006, 16/2022 (Одлука о проглашењу Уставног закона за спровођење Акта о промени Устава Републике Србије - Амандмани И - XXИХ - *Сл. гласник РС,* бр. 115/2021. H. Krejci у: P. Rummel, M. Lukas (Hrsg), (2014), 170. Примера ради, у Србији је решење са ретроактивном применом садржано у чл. 54, ст. 2 ЗЗКФУ: „Даваоци финансијских услуга су дужни да до дана примене овог закона, уговоре који су закључени до тог дана ускладе са одредбама члана 8. и члана 26. ст. од 1. до 3. тог закона на тај начин да висина уговорене променљиве а неодредиве номиналне каматне стопе, односно променљивог неодредивог елемента те стопе не може бити већа од њихове иницијалне висине (висине у моменту закључења уговора).“ Више о томе в. код: Д. Хибер, М. Живковић (2015а), 579.

[823] Р. Ковачевић Куштримовић, М. Лазић, 319.

у супротности са јавним поретком, принудним прописима и добрим обичајима. Ова изјава, када би била тачна, имплицирала би да делимична ништавост уговора није ни могућа, што не одговара стању ствари. Отуда, ова тврдња није нужно нетачна, али није ни само по себи тачна. Наиме, постојање узрока ништавости на нивоу неке уговорне клаузуле актуелизује примену института делимичне ништавости. Уколико узрока ништавости нема, неће се ни поставити питање примене института помоћу ког би он могао да се санира уз одржавање остатка уговора на снази.

Начелно, узроци делимичне ништавости су исти као и узроци ништавости у целости. Дакле, законодавац није направио дистинкцију на тај начин што би неке од могућих узрока ништавости у целости искључио као могуће узроке делимичне ништавости. Отуда, у одсуству неког узрока ништавости уговорне клаузуле, не би ни било речи о делимичној ништавости уговора. Колики ће бити домашај неког узрока ништавости који се везује за садржину одређене уговорне одредбе, то јест, да ли ће он остати локализован на нивоу те одредбе или ће инифицирати уговор у целости, зависиће од других околности, а не од самог узрока ништавости. Пре свега, домашај ништавости зависиће од тога о којој одредби је реч: објективно или субјективно битној или споредној, и од тога колико су уговарачи спремни да одступе од првобитне верзије уговора. У том смислу, узрок ништавости попут противности принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима не детерминише домашај ништавости, него представља претпоставку да се институт ништавости (у целости или делимично) примени.

Имајући у виду да се ништавошћу штите општи интереси, суд по службеној дужности води рачуна о постојању узрока ништавости (чл. 109 ЗОО), а уједно треба и да определи њен домашај. Могућност истицања ништавости неке уговорне одредбе и уговора у целости не гаси се протеком времена (чл. 110 ЗОО).

### 9.2.1. Повреда *ius cogens*

Спрам своје обавезности, грађанскоправне норме се деле на императивне (когентне, принудне, категоричне, *ius cogens*) и диспозитивне. Док се императивним нормама у циљу заштите јавног интереса ограничава слобода уговарања у неком аспекту, диспозитивне норме првенствено врше функцију допуне воље уговарача. Странама

уговорницама је дозвољено да одступе од решења из диспозитивних норми и уреде неко питање на начин који више одговара њиховим интересима. Код когентних норми такав вид слободе уговарачима не стоји на располагању. Оно што је прописано императивном нормом уговараче *volens-nolens* обавезује. Који се карактер приписује некој норми (императивни или диспозитивни), зависи од процене законодавца о томе да ли је у вези са одређеним питањем потребно заштитити неки надиндивидулни интерес. Своју вољу по питању правне природе одређене грађанскоправне норме, законописац манифестује коришћењем одговарајућих термина попут *забрањено је, мора, стране су дужне, не може* и др. У опредељивању правне нарави норме може да помогне и евентуална грађанскоправна санкција, те уколико је она прописана, што се често чини речима *ништава је, неће производити дејство* и сл, по среди је императивна норма.[824] Ако санкција није предвиђена, редовно ће се радити о диспозитивној норми. Иако у грађанскоправној материји, а нарочито у материји уговорног права, доминирају диспозитивне норме,[825] нису ретке ни императивне норме.

Императивне норме се могу односити на закључење уговора или на његову садржину.[826] Нас првенствено занимају потоње, с обзиром на то да се узрок делимичне ништавости редовно јавља у вези са садржином оног што је уговорено.

Императивне норме из ЗОО којима се уређује допуштеност садржине уговора примењују се независно од тога да ли је по среди уговор са споразумно одређеном садржином или адхезиони уговор и то независно од тога ко му приступа.[827] Једино се у погледу уговора по приступу примењују специјалне норме са циљем да се адхерантима пружи додатна заштита (чл. 143 ЗОО). Ово важи нарочито онда када се у својству адхеранта јавља потрошач када је применом специјалног закона – ЗЗП обезбеђена додатна заштита.

Када у чл. 103, ст. 1 ЗОО поставља опште границе слободе уговарања, законодавац уместо термина принудне норме користи израз принудни прописи. Под њиме се свакако не подразумева пропис у смислу извора грађанског права, будући да ниједан пропис из материје грађанског права није саткан искључиво од принудних норми. Уместо тога

[824] S. Perović (2007), 65.
[825] Сходно чему се говори о начелу диспозитивности грађанскоправних норми. В: Д. Николић (2020а), 121.
[826] R. Zimmermann (1990), 697.
[827] K. Uffmann (2010), 45; M. Karanikić Mirić (2012), 220.

грађанскоправни прописи редовно обухватају и диспозитивне и императивне норме. Отуда је „принудни пропис [...] ознака за општу принудну норму насталу законом или другим прописом заснованом на закону.“[828] У сваком случају, оне могу да потичу из било ког извора важећег права, без обзира на материју коју тај извор уређује.[829]

Императивне норме нису увек стилизоване на исти начин. Некима се само начелно прописују услови за пуноважност неке одредбе или уговора, док се суду препушта испитивање њихове испуњености у конкретном случају. Друге садрже конкретне забране што умногоме олакшава рад суда, јер он треба само да испита да ли се у конкретном уговору обрела нека одредба из каталога специјалних забрана, а ако јесте, треба да утврди њену ништавост и да је елиминише из уговора.

Примера ради, начелна императивна одредба садржана је у чл. 46, ст. 2 ЗОО, који уређује да уговорна обавеза „мора бити могућа, допуштена и одређена, односно одредива“. На њу се надовезује чл. 47 ЗОО, који уређује последице повреде захтева из чл. 46, ст. 2 ЗОО. Иако би се из рубрума чл. 47 ЗОО „Ништавост уговора због предмета“, могло помислити да се нормирана последица ништавости односи само на уговор у целости, нема сумње да она уређује и последицу у случају да је наредба законодавца повређена одређеном уговорном одредбом. У том смислу, ако се испостави да предмет неке уговорне одредбе није одредив одредба неће производити дејство. Да ли ће њено елиминисање из уговора повући и ништавост остатак уговора или не, друго је питање које треба расправити на основу чл. 105 ЗОО.

У сврху илустровања неодредиве уговорне обавезе може нам послужити један пример из старије швајцарске јудикатуре.[830] Случај се тицао уговора о закупу који је садржао одредбу којом је била предвиђена могућност отказа уговора о закупу само ако закупац, иначе привредно друштво, престане да постоји услед ликвидације. Наследници закуподавца су поднели тужбу захтевајући од суда да преиспита пуноважност ове клаузуле. Савезни врховни суд Швајцарске био је става да је одлазак закупца у ликвидацију у моменту закључења уговора био неизвестан догађај, сходно чему тужиоци – закуподавци имају правни интерес да се отклони сумња у погледу њихове временске везаности уговором. Другим речима, они имају право да се одлуком суда отклони ова

[828] М. Ђурђевић, Д. Павић, 49.
[829] В. Круљ у: В. Т. Blagojević, V. Krulj (Red.) (1980), 293; М. Ђурђевић, Д. Павић, 50.
[830] BGE 96 II 129 од 23. јуна 1970. године.

неизвесност, а самим тим и ризик коме би били изложени ако би противно оспореној уговорној одредби отказали уговор о закупу.

Поред начелних императивних норми попут оне из чл. 103, ст. 1 ЗОО, постоје и специјалне законске забране. Реч је о забранама код којих законодавац јасно ставља до знање уговарачима коју одредбу не смеју да унесу у уговор. У случају да контрахенти ту забрану повреде, одредба неће производити дејство.

О специјалним законским забранама којима се приписује заштитна фунцкија већ је било речи у делу рада посвећеном слободи уговарања. Тамо смо видели да специјалне законске забране представљају ограничење слободе уговарања са сврхом да се заштити типично слабија уговорна страна попут хипотекарног дужника (чл. 13 ЗХ) или потрошача (чл. 43 ЗЗП). У вези с питањем да ли отпадање ових одредаба може да има реперкусије са становишта одржавања остатка уговора на снази, видели смо да је одговор одричан, то јест да тада јача страна неће моћи да се позива на то да без те одредбе не жели да буде страна уговорница. Супротно решење би значило изигравање намере законодавца да пружи заштиту слабијој уговорној страни. Отуда, уговорне одредбе које су експлицитно забрањене специјалним законским нормама потискују примену општег правила из чл. 105 ЗОО.[831]

Енумерацијом ових законских одредаба се нећемо бавити; сваком таквом покушају би била иманентна опасност да остане непотпун. Стога ћемо овде само скренути пажњу на недовољно уважавање појединих специјалних забрана које имају заштитну функцију у домаћој јудикатури.

Наиме, једна од експлицитно наведених неправичних одредаба потрошачких уговора јесте пророгациона клаузула којом би се месна надлежност суда изместила изван места пребивалишта, односно боравишта потрошача (чл. 43, ст. 1, тач. 5) ЗЗП). У одсуству ове забране, трговци би несумњиво имали тенденцију да за случај спора уговоре месну надлежност суда према месту свог регистрованог седишта. Овом забраном законодавац је намераво да „пружи подршку“ потрошачу који се одважи да поведе спор против трговца на тај начин што ће га лишити трошкова којима би он потенцијално био изложен када би спор против трговца морао да иницира изван места у коме живи. Клаузуле о пророгацији месне надлежности „из угла адхеранта крију опасност јер га излажу већим трошковима у

[831] K. Uffmann (2010), 48; P. Gauch, W. R. Schluep, 159.

вези са вођењем спора. Тако трошкови путовања могу бити несразмерно велики у односу на, понекад, релативно малу вредност спора. Зато адхерант одустаје да као тужилац води спор – да покрене парницу и када су изгледи за успех његовог захтева добри.“ [832]

Упркос чињеници да је по среди императивна одредба, ВКС је тумачи *contra legem*: у корист трговаца (а посредством чл. 41, ст. 6 ЗЗКФУ и давалаца финансијских услуга), а на штету потрошача. Тако је ВКС[833] решавајући о сукобу месне надлежности у потрошачком спору између банке и корисника кредита одлучио да према Закону о парничном поступку[834] за потрошачки спор није одређена искључива месна надлежност суда према месту пребивалишта, односно боравишта потрошача. Сходно томе, ВКС је усвојио став да је дозвољен споразум о пророгација месне надлежности између банке и корисника кредита у вези са споровима поводом потрошачког уговора о кредиту. Овим ставом ВКС је занемарио елементарно правило о решавању сукоба закона *lex specialis derogat legi generali,*[835] које налаже да у случају сукоба решења из два закона суд најпре одреди њихов однос, како би потом приоритет у примени дао решењу специјалног закона. Како је ЗЗП несумњиво специјални закон у односу на ЗПП, ВКС предност у примени није могао дати одредбама ЗПП за који и сâм наводи да је општи процесни закон. С обзиром на то да је одредба којом се уговара месна надлежност ван места пребивалишта или боравишта потрошача неправична па самим тим и ништава, нема сумње да је суд пророгациону клаузулу из уговора о кредиту морао сматрати ништавом. Сходно томе, ВКС је сукоб надлежности морао решити у корист месне надлежности суда пребивалишта корисника кредита.

Иако није допуштено уговарати одредбе које су противне специјалним законским забранама, изван њих остаје непрегледан простор за слободу уговарања, то јест за уношење у уговор одредаба које нису изричито забрањене, али нису ни изричито дозвољене. С тим у вези се може поставити питање да ли је забрањено уговарати одредбе које законом нису изричито нормиране као елементи уговора. Одговор се намеће из самог начела слободе уговарања. Наиме, то што неки елемент уговора није изричито нормиран законом не значи да је његово уговарање забрањено само зато што га закон не уређује. Он

[832] M. Đurđević (2001), 53.
[833] Решење ВКС П1 463/2019 од 3.10.2019. године.
[834] *Службени гласник РС,* бр. 72/2011, 49/2013 (Одлука Уставног суда), 74/2013 (Одлука Уставног суда), 55/2014, 87/2018, 18/2020.
[835] V. V. Vodinelić (2012), 101 и 102.

начелно може бити допуштен, с тим што ће коначан став о његовој допуштености зависити од тога да ли противречи добрим обичајима или јавном поретку као границама слободе уговарања које сежу изван и мимо принудних норми.

Колико год делује да се одговор на ово питање подразумева, у релативно новијој судској пракси ово питање се испоставило спорним. Наиме, у вези са питањем допуштености уговарања трошкова обраде кредита код уговора о кредиту су се са тужилачке стране могли чути аргументи да је ова одредба недопуштена с обзиром на то да је корисник кредита у складу са чл. 1065 ЗОО, осим обавезе враћања износа добијених новчаних средстава, банци дужан да плати само уговорену камату. Пошто чл. 1065 ЗОО не спомиње могућност да банка осим камате уговори и неку другу накнаду за услуге које пружа кориснику кредита, њено уговарање је забрањено. Ова аргументација заснивала се на погрешној премиси да уговор може да садржи само оне елементе које закон изричито регулише.[836] Ноторно је да се код именованих уговора законом уређују само (објективно) битни елементи уговора, то јест елементи поводом којих стране морају да постигну сагласност да би се уговор сматрао закљученим. Међутим, то не значи да уговарачи немају слободу да у уговор унесу и друге елементе: субјективно битне или споредне. Отуда није спорно да контрахенти имају слободу да у уговор унесу и елементе мимо оних које закон експлицитно нормира као језгро уговора које улази у састав минималног обима сагласности потребног за закључење уговора. Оно што може бити спорно јесте то да ли се све што је унето у уговор уједно креће у границама слободе уговарања. Дакле, то што се неки елемент уговора не спомиње у закону *per se* ништа не говори о његовој (не)допуштености. Она ће зависити од става суда о томе да ли тај елемент својом садржином прекорачује границе слободе уговарања.[837]

#### 9.2.1.1. Ништавост уговорне одредбе због повреде начела савесности и поштења

О односу одабраних начела и института делимичне ништавости уговора већ је било речи. Код начела савесности и поштења скренута је пажња на то да се оно може двоструко посматрати: у објективном смислу – када се под њиме подразумева одговарајући стандард пажње који се очекује од уговарача у фази закључења уговора и испуњења уговорних

[836] M. Živković (2018), 24, 26, 28, 30.
[837] Д. Николић (2020а), 121 и 122.

обавеза и у субјективном смислу – када се појмом (не)савесност жели упутити на одсуство или присуство сазнања уговорника о некој чињеници или околности. Имајући наведено у виду, у наставку ћемо се бавити питањем да ли повреда начела савесности и поштења схваћеног на објективан начин може да фигурира као узрок ништавости уговорне одредбе.

За разлику од начела једнаке вредности узајамних давања код ког законодавац изричито предвиђа да ће његова повреда повући одговарајуће правне последице само у случајевима одређеним законом (чл. 15, ст. 2 ЗОО), такав вид ограничења није предвиђен у вези са начелом савесности и поштења (чл. 12 ЗОО). Отуда се може поставити питање како га треба разумети: као својеврсну призму кроз коју треба разумети, тумачити и применити конкретна правила уговорног права или и као самосталан првни основ на коме суд може да заснује своју одлуку када важећи пропис не садржи конкретно правило.

Имајући у виду ова два могућа начина разумевања начела савесности и поштења, *Витакер* поставља питање да ли је реч о „погубној куги или краљици свих правила.“[838] Наиме, када би се ово начело схватило на начин да суду даје „генерално овлашћење да своју одлуку заснује на принципу правичности“,[839] оно би испољавало снажну тенденцију да буде погубно за правну сигурност. Тада би под његовим окриљем сваки резултат био могућ.[840] Према речима *Живковића* „непосредна примена најопштијих начела, у одсуству конкретнијих правних норми којима се такво начело разрађује, није исправна [...] (суд би да је тако, начелно, сваку уговорну одредбу за коју се накнадно покаже да је довела до резултата који суд не сматра праведним могао прогласити ништавом јер је супротна савесности и поштењу; то би заправо значило да суд суди по правичности, а не по закону).“[841] С друге стране, када би се суду одузела свака могућност да своју одлуку непосредно утемељи на овом начелу, могло би се десити да, услед недовољне законодавчеве проницљивости, неке клаузуле измакну судском „радару“ упркос њиховој евидентној непомирљивости са начелним вредновањем законодавца.

С обзиром на то да начела представљају „когентне норме које адресатима императивно налажу одређено понашање,“[842] њихова повреда повлачи санкцију ништавости. Подразумева се да последице нема ако се не испуне сви елементи

[838] S. Whittaker у: S. Whittaker, R. Zimmermann, 2000, 18.
[839] R. Zimmermann (1979), 95.
[840] S. Whittaker у: S. Whittaker, R. Zimmermann, 2000, 21.
[841] М. Живковић (2019), 477.
[842] Б. Пајтић у: Б. Пајтић, С. Радовановић, А. Дудаш, 82.

диспозиције одређеног начела. Међутим, проблем са начелом савесности и поштења огледа се у томе што је његова диспозиција изразито неодређена.[843] У доктрини се истовремено истиче да његову садржину није ни могуће ближе одредити независно од чињеница конкретног случаја.[844] Због тога се у теорији подвлачи да управо у општости овог начела лежи његов потенцијал да покрије све оне „поре“ у тексту закона које су измакле нормотворцу.

Сходно наведеном, није незамисливо да се суд позове на повреду начела савесности и поштења као потпору за утврђење ништавости неке уговорне клаузуле. У немачком праву одредба којом се уређује начело савесности и поштења (§ 242 БГБ) послужила својевремено као основ за судски активизам поводом питања која су искрсавала у пракси, а о којима је законодавац ћутао. Тако је § 242 БГБ послужио као правни основ на коме су судови изузетно темељили своје одлуке. Типичан пример за то је судска контрола стандардних услова уговора, која се најпре јавила као резултат инвентивности судова, да би је потом уредио и сâм законодавац.[845] Слично развоју догађаја у Немачкој, и француски судови су упркос начелној неповредивости принципа слободе уговарања, ослањајући се на начело савесности и поштења из чл. 1134, ст. 3 ФГЗ, почели да лишавају дејства тзв. абузивне клаузуле (фр. *clauses abusives*) типских уговора.[846] Оба примера сведоче о корисности начела савесности и поштења као брани од неправичних уговорних одредаба у одсуству конкретних правних правила.

Упркос иманентној правној неизвесности коју носи примена овог начела, његов опстанак је нужан.[847] То нипошто не имплицира могућност његове дискреционе примене. Због тога „одлуке донете [...] на основу савесности и поштења, морају да буду последица објективног тумачења и схватања права, констатације тога што право јесте, а не инструмент преображаја правних односа према захтевима целисходности.“[848] Управо стога, и онда када се суд изузетно нађе у ситуацији да своју одлуку непосредно заснује на овом начелу, он мора да понуди исцрпно и рационално образложење како би се отклонила

[843] R. Damm, 919.
[844] S. Whittaker у: S. Whittaker, R. Zimmermann, 2000, 30.
[845] *Ibid*, 27, 28.
[846] *Ibid*, 36.
[847] Milan Petrović у: B. T. Blagojević, V. Krulj (Red.) (1980), 57.
[848] *Ibid*.

свака сумња да је одлука резултат произвољног судовања и исход судијског доживљаја и осећаја правичности.[849]

### 9.2.2. Повреда јавног поретка

Према српском праву повреда јавног поретка представља део тријаде узрока ништавости уговора (чл. 103 ЗОО). Уколико се она може ограничити на одређену уговорну одредбу, по правилу ће резултирати делимичном ништавошћу уговора. С тим у вези потребно је дати ближе смернице о томе како треба разумети овај критеријум пуноважности.

Повреда јавног поретка као узрок ништавости присутна је у нашем праву још из периода важења Српског грађанског законика.[850] Њено сврставање поред повреде добрих обичаја у оквиру чл. 103, ст. 1 ЗОО отвара питање неопходности њиховог раздвајања. Наиме, повреду јавног поретка као могући основ ништавости не познају сва законодавства. Тако, БГБ и АБГБ не уређују засебно повреду јавног поретка;[851] уместо три, они познају само два општа узрока ништавости и то: повреду законске забране (нем. *gesetzliches Verbot* - §134 БГБ и § 879(1) АБГБ) и добрих обичаја (нем. *guten Sitten* - §138(1) БГБ и § 879(1) АБГБ). Ова констатација не имплицира да су АБГБ и БГБ либералнији по питању допуштености садржине уговора у поређењу са закони(ци)ма који повреду јавног поретка издвајају као засебан основ ништавости уговора. У потоњу групу сврставају се ФГЗ (чл. 6), али и ШОР (чл. 19, ст. 2). У резултату сви наведени извори грађанског права са негодовањем гледају на упоредиве садржине уговора. Наиме, иако немачко и аустријско право међу одредбама о ништавости правних послова не упућују на повреду јавног поретка, то не значи да се у Немачкој и Аустрији посредством института ништавости не штити јавни поредак схваћен као скуп фундаменталних принципа. Управо супротно, те вредности се код њих штите преко повреде добрих обичаја која се шире

[849] M. Petrović у: B. T. Blagojević, V. Krulj (Red.) (1980), 57.

[850] §13 гласи: „Воља и наредбе човечија заступа закон, а закон накнађа вољу и наредбу човечију. Но у ономе, што се тиче јавнога поретка и благонаравија, не може се ништа изменити вољом или уговором.“

[851] Иначе, пре треће новеле је и сам АБГБ у §879 уместо важеће *повреде добрих обичаја* познавао ширу формулацију „очигледне повреде сигурности, јавног поретка и добрих обичаја“. *Гиницер* истиче да ова језичка измена нипошто није значила и промену правног схватања појма недопуштености. У том смислу, ранија формулација може да послужи у сврху тумачења нове. Franz Gschnitzer у: *Klang Kommentar zum allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch* IV/12 17. Hauptstück, Von Verträgen und Rechtsgeschäften überhaupt (§§ 859 – 937), 1968, 180 и 181.

тумачи. У резултату се повреда добрих обичаја у немачкој и аустријској пракси испуњава садржином која је блиска, ако не и идентична, садржини која се приписује појму јавног поретка у земљама које га познају као самосталан основ ништавости.[852]

С друге стране, у системима који раздвајају повреду јавног поретка и добрих обичаја као засебне основе ништавости би овим категоријама требало приписати различиту садржину. Супротан став према коме је наводно законодавац у оквиру истог члана (чл. 103, ст. 1 ЗОО, чл. 19(2) ШОР), коришћењем различитих израза заправо хтео да означи једно те исто, делује тешко одбрањив.[853] То јест, основано се може поћи од тога да је разборити законодавац свесно раздвојио могуће основе ништавости уговора у три засебне категорије, чиме се не негирају извесна преклапања међу њима.

Примера ради, кроз каталог принудних норми законодавац конкретизује своје виђење јавног поретка.[854] У том смислу, није неисправно тврдити да у састав јавног поретка улази скуп когентних норми, али би погрешно било домашај јавног поретка сводити на прост збир принудних норми. Када би законодавац могао да предвиди исцрпни каталог императивних норми и на тај начин обезбеди механизам за одузимање дејства свим будућим уговорима и клаузулама које би се косиле са фундаменталним вредностима, нормирање повреде јавног поретка као засебног основа ништавости било би сувишно.[855] Отуда навођење повреде јавног поретка уз повреду принудних прописа има смисла само уколико се прихвати виђење да јавни поредак по свом опсегу премашује „суму“ принудних норми. У том смислу функција јавног поретка као самосталног основа ништавости долази до изражаја у свом „пуном сјају“ тек онда када се суд суочи са садржином уговора која је проблематична са становишта фундаменталних вредновања правног портека, која не повређује уједно и неку изричиту законску забрану или наређење.[856] Стога се у литератури истиче да се овом критеријуму пуноважности

[852] S. Perović (2007), 38, 42. *Крејчи* за аустријско право истиче да „уставом загарантована права делују преко општег правила о ништавости из § 879 АБГБ на приватноправне односе.“ H. Krejci у: P. Rummel, M. Lukas (Hrsg), (2014), 169. За немачко право репрезентативна је одлука BverfGE 7, 198 (204 ff) у којој је Савезни уставни суд изнео становиште према коме „људска права представљају оличење објективног система вредности које су битне и које се морају узети у обзир и у оквиру приватног права када оно упућује на претходне вредности у виду генералних клаузула попут оне садржане у § 138(1) БГБ.“ Нав. према: R. Zimmermann (1979), 73.
[853] E. A. Kramer у: BernKo (1991), 72.
[854] *Ibid*.
[855] *Ibid*.
[856] *Ibid*, 71, са даљим упућивањем.

приписује функција попуњавања празнина. Фигуративно, он врши функцију својеврсне „мреже“ (нем. *lückenfüllende Auffangfunktion*) која би требало да спречи дејство оним уговорним одредбама које се косе са основним постулатима друштва и његовим системом вредности.[857]

Појам јавног поретка који се среће у чл. 103, ст. 1 ЗОО се у домаћој теорији означава као јавни поредак у ужем смислу.[858] С друге стране, у доктрини се срећу и одређења јавног поретка у ширем смислу. У потоњој варијанти, јавни поредак се користи као генерички назив за означавање свих основа ништавости које познаје неки правни систем. Пример ширег одређења појма јавног поретка срећемо код *Перовића*. Он одређује јавни поредак као „скуп принципа на којима је засновано постојање и трајање једне правно организоване заједнице, а који се испољавају преко одређених друштвених норми које су у домену предмета и циља уговора тако постављене да их уговорне стране морају поштовати“.[859] Тезу да *Перовић* јавни поредак схвата у ширем смислу поткрепљује и његов експлицитан став да „добри обичаји улазе у појам јавног поретка“.[860]

Иако *Перовић* не одустаје од ове тезе ни у радовима објављеним након ступања на снагу ЗОО,[861] околност да чл. 103, ст. 1 ЗОО наводи три засебна правна основа ништавости упућује на то да би у контексту овог члана појам јавног поретка ипак требало схватити у његовом ужем значењу.[862]

Оно што остаје да се испита јесте како се схвата појам јавног поретка у ужем смислу. То би требало да буде правна норма која осликава границу слободе опредељивања садржине уговора, „а није принудна, јер не изриче забрану нити намеће обавезу, а нема ни карактер норме о моралности, о добрим обичајима.“[863] Појму јавног поретка се редовно приписује недовољна прецизност и апстрактност.[864] Због тога се он у теорији доживљава проблематичним са становишта „контроле законитости судског рада“.[865] Наиме, ако се суду призна могућност да позивом на овако апстрактан појам лиши дејства уговор или

---

[857] E. A. Kramer у: BernKo (1991), 72.
[858] М. Ђурђевић, Д. Павић, 48.
[859] Slobodan Perović, *Zabranjeni ugovori u imovinskopravnim odnosima*, Službeni list SFRJ, Beograd 1975, 156.
[860] *Ibid*.
[861] S. Perović (2007), 59.
[862] М. Ђурђевић, Д. Павић, 48.
[863] *Ibid*, 54.
[864] S. Perović (2007), 41 и 42; Р. Радошевић, 204, са даљим упућивањем.
[865] Д. Ђурђевић (2004), 450.

поједине његове клаузуле, то отвара велики простор за дискреционо судовање. У том смислу *Перовић* упозорава да се ослањање суда на повреду јавног поретка као основа ништавости нипошто не сме претворити „у преторску власт или неку врсту произвољности која би у ствари значила атак на правну сигурност.“[866] Отуда неодређеност и дифузност појма јавног поретка, према *Перовићу,* треба „компензовати“ његовом разрадом кроз норме и институте позитивног права. У супротном, суд би у свом раду могао бити везан са свега неколико општих принципа, што би остатак правног система учинило сувишним.[867]

*Перовићево* схватање би требало разумети у светлу настојања да се обезбеди правна сигурност. Нема сумње да ће се она пре осигурати прописивањем јасних и прецизних правила, него увођењем флуидних правних појмова као што је јавни поредак. Но, када би се схватање повреде јавног поретка свело на повреде императивних норми позитивног права, она би била обесмишљена као самостални основ ништавости. Стога нам делује да појам јавног поретка из чл. 103, ст. 1 ЗОО ипак треба разумети екстензивније од збира принудних норми и грађанскоправних института, чиме се не доводи у питање потреба за очувањем правне сигурности. Свакако да се некој уговорној обавези не може тек тако одузети правно дејство паушалним позивањем на тешко „ухватљиву“ садржину појама јавног поретка. Међутим, подједнако не би имала смисла ни апсолутна заштита правне сигурности по цену негације елементарних права која сваки појединац треба да ужива у једном друштву.

Уколико се прихвати становиште да јавни поредак има значање које надмашује прост збор принудних норми, остаје да се види у чему се онда јавни поредак квалитативно разликује од њих, то јест на који начин се овом апстрактном појму „удахњује“ садржина која омогућује његову примену на конкретне случајеве у пракси.

У одговору на ово питање нам може помоћи изворна верзија текста ЗОО. Од ступања на снагу ЗОО 1978. године до његових новела из 1993. године, овај основ ништавости био је другачије формулисан. Према редакцији чл. 103, ст. 1 ЗОО који је важио до 1993. године овај основ ништавости упућивао је на то да је са становишта законодавца неприхватљива садржина уговора која је противна „уставом утврђеним

[866] S. Perović (2007), 68.
[867] *Ibid*.

начелима друштвеног уређења“. Измена редакције овог члана отвара питање да ли је њоме нешто суштински промењено. Да ли са становишта важећег права и даље постоји знак једнакости између уставних принципа на којима почива друштвено уређење и појма јавног поретка, или појам јавног поретка има шири домашај.[868]

Са становишта важећег права, нема спора о томе да је јавни поредак медијум кроз који у материју пуноважности уговора продиру уставноправна вредновања.[869] Уставом загарантована права и слободе првенствено се сагледавају у односу појединца према држави на тај начин што се гарантовањем одређеног корпуса права и слобода ограничава моћ државе у односу на појединца. То се постиже на тај начин што се држава обавезује да појединцима обезбеди услове за уживање уставом загарантованих права и слобода (тзв. вертикално дејство уставних права).[870] Ту се, међутим, дејство уставних јемстава не завршава. Посредно она делују и у односима између појединаца (хоризонтално дејство).[871] Хоризонтално дејство уставних гарантија се, између осталог, испољава и у материји уговора утолико што свака уговорна страна може да очекује од свог сауговарача да ће приликом опредељивања уговорне садржине бити испоштована њена уставом загарантована права и слободе.[872] О уставним правима и слободама се води рачуна и приликом расправљања приватноправних односа на тај начин што се она јављају као својеврсне тачке ослонца за конкретизацију неодређених законских појмова попут јавног поретка.[873] Ова појава се у теорији означава конституционализацијом контролних норми у материји пуноважности уговора. Другим речима, „адресатима уставноправних норми о људским правима се не сматра само законодавац него и судија у грађанскоправним стварима.“[874]

Уставна јемства, дакле, представљају „црвену“ линију која се не сме прећи у наметању уговорних обавеза ако контрахенти претендују да се уговором пуноважно обавежу. Тако би, примера ради, суд могао да одузме дејство уговорним обавезама које би представљале озбиљну и очигледну повреду људских права и слобода попут достојанства

---

[868] М. Ђурђевић, Д. Павић, 55 и 56.
[869] V. Krulj у: B. T. Blagojević, V. Krulj (Red.) (1980), 296 и 297.
[870] Душан Ж. Николић, „Однос људских права и грађанских приватних права у Европи“, *Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније* 4/2016, 200.
[871] *Ibid*.
[872] М. Ђурђевић, Д. Павић, 57, фн. 59 са даљим упућивањем.
[873] P. Gauch, W. R. Schluep, 147.
[874] R. Damm, 919.

и слободног развоја личности (чл. 23 Устава РС), неповредивости физичког и психичког интегритета (чл. 25 Устава РС), слободе кретања (чл. 39 Устава РС), слободе вероисповести (чл. 43 Устава РС), права на рад (чл. 60 Устава РС) и др.

Уколико се у вези са конкретним уговором преламају уставом загарантована права обају уговарача на тај начин да је уставом загарантовано право једног уговарача у конкуренцији или чак у колизији са уставом загарантованим правом другог уговарача, суд ће одмеравањем дати предност једном од њих.[875] На пример, ако су у сукобу основни принцип уговорног права *pacta sunt servanda* који се изводи из аутономије воље која се деривира из слободног развоја личности (чл. 23 Устава РС), с једне стране, и право на рад уговарача, с друге стране, суд ће спрам околности конкретног случаја одмеравањем сукобљених интереса, морати да дâ предност једном од њих.

Ради илустрације сукоба уставом загарантованих права послужиће један пример из швајцарске судске праксе.[876] У сврху јачања уговорне дисциплине у уговору о професионалном ангажману фудбалера са фудбалским клубом била је предвиђена обавеза плаћања позамашне суме на име накнадне штете уколико фудбалер пређе да игра за други клуб пре истека рока на који је закључио уговор са првобитним клубом. Како је фудбалер пре истека рока на који је закључио првобитни уговор прешао да игра за други клуб, надлежни орган Фифе обавезао га је да првом клубу плати уговорени износ на име накнаде штете. С обзиром на то да фудбалер није имао средстава да исплати дуг на име накнаде штете, надлежни орган Фифе је у складу са дисциплинским кодексом предвидео могућност да на обичан захтев првог клуба (повериоца накнаде штете) фудбалеру буде забрањено професионално бављење фудбалом и сваком другом активношћу која има везе са фудбалом до исплате дугованог износа. Изречену меру потврдио је и надлежни арбитражни суд, чију су одлуку пред надлежним судом оспорили фудбалер и његов нови клуб.[877] У поступку суд је нашао да могућност изрцања забране професионалног бављења фудбалом на обичан захтев повериоца због тога што фудбалер није испунио имовинску обавезу према свом бившем клубу није у складу са правом на рад професионалног играча и да отуда таква забрана противречи јавном поретку. Тиме што му је ускраћено право да се бави оним што најбоље зна, играчу је онемогућена слобода избора занимања чиме му је

[875] М. Ђурђевић, Д. Павић, 57, фн. 59 са даљим упућивањем.
[876] BGE 138 III 322 од 27.03.2012.
[877] BGE 138 III 322, A.c, B.a, B.b.

уједно угрожена и економска егзистенција. Пажљивим одмеравањем сукобљених интереса, суд је нашао да је апстрактни циљ који се огледа у испуњењу уговорних обавеза фудбалера према његовом послодавцу (*pacta sunt servanda*) мање важан од права на бављење професијом.[878]

Иако није спорно да кроз појам јавног поретка у материју уговорног права продиру „општа правна начела која су изражена у уставним нормама“,[879] остаје отворено питање проширења појма јавног поретка на принципе грађанског права који нису непосредно прокламовани у уставу.

У домаћој теорији ово питање актуелизовали су *М. Ђурђевић* и *Павић* својим схватањем да у појам јавног поретка у ужем смислу у нашој земљи осим уставних ставова улази и *прицнип заштите слабије уговорне стране* који, иако није експлициран у самом ЗОО, проистиче из свеукупног вредновања његових одредаба.[880] Уставу РС посебно уређује заштиту потрошача (чл. 90), док *М. Ђурђевић* и *Павић* проширују субјекта заштите на сваког ко се може квалификовати као слабија страна уговора.[881] Став домаћих аутора има утемељење и у страној доктрини. Тако у швајцарској литературу *Крамер* наглашава значај функције јавног поретка као средства заштите од масовног и паушалног истискивања диспозитивних правила уговорног права у корист интереса стипуланата.[882]

О постојању потребе да се појам јавног поретка некада прошири и на вредновања укупног правног система уместо да се ограничи на уставноправна вредновања, сведочи и пример из швајцарске судске праксе. У њему је суд нашао да је противна јавном поретку уговорна одредба којом се супружник одриче свих права која проистичу из брака према свом супружнику сматрајући да се таква одредба коси са суштином института брака.[883]

За крај истичемо да се значај јавног поретка у материји уговорног права не исцрпљује у постављању и конкретизацији граница слободе опредељивања садржине уговора без иностраног елемента. Клаузула јавног поретка има велики значај и у материји уговора са иностраним елементом, утолико што суд може да је активира у сврху одбијања

[878] BGE 138 III 322, 4.3.1, 4.3.2, 4.3.4, 4.3.5.
[879] М. Ђурђевић, Д. Павић, 45.
[880] *Ibid*, 45, 60.
[881] *Ibid*, 58.
[882] E. A. Kramer у: BernKo (1991), 73 и 74.
[883] Из кантоналне праксе ZivGer Basel-Stadt BJM 1971 110, нав. према: E. A. Kramer у: BernKo (1991), 73.

примене норми меродавног права онда када би она довела до резултата који би био неприхватљив са становишта домаћег правног поретка.[884]

### 9.2.3. Повреда добрих обичаја

У номенклатури општих граница слободе уговарања предвиђени су и добри обичаји (чл. 10 ЗОО). Последично, њихова повреда фигурира као један од општих основа ништавости уговора у српском праву (чл. 103, ст. 1 ЗОО). Ради се о неодређеном појму, чија је садржина још теже спознатљива од појма јавног поретка. Отуда не чуди запажање да су сви покушаји ближег одређења појма добрих обичаја готово подједнако непрецизни као и сам појам добрих обичаја.[885] У прилог овој констатацији може се навести често цитирани (покушај) одређења повреде добрих обичаја као „противљење правном осећају свих правичних и исправно мислећих људи.“[886] Магловито одређење овог основа ништавости среће се и код *Гшницера* према коме „противљење добрим обичајима постоји онда када није повређена законска забрана али несумњиво постоји груба противправност“.[887]

Иако се са становишта усклађености са добрим обичајима уговор редовно посматра као целина, није незамисливо да се само један његов део, који се може изоловати од његовог остатка, противи добрим обичајима.[888] Штавише, питање (не)усклађености појединих уговорних клаузула са добрим обичајима се често среће у пракси.[889]

Корени овог основа ништавости датирају још из римског права које је негирало правно дејство пословима *contra bonos mores*.[890] Иако је овај ванправни стандард контроле пуноважности до данас задржан у бројним грађанскоправним кодификацијама, оне се, по правилу, не упуштају у његово прецизније одређење поверавајући тако конкретизацију његове садржине судској пракси.[891] С обзиром на то да се вољом законодавца судовима делегира конкретизовање садржине појма добрих обичаја, у сазнавању његовог домашаја

---

[884] Бојана Ристић, „Улога клаузуле јавног поретка код уговора са међународним елементом“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2018, 681 и 682.
[885] A. Illedits, 23.
[886] Нав. према: P. Bydlinski (2010), 173; P. Gauch, W. R. Schluep, 141 са даљим упућивањем.
[887] F. Gschnitzer у: Klang (1968), 181.
[888] R. Zimmermann (1979), 61.
[889] P. Bydlinski (2010), 179.
[890] R. Zimmermann (1990), 706.
[891] R. Damm, 919; R. Zimmermann (1990), 711.

„судске одлуке практично имају квалитет извора права“.[892] Стога се у литератури указује на то да се разлика између правног посла који је противан принудним нормама и добрим обичајима не огледа у интензитету повреде, већ у томе ко у конкретном случају формулише контролну норму: законодавац или суд.[893]

У системима попут нашег који у оквиру општих граница слободе уговарања наводе и јавни поредак и добре обичаје, може се поставити питање да ли је законодавац донео исправну правнополитичку одлуку када их је раздвојио. Другим речима, да ли навођење оба општа основа ништавости у оквиру истог члана, како *Перовић* тврди, представља плеоназам?[894] Да ли је заиста таутологија рећи јавни поредак и добри обичаји, будући да јавни поредак под своје окриље интегрише и добре обичаје?[895]

С тим у вези смо већ видели да се у системима који поред законских забрана као општи контролни критеријум познају само добре обичаје, овај појам тумачи шире у односу на поретке у којима је овај основ ништавости „разбијен“ у два основа: добре обичаје и јавни поредак. Екстензивно тумачење појма добрих обичаја у системима који не познају повреду јавног поретка подразумевају ништа друго до учитавање фундаменталних начела правног поретка у поље примене добрих обичаја. С друге стране, *Крамер* поводом чл. 19(2) ШЗО, који попут ЗОО наводи и јавни поредак и добре обичаје, сматра да њихово одвојено навођење није сувишно будући да добри обичаји омогућују уважавање „ванправних, друштвено признатих норми у неком правном поретку, без неопходности да се ове спољашње вредности сваки пут тумаче као наводно правно иманентни принципи.“[896]

Да граница између јавног поретка и добрих обичаја није увек најјаснија сведоче ставови појединих домаћих аутора. Тако *Антић* када анализира пуноважност одредбе којом се „страни, која приступа уговору, одузима могућност повраћаја уплаћених средстава у сваком случају, па чак и у случају делимичног раскида уговора“, сматра да „таквој одредби не би требало признати правно дејство, јер је *противна јавном поретку и добрим обичајима* (подвукла С.М.).“[897] У истом маниру именовани аутор квалификује и

[892] T. M.J. Möllers, 85, марг. 28.
[893] R. Damm, 918.
[894] S. Perović (2007) , 59.
[895] *Ibid*.
[896] E. A. Kramer у: BernKo (1991), 72.
[897] О. Антић (2004), 113.

одредбу којом се предвиђа да ће „учесник курса који прекрши правила или покуша да проузрокује „неправилности у подручју пословне делатности, бити искључен и губи сва права.“[898] Он даље истиче да је „[т]ако рестриктивна клаузула, која омогућава једној уговорној страни (и то оној која је унапред припремила, одштампала и предложила садржину уговора) да другу лиши свих права из уговора, противна [...] јавном поретку и добрим обичајима у промету и отуда ништава.“[899]

Иако код *Антића* уочавамо одсуство потребе за прецизним идентификовањем општег основа ништавости, оно не чуди када се узме у обзир да је последица и повреде јавног поретка и добрих обичаја идентична. Када се наведено има у виду, јасно је да трагање за демаркационом линијом између ових контролних критеријума има више теоријски него практични значај. Оно што конкретне уговараче занима је да ли их одређена уговорна одредба обавезујуе или не, док их неупоредиво мање занима на који законски основ се позвао суд у конкретном случају.

Упућивање на повреду добрих обичаја, чија се идентификација и конкретизација препушта судској пракси, сведочи о постојању отвореног нормативног система у материји ништавости.[900] Уместо да законодавац на казуистички начин пропише све појединачне повреде императивних норми,[901] он, свестан осуђености таквог подухвата на неуспех, препушта судовима да испитају (не)прихватљивост неке уговорне одредбе водећи рачуна о владајућим вредностима у друштву. На тај начин се омогућава развој права, то јест „тиха еволуција“ нормативног система без измене текста закона. С тим у вези *Крејчи* исправно скреће пажњу на то да „клаузула о добрим обичајима упозорава на ускогруду јуриспруденцију на основу слова закона (нем. *Buchstabenjurisprudenz*) која не би уважавала циљеве који су иманенти закону.“[902] Сходно наведеном, аргумент да је нека уговорна обавеза пуноважна само због тога што словом закона није експлицитно забрањена суштински није аргумент, већ (неспретан) покушај да се избегне сагледавање пуноважности одређене клаузуле кроз призму других основа ништавости.

---

[898] О. Антић (2004), 113.
[899] *Ibid*.
[900] H. Krejci у: P. Rummel, M. Lukas (Hrsg), (2014), 177.
[901] Andreas Riedler у: Georg Kodek (Hrsg.), *ABGB-Praxiskommentar*, Bd. 4: §§ 859 - 1089 ABGB, WuchG, UN-Kaufrecht, LexisNexis, Wien 2014, 367.
[902] H. Krejci у: P. Rummel, M. Lukas (Hrsg), (2014), 177.

Идеја која провејава кроз стандард добрих обичаја огледа се у начелном схватању да би признавање дејства уговорима и одредбама које су противне овом стандарду нарушило поштовање које грађанскоправни закони треба да уживају у једном друштву.[903] Отуда, као и у случају повреде јавног поретка, и позивање на повреду добрих обичаја врши функцију попуњавања празнина у систему законских забрана. При томе, суд би требало да утврди да је добар обичај повређен само онда када би могао поћи од претпоставке да би и сâм законодавац одређено ванправно правило уврстио у номенклатуру законских забрана да га је могао предвидети.[904] У том смислу, „[к]валификовање неке одредбе као противне добрим обичајима служи томе да се приватна аутономија ограничи у оним случајевима у којима би битне поставке правног поретка иначе биле доведене у питање, а да при том не постоји *expressis verbis* нормирана забрана.“[905]

Добри обичаји се често доводе у везу са моралом. Штавише, до новела из 1993. године ЗОО је изричито предвиђао морал као границу слободе уговарања чиме је „јасно определио етички карактер овог ограничења“.[906] Од тада је уобичајено квалификовање уговора противних добрим обичајима као неморалних.[907] Повезивање обичаја са моралом упућује на то да, када испитује постојање добрих обичаја, суд одређено поступање које се усталило у друштву треба да сагледа кроз призму његове усклађености са начелом савесности и поштења.[908]

С тим у вези битно је нагласити да између добрих обичаја и фактичких обичаја не постоји знак једнакости. То што се извесни начин поступања усталио у пракси не значи аутоматски да је он допуштен и да га треба толерисати. Уместо тога, став о његовој допуштености зависиће од преиспитивања његове усклађености са владајућим системом вредности једног друштва. Ову разлику подвлаче *М. Ђурђевић* и *Павић* илуструјући је једним упечатљивим примером из домаће јудикатуре.[909] Према схватању суда „закључивање фиктивног брака ради добијања дозволе за боравак и рад у иностранству

[903] R. Zimmermann (1990), 706.
[904] R. Damm, 919.
[905] H. Krejci у: P. Rummel, M. Lukas (Hrsg), (2014), 213.
[906] М. Ђурђевић, Д. Павић, 51.
[907] V. Krulj у: B. T. Blagojević, V. Krulj (Red.) (1980), 297.
[908] М. Ђурђевић, Д. Павић, 52 са даљим упућивањем.
[909] *Ibid*, 45.

није ни најмање неуобичајено. Да ли ће два лица да закључе брак због љубави или због новца је ипак њихова приватна ствар, а јавни интерес, принудни пропис и морална схватања би била угрожена само у случају да се брак не закључује слободном вољом супружника, већ принудом да би један од супружника или треће лице остварило имовинску или какву другу корист.“[910] У вези са овим ставом суда, аутори исправно закључују да је „погрешно схватање о томе да је добар обичај исто што и обичај, понашање које практикује већина.“[911]

Из овог следи да није убедљив навод да одређена уговорна обавеза хармонира са добрим обичајима на основу тога што је њено контрахирање уобичајено. Устаљеност неког поступања у пракси је нужан али не и довољан услов да би се оно прогласило добрим обичајем. Да ли ће се такво поступање сматрати добрим обичајем зависиће од снаге и убедљивости аргументације у прилог атрибуту „добар“ уважавајући при томе интересе обају уговарача. Наведено можемо илустровати релативно новијим случајем из домаће судске праксе који се тицао питања допуштености банака да наплаћују трошкове обраде кредита. У прилог пуноважности ове одредбе између осталог је навођен аргумент њене усклађености са добрим обичајима који владају у банкарском пословању. Но, тврдња да је наплата трошкова обраде кредита у складу са добрим пословним обичајима који владају у банкарском сектору само на основу тога што их све или готово све банке наплаћују, сама по себи није довољна. То што све или готово све банке наплаћују ову накнаду значи само да је њена наплата временом постала уобичајена. Међутим, наведено *per se* још ништа не говори о томе да ли је та пракса уједно и добра, и ако јесте, за кога је добра – за банку или и за корисника кредита.[912] Отуда би као потпору овој тврдњи, да би она имала снагу да убеди, требало навести у чему се огледа корисност њене наплате са становишта корисника кредита коме се она једнострано намеће као уговорна обавеза. Један аргуменат срећемо код *Живковића* који истиче да „[з]асебно рачунање накнаде и камате погодује и корисницима кредита, јер су њихови „укупни одливи“ нижи него када би накнада била урачуната у камату, и због тога се ради о тзв. најбољој пракси којој

[910] Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж 3533/2010 од 21.10.2010 године. Нав. према: М. Ђурђевић, Д. Павић, 52.
[911] М. Ђурђевић, Д. Павић, 52.
[912] О добрим пословним обичајима као правилима пословног морала в. код: Раденка Цветић, „Добри пословни обичаји“, у: Поповић Милијан (прир.), *Реконструкција правног система Југославије на основама слободе, демократије, тржишта и социјалне правде*, Правни факултет Универзитет у Новом Саду, Нови Сад 2000, 208-210.

прибегава највећи број банака у савременом свету.“[913] Нажалост, овај аргумент није елаборирао ВКС у већ помињаној допуни правног става из септембра 2021. године.[914]

У сваком случају, када испитује (не)постојање повреде доброг обичаја, суд не сме да се поводи за личним доживљајем овог правног стандарда.[915] По речима *Цимермана* „процена оног што је у складу са обичајима не подразумева да се она врши спрам индивидуалног схватања моралног и примереног [...] него спрам владајућих правила морала.“[916] Међутим, ни свака повреда неког моралног правила није релевантна,[917] јер је „морал је [...] приватна ствар грађана, и право се у то начелно не меша, али ако повреда морала у једном одређеном случају вређа и јавне интересе, право је дужно да интервенише, и оно то чини, забраном неморалних уговора, отказујући таквим уговорима сваку обавезну снагу.“[918]

Када се посматра еволуција законодавстава уочљив је утицај стандарда добрих обичаја на увођење нових законских забрана. Наиме, неке уговорне одредбе које су кроз делатност судова утврђиване ништавим позивом на повреду добрих обичаја, данас су позитивноправно нормиране у виду законских забрана. У том смислу се може рећи да ставови судске праксе који су се временом искристалисали ослонцем на стандард добрих обичаја могу послужити као индикатор *de lege ferenda* тенденције на законодавном плану.[919] Тако је у германској судској пракси проблем неправичних клаузула код уговора по приступу решаван посезањем за добре обичаје. Под утицајем судске праксе многе од ових клаузула касније су постале део каталога законских забрана.[920]

---

[913] M. Živković (2018), 46.

[914] Наводе да се наплатом ове накнаде вређају добри обичаји ВКС одбија простом констатацијом да се ова накнада наплаћује и у другим земљама, те да је отуда она у складу са добрим обичајима: „Анализом тарифа накнада за обраду кредитног захтева земаља у региону може се закључити да обавеза плаћања трошкова кредитног захтева од стране корисника кредита представља *уобичајену праксу* у Хрватској, Босни и Херцеговини, Македонији, Црној Гори и Албанији (која постоји и у другим европским државама), тако да се не може говорити о финансијској обавези корисника кредита која је противна добрим пословним обичајима.“ В. стр. 5 образложења Допуне правног става о дозвољености уговарања трошкова кредита усвојеног на седници Грађанског одељења ВКС одржаној 16.09.2021. године. Дакле, констатација да се ова накнада наплаћује и у другим земљама може да послужи као аргумент, али он, сам по себи, није довољно убедљив, јер и даље само упућује на фактицитет у поступању банака, али не и на исправност таквог поступања.

[915] H. Krejci у: P. Rummel, M. Lukas (Hrsg), (2014), 175.

[916] R. Zimmermann (1979), 72 и 73.

[917] Д. Николић (2020а), 124.

[918] Лазар Марковић, *Облигационо право*, Класици југословенског права, Службени лист СРЈ, Београд 1997, 208.

[919] C. H. Hackl, 57 са даљим упућивањем.

[920] R. Zimmermann (1990), 715; P. Bydlinski (2010), 175.

Постојање каталога законских забрана не умањује значај добрих обичаја као контролног критеријума. С обзиром на неумитну ограниченост капацитета сваког па и најдовитљивијег и најпроницљивијег законописца нереално је очекивати да ће он успети да предвиди и унапред забрани све замисливе случајеве неоправданог искоришћавања економске надмоћи једне уговорне стране на рачун друге.[921] Међутим, колико год да је овај основ ништавости неопходан у правном систему који не жели да кочи сам себе, он представља и извор правне несигурности и то још више него јавни поредак који је претежно саткан од ставова о људским правима и слободама који су једноставно сазнатљиви на основу уставних гарантија. Стога овај правни стандард представља велики изазов за уговараче.

У редовним околностима, примарни интерес контрахената је да они са извесношћу могу да се поуздају у пуноважност њиховог уговора и свих обавеза садржаних у њему. То је могуће само уколико су контрахентима унапред јасно предочене забрањене уговорне одредбе, али не и онда када се њима оставља доза неизвесности по питању допуштености садржине уговореног. Неизвесност је нарочито изражена у зони диспозитивних норми уговорног права. Иако је странама дозвољено да одступе од њих, оне не могу унапред да буду апсолутно сигурне да ли ће удаљавање од њих у конкретном случају бити доживљено као проблематично са становишта добрих обичаја.[922] Због тога се у теорији истиче да не заврђује свака повреда правом заштићених интереса квалификатив повреде добрих обичаја, већ само она која је груба и евидентна. У сваком случају, коначни суд по питању допуштености неке уговорне обавезе уговарачи ће сазнати тек уколико она постане предмет судске контроле. Но, чак и када највиша судска инстанца усвоји став по питању (не)допуштености неке уговорне одредбе, то не значи да он неће бити промењен. Ово представља отежавајућу околност за све учеснике правног саобраћаја који желе да послују у границама слободе уговарања.

У типичне одредбе које се у страној судској пракси квалификују као неконзистентне добрим обичајима спадају примери грубо неуравнотеженог диференцирања правних позиција уговарача на тај начин што се једној уговорној страни признаје неко право које се истовремено ускраћује другом уговарачу. Један од таквих

[921] R. Damm, 923.
[922] H. Krejci у: P. Rummel, M. Lukas (Hrsg), (2014), 190.

случајева односио се на признавање права закуподавцу да откаже уговор о закупу пре истека рока на који је закључен, док је идентично право било ускраћено закупцу.[923] У другом примеру суд је утврдио ништавом одредбу типског уговора о закупу којом је било предвиђено усклађивање закупнине са индексом цена који месечно објављује централни завод за статистику, при чему је клаузулом било искључено снижење закупнине.[924] Са становишта добрих обичаја неприхватљиво је да промена индекса цена утиче само на повећање, а не и на снижење закупнине. Ту даље спадају случајеви неоправданог преваљивања уговорног ризика на једну уговорну страну. Неки од еклатантних примера за то су: непризнавања права на раскид уговора о лизингу чак и ако предмет лизинга постане неупотребљив;[925] обавезивање закупца да плаћа закупнину и за време док је предмет закупа неупотребљив због материјалног недостатка;[926] одредба према којој непреузимање ствари предате на чишћење у року од три месеца води губитку права својине на њој[927] и сл.

Постоје и неки гранични случајеви у којима је извесно да постоји повреда, али се она не може једнозначно сврстати под окриље јавног поретка или добрих обичаја. Примера ради, бројна уговорна задирања у личну сферу која нису изричито забрањена законом се[928] подводе под повреду добрих обичаја.[929] Такво квалификовање је присутно и у домаћој доктрини.[930] Тако се у литератури као примери уговорних обавеза противних добрим обичајима наводе обавеза да се неће напустити место трајног боравишта, да се неће напустити одређени посао,[931] да ће се приступити одређеној религији или да се религија неће променити, да ће се уговарач придржавати целибата, да ће се уговарач подвргнути абортусу и сл.[932] Према нашем мишљењу, нека од њих несумњиво представљају повреду уставом загарантованих права и слобода, на основу чега бисмо их пре могли квалификовати као повреде јавног поретка.

---

[923] H. Krejci у: P. Rummel, M. Lukas (Hrsg), (2014), 191.
[924] OGH 7 Ob 78/06f, нав. према: A. Geroldinger (2015), 204.
[925] H. Krejci у: P. Rummel, M. Lukas (Hrsg), (2014), 195.
[926] *Ibid*, 196.
[927] *Ibid*, 200.
[928] *Ibid*, 179.
[929] Чл. 19 ст. 2 ШЗО иначе познаје и повреду права личности као посебан основ ништавости. R. Hürlimann, 37 и 38.
[930] Л. Марковић, 208.
[931] H. Krejci у: P. Rummel, M. Lukas (Hrsg), (2014), 183 и 184.
[932] P. Bydlinski (2010), 174.

У уговорне обавезе које се косе са добрим обичајима у германској литератури се редовно убрајају обавезе прекомерног трајања. Оне у својој сржи нису проблематичне. Оно што их чини спорним је предуг рок на који се преузима нека уговорна обавеза. Пример за то била би одредба уговора о специјализацији којом се лекар у некој болници обавезује да настави да ради одређени број година у установи која је финансирала специјализацију. Ова уговорна одредба сама по себи није спорна, али може постати проблематична, а стога и квалификована као противна добрим обичајима, ако је временски период за који се лекар обавезује да настави да ради прекомерно дуг (нпр. пуно дужи од периода трајања саме специјализације).[933] Друго је питање адекватне грађанскоправне санкције у овом случају, то јест да ли би ништавост требало да захвати одредбу у целини или би пре прекомерно трајање требало свести на примерено трајање обавезе. У германској доктрини се у случају уговорних обавеза које су прекомерне у временском смислу преферира редукција њиховог трајања под условом да се у конкретном случају у временској прекомерности огледа једина повреда добрих обичаја.[934]

За крај, није сувишно нагласити да утврђивање садржине добрих обичаја представља правно питање. Отуда став нижестепених судова по питању њиховог постојања и садржине подлеже преиспитивању у евентуалном поступку по ревизији.[935]

### 9.3. Дељивост уговора и уговорне одредбе

Код иоле озбиљнијих уговора уговорне стране имају тенденцију да своју сагласност искажу писмено. Писмена форма пружа поузданији доказ да је сагласност постигнута, а уједно и већу извесност у погледу садржине уговореног.[936] Своју сагласност поводом садржине уговора, контрахенти редовно манифестују кроз уговорне одредбе.[937] Другим речима, оно око чега су се сложили, по правилу, је структурирано и распоређено спрам предмета регулисања у уговорне одредбе које се визуелно једноставно распознају. Немали број уговора који се закључују у модерно доба спада у тзв. комплексне уговоре

[933] Пример је наведен према: H. Roth у: Staudinger (2020), 43.
[934] H. Krejci у: P. Rummel, M. Lukas (Hrsg), (2014), 307; P. Bydlinski, 175; H. Roth у: Staudinger (2020), 43.
[935] H. Krejci у: Rummel, M. Lukas (Hrsg), (2014), 174.
[936] Н. Мишчевић (2022), 25-27, 73-75.
[937] К. Г. Доловић Бојић (2021), 145.

који се састоје из низа уговорних клаузула којима се разрађују права и обавезе страна. Редовно се, дакле, уговор не састоји из једног права и једне обавезе, већ из низа права и обавеза.[938] У том смислу је, како истиче *Медикус*, погрешно тврдити да уговор има само један правни основ. Уместо тога, уговор саткан од онолико правних основа колико обавеза произлази из њега. Последично, отпадање једне уговорне одредбе редовно не води отпадању основа од ког зависи опстанак читавог уговорног поретка.[939] Отуда, проблем ништавости који се дâ локализовати унутар уговора редовно може бити превазиђен елиминисањем спорног дела уговора, уз одржавање његовог остатка на снази.

Могућност локализације узрока ништавости на тачно одређени део строго јединственог уговора редовно се проверава уз помоћ критеријума дељивости. Па тако, ако је уговор дељив, остатак ће моћи да се одржи на снази. У супротном, он ће у целости бити захваћен последицом ништавости. Отуда, да би хипотетички могао да буде задовољен, критеријум дељивости претпоставља да се уговор састоји од више одредаба.[940] По логици ствари, ако након елиминисања спорне одредбе ништа не би преостало, беспредметно би било свако бављење питањем евентуалне парцијалне пуноважности.

Сматра се да је уговор дељив ако се ништава одредба једноставно може одвојити од остатка уговора и елиминисати њеним простим прецртавањем. Оно што преостане, по природи ствари, треба да задржи квалитет уговора, то јест капацитет да настави самостално да егзистира без даљих интервенција.[941] Ради се о објективно процењивом услову, јер оно што преостане након отклањања спорне одредбе, у најмању руку, треба да кореспондира минимуму оног око чега мора бити постигнута сагласност уговарача да би се уговор уопште сматрао закљученим. У домаћем праву тај минимум подразумева опстанак објективно битних елемената уговора. Подразумева се да интервенција суда не сме да има за последицу промену правне природе и идентитета уговора.[942] На пример, теретан уговор и након судске контроле мора задржати карактер теретности да би уопште постојала могућност да се остатак уговора одржи на снази.[943]

---

[938] К. Г. Доловић Бојић (2021), 147.
[939] D. Medicus (1978), 636.
[940] R. Hürlimann, 70.
[941] W. Flume (1992), 573; P. Gauch, W. R. Schluep,, 153; A. Dedual, 55.
[942] Д. Хибер, М. Живковић (2015a), 581.
[943] P. Gauch, W. R. Schluep, 153;  R. Hürlimann, 72.

Када је уговор дељив на описан начин, по среди је непроблематичан случају делимичне ништавости који потпада под директно поље примене опште одредбе из чл. 105 ЗОО.[944] У доктрини се иначе истиче да ће случајеви недељивости уговора у пракси бити изузетно ретки, сходно чему се чак може говорити о тенденцији дељивости.[945]

Иако се дељивост уговора редовно елаборира у доктрини и судској пракси у вези са институтом делимичне ништавости, постоје и противници овог услова. Тако неки аутори сматрају да дељивост уговора није никакав додатни услов од ког зависи примена института делимичне ништавости, будући да (стварна или хипотетичка) воља уговарача за одржавање остатка уговора на снази супсумира услов да оно што преостане представља смислену целину. Другим речима, уговарачи ни хипотетички не би имали интерес да се на снази одржи нешто што не представља смислену целину.[946] Нама се ипак чини да ова два услова треба одвојити. Наиме, неспорно је да нешто што након интервенције суда, објективно гледано, не задржава квалитет уговора нема минимални капацитет да се одржи на снази. Међутим, обрнути случај је могућ, јер није незамисливо да се оно што преостане након елиминисања спорног дела објективно посматрано може одржати на снази као уговор, али да оно ипак неће опстати јер не кореспондира вољи конкретних уговарача. У том смислу, воља уговарача за одржавање остатка уговора на снази фигурира као услов делимичне ништавости уговора, али њу треба ценити одвојено од могућности његовог осптанка у објективном смислу. Другим речима, објективна неодрживост остатка уговора чини излишним упуштање у питање (не)постојања воље уговарача за делимичном пуноважношћу. С друге стране, објективна одрживост остатка уговора је предуслов да се пређе на испитивање сагласности резултата судске интервенције са вољом уговорних страна.

У домаћој цивилистици *Круљ* је један од ретких који изричито спомињу услов дељивости правног посла. Према његовом мишљењу, дељивост је могућа због тога што се „правни акт састоји од више хтења која су мање или више назависна једна од других“.[947]

---

[944] H. Roth у: Staudinger (2020), 38.
[945] *Ibid*.
[946] R. Hürlimann, 69.
[947] V. Krulj (1954), 139. Примећујемо да у Коментару ЗОО *Круљ* уместо дељивости спомиње услов *независности* ништаве одредбе од остатка уговора – услов који суштински одговара дељивости уговора. V. Krulj у: B. T. Blagojević, V. Krulj (Red.) (1980), 290.

Отуда је могуће да „неважећи делови правног акта [...] буду „ампутирани“ да би други делови наставили самосталну егзистенцију.“[948]

Остали аутори, по правилу, дељивост уговора не истичу директно, али се посредно ипак осврћу на њу. Тако *Дудаш* истиче да „ништава одредба не сме са осталим одредбама уговора бити у нераскидивој логичкој и системској вези.“[949] Услов (не)раскидивости на који упућује *Дудаш* није ништа друго до услов дељивости и у том делу аутор има право. Међутим, услов одсуства *логичке и системске везе* ништаве одредбе са остатком уговора се не спомиње у страној доктрини као претпоставка делимичне ништавости уговора. Делује да је реч о сувишном додатку услову раскидивости утолико што би се тешко могло тврдити да се било која одредба обрела у уговору која није у логичкој вези са њим. Зашто би се у уговор уопште уносила одредба која, логичко посматрано, не припада том уговору, која је за њега, условно речено, „страно тело“. Управо супротно, спорна одредба је у логичкој вези са остатком уговора; са становишта целине уговорног поретка, она му припада. Оно што је спорно није њена потенцијална логичка неповезаност са остатком уговора, већ њена пуноважност која је упитна упркос постојању логичке везе која постоји између ње и осталих уговорних погодби.[950]

У цивилистичкој доктрини се на полемику о дељивости уговора надовезује и дебата о дељивости уговорне клаузуле. Овај, условно речено, поткритеријум најпре актуелизује питање које се тиче схватање појма уговорне одредбе, а потом и допуштеност интервенције суда унутар уговорне одредбе. Примера ради, да ли се клаузула заиста мора уклонити у целости чак и онда када би се проблем могао превазићи прецртавањем поједине речи или више њих из текста одредбе.[951] Да ли исход контроле треба учинити зависним од формулације уговорне одредбе или се првенствено треба руководити материјалноправним критеријумом, то јест садржином уговорне одредбе?

---

[948] V. Krulj (1954), 139.

[949] А. Дудаш (2010), 155.

[950] Овим се не пренебрегава чињеница да неке уговорне одредбе не морају увек бити у непосредној логичкој вези са уговором у смислу да оне директно упућују на тип уговора чији су интегрални део. Примера ради, арбитражна клаузула, пророгациона клаузула, одредба о уговорној казни и сл. се могу наћи у уговорима различитих типолошких обележја. Због тога се може рећи да оне нису у „непосредној логичкој вези са датим типом уговора“. (M. Živković (2006), 34.) Но, евентуално одсуство непосредне логичке везе неке одредбе са остатком уговора не значи уједно и одсуство било какве логичке везе са њим.

[951] Примера ради, у случају BGH III ZR 63/83 из клаузуле је као проблематична прецртана само реч *неопозива*, док је у преосталом делу клаузула наставила да важи. Нав. према: A. Geroldinger (2015), 202.

За разлику од чл. 105 ЗОО који говори о ништавости *одредбе уговора*, неки грађанскоправни законици користе термин *део уговора* (§139 БГБ, чл. 20(2) ШОР). Да разлика није онаква како би се на први поглед могло закључити, упућује формулација §306 II БГБ у коме се изричито спомињу одредбе уместо делови уговора (нем. *die Bestimmungen*).

Иако се термину *део уговора* у теорији и пракси редовно приписује значење *одредбе уговора*, израз *део уговора* оставља шири простор за тумачење. Отуда не чуди што се у германској доктрини на пољу дељивости уговора спомињу три врсте дељивости: објективна, субјективна и квантитативна.[952] О објективној дељивости је реч онда када се недостатак тиче садржине уговора. Тада је ништава само једна одредба уговора, док оно што преостане и даље представља смислену целину. Овим се сугерише да ништавост не сме да захвати објективно битан елемент уговора.[953] Уговор је субјективно дељив када се ништавост уговора утврђује у односу на једног од више сбјеката који се појављују на једној уговорној страни, док наставља да важи међу осталим уговарачима.[954] Квантитативна дељивост постоји онда када се одредба која је изражена квантитативно (нпр. јединствена цена за већи број предмета, при чему је само један од њих недопуштен), може једноставно поделити тако да се извесно зна који део цене се односи на коју ствар.[955] Из наведеног је јасно да се у случају квантитативне дељивости заправо ради о дељивости на нивоу уговорне одредбе, јер се јединствена цена рашчлањује на више појединачних цена. Декомпоновање јединствене цене не би требало да буде спорно јер су и сами уговарачи уместо навођења јединствене цене за више предмета могли да наведу засебну цену за сваки предмет, када се питање квантитативне дељивости не би ни поставило. Проблем би се тада решио једноставним елиминисањем одредбе уговора којом је предвиђено прометовање *res extra commercium* или ствари која се налази у ограниченом правном промету а за коју, у конкретном случају, није прибављена одговарајућа дозвола. У сваком случају, услов за квантитативну дељивост клаузуле је да постоји објективни критеријум, попут тржишне или берзанске цене, на основу ког се може определити који се

[952] H. Heiss, 172; H. Roth у: Staudinger (2020), 40.
[953] H. Roth у: Staudinger (2020), 40.
[954] То што се у чл. 105 ЗОО спомиње *уговорна одредба* уместо *део уговора* не би требало да спречи њену аналогну примену и на случајеве субјективне дељивости уговора. О томе је већ било речи у оквиру поднаслова 4.4.
[955] H. Roth у: Staudinger (2020), 40.

део јединствене цене односи на коју ствар. Уколико то не би било могуће, суд би наишао на објективне границе одржавања уговора на снази те би утврдио да је уговор ништав у целости.

Међутим, у германској литератури се појам квантитативне дељивости користи и за снижавање јединствене престације која је у погледу износа или трајања прекомерно постављена. У овом раду су примери редукције износа или трајања престације, онда када у закону постоји изричит основ за то, означени као примери законске редукције. Упркос сличностима и изразитој блискости са делимичном ништавошћу њих ипак треба издвојити у засебну категорију, будући да је редукција износа или трајања престације у изричито нормираним случајевима неспорна.[956]

У контексту дељивости уговора и уговорне одредбе, потребно је разјаснити: 1) како треба разумети појам *уговорне одредбе*; 2) да ли је допуштено спроводити измене унутар уговорне одредбе; 3) ако су дозвољене измене на нивоу уговорне одредбе, које су границе њихове допуштености – да ли је допуштено само механичко прецртавање спорних речи, или је допуштено и граматичко и ортографско прилагођавање оног што преостане. Осим тога, да ли је и евентуално под којим условима допуштено преформулисање уговорне одредбе.

### 9.3.1. Одређење појма уговорне одредбе

С обзиром на то да се у чл. 105 ЗОО изричито спомиње *уговорна одредба*, најпре ћемо покушати да одредимо њено значење. Као синониме користићемо и појмове уговорна клаузула (нем. *Vertragsklausel*, *Vertragsbestimmung*) и услов уговора[957] (енгл. *contract term*). Уговорна одредба се доживљава као један од елементарних појмова који су свима јасни, те делује да ју је сувишно ближе одређивати. Иако *prima facie* може деловати да је тако, утисак вара. То потврђује и *Геролдингер*, који на основу анализе аустријске и

[956] В. поднаслов 7.1. Случајеви који остају спорни јесу они код којих је квантитативно изражена престација прекомерна, при чему могућност њене редукције није изричито предвиђена законом. Код њих се актуелизује питање да ли општа одредба о делимичној ништавости садржи одговарајући легитимациони основ за њихову редукцију и, ако садржи, под којим условима се она може спровести.

[957] Овде се не мисли на услов у правнотехничком смислу иако није искључена могућност да се неком одредбом уговор модификује условом у правнотехничком смислу.

немачке судске праксе, закључује да у погледу схватања појма уговорне клаузуле постоји лутање и несигурност.[958]

Иако ЗОО на доста места користи појам уговорне одредбе, он се не упушта у одређење његовог значења.[959]

У погледу одређења појма уговорне одредбе у теорији су се искристалисала три приступа: формални, материјални и формално-материјални.[960] Према формалном критеријуму, уговорну одредбу треба схватити као део уговора који је у структури уговорног поретка визуелно јасно омеђен, често нумерисан или на други начин обележен, а неретко и посебно насловљен спрам питања које је њиме уређено. Формални критеријум се ослања на оптички утисак који оставља структура уговора без залажења у садржину уговорне одредбе.[961] Прихватање формалног одређења појма клаузуле одражавало би поједностављено виђење комплексне проблематике. Његова доследна примена би често захтевала и елиминисање неспорних делова уговора. Приклањање формалном критеријуму истовремено би значило препуштање резултата судске интервенције случају. Наиме, некада се иста садржина може саопштити у мањем или већем броју уговорних одредаба у зависности од технике којој прибегава „редактор“ уговора.

Наведено се може демонстрирати на примеру одредбе о искључењу одговорности. Она може да гласи: *Искључује се одговорност продавца за штету коју би услед неиспуњења или неблаговременог испуњења уговорне обавезе могао да претрпи купац.* Ова одредбе може да буде стилизована и тако да гласи: *Искључује се одговорност продавца за штету коју проузрокује купцу услед обичне непажње, крајње непажње и намере* (чл. 265(1) ЗОО).[962] Примена правила оловке би у првом случају подразумевала уклањање одредбе у целости. У другом случају би остала искључена одговорност продавца за обичну непажњу, док би из текста клаузуле биле елиминисане *крајње непажње и*

---

[958] A. Geroldinger (2015), 211.

[959] У чл. 5, ст. 1, тач. 21 ЗЗП одређује се значење израза *уговорна одредба* у смислу примене ЗЗП. Она, међутим, није од помоћи за суштинско одређење појма уговорне одредбе у контексту института делимичне ништавости. Одређењем појма *уговорна одредба* коју у смислу ЗЗП треба схватити као „сваку одредбу уговора, укључујући посебне погодбе, о чијој садржини је потрошач преговарао или могао да преговара са трговцем, као и опште одредбе чију садржину је унапред одредио трговац или трећа страна“, служи да определи домашај контроле правичности одредаба потрошачких уговора.

[960] A. Dedual, 57.

[961] *Ibid*, 57 и 58.

[962] Штавише, одредба о искључењу одговорности би могла да се „разбије“ у три реченице од којих би у свакој била искључена одговорност по основу одређеног степена кривице.

*намере*.[963] Другим речима, у потоњем случају би положај продавца био повољнији него у претходном случају упркос томе што је са становишта суштине реч о одредбама које уређују идентично материјалноправно питање. Због тога се у теорији са правом истиче да би примена формалног критеријума у пракси подстицајно деловала на искусне састављаче уговора, а међу њима нарочито састављаче општих услова пословања, да прибегну тактици раздвајања суштински једне одредбе у већи број засебних одредаба.[964] Тиме би састављач уговора кроз језичку редакцију одредбе могао да определи резултат потенцијалне судске интервенције, што би било крајње неприхватљиво са становишта суштине судске контроле. Тада би домашај ништавости био препуштен дискрецији оног ко саставља текст уговора.[965]

Због својих мањкавости, формални критеријум није прихваћен у германској јудикатури.[966] Уместо њега предложен је материјалноправни критеријум, који подразумева фокусирање на садржину конкретне уговорне клаузуле и испитивање могућности раздвајања питања која су њоме уређена у више самосталних клаузула. Сходно томе, ако се унутар једне уговорне одредбе уоче различита питања, „може се говорити о плурализму одредаба обухваћених једном одредбом у правно-техничком смислу.“[967] Дакле, ако је једном клаузулом уређено више материјалноправних питања која су могла да буду регулисана самосталним клаузулама, тада би домашај интервенције требало да захвати само оно од више питања које је спорно.[968]

У пракси је временом преовладала комбинација формалног и материјалног критеријума која налаже да се истовремено води рачуна и о језичкој стилизацији одредбе и о њеном садржају.[969]

Видели смо да се применом „правила оловке“ принципијелно допушта и уклањање појединих речи уместо уговорних одредаба у целости. Са становишта домаћег права, уклањање појединих речи из уговорне одредбе не би требало да буде спорно. Наиме, телеолошком редукцијом се неки појам за који се испостави да је прешироко постављен,

[963] A. Geroldinger (2015), 207 и 208.
[964] A. Illedits, 58; M. Leitner, 714 и 715.
[965] K. Uffmann (2010), 155; A. Dedual, 57 и 58.
[966] A. Geroldinger (2015), 199.
[967] K. Uffmann (2010), 155.
[968] 2 Ob 1/09z, RIS-Justiz RS0121187.
[969] K. Uffmann (2010), 156; A. Dedual, 58 и 59.

може применити и у његовој редукованој садржини. Сходно томе се појам уговорне одредбе из чл. 105 ЗОО може разумети и као део уговорне одредбе.[970]

Но, када се у теорији инсистира на „правилу оловке“, поставља се питање колико се строго и доследно оно спроводи у пракси. То јест, да ли би суд смео језички да прилагоди оно што преостане након уклањања спорне речи, тако да уговорна одредба буде језички конзистентна.[971] Према *Цимерману*, оно што преостане након прецртавања би требало да настави да важи без икакве даље измене.[972] Но, да ли овај услов треба схватити тако ригорозно? Односно, да ли би суду требало дозволити да прилагоди, примера ради, род, број и падеж, једнину уместо множине и сл? Делује да потврдан одговор не би требало доводити у питање. Супротно становиште би представљало екстремно формалистичко и чисто механичко поступање[973] које је неспојиво са смислом и духом права уопште, а самим тим и са смислом и циљем института делимичне ништавости. С тим у вези *Геролдингер* закључује да би усаглашавање формулације одредбе након интервенције суда правилима ортографије и граматике требало да буде беспредметно.[974] У супротном би примена „правила оловке“ у његовом најстрожем облику заправо била „позив стипулантима да [...] услове уговора разбију у пуно самосталних јединица.“[975]

*Уфман* се оштро противи примени „правила оловке“ истичући да је неодржив аргумент према коме се простим прецртавањем неке одредбе или њених појединих речи суд „не меша“ у садржину уговореног, за разлику од језичког прилагођавања одредбе у циљу постизања њене језичке конзистенције, када суд, наводно, прекорачује границе својих овлашћења.[976] И једно и друго би требало да се квалификује као измена уговора и то измена која је суду допуштена. Отуда је према *Уфман* „тест оловке“ непримерен, па самим тим „не постоји ни обавеза придржавања његове чаробне формуле“.[977]

Уважавајући критику строго формално схваћеног „теста оловке“ као критеријума дељивости уговорне клаузуле, *Меш* у погледу дељивости уговора инсистира на томе да

[970] C. H. Hackl, 96 и 97.
[971] G. Mäsch у: Staudinger (2019), 201.
[972] R. Zimmermann (1979), 79 и 80.
[973] K. Uffmann (2010), 174.
[974] A, Geroldinger (2015), 209.
[975] *Ibid*.
[976] K. Uffmann (2010), 174 и 175.
[977] *Ibid*, 175.

оно што преостане након прецртавања спорних делова треба да задржи свој смисао независно од његове лингвистичко-граматичке исправности.[978]

Сходно томе, дељивост клаузуле не треба ограничавати само на случај када је једном одредбом обухваћено више различитих питања која су у правнотехничком смислу могла бити раздвојена у више самосталних одредаба, већ и на случајеве у којима, у правном смислу, постоји једна уговорна одредба унутар које се допуштен део, јасно и недвосмислено, може одвојити од недопуштеног дела.[979]

У немачкој судској пракси је чак потврђена и могућност преформулисања одредбе уговора под условом да је њен недопуштени део јасно одвојив од допуштеног, уз напомену да се такво поступање не може квалификовати као судско преобликовање уговора, које је иначе забрањено.[980]

Штавише, када се кроз германску праксу прати развој аргументације у погледу разумевања услова дељивости уговора и уговорне клаузуле, делује да су тамошњи судови били спремни да флексибилно тумаче овај услов како би његово значење било уподобљено циљу коме се у конкретном случају тежило. Тај циљ се редовно огледао у одржавању уговора на снази. Ово се сликовито може илустровати примером из немачке јудикатуре који се тицао прекомерно формулисане обавезе јемца. Наиме, истом уговорном одредбом је била предвиђена одговорност јемца за обавезе по одређеном контокорентном кредиту, као и за све постојеће и будуће обавезе које произлазе из пословних односа главног дужника и банке.[981] Суд је нашао да је овако постављена обавеза јемца прекомерна, то јест изненађујућа у смислу да јемац према редовном току ствари није могао рачунати са таквим проширењем његове одговорности. Спорна одредба носи неизвесност по питању обима одговорности јемца утолико што он у моменту пристанка на обавезу јемчења може да зна само максимални износ својих потенцијалних будућих задужења по основу контокорентног кредита, али не и по основу обавеза из других постојећих и будућих пословних односа између банке и главног дужника. Дакле, на основу првобитне формулације ове уговорне одредбе, банка би практично неограничено могла да прошири одговорност јемца за дужникове обавезе, што је неприхватљиво.

[978] G. Mäsch у: Staudinger (2019), 198-200.
[979] K. Uffmann (2010), 153.
[980] BGH, Urt. v. 05.06.1989. – II ZR 227/88. Нав. према: K. Uffmann (2010), 32.
[981] BGH IX ZR 108/94 од 18.05.1995. године.

Истовремено, неприхватљиво би било и елиминисање ове одредбе *in toto*, јер би тада у целости отпало средство (личног) обезбеђења потраживања банке. Пошто проблем није могао да буде превазиђен прецртавањем речи *будућих* обавеза, јер из контокорентног кредита по дефиницији потенцијално проистичу обавезе које ће се конкретизовати и прецизирати у будућности, једина могућност одржавања уговора о јемству на снази у погледу допуштеног дела подразумевала је садржинско преформулисање спорне одредбе. Иако одредба није била језички дељива, суд је нашао да је она дељива у садржинском смислу. Суд је обавезу која је била уређена једном уговорном одредбом раздвојио на главну обавезу – обавезу јемца да одговара до максималног износа одобреног контокорентног кредита који му је био познат у моменту прихватања обавезе јемчења, и споредну обавезу – схваћену као обавезу јемца да одговара за све постојеће и будуће обавезе из пословних односа банке и главног дужника. Суд је прихватио да је обавеза јемца допуштена у погледу главне обавезе, док је ништава у погледу „споредне“ обавезе.[982]

Овај пример из немачке јудикатуре упечатљив је утолико што се тицао одржавања на снази уговора кроз преформулисање битне одредбе уговора. До тада се питање делимичне ништавости у немачкој судској пракси редовно везивало за отклањање споредних уговорних одредаба. Као што смо видели, то је постигнуто деобом битне одредбе уговора на „главну“ и „споредну“ обавезу и уз помоћ њеног преформулисања, под обраложењем да би елиминисање обавезе јемства у целости представљало прекомерну последицу садржинске контроле уговора. Преформулисањем уговорне одредбе, интереси јемца су довољно заштићени на тај начин што је максимални домашај његове обавезе усаглашен са његовим очекивањима у тренутку преузимања обавезе јемчења.

Иако је питање дељивости уговора и уговорне клаузуле незаобилазно у дискурсу у вези са институтом делимичне ништавости, овај услов се драстично релативизује у контексту модификоване делимичне ништавости.[983] Он се не поставља онда када се проблем изазван ништавошћу одредбе не може превазићи њеним простим уклањањем, јер би то „генерисало“ накнадну празнину у уговору. С тим у вези се као нужно поставља

[982] K. Uffmann (2010), 134, 135.
[983] P. Gauch, W. R. Schluep, 156; K. Uffmann (2010), 162; A. Dedual, 72-74; G. Mäsch у: Staudinger (2019), 201.

питање допуштености попуњавања овако насталих празнина онда када је то у интересу обеју уговорних страна.

### 9.4. Значај одредбе захваћене ништавошћу са становишта уговорног поретка и воље уговарача

Када се говори о значају који нека одредба има за уговор, чувена је подела која датира још из римског права према којој се елементи уговора могу разврстати на *essentialia negotii, naturalia negotii* и *accitendalia negotii*.[984] Иако је ова подела дубоко укорењена у цивилистичкој литератури, она је донекле изгубила на значају ступањем на снагу ЗОО.[985] Отуда ћемо се надаље уместо трипартитне деобе елемената који могу чинити садржину уговора, држати новије, бипартитне поделе уговорних одредаба на битне и споредне, то јест, према законској терминологији (чл. 32 ЗОО), на битне састојке уговора и његове споредне тачке.[986] Потоња подела више одговара решењима ЗОО као и потреби нијансирања услова за примену института делимичне ништавости.

Чл. 105, ст. 1 ЗОО изричито предвиђа да уговор „може опстати без ништаве одредбе“. Одговор на питање када ће то бити случај не може бити једнозначан будићи да у материји уговорног права не важи принцип *numerus clausus*.[987] Одсуство овог принципа упућује на могућност уговарача да комбинују правила регулисаних уговора али и да, пратећи захтеве праксе осмишљавају нове типове уговора. У том смислу, одговор на питање како треба разумети услов да *уговор може опстати без ништаве одредбе,* првенствено зависи од тога да ли је по среди именован или неименован уговор, а у потоњем случају и од (а)типичности иноминантног уговора.

Начелно је потребно испитати могућност самосталне егзистенције оног што преостане након судске интервенције у објективном смислу. Код *именованих* уговора, овај услов подразумева одржавање на снази најмање *објективно* битних састојака уговора. Као што је сагласност о њима *conditio sine qua non* за настанак уговора,[988] њихово очување је предуслов и за опстанак уговора. Ради се о елементима на основу којих се у конкретном

---

[984] M. Živković (2006), 34.
[985] М. Орлић (1993), 248.
[986] У контексту одређења предмета уговора, *Сворцан* говори о главним и споредним чинидбама. Слободан Сворцан, *Предмет уговора*, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац 2007, 21.
[987] О. Антић (2004), 95.
[988] М. Орлић (1993), 250.

случају одређује врста уговора,[989] а који су сазнатљиви на основу законске дефиниције именованих уговора.[990]

Услов да објективно битни елементи уговора „надживе“ судску контролу не значи нужно њихов опстанак у изворној садржини, иако ће то најчешће бити случај. Довољно је да су битни састојци уговора, или чешће један од њих, „преживели“ евентуалну судску контролу, што укључује и могућност корекције износа главне престације. Примера ради, могуће је да је неки објективно битни елемент уговора којим је утаначена главна престација попут зеленашке цене, ослонцем на чл. 141, ст. 3 ЗОО опстао, али у редукованом износу.[991] Још једном напомињемо да то што у неким правним системима јудикатура проналази легитимациони основ за снижење зеленашке престације у аналогној примени правила о делимичној ништавости није примерено и за наш правни систем који садржи изричит правни основ за свођење зеленашке престације на правичан износ. Отуда се са становишта домаћег права не могу прихватити ни ставови стране литературе према којима се заговара допуштеност примене правила о делимичној ништавости у случају када ништавост захвати објективно битне елементе уговора. С друге стране, снижавање износа главне престације не искључује и потребу за елиминисањем неке ништаве споредне тачке уговора. То проистиче из чл. 141, ст. 2 ЗОО у коме се изричито упућује на могућност примене института делимичне ништавости на зеленашке уговоре.[992]

Код *неименованих* уговора домашај оног што мора да преостане након судске интервенције, то јест обухват језгра уговора,[993] зависи од конкретног случаја. Примера ради, код иноминантних уговора који су се уобичајили у пракси, објективно битни елементи се могу утврдити са готово истом извесношћу као и објективно битни састојци именованих уговора.[994] Утврђивање језгра уговора неће бити проблематично ни онда када је неименован уговор упоредив са неким већ регулисаним уговором.[995] Највеће тешкоће у вези са одређењем домашаја језгра уговора суд ће имати код тзв. атипичних уговора. У

[989] M. Živković (2006), 34; М. Орлић (1993), 248; G. Tomás, 285 и 286.
[990] М. Орлић (1993), 248.
[991] Више о томе в. поднаслов 7.1.
[992] Иако наш законодавац то посебно истиче у чл. 141, ст. 2 ЗОО, делимична ништавост зеленашког уговора који се одржава на снази уз снижавање престације би била замислива и без посебног упућивања на њу, на основу општег правила из чл. 105 ЗОО.
[993] M. Živković (2006), 176.
[994] *Ibid*, 203.
[995] *Ibid*.

теорији се истиче да у језгро атипичних уговора улазе сви елементи који га чине смисленом целином.[996] Суд ће у сваком конкретном случају морати да заузме став о којим елементима је реч.

Оно што неспорно може да буде елиминисано из уговорног поретка, а да, објективно посматрано, не доведе у опасност оно што преостане јесу споредне (небитне, узгредне)[997] уговорне погодбе. Као што сагласност о споредним тачкама уговора не условљава његово закључење (чл. 32, ст. 2 ЗОО),[998] исто тако ни њихово отпадање неће водити елиминисању свих дејстава уговора. Под споредном тачком се подразумева питање које није било од пресудног значаја за уговараче у смислу да они нису условили закључење уговора постизањем сагласности о њему. Другим речима, ниједна од страна током преговора није истакла, нити се из околности случаја могло имплицирати да је по среди одредба која има значај *субјективно* битне тачке уговора.

Споредну тачку контрахенти су унели у уговор како би одступили од диспозитивноправних законских решења са циљем да садржину уговора прилагоде својим потребама. У одсуству сагласности о неком питању које је иначе уређено диспозитивном нормом, уговараче ће обавезивати та диспозитивна норма као да је императивна. Међутим, споредне одредбе се уносе у уговор не само како би се одступило од диспозитивноправних норми, већ и онда када уговарачи желе да уреде неко питање које њима није регулисано.

Уколико се у уговору поводом неке споредне тачке нађе клаузула којом се репродукује диспозитивна норма, њена пуноважност се, по природи ствари, не може доводити у питање. То је зато што се диспозитивне норме сматрају оличењем оптимално избалансираних решења за узајамне односе уговарача.

Према старој цивилистичкој доктрини, споредне уговорне одредбе су се сматрале јединим врстом одредаба које су могле бити погођене локализованом ништавошћу која неће истовремено повући ништавост остатка уговора.[999]

Између одредаба које имају значај битних састојака уговора, с једне, и споредних тачака, с друге стране, налазе се одредбе које су по редовном току ствари споредне

[996] M. Živković (2006), 43, 203.
[997] V. Krulj у: B. T. Blagojević, V. Krulj (Red.) (1980), 311.
[998] М. Орлић (1993), 245.
[999] A. Dedual, 61, са даљим упућивањем.

(објективно небитне), али вољом уговарача, или чешће једног од њих, бивају уздигнуте на ниво субјективно битних тачака уговора. Оне се, по свом значају са становишта закључења, па самим тим и опстанка уговора, практично изједначавају са објективно битним састојцима уговора.[1000] Код уговора који су резултат суштинских преговора[1001] околност да се нека споредна уговорна одредба сматра субјективно битном, требало би да је директно саопштена сауговарачу или је њему на основу околности случаја морало бити познато да је реч о одредби на којој се инсистира и без које уговор не би био закључен.[1002]

Могуће је да уговарачи у тексту уговора некој одредби изричито придају значај субјективно битног састојка уговора. Ако би у тексту уговора децидирано било истакнуто да уговарачи или чешће један од њих својом сагласношћу поводом неке одредбе, а уједно и њеном пуноважношћу условљавају закључење уговора, неизвесности принципијелно неће бити. Као што би одсуство сагласности о њој спречило закључење уговора, истом логиком би и њено евентуално елиминисање у целости требало да резултира ништавошћу уговора *in toto*. С друге стране, код адхезионих уговора којима нису претходили преговори, субјективна битност неке одредбе цениће се на основу „објективне тежине коју ништав део може да има са становишта целине уговора.“[1003]

У вези са субјективно битним одредбама уговора у контексту делимичне ништавости искрсава низ питања. Прво од њих је да ли треба правити дистинкцију између тога да ли је сагласност о њима уопште постигнута, од случаја када је сагласност поводом њих извесно постигнута, али садржи извесни недостатак. Затим, да ли у вези са њима треба направити диференцијацију између случаја у коме је спорна одредба од пресудног значаја за једног контрахента и случаја када је она субјективно битна за оба уговарача. Надаље, да ли о значају неке одредбе која не представља битни састојак уговора, суд треба да просуђује по сопственој иницијативи, или он треба да третира ту одредбу као споредну, све док уговарач за кога је она од есенцијалног значаја то не истакне.

Наш законодавац у оквиру општег правила о делимичној ништавости уважава могућност да нека уговорна клаузула ужива статус субјективно битне одредбе што

---

[1000] М. Орлић (1993), 261 и 262.
[1001] Према *Живковићу* „Неки елемент уговора добија својство субјективне битности тек током преговора.“ M. Živković (2006), 202.
[1002] М. Орлић (1993), 251.
[1003] E. A. Kramer у: BernKo, 164.

принципијелно условљава опстанак уговора. Ова „резерва“ у примени института делимичне ништавости, упркос његовој објективној одрживости, представља „омаж“ приватноправној аутономији. Редакторова идеја је била да спречи наметање уговарачима да противно својој вољи буду везани уговором на чију садржину изворно не би пристали. Октроисање садржине уговора мимо воље уговарача представљало би негацију начела аутономије воље и слободе уговарања.

Упућивање на вољу уговарача у опредељивању између делимичне ништавости уговора и његове ништавости у целости незаобилазан је део формулација свих општих одредаба о делимичној ништавости које су консултоване у настанку ове дисертације. Међутим, оно што је видна разлика између чл. 105 ЗОО и његових упоредноправних пандана јесте његов други став, за који се може рећи да представља оригинални допринос редактора.

Као што је већ истакнуто, други став чл. 105 ЗОО упућује на могућност одржавања уговора на снази чак и онда када је ништава одредба имала значај *услова уговора или одлучујуће побуде*, онда када је ништавост предвиђена управо да би уговор био растерећен те одредбе и наставио да важи без ње. Подсећања ради, сви домаћи цивилисти који су покушали да објасне овај став, учинили су то примерима који су подразумевали замену ништаве одредбе пуноважном, то јест измену садржине спорне одредбе. Тиме су они, иако додуше само имплицитно, изразили свој став да уклањање ништаве битне одредбе уговора без њене истовремене супституције допуштеном одредбом принципијелно не може резултирати одржавањем уговора на снази. Свако супротно виђење представљало би октроисање уговорне садржине, а самим тим и потпуно пренебрегавање начела аутономије воље.

### 9.5. (Не)постојање воље уговарача у чијем је интересу уговорена ништава одредба за парцијалном пуноважношћу уговора

О значају који воља уговарача има за примену института делимичне ништавости уговора било је већ речи у оквиру дела рада у коме је обрађен однос начела слободе уговарања и централне установе овог рада. Како би се избегла понављања, на овом месту ћемо само упутити на 8. поглавље.

## 9.6. Утицај савесности уговарача на примену института делимичне ништавости

Сазнање уговарача о ништавости одређене уговорне одредбе се може проблематизовати у вези са правном установом делимичне ништавости уговора на више нивоа. Најпре се може поставити питање да ли сазнање или одсуство сазнања о ништавости неке одредбе утиче на њену ништавост. Затим треба расправити да ли евентуална несавесност уговарача утиче на парцијалну пуноважност уговора. Питање савесности актуелизује се и у вези са попуњавањем накнадних празнина у уговору. С тим у вези може бити спорно да ли евентуална несавесност уговарача спречава попуњавање накнадне празнине,[1004] или би, пак, њу требало уважити приликом постављања заменског правила.[1005] У последњем аспекту – и уједно јединoм о коме се наш законодавац изричито изјашњава – несавесност фигурира као критеријум који утиче на расправљање последица ништавости (чл. 104, ст. 2, 3 и чл. 108 ЗОО).

(Не)постојање сазнања једног или обају уговарача о ништавости неке уговорне одредбе не утиче на њену ништавост.[1006] Ништавост неке одредбе цени се објективно спрам тога да ли она својом садржином прекорачује допуштене оквире диспозиције уговарача. У том смислу, евентуално одсуство сазнања о ништавости неке уговорне одредбе на страни уговарача ту одредбу неће учинити мање ништавом, а још мање је неће учинити пуноважном. Ово важи чак и у оним случајевима када контрахенти нису једноставно и поуздано могли да утврде границу допуштене диспозиције.

Следеће питање се односи на то да ли сазнање уговарача о ништавости одредбе утиче на могућност одржавања уговора на снази. О овом питању се чл. 105 ЗОО за разлику од свог изворника у виду чл. 82 Скице за законик о облигацијама и уговорима[1007]

---

[1004] У англосаксонском праву које се сматра колевком „правила оловке“ допуштено је одступање од њега у корист правила разумности (*rule of reasonableness*) под условом да састављач клаузуле успе да демонстрира да је приликом њеног формулисања поступао у доброј вери. E. A. Farnsworth, 93.

[1005] O. Ben-Shahar (2011), 889, 903, 904.

[1006] К. Г. Доловић Бојић (2021), 142, 144. Исто и Д. Ђурђевић у контексту завештања: „У погледу питања какав утицај има завештаочева свест о недопуштености завештања за доношење оцене о пуноважности завештања ирелевантно је да ли је завешталац знао или је могао знати да је његово располагање у супротности са јавним поретком или добрим обичајима.“ Д. Ђурђевић (2004), 450.

[1007] Редактори Преднацрта Грађанског законика приклонили су се решењу из Скице. Тако је чл. 234 Преднацрта идентичан чл. 105 ЗОО, док чл. 235 осликава решење из чл. 82 Скице. К. Доловић Бојић, С. Дабић Никићевић, 730 и 731.

не изјашњава. Наиме, професор *Константиновић* је сматрао да последице сазнања обају контрахената о ништавости одређене уговорне одредбе треба изричито уредити и то на следећи начин: „Ако оба уговорника знају да је нека одредба њиховог уговора ништава, сматраће се да та одредба не постоји, а остатак уговора биће пуноважан ако су испуњени битни услови за његово закључење.“[1008] Ово решење упућује на то да би обострано сазнање о ништавости одређене уговорне одредбе требало правно третирати као одсуство пословноправне воље уговарача да се обавежу у погледу ништавог дела уз истовремено перзистирање њихове воље за одржавање остатка уговора на снази.

Иако ово решење није преузето у ЗОО, оно је примењиво и у одсуству његовог изричитог помињања на основу правног резоновања. О томе сведоче немачка јудикатура и доктрина, које и без изричите нормираности овог питања у БГБ долазе до истог решења које је предложио професор *Константиновић.*[1009] У том смислу, изузимање ове одредбе из текста ЗОО није правнополитички погрешно, јер ће се и у њеном одсуству, правничком логиком, доћи до истог резултата.[1010] То, даље, значи да у хипотези обостраног сазнања о ништавости одређене клаузуле, уговарачи не би могли да се позивају на то су јој приписали значај субјективно битне одредбе, те да без ње они немају интерес да буду везани остатком уговора. Другим речима, постојање сазнања о ништавости одређене уговорне одредбе код оба контрахента би, практично, требало да лиши суд обавезе испитивања њихове хипотетичке воље по питању њене релевантности са становишта уговора као целине.

Питање о ком се не изјашњавају ни Скица ни ЗОО јесте како треба поступити у хипотези несавесности једне стране и савесности друге стране о питању недопуштености неке уговорне одредбе. С обзиром на то да у ЗОО о томе нема помена, могло би се закључити да је овај субјективни моменат на страни једног уговарача ирелевантан са становишта одржавања остатка уговора на снази. У прилог том схватању могла би се навести и околност да када прописује специјалне забране, законодавац као грађанскоправну санкцију у случају њихове повреде предвиђа само елиминисање конкретне одредбе уговора, без могућности „преливања“ њене ништавости на остатак

[1008] Михаило Константиновић, *Облигације и уговори – Скица за Законик о облигацијама и уговорима*, Класици југословенског права, Београд 1996, 64.
[1009] H. Roth у: Staudinger (2020), 22, 47.
[1010] У закључку се слажу и: К. Доловић Бојић, С. Дабић Никићевић, 730.

уговора. Дакле, када би се узело да је несавесност једне стране препрека за одржавање остатка уговора на снази како би се превентивно деловало на несавесну страну?[1011] Такво решење би било непримерено утолико што би се њиме пренебрегнули интереси друге, савесне стране.[1012]

У прилог неуважавања евентуалне несавесности једног уговарача код опредељивања могућности одржавања остатка уговора на снази, говори и решење за које се наш законодавац определио у вези са зеленашким уговорима. Ако је нормотворац изричито предвидео могућност одржавања на снази зеленашког уговора након правичног снижења његове престације, тим пре би онда и при „мањем“ степену несавесности уговору требало дати шансу.

Све наведено упућује на закључак да поседовање сазнања једног уговарача о ништавости одређене одредбе *per se* не би требало да спречи одржавање остатка уговора на снази.

Осим тога, несавесност не треба олако импутирати једној страни чак ни онда када намеће услове уговарања.[1013] Као што смо видели некада стипулант, упркос најискренијој вољи, не може са сигурношћу и поуздано да утврди границу између допуштеног и недопуштеног.[1014] С тим у вези не треба унапред осуђивати ни покушај стипуланта да „недовољну јасну законску забрану одмери у њеном домену нејасноће“.[1015] У супротном би за њега једини сигурни пут подразумевао преузимање решења из диспозитивних законских норми онда када оне постоје. Свакао да имплицирање такве обавезе не би имало никаквог смисла и да би оно противречило самој природи и сврси диспозитивних норми. Осим тога, диспозитивне норме као рефлексија законодавчевог виђења оптималне равнотеже интереса уговарача нису увек доступне,[1016] а тада је стипулантима још теже да се оријентишу како би осигурали садржину уговора која неће подлећи евентуалној садржинској контроли.

---

[1011] J. Hager, 129, са даљим упућивањем.
[1012] K. Uffmann (2010), 188.
[1013] C. Claus-Wilhelm (1990), 557.
[1014] Супр. *Лајтнер* према коме „[р]изик да ће се отићи предалеко у формулисању клаузула општих услова пословања, чак и онда када та граница нија јасно постављена, сноси искључиво онај ко своју правну позицију гради на терет свог сауговарача. Онај ко прекорачи границу допуштености губи сву остварену предност коју би извео из те клаузуле.“ M. Leitner, 716.
[1015] A. Illedits, 62, са даљим упућивањем.
[1016] K. Uffmann (2010), 82 и 83 са даљим упућивањем.

Чак ни онда када је одредба постављена тако да њена ексцесивност недвосмислено упућује на повреду контролних критеријума попут јавног поретка и/или добрих обичаја, слабијој уговорној страни не треба одузети могућност одржавања уговора на снази у модификованој садржини ако она извесно има више интереса за даљом егзистенцијом остатка уговора у поређењу са његовом ништавошћу у целости.[1017] Превенција по цену пренебрегавања легитимних интереса слабије уговорне стране не би требало да буде постављена као супериорна вредност. Када би се слабијој страни као једина могућа опција ставило у изглед елиминисање свих дејстава уговора уместо уклањања само ништаве уговорне клаузуле, она се врло вероватно не би ни упустила у иницирање судског поступка садржинске контроле спорне клаузуле. Тада би изостало и превентивно деловање и заштита легитимних интереса слабије уговорне стране, што би био најмање пожељан сценарио.

[1017] K. Uffmann (2010), 105, 276.

## 10. ПОПУЊАВАЊЕ НАКНАДНИХ ПРАЗНИНА У УГОВОРУ

До сада је на више места отворено питање евентуалне допуштености попуњавања накнадних празнина у уговору у вези са применом института делимичне ништавости. Накнадне празнине се јављају као последица судске интервенције у садржину уговореног. Реч је о питању о коме су уговарачи размишљали и предвидели одговарајуће правило, али се оно у поступку судске контроле испоставило недопуштеним, сходно чему је уклоњено из уговора.

У вези са овим, није сувишно нагласити да се потреба за попуњавањем накнадних празнина неће јавити сваки пут као последица примене института делимичне ништавости. Другим речима, неће свако уклањање спорног дела уговора истовремено условити и потребу за додатним ангажовањем суда у виду попуњавања празнине.[1018] У многим случајевима ће проблем узрокован ништавошћу неке одредбе бити превазиђен њеним простим ампутирањем из уговора. Потреба за попуњавањем празнине презумира постојање тзв. уговорног вакуума,[1019] који није изворни, почетни, већ *post festum*. Како наводи *Уфман*, празнина у уговору није последица „непотпуне воље, већ воље која није у складу са законом.“[1020] Празнина, другим речима, настаје само ако је ништавом одредбом било уређено питање које међу уговарачима не може остати нерегулисано, јер у супротном не би било могуће неометано испуњење уговора.[1021]

Поједини аутори празнину у уговору коју индукује ништавост неке одредбе означавају вештачком, за разлику од почетне, истинске празнине која је последица одсуства свести уговарача о потреби регулисања неког питања.[1022] Међутим, и код накнадних празнина се условно речено ради о почетним празнинама у уговору. Иако ово може деловати парадоксално није без резона утолико што ће се потреба за попуњавањем накнадне празнине у уговору јавити само ако контрахенти приликом закључења уговора нису предвидели правило које ће ступити на место евентуално ништаве одредбе.[1023]

---

[1018] G. Mäsch у: Staudinger (2019), 209.
[1019] T. Mayer-Maly (1969), 268.
[1020] K. Uffmann (2010), 181.
[1021] *Ibid*, 104, 177.
[1022] O. Ben-Shahar (2011), 875.
[1023] R. Hürlimann, 57.

Другим речима, уношењем у уговор салваторне клаузуле стране су могле да спрече настанак накнадне празнине.

У вези са овом проблематиком може се поставити питање откуд то да се попуњавање накнадних празнина у уговору уопште тематизује у вези са институтом делимичне ништавости. Није ли по среди институт чија се примена исцрпљује у оним случајевима у којима се недостатак превазилази његовим обичним прецртавањем док у преосталом делу уговор наставља да важи без потребе за додатном интервенцијом суда?[1024] Према старијој доктрини то је био једини допуштени облик делимичне ништавости. Веровало се да ће једино тај вид задирања у садржину уговореног омогућити суду да задржи улогу непристрасног ауторитета који је позван да расправи спор међу уговарачима поводом (не)пуноважности одређене клаузуле. Према том поједностављеном виђењу, суд нема овлашћење да се упушта у било какве измене текста уговора осим обичног прецртавања његових спорних делова, уз потпуно пренебрегавање чињенице да и „обично“ прецртавање делова уговора подразумева измену његове садржине. Када би суд морао нешто да дода у уговору, он би се, наводно, удаљио од улоге органа који примењује право. Учешћем у кокреирању садржине уговора он би се практично латио посла самих уговарача.

Ово ригидно схватање института делимичне ништавости води порекло из *common law* система. У сврху његовог консеквентног спровођења, осмишљено је тзв. *blue pencil* правило. У међувремену је овај строго формалистички приступ напуштен и у систему из ког је потекао, тако да се у савременој англосаксонској правној литератури аутори не либе да му припишу епитет архаичног правила.[1025] Због својих недостатака временом је замењен новим стандардом познатим као правило разумности (енгл. *rule of reasonableness*).[1026]

У модерној доктрини германских правних система рудиментарно виђење института делимичне ништавости које би задовољавало услове „правила оловке“ није напуштено, али се у њему не исцрпљује његов домашај. Уместо монистичког у теорији је заступљено поливалентно схватање делимичне ништавости. Уз помоћ разних техника тумачења и

[1024] Према К. Доловић Бојић, С. Дабић Никићевић, 744, то је уједно и једино допуштено у оквиру чл. 105 ЗОО.
[1025] O. Ben-Shahar (2011), 871.
[1026] E. A. Farnsworth, 93.

попуњавања празнина временом су се издиференцирале његове варијанте. То је видљиво из готово сваког уџбеника, коментара и монографије у којима се обрађује ова тематика. Наведено се постиже крајње флексибилним разумевањем услова дељивости ништаве одредбе од остатка уговора, као и тематизовањем разних начина за премошћивање вакуума изазваног ништавошћу спорне уговорне одредбе.

Када је реч о потрошачким уговорима, овде није згорег споменути то да се тематика попуњавања накнадних празнина у уговору може актуелизовати само у индивидуалним поступцима заштите, она није релевантна у поступцима за заштиту колективних интереса потрошача (чл. 170-180 ЗЗП).[1027] Циљ апстрактних поступака заштите исцрпљује се у заузимању става надлежног органа управе (чл. 170, ст. 1, тач. 2) ЗЗП) о допуштености оспорене уговорне клаузуле.[1028]

### 10.1. (Не)нормираност попуњавања накнадних празнина у уговору у упоредном и домаћем праву

За разлику од аустријског и швајцарског законодавца, немачки нормотворац изричито нуди решење за накнадно настале празнине у општим условима пословања (§306 II БГБ). Међутим, оно се не спомиње у оквиру правила о делимичној ништавости посвећеног индивидуалним уговорима (§ 139 БГБ). Упркос томе, у савременој немачкој догматици се заговара аналогна примена решења из §306 БГБ и у контексту уговора који су били предмет преговора. Подобност из §306 БГБ за аналогну примену решења на све уговоре правда се диспозитивношћу правила из § 139 БГБ, као и циљем који провејава из § 139 БГБ, а који се огледа у заштити аутономије воље уговарача.[1029] Сходно њему, ако одржавање уговора на снази уз постављање заменског правила више одговара интересима уговарача од ништавости уговора у целости, *Pom* не види препреку за његово инкорпорисање у уговор.[1030]

---

[1027] Marija Karanikić Mirić, „Kolektivna zaštita potrošača u srpskom pravu“, *Anali Pravnog fakulteta u Zenici* 7/2014, 57-83; M. Leitner, 713; G. Mäsch у: Staudinger (2019), 207, 218.
[1028] Примера ради в. Решење 330–00–00019/2015–11 од 14. маја 2018. године и Решење 330–00–00028/2018–11 од 12. јуна 2018. године Министарства трговине, туризма и телекомуникација. Више о њима в. код: Н. Тешић (202), 101, фн. 60.
[1029] H. Roth у: Staudinger (2020), 12.
[1030] *Ibid*, 11 и 12.

Иако се у аустријском и швајцарском законодавству не среће изричито правило о попуњавању накнадних празнина у уговору, тамошња доктрина и судска пракса готово једнодушно прихватају решења из немачког законодавства. При томе се најчешће не прави разлика спрам тога да ли се ради о индивидуалним или адхезионим уговорима, с резервом која се односи на потрошачке уговоре чији је режим снажно под утицајем праксе СПЕУ.

За српско право смо већ видели да *М. Ђурђевић* у одсуству изричитог позитивноправног правила, заговара примену немачког модела попуњавања накнадних празнина у уговорима по приступу.[1031]

У вези са изложеном проблематиком, најпре ће бити направљена дистинкција између почетних и накнадних празнина у уговору. Затим ће бити изложени могући начин за премошћивање накнадних празнина, те испитано да ли међу њима постоји хијерархијски однос. У том контексту се као неизбежно поставља питање граница попуњавања накнадних празнина у уговору. С обзиром на то да се потреба за попуњавањем накнадних празнина може јавити и у вези са индивидуалним и адхезионим уговорима, потребно је испитати да ли у односу на њих треба заузети јединствен или нијансиран приступ. Питања која овде буду актуелизована ће због своје специфичности у светлу потрошачких уговора бити сагледана у оквиру засебног поглавља.[1032]

## 10.2. Почетне и накнадне празнине у уговору

### 10.2.1. О почетним празнинама у уговору

Када се у литератури говори о попуњавању празнина у уговору, мисли се на празнине које су присутне од момента његовог закључења. Ради се о питању које су уговарачи били позвани самостално да уреде, али су то пропустили да учине. При томе се подразумева да се попуњавање празнина у уговору може актуелизовати тек након што се установи да је међу странама постигнут неопходан обим сагласности који се захтева за његово закључење.[1033]

---

[1031] M. Đurđević (2001), 158.
[1032] В. поглавље 13.
[1033] J. Hager, 134 и 135.

Изостављање уговорног правила за неко релевантно питање може бити последица свесне или несвесне одлуке контрахената.[1034] Тако је могуће да уговарачи свесно нису уредили неко (споредно) питање прихватајући, додуше прећутно, да оно буде регулисано у складу са одговарајућом диспозитивном нормом. Ако закон нуди решење за нерегулисано питање, тада ни не постоји празнина у уговору.[1035]

Затим је могуће да су уговарачи били свесни неког питања и да су о њему преговарали, али су споразум о њему оставили за неки каснији моменат не желећи да тај споредни детаљ кочи њихову унисоност у погледу битних састојака уговора (чл. 32, ст. 2 ЗОО). Ако уговарачи накнадно постигну сагласност о тим споредним тачкама, проблема неће бити, али ако је не постигну, у помоћ ће им притећи суд који ће ту празнину попунити „водећи рачуна о претходним преговорима, утврђеној пракси између уговарача и обичајима“ (чл. 32, ст. 2 ЗОО).

У трећој варијанти, уговарачи нису били свесни неког питања, сходно чему га нису ни уредили, а да су о њему размишљали предвидели би одговарајуће правило. Ако је то питање регулисано диспозитивном нормом, празнина у уговору неће постојати. Тада ће се сматрати да је релевантно питање уређено суплетивном законском одредбом све док о њему уговарачи не постигну другачији договор.[1036] Изјава воље усмерена на закључење уговора ће посредством закона у овом случају произвести дејство и у оним аспектима о којима стране нису размишљале. Због могућности да се воља уговарача у погледу споредних тачака надомести решењима из диспозитивних норми, поједини аутори метафорички говоре о томе да је уговор „паметнији“ од његових твораца јер он посредством закона садржи решења и у вези са питањима о којима уговарачи нису размишљали.[1037]

Но, могуће је и да уговарачи нису уредили неко питање, јер нису били свесни да ће се оно током испуњења уговора испоставити као релевантно, а да за њега законодавац није предвидео одговарајуће суплетивно правило. Ово је честа појава код атипичних неименованих уговора, али није искључена ни у вези са уговорима које законодавац уређује. У цивилистичкој теорији преовлађује став да ће у тој констелацији нерегулисано

[1034] A. Dedual, 78, са даљим упућивањем.
[1035] М. Орлић (1993), 244; V. V. Vodinelić (2014), 190.
[1036] V. V. Vodinelić (2014), 190.
[1037] D. Medicus (1978), 630 и 631; О. Антић (2004), 83 и 84.

питање уредити суд у складу са правилима о допуњујућем тумачењу уговора.[1038] Реч је о методи попуњавања празнина у уговору, која у контексту (почетних) празнина принципијелно није догматски спорна. О њој ће касније бити више речи.

### 10.2.2. О накнадним празнинама у уговору

Празнине у уговору које се спомињу у вези са применом института делимичне ништавости имају другачије порекло од почетних празнина. Оне нису последица недовољног промишљања појединих детаља уговорног односа од стране контрахената. Уговарачи су за релевантно питање предвидели конкретно правило, али оно није успело да „издржи тест“ судске контроле због чега је уклоњено из уговора.[1039] Међутим, његовим елиминисањем није нарушено језгро уговора, то јест није угрожен опстанак његових објективно битних елемената. Упркос томе, да би уговор могао неометано да се испуњава, потребно је уредити питање које је било урађено ништавом клаузулом. Тада је по среди празнина која се у теорији означава „накнадном“. Ту се, заправо, полази од фикције да питање које је било урађено ништавом уговорном одредбом никада није ни постало део уговора, чиме се отвара простор за попуњавање празнина налик оним почетним.[1040]

Иако је методолошки исправно правити разлику између почетних и накнадних празнина у уговору, правила за њихово попуњавање су врло слична, ако не и идентична. Правило које треба да заузме место ништаве уговорне одредбе означава се као заменско (нем. *die Ersatzregel*, енгл. *gap filler*[1041]) и оно у зависности од околности може да води порекло из: *ius cogens*, диспозитивне норме, допуњујућег тумачења уговора, а може да настане и као резултат судског развоја (унапређења) права.

---

[1038] M. S. Parivodić, 376 и 377.
[1039] C. Claus-Wilhelm (1990), 556, 561; E. A. Kramer у: BernKo (1991), 159.
[1040] C. Claus-Wilhelm (1990), 562; M. Đurđević (2001), 158.
[1041] O. Ben-Shahar (2011), 889.

### 10.2.2.1. *Ius cogens* као супституционе норме

Осим законских забрана које имају контролну функцију[1042] у смислу да се њима експлицира садржина коју законодавац неће толерисати и коју стога треба ампутирати из уговора, постоје и императивне норме које су подобне да ступе на место недопуштене уговорне клаузуле. Оне се у теорији често називају супституционим с обзиром на њихову способност да супституишу садржину ништаве уговорне одредбе како би се уговор уподобио ауторитативној вољи законодавца. Тада на место ништаве уговорне клаузуле *ex lege* ступа законска императивна норма чиме се спречава настанак (накнадне) празнине у уговору.[1043]

У страној доктрини се могућност супституције ништаве уговорне клаузуле правилом које проистиче из (законске) императивне норме не доводи у питање. Иако она резултира хетерономним уређењем садржине уговора која ће бити резултат воље уговарача и законодавца,[1044] она је догматски неупитна јер је одговарајуће заменско правило предвидео сâм законодавац и то на начин који не толерише одступања.

Постоје законодавства, попут ИГЗ (чл. 1419, ст. 2), која изричито нормирају овај вид супституције у оквиру општег правила о делимичној ништавости. Међутим, то не имплицира да супституција ништаве одредбе императивном нормом није допуштена у оним правним системима чији закони(ци) не уређују изричито ту могућност. Напротив, и у системима у којима опште правило о делимичној ништавости децидирано не предвиђа овај изузетак, он је општеприхваћен и не доводи се у питање.[1045]

Супституција ништаве уговорне одредбе императивном нормом се може илустровати уз помоћ решења из § 547 БГБ. Ако би у Немачкој у уговору о закупу (простора за живот) било предвиђено искључење обавезе закуподавца да закупцу врати сразмерни део унапред плаћене закупнине са припадајућом каматом у случају да уговор о закупу престане да важи пре рока на који је закључен, таква одредба не би производила дејство. О том питању БГБ садржи изричито правило (§ 547, ст. 2) којим се ова могућност

---

[1042] J. Hager, 133.
[1043] *Миладиновић* говори о „когентној интеграцији уговора“ (Snežana Miladinović, „Integracija obligacionog ugovora – Popunjavanje ugovornih praznina“, *Pravni život* 10/2001, 433).
[1044] K. Uffmann, (2010), 40.
[1045] P. Gauch, W. R. Schluep, 158; A. Dedual, 66; R. Hürlimann, 85 и 86; W. Flume (1992), 576 и 577; Slobodan Perović, *Obligaciono pravo*, Knjiga prva, Privredna štampa, Beograd 1980, 452.

искључује. Због тога би у случају уговарања клаузуле супротне овој законској забрани важило решење које проистиче из § 547 БГБ.[1046]

Иако у домаћем праву опште правило из чл. 105 ЗОО не нормира изричито могућност супституције ништаве уговорне одредбе императивном нормом, ЗОО није страна ова идеја. Наиме, у чл. 27, ст. 2 ЗОО изричито је предвиђена супституција уговорне клаузуле која *није у сагласности* са одредбом прописа. Ову могућност поменути члан експлицитно везује само за уговоре чија се садржина, у целини или делимично, одређује прописима. Иако у домаћем праву постоје уговори чија се обавезна садржина одређује прописима, попут уговора о раду (чл. 33 Закона о раду), уговора о кредиту (чл. 19 ЗЗКФУ), уговора о лизингу (чл. 21 ЗЗКФУ), уговора о хипотеци (чл. 12 ЗХ) и др, нема основаног оправдања да се случајеви супституције ништаве клаузуле уговора са *ius cogens* ограниче на њих. Није спорно да у случајевима у којима законодавац уређује обавезну садржину уговора, она мора да буде испоштована. Евентуално се од обавезне садржине уговора може одступити у корист стране ради чије се заштите она прописује предвиђањем повољнијих одредаба уговора.[1047] Но, то што ЗОО могућност супституције ништаве уговорне одредбе императивним нормама изричито везује само за ове случајеве, не треба да буде препрека за њену општу примену. Примера ради, уколико би се у домаћем праву у уговору о закупу обрела одредба о десетогодишњем року застарелости потраживања закупнине, суд би је сматрао ништавом (чл. 364 ЗОО), док би за потраживање закупнине уместо десетогодишњег важио трогодишњи рок застарелости (чл. 375 ЗОО).

Иако у упоредноправној доктрини нисмо наишли ни на једног аутора који оспорава могућност супституције ништаве уговорне клаузуле законском императивном нормом, у националним оквирима присутно је и другачије виђење. Тако *Доловић Бојић* сматра да супституција ништаве уговорне одредбе императивном нормом није могућа са становишта домаћег права јер она није изричито прописана правилом о делимичној ништавости.[1048] Иако је тачно да ово решење није прописано општим правилом о делимичној ништавости из чл. 105 ЗОО, богата упоредноправна доктрина сведочи о томе да тако нешто није неопходно да би било помирљиво са његовим *ratio*-м. Спровођењем супституције у овом случају, суду се не може импутирати неосновано мешање у садржину уговора, јер

[1046] Пример је наведен према: H. Roth у: Staudinger (2020), 14.
[1047] О полукогентним одредбама в: V. V. Vodinelić (2014), 151 и 152.
[1048] К. Г. Доловић Бојић (2021), 192. Исти аргумент срећемо и у: К. Доловић Бојић, С. Дабић Никићевић, 740.

садржина која ступа на место ништаве уговорне одредбе није потекла од суда већ ју је унапред поставио законодавац. Суд је, дакле, само орган који је позван и овлашћен да декларише ту супституцију, то јест да утврди да ће уговараче обавезивати оно што законодавац императивно налаже. Другим речима, у конкретном случају суд (само) примењује право.[1049]

За разлику од *Доловић Бојић*, у домаћој цивилистици се *М. Ђурђевић* потврдно изјашњава о овом питању. Он, наиме, сматра да, упркос одсуству изричитог позитивноправног решења о том питању у домаћем праву, треба допустити супституцију неправичних клаузула општих услова императивним законским одредбама.[1050] То што се *М. Ђурђевић* о овом питању изјаснио само у контексту уговора по приступу, треба сагледати у светлу теме његове докторске дисертације која је била повод за изношење овог мишљења.

#### 10.2.2.1.1. Однос супституције ништаве уговорне клаузуле са *ius cogens* и општег правила о делимичној ништавости уговора

У теорији постоји неколико схватања о односу супституције ништаве одредбе уговора са *ius cogens* и општег правила о делимичној ништавости. Према првом, овај случај супституције искључује примену општег правила о делимичној ништавости из чл. 105 ЗОО.[1051] Тиме се, међутим, не негира да је по среди реч о делимичној ништавости, већ да у том случају не треба испитивати вољу уговарача поводом исхода супституције, што иначе налаже опште правило из чл. 105 ЗОО. То је тако јер се воља законодавца у погледу оног што је регулисано категоричким нормама не може подредити вољи уговарача. Отуда је у случајевима ове супституције суд ослобођен обавезе да испитује усклађеност модификоване садржине уговора са (стварном или хипотетичком) вољом уговарача. Она је ирелевантна утолико што се општи интерес који се штити прописивањем императивних норми не може истиснути у корист партикуларног интереса уговарача.

Према другом виђењу, допуштеност супституције ништаве уговорне одредбе императивном нормом образлаже се телеолошком редукцијом општег правила о

[1049] K. Uffmann (2010), 39 и 40.
[1050] M. Đurđević (2001), 147, 158.
[1051] K. Uffmann (2010), 48; H. Roth у: Staudinger (2020), 13; P. Ulmer, 804.

делимичној ништавости.[1052] Оно полази од тога да је законодавац прешироко поставио опште правило о делимичној ништавости јер није предвидео изузетак од испитивања воље уговарача у случају супституције ништаве уговорне одредбе императивном нормом, при чему је неспорно да би тај изузетак био у складу са циљем и смислом института делимичне ништавости.

Постоји и схватање према коме је овде реч о *ex lege* редукцији садржине уговора,[1053] то јест о *ex lege* модификованој делимичној ништавости.[1054]

Можемо да закључомо да је у страној доктрини неспорно да је супституција у овом случају допуштена и да њена примена искључује обавезу суда да испитује усаглашеност модификоване садржине уговора са вољом уговарача.[1055] Аргумент да један од уговарача не би био спреман да закључи уговор који је саобразан законском императивном режиму не би био одржив, па самим тим ни вредан уважавања. Иста логика важи и у изричито нормираним случајевима законске редукције главне престације, о којима је раније било речи. Наиме, то што би продавац производа чија је цена октроисана одлуком надлежног државног органа негодовао на такав правнополитички развој ситуације, не би имало никаквог утицаја на евентуално одржавање уговора о продаји на снази са допуштеном ценом. У супторном би циљ прописане забране био изигран, а самим тим и обесмишљен.

#### 10.2.2.2. Супституција ништаве уговорне одредбе одговарајућом диспозитивном нормом

О значају диспозитивних норми за материју грађанског права говори начело диспозитивности грађанскоправних норми (чл. 20 ЗОО).[1056] Иако оно, у мањој или већој мери, прожима све гране грађанског права, доминантно је заступљено у уговорном праву. Сходно њему, у материји уговорног права се полази од диспозитивног карактера законске норме, док њена принудна нарав мора да буде изричито експлицирана или да недвосмислено произлази из њеног циља.[1057]

---

[1052] H. Roth у: Staudinger (2020), 14 са упућивањем.
[1053] A. Dedual, 66.
[1054] P. Gauch, W. R. Schluep, 158; A. Dedual, 67.
[1055] P. Gauch, W. R. Schluep, 158, 159; ; A. Dedual, 71.
[1056] Д. Николић (2020а), 121.
[1057] H. Krejci у: P. Rummel, M. Lukas (Hrsg), (2014), 172.

Допуњујуће диспозитивне норме садрже решења за типична питања која могу да искрсну међу уговарачима у вези са испуњењем уговора, његовом повредом или престанком. Оне растерећују контрахенте од обавезе детаљног регулисања појединости њиховог односа, чиме се поједностављује и убрзава правни промет.[1058] Диспозитивним нормама се подржава аутономија воље уговарача утолико што им се пружа могућност да, у границама закона, свој однос уреде на начин који ће најбоље осликавати њихове интересе и потребе. Они то могу постићи на тај начин што ће заједничким договором одступити од решења која законодавац нуди. То право уговарача правни поредак ће уважити док год се одступање од законом предложеног решења уклапа у законопишчеву визију о допуштеном. Ако контрахенти не искористе ову могућност, диспозитивне норме ће вршити функцију допуне уговора.

О евентуалној супституцији ништавих клаузула диспозитивним нормама у нашем позитивном праву нема речи. Та могућност није предвиђена општим правилом о делимичној ништавости из чл. 105 ЗОО. О њој нема говора ни у чл. 143 ЗОО који уређује делимичну ништавост у контексту општих услова формуларних уговора, као ни у вези са потрошачким уговорима (чл. 3, ст. 2 у вези са чл. 42 ЗЗП). Да ли то онда значи да је у нашем праву таква могућност искључена или би се ипак могао имплицирати став нормотворца о допуштености попуњавања накнадних празнина диспозитивним нормама. С обзиром на то да домаће законодавство не даје одговор на то питање, пожељно је испитати какав став о томе влада у правним системима који нам у материји грађанског права традиционално служе као узори.

#### 10.2.2.2.1. Супституција ништаве одредбе уговора по приступу одговарајућом диспозитивном нормом

Од германских земаља изричито решење за ово питање садржи БГБ и то само у вези са попуњавањем накнадних празнина у општим условима пословања.[1059] Тако § 306 II БГБ предвиђа да ће се садржина уговора у погледу непуноважне одредбе уредити *према законским одредбама* (нем: *nach den gesetzlichen Vorschriften*). У немачкој цивилистици

[1058] О. Антић (2004), 84.

[1059] § 306 II БГБ се користи појам *unwirksam* (непуноважан), док § 139 БГБ користи термин *nichtig* (ништав). Упркос терминолошком разликовању, у теорији није спорно да је правило из § 306 уређује делимичну ништавост општих услова пословања.

нема спора о томе да се под *законским одредбама* мисли на решења садржана у диспозитивним законским нормама, будући да је примена императивних норми неупитна.[1060] Из овог решења провејава идеја о диспозитивним нормама као оличењу законодавчевог виђења оптималног баланса између права и обавеза уговарача.[1061]

Иако се о диспозитивним нормама у овом контексту говори као средству попуњавања накнадних празнина у уговору, оне неће увек имати капацитет да испуне своју улогу, јер не садрже увек конкретно решење за меродавно питање. Уместо тога, оне ће некада бити стилизоване у виду упућујућих норми којима се суду дају смернице да релевантно питање уреди у складу са природом уговора, добрим обичајима, начелом правичности и сл.[1062]

Иако у швајцарском праву ово правило није изричито нормирано, полази се од тога да се делимична ништавост у материји општих услова пословања снажно ослања на систем који је успостављен § 306 БГБ.[1063]

За аустријско право *Крејчи* истиче да „док год постоје диспозитивна законска правила или добри пословни обичаји који могу да попуне празнину која настане уклањањем недопуштене клаузуле, они ће се првенствено применити, осим ако из преостале садржине уговора и његовог циља не проистиче да би савесни и разумни уговарачи предвидели нешто друго.“[1064] Иако *Крејчи* у попуњавању накнадних празнина даје предност диспозитивним одредбама, не сматра их уједно и ултимативним средством у ту сврху, остављајући могућност за попуњавање празнина допуњујућим тумачењем уговора. За аустријско право *Лајтнер,* такође, не доводи у питање примењивост диспозитивних одредаба у сврху попуњавања накнадних празнина у општим условима пословања.[1065]

Ни у једном од ови правних система супституција ништаве уговорне одредбе суплетивном законском нормом није догматски спорна, чак ни у системима који не нормирају изричито ово правило, јер у резултату суд у уговор инкорпорише решење које

---

[1060] G. Mäsch у: Staudinger (2019), 207; H. Roth у: Staudinger (2020), 10.
[1061] K. Uffmann (2012 ), 2228; K. Uffmann (2010), 113 и 177; O. Ben-Shahar (2011), 876 и 877.
[1062] R. Hürlimann, 85; A. Dedual, 68, 82.
[1063] A. Dedual, 76. О принципијелном ступању диспозитивне законске одредбе на место празнине у општим условима пословања говори и E. A. Kramer у: BernKo (1991), 158, марг. 354.
[1064] H. Krejci у: P. Rummel, M. Lukas (Hrsg), (2014), 311.
[1065] M. Leitner, 711, 717.

је предвидео законодавац и које осликава његово виђење правичне прерасподеле права и обавеза међу уговарачима.

Са становишта домаћег права *М. Ђурђевић* се потврдно изјашњава о попуњавању накнадних празнина у уговору по приступу диспозитивним законским нормама.[1066]

Иако је овај систем попуњавања празнина прихваћен већ дуже време у материји општих услова пословања, у теорији и даље нису изграђени критеријуми на основу којих се може утврдити да ли је постојећа диспозитивна норма уједно и одговарајућа.[1067] Наиме, диспозитивна норма којом се испољава уопштавајуће вредновање законодавца о типичном односу интереса уговарача неће увек одговарати особеностима конкретног уговора.[1068] Додавањем атрибута „одговарајућа“, који се редовно истиче у теорији, имплицира се да суд треба да испита не само да ли диспозитивна норма постоји већ и да ли она одговара (хипотетичкој) вољи уговарача и да ли она смислено допуњује уговор.[1069]

#### 10.2.2.2.2. Супституција ништаве одредбе индивидуалног уговора одговарајућом диспозитивном нормом

Да ли је попуњавање накнадних празнина у уговору диспозитивним нормама прихватљиво и са становишта индивидуалних уговора, или би у вези са њима предност ипак требало дати допуњујућем тумачењу?

У новијим немачким коментарима се може наићи на став да решење из § 306 II БГБ има потенцијал за уопштавање, то јест да има „важење за опште приватно право“.[1070] Из овог следи да се начин попуњавања празнина који сугерише § 306 II БГБ може аналогно применити и на случајеве који потпадају под § 139 БГБ.

У швајцарској доктрини, када је реч о индивидуалним уговорима, део теоретичара предност у попуњавању накнадних празнина даје диспозитивним одредбама,[1071] док други сматрају да је кључно испитивање хипотетичке воље уговарача.[1072] Осим тога, заговара се и „средњи курс“ на тај начин што ће се дати предност диспозитивној одредби под условом

[1066] M. Đurđević (2001), 158.
[1067] K. Uffmann (2010) 182 и 183; A. Dedual, 95.
[1068] H. J. Bunte, 1147.
[1069] P. Gauch (1983), 95; A. Dedual, 91 и 92.
[1070] H. Roth у: Staudinger (2020), 11.
[1071] P. Gauch, W. R. Schluep, 158; R. Hürlimann, 84.
[1072] E. A. Kramer у: BernKo (1991), 159, марг. 355.

да је она уклопљива у остатак уговора, чиме се имплицитно упућује на њену помирљивост са вољом уговарача.[1073]

С тим у вези се намеће питање да ли се у сваком случају одступања од диспозитивних норми може поћи од претпоставке да хипотетичкој вољи уговарача не одговара решење из суплеторне законске норме, јер да им је оно одговарало стране не би одступиле од њега.[1074] Одговор на ово питање не може бити једнозначан. Он пре свега зависи од тога да ли су стране уговарањем неког правила свесно одступиле од решења које законодавац нуди за тај случај. Ако је одступање од диспозитвне норме било несвесно, не може се имплицирати да она не би одговарало уговарачима. Зато се на питање чему треба дати предност у попуњавању накнадних празнина у индивидуалном уговору не може дати једнозначан одговор, већ суду треба препустити да дâ предност диспозитивним нормама или допуњујућем тумачењу у зависности од околности конкретног случаја.[1075]

Из угла домаћег права се поводом попуњавања накнадних празнина у индивидуалним уговорима поставља питање шта би било примереније: 1) поћи од фикције да уговарачи нису предвидели решење за конкретно питање, сходно чему је за њега меродавна диспозитивна норма, или би адекватније било 2) направити паралелу са чл. 32, ст. 2 ЗОО који уређује судско употпуњавање уговора у погледу споредних тачака о којима су стране преговарале, али су их свесно оставиле за касније, како не би кочиле закључење и испуњење уговора у његовим битним састојцима. Наиме, ако стране не постигну споразум око ових споредних погодби, њих ће уредити „суд водећи рачуна о претходним преговорима, утврђеној пракси између уговарача и обичајима.“[1076] Из цитиране одредбе проистиче да домаћи законодавац у овом случају не сматра да празнину у уговору треба попунити посезањем за објективним правним поретком, односно диспозитивним нормама, што би представљало тзв. „опште или генерално попуњавање уговора“.[1077] Уместо тога, законодавац даје овлашћење суду да нерегулисано питање уреди водећи рачуна о току

[1073] A. Dedual, 72.
[1074] C. H. Hackl, 116.
[1075] *Ibid*.
[1076] Упоредива одредба ШОР (чл. 2, ст. 2) не упућује на преговоре, праксу и обичаје међу уговарачима попут чл. 32, ст. 2 ЗОО, већ предвиђа да ће споредну одредбу, која је остављена за касније, уредити суд у складу са природом правног посла. Ово решење више упућује на примену диспозитивних правила.
[1077] *Миладиновић* говори и о суплетивној интеграцији уговора (S. Miladinović, 435, 437); M. Živković (2006), 186.

преговора и евентуалној пракси која се уобичајила међу уговарачима, пледирајући тако за „индивидуално попуњавање“ уговорне празнине.[1078]

Поређењем са чл. 32, ст. 2 ЗОО, закључујемо да индивидуализованом употпуњавању уговора *argumentum a fortiori* треба дати предност онда када су преговори уродили плодом одредбом која се у току поступка судске контроле испоставила ништавом. Индивидуализованим употпуњавањем уговора би се у том случају више подржало начело аутономије воље, тим пре што се на основу ништаве одредбе једноставније може закључити у ком правцу су уговарачи усмерили своју вољу.[1079] Реченим се, међутим, не искључује свака могућност да решење из диспозитивне одредбе кореспондира ономе што би и сами контрахенти уговорили да су знали за ништавост првобитне одредбе.

У теорији постоје и аутори који сматрају да је расправа на тему давања предности диспозитивним нормама или допуњујућем тумачењу уговора бесполодна и да њу треба решити на основу (а)типичности уговора у коме се празнина појави: што је уговор типичнији, већа је вероватноћа да ће уговарачима одговарати решење из диспозитивне норме; и обратно, што је уговор атипичнији, већи значај за попуњавање празнине имаће допуњујуће тумачење уговора.[1080] Осим тога, диспозитивне норме представљају уопштавајуће виђење односа типичних интереса уговарача. Као такве, оне неће увек уважавати особености конкретног уговора,[1081] због чега се у оправданим случајевима треба оставити могућност за допуњујуће тумачење.

#### 10.2.2.2.3. Ништавост уговора у целости упркос супституцији

У вези са супституцијом ништаве уговорне одредбе диспозитивном нормом остаје да се испита да ли би у случају инкорпорисања у уговор диспозитивног правила једна страна могла да тврди да не би пристала да закључи уговор те садржине и да по том

[1078] S. Miladinović, 437.
[1079] Предност допуњујућем тумачењу у односу на диспозитивно право у контексту индивидуалних уговора даје и *Харт* уколико се закључак о хипотетичкој вољи може извести из конкретног обликовања уговорног односа. D. Hart, 187. *Медикус*, пак, даје предност диспозитивним законским одредбама кад год су оне доступне. Према његовом мишљењу, „допуњујуће тумачење ступа на сцену ако уговор одступа од типичних врста уговора које закон уређује, као и ако се јаве питања која се тичу типичних уговора, али нису регулисана диспозитивним нормама.“ D Medicus (1978), 640.
[1080] D. Hart, 187 и 188.
[1081] H. J. Bunte, 1147.

основу инсистира на ништавости уговора у целости. Видели смо да је ова могућност искључена у ситуацији када на место ништаве одредбе ступа *ius cogens*, јер би у супротном воља законодавца била изиграна.

Уношењем диспозитивног решења на место ништаве уговорне одредбе стипулант ће се наћи у позицији која је лошија по њега од оне на коју је испрва рачунао. Отуда §306 III БГБ оставља могућност да се упркос супституцији ништаве одредбе диспозитивном нормом уговор утврди ништавим у целости, ако би се испоставило да би његово одржавање на снази представљало неразумну потешкоћу (нем. *unzumutbare Härte*) за једног уговарача.[1082] На неразумну потешкоћу ће се редовно позивати стипулант јер је ништава одредба погодовала његовим интересима. Критеријум *неразумне потешкоће* неће моћи једноставно да се задовољи, јер није довољан било који степен потешкоће у испуњењу уговора, већ потешкоће која се не може разумно очекивати од уговарача. Могућност која проистиче из § 306 III БГБ је оправдана. Иако је неспорно да је садржинска контрола општих услова пословања првенствено намењена заштити интереса лица која им приступају, она не сме да се претвори у потпуно занемаривање оправданих интереса стипуланата.

У овом аспекту уочава се одступање од случаја када се диспозитивним нормама попуњавају почетне „празнине“ у уговору. Наиме, ако стране нису регулисале неко питање које је уређено диспозитивним одредбама, ниједна страна не би могла да се позива на то да не би пристала да закључи уговор да је знала за решење из диспозитивне норме. Уместо тога, диспозитивна норма је тада обавезује као да је императивна док год стране не одступе од ње накнадним споразумом.[1083]

За швајцарско право, *Крамер*, такође, сматра да суд треба да испита да ли уговор након спроведене измене, то јест са унетим диспозитивним решењем, одговара хипотетичкој вољи уговарача. Он то правда тиме што се не може ставити знак једнакости између ситуације у којој стране нису размишљале о неком питању, чиме су се изложиле решењима која за тај случај нуди закон и ситуације у којој су уговарачи постигли споразум поводом неког питања, које се у поступку судске контроле испоставило неприхватљивим са становишта правног поретка. Начело приватне аутономије, према

[1082] G. Mäsch у: Staudinger (2019), 193.
[1083] Д. Николић (2020а), 148.

*Крамеру*, у сваком случају захтева испитивање прихватљивости нове садржине уговора са становишта уговарача.[1084]

Да ли би у хипотези постојања неразумне тешкоће упркос садржинској измени уговора, као и у случају недостатка одговарајућег диспозитивног правила, требало допустити допуњујуће тумачење уговора у циљу да се уговор одржи на снази. У немачкој доктрини се сматра да је то могуће онда када би утврђење ништавости уговора у целости, такође, изазвало неразумне потешкоће за једну уговорну страну. Наиме, постоје случајеви у којима се утврђењем ништавости уговора у целости не би постигао циљ који се огледа у избегавању неразумне тешкоће, него би, управо супротно, ова санкција водила неразумној потешкоћи за другу страну.[1085] С тим у вези се у теорији истиче да ће суду пуно теже бити да неку непримерену одредбу прогласи ништавом ако би у другом кораку морао да изрекне још тежу правну последицу у виду ништавости уговора у целости.[1086]

#### 10.2.2.2.4. Објективне границе супституције ништаве уговорне одредбе диспозитивном нормом

Попуњавање накнадних празнина у уговору диспозитивним нормама има ограничени капацитет. Наиме, ни од једног законодавца се не може очекивати да предвиди заокружен и потпун систем суплеторних правила који ће унапред имати спреман одговор на свако питање које може искрснути међу уговарачима. То очекивање није реално не само због постојања атипичних неименованих уговора, већ и због тога што код именованих уговора законодавац предвиђа решења само за типична питања. Отуда остаје отворено како суд треба да поступи уколико би се испоставило да закон не садржи одговарајуће диспозитивно правило за попуњавање регулативног дефицита у уговорном поретку. Већинска германска доктрина и судска пракса у том случају пледира за допуну накнадне празнине у уговору у складу са методолошким правилима допуњујућег тумачења уговора.

---

[1084] E. A. Kramer у: BernKo (1991), 159, марг. 355.

[1085] K. Uffmann (2010), 140. У домаћој судској пракси би утврђење ништавости уговора о кредиту са неодредивом каматном стопом у целости представљало неразумну потешкоћу за кориснике кредита. Више о томе в: Д. Хибер, М. Живковић (2015а), 581, фн. 10.

[1086] H. J. Bunte, 1146.

### 10.2.2.3. Допуњујуће тумачење уговора

#### 10.2.2.3.1. Допуњујуће тумачење као инструмент за превазилажење почетних празнина у уговору

У континентално-европским правним системима се од уговора не очекује да садржи одговоре на сва могућа питања која се могу испоставити релевантним међу уговарачима.[1087] У жељи да убрзају поступак закључења уговора, контрахенти се често неће упуштати у све детаље њиховог односа, већ ће се задовољити постизањем сагласности око кључних питања (објективно и евентуално субјективно битних елемената), рачунајући да ће, по потреби, за споредна питања суплеторна законска правила понудити одговарајућа решења.[1088]

Систем супсидијарних правила, који би требало да употпуни вољу уговарача, био би идеалан када би садржао решења за све могуће ситуације које животни и пословни односи могу да донесу. Међутим, то није тако. Уместо једне заокружене целине, систем допунских диспозитивних норми неминовно „пати“ од празнина. Ово је очигледно већ из саме чињенице да замисливи типови уговора нису ограничени принципом *numerus clausus*.[1089] Празнине у диспозитивним нормама последично остављају празнине и у уговорима у оним аспектима око којих се контрахенти нису споразумели. Ако се испостави да у уговору постоји регулативна празнина која не може да буде премошћена диспозитивном нормом, јер она за конкретно питање не постоји, уговорни вакуум је потребно превазићи на други начин. У сврху попуњавања ових празнина грађанскоправна наука развила је метод (судског) допуњујућег тумачења уговора (нем. *ergänzende Vertragsauslegung*),[1090] који је у домаћој цивилистици познат и под називима:

---

[1087] A. Dedual, 93.
[1088] M. Živković (2006), 57.
[1089] G. Mäsch у: Staudinger (2019), 211.
[1090] У контексту уговора њу изричито спомиње *Живковић* (M. Živković (2006), 186), а у вези са завештајним располагањима *Д. Ђурђевић* (D. Đurđević (2009), 109). У Немачкој се допуњујуће тумачење уговора изводи из §157 и §133, а по некад и §242 БГБ. Више о томе в. код: Herbert Wiedemann, „Ergänzende Vertragsauslegung – richterliche Vertragsergänzung“, у: *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtsta*g, Bd. 1, München 2007, 1287.

употпуњавање уговора, судско уређење споредних тачака,[1091] тумачење утврђивањем домашаја уговора,[1092] квалификовано тумачење,[1093] интеграција уговора[1094] и др.

Иако је допуњујуће тумачење уговора начелно прихваћено у цивилистичкој доктрини као неминовност, и даље није најјасније под којим условима се оно може применити. Међутим, неспорно је да му суд може прибећи тек ако се претходно установи да је уговор уопште закључен, „јер суд не треба да закључује уговор наместо страна, већ само треба да га допуњава када је неспорно да је већ настао.“[1095] Сходно томе, када је реч о употпуњавању *почетних* празнина у уговору, допуњујућим тумачењем могу бити надомешћене само недостајуће *споредне* уговорне одредбе.

Окосницу допуњујућег тумачења уговора представља стандард хипотетичке воље страна. Да су уговорници исказали своју стварну вољу поводом неког питања и саопштили је у виду одговарајуће клаузуле, празнина у уговору не би ни постојала. Стандард хипотетичке воље налаже суду да испита шта би уговарачи при правичном сагледавању узајамних интереса, као разумни учесници правног промета уговорили, да су били свесни постојања непланске празнине у уговору.

#### 10.2.2.3.1.1. Допуњујуће тумачење уговора у домаћем праву

У домаћем праву, „[ч]л. 32, ст. 2 ЗОО представља једино позитивноправно упориште за тзв. судско допуњујуће тумачење уговора.“[1096] Према њему, суду је дозвољено допуњујуће тумачење уговора ако се ради о споредним тачкама о којима је међу уговарачима било речи током преговора, а поводом којих је изостао каснији договор.[1097] Тада се заинтересована страна може обратити суду са захтевом да се резервисана тачка употпуни.[1098] Суд ће то учинити, „водећи рачуна о претходним преговорима, утврђеној пракси између уговарача и обичајима“ (чл. 32, ст. 2 ЗОО).

---

[1091] М. Орлић (1993), 267.
[1092] M. Đurđević (2001), 183.
[1093] J. Радишић, 115; S Miladinović, 438.
[1094] S Miladinović, 431 и 432.
[1095] M. Živković (2006), 186.
[1096] *Ibid*.
[1097] М. Орлић (1993), 265 и 266.
[1098] *Ibid*, 267.

Из овог члана проистиче да у случају нерегулисаних споредних тачака, које су биле предмет преговора, предност треба дати тзв. индивидуализованом употпуњавању уговора[1099] независно од тога да ли за односно питање закон садржи диспозитивну норму. Овим се не искључује могућност да решење из релевантног диспозитивног правила кореспондира хипотетичкој вољи уговарача. Ако у погледу нерегулисаног питања закон не садржи одговарајуће диспозитивно решење, нема сумње да ће се од суда очекивати да употпуни уговор помоћу датих смерница, то јест ослонцем на хипотетичку вољу уговарача.

На први поглед решење из чл. 32, ст. 2 ЗОО може деловати противно владајућем схватању допуњујућег тумачења у германској доктрини према коме за њега има места тек ако закон за конкретно питање не садржи адекватно диспозитивно решење. Међутим, када се оба решења подробније сагледају, јасно је да разлика није драстична као што се чини на први мах. Наиме, као што резервисање неке споредне тачке за касније у складу са чл. 32, ст. 2 ЗОО само по себи не искључује прихватљивост решења из доступне диспозитивне норме, исто тако ни постојање диспозитивне одредбе у германским системима не имплицира њену прихватљивост са становишта конкретних уговарача. То практично значи да ће у оба случаја суд бити позван да испита хипотетичку вољу контрахената: у српском праву да би проверио да ли се она разликује од решења из доступне диспозитивне норме, а у германским системима да би испитао да ли доступна диспозитивна норма одговара претпостављеној вољи уговарача.

Из стилизације чл. 32, ст. 2 ЗОО проистиче да је законописац приликом његовог формулисања првенствено имао у виду индивидуалне уговоре. Наиме, смернице за употпуњавање уговора, макар у једном њиховом аспекту, неће бити примењиве и на уговоре по приступу (цитирани став упућује суд да води рачуна о претходним преговорима који изостају код уговора по приступу). За разлику од правила тумачења, где је нормотворац уважио специфичности уговора по приступу предвидевши правило *contra proferentem* (чл. 100 ЗОО), он није истовремено понудио и специјално правило за

[1099] Генерално употпуњавање би представљало употпуњавање уговора диспозитивним правилима. Тако и *Мајер-Мали* сматра да „када примењује допуњујуће тумачење суд треба да поступа казуистички, то јест да пронађе решење које представља одговарајућу допуну за конкретан случај.“ T. Mayer-Maly (1978), 625.

употпуњавање празнина у уговорима по приступу.[1100] Међутим, наведена констатација не имплицира негирање потребе за употпуњавањем стандардних уговора у одсуству одговарајућег диспозитивног правила.

Чл. 32, ст. 2 ЗОО, по свему судећи, уређује начин попуњавања *свесних* празнина у уговору, јер се ради о споредном питању о коме су уговарачи *преговарали*, што имплицира да су они били свесни тог аспекта њиховог међусобног односа, али да упркос размени мишљења нису успели да постигну договор о њему. С друге стране, ни чл. 32, ст. 2 ни неки други члан ЗОО не дају одговор на питање како треба попунити *несвесну*, па самим тим и *непланску* почетну празнину у уговору. Реч је о празнини која се очитује у уговору поводом питања о коме током преговора није било речи јер стране нису биле свесне његове потенцијалне релевантности, при чему га не уређује ни закон. Иако ЗОО не даје одговор на ово питање, домаћа цивилистика нуди решење ослонцем на германску догматику. Тако *Водинелић* сматра да би „[п]разнине због недостајућих одредаба у правном послу суд [...] требало да попуни онаквим одредбама какве би и сам предузимач посла поставио да је уочио да их нема.“[1101] Њега у домаћој теорији следи и *Радовановић*: „Суд ће настојати да недостајућу одредбу надомести управо онаквом одредбом *коју би и саме уговорне стране одредиле да су је уопште могле предвидети у тренутку закључења уговора.*“[1102] *Радовановић* додаје и да, „с обзиром на то да је реч, заправо, о претпостављеној вољи уговорних страна [...], суд треба да поступа онако како би поступила *разумна лица у датим околностим*а.“[1103] Из наведеног је јасно да је попуњавање празнина у уговору незамисливо без стандарда хипотетичке воље уговарача. Због могућности судског употпуњавања уговора *М. Ђурђевић* сматра да су празнине у уговору само виртуелне: „[У] суштини, уговор је испуњен правима и обавезама које произлазе из принципа који улазе у оквире јавног поретка и добрих обичаја. Задатак суда је да, узимајући у обзир та начела, утврди које обавезе из тих начела произилазе за стране у конкретној, уговором нерегулисаној, ситуацији.“[1104]

---

[1100] Исту констатацију за швајцарско право наводи и: Nataša Hadžimanović, *Auslegung und Ergänzung von Verträgen: vertragliche Nebenpflichten im englischen und schweizerischen Recht*, Schulthess, Zürich 2006, 220.
[1101] V. V. Vodinelić (2014), 190.
[1102] С. Радовановић у: Б. Пајтић, С. Радовановић, А. Дудаш, 314.
[1103] *Ibid*.
[1104] M. Đurđević (2001), 185.

### 10.2.2.3.2. Допуњујуће тумачење као инструмент за премошћивање накнадних празнина у уговору

Иако се изворно среће у контексту почетних празнина у уговору, допуњујуће тумачење је у германској теорији принципијелно прихваћено и као метод попуњавања накнадних празнина. Додуше, постоје критичари „позајмљивања“ назива методе за попуњавање почетних празнина и у светлу накнадних празнина, иако не споре његову примену. Тако *Фон Еш* сматра да „попуњавање празнине која је од самог почетка постојала у уговору и празнине која би настала услед ништавости одређене клаузуле не би требало поистоветити, па самим тим делује да нема смисла ни да се појам „допуњујуће тумачење“ пренесе у терминолошку апаратуру у вези са делимичном ништавошћу, иако су, са становишта резултата, обе методе за решавање насталог проблема исте.“[1105]

У вези са попуњавањем накнадних празнина у уговору, видели смо да оно у принципу није спорно ако закон(ик) садржи одговарајућу императивну или диспозитивну норму. Међутим, проблем настаје онда када таква норма не постоји или у конкретном случају није одговарајућа. С тим у вези се намеће питање, да ли би тада, упркос постојању потребе за премошћивањем уговорног вакуума, уговарачи требало да сносе последице непотпуности суплеторних законских норми, или би требало узети да је суд овлашћен да употпуни накнадну празнину допуњујућим тумачењем.

У вези са попуњавањем накнадних празнина допуњујућим тумачењем јављају се и додатна питања. Најпре је спорно да ли је допуњујуће тумачење адекватно само за попуњавање накнадних празнина у индивидуалним уговорима, или је оно замисливо и код уговора по приступу. Упитно је и да ли би у случају сваке накнадне празнине требало допустити њено превазилажење, или само онда када уговор без употпуњавања иначе не би могао да се одржи на снази.

Хипотетичко питање које се поставља код попуњавања накнадних празнина допуњујућим тумачењем гласи: „Шта би уговарачи при правичном сагледавању узајамних интереса, руковођени начелом савесности и поштења, као разумни учесници правног

[1105] H. P. von Esch, 74.

промета уговорили да им је била позната ништавост спорне клаузуле?“[1106] Стога се задатак допуњујућег тумачења огледа у изналажењу примереног заменског решења које уважава интересе обају уговарача.[1107] Ово потврђује и *Румел* који фаворизује допуњујуће тумачење уз следеће образложење: „[у] индивидуалним поступцима појединачни интереси уговарача се не могу уважити на одговарајући начин и не може се доћи до примереног решења без инструментаријума допуњујућег тумачења уговора [...]. Ослањање само на *blue pencil* правило даје предност прецењеном принципу ефективности у борби против [неправичних – прим. аутора] клаузула, то јест њиховој пенализацији по сваку цену над деценијама постизаним догматским напрецима.“[1108]

Допуњујуће тумачење уговора се вешто користи како би се, терминолошки гледано, остало у границама приватне аутономије. Наиме, реч тумачење указује на то да се допуна уговора врши ослонцем на (хипотетичку) вољу уговарача, чиме се судско преобликовање садржине уговора доводи у склад са начелом аутономије воље.[1109] На тај начин се настоји одржати кохерентност уговорноправног концепта, а уједно и очувати представа о традиционалној улози суда у системима континенталне Европе. Наиме, ако се недостајућа одредба изводи из воље уговарача, суду се не може приписати (ко)креациона улога у осмишљавању садржине уговора, чиме он, наизглед, остаје веран свом примарном задатку – непристрасној примени права. Обратно, ако би се испоставило да суд обликује уговорни однос мимо и изван примене права, наводно би се радило о (политичком) акту креирања права који је резервисан за парламентарну већину.[1110] Имајући наведено у виду, *Дедек* истиче да је по среди феномен који се огледа у томе што суд, „у оквиру класичног концептуалног оквира уговорног права, има овлашћење да патерналистички задире у 'садржину и дејства' уговора – представљајући да је резултат таквог задирања инхерентан самом уговору и отуда израз 'приватне аутономије' уговарача.“[1111]

---

[1106] K. Uffmann (2010), 188.
[1107] H. J. Bunte, 1148.
[1108] P. Rummel у: P. Rummel, M. Lukas (Hrsg), (2014), 148.
[1109] K. Uffmann (2010), 189, 234, 289; H. Roth у: Staudinger (2020), 10.
[1110] Могуће повући паралелу са: Д. Николић (2020б), 227 и 228.
[1111] H. Dedek у: N. Jansen, R. Zimmermann (ed.) (2018), 789.

Упркос теоријским спорењима, германска јудикатура се приклања идеји допуњујућег тумачења и то како у контексту индивидуалних,[1112] тако и у вези са уговорима по приступу.

10.2.2.3.2.1. Допуњујуће тумачење као инструмент за премошћивање накнадних празнина у типским уговорима

С обзиром на то да се допуњујуће тумачење ослања на хипотетичку вољу уговарача поједини аутори оспоравају његову адекватност у сврху попуњавања накнадних празнина у уговорима по приступу. Према стандарду хипотетичке воље суд недостајућу клаузулу треба да употпуни на начин на који би то учинили и сами контрахенти „као рационалне и у потпуности информисане особе да су о конкретном питању преговарале и постигле договор“.[1113] Дакле, реч је о концепту који је објективизиран, јер полази од замишљених особина уговарача, које се не морају нужно подударати са стварношћу. Тако је могуће да се конкретан уговарач уопште не уклапа у идеал разумне особе чувене по томе што у својим пословним односима уважава интересе друге стране. Међутим, овај концепт није лишен свих субјективних примеса. Он уважава околности датог случаја, то јест интересе конкретних уговарача који провејавају из уговора, преговора који су му претходили и других околности које су пратиле његово закључење.

Када се наведено има у виду, основано се може поставити питање на чију вољу би суд требало да се ослони када жели да употпуни стандардни уговор, ако се узме у обзир то да њиховом закључењу не претходе преговори и да, самим тим, њихова садржина „не осликава заједнички регулативни оквир уговарача“.[1114] Имајући то у виду, поставља се питање да ли се може поћи од тога да начин формулисања уговора по приступу дисквалификује њихово судско употпуњавање ослонцем на хипотетичку вољу уговарача, јер би се у том случају, заправо, утврђивала воља стипуланта.[1115]

---

[1112] О комбинованој примени института делимичне ништавости из §139 БГБ и допуњујућег тумачења на примеру непуноважне клаузуле из брачног уговора којом је супружник прихватио да ће се уздржати од утужења потраживања на име издржавања (*pactum de non petendo*) в: BGH XII ZB 303/13 од 29.01.2014. године, 3 а) у вези са 3 с), пасуси 48 и 50.
[1113] A. Dedual, 230.
[1114] D. Hart, 189.
[1115] M. Leitner, 714.

Присталице допуњујућег тумачења стандардних уговора не негирају могућност истраживања хипотетичке воље уговарача у вези са њима, већ подижу степен апстракције за њено испитивање: приликом утврђивања претпостављене воље водиће се рачуна о интересима *типичних* уговарача који су својствени одређеној врсти уговора у датој сфери пословања без залажења у појединости конкретног случаја.[1116]

Негирање сваке могућности употпуњавања уговора по приступу било би неодрживо. Отуда се опоненти допуњујућег тумачења не противе самој идеји и потреби попуњавања празнина у стандардним уговорима. Уместо тога, они се залажу за научну искреност која према њиховом виђењу захтева да се отворено призна да се накнадне празнине код уговора по приступу не попуњавају допуњујућим тумачењем, већ путем судског унапређења (развоја) диспозитивног уговорног права (нем. *richterliche Rechtsfortbildung*).[1117]

Упркос противним гласовима, делује да примену допуњујућег тумачења у контексту стандардних уговора фаворизује већинска германска доктрина и судска пракса.[1118]

Постоје, иако усамљени, аутори који се негативно изјашњавају по питању допуњујућег тумачења потрошачких уговора сматрајући да се оно коси са захтевом транспарентности.[1119] Критика на рачун одсуства транспарентности ипак делује безразложно када се узме у обзир суштина допуњујућег тумачења која се огледа у изналажењу избалансираног решења са становишта обају уговарача, чиме се спречава да „нетранспарентност“ узрокована допуњујућим тумачењем буде на штету потрошача.[1120] Став о забрани измене клаузула потрошачких уговора у великој мери је формиран под утицајем праксе СПЕУ, о чему ће касније бити речи.[1121]

---

[1116] BGH, 12.10.2005 - IV ZR 162/03, пасус 47; K. Uffmann (2010), 182, 191, 192.

[1117] D. Hart, 184, 188; C. Claus-Wilhelm (1990), 192, 193, 196, 289; Lorenz Fastrich, *Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht*, München, Beck, 1992, 342-344.

[1118] Чувена пресуда којом је „утабан пут“ попуњавању накнадних празнина у општим условима пословања допуњујућим тумачењем била је пресуда БГХ у случају о „дневним ценама“ (нем. *Tagespreisklausel*) BGH VIII ZR 54/83 од 01.02.1984. године. Уследиле су и друге попут оне у случају: BGH IV ZR 162/03 од 12.10.2005. године, пасус 37.

[1119] M. Leitner, 714.

[1120] A. Geroldinger (2013), 34. Против аргумента нетранспарентности допуњујућег тумачења и: H. J. Bunte, 1150.

[1121] В. поднаслов 13.7.

Иако је у немачкој теорији допуњујуће тумачење принципијелно прихваћено, оно не проистиче изричито из § 306 БГБ. Поједини немачки аутори ипак износе мишљење да § 306 II БГБ упућивањем на *законске одредбе* (нем. *gesetzliche Vorschriften*) имплицитно указује и на могућност примене одредаба из §133 и §157 БГБ[1122] којима се у немачком праву уређују општа правила тумачења и која се уједно сматрају основом допуњујућег тумачења уговора.[1123] Осим тога, у немачкој доктрини се истиче и да примена допуњујућег тумачења у оквиру § 306 II БГБ (раније § 6 II Закона о уређењу права општих услова пословања – *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* – АГБГ) одговара вољи историјског законодавца. О допуштености ове методе попуњавања накнадних празнина у стандардним уговорима расправљало се уочи састављања нацрта АГБГ, чија су материјалноправна решења 2001. године (са важењем од 1. јануара 2002. године), инкорпорисана у БГБ. Иако је првобитни предлог АГБГ садржао правило према коме ће суд у одсуству одговарајуће законске норме предвидети *правично решење ослонцем на природу уговора*, оно је обрисано у коначној верзији. Међутим, изостављање овог правила у коначном тексту АГБГ није било последица промене става редактора, већ закључка да је тако нешто свакако допуштено на основу §133 и §157 БГБ.[1124]

У домаћем праву делује да је питање допуштености попуњавања накнадних празнина у уговору допуњујућим тумачењем измицало интересовању овдашњих цивилиста. Иако се *М. Ђурђевић* залаже за попуњавање накнадних празнина у уговорима по приступу уз помоћ одговарајућих императивних и диспозитивних норми, он не развија даље овај концепт. Односно, он не даје одговор на питање како суд треба да поступи у случају непостојања одговарајуће диспозитивне норме. Тиме он не негира могућност допуњујућег тумачења уговора. Иако је свестан потенцијала „тумачења утврђивањем домашаја“ уговора, то јест могућности да се посредством ове интерпретативне методе

---

[1122] „§ 133. Тумачење изјаве воље
Приликом тумачења изјаве воље треба истражити стварну вољу, а не придржавати се само дословног смисла израза.”
„§ 157. Тумачење уговора
Уговори се тумаче у складу са захтевима савесности и поштења, узимајући у обзир обичаје правног промета.“ Преводи преузети из: S. Đorđević, 101, 109.
Овим параграфима је у домаћем праву упоредив чл. 99, ст. 2 ЗОО који гласи: „При тумачењу спорних одредби не треба се држати дословног значења употребљених израза, већ треба истраживати заједничку намеру уговарача и одредбу тако разумети како то одговара начелима облигационог права утврђеним овим законом.“
[1123] G. Mäsch у: Staudinger (2019), 207.
[1124] K. Uffmann (2010), 245, 246; K. Uffmann (2012), 2228.

заштити адхерант, *М. Ђурђевић* изоставља њену темељнију обраду из оквира свог истраживања.[1125]

Нама делује да је ВКС, иако додуше несвесно, прибегао овој интерпретативној техници када је валутну клаузулу у швајцарским францима супституисао валутном клаузулом у еврима уз одржавање на снази преосталих одредаба уговора о кредиту. Наиме, ништавошћу – што је крајње спорно – валутне клаузуле у „швајцарцима“ код уговора о кредиту настала је накнадна празнина коју је ВКС попунио допуњујућим тумачењем без ког би одржавање уговора о кредиту на снази (у складу са хипотетичком вољом уговарача) било незамисливо. Иако се домаћа доктрина готово унисоно изјаснила да је ВКС у том случају применио институт конверзије из чл. 106 ЗОО, нама делује да би став домаће цивилистике био другачији да су јој били познати резултати германске догматике и јудикатуре у вези са попуњавањем накнадних празнина у (типским) уговорима. У том случају ВКС је допуњујућим тумачењем спречио да се обичним елиминисањем ништаве одредбе „склизне у нееквивалентност у другом правцу [...]“. Постављањем заменског правила он је „[...] отклонио опасност да се нова ситуација претвори у нови дисбаланс у корист друге уговорне стране [...]“[1126] – корисника кредита.

#### 10.2.2.3.2.2. Допуњујуће тумачење уговора као средство за превазилажење накнадних празнина у уговору у зависности од значаја ништаве одредбе

У свом изворном значењу допуњујуће тумачење омогућава суду употпуњавање уговора само у погледу његових *споредних* тачака. У погледу објективно и субјективно битних састојака уговора суду то овлашћење приципијелно не припада. Изузетно, закон посредством суда може да надомести ћутање страна о објективно битним тачкама уговора.[1127] У свим осталим случајевима сагласност уговарача о објективно битним елементима уговора условљава његово закључење.

---

[1125] M. Đurđević (2001), 184.
[1126] A. Geroldinger (2013), 33.
[1127] Према ЗОО могућност детерминисања објективно битног састојка уговора од стране суда постоји у два случаја: у погледу цене код уговора о продаји у привреди (чл. 462, ст. 2 и 3) и код накнаде посленика код уговора о делу (чл. 623, ст. 2 ЗОО). M. Živković (2006), 209.

Када је реч о субјективно битним елементима уговора, по логици ствари, суд изворно неће моћи да употпуњује уговор у том аспекту. Ако је нека уговорна клаузула уздигнута на ранг субјективно битног састојка уговора, она је заједно са објективно битним елементима морала бити обухваћена сагласношћу уговарача која је довела до закључења уговора.[1128] Другим речима, ако је сагласност о субјективно битној одредби уговора изостала, упркос договору о објективно битним одредбама, уговор се не би сматрао закљученим, па самим тим суд не би имао ни шта да употпуњује.[1129] Друго је питање када и како ће суд испитивати да ли је нека одредба имала статус субјективно битног састојка уговора. Суд ће се тиме бавити само по приговору стране која у поступку по тужби за извршење уговорне обавезе настоји да обори претпоставку закључења уговора. Он ће прихватити овај приговор и одбити тужбени захтев као неоснован ако се увери да је током преговора тужиоцу била позната или му није могла остати непозната околност инсистирања туженог на уношењу ове одредбе у минимални обим сагласности за закључење уговора а да је упркос томе изостала унисоност преговарача о њој.[1130]

Имајући у виду ограниченост допуњујућег тумачења уговора поводом попуњавања почетних празнина у уговору на споредне тачке, питање је да ли се истом логиком треба руководити и код опредељивања домашаја допуњујућег тумачења код попуњавања накнадних празнина у уговору. Или, управо супротно, околност да се ништава одредба обрела у уговору, чак и онда када је она субјективно битна, даје суду легитимитет да је попуни. Штавише, да ли би уопште било замисливо да се уговор одржи на снази у хипотези обичног елиминисања одредбе која има значај *услова уговора* или *одлучујуће побуде*. Ово питање је већ елаборирано у вези са могућим разумевањем чл. 105, ст, 2 ЗОО.[1131]

У вези са овим питањем у германској теорији је развијено учење о допуштеном језгру уговорне одредбе. Према њему, суд може заменити ништаву одредбу пуноважном чак и онда када је она била субјективно битна под условом да је њоме било регулисано питање које је начелно допуштено, али је у конкретном случају постављено тако да је прекомерно или, пак, садржи потенцијал од прекомерних последица. Управо с обзиром на

[1128] D. Hart, 183.
[1129] M. Živković (2006), 205.
[1130] М. Орлић (1993), 267 и 268.
[1131] В. поднаслов 4.3.4.

могуће последице отпадања субјективно битне одредбе уговора са становишта уговорног поретка као целине, *Рот* говори о *допуњујућем тумачењу уговора усмереном на његово одржавање на снази* (нем. *Geltungserhaltende ergänzende Vertragsauslegung*).[1132]

#### 10.2.2.3.2.3. Да ли би требало пооштрити услове за допуњујуће тумачење уговора по приступу

У немачкој теорији се у контексту стандардних уговора расправља о увођењу додатних услова за примену допуњујућег тумачења уговора. Први се тиче савесности стипуланта.[1133] Наиме, поједини аутори сматрају да уколико је стипулант „свесно унео неправичну одредбу у опште услове, тиме је он свесно преузео и ризик њене непуноважности.“[1134] Последично, несавесност стипуланта треба да спречи допуњујуће тумачење уговора, чак и онда када би то резултирало ништавошћу уговора у целости. Међутим, доследно спровођење овог услова би могло имати за последицу потпуно занемаривање легитимних интереса друге стране (адхеранта) да остане страна уговорница под правичним условима.[1135] Уз то, видели смо и да се (не)савесност релативно лако може испитати само у случају постојања специјалних законских забрана и устаљене судске праксе по питању допуштености неких клаузула. Отуда не би било у реду приписати стипуланту у одговорност то што приликом састављања општих услова није узео у обзир развој судске праксе који није могао да предвиди.

Из угла домаћег права делује да би постављање овог додатног услова било противречно вредновању нашег законодавца које проистиче из већ помињаног чл. 141, ст. 3 ЗОО. Наиме, ако је наш нормотворац омогућио одржавање зеленашког уговора на снази са правичном престацијом упркос несавесности зеленаша, било би противречно инсистирати на савесности стипуланта уз потпуно маргинализовање интереса адхеранта.

Савремена немачка доктрина је такође на становишту да попуњавање накнадних празнина у уговору допуњујућим тумачењем не треба оптерећивати овим додатним

---

[1132] H. Roth y: Staudinger (2020), 22.
[1133] K. Uffmann (2010), 187.
[1134] H. J. Bunte, 1146.
[1135] K. Uffmann (2010), 188.

условом.[1136] У прилог реченом: зашто оптеретити попуњавање празнине за коју законодавац не нуди адекватно решење савесношћу стипуланта када законодавац тиме не условљава супституцију ништаве уговорне клаузуле диспозитивном законском одредбом?[1137] Као што смо већ видели, адхерант не би требало да сноси штетне последице фрагментарности система диспозитивних законских норми. Уосталом, чак и да је стипулант био несавестан када је постављао ништаву клаузулу, њега ће у резултату везивати мање повољна клаузула од оне на коју је изворно рачунао, тако да се може тврдити да ће већ кроз накнадно сужавање његових права адекватно бити адресирана његова несавесност.[1138]

Други додатни услов који се среће у намачкој судској пракси тиче се *неразумне потешкоће.* У складу са њим, употпуњавање празнине допуњујућим тумачењем треба допустити само ако би одржавање уговора на снази без употпуњавања представљало неразумну потешкоћу (нем. *unzumutbare Härte*) за једну страну.[1139] *Уфман* излаже критици овај услов, утолико што из њега проистиче да би, у сврху превентивног деловања, интересе стипуланта требало занемарити све док они не достигну границу неподношљивости. Овај услов се, такође, не поставља код супституције ништаве одредбе диспозитивном нормом, па отуда делује да ни допуњујуће тумачење не би требало додатно оптерећивати овим условом.[1140] Тим пре што се стипуланту не може приписати одговорност за непостојање одговарајућег диспозитивног правила.

*Меш*, такође, сматра да је пооштравање услова за допуњујуће тумачење уговора кроз судску праксу погрешно будући да би „адхерант и са примереним решењем био довољно заштићен, док истовремено стипулант код уговора са трајним извршењем престација тешко може да предвиди развој све оштрије и темељније судске праксе.“[1141]

---

[1136] K. Uffmann (2010), 188.
[1137] *Ibid*.
[1138] A. Illedits, 68 и 69.
[1139] BGH KZR 2/07 од 29.04.2008. године; BAG 9 AZR 545/12 од 18.03.2014. године, тачка 7, пасус 43. Више о томе код: K. Uffmann (2010), 183-187; K. Uffmann (2012), 2226; G. Mäsch у: Staudinger (2019), 211.
[1140] K. Uffmann (2010), 186.
[1141] G. Mäsch у: Staudinger (2019), 211 и 212.

### 10.2.2.3.3. Замисливи теоријски приступи у постављању заменског правила код уговора којима је својствен однос јаче и слабије стране

Циљ допуњујућег тумачења уговора се огледа у изналажењу примереног и избалансираног решења које ће уважити интересе и једног и другог уговарача. Међутим, овај исход попуњавања накнадне празнине код типских уговора није уједно и једини замислив. Постављању заменског правила код уговора којима је иманентна фактичка неједнакост уговарача могуће је приступити на неколико начина у зависности од циља ком се тежи.

Уколико се као циљ постави то да се страна која је унела у уговор недопуштену одредбу „казни“, заменско правило би требало поставити тако да оно буде најмање повољно за њу. Овај приступ заснива се на идеји о превентивном деловању: будући да је постављањем оспорене клаузуле јача страна покушала да обезбеди за себе неправичну добит, њу треба казнити тако што ће је суд лишити користи коју је намеравала да извуче из неправичне клаузуле.[1142] Постављањем најмање повољног заменског правила требало би „васпитно“ деловати на стипуланте тако да се он приликом формулисања будућих општих услова одврате од „поигравања“ са границама допуштености.[1143]

Када бисмо повукли паралелу са зеленашким уговором о зајму, овај приступ би подразумевао његово одржавање на снази као бескаматног уговора о зајму.[1144] Овај приступ зеленашким уговорима није прихваћен у домаћем праву будући да грађанском праву није иманентна функција превенције кроз санкционисање недопуштеног понашања којој служе друге гране права.[1145]

Друга замислива опција би се огледала у постављању заменског правила са максимално допуштеним садржајем, који би најадекватније одражавао фактички однос снага уговорница.[1146] Овај приступ би највише подржавао оно што су уговарачи изворно

---

[1142] O. Ben-Shahar (2011), 877.
[1143] *Ibid*.
[1144] *Ibid*.
[1145] Д. Николић (2020а), 137 и 138.
[1146] O. Ben-Shahar (2011), 879, 880. Према мишљењу Бен-Шахара ова варијанта проистиче из тумачења § 2-302 Uniform Commerical Code – *Unconscionable Contract or Clause*. По његовом схватању право суда да ограничи домашај неправичне клаузуле се гаси оног тренутка када она престане да буде неправична.

хтели.[1147] Но, као што смо видели уговор није увек резултат суштинског договора страна, па смим тим ће често неоснована бити тврдња да нека одредба (суштински) одражава вољу уговарача. Овај приступ се редовно одбацује уз аргумент да би он суд поставио у улогу заступника интереса јаче стране, уместо да независно и непристрано врши своју функцију. Другим речима, својим деловањем суд би подржавао интенцију стипуланта да извуче максимум оног што се у границама закона може извући.

Трећа опција подразумева то да недопуштену клаузулу треба заменити примереним садржајем који уважава интересе обеју страна. Као што смо видели, допуњујуће тумачење се управо заснива на овој идеји. Његов резултат кореспондира са вредновањем нашег законодавца из чл. 141, ст. 3 ЗОО.

Између друге и треће опције не постоји увек јасна разлика. Због тога, како истиче *Канарис*, нису искључени случајеви у којима би се испоставило да је примерено решење уједно и оно које би било максимално допуштено.[1148]

#### 10.2.2.3.3.1. Операционализација допуњујућег тумачења уговора на једном примеру из домаће јудикатуре

Како претходно речено не би остало само на нивоу теоријских разматрања, пожељно је испитати неки случај у коме би се могле увидети предности допуњујућег тумачења које настоји да уважи интересе обају уговарача. Идеал ове интерпретативне технике биће приказан на примеру из домаће јудикатуре који се тицао неодредивих клаузула о променљивим каматним стопама код уговора о кредиту.

С тим у вези ћемо најпре констатовати да клаузуле о променљивој каматној стопи саме по себи нису спорне. Оно што евентуално може бити проблематично јесте начин на који су формулисани критеријуми на основу којих се може одмерити њена висина.

Затим је потребно испитати значај клаузуле о варијабилној каматној стопи са становишта целине уговора о кредиту. Неспорно је да се код уговора о кредиту са фиксном каматном стопом и уговора о кредиту са варијабилном каматном стопом разликују услови кредитирања.[1149] Први су по правилу скупљи јер укључују и будуће

[1147] O. Ben-Shahar (2011), 881
[1148] C. Claus-Wilhelm (1990), 550.
[1149] Постоје и уговори о кредиту са мешовитом каматном стопом, али њихово помињање на овом месту није неопходно.

ризике, али су у перспективи извеснији јер су примаоцу кредита од почетка познати износи ануитета. Други су с почетка повољнији, али су истовремено скопчани са неизвесношћу коју може донети будућност у виду повећања висине каматне стопе.[1150] Када се наведено има у виду, јасно је да је клаузула о варијабилној каматној стопи била (субјективно) битан елемент уговора о кредиту, јер без ње банка не би пристала да кредитира корисника кредита под повољнијим условима. Да је банка знала да у будућности неће имати могућност да повећа износ каматне стопе онда када се за тиме (објективно) јави потреба, она, према редовном току ствари, не би одобрила повољнији већ скупљи кредит чија би цена укључивала и могуће ризике које будућност може да донесе. С друге стране, када се задуживао корисник кредита са променљивом каматном стопом је сâм одабрао опцију која је у старту повољнија за њега уз свест о томе да будућност може донети повећање висине каматне стопе. У том смислу „воља уговорних страна [...] неспорно [је] била да се уговори променљива каматна стопа [...].“[1151]

Иако су клаузуле о варијабилним каматним стопама начелно допуштене,[1152] у спорним случајевима проблем се састојао у њиховој неодредивости. Наиме, овим калузулама банке су задржале за себе право да једнострано промене (редовно повећају) каматну стопу позивом на недовољно одредиве параметре попут: „промене трошкова финансирања и тржишних услова пословања“[1153], „измене тржишних околности и пословне политике банке,“[1154] „значајних промена на међународном финансијском тржишту или повећења трошкова извора финансирања“,[1155] па чак и „потребе банке да послује са добити.“[1156] Ове клаузуле су услед своје неодредивости у судској пракси углавном биле утврђиване ништавим, док је начин попуњавања тако насталог уговорног вакуума уређен тзв. интервентним законодавством. Наиме, чл. 54, ст. 2 ЗЗКФУ прописано је да су „[д]аваоци финансијских услуга [..] дужни да до дана примене [...] закона, уговоре који су закључени до тог дана ускладе са одредбама члана 8. и члана 26. ст. од 1. до 3. тог закона на тај начин да висина уговорене променљиве а неодредиве номиналне каматне

[1150] Д. Хибер, М. Живковић (2015а), 575.
[1151] *Ibid*, 575, 576.
[1152] *Ibid*, 577.
[1153] *Ibid*, 576. Према важећим прописима, услови одредивост уговорних обавеза код уговора о пружању финансијских услуга уређени су чл. 8 ЗЗКФУ.
[1154] Д. Хибер, М. Живковић (2015а), 581.
[1155] А. Дудаш (2016), 550.
[1156] *Ibid.*

стопе, односно променљивог неодредивог елемента те стопе не може бити већа од њихове иницијалне висине (висине у моменту закључења уговора).“

Иако цитирани став најпре упућује на усклађивање ових уговора са чл. 8 и 26, ст. 1 до 3 ЗЗКФУ,[1157] законодавац се ипак определио да променљиву, а неодредиву каматну стопу супституише одредбом којом ће се висина уговорене променљиве и неодредиве номиналне каматне стопе одредити спрам момента закључења уговора. Другим речима, у израчунавању висине камате узеће се у обзир објективно проверљиви параметри попут референтне каматне стопе или индекса потрошачких цена, али не на начин да се уваже њихова кретања (повећања и смањења) током периода отплате кредита, већ тако што ће меродавна бити њихова висина у моменту закључења уговора о кредиту.

За ово решење су се, ослонцем на правило *in dubio contra stipulatore*[1158] определили и уважени домаћи цивилисти *Хибер* и *Живковић*, под условом да суд, у конкретном случају, у складу са одредбама ЗОО, и утврди да је клаузула о променљивој каматној стопи заиста неодредива.[1159]

У контексту замисливих теоријских приступа постављању заменског правила код уговора по приступу, решење за које се определио наш законодавац у чл. 54, ст. 2 ЗЗКФУ, а које су подржали и домаћи цивилисти, одговарало би најмање повољном приступу за стипуланта, због чега би се могло рећи да садржи пунитивна обележја. Њиме се корисник кредита привилегује на тај начин што се ставља у бољи положај од оног на који је и câм рачунао у моменту закључења уговора о кредиту. Наиме, у поређењу са корисником кредита са фиксном каматном стопом он је добио повољнији кредит без опасности да буде изложен повећању каматне стопе иако је на њу добровољно пристао. На тај начин он је привилегован не само у односу на свог стипуланта, већ и у односу на кориснике кредита који су се од почетка определили за скупљи кредит са фиксном каматном стопом.

Идеалу допуњујућег тумачења уговора које подржава изналажење избалансираног решења међу уговарачима би, с друге стране, више одговарало заменско правило којим би била предвиђена одредива варијабилна каматна стопа тако што би се узели у обзир

[1157] Наведени чланови уређују услове под којима ће се променљиве новчане обавезе укључујући и променљиву номиналну каматану стопу, сматрати одредивим. Реч је о условима који се званично објављују и на које ниједна уговорна страна не може утицати једностраном вољом.
[1158] Д. Хибер, М. Живковић (2015а), 584.
[1159] *Ibid*.

објективно проверљиви критеријуми из чл. 26 ЗЗКФУ уз уважавање кретања њихове висине (како пораст, тако и могући пад) током периода отплате кредита.

10.2.2.4. Попуњавање накнадних празнина у уговору судским унапређењем права

Већина аутора не негира допуњујуће тумачење уговора који су били резултат преговора. Проблем се, као што смо видели, редовно јавља тек када се у проблематику попуњавања накнадних празнина укључе стандардни уговори.[1160] Међутим, у новијој литератури има и правних писаца који се подједнако противе допуњујућем тумачењу како индивидуалних, тако и типских уговора.[1161] С друге стране, постоје аутори који истичу да је „претерано истицање разлика у допуњујућем тумачењу индивидуалних и стандардних уговора.“[1162] Тако према *Бунту* ова разлика нестаје закључењем уговора по приступу, јер тада адхерант директно „на својој кожи“ осети ефекте примене спорне клаузуле када се и рађа разлог за његово реаговање у смислу иницирања поступка за њено преиспитивање.[1163]

У сваком случају, опоненти попуњавања накнадних празнина у уговору допуњујућим тумачењем оспоравањем овог методолошког приступа не негирају и саму потребу за попуњавањем накнадних празнина у уговорима по приступу. Уместо тога, они се залажу да се судска допуна уговора квалификује на методолошки коректан начин. Они не доводе у питање исход који се огледа у попуњавању настале празнине, већ легитимациони основ на који се судови ослањају на путу до њега.[1164] Они истичу да се посезањем за допуњујућим тумачењем „ствара илузија редовног вршења делатности суда – која подразумева примену права – односно, доношења правом детерминисане одлуке.“[1165] Тиме се, на појмовном нивоу, пориче наводно „абнормално“ (ко)креирање уговорних односа од стране суда које је резервисано за саме уговараче.[1166]

Када суд употпуњава уговор ослонцем на допуњујуће тумачење, он из разлога прагматичности, то јест зарад смањења очекивања у погледу квалитета аргументације коју

[1160] D. Hart, 184.
[1161] K. Uffmann (2010), 195.
[1162] H. J. Bunte, 1148.
[1163] *Ibid*.
[1164] D. Hart, 188 и 189.
[1165] K. Uffmann (2010), 239.
[1166] *Ibid*, 200,235, 239.

треба да понуди у образложењу своје одлуке, прикрива суштину свог поступања.[1167] Наиме, када суд кроз образложење одлуке истиче њено утемељење у вољи уговарача, тиме се њен легитимитет црпи из начела аутономије воље како се не би нарушила концепција уговорног права и како би номинално деловало да суд у свему поступа у складу са начелом поделе власти.

Међутим, у реалности суд уместо тобожњег „домишљавања“ уговора у складу са претпостављеном вољом уговарача, заправо, поставља заменско правило у стилу законодавца. Он до недостајућег правила не долази „конкретизацијом воље уговарача, већ конкретизацијом вредновања правног поретка.“[1168] Преко празнине у уговору, он разоткрива непотпуност закона. Пошто судови у материји грађанског права имају овлашћење, а због забране ускраћивања правде (нем. *Rechtsverweigerungsverbot*)[1169] и дужност да попуне правну празнину, проблем изазван непуноважношћу неке клаузуле, у одсуству одговарајуће диспозитивне норме, треба да буде превазиђен судским унапређењем (развојем) права. Креирање недостајуће норме, подразумева се, треба да се одвија *modo legislatoris*, то јест на начин на који би и сâм законодавац то учинио, с тим да ће тако настало правило имати важност само за конкретан случај.[1170]

У вези са судским унапређењем (развојем) права битно је нагласити да оно није условљено постојањем изричитог законског основа, будући да он не постоји у домаћем праву.[1171] Док у швајцарском праву постоји изричит законски основ за судски развој права у виду чл. 1, ст. 2 и 3 ЦГБ, у немачком праву он не постоји,[1172] чиме се не имплицира његова недопуштеност.[1173] Штавише, од чувене пресуде Савезног уставног суда у случају *Сорaja* (*Soraya*)[1174] из 1973. године у Немачкој се више ни не доводи у питање допуштеност судског унапређења права. Тиме није напуштен принцип поделе власти, него је само озваничено право суда да изузетно попуни неизбежне празнине у позитивном праву. О њима сведоче бројни примери у којима су резултати тзв. судског права (нем.

---

[1167] D. Hart, 194 и 195.
[1168] L. Fastrich, 341.
[1169] Anke Schmidt, *Richterliche Rechtsfortbildung in Deutschland und der Schweiz: Plädoyer für ein methodisches Vorgehen auf Grundlage des Legitimitätsgedankens*, Duncker & Humblot, Berlin 2017, 28, 29.
[1170] Д. Николић (2020а), 215.
[1171] A. Schmidt, 28.
[1172] Као његов основ се најчешће наводи § 242 БГБ који је упоредив чл. 12 ЗОО.
[1173] A. Schmidt, 28 и 29.
[1174] BVerfG, 14.02.1973 - 1 BvR 112/6.

*Richterrecht*) временом преточени у законско право.[1175] Због тога је битно да се не прецењују способности законодавца, али да се исто тако не потцењује улога судова у изналажењу адекватних решења за нерегулисане случајеве.

Право се не исцрпљује само из оног што је записано у законима. На ову чињеницу подсећа *Цимерман* истичући да је то евидентно већ из формулације чл. 20, ст. 2 немачког Основног закона (*Grundgesetz*), који говори о везаности судске власти *законом и правом*. Овде, према речима *Цимермана*, није реч о плеоназму, већ о прихватању постојања празнина у законској регулативи.[1176] У светлу ове спознаје, он закључује да не треба подржати екстремну везаност за закон, али исто тако ни неспутано и ничим ограничено судско унапређења права.[1177]

Иако се аргументима аутора који заговарају тезу о судском развоју права у контексту попуњавања накнадних празнина у стандардним уговорима не може порећи сва снага, постоје правни писци који основано упозоравају на опрез од пренагљеног уопштавања у том правцу. Тако *Меш* не пориче могућност да се поједини резултати допуњујућег тумачења уговора квалификују као резултати судског унапређења права. То, међутим, неће увек бити тако. Да ли ће заменско правило до ког суд долази допуњујућим тумачењем моћи да се поистовети са резултатом до ког би се у истом случају дошло и судским унапређењем права зависиће првенствено од степена апстрактности креираног правила.[1178] Наиме, правила која ствара законодавац карактерише висок степен општости будући да се она осмишљавају тако да буду примењива на неодређени број истих или упоредивих случајева и сва лица која се у њима нађу.[1179] Имајући наведено у виду, тешко је тврдити да би заменско правило које не задовољава овај услов, а које се уклапа у конкретан уговорни поредак, могло настати и као резултат судског унапређења права. Због тога *Меш* износи мишљење да би у вези са попуњавањем накнадних празнина у стандардним уговорима било боље рећи да се ту, заправо, ради о „допуни уговора допуњујућим тумачењем уместо о судском унапређењу права.“[1180]

---

[1175] D. Hart, 199.
[1176] R. Zimmermann (1979), 98 и 99.
[1177] *Ibid*, 99.
[1178] G. Mäsch у: Staudinger (2019), 205.
[1179] Д. Николић (2020а), 146.
[1180] G. Mäsch у: Staudinger (2019), 205.

У вези са овом тематиком треба упутити и на констатацију *Витакера* да „до данас није пронађена магична формула помоћу које се може повући јасна граница између тумачења и судског унапређења права, које не само да се толерише, него је и нужно.“[1181]

Ове примедбе, као што смо видели, германска теорија је покушала да отклони апстраховањем критеријума хипотетичке воље код стандардних уговора, тако да се приликом њеног утврђивања занемарују све појединости конкретног случаја уз фокусирање на типичне интересе контрахената код дате врсте уговора. Иако се у немачкој доктрини спочитава мања захтевност у погледу квалитета образложења судске одлуке онда када се она ослања на допуњујуће тумачење уговора у поређењу са судским развојем права, то не значи да је суд у првом случају лишен обавезе да понуди рационално и квалитетно образложење које ће снагом својих аргумената имати моћ да убеди упућеног читаоца у његову исправност. Квалитет образложења судске одуке неће зависити од правног основа на који се суд позива када попуњава накнадну празнину, већ од тога како поступајући судија схвата свој позив. Но, исто тако није погрешно ни тврдити да у одсуству одговарајуће диспозитивне норме, суд има овлашћење да ту празнину попуни, а тиме уједно и премости проблем накнадне празнине у уговору. Иако не треба потценити теоријски значај ове полемике, делује да је од суштинске важности начелна прихватљивост идеје о попуњавању накнадних празнина у уговору, као и то да се ова проблематика редовно доводи у везу са институтом делимичне ништавости уговора.

Уз све доктринарне нијансе које се испољавају поводом попуњавања накнадних празнина у уговору, не треба сметнути са ума ни апеле аутора који се залажу за крајњу уздржаност судова од честе интервенције у уговорну садржину. Тако поједини аутори истичу да би наивно било очекивати да ће судска интервенција одвратити јачу страну од склоности да настави да „експлоатише“ своју надмоћнију позицију. Заправо, стипуланти ће увек наћи начин да губитке на једној страни уговора надоместе искоришћавањем своје доминантне позиције на другим пољима, тако да судско задирање у садржину уговора, у крајњем резултату, не може да обезбеди суштинско побољшање положаја слабије стране.[1182] Овај аргумент има своју тежину. Упркос његовој неупитности сматрамо да интервенција суда не би требало да изостане онда кад за њом објективно постоји потреба.

[1181] S. Whittaker у: S. Whittaker, R. Zimmermann, 22.
[1182] O. Ben-Shahar (2011), 898, 900.

Уздржаност правосуђа према неправичним одредбама стандардних уговора би практично представљала позив стипулантима да без икакве задршке, за своју добробит искористе фактички однос снага уз потпуно занемаривање интереса адхераната. Отуда, суд не треба да интервенише у уговор олако, али исто тако не треба ни да се либи интервенције када је оправдана.

## 11. ПОСЛЕДИЦЕ ДЕЛИМИЧНЕ НИШТАВОСТИ УГОВОРА

С обзиром на то да делимична ништавост представља ништавост ограниченог домашаја за очекивати је да су примарне и секундардне последице ништавости и делимичне ништавости суштински исте. Сходно томе, примарна последица делимичне ништавости огледа се у одузимању дејства ништавој уговорној одредби. Да би се успоставило стање које би постојало да ништава одредба није била уговорена, потребно је да наступе и секундарне последице ништавости:[1183] реституција оног што је испуњено по основу ништаве уговорне одредбе (чл. 104 ЗОО) и накнада штете коју је евентуално претрпела савесна страна под условом да је њен сауговарач крив за ништавост спорне одредбе (чл. 108 ЗОО).

Начин на који ће се манифестовати ништавост уговорне одредбе зависиће од тога да ли је она испуњена или не. Ако уговарач кога терети ништава одредба није испунио обавезу која проистиче из ње, утврђењем ништавости те одредбе он ће бити ослобођен обавезе да је испуни онако како она гласи. Ако је обавеза из ништаве уговорне одредбе испуњена, сматраће се да је отпао, или прецизније, да никада није ни постојао основ за њено испуњење. Последично, страна која је по основу те одредбе примила испуњење биће обавезана да врати оно што је примила.

Иако чл. 104, ст. 2 ЗОО уређују могућност одбијања захтева несавесне стране за враћање датог по основу ништаве одредбе, као и одузимање датог у корист општине, мало је вероватно да ће суд изрећи ове последице у вези са ништавим одредбама уговора по приступу. Адхеранту као страни која приступа уговору редовно неће моћи да се припише несавесност поводом непуноважне клаузуле на чију формулацију није могао да утиче. С друге стране, у највећем броју случајева несавесност (а још мање неморално поступање) неће моћи да се импуптира ни стипуланту, јер је мало вероватно да ће он свесно ризиковати велике пословне губитке и урушавање репутације уношењем флагрантно непуноважне одредбе у уговоре намењене широкој примени.

У вези са захтевом за враћање примљеног по основу ништаве клаузуле скрећемо пажњу на то да се не уређује сваком ништавом клаузулом обавеза која је непосредно имовински исказива. У оквиру дела посвећеног односу делимичне ништавости и начела

[1183] V. Krulj (1954), 87 и 88.

једнаке вредности узајамних давања видели смо да ће се узрок ништавости често огледати у асиметрији уговорних позиција, а не нужно у одговарајућем дисбалансу између имовински исказивих обавеза. Из тога проистиче да ће обавеза реституције примљеног уследити само ако је по основу ништаве клаузуле испуњена обавеза која има имовинску вредност. Ово наглашавамо из разлога што узрок ништавости уговорне одредбе може да лежи и у повреди права личности, прекомерном ограничењу неког уставом загарантованог права, искључењу права које се признаје другој уговорној страни и сл.

На накнаду штете претрпљене испуњењем ништаве уговорне обавезе може бити обавезан *уговарач који је крив* за закључење ништавог уговора (чл. 108 ЗОО).[1184] Посматрано кроз призму уговора по приступу, то ће редовно бити уговарач који је наметнуо спорну уговорну одредбу. С тим у вези се може поставити питање како треба схватити појам *крив* из чл. 108 ЗОО. Наиме, да ли ће се стипулант увек сматрати одговорним (*кривим*) за штету коју претрпи адхерант на основу тога што је наметнуо спорну клаузулу, или се њему ипак неће моћи приписати кривица за непуноважност одредбе ако се придржавао стандарда пажње који се од њега могао очекивати спрам стања законодавства и устаљене судске праксе у моменту наметања те одредбе. Ако би појам *крив* требало разумети као несавестан у смислу поседовања сазнања о ништавости конкретне уговорне одредбе, овај услов неће бити једноставно доказив, осим ако је стипулант повредио специјалну законску забрану. С тим у вези *Меш* наглашава да кривица стипуланта неће постојати „ако је у погледу спорне клаузуле постојала неотклоњива правна заблуда, будући да је у моменту закључења уговора она уживала благослов највише судске инстанце.“[1185]

С обзиром на то да су последице ништавости биле предмет истраживања у националним оквирима, сувишно је понављати закључке до којих је домаћа доктрина већ дошла.[1186] Уместо репродукције резултата домаће теорије, усредсредићемо се на питања која до сада нису подробније тематизована у националним оквирима. Прво међу њима се тиче почетка тока рока застарелости потраживања на име оног што је дато по основу ништаве уговорне одредбе. Друго се односи на правну природу испуњеног по основу

[1184] В. Круљ у: В. Т. Blagojević, V. Krulj (Red.) (1980), 291, 292, 314, 315; Јансен у: N. Jansen, R. Zimmermann (ed.) (2018), 976 и 977.
[1185] G. Mäsch у: Staudinger (2019), 16.
[1186] V. Krulj (1954); Dušan Nikolić, *Građanskopravna sankcija – Geneza, evolucija i savremeni pojam*, Pravni fakultet u Novom Sadu – Centar za idavačku delatnost, Novi Sad 1995, 128-130.

неправичне одредбе уговора по приступу. Најзад, биће речи и о ретроактивном дејству одлуке суда којом се утврђује ништавост, неизвесности коју оно генерише са становишта правне сигурности, као и о могућим начинима за њено ублажавање.

### 11.1. Почетак тока рока застарелости потраживања на име оног што је испуњено по основу ништаве уговорне одредбе

Ако је нека вредност прешла из имовине једног уговарача у имовину другог по основу ништаве уговорне одредбе, „померање материјалних добара“[1187] се одвило без правног основа. Последично, страна која је примила ту вредност треба да је врати (чл. 104 ЗОО). С тим у вези се у домаћој јудикатури испоставило спорним од ког тренутка почиње да тече рок застарелости потраживања на име оног што је дато по основу ништаве уговорне одредбе. У теорији није спорно да се враћање датог спроводи у складу са правилима о стицању без основа (чл. 210 и 214 ЗОО),[1188] као ни да потраживање у том случају застарева у општем року застарелости од десет година (чл. 371 ЗОО). Међутим, спорно је како треба тумачити правило о почетку тока рока застарелости из чл. 361, ст. 1 ЗОО, које гласи: „Застарелост почиње тећи првог дана после дана кад је поверилац имао право да захтева испуњење обавезе, ако законом за поједине случајеве није што друго прописано.“ Који је то *дан када је поверилац имао право да захтева враћање датог* по основу ништаве уговорне одредбе, то јест када се потраживање уговарача који је испунио обавезу из ништаве одредбе сматра доспелим? Да ли је то дан када је нешто исплаћено/дато по основу ништаве одредбе, или је, пак, то дана када је (правноснажном) одлуком суда утврђена њена ништавост?

Расправљање овог питања је од круцијалне важности у случајевима у којима би захтев за реституцију уследио више од десет година након испуњења имовинске обавезе из ништаве уговорне одредбе. Подизање тужбе за враћање датог пре истека овог рока би за редовну последицу имало прекид тока рока застарелости тако да друга страна не би

---

[1187] V. Krulj (1954), 87.

[1188] А. Дудаш у: Б. Пајтић, С. Радовановић, А. Дудаш, 392. Исто важи и за немачко, аустријско и швајцарско право: G. Mäsch у: Staudinger (2019), 222, A. Riedler у: Georg Kodek (Hrsg.), *ABGB-Praxiskommentar*, Bd. 4: §§ 859 - 1089 ABGB, WuchG, UN-Kaufrecht, 4. Aufl. LexisNexis, Wien 2014, 330, 333; Alfred Koller, „Die Verjährung bei der Rückabwicklung von Verträgen“, *Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen* 1/2006, 4.

основано могла да истиче приговор застарелости утуженог потраживања (чл. 388 и чл. 389 ЗОО).

Иако је по среди питање од велике практичне важности, потрага за одговором није једноставна будући да се извесни аргументи могу пронаћи у прилог оба става.

Поводом овог питања у домаћој судској пракси се наилази на становиште према коме рок застарелости потраживања почиње да тече „првог дана после дана када је утврђено да је уговор [...] ништав“.[1189] Исто резоновање срећемо и код ВКС поводом ништавости уговорне клаузуле: „[...] рок застарелости потраживања почиње да тече првог дана после дана пресуђења, као дана када је утврђена ништавост одредбе предметног уговора, у смислу члана 361. ЗОО и траје 10 година у смислу члана 371. истог закона.“[1190] Из овог видимо да у домаћој јудикатури постоји тенденција да се почетак десетогодишњег рока застарелости веже за први дан након доношења одлуке којом је утврђена ништавост уговорне клаузуле, а не за први дан након дана када је дошло до преноса имовинске вредности по основу ништаве клаузуле.

По свему судећи, судови су пошли од правила из чл. 110 ЗОО према коме се протеком времена не губи могућност истицања ништавости уговора, па самим тим ни уговорне клаузуле.[1191] Ако је сврха ништавости да се уговорна одредба лиши њој иманентног дејства због неспојивости њене садржине са правним поретком, резоновање суда има смисла.

Наиме, ако је законодавац предвидео могућност истицања ништавости без обзира на протек времена, која би била његова сврха ако би могућност реализације секундарних последица ништавости била везана за тренутак у прошлости у коме страна није имала представу да испуњава ништаву обавезу. На који начин би била остварена сврха ништавости у виду анулирања дејства ништаве уговорне одредбе уколико након утврђења њене ништавости не би могао да уследи захтев за враћање оног што је дато по њеном основу?[1192] Шта би у том случају поверилац имао од утврђења ништавости – констатацију да нешто није смело да постане део уговора од момента његовог закључења и ништа више

[1189] Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. 1454/13 од 22.12.2014, преузето из базе *Propisionline*. У случају потраживање по основу стицања без основа датира из уговора о купопродаји који је закључен још 1969. године.
[1190] ВКС, Рев 4166/2020 од 22. 10.2020. године, 11 пасус образложења.
[1191] *Ibid*.
[1192] Прецизности ради, захтев би и тада могао да буде истакнут, али би био изложен ризику одбијања у случају да дужник истакне приговор застарелости (чл. 360, ст. 3 ЗОО).

од тога? Да ли би имало смисла тврдити да је уговорна одредба лишена дејства, што је примарна последица ништавости, а да упркос томе поверилац нема могућност да исходује назад оно што је дао по њеном основу, то јест да не може да наступи секундарна последица. Има ли примарна последица без секундарне последице смисла? Није ли контрадикторно тврдити да је нешто лишено дејства, али да се, упркос томе, то дејство фактички перпетуира јер је наступила застарелост потраживања?

Какав би смисао имала одредба закона којом се могућност истицања ништавости не везује за рок, а да се у исто време могућност враћања оног што је дато по основу ништаве уговорне одредбе везује за моменат њеног испуњења. То би, практично, значило да се истеком рока унутар ког се може тражити повраћај датог губи сваки подстицај за истицање ништавости јер је готово безизгледно (осим у случају да дужник пропусти да истакне приговор застарелости) издејствовање повраћаја датог. Уосталом, да ли је оправдано почетак тока рока застарелости потраживања по основу стицања без основа везати за тренутак у коме уговарач верује да основ за пренос вредности из његове имовине у имовину његовог сауговарача постоји. Будући да се поверилац упознаје са ставом суда о питању (не)пуноважности неке одредбе тек од момента правноснажног пресуђења, има ли смисла да се десетогодишњи рок унутар ког би он могао да захтева повраћај датог рачуна од неког ранијег тренутка.

С друге стране, како помирити став домаће јудикатуре о почетку тока рока застарелости са правилом да апсолутна ништавост делује *ex lege*, да утврђењем ништавости суд само декларише последицу која наступа *ipso jure*, те да је уговорна одредба ништава *ex tunc*.[1193] Следећи ова правила, правни основ за пренос дела имовине једног уговарача у имовину његовог сауговарача није постојао већ у моменту испуњења обавезе из ништаве уговорне одредбе,[1194] сходно чему се моменат исплате недугованог уједно сматра и моментом доспелости обавезе за враћање примљеног од ког почиње да тече рок застарелости. Том логиком би требало узети да „[д]атум када је део имовине прешао у имовину другог лица без основа, представља датум доспећа захтева за враћање стеченог без основа и од тог датума тече рок у коме оштећено лице може судским путем захтевати повраћај онога што је из његове имовине без правног основа прешло у имовину

[1193] В. Круљ у: B. T. Blagojević, V. Krulj (Red.) (1980), 284 и 285.
[1194] Валентина В. Цветковић-Ђорђевић, *Кондикција и правно неосновано обогаћење,* докторска дисертација, Универзитет у Београду, Правни факултет, Београд 2015, 278.

другог лица.“[1195] Ово схватање би више одговарало идеји правне сигурности која налаже да се протеком времена унутар ког се може поставити захтев за наплату потраживања унесе извесност у правне односе између потенцијалног повериоца и дужника. Наиме, када се рок застарелости потраживања не би везивао за моменат испуњења обавезе из ништаве уговорне одредбе већ за моменат утврђења њене ништавости, то би имало за последицу да се и деценијама након испуњења уговора може издејствовати враћње датог, што је погубно за правну извесност.[1196]

Иако би ово схватање више одговарало идеалу правне сигурности, да ли би се његовим прихватањем поткопала идеја о ништавости. Наиме, ако би се у прилог схватања према коме рок застарелости почиње да тече од испуњења ништаве обавезе изнео аргумент правне сигурности, не би ли се онда могло тврдити да би и сâм законодавац орочио могућност истицања ништавости да је правну сигурност сматрао ултимативном вредношћу.

Иако се домаћа теорија не изјашњава непосредно поводом овог питања, посредно се ипак могу назрети ставови појединих аутора. Тако *Дудаш* говори о „последицама *утврђења* ништавости“ (нагласила С. М.) – иако рубрум чл. 104 гласи *Последице ништавости* – из чега, иако крајње индиректно, проистиче да *Дудаш* секундарне последице везује за моменат судског декларисања ништавости.[1197] У домаћој теорији, међутим, наилазимо и на подршку схватању према коме је релевантан тренутак испуњења обавезе из ништаве уговорне одредбе. Тако *Живковић* у вези са елаборирањем проблематике ретроактивног дејства одлуке суда којом би била утврђена ништавост одређене уговорне одредбе истиче: „Ако би [...] судови променили своју праксу у примени истог (неизмењеног) правног овкира, то би погодило не само уговоре закључене после такве промене судске праксе, већ и ретроактивно све уговоре закључене пре ње, где би граница могла бити истек рока застарелости од 10 година [...].“[1198]

---

[1195] Пресуда ВКС, Рев. 270/17 од 29. 03. 2017.

[1196] Isabelle Monferrini, Hans Caspar von der Crone, „Die Rückabwicklung mangelhafter Verträge, Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts 4A_562/2010 vom 3. Mai 2011 i.S. X. Corp. (Beschwerdeführerin) gegen A. (Beschwerdegegnerin)“, *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht* 5/2011, 493.

[1197] А. Дудаш у: Б. Пајтић, С. Радовановић, А. Дудаш, 391.

[1198] M. Živković (2018), 44. Делује да аутор имплицитно заговара овај став и када каже: „Ако би Врховни касациони суд заузео супротно становиште у поступку који је пред њим тренутно у току, то би, што се заинтересованих страна тиче, имало позитивне последице за све кориснике кредита *у последњих 10 година*

На овом месту задржавамо право да не изнесемо коначан став по питању преферираног решења. Због тога остављамо отвореним питање да ли би се везивање почетка тока рока застарелости потраживања на име реституционог захтева за неки ранији моменат у односу на утврђење ништавости могао доживети као увођење „на мала врата“ рока за истицање ништавости, што би било противно *verba legalia* чл. 110 ЗОО. Истовремено истичемо да у трагању за решењем треба водити рачуна и о потреби да се након остављања примереног рока унутар ког се могу истицати захтеви за намирење потраживања једном за свагда успостави правна извесност у односима конкретних уговарача.

### 11.2. Правна природа испуњења по основу неправичне одредбе уговора по приступу у складу са чл. 143, ст. 2 ЗОО

У складу са чл. 104 ЗОО, свака уговорна страна дужна је да врати другој оно што је примила по основу ништаве уговорне одредбе. Из ове одредбе је јасно да се оно што је испуњено по основу ништаве уговорне одредбе не сматра извршењем природне обавезе на коју упућује чл. 213 ЗОО. Наиме, када би се испуњено сматрало природном обавезом, то би за последицу имало искључење могућности да се захтева повраћај датог.

Иако чл. 104 ЗОО на јединствен начин уређује последице ништавости без обзира на то да ли она погађа ништаву одредбу уговора са споразумно одређеном садржином или, пак, уговора по приступу, у новијој домаћој теорији наилазимо на виђење према коме последице појединих ништавих одредаба типских уговора подлежу другачијем реституционом режиму. Тако *Живковић* сматра да испуњење обавезе адхеранта по основу неправичне или претерано строге одредбе типског уговора у складу са чл. 143, ст. 2 ЗОО представља испуњење природне обавезе. Он заснива своје виђење на терминолошком диференцирању првог и другог става чл. 143 ЗОО чији је рубрум *Ништавост неких одредби општих услова.* Први став чл. 143 ЗОО гласи: „*Ништаве су* одредбе општих услова које су противне самом циљу закљученог уговора или добрим пословним обичајима, чак и ако су општи услови који их садрже одобрени од надлежног органа“, док други став прописује: „Суд *може одбити примену* појединих одредби општих услова које

---

који су ову накнаду платили, и који би је могли тражити назад с каматом, и негативне последице за банке које би претрпеле знатан пословни губитак (нагласила С. М.).“ M. Živković (2018), 48.

лишавају другу страну права да стави приговоре, или оних на основу којих она губи права из уговора или губи рокове, или које су иначе неправичне или претерано строге према њој (нагласила С. М.).“ *Живковић* сматра да је „[д]руги став овог члана нешто [...] другачији, па за одредбе општих услова о којима је ту реч предвиђа да им суд може одбити примену, што је нијансираније решење, јер заправо не значи ништавост, већ овлашћење суду да одбије захтев заснован на таквој одредби општих услова. У исходу, овакве одредбе општих услова стварају, заправо, природне облигације, јер у случају да их обавезно лице добровољно испуни оне нису испуњене без основа и не могу се тражити назад, али поверилац не може исходовати испуњење судским путем.“[1199]

Иако није јасно због чега је нормотворац терминолошки издиференцирао први и други став чл. 143 ЗОО, ипак нам делује да *Живковићева* аргументација није убедљива. Наиме, ако суд утврди да је нека одредба типског уговора ништава – без обзира на то да ли је суд свој став о ништавости односне уговорне одредбе засновао на њеној противности циљу уговора, добрим пословним обичајима, или на томе што је она иначе неправична или претерано строга – нема одрживог објашњења због чега би могућност реституције оног што је дато по основу ње требало учинити зависном од узрока њене ништавости. Реституцију оног што је испуњено по основу ништаве уговорне одредбе уређује чл. 104 ЗОО, док чл. 143 ЗОО нуди само додатне критеријуме ништавости одредаба типских уговора којима се допуњује каталог могућих узрока ништавости из чл. 103, ст. 1 ЗОО.

Задатак суда није да одбије примену неке одредбе типског уговора или не, иако чл. 143, ст. 2 ЗОО  упућује на то. Уместо тога, суд треба да одлучи мериторно о захтеву за испуњење обавезе која проистиче из неке одредбе типског уговора. Суд ће тај захтев усвојити ако нађе да је конкретна одредба пуноважна, и обратно, суд ће га одбити ако утврди да је релевантна одредба уговора по приступу ништава. Ако суд утврди да је нека одредба типског уговора ништава (било по приговору ништавости изјављеном против тужбе за испуњење обавезе која из ње проистиче, или по тужби за утврђење ништавости), чл. 104 ЗОО налаже реституцију датог без могућности да се захтев за реституцију одбије са образложењем да је испуњена природна обавеза. Једина могућност за одбијање захтева за реституцију постоји у случају несавесности његовог подносиоца (чл. 104, ст. 2 ЗОО).[1200]

[1199] M. Živković (2018), 38.
[1200] J. Салма (2004), 493-495.

Прихватањем *Живковићеве* аргументације адхеранти би са становишта реституције неоправдано били доведени у неповољнију позицију у односу на стране уговора чија је садржина били предмет преговора, што сасвим извесно није била намера законописца. Прописивањем посебних чланова посвећених општим условима формуларних уговора (чл. 142 и 143 ЗОО) законописац је настојао да адхерантима пружи већи, а нипошто мањи степен заштите од оног који већ уживају стране индивидуалних уговора. Увођењем критеријума неправичности из чл. 143, ст. 2 ЗОО нормотворац је хтео да пружи суду додатну тачку ослонца у оним случајевима у којима се нека одредба типског уговора не би могла квалификовати као противна принудним прописима, добрим обичајима и јавном поретку у складу са чл. 103, ст. 1 ЗОО, али је ипак, спрам околности случаја, треба лишити дејства у складу са блажим критеријумом контроле чија се испуњеност препушта на оцену суду.[1201]

Сходно наведеном, чл. 143, ст. 2 ЗОО уводи неправичност као додатни критеријум пуноважности одредаба типских угвовора без намере да тиме нормира специјални режим за последице ништавости одредаба типских уговора. Када би тумачење о природној обавези било исправо, какав би био интерес адхеранта да истиче неправичност неке одредбе уговора по приступу ако зна да у резултату не може исходовати повраћај оног што је по основу ње испунио стипуланту? Такво решење би погодовало интересима стипуланата који би изгубили сваки подстицај да воде рачуна о легитимним интересима својих сауговарача, будући да би упркос неправичности неке одредбе могли да задрже оно што су примили њеним испуњењем.

Наше виђење односа става један и два чл. 143 ЗОО подржавају и домаћи аутори *М. Ђурђевић* и *Вукотић*. Према схватању *М. Ђурђевића* чл. 143, ст. 2 ЗОО садржи „сиву листу неправичних клаузуала“, то јест клаузула за које се обориво претпоставља да су неправичне, при чему се стипуланту даје могућност да износи доказе у прилог обарања ове претпоставке.[1202] Последично, ако стипулант не успе да обори претпоставку о неправичности из чл. 143, ст. 2 ЗОО, по среди је ништава клаузула са свим последицама које ништавост повлачи у складу са чл. 104 и 108 ЗОО. *Вукотић* истиче да “[н]еспретна формулација чл. 143 ЗОО непотребно раздваја контролу садржине општих услова на два

[1201] M. Karanikić Mirić (2012), 221.
[1202] M. Đurđević (2001), 130 и 131.

наизглед одвојена режима. У ствари, суд је дужан да одбије да примени како оне одредбе општих услова које су ништаве према ст. 1, тако и оне одредбе које су неправичне према ст. 2. Суд не може да бира да ли ће да призна или одбије неправичне услове, њему је само дато овлашћење да цени правичност општих услова према свим околностима и независно од општих правила о ништавости.“[1203]

### 11.3. Ретроактивно дејство одлуке суда којом се утврђује ништавост уговорне одредбе

У домаћој и страној доктрини се истиче дискрепанца између начелне уставне забране повратног дејства закона у материји грађанског права и неминовног ретроактивног дејства одлуке суда којом се утврђује ништавост неке уговорне одредбе. Да би се разумела суштина проблема, потребно је начелно расправити у чему се састоји могућа ретроактивност закона, а у чему повратно дејство одлуке суда.

У интересу правне сигурности Устав РС само изузетно допушта могућност повратног дејства појединих одредаба грађанскоправних закона онда када то налаже општи интерес утврђен при доношењу закона (чл. 197, ст. 1 и 2 Устава РС). Када нормотворац уводи законске забране, попут забране уговарања неке клаузуле, он то редовно чини са дејством *pro futuro*.[1204] Ово је саморазумљиви принцип јер се од уговарача основано може очекивати да воде рачуна само о оним забранама са којима су објективно могли да се упознају у тренутку утаначења њихових узајамних права и обавеза.

С друге стране, када је суд позван да испита пуноважност неке клаузуле, па утврди да је она ништава, његова одлука ће неминовно имати ретроактивно дејство.[1205] Другим речима, одлука суда тада неће деловати од тренутка њеног доношења за убудуће, већ од момента закључења уговора – *ex tunc*.

Када се наведено има у виду, да ли између начелне забране ретроактивне примене закона у материји грађанског права и повратног дејства одлуке суда којом се утврђује ништавост неке уговорне одредбе постоји непомирљиви јаз? Или, када суд одлучује о

---

[1203] М. Вукотић, 384 и 385.
[1204] Већ смо видели да је чл. 54, ст. 2 ЗЗКФУ законодавац предвидео изузетак од овог правила, и да се по том питању домаћа доктрина благонаклоно изјаснила. Д. Хибер, М. Живковић (2015а), 579.
[1205] BGH IV ZR 162/03 од 12.10.2005. године, пасус 32.

ништавости неке уговорне одредбе ни не постоји ретроактивност коју Устав начелно забрањује? Поврх тога, како се може постићи ублажавање повратног дејства одлуке суда којом се утврђује ништавост неке уговорне одредбе?

Будући да је одлука суда појединачни правни акт, она формалноправно ни не потпада под уставноправну забрану ретроактивности која се односи само на опште правне акте (чл. 197, ст. 1 Устава РС). У сваком случају, када суд преиспитује пуноважност неке уговорне одредбе, он то чини применом материјалноправних решења која су важила у моменту закључења уговора. Другим речима, он спорну уговорну одредбу посматра кроз „диоптрију“ законских решења са којима су и сами уговарачи могли да се упознају у моменту контрахирања. С обзиром на то, код утврђења ништавости неке уговорне одредбе се ни не може говорити о ретроактивности у правом смислу те речи. То јест, у контексту утврђења ништавости не ради се о ретроактивној примени прописа – ње нема, јер када процењује пуноважност неке одредбе, суд примењује прописе који су били на снази у моменту уговарања спорне клаузуле.

Но, ако је то тако, шта је суштински узрок проблема изазваног повратним дејством декларaторних одлука судова којима се утврђује ништавост неке уговорне одредбе. Неочекиване ретроактивности неће бити у односу на каталог специјалних законских забрана, јер он не оставља простор за неизвесност у погледу (не)пуноважности неке клаузуле. Ако стране унесу у уговор одредбу која је законом изричито забрањена, ниједна страна неће моћи да се позива на проблем изазван ретроактивношћу одлуке суда. Сходно максими *ignorantia iuris nocet*, чак и да страна није била упозната са законском забраном, имала је могућност да се упозна са њом. С тим у вези могу бити проблематичне тзв. сиве листе, то јест листе клаузула за које се обориво претпоставља да су неправичне па самим тим и ништаве. Но чак и у вези са њима, законописац благовремено (свакако унапред) сигнализира стипуланту да по среди може бити реч о проблематичној клаузули, чиме му скреће пажњу на посебну позорност приликом њиховог уговарања. Отуда суштински проблем у вези са ретроактивношћу одлука судова којима се утврђује ништавост неке клаузуле не лежи у специјалним законским забранама, већ у генералним стандардима

контроле пуноважности које познаје сваки правни систем, а чију садржину конкретизују судови.[1206]

Иако је употребом неодређених правних појмова законодавац свесно омогућио „систем динамичног прилагођавања“ садржинске контроле брзим друштвеним променама, он неминовно рађа неизвесност са становишта пуноважности појединих уговорних одредаба.[1207] Отуда, када год је суд позван да преиспита пуноважност неке уговорне одредбе са становишта неодређених правних појмова, он треба да одмери да ли приоритет треба дати правној сигурности која би налагала да уговорено треба да буде испуњено или материјалној правичности.[1208]

У вези са проблемом изазваним неодређеним правним појмовима који фигурирају као стандарди контроле пуноважности, у доктрини се истиче да суд и када конкретизује њихову садржину треба да се руководи вредновањима која су била актуелна у тренутку предузимања правног посла.[1209] Упркос том идеалу, извесно је да ће суду бити тешко да се отргне од правног убеђења које је владајуће у моменту у коме он преиспитује пуноважност неке уговорне одредбе. У том смислу, одлука суда може да делује повратно, утолико што уговарачи у моменту закључења уговора нису имали прилику да се са извесношћу упознају са садржином забрањене клаузуле.

Проблем изазван ретроактивним дејством одлуке суда нарочито је изражен онда када највиша судска инстанца утврди непуноважном неку одредбу уговора по приступу који се масовно закључује. Наведено није проблематично због формалноправне обавезности одлуке највише судске инстанце донете поводом појединачног случаја, већ због њене фактичке обавезности.[1210]

Имајући у виду проблем који може да настане услед ретроактивног дејства одлуке суда којом се утврђује ништавост неке уговорне одредбе, *Медикус* предлаже два начина за његово ублажавање. Први се огледа у скраћењу рокова застарелости потраживања оног што је дато по основу ништаве уговорне одредбе.[1211] Ово би, у вези са дилемом изнетом у оквиру претходног поднаслова, дало ефекта само ако би се рок застарелости потраживања

[1206] О томе је већ било речи у поглављу посвећеном могућим узроцима ништавости као што су повреда добрих обичаја и повреда јавног поретка. В. поднаслове: 9.2.2. и 9.2.3. D. Medicus (1995), 2579 и 2580.
[1207] K. Uffmann (2010), 77.
[1208] T. M.J. Möllers, 86, марг. 34.
[1209] D. Medicus (1995), 2580.
[1210] K. Uffmann (2010), 79.
[1211] D. Medicus (1995), 2583, 2854.

рачунао од тренутка испуњења обавезе из ништаве уговорне одредбе, а не од момента судског декларисања њене ништавости. Други начин ублажавања погубног ретроактивног дејства судских одлука се односи на изузетно допуштање салваторне редукције,[1212] то јест супституције ништаве одредбе пуноважном допуњујућим тумачењем.[1213] Осим наведена два начина, могло би се размотрити и увођење поступка за мериторно преиспитивање пуноважности одредаба уговора по приступу пре њихове употребе. Тај поступак би био на располагању стипулантима који своје пословање желе да ускладе са захтевима правног поретка, чиме би се уједно спречили потенцијални проблеми у будућности.[1214]

[1212] D. Medicus (1995), 2584.
[1213] BGH, 12.10.2005 - IV ZR 162/03, пасус 32; K. Uffmann (2010), 79 и 80.
[1214] M. Živković (2018), 16.

## 12. ДЕЛИМИЧНА РУШЉИВОСТ УГОВОРА

Иако се у упоредноправној литератури често наилази на појам делимичне не(пуно)важности, наслов ове дисертације је постављен уже у складу са актуелном редакцијом ЗОО, која изричито познаје само појам делимичне ништавости. Међутим, то што ЗОО у оквиру одсека 4 посвећеног неважности уговора не уређује изричито делимичну рушљивост, нити предвиђа сходну примену правила о делимичној ништавости на рушљиве уговоре само по себи још ништа не казује о допуштености делимичне рушљивости. То само значи да се тумачењем решење које је садржано у чл. 105 ЗОО не може проширити на случај који њиме није регулисан (делимичну рушљивост), јер би тиме суд изашао из оквира значења текста норме.[1215] Дакле, када бисмо се држали тумачења – језичког у виду формулације чл. 105 ЗОО, и системског у виду његове позиције у оквиру пододсека посвећеног (апсолутно) ништавим уговорима – оно би могло да нас наведе на закључак да је делимична рушљивост у домаћем праву искључена. Тај закључак би, ипак, био преурањен, јер околност да делимична рушљивост није изричито уређена ЗОО упућује само на то да у вези са њом постоји празнина у закону, чиме се отвара могућност испитивања испуњености услова за њено попуњавање.[1216]

У упоредноправној доктрини[1217] и судској пракси[1218] се могућност аналогне примене правила о делимичној ништавости на рушљиве уговоре принципијелно не доводи у питање. Она се не оспорава ни у домаћој доктрини,[1219] при чему се ова тематика обично своди на констатацију да нема начелних препрека да се институт делимичне ништавости аналогно примени и на рушљиве уговоре,[1220] као и да могућности примене правила из чл.

---

[1215] Р. Васић, М. Јовановић, Г. Дајовић, 365.
[1216] *Ibid*.
[1217] F. Gschnitzer у: Klang (1968), 170; T. Mayer-Maly (1969), 284; J. Petersen, 420; Christof Peter, „Grundsätze der Teilanfechtung unter Berücksichtigung der Besonderheiten im Mehrpersonenverhältnis“, *Juristische Ausbildung* 1/2014, 1; Andreas Furrer, Anton K. Schnyder (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen*, 3. Auflage, Schulthess, Zürich-Basel-Genf 2016, 123; G. Mäsch у: Staudinger (2019), 195, 196.
[1218] BGH V ZR 74/66 од 27.06.1969.
[1219] S. Perović (1980), 470 и 471; К. Доловић Бојић, С. Дабић Никићевић, 739.
[1220] А. Дудаш у: Б. Пајтић, С. Радовановић, А. Дудаш, 404, 405; Д. Мијановић, 1108, фн. 90.

105 ЗОО на рушљиве уговоре проистиче из „саме природе ствари“.[1221] Међутим, у домаћој литератури не наилазимо на аргументацију којом би се овај начелни став о допуштености делимичне рушљивости озбиљније поткрепио. Због тога ћемо на овом месту испитати својства релевантне правне празнине, те да ли су испуњени услови за њено попуњавање.

За разлику од већине домаћих аутора који говоре о аналогној примени чл. 105 ЗОО и на рушљиве уговоре, *Мијановић* наводи додатни разлог у прилог делимичне рушљивости.[1222] Имајући у виду то да чл. 4 у вези са чл. 2 Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације из 1946. године[1223] предвиђа да се правна правила садржана у предратним прописима (прописима Краљевине Југославије) могу примењивати на односе који нису уређени важећим прописима, правна празнина поводом делимичне рушљивости може се попунити правилом из чл. 918 ОИЗ које гласи: „Кад је год уговор ништав или рушљив, бива да су таке и све поједине одредбе или углавци који су у њему. Али кад је сама каква посебна одредба ништава или *рушљива*, тај се недостатак не простире на сав уговор, н´ако без те посебне одредбе неможе [sic.] да буде, или су уговорници, кад су уговор главили, ту одредбу сматрали као да је одлучног замашаја. (нагласила: С. М.)“ Мишљење *Мијановића* о попуњавању правне празнине посредством ОИЗ у складу је са принципом нетериторијалности примене правних правила из предратних прописа који се истиче у старијим уџбеницима из општег дела грађанског права.[1224] Упркос његовој логичкој исправности, делује нам да би у околностима постојања самосталних држава сукцесора које су проистекле из некадашње заједничке државе домаћи судови пре оптирали за попуњавање празнине у ЗОО аналогијом са чл. 105 ЗОО.

### 12.1. Аргументација у прилог аналогне примене правила о делимичној ништавости на рушљиве уговоре

С обзиром на то да делимична рушљивост није изричито уређена ЗОО, остаје да се види да ли је нормотворац у материји рушљивих уговора (пододсек II, одсека 4 ЗОО)

[1221] V. Krulj у: B. T. Blagojević, V. Krulj (Red.) (1980), 320.
[1222] Дражен Мијановић, 1108, фн. 90.
[1223] *Службени лист ФНРЈ,* бр. 86/46, 105/46, 96/47.
[1224] Душан Николић, *Увод у систем грађанског права*, треће издање, Универзитет у Новом Саду, Правни факултет, Нови Сад 2001, 168.

свесно изоставио правило о делимичној рушљивости. Односно, да ли је по среди свесна и промишљена „правна шупљина“,[1225] или се ради о непланској правној празнини коју би законодавац спречио да је био свестан њеног постојања? Ако би се радило о планској правној празнини, суд не би био овлашћен да је попуњава, већ би морао да је прихвати.[1226] Обратно, ако је реч о непланској правној празнини, суд треба да испита да ли су испуњени услови за аналогну примену одредбе из чл. 105 ЗОО и на делимично рушљиве уговоре. Ако суд констатује да су испуњени услови за аналогну примену одредбе из чл. 105 ЗОО на делимично рушљиве уговоре, тада „принцип јединства правног поретка не само да дозвољава аналогију, већ оног ко примењује право и обавезује на њу.“[1227]

Будући да сваки закон треба да представља конзистентан систем лишен вредносних противречности,[1228] приликом испитивања да ли је законодавац делимичну рушљивост свесно оставио нерегулисаном, најпре треба поћи од тога да ли циљ чл. 105 ЗОО начелно одговара циљу коме би било оправдано и разумно стремити и у вези са рушљивим уговорима.[1229] Дакле, да би се пошло од постојања непланске празнине потребно је да она проистиче из општег вредновања референтне правне норме која се узима као ослонац за аналогно закључивање.[1230]

До сада је више пута апострофирано да се циљ института делимичне ништавости огледа у одржавању уговора на снази онда када је то објективно могуће под условом да оно што опстане након судске интервенције уједно одговара вољи уговарача. Када се пође од идеје афирмације уговора било би неодрживо пледирати за то да је идеја о фаворизовању одржавања уговора на снази везана само за ништаве уговоре, док је искључена у односу на рушљиве уговоре. Таква тврдња би била вредносно противречна, јер би било нелогично да се у вези са једном подврстом неважности законодавац руководи једном идејом водиљом, а да се од ње радикално удаљава у контексту друге подврсте неважности. Ако се одржавање уговора на снази представља као ултимативна вредност коју нормотворац следи када уређује низ института уговорног права, било би противречно тврдити да је законодавац напушта у материји рушљивих уговора.

---

[1225] Р. Васић, М. Јовановић, Г. Дајовић, 366.
[1226] T. M.J. Möllers, 234, марг. 100.
[1227] *Ibid*, 236, марг. 104.
[1228] *Ibid*, 139, марг. 109.
[1229] *Ibid*, 234, марг. 100, 236, марг. 107.
[1230] *Ibid*, 234, марг. 100.

Идеја о делимичном одржавању на снази рушљивог уговора није противна ни вредновању законодавца који изричито нормира могућност конвалидације рушљивог уговора у његовом изворном садржају. Наиме, ако законодавац нема ништа против тога да се рушљив уговор одржи на снази са неизмењеним садржајем, тим пре би он требало да подржи и одржавање уговора на снази након елиминисања узрока рушљивости.

С обзиром на то да је могућност поништаја рушљивих уговора везана за преклузивне законске рокове, исти рокови важе и за поништај рушљиве одредбе уговора. Отуда конвалидација рушљивог уговора искључује могућност оспоравања пуноважности појединих његових одредаба услед рушљивости.

Дакле, када се пође од циља чл. 105 ЗОО на основу ког треба испитати постојање свесне или несвесне правне празнине, нема сумње да је циљ чл. 105 ЗОО иманентан и материји рушљивих уговора. Тиме је испуњена прва премиса за проширивање диспозиције чл. 105 ЗОО и на рушљиве одредбе уговора.[1231]

Осим тога што идеја о делимичној рушљивости подржава циљ о одржавању уговора на снази онда када је то могуће, испуњена је и друга премиса која се тиче постојања довољног степена сличности између регулисаног случаја (делимичне ништавости) и нерегулисаног случаја (делимичне рушљивости).[1232] Другим речима, између делимичне ништавости и делимичне рушљивости не постоје разлике које би упућивале на то да би разлогом супротности – *argumentum a contrario* требало искључити могућност аналогне примене чл. 105 ЗОО.[1233] Наиме, ако је по среди јединствен рушљив уговор који је дељив на начин да се део захваћен рушљивошћу може једноставно одвојити од пуноважног дела, и ако оно што остаје након његовог елиминисања и даље одговара вољи уговарача, нема разлога да се не одржи на снази пуноважан део уговора.[1234]

Ако законодавац допушта одржавање уговора на снази онда када неки његов део повређује општи интерес, *argumetum a fortiori* треба поћи од тога да би механизам који омогућује одстрањивање спорног дела требало допустити и онда када проблематични део представља мањи степен опасности по правни поредак, јер се њиме врђа индивидуални

[1231] T. M.J. Möllers, 235, марг. 102.
[1232] *Ibid*, 235, марг. 103.
[1233] *Ibid*, 235, 236, марг. 104.
[1234] C. Peter, 1.

интерес.[1235] Уз то би било неправично омогућити одржавање на снази уговора чији део вређа надиндивидуални, општи интерес и уједно онемогућити исти исход онда када се делом уговора вређа појединачни интерес.[1236]

### 12.2. (Не)селективна аналогна примена правила о делимичној ништавости на делимично рушљиве уговоре у зависности од узрока рушљивости

Након што су изнети аргументи у прилог начелне допуштености аналогне примена правила о делимичној ништавости на рушљиве уговоре, потребно је испитати да ли је она одржива код свих рушљивих уговора или, пак, треба направити диференцијацију с обзиром на узрок рушљивости. Наведено је потребно испитати с обзиром на ставове домаће теорије да је делимична рушљивост уговора искључена у случају битне заблуде.

Када је реч о манама воље, у страној теорији се не издваја ниједна мане воље у вези са којом би требало искључити могућност аналогије са општим правилом о делимичној ништавости. У домаћој цивилистици се, међутим, наилази на схватање према коме аналогној примени правила о делимичној ништавости има места само онда када је део уговора последица *преваре* или *претње*, али не и када се узрок рушљивости огледа у *битној заблуди*. *Доловић Бојић* и *Дабић Никићевић* полазе од тога да битна заблуда неминовно прожима уговор у целости: „[...] ако је заблуда била битна и нескривљена, та битност чињенице о којој је постојала заблуда искључује могућност да се уговор само делимично поништи.“[1237] Исто мишљење заступа и *М. Ђурђевић* према коме је „последица постојања заблуде у уговору [...] поништење уговора и то у целини.“[1238]

Иако ово резоновање има смисла, сматрамо да унапред ипак не треба искључити могућност делимичне рушљивости у свим замисливим случајевима у којима уговор „пати“ од битне заблуде. У прилог томе наводимо случај кумулативних облигација од којих се заблуда односи само на битна својства једног од више предмета. Зашто би у тој чињеничној констелацији *a priori* требало искључити могућност одржавања уговора на снази у погледу предмета у односу на који не постоји погрешна представа уговарача о

[1235] T. M.J. Möllers, 236, марг. 107.
[1236] *Ibid.*
[1237] К. Доловић Бојић, С. Дабић Никићевић, 739.
[1238] M. Đurđević (2001), 121 и 122.

његовим битним својствима. Истом логиком, зашто би унапред требало извести закључак о немогућности аналогне примене правила о делимичној ништавости на уговор *intuitu personae* код ког се на једној страни јавља више субјеката, при чему погрешна представа постоји само у односу на својства и способности једног од њих. У највећем броју случајева постојање битне заблуде ће резултирати поништајем уговора у целости, али то не значи да се олако треба одрећи могућности аналогне примене правила о делимичној ништавости на све замисливе случајеве битне заблуде. Наиме, у пракси су могуће најразличитије чињеничне констелације, при чему суду не би требало некритички одузети „алат“ за њихово адекватно решавање. Отуда нам делује да треба оставити отвореном могућност аналогне примене правила о делимичној ништавости на све законом уређене случајеве мањкавог самоодређења,[1239] независно од тога у чему се у конкретном случају огледа мана воље.

### 12.3. Делимична рушљивост кроз призму судске праксе

Практични значај аналогне примене правила о делимичној ништавости у случајевима рушљивости појединих уговорних одредаба конкретизоваћемо на примеру уговора о здравственом осигурању закљученог између уговарача осигурања и осигуравача. Уговарач осигурања је уговором желео да осигура и чланове своје породице. У захтеву за осигурање који је попунио пре закључења уговора, уговарач осигурања је навео да ни он, ни чланови његове породице у претходне четири године нису патили ни од једне болести. Недуго након закључења уговора, код сина уговарача осигурања реализован је осигуран случај, који је био повод за истицање захтева за исплату суме осигурања. Испоставило се да је осигуравач био доведен у заблуду наводима уговарача осигурања коме је у тренутку закључења уговора била позната околност да његов син већ годинама болује од депресије. Позивом на превару, осигуравач је захтевао поништај уговора у целости. Међутим, суд је нашао да је уговор рушљив само у делу у ком је син уговарача осигурања наведен међу осигураним лицима, док је пуноважан у односу на уговарача осигурања и остале чланове његове породице у односу на које осигуравач није доведен у заблуду. Своју одлуку суд је аргументовао објективно утврђеном хипотетичком

[1239] W. Flume (1960), 158.

вољом уговарача сходно којој не постоји разлог због ког би осигуравач од почетка одбио да закључи уговор у односу на осигурана лица која у моменту закључења уговора нису имала познатих здравствених проблема. Суд је, дакле, изнео мишљење да не треба подржати интерес осигуравача да се ослободи свих својих уговорних обавеза, већ само оних које су предузете под утицајем преваре, док би обавезе које би осигуравач од почетка желео, требало да остану на снази.[1240] Одбијање закључења уговора о здравственом осигурању у делу који је ослобођен мане воља било би у супротности са пословном политиком осигуравача. У резултату, осигуравач је наставио да буде везан остатком уговора, док је ослобођен обавезе исплате суме осигурања у односу на сина уговарача осигурања.[1241]

[1240] Овде је направљена паралела са аргументацијом коју износи: Primin Spieß, „Zur Einschränkung der Irrtumsanfechtung — Die Bindung des Irrenden an den fehlerfreien Teil seiner Willenserklärung“, *JuristenZeitung* 1985/13, 595.

[1241] Случај је наведен према: C. Peter, 5 (OLG Saarbrücken NJOZ 2012, 1200).

## 13. ДЕЛИМИЧНА НИШТАВОСТ ПОТРОШАЧКИХ УГОВОРА

Свеобухватна обрада централне теме овог рада захтева и осврт на правни режим неправичних одредаба потрошачких уговора. Реч је о тематици која је у домаћем праву превасходно уређена одредбама ЗЗП, на чију примену упућују и секторски закони попут ЗЗКФУ (чл. 41, ст. 6) и Закона о туризму (чл. 70, ст. 1).[1242]

У овој материји домаће право хармонизовано је са кључним извором ЕУ – Директивом 93/13/ЕЕЗ. Ово је битно због тога што преузимање нормативних стандарда неправичности од којих полази Директива налаже и праћење праксе СПЕУ који је надлежан да осигура њихово униформно тумачење и примену. Током готово тродеценијске примене Директиве, пред СПЕУ су расправљана бројна питања која су релевантна за њено адекватно разумевање. Њихова темељна обрада премашила би оквире овог поглавља,[1243] због чега ће на овом месту бити речи само о ставовима највише судске инстанце у ЕУ о питањима која су најтешње повезана са темом рада.

Циљ овог дела рада јесте да се испита у којој мери материја потрошачког уговорног права бележи одступања од делимичне ништавости као института општег уговорног права. У анализи ће се поћи од претпоставке да је појам потрошачког уговора опште познат потенцијалној циљној групи којој је намењена ова дисертација.[1244] У фокусу ће првенствено бити: појам неправичних уговорних одредаба; нормативни стандарди неправичности; правна природа санкције која погађа неправичне уговорне одредбе и њено темпорално дејство; последице неправичности одређене одредбе са становишта уговора као целине; могућност суда да измени неправичну одредбу и с тим у вези схватање појма одредбе уговора, те допуштеност попуњавања празнина које настану утврђењем неправичности одредбе потрошачког уговора.

---

[1242] *Службени гласник РС,* бр. 17/2019.

[1243] Овој проблематици је у нашем региону већ посвећено системско дело новијег датума: Tatjana Josipović, *Zaštita potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi – Načela i standardni zaštite u odlukama Suda Europske unije,* Narodne novine, Zagreb 2018. Референтне случајеве СПЕУ поводом неправичних одредаба уговора о потрошачким кредитима обрадио је *Тешић* у својој најновијој монографији посвећеној праву заштите хипотекарних потрошача: Nenad S. Tešić, *Pravo zaštite hipotekarnih potrošača*, Knjiga prva – *Pojam hipotekarnog potrošača*, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd 2022, 314-318; 322-325; 339-349.

[1244] M. Karanikić Mirić (2009), 129. Супр. Дарија Марић, *Очигледна несразмера у уговорном праву,* докторска дисертација, Правни факултет у Новом Саду 2020, 27.

У погледу разлога који оправдавају увођење специјалног режима у материји уговорног потрошачког права упућујемо на *Тешића* који издваја чак девет фактора „погодбене неравнотеже“ на страни потрошача: „недостатак општег и посебних знања; недостатак релевантних информација; недостатак релевантног искуства; недостатак преговарања; недостатак избора; недостатак самоконтроле (уздржаности); недостатак рационалности; недостатак самопоуздања и недостатак расположивих ресурса.“ [1245]

Пре него што се посветимо појму и правном режиму неправичних одредаба потрошачких уговора сагледаћемо поље примене истоименог стандарда у светлу општих услова формуларних уговора из чл. 143, ст. 2 ЗОО и његов однос са ЗЗП.

### 13.1. Неправичне одредбе општих услова формуларних уговора према ЗОО

У домаће потрошачко право појам неправичних одредаба први пут је уведен ЗЗП из 2010. године.[1246] Међутим, овај појам је присутан у домаћем законодавству још од ступања на снагу ЗОО, који је поље примене овог појма везао за материју општих услова формуларних уговора, а не за уговорно право *en général*. Наиме, у већ помињаном члану 143, ст. 2 ЗОО уведен је појам неправичне одредбе општих услова. Овај члан сведочи о томе да је наш законописац препознао потребу да се страни која приступа унапред припремљеном уговору обезбеди екстензивнија заштита од оне коју уговарачи уживају у складу са општим правилима уговорног права.[1247] Овај приступ је оправдан с обзиром на израженију могућност злоупотребе слободе уговарања онда када услове уговора једна страна намеће другој.[1248]

У вези са стандардом неправичних одредаба општих услова битно је напоменути то да његова примена није условљена својством субјекта које приступа уговору. Наиме, ЗОО не ограничава његову примену на уговоре којима приступа физичко лице које робу или услуге прибавља за личне потребе или потребе свог домаћинства.[1249] Савременим речником, овај стандард је примењљив и на B2C (енгл. *business to consumers*) и B2B (*business to business*) уговоре. Овај детаљ је значајан утолико што се појам неправичних

[1245] N. S. Tešić (2022), 60-65.
[1246] Чл. 46-48 ЗЗП (*Службени гласник РС*, бр. 73/2010).
[1247] M. Đurđević (2001), 125, 323, 324; M. Karanikić Mirić (2012), 222.
[1248] M. Вукотић, 385.
[1249] M. Đurđević (2001), 142 и 143.

клаузула из ЗЗП односи само на потрошачке уговоре. То практично значи да је у домаћем праву појам неправичне одредбе присутан у два извора са различитим пољем примене: чл. 42-44 ЗЗП примењиви су само на потрошачке уговоре, док је у чл. 143 ЗОО садржан правни основ за проширење стандарда неправичне одредбе и на адхезионе уговоре у привреди (чл. 25, ст. 2 ЗОО).

Друго је питање да ли истоименом стандарду треба приписати идентичну садржину и у светлу ЗЗП и ЗОО. Наиме, када би све клаузуле које би биле неправичне према ЗЗП аутоматски биле неправичне и у светлу уговора којима приступа трговац, то би се могло тумачити као проширење поља примене ЗЗП на непотрошачке уговоре, што би било „противно вредновању законодавца који је сматрао да посебну заштиту треба да уживају управо односи између трговца и потрошача“.[1250] Међутим, тиме се не искључује могућност да суд утврди да је иста клаузула неправична и у потрошачком и у непотрошачком уговору, с тим да ће правни основ у првом случају бити ЗЗП, док ће у потоњем случају то бити чл. 143, ст. 2 ЗОО.

Док ЗЗП садржи нормативне критеријуме и смернице за испитивање неправичности неке уговорне одредбе уз навођење црне и сиве листе неправичних одредаба, ЗОО не даје ближа упутства на основу којих суд треба да испита неправичност неке уговорне одредбе (у чл. 143, ст. 2 ЗОО наводи се свега неколико примера (потенцијално) неправичних одредаба уговора – тзв. сива листа).[1251] Тиме се питање неправичности неке одредбе уговора по приступу под окриљем чл. 143, ст. 2 ЗОО препушта на оцену суду спрам околности конкретног случаја.[1252] Реч је о широко постављеном критеријуму уз помоћ ког суд „треба да коригује последице настале из неравнотеже положаја уговорних страна у закључењу уговора.“[1253] Отуда, домаћи судови истом стандарду могу приписати различито значење у зависности од својства субјекта који приступа уговору (потрошач или трговац, док унутар категорије трговца суд различито може третирати уговоре којима приступају предузетници, мала или средња предузећа, велики привредни субјекти). То представља избалансирано нормативно решење будући да су предузетници као и мала и средња предузећа која приступају

[1250] H. Krejci у: Krejci у: P. Rummel, M. Lukas (Hrsg) (2014), 272.
[1251] M. Đurđević (2001), 130 и 131.
[1252] M. Karanikić Mirić (2012), 221.
[1253] M. Đurđević (2001), 138 и 139; 95-97.

уговорима неретко у упоредиво рањивој позицији као и потрошачи.[1254] Имајући наведено у виду, могуће је да исту клаузулу суд прогласи неправичном у контексту потрошачког уговора и правичном када је она део адхезионог уговора у привреди, али исто тако не постоји ни препрека да суд исту клаузулу утврди неправичном и у контексту потрошачког (чл. 43 ЗЗП) и адхезионог непотрошачког уговора (чл. 143, ст. 2 ЗОО).

### 13.2. Ништавост и неправичност уговорне одредбе: синоними или појмови између којих не постоји садржинска подударност

Грађанскоправна последица неправичности одређене уговорне одредбе огледа се у њеној (апсолутној) ништавости.[1255] На ову последицу у контексту општих услова упућује рубрум чл. 143 ЗОО и његово телеолошко тумачење,[1256] док у светлу потрошачких уговора она непосредно проистиче из чл. 42, ст. 1 ЗЗП.[1257] Правна природа санкције која погађа неправичне уговорне одредбе значајна је из неколико разлога. Прво, правилима о неправичним уговорним одредбама штити се јавни интерес и њихова природа је императивна[1258] због чега се уговором не може искључити њихова примена.[1259] Друго, о неправичним одредбама суд води рачуна *ex officio*.[1260] Оне се лишавају дејстава *ex tunc*, а

[1254] Због тога се све чешће могу чути захтеви да се заштита намењена потрошачима у ЕУ прошири и на предуезтнике, мала и средња предузећа. Н. Тешић (2020), 87, фн. 1 са даљим упућивањем.

[1255] M. Karanikić Mirić (2012), 227. Имајући у виду ову последицу, није исправан навод *Марић* која сматра да је „у Директиви [...] недвојбено очигледна несразмера узајамних давања предвиђена као услов за измену или раскид уговора.“ (Д. Марић, 28). По свему судећи, *Марић* је последице неправичности пермутовала са последицама промењених околности. О односу делимичне ништавости и института промењених околности в. поднаслов 7.3.

[1256] Већ смо видели да формулација „суд може одбити примену....“ из чл. 143, ст. 2 ЗОО може да упути и на другачији закључак ако бисмо се придржавали њеног лингвистичког тумачења, занемарујући смисао специјалних правила у материји општих услова (формуларних) уговора. В. поднаслов 11.2.

[1257] То представља адекватно транспоновање термина *not be binding* из чл. 6, ст. 1 Директиве 93/13/ЕЕЗ у домаће право. M. Karanikić Mirić (2009), 130.

[1258] Пресуда СПЕУ од 30. маја 2013. године у предмету бр. C-488/11, *Dirk Frederik Asbeek Brusse, Katarina de Man Garabito v Jahani BV*, пасус 44.

[1259] Међутим, СПЕУ је заузео став да потрошач који је току судског поступка поучен о неправичности одређене уговорне одредбе може да одлучи да не оствари заштиту која му по том основу припада. В: Пресуду СПЕУ од 4. јуна 2009. у случају C-243/08, *Pannon GSM Zrt. V Erzsébet Sustikné Győrfi*, пасус 33. Ово решење је у складу са начелом аутономије воље при остваривању субјективних грађанских права. Више о томе в: Д. Николић (2020), 127.

[1260] Пресуда СПЕУ од 27. јуна 2000. године у спојеним случајевима *Océano Grupo Editorial SA v Roció Murciano Quintero* (C-240/98); *Salvat Editores SA* v *José M. Sánchez Alcón Prades* (C-241/98), *José Luis Copano Badillo* (C-242/98), *Mohammed Berroane* (C-243/98) и *Emilio Viñas Feliú* (C-244/98), пасус 26.

секундарне последице ових одредаба идентичне су секундарним последицама ништавости које уређује ЗОО.[1261]

Иако се на основу ЗЗП не може стећи целовита слика о правном режиму неправичних оредаба, то није ни нужно будући да се питања која нису регулисана ЗЗП уређују сходном применом ЗОО (чл. 3, ст. 7 ЗЗП). Међутим, то што је правни режим неправичних одредаба идентичан режиму ништавих уговорних одредаба, не значи уједно да постоји знак једнакости између ништавих и неправичних одредаба[1262] будући да су критеријуми за испитивање неправичности блажи од параметара на основу којих се процењује ништавост. Због тога је са становишта односа ништавих и неправичних уговорних одредаба могуће замислити три исхода: 1) одређена одредба уговора је ништава према општој клаузули из чл. 103, ст. 1 ЗОО (тада нема потребе да се испитује њена пуноважност према блажем и флексибилнијем критеријуму неправичности); 2) одређена одредба није ништава према чл. 103, ст. 1 ЗОО, али је неправична према ЗЗП или чл. 143, ст 2 ЗОО; 3) одређена одредба није ништава према чл. 103, ст. 1 ЗОО, нити је неправична према ЗЗП, ни чл. 143, ст. 2 ЗОО. Опција која нас највише занима јесте она према којој клаузула не би била ништава према општим правилима уговорног права, али је неправична са становишта прерасподеле права и обавеза уговарача.[1263]

### 13.3. Сврха *ex post* судске контроле правичности одредаба потрошачких уговора

Могућност преиспитивања правичности одредаба потрошачких уговора треба превентивно да делује на трговце како би се они уздржали од злоупотребе своје надмоћније позиције на тај начин што би уговорна права и обавезе прерасподелили на штету потрошача у циљу да за себе прибаве макасималну добит. Због тога стављање у изглед судске контроле треба да утиче на трговце да пажљиво и у духу „фер-плеја“ формулишу одредбе типских уговора,[1264] чиме се посредно подиже квалитет уговора којима приступају потрошачи.[1265]

---

[1261] M. Karanikić Mirić (2012), 227, 228; Пресуда СПЕУ од 21. децембра 2016. године у спојеним случајевима C-154/15, C-307/15 и C-308/15, *Francisco Gutiérrez Naranjo v Cajasur Banco SAU*, пасус 61.
[1262] M. Đurđević (2001), 99.
[1263] *Ibid*.
[1264] N. Jansen у: N. Jansen, R, Zimmermann (ed), 972.
[1265] F. Gómez Pomar, 193.

## 13.4. Делимична ништавост потрошачког уговора као правило

У складу са опште признатим правилом европског уговорног права,[1266] Директива 93/13/ЕЕЗ и ЗЗП полазе од претпоставке одржавања на снази потрошачког уговора у коме је садржана неправична одредба под условом да уговор може да произведе дејство без ње (чл. 6, ст. 1 Директиве и чл. 3, ст. 3 ЗЗП). Из ове формулације није најјасније како треба тумачити услов да уговор може да произведе дејство без неправичне одредбе. У вези са овим условом, у литератури се истиче да судови начелно треба да пођу од претпоставке да уговор може да се одржи на снази без неправичне одредбе и да ће изузеци од овог правила бити ретки.[1267]

У случају *Переничова и Перенич* (*Pereničová and Perenič*) СПЕУ је изнео став да се могућност одржавања остатка уговора на снази треба испитати на основу објективних критеријума.[1268] Сходно томе, уговор би могао бити лишен дејства у целости само ако би без неправичне одредбе отпао правни основ због ког су уговарачи пристали да га закључе.[1269] То ће бити случај само изузетно ако би се испоставило да одржавање на снази остатка уговора не би одговарало стварној или хипотетичкој вољи уговарача јер би тиме био промењен циљ уговора или његова правна природа.[1270] Сходно томе, ништавост уговора *in toto* која би погодовала интересима потрошача да се ослободи уговорне обавезе у целости, уз занемаривање интереса трговца, не би имала своје оправдање.[1271] Овакав исход је разумљив утолико што „[з]аштита потрошача не може бити непропорционална и створити неоправдану препреку трговини.“[1272] И обратно, уговор неће бити лишен сваког дејства само због тога што би без неправичне одредбе он био „мање атрактиван за трговца са економске тачке гледишта“.[1273]

---

[1266] N. Jansen у: N. Jansen, R, Zimmermann (ed), 973.
[1267] *Ibid*, 973, 974.
[1268] Пресуда СПЕУ од 15. марта 2012. године у случају бр. C-453/10 *Jana Pereničová and Vladislav Perenič v SOS financ spol. s r. o,* пасус 32.
[1269] Мишљење општег правобраниоца *Трстењак* (*Trstenjak*) од 29. новембра 2011. године у случају C-453/10, пара. 66 и 68. *Трстењак* се у свом мишљењу поводом овог случаја позвала на мишљење општег правобраниоца *Тицијана* (*Tizziano*) од 22. септембра 2005. године у случају Case C-302/04, *Ynos Kft. v János Varga*, пара. 79-81.
[1270] *Ibid*.
[1271] *Pereničová and Perenič v SOS financ spol. s r. o,* пасус 33.
[1272] Н. Тешић (2020), 89.
[1273] Commission notice – Guidance on the interpretation and application of Council Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts (Text with EEA relevance.), *OJ* C 323, 27.9.2019, 41.

## 13.5. Степен хармонизације између Директиве 93/13/ЕЕЗ и Закона о заштити потрошача

С обзиром на то да из чл. 8 Директиве проистиче да је по среди комунитарни инструмент усмерен на минималну хармонизацију потребно је испитати у којој мери решења ЗЗП осликавају решења Директиве. То је битно да би се: 1) установило који степен заштите наш законодавац гарантује потрошачима – исти или виши од оног који је предложен Директивом; 2) испитало када је примерено да домаћи судови преузму аргументацију СПЕУ поводом упоредивих случајева; 3) размотрила потреба за евентуалним изменама ЗЗП.

Најпре, према ЗЗП домашај контроле правичности уговорних одредаба постављен је шире од Директиве и то у два правца. С једне стране, према Директиви, контроли правичности могу бити изложене само стандардне одредбе уговора – оне које су формулисане унапред тако да потрошач није могао утицати на њихову садржину (чл. 3 Директиве). Насупрот томе, према ЗЗП суд може преиспитивати правичност како стандардних (општих) тако и појединачно испрегованих (посебних) погодби (чл. 42, ст. 1 и 2 у вези са чл. 5, ст. 1, т. 21 ЗЗП). Иако потреба за појачаном заштитом од неправичних одредаба несумњиво постоји онда када су оне једнострано наметнуте, наш законодавац је пошао од тога да поступак контроле не би требало оптерећивати доказивањем да ли је оспорена одредба била предмет преговора или није, већ да је целисходније директно прећи на преиспитивање њене правичности. Ипак, ЗЗП уважава начин на који је постигнута сагласност уговарача кроз потпорни фактор за процену неправичности из чл. 42, ст. 3, т. 4 ЗЗП.[1274]

Надаље, Директива изузима из контроле правичности одредбе које уређују главни предмет уговора и одредбе којима се уређује цена робе која се прибавља, односно услуге која се пружа (чл. 4, ст. 2 Директиве). ЗЗП, с друге стране, не познаје ово ограничење контроле правичности. Но, ни у складу са Директивом изузете одредбе не уживају апсолутни имунитет од контроле правичности, већ само под условом да су транспарентне.[1275] То значи да ће одредбе којима се дефинише главни предмет уговора

[1274] Суд ће, између осталог, водити рачуна о „начину на који је постигнута сагласност о садржини уговора и начину на који је потрошач обавештен о садржини уговора.“

[1275] У међувремену СПЕУ је построжио услов транспарентности тако да се не говори само о формалној већ и о суштинској транспарентности. Више о томе в: F. Gómez Pomar, 184.

или однос цене и квалитета за робу и услуге које се прибављају бити подвргнуте контроли правичности ако нису формулисане једноставним и разумљивим језиком.

Због дистинкције уговорних одредаба коју уводи Директива, са становишта контроле правичности прави се разлика између главних и споредних одредаба потрошачких уговора (енгл. *core* и *non-core terms* или *main subject matter* и *ancillary terms*). Иако овај изузетак није био предвиђен у изворном предлогу Директиве, на инсистирање појединих земаља чланица он је унет у коначан текст Директиве као одраз уверења да су потрошачи довољно рационални да о главним одредбама уговора могу да донесу информисану одлуку. Наиме, потрошача у његовом избору редовно опредељује цена робе или услуге, док одлуку о томе колико је он спреман да плати за неку робу или услугу треба препустити њему самом. Отуда постоји уверење да се исправност уговора у делу којим се одређује његов главни предмет осигурава деловањем тржишних закона.[1276]

Под главним предметом уговора мисли се на уговорне обавазе на основу којих се опредељује врста уговора. Реч је о одредби без које би уговор, објективно посматрано, изгубио своје основно обележје или без које уговор не би могао да опстане.[1277] Будући да је реч о изузетку од контроле, он се тумачи рестриктивно.[1278] Сходно томе, иако цена робе (или услуге) неће бити подвргнута контроли правичности, њој може подлећи одредба уговора којом је уређен механизам за опредељивање (израчунавање) цене. Исто тако контроли се може подвргнути и споредна одредба уговора којом се уређује цена (накнада) за неку споредну услугу (енгл. *ancillary charges*), као и одредбе којима се уређује могућност варирања цене у зависности од будућих догађаја и сл.[1279]

Дакле, за разлику од Директиве, ЗЗП не прави ову дистинкцију, сходно чему према домаћем праву све одредбе потрошачког уговора могу бити подвргнуте контроли правичности.

Још једно одступање вредно пажње тиче се начина прописивања тзв. каталога (потенцијално) забрањених клаузула у потрошачким уговорима. Док Директива у анексу предвиђа једну „индикативну и неисцрпну листу одредаба које се могу квалификовати као неправичне“ (чл. 3 (3) Директиве), наш законодавац се определио за две листе: црну (чл.

---

[1276] N. Jansen у: N. Jansen, R. Zimmermann (ed.), 979, 981; F. Gómez Pomar, 186 и 187.
[1277] Мишљење општег правобраница Вала (Wahl) од 12. фебруара 2014. године у предмету C-26/13, *Árpád Kásler Hajnalka Káslerné Rábai v OTP Jelzálogbank Zrt*, пасус 53.
[1278] *Ibid*, пасус 59.
[1279] F. Gómez Pomar, 187.

43 ЗЗП) и сиву (чл. 44 ЗЗП). Црна листа обухвата клаузуле које се необориво сматрају неправичним тако да суд, када на њих наиђе, нема маневарски простор да их не лиши дејства. По схватању нормотворца, клаузуле са црне листе су несумњиво уговорене на штету потрошача због чега их правни поредак не толерише без обзира на околности конкретног случаја. С друге стране, сива листа садржи одредбе за које се презумира да су неправичне с тим да трговац може обарати ову претпоставку. Примера ради, трговац који је у уговор унео одредбу са сиве листе може да доказује да се мање повољни ефекти те одредбе компензују погодностима у корист потрошача које проистичу из друге одредбе тог или са њим повезаног уговора због чега конкретну одредбу не треба сматрати неправичном.

Из наведеног следи да је наш нормотворац искористио минимални карактер Директиве на тај начин што је потрошачима обезбедио опсежнију заштиту од оне која би била довољна за хармонизацију домаћег права са комунитарним у односној области.

### 13.6. Утврђивање неправичности: каталози (потенцијално) неправичних одредаба, стандарди и критеријуми неправичности

Неправичност одредаба потрошачких уговора се не испитује увек на исти начин. Најједноставнији случај, који ће у пракси бити и најређи, подразумева сусрет суда са клаузулом која је садржана на црној листи. Ово ће бити редак случај из разлога што су трговци најчешће упознати са околношћу да је односна клаузула необориво неправична и као таква забрањена, сходно чему је неће интегрисати у уговор ако им је стало до очувања своје репутације. Ако се суд, ипак, сусретне са клаузулом из чл. 43 ЗЗП, констатоваће да је реч о одредби која је необориво неправична без пружања могућности трговцу да изнесе аргументе у прилог њене (наводне) правичности. Због једноставности у њиховој примени у теорији се истиче да црне листе поспешују правну сигурност и доприносе предупређивању спорова.[1280]

Суд ће имати нешто тежи задатак када се сусретне са клаузулом која је обухваћена сивом листом, јер ће тада морати да пружи трговцу могућност изношења аргументације у прилог њене правичности. Ако се током поступка трговац упусти у обарање презумиране

[1280] N. Jansen у: N. Jansen, R. Zimmermann (ed.), 955.

неправичности односне клаузуле, суд ће имати захтевнији задатак приликом писања образложења своје одлуке.

Суд ће бити пред најтежим изазовом онда када се сусретне са клаузулом која није садржана ни у чл. 43 ни у чл. 44 ЗЗП, услед чега му преостаје да њену (не)правичност испита на основу нормативних стандарда и критеријума садржаних у општој норми о неправичности из чл. 42 ЗЗП.[1281] Према чл. 42, ст. 2 ЗЗП, „[н]еправична уговорна одредба је свака одредба која, противно начелу савесности и поштења, има за последицу значајну несразмеру у правима и обавезама уговорних страна на штету потрошача.“ Приликом испитивања неправичности релевнатне одредбе, суд ће водити рачуна о: „1) природи робе или услугама на које се уговор односи; 2) околностима под којима је уговор закључен; 3) осталим одредбама истог уговора или другог уговора са којим је уговор у вези; 4) начину на који је постигнута сагласност о садржини уговора и начину на који је потрошач обавештен о садржини уговора“ (чл. 42, ст. 3 ЗЗП).

У доктрини је спорно да ли ова одредба налаже испитивање испуњености једног нормативног стандарда или она упућује на двостепеност у испитивању (не)правичности. У првој хипотези испитује се значајна несразмера у правима и обавезама уговорних страна на штету потрошача, која ће последично бити противна начелу савесности и поштења. У другом случају проверава се испуњеност два услова: 1) повреда начела савесности и поштења и 2) постојање значајне несразмере у правима и обавезама уговарача на штету потрошача.[1282]

Иако се у новијој теорији наилази на став да повреда начела савесности и поштења није самостални критеријум правичности,[1283] треба имати у виду да СПЕУ његову испуњеност цени на основу различитих параметара од оних на које се ослања када испитује постојање значајне несразмере.[1284]

У наставку ће бити речи о томе како се нормативни стандарди контроле правичности из чл. 42, ст. 2 ЗЗП схватају у пракси СПЕУ. Закључци до којих ће се доћи могу послужити као смернице домаћим судовима када се сусретну са захтевом за

[1281] Чл. 42 ЗЗП представља комбинацију чл. 3 (1) и чл. 4 (1) Директиве, уз релативно одступање које се тиче домашаја контроле правичности.
[1282] Anne-Lise Sibony, “European Unfairness and American Unconscionability: A Letter From a European Lawyer to American Friends”, *European Review of Contract Law* 2/2019, 202.
[1283] *Ibid*.
[1284] N. Jansen у: N. Jansen, R. Zimmermann (ed.), 944.

преиспитивање правичности неке одредбе потрошачког уговора. Иако се државама чланицама (и кандидатима) препушта да у складу са својим националним правом утврде да ли је по среди неправична уговорна одредба,[1285] пракса СПЕУ је значајна утолико што даје смернице за исправно разумевање и примену нормативних стандарда неправичности из Директиве. Сходно томе, иако се „из Луксембурга не може очекивати одговор на питање да ли се конкретна клаузула има квалификовати као неправична,“[1286] индиције СПЕУ ће неретко бити артикулисане тако да ће национални суд моћи да изведе закључак о томе у ком правцу треба да усмери своју одлуку у конкретном случају.

Пре преласка на нормативне стандарде неправичности из чл. 42 ЗЗП, потребно је сагледати значај услова транспарентности са становишта пуноважности одредаба потрошачких уговора. Начин на који је овај услов формулисан у домаћем праву може одати утисак да транспарентност искључује неправичност уговорне одредбе потрошачког уговора.

Одредба је транспарентна и обавезује потрошача ако је изражена једноставним, јасним и разумљивим језиком и ако би је схватио разуман човек потрошачевог знања и искуства (чл. 40, ст. 1 ЗЗП). Из ове формулације би се могао извести (погрешан) закључак да је свака одредба потрошачког уговора која се може квалификовати као транспарентна уједно и правична.

Као што смо видели у државама које су имплементирале чл. 4(2) Директиве транспарентност представља штит од подвргавања главног предмета уговора контроли правичности. Но, с обзиром на то да чл. 4(2) Директиве није транспонован у ЗЗП, у домаћем праву главне одредбе уговора не уживају имунитет од контроле правичности позивом на њихову транспарентност. С друге стране, транспарентне споредне одредбе потрошачких уговора не уживају имунитет од контроле правичности ни у земљама које праве дистинцкију између главног предмета уговора и споредних уговорних погодби.

Имајући наведено у виду, на основу формулације чл. 40, ст. 1 ЗЗП би се могла извести два погрешна закључка: први је да је транспарентна одредба нужно и правична, а други је да је свака нетранспарентна одредба уједно и неправична. Први закључак би био погрешан утолико што је транспарентност само једна од претпоставки правичности. Но, и

[1285] Пресуда СПЕУ од 1. априла 2004. године у случају C-237/02, *Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG and Ludger Hofstetter, Ulrike Hofstetter*, пасус 25.
[1286] A. Geroldinger (2013), 28.

савршено транспарентна одреба уговора може бити утврђена неправичном у складу са нормативним стандардима правичности из чл. 42, ст. 2 ЗЗП, што је потврдио и СПЕУ.[1287]

С друге стране, нетранспарентност може представљати индицију неправичности, али нетранспаретна одредба не мора нужно бити неправична.[1288] Наиме, из чл. 40, ст. 1 ЗЗП у вези са чл. 42 ЗЗП проистиче да би била нетачна констатација да нетранспарентне одредбе уговора не обавезују. Уместо њихове аутоматске необавезности, нетранспарентне одредбе се због њихове нејасноће подвргавају тумачењу, а став о њиховој обавезности ће зависити од тога да ли се резултат њиховог тумачења уклапа у стандарде правичности из чл. 42, ст. 2 ЗОО. Ако се на основу тумачења некој одредби потрошачког уговора може приписати више различитих значења, од којих би једно ишло у корист трговца, а друго у корист потрошача, меродавно би било потоње. Такво утврђивање смисла одредаба потрошачких уговора означава се изразом *contra proferentem*, што би у преводу значило на штету оног ко их саставља/намеће (исто решење садржано је и у чл. 100 ЗОО).

### 13.6.1. Значајна несразмера у правима и обавезама уговорних страна

О значајној несразмери у правима и обавезама трговца и потрошача узгредно је било речи у оквиру поднаслова посвећеног односу делимичне ништавости уговора и начела једнаке вредности узајамних давања. Као што је тамо истакнуто, то што чл. 15 ЗОО, којим се уређује начело једнаке вредности давања, у другом ставу предвиђа да се законом одређују случајеви у којима повреда тог начела повлачи правне последице, не искључује могућност да се последице повреде тог начела уреде неким другим законом попут ЗЗП, који је *lex specialis* у односу на ЗОО. У том смислу се, како истиче *Караникић Мирић* „ништавост неправичних одредаба у потрошачким уговорима може [...] разумети као посебна грађанскоправна санкција за повреду начела еквивалентности узајамних давања.“[1289] ЗЗП као последицу повреде овог начела предвиђа ништавост одредбе чиме су испуњени сви елементи законског чињеничног стања из чл. 15, ст. 2 ЗОО.

---

[1287] Наредба СПЕУ од 3. априла 2014. године у случају C-342/13 *Katalin Sebestyén v Zsolt Csaba Kővári, OTP Bank,OTP Faktoring Követeléskezelő Zrt, Raiffeisen Bank Zrt*, пасус 34.
[1288] M. Karanikić Mirić (2009), 142.
[1289] *Ibid*, 144.

Несразмера о којој је овде реч није чисто економска, већ се ради о нормативној несразмери која се опредељује на основу (не)уравнотежености у алокацији права и обавеза уговарача.[1290] Иако и Директива и ЗЗП наглашавају да релевантна неравнотежа у правима и обавезама уговорних страна треба да буде *на штету потрошача*, реч је о дисбалансу у узајамним правима и обавезама који ће готово без изузетка бити на штету потрошача. Другим речима, крајње је незамисливо да ће трговац коме је препуштено једнострано наметање услова контрахирања у уговор унети клаузулу која њему иде на штету, а привилегује потрошача. Када би се то хипотетички и десило, таква неравнотежа у правима и обавезама не би била релевантна и трговац не би могао да истиче њену неправичност.

Иако и стандард *очигледне* несразмере из чл. 139 и 141 ЗОО и стандард *значајне* несразмере из чл. 42, ст. 2 ЗЗП представљају одраз начела једнаке вредности узајамних давања, није реч о синонимима. Заједничко им је то да наглашавају да није меродаван сваки дисбаланс у правима и обавезама контрахената, већ да он постаје правно релевантан тек ако пређе одређени праг. Друго је питање колико се високо тај праг поставља у светлу ЗОО и ЗЗП. Језички посматрано, делује да стандард *очигледне* несразмере упућује на интензивнију и израженију несразмеру у односу на блажи језички израз *значајне* несразмере. Осим тога, очигледна несразмера из ЗОО се првенствено тиче односа главних престација уговарача, док стандард *значајне* несразмере из ЗЗП приоритетно уређује корелацију права и обавеза контрахената које проистичу из споредних уговорних одредаба.

С обзиром на то да је стандард *значајне* несразмере преузет из комунитраног права, потребно је испитати како се он доживљава у пракси СПЕУ. Будући да је по среди аутономни комунитарни стандард, СПЕУ је позван да дâ смернице за његово разумевање и примену које су меродавне и за домаће судове. Ипак, у вези са преузимањем ставова СПЕУ треба бити опрезан. Пре свега, уважвање смерница СПЕУ подразумева њихово сагледавање у контексту формулације питања националног суда које је било повод за претходно одлучивање. Другим речима, неуважавање околности конкретног случаја поводом ког је СПЕУ дао смернице за тумачење релевантне одредбе Директиве и њихово некритичко преузимање независно од постављеног питања, може навести на погрешан закључак о ставу СПЕУ. Осим тога, имајући у виду да се српски законодавац определио

[1290] N. Jansen у: N. Jansen, R. Zimmermann (ed.), 938.

да потрошачима обезбеди екстензивнију заштиту од оне која се минимално захтева у складу са Директивом, приликом преузимања аргумената из јудикатуре СПЕУ домаћи судови треба да воде рачуна о томе да ли се они односе на одредбе Директиве које је наша држава имплементирала. Примера ради, аргумент СПЕУ којим се образлаже изузеће од контроле правичности главног предмета уговора не може бити меродаван за домаће право, јер оно не познаје ово изузеће.[1291]

Осим тога, прихватање резоновања СПЕУ од стране домаћих судова има смисла само када се јави спор поводом (не)правичности клаузуле уговора закљученог након увођења стандарда (не)правичности у домаће право.[1292] Као што је већ истакнуто, стандард неправичности уведен је у српско уговорно потрошачко право ЗЗП из 2010. године. Међутим, на уговоре закључене пре овог датума може се применити стандард неправичности из чл. 143, ст. 2 ЗОО, што не искључује могућност домаћих судова да се у утврђивању његове садржине инспиришу ставовима СПЕУ.

Национални судови редовно црпе сазнања о томе шта се сматра правичном расподелом права и обавеза уговарача из диспозитивних норми националног права. У том смислу се у пракси СПЕУ истиче да се примена комунитарног теста правичности ослања од диспозитивна правила уговорног права која би у конкретном случају била меродавна да односно питање није уређено уговором.[1293] На основу њих суд треба да утврди да ли и у којој мери оспорена уговорна одредба ставља потрошача у лошији положај од оног у коме би он иначе био да у уговору није садржана оспорена одредба.[1294] Овај изворно немачки концепт према коме се диспозитивне норме сматрају идеалом правичне расподеле права и обавеза међу уговарачима према виђењу законодавца и које се стога сматрају својеврсним репером правичности, временом је постао део европске доктрине, а прихватио га и СПЕУ.[1295]

Примену овог теста не треба разумети као забрану одступања од диспозитивних норми јер се њихова есенција управо огледа у могућности уговарача да предвиде другачије решење од оног за које се определио законодавац. На то упућује и стандард

---

[1291] B. S. Midorović, 151 и 152.
[1292] Милош Живковић (2019), 477, фн. 40.
[1293] Пресуда СПЕУ од 14. марта 2013. године у случају C-415/11, *Mohamed Aziz v Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*, пасус 68.
[1294] *Ibid.*
[1295] N. Jansen у: N. Jansen, R. Zimmermann (ed.), 942.

контроле према коме није меродавна свака несразмера у правима и обавезама уговарача, него само она која је значајна. У том смислу СПЕУ прецизира да значајна неравнотежа проистиче само из „довољно озбиљног погоршања (енгл. *sufficiently serious impairment*) правне позиције у односу на ону у којој би се потрошач нашао у складу са правилима националног права.“[1296] Иако СПЕУ овде спомиње правила националног права, под њима се мисли на диспозитивне норме уговорног права, јер је ноторно да је свако одступање од императивних норми забрањено. Довољно озбиљно погоршање правне позиције потрошача може да се манифестује 1) у ограничењу неког права које би према диспозитивним нормама припадало потрошачу, 2) у пооштравању услова под којима потрошач може вршити то право, као и 3) у наметању потрошачу додатне обавезе која га према националном праву не би теретила.[1297]

У вези са овим нормативним стандардом, СПЕУ је појаснио да није неопходно да је одредба уговора која носи потенцијал да изазове значајну несразмеру у правима и обавезама уговарача примењена у конкретном случају.[1298] Другим речима, њена правичност се може преиспитивати чак и ако се на основу ње још није материјализовала значајна неравнотежа у узајамним правима и обавезама уговарача, већ постоји само потенцијал од њеног наступања.

Одступање од правила националног права које може резултирати значајном несразмером у правима и обавезама уговарача може се демонстрирати на примеру уговора о продаји непокретности којим је продавац на купца превалио обавезу плаћања пореза на капиталну добит, што је према националном праву државе која је упутила захтев СПЕУ за претходно одлучивање обавеза продавца. Сходно овој одредби, иако је продавац тај који је профитирао од наплате веће цене од оне по којој је прибавио предмет продаје, он се није задовољио већим приходом од продаје већ је на купца превалио и плаћање пореза који је последица пораста вредности прометоване непокретности.[1299] У вези са овим случајем, СПЕУ је дао смерницу националном суду да у процени правичности овакве

---

[1296] Пресуда СПЕУ од 16. јануара 2014. године у случају C 226/12, *Constructora Principado SA v José Ignacio Menéndez Álvarez*, пасус 23.
[1297] *Ibid*.
[1298] Пресуда СПЕУ од 11. јуна 2015. године у случају C-602/13, *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA v. Fernando Quintano Ujeta, María-Isabel Sánchez García*, пасус 50; Пресуда СПЕУ од 26. јануара 2017. године у случају C-421/14, *Banco Primus SA v Jesús Gutiérrez García*, пасус 73
[1299] Пресуда СПЕУ од 16. јануара 2014. године у случају C 226/12, *Constructora Principado SA v José Ignacio Menéndez Álvarez*, пасус 26.

уговорне одредбе није релевантан однос цене предмета продаје и пореза који би према уговору требало да плати купац.[1300]

С обзиром на то да се диспозитивна правила уговорног права држава чланица разликују, није искључена могућност да се идентична уговорна одредба у једној држави квалификује као правична, а у другој као неправична.[1301] У литератури се истиче да ова околност отежава прекогранично пословање и захтева прилагођавање услова пословања националном праву сваке земље у којој се послује.[1302]

Све док одговарајућа диспозитивна норма постоји, национални суд има на располагању оквир спрам ког може да спроведе процену правичности оспорене уговорне одредбе. Међутим, овај критеријум има ограничени капацитет, јер систем диспозитивних норми није заокружен, будући да оне не постоје поводом сваког питања које може бити уређено уговором. Стога, у одсуству релевантне диспозитивне норме, национални суд одговарајућу сразмеру у правима и обавезама уговорника може испитати „на основу поштене пословне праксе, а ако и она недостаје, поређењем права и обавеза уговарача које проистичу из конкретне уговорне одредбе водећи рачуна о природи уговора и уговорним одредбама које су повезане са оспореном уговорном одредбом“.[1303]

### 13.6.2. Повреда начела савесности и поштења

Упућивање на повреду начела савесности и поштења у оквиру опште клаузуле неправичности налаже уважавање односа преговарачких снага контрахената на тај начин што ће се у процени (не)правичности оспорене одредбе испитати да ли је приликом њеног формулисања трговац уважио легитимне интересе потрошача (став 16 преамбуле Директиве). С тим у вези, суд нарочито треба да испита да ли би трговац разумно могао да пође од претпоставке да би потрошач пристао на релевантну одредбу уговора у индивидуалним преговорима.[1304] Другим речима, да је потрошач имао прилику да

---

[1300] Пресуда СПЕУ од 16. јануара 2014. године у случају C 226/12, *Constructora Principado SA v José Ignacio Menéndez Álvarez*, пасус 22.
[1301] N. Jansen у: N. Jansen, R. Zimmermann (ed.), 926.
[1302] *Ibid*.
[1303] Commission notice (2019), 30.
[1304] Пресуда СПЕУ од 14. марта 2013. године у случају C-415/11, *Mohamed Aziz v Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*, пасус 69.

преговара са трговцем поводом спорне одредбе, да ли би он током преговора разумно пристао да буде везан таквом одредбом. Ради се о тзв. „тесту могућег постизања договора“.[1305] Иако је у теорији изложен критици због своје спекулативне природе – тест се, наиме, ослања на „спекулисање (суда) о спекулисању (трговца) о замишљеним преговорима“[1306] – он представља разраду захтева за уважавање легитимних очекивања потрошача. Упркос мањкавостима, он може бити од помоћи код елиминисања изразито неправичних одредаба уговора. У граничним случајевима, његова примена неће бити растерећена свих проблема, што је иначе случај са применом правних стандарда.

### 13.7. Попуњавање накнадних празнина у потрошачким уговорима

Интервенција суда поводом неправичних одредаба потрошачких уговора би у принципу требало да се заустави на брисању оспорене клаузуле кад год се у складу са националним правом остатак уговора може одржати на снази.[1307] Но, шта ако се на тај начин не може осигурати даље важење уговора без његове додатне измене? У вези са тим питањем, треба направити јасну разлику између могућности суда да ревидира спорну клаузулу тако да се она одржи на снази са допуштеном садржином – што је према схватању СПЕУ забрањено – и могућности суда да празнину у уговору насталу елиминисањем неправичне уговорне одредбе попуни применом одговарајуће диспозитивне норме – што ће изузетно бити допуштено.

У случају *Банко Еспањол* (*Banco Español*) СПЕУ је изнео став да је национално правило које би суду допуштало прилагођавање уговора изменом садржине неправичне клаузуле било супротно чл. 6(1) Директиве.[1308] У прилог ове забране наводе се исти аргументи који се износе и против салваторне редукције о којима је било речи.[1309] Ова забрана мотивисана је жељом да се обезбеди ефикасна заштита потрошача (чл. 7(1) у вези са ст. 24 преамбуле Директиве) која би била осујећена када би трговци били изложени

---

[1305] Thomas Wilhelmsson у: Geraint Howells, Christian Twigg-Flesner, Thomas Wilhelmsson, *Rethinking EU Consumer Law*, Routledge, Abington – New York 2018, 152.
[1306] A. Sibony, 206
[1307] Пресуда СПЕУ од 14. јуна 2012. године у случају C-618/10, *Banco Español de Crédito SA v Joaquín Calderón Camino*, пасус 65.
[1308] *Ibid*, 73.
[1309] В. поднаслов 6.2.1.

само ризику да ће у случају неправичности садржај клаузуле бити сведен на ниво који је и даље допуштен. Таквим поступањем националних судова био би компромитован одвраћајући ефекат Директиве од уговарања неправичних одредаба.[1310]

Због одвраћајућег ефекта треба забранити и делимично брисање појединих речи унутар уговорне одредбе ако би се то у резултату могло изједначити са салваторном редукцијом, то јест ревидирањем садржине неправичне уговорне одредбе.[1311]

Међутим, наизглед ригорозан став СПЕУ који се правда превентивним деловањем у сврху спречавања уговарања неправичних одредаба релативизује се када се уваже његови ставови поводом схватања појма уговорне одредбе. Укратко, у опредељивању појма уговорне одредбе, СПЕУ истиче да није пресудна њена формулација, већ број престација које су њоме уређене.[1312]

Но, ако би уклањање неправичне одредбе упутило на празнину у уговору која може да буде попуњена одговарајућим диспозитивним правилом националног права да би се уговор могао одржати на снази, такво попуњавање празнине оправдано је и саобразно циљу Директиве. То ће бити случај ако би ништавост уговора у целости изложила потрошача нарочито неповољним последицама тако да би он уместо да буде заштићен, практично био кажњен (нпр. ако би обавеза реституције примљеног одједном уместо на рате у складу са уговором о кредиту превазилазила финансијске могућности потрошача).[1313]

Када бисмо услове за попуњавање накнадне празнине у потрошачком уговору упоредили са правилима о попуњавању накнадних празнина о којима је раније било речи,[1314] јасно је да СПЕУ рестриктивније поставља услове под којима се може приступити попуњавању накнадних празнина. То неће бити случај увек када се укаже празнина у уговору, већ само онда када: 1) без њеног попуњавања уговор иначе не би

---

[1310] Пресуда СПЕУ од 14. јуна 2012. године у случају C-618/10, *Banco Español de Crédito SA v Joaquín Calderón Camino*, пасус 68, 69.

[1311] Пресуда СПЕУ од 26. марта 2019. године у спојеним случајевима C-70/17 и C-179/17, *Abanca Corporación Bancaria SA v Alberto García Salamanca Santos* (C-70/17) и *Bankia SA v Alfonso Antonio Lau Mendoza, Verónica Yuliana Rodríguez Ramírez* (C-179/17), пасус 55.

[1312] Пресуда СПЕУ од 7. августа 2018. године у спојеним случајевима C-96/16 и C-94/17, *Banco SantanderSA v Mahamadou Demba, Mercedes Godoy Bonet (C 96/16) и Rafael Ramón Escobedo Cortés v Banco de Sabadell SA* (C 94/17), пасуси 77-79.

[1313] Пресуда СПЕУ од 30. априла 2014. године у случају C-26/13 *Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai v OTP Jelzálogbank Zrt*, пасуси 78-85.

[1314] В. поднаслов 10.2.2.

објективно посматрано могао да се одржи на снази и 2) ако би уклањање свих дејстава уговора потрошачу проузроковало нарочито неповољне последице, тако да би утврђењем ништавости уговора он, практично, био пенализован.

Када смо говорили о попуњавању накнадних празнина у уговору применом диспозитивних норми на начин на који је то уређено § 306 II БГБ, видели смо да ће се у складу са њим посегнути за диспозитивном нормом када год постоји празнина у уговору. С друге стране, СПЕУ сматра да је то допуштено само изузетно и то онда када без попуњавања празнине уговор не би могао да се одржи на снази, што би било погубно за интересе потрошача. Овај став СПЕУ је међу немачким ауторима изазвао дискусију о потреби измене § 306 II БГБ, јер је сходно њему посезање за диспозитивном нормом постављено као правило, а не као изузетак.[1315] Међутим, *Меш* сматра да не треба мењати § 306 II БГБ с обзиром на то да Директива препушта националним правима држава чланица да саме уреде питање попуњавања празнина које би у уговору настале уклањањем неправичне одредбе.[1316] Наиме, у складу са ст. 13 преамбуле Директиве комунитарно право полази од претпоставке да национална правила која би се применила у одсуству договора уговорника не садрже неправичне одредбе. У том смислу би уношење диспозитивне норме у уговор уместо ништаве одредбе требало разумети као подржавање циља Директиве. Осим тога, процену могућности одржавања остатка уговора на снази СПЕУ препушта националном праву држава чланица укључујући и националним правилима за попуњавање празнина у уговору.[1317]

Међутим, шта ако уговор без неправичне одредбе не би могао да опстане, а да при томе не постоји одговарајућа диспозитивна норма? Да ли би национални суд смео да попуни насталу празнину допуњујућим тумачењем уговора,[1318] или би се оно у очима СПЕУ сматрало подједнако неприхватљивим као и судска ревизија уговорне одредбе? Индиција за одговор на ово питање може се наћи у пресуди СПЕУ у случају *Банко Еспањол* у којој се наводи да се од националног суда очекује да учини све што је у његовој надлежности како би се остварио циљ из чл. 6 (1) Директиве који се огледа у ослобађању

[1315] Friedrich Graf Von Westphalen, *Neue Juristische Wochenschrift* 2019, 275. Нав. према: G. Mäsch у: Staudingers (2019), 196.
[1316] G. Mäsch у: Staudinger (2019), 196.
[1317] Наредба СПЕУ од 16. новембра 2010. године у случају C-76/10, *Pohotovosť s. r. o. v Iveta Korčkovská*, пасус 61.
[1318] В. поднаслов 10.2.2.3.2. N. Jansen у: N. Jansen, R. Zimmermann (ed.), 975.

уговора од неправичне одредбе уз наставак његовог важења, узимајући у обзир целокупно домаће право *укључујући и примену метода тумачења који су њиме признати*.[1319]

У вези са овом дилемом, у германској доктрини је направљена дистинкција између забране измене уговора кроз модификовање садржине неправичне уговорне одредбе и допуњујућег тумачења уговора, које се и након одлуке СПЕУ у случају *Банко Еспањол* сматра допуштеним.[1320] С тим у вези *Меш* истиче да забрану судског прилагођавања уговора, односно судске допуне уговора (нем. *richterliche Vertragsanpassung* и *richterliche Vertragsergänzung*) које СПЕУ не допушта, не треба поистоветити са допуњујућим тумачењем уговора које је принципијелно допуштено,[1321] с тим што остаје да се види да ли ће даљи развој праксе СПЕУ сузити поље његове примене.[1322]

Оно што може бити спорно јесте како ће национални судови у Немачкој и Аустрији гледати на допуњујуће тумачење потрошачких уговора након става СПЕУ у случају *Џубак* (*Dziubak*).[1323] У њему је СПЕУ изнео став о недопуштености измене уговора која би подразумевала креативност суда утолико што би се од њега очекивало да *само* на основу општих одредаба националног права попут начела правичности и устаљених обичаја постави недостајућу уговорну одредбу.[1324]

Образложење које СПЕУ наводи у прилог ове забране није убедљиво. У складу чл. 1, ст. 2 Директиве полази се од тога да националне одредбе императивне и диспозитивне природе нису неправичне и да, сходно томе, уговорне одредбе које осликавају њихову садржину неће бити преиспитиване са становишта њихове правичности.[1325] Међутим, претпоставка правичности се не везује и за одредбу до које би суд дошао ослонцем само на одредбе националног права начелног карактера јер оне нису биле предмет посебне процене законодавца са становишта њиховог потенцијала да допринесу успостављању

---

[1319] Пресуда СПЕУ од 14. јуна 2012. године у случају C-618/10, *Banco Español de Crédito SA v Joaquín Calderón Camino*, пасус 72.
[1320] G. Mäsch у: Staudingers (2019), 197; C. H. Hackl, 147, са даљим упућивањем.
[1321] BGH, VIII ZR 80/12 од 23. јануара 2013. године, пасуси 26-35.
[1322] G. Mäsch у: Staudingers (2019), 197.
[1323] Пресуда СПЕУ од 3. октобра 2019. године у случају C-260/18, *Kamil Dziubak, Justyna Dziubak v Raiffeisen Bank International AG*.
[1324] Супр: Никола Илић, „Пракса Суда правде Европске уније у вези са уговорима о кредиту који су индексирани у швајцарским францима“, у: Катарина Доловић Бојић и Ана Одоровић (прир.), *Rebus sic stantibus: раскид уговора о кредиту због промењених околности*, Београд 2020, 164 и 165.
[1325] Пресуда СПЕУ од 3. октобра 2019. године у случају C-260/18, *Kamil Dziubak, Justyna Dziubak v Raiffeisen Bank International AG*, пасус 59.

равнотеже између уговарача.[1326] Овај став СПЕУ значио би да судови принципијелно нису у стању да поставе избалансирано правило које би уважавало интересе обају уговарача, већ да је таквом задатку дорастао само законодавац.

Ако би овај став СПЕУ уједно значио и потпуну забрану допуњујућег тумачења уговора, то би потрошаче поставило „између Сциле и Харибде“ утолико што би они имали могућност или да трпе неправичну одредбу или да се помире са још лошијом опцијом која би се огледала у анулирању свих дејстава уговора.[1327] Такав исход не би био помирљив са циљевима комунитарне политике усмерене на заштиту потрошача и успостављање суштинске уместо формалне равнотеже између уговарача. У хипотези забране допуњујућег тумачења потрошачких уговора заштита потрошача би „заказала“ у свим оним случајевима у којима национално законодавство није унапред обезбедило одговарајућу диспозитивну норму. Због тога је мало вероватно да ће одлука у случају *Цубак* бити протумачена у правцу безизузетне забране допуњујућег тумачења потрошачких уговора.

У теорији се став СПЕУ у случају *Цубак* оцењује као фундаментално погрешан. Њега *Еспозито* излаже оштрој критици: „Ако је судији допуштено да надомести вољу законодавца с обавезношћу за конкретан случај, зашто му се не би признало и право да надомести празнину у уговору у складу са правилима о попуњавању празнина у уговору које је развила свака држава чланица, укључујући и њихово попуњавање на основу општих правних принципа.“[1328] Прихватање закључка СПЕУ значило би да ће у идентичној ситуацији стране уговора који је био предмет преговора проћи боље од потрошача који је приступио уговору без преговора и коме је, самим тим, заштита потребнија.[1329]

---

[1326] Пресуда СПЕУ од 3. октобра 2019. године у случају C-260/18, *Kamil Dziubak, Justyna Dziubak v Raiffeisen Bank International AG*, пасус 61.
[1327] F. Esposito, 546.
[1328] *Ibid*, 543.
[1329] *Ibid*, 546.

# 14. ЗАКЉУЧАК

## I

Циљ рада био је да премости евидентну празнину која постоји у домаћој доктрини у вези са теоријском обрадом правне установе делимичне ништавости. Реч је о тематици чија је системска обрада упадљиво запостављена у националним оквирима, упркос томе што се тиче фундаменталних питања уговорног права попут слободе уговарања и њених граница, схватања максиме *pacta sunt servanda* и улоге судова у континенталноевропским правним системима. Скрајнутост ове теме у националном дискурсу изненађује када се узме о обзир жива дискусија која се у упоредном праву већ деценијама води о њеним појединим аспектима нарочито у материји уговора по приступу.

Занемаривање овог института у домаћој доктрини условило је то да се његово поимање сведе на најрудиментарнији облик на који упућује строго позитивистички приступ, то јест језичко тумачење општег правила из чл. 105 ЗОО. Малобројни аутори који су се дубље бавили овом темом нису сагледали системске везе овог института са другим релевантним одредбама ЗОО, а још је мање било настојања да се домашај института тематизује у светлу начелних вредновања законодавца. Због тога не чуди ненаклоњеност домаћих цивилиста различитим видовима интервенције суда у садржину уговора који се у упоредном праву подводе под окриље, или доводе у везу са институтом делимичне ништавости уговора.

Уважавајући домете стране доктрине закључено је да се ради о поливалентном појму који се користи за означавање читавог спектра различитих видова судске коректуре уговора чија се потпора не проналази увек у „слову закона“, већ у правилима херменеутике и попуњавања правних празнина. С тим у вези скрећемо пажњу на то да домаће право не даје ништа мање основа за теоријску разраду установе делимичне ништавости уговора у поређењу са германским правним системима. Другим речима, од врло блиских формулација општег правила о делимичној ништавости, германска доктрина долази до резултата који значајно одступају од схватања ове правне установе у домаћем праву. Отуда су домети германске доктрине и јудикатуре у нијансирању овог правног института прихватљиви и са становишта домаћег права.

Иако се резултати упоредноправне доктрине могу уподобити важећим решењима домаћег права, не би било сувишно преточити их у законодавство имајући у виду формални легализам који доминира у домаћој јудикатури.

II

Правило о делимичној ништавости служи идентификовању дела уговора који је „инфициран“ недостатком који завређује квалификатив ништавости и испитивању његовог утицаја на судбину остатака уговора. Реч је о правној установи која има корективно дејство будући да њеном применом уговор настоји да се ослободи дела који је уговорен преко оквира слободне диспозиције контрахената у циљу да његов „здрав“ део настави да важи.

Крилатица која се редовно наводи у вези са институтом делимичне ништавости – *utile per inutile non vitiatur* (корисно се не квари некорисним), иако језгровито осликава његову срж, даје прилично поједностављени поглед на проблематику. Стога би било исправније рећи да штетно (некорисно) у уговору не квари оно што је у њему корисно докле год корисно задржава квалитет уговора и кореспондира вољи уговарача.

Правило *utile per inutile non vitiatur* одржало се и у пракси земаља које су се на редакцијском нивоу определиле за супротно решење – *utile per inutile vitiatur*.

Опште правило о делимичној ништавости у домаћем праву садржано у чл. 105 ЗОО. Оно није примењиво *per se*, јер се последица коју сугерише може материјализовати тек у садејству чл. 105 ЗОО са законском одредбом која нормира одговарајући основ ништавости. Осим тога што нема самостално поље примене, одредба из чл. 105 ЗОО је супсидијарна и то у три аспекта: 1) предност у примени у односу на њу имају специјалне законске одредбе које експлицитно налажу ништавост неке одредбе уговора; 2) примена опште одредбе о делимичној ништавости доћи ће у обзир тек ако се из циља забране не може утврдити домашај ништавости; 3) уговарачи својом вољом могу уредити утицај ништавости неке одредбе на остатак уговора на другачији начин од оног за који се опредељује законодавац.

III

Постоје обична, проширена, модификована и субјективна делимична ништавост, као и делимична ништавост у контексту повезаних уговора.

У својој рудиментарној варијанти делимична ништавост уговора замислива је само ако суд може да одстрани спорну клаузулу без потребе да нешто мења у преосталом тексту уговора – обична делимична ништавост. Уколико оно што преостане након елиминисања спорног дела не може да опстане без додатних измена, суд ће, према овом схватању, цео уговор утврдити ништавим.

Подваријанту основног облика делимичне ништавости уговора предсавља тзв. „правило оловке“ (*blue-pencil test*) према коме уговорна клаузула може да настави да важи ако би њен спорни део могао да буде уклоњен обичним прецртавањем појединих речи. У време његовог настанка веровало се да једино механичким прецртавањем спорног дела уговора судија не прекорачује границе својих овлашћења, и да му се само тада не може спочитати суделовање у креирању садржине уговора које је резервисано за уговараче. Сваки други вид задирања мимо оног који се своди на примену *blue pencil* теста косио би се са основним задатком суда да реши спор, а не да помаже уговарачима у „оптимизацији“ текста уговора.

Овај тест је био изложен оштрој критици због своје ригидност и нееластичности. Он примену делимичне ништавости условљава правилима језика чиме из фокуса измиче суштина оног што су уговарачи хтели да постигну, због чега у резултату може довести до непримерених, па чак и нелогичних последица. Због тога се у доктрини истиче да је *blue pencil* правило последица строго формалистичког схватања института делимичне ништавости које је одвојено од реалности, те да његова примена ствара само привид немешања суда у уговорни поредак. Наиме, и само прецртавање спорног дела уговора представља *aliud*, то јест измену првобитне воље уговарача. Доследно спровођење идеје да суд не треба да се меша у садржину уговореног захтевало би стога предано спровођење „црно-белог“ приступа према коме би једине опције биле или пуноважност уговора у целости или његова непуноважност у целости. Због своје крутости, *blue pencil* тест напуштен је чак и у *common law* системима из којих води своје порекло. У њима је он временом потиснут применом еластичнијег „правила разумности“ (*rule of reasonableness*).

Измене уговора које се у теорији подразумевају под основним обликом делимичне ништавости једноставно се могу подвести под чл. 105, ст. 1 ЗОО, при чему уклањање клаузуле у целости потпада под његово језичко значење, док се део клаузуле може отклонити ослонцем на телеолошку редукцију одредбе из чл. 105, ст. 1 ЗОО.

Проширеном делимичном ништавошћу означава се случај у коме ништавост једне одредбе уговора захвати и одредбу која је, изоловано посматрано, пуноважна. Екстензивно дејство делимичне ништавости последица је потребе да се у теретним уговорима који су уједно и комутативни очува субјективни уговорни еквилибријум. Другим речима, проширено дејство делимичне ништавости проистиче из захтева да се из уговора уклони ништав део, а да то истовремено не услови и промену типолошких обележја самог уговора.

С обзиром на то да би резултат примене основног облика делимичне ништавости могао довести до неприхватљивих резултата са становишта уговарача и општег интереса, доктрина је развила тзв. модификовану делимичну ништавост. Њоме се означава коректура уговорне одредбе онда када њени спорни делови не могу бити одстрањени простим прецртавањем појединих речи, са циљем да се уговорна клаузула одржи на снази у допуштеном (законоконформном) садржају. Овај облик делимичне ништавости редовно се доводи у везу са прекомерним престацијама које нису проблематичне у својој основи, јер постоји „здраво“ језгро одредбе, већ у свом домашају, при чему је (опасност од) прекомерност(и) присутна *ab ovo*.

Домаћа доктрина имплицитно признаје овај модалитет делимичне ништавости будући да је у домаћој литератури широко заступљено илустровање чл. 105, ст. 2 ЗОО примерима који подразумевају одржавање уговора на снази уз измену која се спроводи на нивоу поједине уговорне одредбе (нпр. одржавање уговора о зајму уз замену недопуштене камате допуштеном).

Основ за изузетну примену модификоване делимичне ништавости у домаћем праву садржан је у чл. 103, ст. 1 ЗОО који допушта одступање од ништавости уговора (па, и уговорне одредбе) ако циљ повређеног правила упућује на неку другу санкцију. Иако законодавац не опредељује о којој се „другој санкцији“ ради, он даје изричит правни основ суду да испита циљ који прописивањем ништавости настоји да се оствари и да,

спрам тога, определи да ли да одступи од ништавости уговора (па и уговорне одредбе) или не.

Имплицитан основ за модификовану делимичну ништавост у домаћем праву садржан је и у чл. 105, ст. 2 ЗОО, који нема свој упоредноправни пандан. Овај став предвиђа могућност одржавања уговора на снази чак и онда када се ништавом испостави нека субјективно битна одредба уговора. Наиме, ако уговор садржи неку одредбу која има значај услова уговора или одлучујуће побуде, тада се полази од тога да страна која је инсистирала на њој не би пристала да буде везана уговором ако би она у целости отпала. Да није тако, спорна одредба се ни не би могла квалификовати условом уговора или одлучујућом побудом. Имајући то у виду, неодрживо би било тврдити да је овим ставом законодавац имао намеру да у потпуности пренебрегне приватноправну аутономију и једног уговарача веже садржином уговора која би се косила са његовим интересима. На основу реченог, делује да би чл. 105, ст. 2 ЗОО имао смисла само уколико би се разумео тако да се на место субјективно битне ништаве одредбе постави заменска одредба која би била прихватљива са становишта законодавца, а која би уједно била прихватљивија за уговараче од алтернативе у виду ништавости уговора у целости која би повукла и обавезу реституције примљеног.

Субјективна делимична ништавост се односи на случајеве код којих се узрок ништавости везује за једног од више субјеката који се јављају на истој уговорној страни. Субјективна дељивост уговора користи се као механизам уз помоћ ког се настоји испитати да ли би уговор могао да настави да важи само у односу на оне субјекте који су у моменту закључења уговора испуњавали услове за пуноважно обавезивање.

Иако општим правилом из чл. 105 ЗОО није изричито регулисана субјективна делимична ништавост, то није препрека за његову аналогну примену и на случајеве субјективне дељивости уговора, под условом да би исход такве дељивости одговарао претпостављеној вољи уговарача који су се пуноважно обавезали.

Иако се код делимичне ништавости узрок ништавости редовно везује за део садржине једног уговора, начелну премису на којој се темељи овај институт могуће је сходно применити и онда када је закључено више уговора који су тесно повезани, иако би, посматрано изван датог контекста, сваки за себе могао имати самосталну правну егзистенцију, при чему је један од њих ништав, а други пуноважан. И овде се ради о

аналогној, а не о непосредној примени института делимичне ништавости. Ако су два самостална уговора повезана на тај начин да је у закључењу једног био садржан основ за закључење дургог уговора, ништавост једног од њих може се проширити и на пуноважан уговор.

Иако повезани уговори не потпадају под директно поље примене чл. 105 ЗОО, то не спречава могућност његове аналогне примене на начин на који се то постиже у германској доктрини и јудикатури. Ако је уговор који је *in toto* ништав представљао кључни разлог за обе или макар једну уговорну страну да закључи још најмање један са њим тесно повезани уговор, онда ће и потоњи уговор снагом атракције ништавости првог уговора бити лишен правног дејства, упркос томе што се у садржини и форми потоњег не очитују мањкавости које би утицале на његову пуноважност.

IV

Редакција правила о делимичној ништавости у смислу фаворизовања делимичне пуноважности или ништавости уговора у целости *per se* не прејудицира судбину остатка уговора, јер без обзира на формулацију одредбе о делимичној ништавости подједнако конкуришу обе могуће последице. Међутим, редакцијско решење има процесни значај који се огледа: 1) у расподели терета тврдњи и терета доказивања и 2) у опредељивању судбине остатка уговора у случају *non liquet*.

V

Функције које су иманентне институту делимичне ништавости уговора су бројне. Међу општим функцијама издвајају су: функција заштите поверења уговарача у опстанак уговора у мери у којој он хармонира са границама слободе уговарања и функција спречавања злоупотребе слободе уговарања код уговора којима је иманентна структурална неједнакост уговарача. У оквиру потоње, идентификоване су две подфункције: заштита слабије уговорне стране и обезбеђивање уговорне правде.

Због свог значаја, издовјене су функције модификоване делимичне ништавости уговора по приступу и то: функција заштите интереса адхеранта да настави да користи

уговорену услугу или прибављену ствар; функција избегавања неоснованог привилеговања адхеранта; функција заштите оправданих интереса стипуланта у нарочитим околностима; функција подржавања начелног вредновања законодавца и функција заштите сигурности правног промета.

Кроз елаборирање посебних функција модификоване делимичне ништавости уговора по приступу понуђена је аргументација у прилог изузетног допуштања модификоване делимичне ништавости онда када се стекну одређени услови: ништава одредба садржана је у уговору са трајним извршењем престација чије је испуњење поодмакло; ништава одредба садржи допуштено језгро, тако да корен проблема лежи у њеној формулацији због чега она генерише или има потенцијал да генерише прекомерну уговорну обавезу; уклањање ништаве одредбе указује на уговорни вакуум који треба да буде премошћен да би уговор могао да настави своју егзистенцију; за накнадну празнину у уговору закон не садржи решење у виду одговарајуће императивне или диспозитивне одредбе; алтернатива у виду ништавости уговора у целости која би индуковала обавезу реституције не би одговарала ниједном уговарачу.

Имајући у виду наведене рестрикције, судови ће само изузетно доћи у позицију да посегну за модификованом делимичном ништавошћу. Но, и у тим ретким случајевима ова техника спасавања уговора може да учини пуно и то не само са становишта интереса уговарача, него и са аспекта општег интереса, нарочито ако се узме у обзир масовност закључивања појединих типских уговора и потреси који би могли настати у читавим секторима пословања у случају налагања ништавости уговора *in toto*.

## VI

У раду је делимична ништавост разграничена од сродних института. Први у низу били су законом нормирани случајеви редукције прекомерних престација. Они су послужили као полазна тачка за извођење закључка о начелном вредновању домаћег законодавца.

На основу редукционих норми може се извести закључак о томе да наш законодавац у случају уговарања прекомерних престација преферира одржавање уговора

на снази, при чему несавесност једног уговарача не сматра препреком за редукцију прекомерне престације.

Иако се у домаћој цивилистици неки примери законске редукције често подводе под чл. 105, ст. 2 ЗОО, они нису условљени довођењем у везу нити са институтом делимичне ништавости, нити са неким другим институтом попут конверзије. То што се у теорији поједине редукционе норме наводе као примери за чл. 105, ст. 2 ЗОО није проблематично само по себи с обзиром на блискост операција које се спроводе на основу изричитих редукционих норми и оног што имплицира чл. 105. ст, 2 ЗОО. Но, сама језичка редакција чл. 105, ст. 2 ЗОО не ограничава могућност редукције (то јест супституције) ништаве одредбе на случајеве у којима је то законом изричито предвиђено.

Све редукционе норме упућују на то да нашем законодавцу није страна идеја преобликовања саржине оног што су уговарачи предвидели. Штавише, законописцу није страна ни идеја да суду препусти процену постојања прекомерности и обима редукције прекомерне престације спрам околности конкретног случаја. У том смислу, иако се у овим случајевима ради о (непосредној) примени закона, не може се негирати учешће суда у сукреирању садржине уговореног.

У вези са конверзијом, највећи изазов представља разграничење случајева судске конверзије и модификоване делимичне ништавости. У настојању да се међу овим изузетно сродним установама повуче граница, приклонили смо се мишљењу швајцарског цивилисте *Крамера* који истиче разлику између заменског уговора и заменске одредбе уговора. Сходно томе, „конверзију треба разликовати од одржавања на снази делимично ништавог уговора постављањем заменског правила [...]“.[1330] Док се „код конверзије ради о потпуној реинтерпретацији у целости ништавог жељеног правног посла, [...] код модификоване делимичне ништавости је реч о селективном инкорпорисању заменског правила у уговор који се у преосталом делу одржава на снази“.[1331] Сходно томе, постављање заменског правила наместо ништаве уговорне одредбе уз одржавање остатка уговора на снази и задржавање идентитета уговора, не сматра се конверзијом већ случајем модификоване делимичне ништавости.

[1330] E. A. Kramer у: BernKo, 171.
[1331] *Ibid*.

Испитан је и однос делимичне ништавости и института промењених околности. Међу њима, упркос упадљивим разликама, постоји и извесна блискост. Док је за питање (не)пуноважности клаузуле релевантан моменат закључења уговора, примена клаузуле *rebus sic stantibus* може бити актуелизована тек у неком каснијем тренутку. Иако пуноважно закључени уговор накнадно не може постати ништав, изузетно је могућ обрнут сценарио: уговор који је испрва био ништав, уз помоћ техника за санирање ништавости, накнадно може постати пуноважан. Ово запажање је битно утолико што би се у случају „излечења“ ништавог уговора у складу са законом, у неком каснијем моменту, могло поставити питање његовог раскида или измене услед промењених околности.

По природи ствари, ревидирани уговор требало би да важи од тренутка наступања промењених околности за убудуће. С друге стране, ништавост делује *ex tunc*.

Код ништавости узрок проблема је *ендогене* природе, будући да се он „рађа заједно са правним актом“. С друге стране, промењене околности у смислу клаузуле *rebus sic stantibus* настају услед деловања неког *егзогеног* узрока који није део уговорног „ткива“, али негативно утиче на однос престације и контрапрестације.

Оно што повезује ова два института јесте одмеравање интереса које суд спроводи да би определио могућу последицу: код ништавости одређене уговорне клаузуле, суд треба да се определи између делимичне ништавости или ништавости уговора у целости, док код промењених околности, суд треба да се определи у правцу измене или раскида уговора. Одмеравање интереса у оба случаја је врло блиско и у суштини се своди на испитивање хипотетичке воље контрахената. Последица која се састоји у елиминисању свих дејстава уговора (ништавост у целости, то јест раскид) код оба института биће изречена само као *ultima ratio*.

## VII

Расветљен је и однос делимичне ништавости и кључних начела уговорног права. Под окриљем начела слободе уговарања истакнуто је да се традиционални, архетипски модел уговарања базирао на претпоставци о неометаном функционисању уговорног механизма који подразумева да се током преговора свака страна стара о заштити својих интереса. С друге стране, камен темељац савременог уговорног права није уговор као

резултат воља равноправних, већ акт у коме се једна страна повиновала вољи друге да би дошла до робе или услуге која јој је потребна. Настанак нове уговорне парадигме није довео до аброгирања слободе уговарања, али је утицао на њену структуру утолико што је суспендована слобода слабије стране да утиче на опредељивање садржине уговора. Када се наведено узме у обзир, неубедљиво би било тврдити да је садржина уговора по приступу резултат договора уговорника, те да би одузимање дејства некој од клаузула тог „договора“ представљало нарушавање начела *pacta sunt servanda*. Да би се основано указивало на повреду неког принципа попут оног да је уговор закон за уговорне стране, потребно је да су испуњене претпоставке на основу којих је он доживео своју афирмацију.

Слабљење слободе уговарања постепено је утицало и на промену улоге судова. Од „чувара уговорне воље“ улога судова се трансформисала на тај начин што су они почели да испитују прихватљивост уговорних клаузула у циљу спречавања злоупотребе надмоћније стране кроз наметање неправичних услова слабијој страни. Судска контрола садржине уговора стога не води напуштању аутономије воље, већ је она средство да се аутономија воље што више приближи свом изворном значењу.

Када је суд позван да одреди последицу ништавости неке уговорне одредбе, он би требало да прати следеће кораке: 1) најпре треба да провери да ли је последица одређена специјалном законском нормом – ако јесте, она има имепративни карактер; 2) ако специјална норма не постоји, суд треба да испита да ли су уговарачи уредили утицај ништавости неке одредбе на остатак уговора – ако јесу, суд ће уважити њихову стварну вољу под условом да је резултат који она имплицира у складу са правним поретком и уколико је он одржив са становишта потребног обима сагласности за закључење уговора; 3) ако стварна воља по питању судбине уговора није експлицирана у уговору нити су стране сагласне поводом исхода, суд ће судбину остатка уговора определити на основу хипотетичке воље уговарача. Суд ће тада поћи од питања да ли би контрахенти као разумне стране руковођене начелом савесности и поштења, пристале да буду везане модификованом садржином уговора.

Институт делимичне ништавости тесно је повезан са начелом савесности и поштења. Одсуство савесности у објективном смислу, то јест одступање од очекиваног стандарда понашања приликом закључења уговора, може допринети (или чак фигурирати као узрок) ништавости неке уговорне клаузуле. Схваћена у субјективном смислу, то јест

као сазнање уговарача о ништавости неке уговорне клаузуле у моменту закључења уговора, несавесност принципијелно нема утицај на парцијалну пуноважност уговора.

Код односа делимичне ништавости и начела једнаке вредности узајамних давања испитано је да ли је замисливо постојање одговарајуће еквиваленције на нивоу битних састојака уговора, уз истовремено одсуство одговарајуће сразмере на нивоу споредних уговорних погодби. Ово питање актуелизовао је став у домаћој теорији коме се приклонио и ВКС да се питање еквивалентности редовно тиче уговора као целине, а не појединих његових одредаба. У домаћим оквирима однос начела еквиваленције и ништавости споредних одредаба уговора по приступу настојао је да се расветли уз помоћ института општег уговорног права који су изграђени по узору на архетипски модел контрахирања. Уместо тражења упоришта у традиционалним институтима општег уговорног права којима се конкретизује начело еквиваленције попут зеленашких уговора, код адхезионих, а нарочито потрошачких уговора, потребно је ослонити се на стандард неправичних одредаба и критеријуме на којима он почива. Овај стандард доприноси очувању равнотеже, то јест симетрије у узајамним правима и обавезама која проистичу из споредних уговорних одредаба независно од тога да ли су оне непосредно економски валоризоване.

## VIII

Парцијално одржавање уговора на снази претпоставља: 1) да је уговор закључен и састављен од већег броја одредаба; 2) да је у уговору идентификован одређени узрок ништавости; 3) да је уговор (то јест, уговорна одредба) дељив(а), то јест да се ништавост може ограничити на одређени део уговора; 4) након елиминисања спорног дела уговора, оно што преостане треба да испуњава услове за објективну егзистенцију уговора и да кореспондира (стварној или хипотетичкој) вољи уговарача; 5) обострано сазнање уговарача о ништавости одређене уговорне одредбе треба третирати као одсуство њихове пословноправне воље да се обавежу у погледу ништавог дела уз истовремено одржавање на снази остатка уговора. Несавесност једне уговорне стране не спречава одржавање на снази остатка уговора (ако су ипсуњене остале претпоставке).

IX

Питање које је тесно повезано са институтом делимичне ништавости тиче се попуњавања накнадних празнина у уговору. Реч је о уговорном вакууму који није изворни, већ настаје као последица судске интервенције у садржину уговореног. Уговарачи су за релевантно питање предвидели конкретно правило, али оно није успело да „издржи тест“ судске контроле због чега је уклоњено из уговора, али тако да није нарушено његово језгро. Тада се полази од фикције да питање које је било уређено ништавом уговорном одредбом никада није ни постало део уговора, чиме се отвара простор за попуњавање празнина налик оним почетним.

Попуњавање накнадних празнина у стандардним уговорима изричито нормира немачки законодавац (§ 306 II БГБ). Аустријско и швајцарско право не уређују посебно ово питање, али се у попуњавању накнадних празнина у уговору ослањају на немачки модел. У домаћој цивилистици, у одсуству позитивноправног решења, такође је присутно залагање за приклањање немачком концепту попуњавања накнадних празнина у уговорима по приступу.

Иако је метод попуњавања накнадних празнина у немачком праву изричито уређен само у односу на уговоре по приступу, у савременој немачкој догматици се заговара његова аналогна примена и на уговоре који су били предмет преговора. То се правда диспозитивношћу општег правила о делимичној ништавости, као и његовим циљем који се огледа у заштити аутономије воље уговарача. Наиме, ако одржавање уговора на снази уз постављање заменског правила више одговара интересима уговарача од ништавости уговора у целости, нема препреке за његово инкорпорисање у уговор.[1332]

Правило које треба да заузме место ништаве уговорне одредбе означава се као заменско и оно може да води порекло из: *ius cogens*, диспозитивне норме, допуњујућег тумачења уговора или судског развоја (унапређења) права.

Иако супституција ништаве одредбе императивном нормом није изричито предвиђена општим правилом о делимичној ништавости из чл. 105 ЗОО, богата упоредноправна доктрина и судска пракса сведоче о томе да тако нешто није неопходно да би било помирљиво са његовим *ratio*-м. Спровођењем супституције у овом случају, суду

[1332] H. Roth у: Staudinger (2020), 11 и 12.

се не може приписати неосновано мешање у уговор, јер садржина која ступа на место ништаве уговорне одредбе није потекла од суда већ ју је унапред поставио законодавац, а суд само декларише да ће уговараче обавезивати оно што законодавац императивно налаже.

Супституција ништаве уговорне одредбе одговарајућом диспозитивном нормом, такође, није догматски спорна, јер у резултату суд у уговор инкорпорише решење које је предвидео законодавац и које осликава његово виђење правичне прерасподеле права и обавеза међу уговарачима.

Ако се испостави да у уговору постоји регулативна празнина која не може да буде премошћена диспозитивном нормом, јер она за конкретно питање не постоји или није одговарајућа, регулативни дефицит је потребно превазићи на други начин. У сврху попуњавања ових празнина грађанскоправна наука развила је метод (судског) допуњујућег тумачења уговора. Хипотетичко питање које се поставља код попуњавања накнадних празнина допуњујућим тумачењем гласи: Шта би уговарачи при правичном сагледавању узајамних интереса, руковођени начелом савесности и поштења, као разумни учесници правног промета уговорили да им је била позната ништавост спорне клаузуле? Допуњујуће тумачење уговора вешто се користи како би се, терминолошки гледано, остало у границама приватне аутономије. Реч тумачење указује на то да се допуна уговора врши ослонцем на (хипотетичку) вољу уговарача, чиме се судско преобликовање садржине уговора доводи у склад са приватноправном аутономијом. На тај начин се настоји одржати кохерентност уговорноправног концепта, а уједно и очувати представа о традиционалној улози суда у системима континенталне Европе.

Према схватању појединих аутора, ако (накнадна) празнина у уговору упути на празнину у закону (јер недостаје одговарајућа императивна или диспозитивна норма), суд има овлашћење да је попуни у складу са методолошким правилима за попуњавање правних празнина. Иако се поједини резултати допуњујућег тумачења уговора могу квалификовати и као резултати судског унапређења (развоја) права, то неће увек бити случај. Да ли ће заменско правило до ког суд долази допуњујућим тумачењем моћи да се поистовети са резултатом до ког би се у истом случају дошло судским унапређењем права зависиће првенствено од степена апстрактности креираног заменског правила.

Иако не треба потценити теоријски значај питања да ли се у конкретном случају ради о допуњујућем тумачењу уговора или допуштеном судском развоју права, делује да је од суштинске важности начелна прихватљивост идеје о попуњавању накнадних празнина у уговору, као и то да се ова проблематика редовно доводи у везу са институтом делимичне ништавости уговора.

X

Ништавост уговорне одредбе повлачи одређене правне последице. Примарна последица се огледа у одузимању дејства ништавој уговорној одредби. Да би се успоставило стање које би постојало да ништава одредба није била уговорена, потребно је да наступе и секундарне последице ништавости у виду реституције оног што је испуњено по основу ништаве уговорне одредбе и накнаде штете коју је евентуално претрпела савесна страна под условом да је њен сауговарач крив за ништавост спорне одредбе.

У овом делу, посебна пажња посвећена је питањима која су се испоставила спорним у пракси. Прво се тиче почетка тока рока застарелости потраживања на име оног што је дато по основу ништаве уговорне одредбе. Друго се односи на правну природу испуњеног по основу неправичне одредбе уговора по приступу. Треће проблематизује ретроактивно дејство одлуке суда којом се утврђује ништавост и могуће начине за његово ублажавање.

Код почетак тока рока застарелости потраживања на име оног што је испуњено по основу ништаве уговорне одредбе спорно је да ли је то дан када је нешто исплаћено/дато по основу ништаве одредбе, или је, пак, то дана када је (правноснажном) одлуком суда утврђена њена ништавост. У погледу овог питања ВКС[1333] се определио за потоње решење. Ми, пак, истичемо да се извесни аргументи могу навести у прилог оба решења.

Наиме, ако се могућност истицања ништавости не везује за рок, да ли би имало смисла да се у исто време могућност враћања оног што је дато по основу ништаве уговорне одредбе веже за моменат њеног испуњења. Тада би се истеком рока унутар ког се може тражити повраћај датог, изгубио подстицај за истицање ништавости јер је повраћај датог безизгледан (осим у случају да дужник пропусти да истакне приговор

[1333] ВКС, Рев 4166/2020 од 22. 10.2020. године.

застарелости). С друге стране, како помирити став домаће јудикатуре о почетку тока рока застарелости са правилом да апсолутна ништавост делује *ex lege*, да утврђењем ништавости суд само декларише последицу која наступа *ipso jure*, те да је уговорна одредба ништава *ex tunc*. Следећи ова правила, правни основ за пренос дела имовине једног уговарача у имовину његовог сауговарача није постојао већ у моменту испуњења обавезе из ништаве уговорне одредбе, сходно чему се моменат исплате недугованог уједно сматра и моментом доспелости обавезе за враћање примљеног од ког почиње да тече рок застарелости. Ово схватање би више одговарало идеји правне сигурности која налаже да се протеком времена унутар ког се може поставити захтев за наплату потраживања унесе извесност у правне односе између потенцијалног повериоца и дужника. Наиме, када се рок застарелости потраживања не би везивао за моменат испуњења обавезе из ништаве уговорне одредбе већ за моменат утврђења њене ништавости, то би имало за последицу да се и деценијама након испуњења уговора може издејствовати враћање датог, што је погубно за правну извесност.

Испитана је и правна природа испуњења по основу неправичне одредбе уговора по приступу у складу са чл. 143, ст. 2 ЗОО, с обзиром на то да је у домаћој литератури присутан став да је реч о природној облигацији. Ми, пак, сматрамо да су у домаћем праву последице ништавости уређене чл. 104 ЗОО на јединствен начин, то јест без обзира на то да ли ништавост захвата одредбу уговора са споразумно одређеном садржином или уговора по приступу. Наиме, задатак суда није да одбије или не одбије примену неке одредбе типског уговора, иако чл. 143, ст. 2 ЗОО упућује на то. Уместо тога, суд може да усвоји или одбије захтев за утврђење ништавости одређене уговорне одредбе, или да усвоји или одбије захтев за испуњење обавезе која проистиче из одређене одредбе уговора по приступу. Ако суд утврди да је нека одредба типског уговора ништава, он ће наложити реституцију датог без могућности да се захтев за враћање датог одбије са образложењем да је испуњена природна обавеза. У складу са ЗОО, могућност за одбијање захтева за реституцију датог постоји само у случају несавесности његовог подносиоца (чл. 104, ст. 2 ЗОО).

Прихватањем аргументације о природној обавези, адхеранти би са становишта реституције неоправдано били доведени у неповољнију позицију у односу на стране уговора чија је садржина били предмет преговора. Члан 143, ст. 2 ЗОО уводи

неправичност као (додатни) критеријум пуноважности одредаба типских угвовора без намере да тиме уједно нормира и специјални режим за последице ништавости одредаба типских уговора. Када би тумачење о природној обавези било исправно адхерант не би имао интерес да истиче неправичност неке одредбе уговора по приступу. Такво решење би погодовало интересима стипуланата који би изгубили подстицај да воде рачуна о легитимним интересима својих сауговарача, будући да би упркос неправичности неке одредбе могли да задрже оно што су примили њеним испуњењем.

У оквиру последица сагледано је и да ли се утврђењу ништавости уговорне одредбе може приписати (суштинско) ретроактивно дејство. Када је суд позван да испита пуноважност неке клаузуле, па утврди да је она ништава, његова одлука ће неминовно имати ретроактивно дејство: она неће деловати *pro futuro*, већ од тренутка закључења уговора – *ex tunc*. Међутим, када суд преиспитује пуноважност неке уговорне одредбе, он то чини применом материјалноправних решења која су важила у моменту закључења уговора, тако да се код утврђења ништавости неке уговорне одредбе ни не може говорити о ретроактивности у правом смислу те речи. То јест, у контексту утврђења ништавости не ради се о ретроактивној примени прописа – ње нема, јер када процењује пуноважност неке одредбе, суд примењује прописе који су били на снази у моменту уговарања спорне клаузуле. Неочекиване ретроактивности неће бити у односу на каталог специјалних законских забрана који не оставља простор за неизвесност у погледу (не)пуноважности неке клаузуле. С тим у вези могу бити проблематичне тзв. сиве листе, то јест листе клаузула за које се обориво претпоставља да су неправичне, па самим тим и ништаве. Но чак и у вези са њима, законописац благовремено (свакако унапред) сигнализира стипуланту да по среди може бити реч о проблематичној клаузули, чиме му скреће пажњу на позорност приликом њеног уговарања. Отуда суштински проблем у вези са ретроактивношћу одлука судова којима се утврђује ништавост неке клаузуле не лежи у специјалним законским забранама, већ у генералним стандардима контроле пуноважности које познаје сваки правни систем, а чију садржину конкретизују судови. У том смислу, одлука суда може да делује повратно, утолико што уговарачи у моменту закључења уговора нису имали прилику да се са извесношћу упознају са садржином забрањене клаузуле.

Проблем изазван ретроактивним дејством одлуке суда нарочито је изражен онда када највиша судска инстанца утврди непуноважном неку одредбу уговора по приступу који се масовно закључује. Наведено није проблематично због формалноправне обавезности одлуке највише судске инстанце донете поводом појединачног случаја, већ због њене фактичке обавезности. У теорији се за превазилажење овог проблема предлаже скраћење рокова застарелости потраживања оног што је дато по основу ништаве уговорне одредбе и изузетно допуштање супституције ништаве одредбе пуноважном.

XI

Иако ЗОО у оквиру одсека 4 посвећеног неважности уговора не уређује делимичну рушљивост нити предвиђа сходну примену правила о делимичној ништавости на рушљиве уговоре, то само по себи ништа не казује о допуштености делимичне рушљивости. Околност да делимична рушљивост није изричито уређена ЗОО само упућује на то да у вези са њом постоји празнина у закону, чиме се отвара могућност испитивања испуњености услова за њено попуњавање.

У раду је утврђено да је по среди непланска празнина и да су испуњене премисе за њено попуњавање. Најпре, циљ чл. 105 ЗОО одговара циљу коме би било оправдано и разумно стремити и у вези са рушљивим уговорима. Када се пође од идеје афирмације уговора било би неодрживо пледирати за то да је идеја о фаворизовању одржавања уговора на снази везана само за ништаве уговоре, док је искључена у односу на рушљиве уговоре. Због тога нема сумње да је циљ чл. 105 ЗОО иманентан и материји рушљивих уговора. Осим тога, испуњена је и друга премиса за аналогну примену правила из чл. 105 ЗОО на рушљиве уговоре која се тиче постојања довољног степена сличности између регулисаног случаја (делимичне ништавости) и нерегулисаног случаја (делимичне рушљивости). Наиме, ако је по среди јединствен рушљив уговор који је дељив на начин да се део захваћен рушљивошћу може једноставно одвојити од пуноважног дела, и ако оно што остаје након његовог елиминисања испуњава услове за објективну егзистенцију и одговара вољи уговарача, нема разлога да се пуноважан део уговора не одржи на снази.

Иако се у домаћој теорији наилази на схватања према којима битна заблуда искључује могућност делимичне рушљивости, јер нужно захвата уговор у целости, према

нашем мишљењу треба оставити отвореном могућност аналогне примене правила о делимичној ништавости на све законом уређене врсте мана воље. Наиме, правила о делимичној ништавости аналогно се могу применити и у случају кумулативних облигација, као и у случају плуралитета субјеката на једној страни уговора, сходно чему је замислива и делимична рушљивост код уговора у којима је присутна битна заблуда.

## XII

Када је реч о делимичној ништавости потрошачких уговора, постоје специјална правила. У овој материји домаће право хармонизовано је са кључним извором ЕУ – Директивом 93/13/ЕЕЗ. Преузимање нормативних стандарда неправичности од којих полази Директива налаже и праћење праксе СПЕУ који је надлежан да осигура њихово униформно тумачење и примену.

Грађанскоправна последица неправичности одређене уговорне одредбе огледа се у њеној (апсолутној) ништавости. Међутим, то што је правни режим неправичних одредаба идентичан режиму ништавих уговорних одредаба, не значи уједно да постоји знак једнакости између ништавих и неправичних одредаба будући да су критеријуми за испитивање неправичности блажи од параметара на основу којих се процењује ништавост.

Директива 93/13/ЕЕЗ и ЗЗП полазе од претпоставке одржавања на снази потрошачког уговора у коме је садржана неправична одредба (под условом да уговор може да произведе дејство без ње). Могућност одржавања остатка уговора на снази, према СПЕУ треба испитати на основу објективних критеријума. Сходно томе, уговор би могао бити лишен дејства у целости само ако би без неправичне одредбе отпао правни основ због ког су уговарачи пристали да га закључе. То ће бити случај само изузетно ако би се испоставило да одржавање на снази остатка уговора не би одговарало (стварној или хипотетичкој) вољи уговарача јер би тиме био промењен циљ уговора или његова правна природа.

Неправичност одредаба потрошачких уговора се не испитује увек на исти начин. Најједноставнији случај, који ће у пракси бити и најређи, подразумева сусрет суда са клаузулом која је садржана на црној листи. Ако се суд, ипак, сусретне са клаузулом из чл. 43 ЗЗП, констатоваће да је реч о одредби која је необориво неправична без пружања

могућности трговцу да изнесе аргументе у прилог њене (наводне) правичности. Суд ће имати нешто тежи задатак када се сусретне са клаузулом која је обухваћена сивом листом, јер ће тада морати да пружи трговцу могућност изношења аргументације у прилог њене правичности. Суд ће бити пред најтежим изазовом онда када се сусретне са клаузулом која није садржана ни у чл. 43 ни у чл. 44 ЗЗП, услед чега му преостаје да њену (не)правичност испита на основу нормативних стандарда и критеријума садржаних у општој норми о неправичности из чл. 42 ЗЗП.

Транспарентност је једна од претпоставки правичности. Међутим, и савршено транспарентна одреба уговора може бити утврђена неправичном у складу са нормативним стандардима правичности.

(Не)правичност одредаба потрошачких уговора се испитује на основу тога да ли је трговац противно начелу савесности и поштења предвидео значајну несразмеру у правима и обавезама на штету потрошача. Несразмера о којој је овде реч није чисто економска, већ се ради о нормативној несразмери која се опредељује на основу (не)уравнотежености у алокацији права и обавеза уговарача.

С обзиром на то да је стандард значајне несразмере преузет из комунитраног права, потребно је испитати како се он доживљава у пракси СПЕУ. Будући да је по среди аутономни комунитарни стандард, СПЕУ је позван да дâ смернице за његово разумевање и примену које су меродавне и за домаће судове. Примена овог критеријума неправичности се према пракси СПЕУ ослања на диспозитивна правила уговорног права која би у конкретном случају била меродавна да односно питање није уређено уговором. На основу њих суд треба да утврди да ли и у којој мери оспорена уговорна одредба ставља потрошача у лошији положај од оног у коме би он иначе био да у уговору није садржана оспорена одредба. Примену овог теста не треба разумети као забрану одступања од диспозитивних норми јер се њихова есенција управо огледа у могућности уговарача да предвиде другачије решење од оног за које се определио законодавац. На то упућује и стандард контроле према коме није меродавна свака несразмера у правима и обавезама уговарача, него само она која је значајна. У том смислу СПЕУ прецизира да значајна неравнотежа проистиче само из довољно озбиљног погоршања правне позиције у односу на ону у којој би се потрошач нашао у складу са правилима националног права.

Према пракси СПЕУ повреда начела савесности и поштења приликом наметања неке одредбе испутује се уз помоћу „теста могућег постизања договора“ на основу ког суд треба да установи да ли је трговац у време контрахирања уважио легитимне интересе потрошача, што се испитује спрам тога да ли би трговац разумно могао да пође од претпоставке да би потрошач пристао на релевантну одредбу уговора у индивидуалним преговорима.

Иако СПЕУ начелно полази од правила да интервенција суда поводом неправичних одредаба потрошачких уговора треба да се заустави на брисању оспорене клаузуле кад год се у складу са националним правом остатак уговора може одржати на снази, он је у изузетним случајевима прихватио могућност супституције ништаве одредбе диспозитивном нормом. Наиме, ако би уклањање неправичне одредбе упутило на празнину у уговору која може да буде попуњена одговарајућим диспозитивним правилом националног права да би се уговор могао одржати на снази, такво попуњавање празнине оправдано је и саобразно циљу Директиве. То ће бити случај ако би ништавост уговора у целости изложила потрошача нарочито неповољним последицама тако да би он уместо да буде заштићен био кажњен.

Индиција за одговор на питање да ли би национални суд могао да посегне за допуњујућим тумачењем онда када уговор без неправичне одредбе не би могао да опстане, а да при томе не постоји одговарајућа диспозитивна норма, може се наћи у пресуди у случају *Банко Еспањол*. У њој је СПЕУ био става да се од националног суда очекује да учини све што је у његовој надлежности како би се остварио циљ Директиве, а то је да се уговор одржи на снази без неправичне одредбе. Међутим, оно што може бити спорно јесте како ће се гледати на допуњујуће тумачење потрошачких уговора након става у случају *Цубак* у коме је СПЕУ изнео став о недопуштености измене уговора која би подразумевала креативност суда утолико што би се од њега очекивало да *само* на основу општих одредаба националног права попут начела правичности и устаљених обичаја постави недостајућу уговорну одредбу.

Ако би овај став СПЕУ уједно значио и потпуну забрану допуњујућег тумачења уговора, то би потрошаче поставило „између Сциле и Харибде“ утолико што би они имали могућност или да трпе неправичну одредбу, или да се помире са још лошијом опцијом која би се огледала у анулирању свих дејстава уговора. Такав исход не би био помирљив

са циљевима комунитарне политике усмерене на заштиту потрошача и успостављање суштинске уместо формалне равнотеже међу уговарачима. У хипотези забране допуњујућег тумачења потрошачких уговора заштита потрошача би „заказала“ у свим оним случајевима у којима национално законодавство није унапред обезбедило одговарајућу диспозитивну норму. Због тога је мало вероватно да ће ова одлука бити протумачена у правцу безизузетне забране допуњујућег тумачења потрошачких уговора.

ЛИТЕРАТУРА*


- Антић Оливер, „Именовани и неименовани уговори у савременом облигационом праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 1-2/2004, 79-115.
- Беговић Борис, „Девизни курс: могућност предвиђања промене и њеног узимања у обзир у смислу члана 133 Закона о облигационим односима“, у: Доловић Бојић Катарина, Одоровић Ана (прир), *Rebus sic stantibus: раскид уговора о кредиту због промењених околности*, Зборник радова, Београд 2020, 19-39.
- Беговић Борис, „Тријумф идеје над разумом: правно економски коментар правног схватања Врховног касационог суда о пуноважности валутне клаузуле“, *Право и привреда* 4-6/2019, 430-457.
- Ben-Shahar Omri, “Fixing Unfair Contracts”, *Stanford Law Review* 4/2011, 869-906.
- Bydlinski Peter, *Bürgerliches Recht Band I Allgemeiner Teil*, 5., aktualisierte Auflage, Springer Wien-New York 2010.
- Blagojević T. Borislav, Krulj Vrleta (Red.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Savremena administracija, Beograd 1980.
- Бојић С. Владан, *Вансудска реализација хипотеке,* докторска дисертација, Универзитет у Београду, Правни факултет, Београд 2021.
- Bunte Hermann Josef, „Ergänzende Vertragsauslegung bei Unwirksamkeit von AGB – Klauseln“, *Neue Juristische Wochenschrift* 1984, 1145-1150.
- Bucher Eugen, „Für mehr Aktionendenken“, *Archiv für die civilistische Praxis* 1-2/1986, 1-73.
- Васић Радмила, Јовановић Миодраг, Дајовић Горан, *Увод у право*, шесто издање, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2019.
- Vizner Boris, *Komentar zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Zagreb 1978.
- Wiedemann Herbert, „Ergänzende Vertragsauslegung – richterliche Vertragsergänzung“, у: *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtsta*g, Bd. 1, München 2007, 1281-1291.
- Whittaker Simon, Zimmermann Reinhard (ed), *Good faith in European Contract Law*, University Press, Cambridge 2000.


* Литература је наведена по азбучном реду, за стране ауторе по фонетској транскрипцији, за истог аутора хронолошки. Радови на српском језику наведени су на писму на коме су објављени.

- Vodinelić V. Vladimir, *Građansko pravo – Uvod u građansko pravo i opšti deo građanskog prava*, drugo, izmenjeno i dopunjeno izdanje, Službeni glasnik, Beograd 2014.
- Vodinelić V. Vladimir, *Građansko pravo – Uvodne teme*, drugo, neizmenjeno izdanje, Službeni glasnik – Pravni fakultet Univerzitet Union, Beograd 2012.
- Vodinelić V. Vladimir, *Takozvana zloupotreba prava*, Nomos, Beograd 1997.
- Vrhovšek Vladimir, Kozar Vladimir, „Materijalne i procesne pretpostavke za raskid ugovora o kreditu sa valutnom klauzulom u švajcarskim francima zbog promenjenih okolnosti“, *Pravni život* 11/2017, 469-483.
- Вукотић Милош, „Критички осврт на правни режим општих услова пословања у српском праву“, *Право и привреда* 7-9/2014, 375-390.
- Gauch Peter, „'Modifizierte' Teilnichtigkeit Anmerkung zu BGE 107 II 216ff.“, *recht* 1983, 95-100.
- Gauch Peter, Schluep R. Walter, *Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil: ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht*, Bd. 1, 10. Aufl. / erg., verb. und nachgeführt von Jörg Schmid, Schulthess, Zürich 2014.
- Gavella Nikola, *Privatno pravo*, Narodne novine, Zagreb 2019.
- Geroldinger Andreas, „Ergänzende Auslegung von Verbraucherverträgen trotz Verbots der geltungserhaltenden Reduktion? – Anmerkung zu EuGH C-453/10 (*Pereničová* und *Perenič*), C-472/10 (*Invitel*) und C-618/10 (*Banca Español de Crédito*)“, BankArchiv - Zeitschrift für das gesamte Bank- und Börsenwesen - *ÖBA* 2013, 27-42.
- Geroldinger Andreas, „Klauselbegriff und „blue pencil test“ in der AGB-Rechtsprechung“, *Austrian Law Journal* 2/2015, 196-211.
- Gómez Pomar Fernando, “Core versus Non-Core Terms and Legal Controls over Consumer Contract Terms: (Bad) Lessons from Europe?”, *European Review of Contract Law* 2/2019, 177–194.
- Дабић Снежана, „О дејствима модификације уговора одложним условом”, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2014, 197-214.
- Damm Reinhard, „Kontrolle von Vertragsgerechtigkeit durch Rechtsfolgenbestimmung - Nichtigkeit und Nichtigkeitsbeschränkung bei Gesetzes- und Sittenverstoß“, *JuristenZeitung* 20/1986, 913-926.
- Dedual Alessia, *Geltungserhaltende Reduktion - Richterliche Ersatzregelbildung im schweizerischen Vertragsrecht*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 2017.

– Доловић Бојић Г. Катарина, *Правно непостојећи уговори*, Универзитет у Београду, Правни факултет, Београд 2021.

– Доловић Бојић Катарина, Дабић Никићевић Снежана, „Делимична ништавост уговора“ у: Душан В. Поповић (ур.), *Liber amicorum проф. др Мирко Васиљевић*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2021, 727-746.

– Dolović Bojić Katarina, „O konverziji ugovora u srpskom pravu sa posebnim osvrtom na sudsku konverziju“, *Anali Pravnog fakulteta u Begradu* 1/2020, 146-163.

– Dolović Bojić Katarina, „Konverzija ugovora“, Knjiga sažetaka sa Međunarodnog naučnog skupa, Druga regionalna naučna konferencija iz obligacionog prava, 14. i 15. novembar 2019. Beograd, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu 2019, 15 и 16.

– Доловић Бојић Катарина, „’Промењене околности’ у пракси домаћих судова“, *Право и привреда* 4-6/2018, 666-682.

– Дудаш Атила, „Допуштеност једностраног повећања камате у уговорима о кредиту у праву Србије“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2016, 549-568.

– Дудаш Атила, *Кауза облигационих уговора,* докторска дисертација, Универзитет у Новом Саду, Правни факултет, Нови Сад 2011.

– Дудаш Атила, „Кауза уговорне обавезе према Закону о облигационим односима Републике Србије”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2010, 145-170.

– Đorđević Slavko, „Građanski zakonik opšti deo (BGB AT) u prevodu“, Stefan Pürner (Hrsg), Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit, Kragujevac 2017.

– Ђурђевић Б. Дејан, *Институције наследног права*, десето издање, Универзитет у Београду – Правни факултет, Центар за издаваштво и информисање, Београд 2018.

– Đurđević Dejan, „Blagonaklono i dopunjujuće tumačenje testamenta“, u: S. Lilić (prir.), *Pravni kapacitet Srbije za evropske integracije*, knjiga 4, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu 2009, 108-127.

– Ђурђевић Дејан, *Апсолутна ништавост завештања*, докторска дисертација, Универзитет у Београду, Правни факултет, Београд 2004.

– Ђурђевић Марко, Павић Драган, „Неколико мисли о ограничењима слободе уређивања садржине уговора у нашем савременом праву“, *Право и привреда* 7-9/2016, 45-61.

– Đurđević Marko, *Ugovor po pristupu*, doktorska disertacija, Univerzitet u Beogradu, Pravni fakultet, Beograd 2001.

– Đurđević Marko, *Raskidanje ili izmena ugovora zbog promenjenih okolnosti*, Magistarski rad, Beograd 1994.

– Esposito Fabrizio, "Dziubak Is a Fundamentally Wrong Decision: Superficial Reasoning, Disrespectful of National Courts, Lowers the Level of Consumer Protection", *European Review of Contract Law* 4/2020, 538-551.

– Živković Miloš, „Konvalidacija nevažećeg pravnog posla prema Zakonu o obligacionim odnosima" у: Marko Baretić, Saša Nikšić (ur), *Zbornik treće regionalne konferencije o obveznom pravu*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb 2022, 62-80.

– Живковић Милош, „Пролог или о томе може ли се раскинути ништав уговор" у: Доловић Бојић Катарина, Одоровић Ана (прир), *Rebus sic stantibus: раскид уговора о кредиту због промењених околности*, Зборник радова, Београд 2020, 15-18.

– Живковић Милош, „Кратка правна анализа правног схватања ВКС о пуноважности валутне клаузуле код уговора о кредиту у швајцарским францима и конверзији", *Право и привреда* 4-6/2019, 458-490.

– Živković Miloš, „O dozvoljenosti ugovaranja troškova obrade kredita u pravu Srbije", *Bankarstvo* 2/2018, 14-51.

– Živković Miloš, „O zlehudoj sudbini hipotekarnog poverioca drugog ranga u vansudskom postupsku namirenja (Presude Privrednog suda u Beogradu i Privrednog apelacionog suda)", *KoPra - Kontinentalno pravo - Časopis za održivi i skladan razvoj prava* 2/2018, 61-75.

– Živković Miloš, *Akcesornost založnih prava na nepokretnosti*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2010.

– Živković Miloš, *Obim saglasnosti neophodan za zaključenje ugovora*, Službeni glasnik i Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2006.

– Seiler Hans Hermann, „Utile per inutile non vitiatur, Zur Teilunwiksamkeit von Rechtsgeschäften im römischen Recht", у: Dieter Medicus, Hans Hermann Seiler (Hrsg), *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, München 1976, 127-147.

– Illedits Alexander, *Teilnichtigkeit im Privatrecht*, Juristische Schriftenreihe Band 41, Verlag der Österreichischen Staatsdruckerei, Wien 1991.

– Илић Никола, „Пракса Суда правде Европске уније у вези са уговорима о кредиту који су индексирани у швајцарским францима", у: Катарина Доловић Бојић и Ана Одоровић (прир.), *Rebus sic stantibus: раскид уговора о кредиту због промењених околности*, Београд 2020, 155-170.

– Jansen Nils, Zimmermann Reinhard (ed.), *Commentaries on European Contract Laws*, University Press, Oxford 2018.

- Jürgen Ellenberger *et al*, Beck'sche kurz-Kommentare Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 80. Auflage, C.H. Beck, München 2021.
- Josipović Tatjana, *Zaštita potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi – Načela i standardni zaštite u odlukama Suda Europske unije,* Narodne novine, Zagreb 2018.
- Kaser Max, *Römisches Privatrecht*, 14. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 1986.
- Canaris Claus-Wilhelm, „Gesamtunwirksamkeit und Teilgültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen", у: Jürgen F. Baur *et al* (Hrsg), *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag* 1990, 519-571.
- Canaris Claus-Wilhelm, „Die Feststellung von Lücken im Gesetz - Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem", *Schriften zur Rechtstheorie*, Heft 3, 2. Aufl., Berlin 1983, 5-13, 15–219.
- Карамарковић Лепосава, „Апсолутно ништави уговори – значај разликовања непостојећих уговора (уговора у настајању) и апсолутно ништавих уговора", *Расправе из уговорног, одштетног и процесног права*, треће допуњено издање, Глосаријум, Београд 2004, 7-25.
- Karamarković Leposava, „Apsolutno ništavi ugovori", *Pravni život* 10/1995, 405-421.
- Карамарковић Хранислав (ур), *Збирка судских одлука из области грађанског права 1973-1986*, Врховни суд Србије.
- Караникић Мирић Марија, „Отежано испуњење уговорне, обавезе", *Право и привреда* 4/2020, 25-54.
- Караникић Мирић Марија, „Интервентно законодавство на примеру Закона о конверзији стамбених кредита индексираних у швајцарским францима", *Право и привреда* 1/2020, 114-136.
- Karanikić Mirić Marija, „Kolektivna zaštita potrošača u srpskom pravu", *Anali Pravnog fakulteta u Zenici* 7/2014, 57-83.
- Karanikić Mirić Marija, „Nepravične odredbe u ugovornom pravu Republike Srbije", *Forum za građansko pravo za jugoistočnu Evropu*: *izbor radova i analiza*, Druga regionalna konferencija, Sokplje 2012, Knjiga II, 218-229.
- Karanikić Mirić Marija, „Nepravične odredbe u potrošačkim ugovorima", у: S. Lilić (prir.), *Pravni kapacitet Srbije za evropske integracije*, knjiga 4, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu 2009, 128-146.
- Кеча Ранко, Кнежевић С. Марко, *Грађанско процесно право*, 19. измењено издање, Службени гласник, Београд 2022.

- Кеча Ранко, Кнежевић Марко, „Дозвољеност ревизијске контроле оцене доказа у парничном поступку, – О пољу примене чл. 407 ст. 2 у вези са чл. 403 ст. 2 ЗПП –“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2020, 929-952.
- Клајн Иван, Шипка Милан, *Велики речник страних речи и израза*, Прометеј, Нови Сад 2006.
- Klang Heinrich, Gschnitzer Franz (Hrsg), *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, §§ 859-1044, Österreichischer Staatsdruckerei, Wien 1968.
- Klasiček Dubravka, “Terms of Service in Online Adhesion Contracts: Issues and Possible Solutions”, Legal Tradition and New Legal Challenges – 3rd International Scientific Conference Novi Sad, 29th and 30th September, 2021, Book of Abstracts, University of Novi Sad, Faculty of Law, Novi Sad 35-37.
- Kletečka Andreas, Schauer Martin (Hrsg), *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Manz, Wien 2010.
- Knežević S. Marko, “Out-Of-Trial Ensuring Uniform Case Law in Serbia: Socialist Legal Tradition Reloaded” y: Dušan V. Popović et al. (Eds), *Balkan Yearbook of European and International Law 2021*, Springer, Cham 2022, 184-212.
- Knežević S. Marko, “The Citation Prohibition of the Case Law and Jurisprudence in Serbian Court Decisions: Matter of Tradition or Matter of Dogma?” *2. International Scientific Conference “Legal Tradition and New Legal Challenges”*, Novi Sad: Faculty of Law, 1-2 October, Novi Sad 2020, 60-61.
- Кнежевић С. Марко, *Уједначавање судске праксе у Републици Србији – стање ствари и предлози за реформу*, Пројекат „Унапређење ефикасности правосуђа“ 12SER 01/01/121, 2017.
- Кнежевић С. Марко, *Расправно начело у српском парничном поступку*, Службени гласник, Београд 2016.
- Ковачевић Куштримовић Радмила, Лазић Мирослав, *Увод у грађанско право*, друго издање, Пунта, Ниш 2011.
- Ковачек-Станић Гордана, Самарџић Сандра, „Заштита слабијег партнера у уговорном брачно-имовинском режиму“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2016, 1047-1065.
- Kodek Georg (Hrsg), *ABGB-Praxiskommentar*, Bd. 4: §§ 859 - 1089 ABGB, WuchG, UN-Kaufrecht, 4. Aufl, LexisNexis, Wien 2014.
- Козар Владимир, Алексић Немања „Правне последице раскида уговора о кредиту са валутном клаузулом због промењених околности“, *Право и привреда* 1-3/2017, 81-95.

- Koller Alfred, „Die Verjährung bei der Rückabwicklung von Verträgen“, *Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen* 1/2006, 4/7.
- Константиновић Михаило, *Облигације и уговори – Скица за Законик о облигацијама и уговорима*, Класици југословенског права, Београд 1996.
- Константиновић Михаило, „Природа уговорне казне – смањење од стране суда“, *Анали Правног факултета у Београду* 3-4/1982, 520-528.
- Koziol Helmut, „Sonderprivatrecht für Konsumentenkredite?“ *Archiv für die civilistische Praxis*, 2-3/1988, 183-229.
- Krampe Christoph, *Die Konversion des Rechtsgeschäfts*, Klostermann, Frankfurt am Main 1980
- Christof Peter, „Grundsätze der Teilanfechtung unter Berücksichtigung der Besonderheiten im Mehrpersonenverhältnis“, *Juristische Ausbildung* 1/2014, 1–10.
- Kriechbaum Maximiliane, „Teilnichtigkeit und Gesamtnichtigkeit: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts vor und nach Erlaß des BGB“, y: Ulrich Falk, Heinz Mohnhaupt (Hrsg), *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main 2000, 39-76.
- Krulj Vrleta, *Promenjene okolnosti i ugovorna odgovornost (nemogućnost ispunjenja, viša sila, klauzula rebus sic stantibus)*, Institut za uporedno pravo, Beograd 1967.
- Krulj Vrleta, *Ništavost pravnih poslova – posledice ništavosti*, doktorska disertacija, Beograd 1954.
- Лазић Мирослав, „Заштита хипотекарног дужника од неправичних клаузула“, З*борник радова Правног факултета у Нишу* 70/2015, 555-572.
- Lazić Miroslav, *Prava realnog obezbeđenja*, Punta, Niš 2009.
- Leitner Max, „Ist das vollständige Ende der geltungserhaltenden Reduktion gekommen?“, *Österreichische Juristen-Zeitung* 6/2002, 711-717.
- Lang Eduard, *Teilweise Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte § 139 BGB*, Emil Ebering, Berlin 1927
- Lippi Marco *et al*, “CLAUDETTE: an automated detector of potentially unfair clauses in online terms of service“, *Artificial Intelligence and Law* 2/2019, 117-139.
- Mayer-Maly Theo, „Die Bedeutung des tatsächlichen Parteiwillens für den hypothetischen“, y: Horst Heinrich Jakobs *et al* (Hrsg), *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag* – Band I, Köln 1978, 621-628.

- Mayer-Maly Theo, „Über die Teilnichtigkeit“, y: (Hrsg) Christoph Faistenberger, Heinrich Mayrhofer, *Gedenkschrift Franz Gschnitzer*, Scientia Verlag, Aalen 1969, 265-284.
- Meier-Hayoz Arthur (Hrsg), *Berner Kommentar - Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht*, Band. 6, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilbd. 1a: Inhalt des Vertrages: Kommentar zu Art. 19 - 22 OR, erläutert von Ernst A. Kramer, Stämpfli, Bern 1991.
- Марић Дарија, *Очигледна несразмера у уговорном праву,* докторска дисертација, Правни факултет у Новом Саду 2020.
- Марковић Лазар, *Облигационо право*, Класици југословенског права, Службени лист СРЈ, Београд 1997.
- Marcoux Yvon, “Covenants not to compete in common law”, *Les Cahiers de droit* 10(2)/1969, 251–306.
- Markus Stoffels (Red), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 305-310; UKlaG (AGB-Recht 1 und Unterlassungsklagengesetz, Neubearbeitung 2019 Dagmar Coester-Waltjen *et al*, Sellier-de Gruyter, Berlin 2019.
- Medicus Dieter, Jens Petersen, *Allgemeiner Teil des BGB*, 11., neu bearbeitete Auflage C.F. Müller, Heidelberg 2016.
- Medicus Dieter, *Allgemeiner Teil des BGB*, 10., neu bearbeitete Auflage, C.F. Müller, Heidelberg 2010.
- Medicus Dieter, „Über die Rückwirkung von Rechtsprechung“, *Neue Juristische Wochenschrift*, 40/1995, 2577-2584.
- Medicus Dieter, „Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlage“ y: Horst Heinrich Jakobs et al (Hrsg) *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag*, Verlag. Dr. Otto Schmidt KG, Köln 1978, 629-647.
- Möllers M. J. Thomas, *Juristische Methodenlehre*, 2. Auflage, C.H. Beck, München 2019.
- Midorović Sloboda, “The Concept of Unfair Terms in Consumer Contracts in Serbian Law: The Case of Validity of Contracting Credit Costs” y: Dušan V. Popović *et al* (eds), *Balkan Yearbook of European and Internaitonal Law 2021*, Springer, Cham 2022, 141-160.
- Мидоровић Слобода, „О институту делимичне ништавости уговора кроз призму начела слободе уговарања“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2020, 1475-1500.

- Midorović Sloboda, Sekulić Miloš, „A New Function of Personal Data in the Light of the Contract for the Supply of Digital Content and Digital Services", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2019, 1145-1166.
- Мидоровић Слобода, Ковачевић Милица, „Слобода уговарања и њене границе на примеру „неправог" уговора о доживотном издржавању", 1. Научни скуп са међународним учешћем *„Право у функцији развоја друштва"*, Косовска Митровица, Правни факултет, Универзитет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, 24. мај, 2019, 409-428.
- Мијановић Дражен, „Ништавост као претпоставка конверзије уговора", *Гласник Адвокатске коморе Војводине* 4/2021, 1085-1113.
- Miladinović Snežana, „Integracija obligacionog ugovora – Popunjavanje ugovornih praznina", *Pravni život* 10/2001, 431-445.
- Милутин Милан, „Дужничка доцња у римском класичном праву", докторска дисертација; Универзитет у Новом Саду, Правні факултет у Новом Саду 2021.
- Мишчевић Николина, *Јавнобележничка форма облигационих уговора*, докторска дисертација, Универзитет у Новом Саду, Правни факултет, Нови Сад 2022.
- Мишчевић Николина, „Форма уговора о хипотеци", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2015, 1403-1416.
- Monferrini Isabelle, von der Crone Hans Caspar, „Die Rückabwicklung mangelhafter Verträge, Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts 4A_562/2010 vom 3. Mai 2011 i.S. X. Corp. (Beschwerdeführerin) gegen A. (Beschwerdegegnerin)", *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht* 5/2011, 485-496.
- Николић Душан, Мидоровић Слобода, „Развој посебних својинскоправних режима", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2021, 67-92.
- Николић Душан, *Увод у систем грађанског права*, Центар за издавачку делатоност Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад 2020.
- Николић Душан, „Одговорност за развој правног система и креативна улога судова", *Зборник сажетака са међународне научне конференције* „Одговорност у правном и друштвеном контексту", Правни факултет Универзитет у Нишу, Ниш 2020, 227 и 228.
- Николић Душан, „О ширини теме докторске дисертација из правних наука" у: (ур) Милош Живковић, *Liber amicorum Владимир Водинелић*, Београд 2019, 213-225.
- Николић Ж. Душан, „Однос људских права и грађанских приватних права у Европи", *Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније* 4/2016, 193-210.

- Николић Душан, „Правна заштита слабије стране у приватном праву Републике Србије“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 70/2015, 499-516.
- Николић Душан, *Увод у систем грађанског права*, треће издање, Универзитет у Новом Саду, Правни факултет, Нови Сад 2001.
- Nikolić Dušan, *Građanskopravna sankcija – Geneza, evolucija i savremeni pojam*, Pravni fakultet u Novom Sadu – Centar za idavačku delatnost, Novi Sad 1995.
- Орлић Миодраг, *Закључење уговора*, Институт за упоредно право, Београд 1993.
- Pawlowski Hans-Martin, *Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen, Amts- und Parteinichtigkeit von Rechtsgeschäften, Zum Verhältnis von Privatautonomie und objektivem Rec*ht, Verlag Otto Schwartz&Co, Göttingen 1966.
- Пајтић Бојан, Радовановић Сања, Дудаш Атила, *Облигационо право*, Правни факултет у Новом Саду, Центар за издавачку делатност, Нови Сад 2018.
- Parivodić S. Milan, „Sudsko dopunjujuće tumačenje ugovora – O implicitnim odredbama ugovora“, *Pranvni život* 10/2000, 371-380.
- Perović Slobodan, „Autonomija volje i prinudni propisi“, *Pravni život* 5-6/2007, 7-37.
- Perović Slobodan (ur.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* - knjiga I Savremena administracija, Beograd 1995.
- Perović Slobodan, *Obligaciono pravo*, Knjiga prva, Privredna štampa, Beograd 1980.
- Perović Slobodan, Stojanović Dragoljub (red.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Knjiga prva, Kulturni centar – Gornji Milanovac, Pravni fakultet Kragujevac, Gornji Milanovac 1980.
- Perović Slobodan, *Zabranjeni ugovori u imovinskopravnim odnosima*, Službeni list SFRJ, Beograd 1975.
- Petersen Jens, „Die Teilnichtigkeit“, *Jura* 6/2010, 419-421.
- Попов Даница, *Грађанско право (Општи део)*, Центар за издавачку делатност Универзитет у Новом Саду, Правни факултет, Нови Сад 2012.
- Радишић Јаков, *Облигационо право: општи део*, десето издање, Правни факултет у Нишу, Ниш 2016.
- Радовановић Сања, Мишчевић Николина, „О подели на непостојеће и ништаве уговоре у домаћем праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2020, 267-287.
- Радовановић Сања, *Акцесорност уговорне казне у српском праву*, Универзитет у Новом Саду Правни факултет, Нови Сад 2017.

- Радошевић Ратко, *Правна природа управног уговора,* докторска дисртација, Правни факултет у Новом Саду 2018.
- Raiser Ludwig, „Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit“, *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum Hundertjährigen bestehen des deutschen Juristentages 1860-1960*, Ernst von Caemmerer, Ernst Friesenhahn, Richard Lange Hrsg., Band I, Verlag C.F. Müller, Karlsruhe 1960, 101-134.
- Ристић Бојана, „Улога клаузуле јавног поретка код уговора са међународним елементом“, *Зборник Правног факултета у Новом Саду* 2/2018, 681-696.
- Rummel Peter, Lukas Meinhard (Hrsg), *ABGB, Teilband §§ 859-916 ABGB (Vertragsrecht),* 4. Auflage, MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2014.
- Салма Јожеф, „Грађанскоправни и трговински уговори – Основна теоријска и методолошка питања и њихове кодификације –“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2010, 37-64.
- Salma Jožef, *Obligaciono pravo,* šesto izdanje, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad 2009.
- Салма Јожеф, „Начело 'Nemo auditur propriam turpitudinem allegans' и ништавост уговора”, *Анали Правног факултета у Београду* 3-4/2004, 487-495.
- Salma Jožef, *Prekomerno oštećenje u obligacionim ugovorima*, magistarski rad, Univerzitet u Beogradu Pravni fakultet, Novi Sad 1975.
- Sandrock Otto, „Subjektive und objektive Gestaltungskräfte bei der Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften, Ein Beitrag zur Auslegung von § 139 BGB“, *Archiv für die civilistische Praxis* 6/1960-1961, 481-546.
- Сворцан Слободан, *Предмет уговора*, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац 2007.
- Sebastian Herrler (Red), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 139-163, Neubearbeitung 2020 von Reinhard Bork, Herbert Roth, ottoschmidt - de Gruyter, Berlin 2020.
- Sibony Anne-Lise, “European Unfairness and American Unconscionability: A Letter From a European Lawyer to American Friends”, *European Review of Contract Law* 2/2019, 195–226.
- Станковић Обрен, Водинелић В. Владимир, *Увод у грађанско право,* Номос, Београд 2007.

- Станковић Обрен, Орлић Миодраг, *Стварно право*, 9. неизмењено издање, Номос, Београд 2014.
- Stojanović D. Dragoljub, *Uvod u građansko pravo*, 9. izdanje, Izdavači: Dr. Dragoljub i Srđan Stojanović, Beograd 2000.
- Stojčević Dragomir, Romac Ante, *Dicta et regulae iuris – Latinska pravna pravila, izreke i definicije sa prevodom i objašnjenjima*, drugo dopunjeno izdanje, Savremena administracija, Beograd 1971.
- Tešić S. Nenad, *Pravo zaštite hipotekarnih potrošača*, Knjiga prva – *Pojam hipotekarnog potrošača*, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd 2022.
- Тешић Ненад, „О природи и пореклу потрошачке рањивости“, *Анали Правног факултета у Београду* 3/2020, 86-110.
- Tomás Gema, “Utile per inutile non vitiatur: can favor contractus be considered a European regula iuris?”, *European Review of Contract Law* 3/ 2016, 259–286.
- Ulmer Peter, „Offene Fragen zu § 139 BGB – Vorteilsregel und „Politik des Gesetzes““ y: Jürgen F. Baur *et al* (Hrsg), *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag* 1990, 799-816.
- Uffmann Katharina, „Vertragsgerechtigkeit als Leitbild der Inhaltskontrolle“, *Neue Juristische Wochenschrift* 31/2012, 2225-2230.
- Uffmann Katharina, *Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion*, Mohr Siebeck, Tübingen 2010.
- Farnsworth Edward Allan, *Farnsworth on Contracts*, Restatement (Second) of Contracts, Third Edition, Volume II, Aspen Publishers, New York 2004.
- Fastrich Lorenz, *Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht*, Beck, München 1992.
- Flume Werner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, vierte unveränderte Auflage, Springer –Verlag, Berlin 1992.
- Flume Werner, „Rechtsgeschäft und Privatautonomie“, y: *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hunderjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages*, Karlsruhe 1960, 135-238.
- Von Esch Heinrich Pierer, *Teilnichtige Rechtsgeschäfte, Das Verhältnis von Parteiwille und Rechtssatz im Bereich des § 139 BGB*, Dissertation, Carl Heymanns Verlag KG, Köln – Berlin – Bonn – München 1968.
- Francisco Sabadin Medina, *Das Nichtrechtsgeschäft im deutschen Zivilrecht – Ein Beitrag zu den Tatbeständen des Rechtsgeschäfts und der Willenserklärung*, Igel Verlag RWS, Hamburg 2015.

- Furrer Andreas, Schnyder K. Anton (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen*, 3. Auflage, Schulthess, Zürich – Basel– Genf 2016.
- Hager Johannes, Gesetzes- und sittenkomforme Auslegung und Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäfte, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität zu München, München 1983.
- Heiss Helmut, *Formmängel und ihre Sanktionen – Eine privatrechtsvergleichende Untersuchung*, Mohr Siebeck, Tübingen 1999.
- Hackl H. Christoph, *Die Zivilrechtliche Teilnichtigkeit und Ihre Folgen am Beispiel des Pactum De Quota Litis*, Dissertation, Wien 2017.
- Hart Dieter, „Zivilrechtspraxis zwischen Vertragskonsolidirung und Vertragsrechtsfortbildung, Am Beispiel der ergänzende Vetragsauslegung und der Geschäftsgrundlage“, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 2/1989, 179-200.
- Hadžimanović Nataša, *Auslegung und Ergänzung von Verträgen: vertragliche Nebenpflichten im englischen und schweizerischen Recht*, Schulthess, Zürich 2006.
- Herzog Bertold, *Quantitative Teilnichtigkeit, Zugleich Darlegungen zur Struktur des Rechtsgeschäfts und der rechtsgeschäftlichen Bestandteile*, Göttingen 1926.
- Häsemeyer Ludwig, „Geltungserhaltende oder geltungszerstörende Reduktion?“, y: Mathias Habersack *et al* (Hrsg.), *Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag am 2. Januar 2003*, De Gruyter Recht, Berlin 2003, 1097-1108.
- Хибер Драгор, Живковић Милош, „Заштита корисника кредита од једностране измене висине уговорене камате”, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 70/2015, 573-586.
- Хибер Драгор, Живковић Милош, *Обезбеђење и учвршћење потраживања*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015.
- Hübner Ulrich, „Personale Relativierung der Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften nach dem Schutzzweck der Norm“, y: Gottfried Baumgärtel *et al* (Hrsg.), *Festschrift für Heinz Hübner zum 70. Geburtstag am 7. November 1984*, Walter de Gruyter, Berlin-New York 1984, 487-503.
- Hürlimann Roland, *Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR*, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, Freiburg 1984.
- Howells Geraint, Twigg-Flesner Christian, Wilhelmsson Thomas, *Rethinking EU Consumer Law*, Routledge, Abington – New York 2018.

– Цветић Раденка, Мидоровић Слобода, „Сусвојина етажних власника на парцели на којој је зграда изграђена“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2021, 737-763.

– Cvetić Radenka, *Pravo preče kupovine*, SCI Akademska izdavačla kuća, Novi Sad 2002.

– Цветић Раденка, „Добри пословни обичаји“, у: Милијан Поповић (прир.), *Реконструкција правног система Југославије на основама слободе, демократије, тржишта и социјалне правде*, Правни факултет Универзитет у Новом Саду, Нови Сад 2000, 205-210.

– Раденка Цветић, „Забрана злоупотребе субјективних права“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1-3/1995, 205-210.

– Цветковић-Ђорђевић В. Валентина, *Кондикција и правно неосновано обогаћење,* докторска дисертација, Универзитет у Београду, Правни факултет, Београд 2015.

– Zimmermann Reinhard, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta & Co, Cape Town 1990.

– Zimmermann Reinhard, *Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit? Die rechtliche Behandlung anstößig-übermäßiger Verträge*, Duncker & Humblot, Berlin 1979.

– Schmidt Anke, *Richterliche Rechtsfortbildung in Deutschland und der Schweiz: Plädoyer für ein methodisches Vorgehen auf Grundlage des Legitimitätsgedankens*, Duncker & Humblot, Berlin 2017.

– Spieß Primin, „Zur Einschränkung der Irrtumsanfechtung — Die Bindung des Irrenden an den fehlerfreien Teil seiner Willenserklärung“, *JuristenZeitung* 13/1985, 593-602.

– Staffhorst Andreas, *Die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften im klassischen römischen Recht*, Duncker & Humbolt, Berlin 2006.

## ИЗВОРИ СА ИНТЕРНЕТА

– Commission notice — Guidance on the interpretation and application of Council Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts (Text with EEA relevance.), *OJ* C 323, 27.9.2019, 4–92, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XC0927(01) (3.09.2022.)

– Саопштење Управног одбора АКВ од 01.10.2021. – Апсурдни поступци Врховног касационог суда, https://akv.org.rs/wp-content/uploads/2021/10/Saopstenje-AK-Vojvodine-01-10-2021-godine.pdf (5. априла 2022.)

ПРАВНИ ИЗВОРИ


- Закон о заштити потрошача, *Службени гласник РС,* број 88/2021.
- Закон о туризму, *Службени гласник РС,* бр. 17/2019.
- Закон о конверзији стамбених кредита индексираних у швајцарским францима, *Службени гласник РС*, бр. 31/2019.
- Прднацрт Грађанског законика Републике Србије – радни текст припремљен за јавну расправу, са алтернативним предлозима Београд 29. маја 2015. године.
- Закон о парничном поступку *Службени гласник РС,* бр. 72/2011, 49/2013 (Одлука Уставног суда), 74/2013 (Одлука Уставног суда), 55/2014, 87/2018, 18/2020.
- Закон о промету непокретности, *Службени гласник РС*, бр. 93/2014, 121/2014, 6/2015.
- Закон о заштити корисника финансијских услуга, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 139/2014
- Закон о заштити потрошача, *Службени гласник РС*, бр. 73/2010.
- Закон о шумама, *Службени гласник РС, бр. 30/2010, 93/2012, 89/2015, 95/2018 (други закон)*
- Устав Републике Србије, *Службени гласник РС,* бр. 98/2006, 16/2022 (Одлука о проглашењу Уставног закона за спровођење Акта о промени Устава Републике Србије - Амандмани I - XXIX - *Сл. гласник РС,* бр. 115/2021
- Закон о хипотеци, *Службени гласник РС*, бр. 115/2005, 60/2015, 63/2015 (Одлука Уставног суда), 83/2015
- Закон о раду, *Службени гласник РС, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 (Одлука Уставног суда), 113/2017, 95/2018 (Аутентично тумачење)*
- Закон о наслеђивању, *Службени гласник* РС, 46/95, 101/2003, 6/2015.
- Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ,* бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Службени лист СРЈ,* бр. 31/93, (Уредба - за време ратног стања: 22/99, 23/99, 35/99, 44/99), *Службени гласник РС, бр.* 18/2020.
- Закон о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације из 1946. године, *Службени лист ФНРЈ,* бр. 86/46, 105/46, 96/47.

– Српски грађански законик (Грађански законик за Књажество Србију) из 1844. године.

– Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору, *Државна штампарија*, Цетиње 1888.

– Директива 93/13/ЕЕЗ о неправичним одредбама потрошачких уговора (Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, *OJ L* 095, 21.4.1993, 29-34).

– Немачки грађански законик (*Bürgerliches Gesetzbuch*) из 1896. у садржини објављеној од 2. јануара 2002. године (*BGBl.* I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), са последњим изменама из 2022. (*BGBl*. I S. 1982).

– Немачки Закон о уређењу права општих услова пословања – *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* из 1976. године (*BGBl* Nr. 142) који је 1.2.2002. године престао да се примењује.

– Немачки Основни закон (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*) из 1949. године са последњим изменама из 2022. године (*BGBl*. I S. 968).

– Швајцарски Законик о облигацијама (*Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches - Fünfter Teil: Obligationenrecht)* из 1911. године (*BBl* 1905 II 1, 1909 III 725, 1911 I 845) са последњим изменама из 2022.

– Швајцарски грађански законик (*Schweizerisches Zivilgesetzbuch*) из 1907. године (*BBl* 1904 IV 1, 1907 VI 367), са последњим изменама из 2022. године.

– Аустријски закон о заштити потрошача – *Konsumentenschutzgesetz (BGBl.* Nr. 140/1979*), последњи пут мењан 2022. године (BGBl.* I Nr. 109/2022*)*.

– Аустријски Закон о зеленашењу – *Wuchergesetz* (*BGBl*. Nr. 271/1949), последњи пут мењан 2001. године (*BGBl*. I Nr. 98/2001).

– Аустријски општи грађански законик - *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie* из 1811. године (*JGS* Nr. 946/1811), са изменама уз 2022. године (*BGBl*. I Nr. 145/2022).

– Француски грађански законик (*Code Civil*) iz 1804. године са последњим изменама из 2022.

– Италијански грађански законик (*Codice civile*) од 16. марта 1942. године (*Regio Decreto*, n. 262) са изменама.

– Гајеве Институције (3.97 и даље) – У раду је коришћен превод Гајевих Институција проф. др Обрада Станојевића: Gai, *Institutiones*, превео Обрад Станојевић, Београд 2009.

СУДСКА ПРАКСА

– Допуна правног става ВКС о дозвољености уговарања трошкова кредита усвојена на седници Грађанског одељења ВКС одржаној 16.09.2021. године.

– Правни став Грађанског одељења ВКС о дозвољености уговарања премије осигурања, као обавезе корисника кредита, код националне корпорације за осигурање стамбених кредита усвојен на седници одржаној 16.09.2021. године.

– Правно схватање Грађанског одељења ВКС о допуштености уговарања валутне клаузуле у швајцарским францима усвојено на седници одржаној 2.04.2019. године.

– Правни став Грађанског одељења ВКС о дозвољености уговарања трошкова кредита усвојен 22.05.2018. године.

– Пресуда Врховног касационог суда Рев 4166/2020 од 22. 10.2020. године.

– Решење Врховног касационог суда П1 463/2019 од 3.10.2019. године.

– Пресуда Врховног касационог суда Рев. 270/17 од 29.03.2017. година.

– Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. 1454/13 од 22.12.2014.

– Пресуда немачког Савезног радног суда (BAG) 9 AZR 545/12 од 18.03.2014. године.

– Пресуда немачког Савезног суда (BGH) XII ZB 303/13 од 29.01.2014. године.

– Пресуда немачког Савезног суда (BGH), VIII ZR 80/12 од 23.01.2013. године.

– Пресуда немачког Савезног суда (BGH) IX ZR 18/09 од 4.02.2010. године.

– Пресуда немачког Савезног суда (BGH) KZR 2/07 од 29.04.2008. године.

– Пресуда немачког Савезног суда (BGH) IV ZR 162/03 од 12.10.2005. године.

– Пресуда немачког Савезног суда (BGH) IX ZR 358/00 од 12.07.2001. године.

– Пресуда немачког Савезног суда (BGH) IX ZR 108/94 од 18.05.1995. године.

– Пресуда немачког Савезног суда (BGH) IX ZR 209/91 од 09.07.1992. године.

– Пресуда немачког Савезног суда (BGH) ZR 274/88 од 09.02.1990. године.

– Пресуда немачког Савезног суда (BGH) IX ZR 199/86 од 25. 06.1987. године.

– Пресуда немачког Савезног суда (BGH) VIII ZR 54/83 од 01.02.1984. године.

– Пресуда немачког Савезног суда (BGH) V ZR 74/66 од 27.06.1969. године.

– Пресуда швајцарског Савезног суда (BGE) 138 III 322 од 27.03.2012. године.

– Пресуда швајцарског Савезног суда (BGE) 4C. 156/2006 од 17.08.2006. године.

– Пресуда швајцарског Савезног суда (BGE) 123 III 292 од 26.06.1997. године.

– Пресуда швајцарског Савезног суда (BGE) 96 II 129 од 23.06.1970. године.

– Пресуде Врховног суда Аустрије (OGH) 2 Ob 1/09z од 22.04.2010. године.

– Пресуде Врховног суда Аустрије (OGH) 3 Ob 562/95 од 13.09.1995. године.

– Пресуда Суда правде Европске уније од 3. октобра 2019. године у случају C-260/18, *Kamil Dziubak, Justyna Dziubak v Raiffeisen Bank International AG*.

– Пресуда Суда правде Европске уније од 7. августа 2018. године у спојеним случајевима C-96/16 и C-94/17, *Banco SantanderSA v Mahamadou Demba, Mercedes Godoy Bonet (C 96/16) и Rafael Ramón Escobedo Cortés v Banco de Sabadell SA* (C 94/17).

– Пресуда Суда правде Европске уније од 26. јануара 2017. године у случају C-421/14, *Banco Primus SA v Jesús Gutiérrez García.*

– Пресуда Суда правде Европске уније од 21. децембра 2016. године у спојеним случајевима C-154/15, C-307/15 и C-308/15 - *Francisco Gutiérrez Naranjo v Cajasur Banco SAU.*

- Пресуда Суда правде Европске уније од 11. јуна 2015. године у случају C-602/13, *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA v. Fernando Quintano Ujeta, María-Isabel Sánchez García.*

- Пресуда Суда правде Европске уније од 30. априла 2014. године у случају C-26/13 *Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai v OTP Jelzálogbank Zrt* и мишљење општег правобраница *Вала* (*Wahl*) од 12. фебруара 2014. године.

- Наредба Суда правде Европске уније од 3. априла 2014. године у случају C-342/13 *Katalin Sebestyén v Zsolt Csaba Kővári, OTP Bank,OTP Faktoring Követeléskezelő Zrt, Raiffeisen Bank Zrt.*

- Пресуда Суда правде Европске уније од 16. јануара 2014. године у случају C 226/12 - *Constructora Principado SA v José Ignacio Menéndez Álvarez.*

- Пресуда Суда правде Европске уније од 30. маја 2013. године у предмету бр. C-488/11, *Dirk Frederik Asbeek Brusse, Katarina de Man Garabito v Jahani BV.*

- Пресуда Суда правде Европске уније од 14. марта 2013. године у случају C-415/11, *Mohamed Aziz v Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa).*

- Пресуда Суда правде Европске уније од 15. марта 2012. године у случају бр. C-453/10 *Jana Pereničová and Vladislav Perenič v SOS financ spol. s r. o* и мишљење општег правобраница *Трстењак* у истом случају од 29. новембра 2011.

- Наредба Суда правде Европске уније од 16. новембра 2010. године у случају C-76/10, *Pohotovosť s. r. o. v Iveta Korčkovská.*

- Пресуда Суда правде Европске уније од 4. јуна 2009. у случају C-243/08, *Pannon GSM Zrt. V Erzsébet Sustikné Győrfi.*

- Пресуда Суда правде Европске уније од 1. априла 2004. године у случају C-237/02, *Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG and Ludger Hofstetter, Ulrike Hofstetter.*

- Пресуда Суда правде Европске уније од 27. јуна 2000 у спојеним случајевима *Océano Grupo Editorial SA v Roció Murciano Quintero* (C-240/98); *Salvat Editores SA* v *José M. Sánchez Alcón Prades* (C-241/98), *José Luis Copano Badillo* (C-242/98), *Mohammed Berroane* (C-243/98) и *Emilio Viñas Feliú* (C-244/98).

# План третмана података

| **Назив пројекта/истраживања** |
| --- |
| |
| **Назив институције/институција у оквиру којих се спроводи истраживање** |
| а)<br>б)<br>в) |
| **Назив програма у оквиру ког се реализује истраживање** |
| |
| **1. Опис података** |
| *1.1* Врста студије<br><br>*Укратко описати тип студије у оквиру које се подаци прикупљају*<br>Није било прикупљања података.<br><br>_____<br><br>_____<br><br>1.2 Врсте података<br>а) квантитативни<br>б) квалитативни<br><br>1.3. Начин прикупљања података<br>а) анкете, упитници, тестови |

б) клиничке процене, медицински записи, електронски здравствени записи

в) генотипови: навести врсту _____

г) административни подаци: навести врсту _____

д) узорци ткива: навести врсту_____

ђ) снимци, фотографије: навести врсту_____

е) текст, навести врсту _____

ж) мапа, навести врсту _____

з) остало: описати _____

1.3 Формат података, употребљене скале, количина података

1.3.1 Употребљени софтвер и формат датотеке:

а) Excel фајл, датотека _____

b) SPSS фајл, датотека _____

c) PDF фајл, датотека _____

d) Текст фајл, датотека _____

e) JPG фајл, датотека _____

f) Остало, датотека _____

1.3.2. Број записа (код квантитативних података)

а) број варијабли _____

б) број мерења (испитаника, процена, снимака и сл.) _____

1.3.3. Поновљена мерења

а) да

б) не

Уколико је одговор да, одговорити на следећа питања:

а) временски размак између поновљених мера је _____

б) варијабле које се више пута мере односе се на _____

в) нове верзије фајлова који садрже поновљена мерења су именоване као _____

Напомене: _____

*Да ли формати и софтвер омогућавају дељење и дугорочну валидност података?*

*а) Да*

*б) Не*

*Ако је одговор не, образложити* _____

_____

**2. Прикупљање података**

2.1 Методологија за прикупљање/генерисање података

2.1.1. У оквиру ког истраживачког нацрта су подаци прикупљени?

а) експеримент, навести тип _____

б) корелационо истраживање, навести тип _____

ц) анализа текста, навести тип _____

д) остало, навести шта _____

*2.1.2 Навести врсте мерних инструмената или стандарде података специфичних за одређену научну дисциплину (ако постоје).*

_____

_____

2.2 Квалитет података и стандарди

2.2.1. Третман недостајућих података

а) Да ли матрица садржи недостајуће податке? Да Не

Ако је одговор да, одговорити на следећа питања:

а) Колики је број недостајућих података? _____

б) Да ли се кориснику матрице препоручује замена недостајућих података? Да Не

в) Ако је одговор да, навести сугестије за третман замене недостајућих података

_____

2.2.2. На који начин је контролисан квалитет података? Описати

_____

_____

2.2.3. На који начин је извршена контрола уноса података у матрицу?

_____

_____

**3. Третман података и пратећа документација**

3.1. Третман и чување података

*3.1.1. Подаци ће бити депоновани у _____ репозиторијум.*

*3.1.2. URL адреса* _____

*3.1.3. DOI* _____

*3.1.4. Да ли ће подаци бити у отвореном приступу?*

*а)* *Да*

*б)* *Да, али после ембарга који ће трајати до* _____

*в)* *Не*

*Ако је одговор не, навести разлог* _____

*3.1.5. Подаци неће бити депоновани у репозиторијум, али ће бити чувани.*

*Образложење*

_____

_____

3.2 Метаподаци и документација података

3.2.1. Који стандард за метаподатке ће бити примењен? _____

3.2.1. Навести метаподатке на основу којих су подаци депоновани у репозиторијум.

_____

_____

*Ако је потребно, навести методе које се користе за преузимање података, аналитичке и процедуралне информације, њихово кодирање, детаљне описе варијабли, записа итд.*

_____

_____

_____

_____

3.3 Стратегија и стандарди за чување података

3.3.1. До ког периода ће подаци бити чувани у репозиторијуму? _____

3.3.2. Да ли ће подаци бити депоновани под шифром? Да Не

3.3.3. Да ли ће шифра бити доступна одређеном кругу истраживача? Да Не

3.3.4. Да ли се подаци морају уклонити из отвореног приступа после извесног времена?

Да Не

Образложити

_____

_____

**4. Безбедност података и заштита поверљивих информација**

Овај одељак МОРА бити попуњен ако ваши подаци укључују личне податке који се односе на учеснике у истраживању. За друга истраживања треба такође размотрити заштиту и сигурност података.

4.1 Формални стандарди за сигурност информација/података

Истраживачи који спроводе испитивања с људима морају да се придржавају Закона о заштити података о личности *(https://www.paragraf.rs/propisi/zakon_o_zastiti_podataka_o_licnosti.html)* и одговарајућег институционалног кодекса о академском интегритету.

4.1.2. Да ли је истраживање одобрено од стране етичке комисије? Да Не

Ако је одговор Да, навести датум и назив етичке комисије која је одобрила истраживање

_____

4.1.2. Да ли подаци укључују личне податке учесника у истраживању? Да Не

Ако је одговор да, наведите на који начин сте осигурали поверљивост и сигурност информација везаних за испитанике:

а) Подаци нису у отвореном приступу

б) Подаци су анонимизирани

ц) Остало, навести шта

_____

_____

## 5. Доступност података

*5.1. Подаци ће бити*

*а) јавно доступни*

*б) доступни само уском кругу истраживача у одређеној научној области*

*ц) затворени*

*Ако су подаци доступни само уском кругу истраживача, навести под којим условима могу да их користе:*

_____

_____

*Ако су подаци доступни само уском кругу истраживача, навести на који начин могу приступити подацима:*

_____

_____

*5.4. Навести лиценцу под којом ће прикупљени подаци бити архивирани.*

_____

## 6. Улоге и одговорност

*6.1. Навести име и презиме и мејл адресу власника (аутора) података*

_____

*6.2. Навести име и презиме и мејл адресу особе која одржава матрицу с подацима*

_____

*6.3. Навести име и презиме и мејл адресу особе која омогућује приступ подацима другим истраживачима*

_____