

Слобода Д. Мидоровић, асистент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
s.midorovic@pf.uns.ac.rs

О ИНСТИТУТУ ДЕЛИМИЧНЕ НИШТАВОСТИ УГОВОРА КРОЗ ПРИЗМУ НАЧЕЛА СЛОБОДЕ УГОВАРАЊА¹

Сажетак: У раду је испитан однос између начела слободе уговарања и индиферентности делимичне ништакости уговора. Овај однос актуелизује чињеница да је реч о индиферентности чија примена подразумева извесну индиферентност суда у иницијалну садржину уговора, која, да би била доштајски оправдана, у основи треба да буде подржана од стране уговарача. Наведено из разлога што контрахентима, или чешће једном од њих, умешто одржавања остатака уговора на снази, у конкретном случају, више може да одговара његово уклањање из „правног живота” применом санкције ништакости у целости. Анализа је указала на то да став о односу начела слободе уговарања и санкције делимичне ништакости не може бити униформан, јер ни случајеви у којима се то питање актуелизује нису идентични. Стога је у раду овај однос сагледан из угла три различите групе случајева: 1) оних у којима је законодавац изричито предвидео ништакост одређене уговорне одредбе, одредивши се а priori за одржавања остатака уговора на снази; 2) оних у којима су саме уговорнице посебно клаузулом уредиле утицај ништакости једне уговорне одредбе на остатака уговора, и коначно, 3) оних у којима је суд утврдио ништакост одређене уговорне одредбе на основу генералне одредбе о ништакости из чл. 103 у вези са чл. 105 ЗОО. Пошто ЗОО не даје смернице за посматрање судова у последњој групи случајева, испитани су доктринарни ставови којима се у уредивим ситуацијама приклањају судова у земљама германског правног круга. У њима се дилема између

¹ Поједини делови рада су били изложени на конференцији „Одговорност у правном и друштвеном контексту” одржаној 18. септембра 2020. године у организацији Правног факултета Универзитета у Нишу, док су други делови рада били изложени на конференцији „Правна традиција и нови правни изазови” одржаној 2. октобра 2020. године у организацији Правног факултета Универзитета у Новом Саду.

делимичне ништавости и ништавости уговора *in toto* решава уз помоћ конструкције хипотетичке воље. У наставку је иојашњено шта се подразумева под хипотетичком вољом и помоћу којих правних стандарда и ишачака ослонаца се она утврђује. На крају је закључено да је објективизовани присиуи утврђивању хипотетичке воље уговарача, који се заговара у анализираним правним системима, прихватљив и са стандардишта домаће права.

Кључне речи: судска интервенција, садржина уговора, хипотетичка воља, делимична ништавост, ништавост *in toto*.

1. САНКЦИЈА НИШТАВОСТИ УГОВОРА И МОГУЋИ НАЧИНИ ЊЕНЕ РЕЛАТИВИЗАЦИЈЕ

Окосница начела приватноправне аутономије је право на самоодређење које се у основи схвата као могућност појединца да изјавама своје воље стиче права и преузима обавезе ради задовољавања својих потреба и интереса, чиме се подстиче слободан развој његове личности.² Најшири круг ових интереса, појединци задовољавају закључивањем уговора. Да би се успоставила равнотежа између права на слободан развој личности обеју уговорница, правни пореци редовно предвиђају поједина ограничења слободе уговарања.³ Последишно, правни поредак ће редовно признати правни посао, а самим тим и пружити правну заштиту субјективним правима и обавезама које из њега проистичу, само у оној мери у којој се он својом формом и садржином креће у границама допуштене диспозиције уговарача.⁴ Те границе су за учеснике правног саобраћаја сазнатљиве на основу законских одредаба о неважећим уговорима који се традиционално деле на ништаве и рушљиве, при чему правни поредак строже третира ништаве у поређењу са рушљивим уговорима, с обзиром на то да се њима вређају јавни интереси за разлику од потоњих којима се, према увреженом схватању, вређају приватни интереси уговарача.⁵

² Werner Flume, „Rechtsgeschäft und Privatautonomie“, у: Ernst von Caemmerer *et al* (Hrsg), *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages* 1960, 136, 138; Ludwig Raiser, „Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit“, у: Ernst von Caemmerer *et al* (Hrsg), *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben: Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages*, Band I, Karlsruhe 1960, 105; Christoph H. Hackl, *Die Zivilrechtliche Teilnichtigkeit und Ihre Folgen am Beispiel des Pactum De Quota Litis*, Dissertation, Wien 2017, 43.

³ W. Flume, *op.cit.* 1960, 146.

⁴ L. Raiser, *op. cit.*, 107, 108, 127, 128.

⁵ Надаље ће излагање бити ограничено на примену института делимичне ништавости на ништаве уговоре, док ће питање његове евентуалне примене и на рушљиве уговоре бити остављено по страни.

Своје виђење о томе који се уговори косе са јавним интересима, законодавац манифестује на два начина: 1) прописивањем генералне клаузуле о забрањеним уговорима – тзв. „виртуелна” ништавост (чл. 103 Закона о облигационим односима – даље: ЗОО⁶), и 2) нормирањем типичних случајеви ништавих уговора – тзв. „текстуелна” ништавост.⁷ Имајући у виду то да се њиховим предузимањем нарушавају темељне вредности једног друштва, полазна премиса је да ништаве уговоре начелно треба лишити могућности да произведу намеравано правно дејство, а у случају да су они довели до наступања фактичких последица, потребно је успоставити оно стање које би постојало да ништав уговор никада није ни био закључен. То се постиже на различите начине, у зависности од тога да ли су стране правног посла већ приступиле испуњењу обавеза које из њега произлазе.

Најједноставнија констелација у вези са изрицањем санкције ништавости постоји онда када уговарачи још нису отпочели са испуњавањем својих контрактуелних обавеза. Тада ће санкција ништавости представљати препреку да до „фактичког померања материјалних добара”⁸ у међусобним односима уговорника уопште дође. У тим околностима се санкција ништавости огледа у томе да се свака уговорна страна ослобађа обавеза које би је иначе теретиле да је предузет правни посао био пуноважан. Далеко комплекснија ситуација постоји онда када су оба уговарача, или само један од њих, испунила своје обавезе за које *ab initio* није постојао пуноважан правни основ. Тада, уз помоћ правила о реституцији, сваку уговорну страну треба довести у стање у коме би се она нашла да уговор никада није ни био закључен.⁹ Осим тога, и без обзира на то да ли су уговарачи отпочели са испуњењем својих обавеза по основу ништавог уговора, околност да је посредни ништав уговор може да повуче одговорност уговарача који је крив за његово закључење за штету коју услед тога, под претпоставком савесности, претрпи његов сауговарач.¹⁰

Због њене строгости, законодавства свих земаља познају мањи или већи број изузетака од примене санкције ништавости, чиме се релативизује њен концепт.¹¹ Када се узму у обзир различити начини за „ублажавање ри-

⁶ *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 листник РС*, бр. 18/2020.

⁷ Обрен Станковић у: Обрен Станковић, Владимир В. Водинелић, *Увод у ирађанско право*, Номос, Београд 2007, 174.

⁸ Vrleta Krulj, *Ništavost pravnih poslova – posledice ništavosti*, doktorska disertacija, Beograd 1954, 87.

⁹ Dušan Nikolić, *Грађанскоправна санкција – Geneza, evolucija i savremeni pojam*, Правни факултет у Новом Саду – Центар за издавачку делатност, Нови Сад 1995, 128-130.

¹⁰ Чл. 104 и 108 ЗОО.

¹¹ Релативизација појма ништавости очитује се већ из чл. 103 ЗОО у коме је садржана тзв. генерална клаузула о ништавости. Осим што прописује када ће се уговор сматрати

горозних последица ништавости”,¹² може се закључити да су правни пореци генерално наклоњени одржавању уговора на снази. У том смислу, поједини правни писци говоре о начелу афирмације уговора,¹³ које је „мисао водила” читавог грађанскоправног, па чак и шире, приватноправног законодавства.¹⁴

Механизми који су усмерени на одржавање на снази уговора који је „инфициран” неким узроком ништавости се, уопштено говорећи, могу поделити спрам тога да ли њихова примена истовремено повлачи модификацију садржине уговора или не. Тако, на пример, у неким случајевима уговор, упркос томе што „пати” од неког узрока ништавости, опстаје на снази без икаквих измена његове садржине, производећи сва жељена дејства. Овакве могућности постоје и у нашем законодавству. Тако се ништавост не може истицати ако је забрана била мањег значаја у хипотези да је уговор у целости извршен.¹⁵ Одступање од примене санкције ништавости постоји и у ситуацији када је закључење уговора забрањено само једној страни, под условом да ће њено недопуштено понашање бити санкционисано на други одговарајући начин (нпр. тако што ће јој бити изречена одговарајућа кривичноправна или прекршајноправна санкција).¹⁶ Осим тога, уговор се може одржати на снази упркос повреди захтева писане форме, под условом да је извршен у целини или претежном делу, ако из циља због ког је конкретна форма пред-

ништавим, наведени члан истовремено предвиђа и могућа одступања од санкције ништавости. Тако, ништавост уговора неће наступити ако друга санкција произлази из циља повређеног правила, ако сам закон прописује нешто друго и ако је закључење одређеног уговора забрањено само једној страни. О персоналној релативизацији ништавости с обзиром на заштитну сврху (законске) норме вид. више код: 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* 1984, 487-503.

¹² V. Krulj, *op.cit.*, 135.

¹³ Boris Vizner, *Komentar zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Zagreb 1978, 465. Иако се говори о начелу афирмације уговора, оно се може схватити и шире као начело афирмације правних послова.

¹⁴ Принцип *favor negotii* се среће и у међународном приватном праву (нпр. код одређивања меродавног права за форму правног посла и посебно код одређивања меродавног права за форму тестаментa – вид. чл. 7 и чл. 31 Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља, *Службени лист СФРЈ*, бр. 43/82, 72/82, *Службени лист СРЈ*, бр. 46/96, *Службени листник РС*, бр. 46/2006). Осим тога, овај принцип налази своју примену и у праву привредних друштава (нпр. код уговора о оснивању привредних друштава) и праву конкуренције. Вид. Ernst Steindorff, „Teilnichtigkeit kartellrechtswidriger Vereinbarungen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs”, *Festschrift für Wolfgang Hefermehl*, Heidelberg, 1971, 177-188.

¹⁵ Чл. 107 ст. 2 ЗОО. О основаној упитности концепта „забране малог значаја” вид. аргументе код: Vladimir V. Vodinelić, *Грађанско право – Увод у грађанско право и општи део грађанског права*, друго, изменјено и допуњено издање, *Службени гласник*, Београд 2014, 476.

¹⁶ Чл. 104, ст. 2 ЗОО. Вид. Borislav T. Blagojević, Vrleta Krulj (red.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Savremena administracija, Београд 1980, 299.

виђена не проистиче нешто друго.¹⁷ У наведеним случајевима се даје предност променама које је уговор произвео у сфери права и обавеза контрахената у поређењу са захтевима које је пред њих иницијално поставио правни поредак, из разлога што је законодавац проценио да оваква одступања неће у већој мери нарушити јавни интерес.

Осим случајева у којима се уговор, упркос недостатку, одржава на снази у својој првобитној садржини, постоје и правни институти који омогућавају опстанак уговора али са модификованом садржином или чак уз промену његовог „правног руха”. Тако, ако је узроком ништавости „заражен” само део уговора тј. његова одредба, он се, под одређеним условима, може одржати на снази. За разлику од претходних примера релативизације ништавости, овај случај нужно подразумева извесну интервенцију суда у првобитну садржину уговора, тако да се он одржава на снази али уз потребне корекције. Наведено се постиже применом института делимичне ништавости који за последицу има парцијалну пуноважност уговора.¹⁸ Његова суштина лежи у идеји да „ништавост не треба да захвати уговор у већем обиму од оног који је погођен самим узроком ништавости”.¹⁹ Тенденција законописца да сачува из правног посла оно што се сачувати даде²⁰ долази до изражаја и код правне установе конверзије. Она доводи до тога да ће уместо првобитно закљученог ништавог уговора, под претпоставком испуњења одређених услова, међу странама важити други пуноважан уговор.²¹ У оба случаја, да би била догматски оправдана, интервенција суда би начелно требало да буде подржана од стране уговарача.²² Другим речима, исход који ће да настане применом ових института би требало да одговара вољи контрахената. Наведена констатација актуелизује однос примене ових правних услова и приватноправне аутономије, односно, прецизније, њене манифестације у материји уговорног права – начела слободе уговарања.²³

¹⁷ Чл. 73 ЗОО. О могућим циљевима форме уговора вид. више код: Сања Радовановић, Николина Мишчевић, „О електронској форми уговора у домаћем праву”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2018, 1646-1647.

¹⁸ U. Hübner, *op. cit.*, 487.

¹⁹ Reinhard Zimmermann, *Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit? Die rechtliche Behandlung anstößig-übermäßiger Verträge*, Duncker & Humblot, Berlin 1979, 61.

²⁰ V. V. Vodinelić, *op. cit.*, 2014, 471.

²¹ Чл. 106 ЗОО. О конверзији уговора вид. више код: Катарина Доловић Бојић, „О конверзији уговора у српском праву са посебним освртом на судску конверзију”, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2020, 150-155; Дражен Мијановић, „Ништавост као претпоставка конверзије уговора”, рад је прихваћен за објављивање у *Гласнику Авокајске коморе Војводине* и биће објављен током 2021.

²² Јаков Радишић, *Облигационо право: општи део*, десето издање, Београд 2016, 187; Alessia Dedual, *Geltungserhaltende Reduktion*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 2017, 38.

²³ Иако ће у раду овај однос преваходно бити сагледан из угла примене института делимичне ништавости уговора, претежан део оног што буде речено се *mutatis mutandis*

2. СЛОБОДА УГОВАРАЊА ИЗ УГЛА ПРИМЕНЕ САНКЦИЈЕ ДЕЛИМИЧНЕ НИШТАВОСТИ

С обзиром на то да поступак одстрањивања спорног дела као последица примене института делимичне ништавости нужно повлачи измену садржине уговора, поставља се питање спрам којих критеријума ће се одредити „правна судбина“ резултата модификације. Наиме, ако се пође од тога да „основ уговорног обвезивања лежи у креативној снази воље уговарача”,²⁴ контрахенти у основи не би смели да буду везани уговорном садржином која се коси са њиховим интересима. У том смислу, инсистирање на вољи уговарача у овом контексту треба схватити као коректив начелном одређењу законодавца да се правни посао одржи на снази са измењеном садржином,²⁵ будући да контрахентима више може да одговара његово уклањање из „правног живота” применом санкције ништавости у целости.²⁶

Иако се потреба за испитивањем воље уговарача намеће као логична последица приватноправне аутономије, поставља се питање да ли у сваком случају примене санкције делимичне ништавости суд претходно треба да утврди која од две могуће опције: одржавање модификованог уговора на снази или, пак, утврђење његове ништавости *in toto*, више одговара вољи контрахентата, или макар једног од њих.²⁷ Одговор на ово питање, међутим, не може бити униформан, јер ни случајеви у којима долази у обзир примена санкције делимичне ништавости нису идентични. Стога се став о односу начела слободе уговарања и санкције делимичне ништавости може заузети тек након претходног диференцирања могућих ситуација у којима се он уопште актуелизује. Отуда, интеракцију начела слободе уговарања и института делимичне ништавости ваља сагледати из угла три различите групе случајева. Прву групу чине они у којима је законодавац изричито предвидео

може односити и на примену института конверзије. Тема рада ће бити обрађена из угла индивидуалних, претежно двостранообавезних уговора облигационог права. На појединим местима ће бити указано на специфичности које се испољавају у вези са уговорима по приступу, без амбиције да се у тој материји расветле све особености.

²⁴ Hans-Martin Pawlowski, *Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen, Amts- und Parteiniichtigkeit von Rechtsgeschäften, Zum Verhältnis von Privatautonomie und objektiverem Recht*, Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen 1966, 177; L. Raiser, *op.cit.*, 123.

²⁵ 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, 488.

²⁶ Ово питање отворили су и аутори: Драгор Хибер и Милош Живковић у свом раду: „Заштита корисника кредита од једностране измене висине уговорене камате”, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 70, 2015, 576, 580, 581.

²⁷ По природи ствари, ово питање ће бити спорно само онда када једна уговорница у току поступка утврди да ништава одредба, с обзиром на њен значај, треба да повуче ништавост уговора у целости, док друга тврди управо супротно.

ништавост одређене уговорне одредбе. Тада би се, по аналогији са већ поменутом „текстуелном” ништавошћу, могло говорити о текстуелној делимичној ништавости. У другу групу спадају случајеви у којима су саме уговорнице посебном клаузулом уредиле утицај ништавости једне уговорне одредбе на остатака уговора. Ове уговорне погодбе се у доктрини често називају салваторним (спасоносним) клаузулама, и могу се предвидети у најразличитијим варијацијама. Напослетку, трећу групу чине случајеви у којима је суд утврдио ништавост одређене уговорне клаузуле на основу генералне одредбе о ништавости из чл. 103 у вези са чл. 105 ЗОО. По аналогији са тзв. „виртуелном” ништавошћу, овде би се могло говорити о случајевима „виртуелне” делимичне ништавости, који уједно представљају и највећи изазов за суд.

2.1. Однос начела слободе уговарања и „текстуелне” делимичне ништавости

У случајевима примене санкције делимичне ништавости на основу изричитог наређења законодавца суд неће морати да испитује вољу уговарача, јер легитимитет за „мешање” у оно што је међу њима првобитно уговорено непосредно црпи из воље нормотворца који се *a priori* определио за одржавање остатка уговора на снази.²⁸ Стога је заједнички именоватељ за све ове случајеве то да они представљају изузетак од начела слободе уговарања и то у аспекту који се тиче права контрахената да по својој вољи креирају садржину уговора. Са овом групом случајева се могу изједначити ситуације у којима законодавац не предвиђа изричито примену санкције делимичне ништавости у погледу одређених одредби уговора, али се таква интенција нормотворца тумачењем недвосмислено може деривирати из смисла саме нормe. Последично, примена опште клаузуле о делимичној ништавости, која је у домаћем праву садржана у чл. 105 ЗОО, има супсидијаран значај,²⁹ јер ће њена примена доћи у обзир само онда када законодавац није већ унапред заузео став у погледу допуштености конкретне уговорне одредбе и њеног утицаја на остатак уговора.

Сваки пример такве намере, било она експлицитно или имплицитно садржана у тексту закона, представља одступање од начела аутономије воље. С обзиром на то да је приватна аутономија уздигнута на ранг начела грађанског права, сви изузеци од ње морају бити сведени на минимум.³⁰ Стога, свако занемаривање воље уговарача у вези са применом института дели-

²⁸ O. Sandrock, *op. cit.*, 485, 486.

²⁹ Werner Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, vierte unveränderte Auflage, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg 1992, 576.

³⁰ O. Sandrock, *op. cit.*, 503, 504.

мичне ништавости треба да буде мотивисано потребом заштите интереса и вредности које законодавац сматра нарочито значајним.³¹

Законописац се опредељује да предвиди изузетак од потребе испитивања воље уговарача у вези са применом санкције делимичне ништавости онда када сматра да је то нужно да би се заштитила страна која према својој преговарачкој (не)моћи редовно нема могућност да исходuje садржину уговора на коју би заиста и пристала, да економски гледано није зависила од свог сауговарача. Ради се заправо о настојању нормотворца да својом интервенцијом врати „уговорно клатно” у равнотежни положај у оним ситуацијама у којима се иза „правне једнакости крије суштинска неједнакост која доводи у питање правичност уговорног поретка”.³² 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.³³ Због тога што су типични случајеви фактичке неравноправности уговарача познати законодавцу, он се опредељује да већ приликом нормирања неког уговора, одмеравањем супротстављених интереса, *a priori* забрани уговарање клаузула које се косе са његовим виђењем материјалне правичности.³⁴ У том смислу се одредбе које законодавац прописује ради заштите слабије уговорне стране могу схватити као одраз „духа хуманизације и морализације права”.³⁵ Потреба за оваквом интервенцијом законодавца нарочито долази до изражаја код уговора који подразумевају стандардно уређење њихове садржине применом унапред одређених тарифа или општих услова пословања.³⁶

Законописац то постиже уз помоћ забрањујућих или наређујућих норми – *ius cogens* којима се приписује заштитна функција. Оне су некада формулисане као *lex perfecta*,³⁷ односно као тзв. супституционе норме.³⁸ Тада, закон не само да забрањује уговарање неке одредбе него истовремено прописује које ће решење ступити уместо недопуштеног садржаја.³⁹ ЗОО на

³¹ R. Zimmermann, *op. cit.*, 42.

³² L. Raiser, *op. cit.*, 106.

³³ Johannes Hager, *Gesetzes- und sittenkomforme Auslegung und Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäfte*, Dissertation, Juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität zu München 1983, 144, фн. 75; Н.-М. Pawlowski, *op. cit.*, 176, 177.

³⁴ L. Raiser, *op. cit.*, 129; Н.-М. Pawlowski, *op. cit.*, 187.

³⁵ Душан Николић, „Правна заштита слабије стране у приватном праву Републике Србије”, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 70/2015, 501.

³⁶ Theo Mayer-Maly, „Über die Teilnichtigkeit”, у: Christoph Faistenberger, Heinrich Mayrhofer (Hrsg), *Gedenkschrift Franz Gschnitzer*, 1969, 277, 278.

³⁷ A. Dedual, *op. cit.*, 41.

³⁸ O. Sandrock, *op. cit.*, 486.

³⁹ W. Flume, *op. cit.* 1992, 577. Типичан пример супституционе норме јесте она којом се „октроишу” цене одређених производа. Наметање цена може ићи у два правца: прописивањем минималних или максималних цена. Минималне цене држава предвиђа ради за-

један општи начин предвиђа такву могућност. Наиме, чл. 27, ст. 2 ЗОО прописује да „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”. Њихово ступање на место оног што је било првобитно уговорено има за последицу тзв. хетерономно регулисање права и обавеза уговарача.⁴⁰ Другим речима, уговараче ће везивати садржина уговора која практично настаје комбиновањем воље самих контрахената и воље законодавца. Оправдање за то лежи у аргументу да би и саме стране као разумни уговарачи од самог почетка пристале на садржину уговора која се креће у границама закона.⁴¹

Штавише, у неким случајевима, законодавац је као вид подршке економски слабијој уговорној страни, унапред прописао садржину уговора, остављајући слободу контрахентима да евентуално предвиде шири права од оних која су законом минимално загарантована. Норме којима се то постиже се у теорији називају једнострано когентним или полукогентним. За разлику од императивних норми, оне толеришу одступања, али само у корист стране ради чије су заштите прописане.⁴²

За постизање жељеног резултата некада је довољно да се спорна клаузула одстрани из уговора тако да он настави да важи без ње. То се постиже императивним нормама које су лако препознатљиве по својој формулацији попут: *ништијава је одредба уговора; ништијава је сујројина одредба уговора; нема љравној дејсџива одредба уговора; одредба уговора [...] смајира се као да није уговорена, одрицање унајред од овој љрава нема љравној дејсџива* и сл. Ове норме су заступљене у бројним изворима грађанског права.

Један од типичних примера у којима законодавац изричито прописује примену санкције делимичне ништавости постоји у хипотекарном праву. Конкретно, ради се о клаузулама чије је уговарање забрањено у тренутку закључења уговора о хипотеци (али не и касније, о доспелости обезбеђеног потраживања). У случају да се оне евентуално нађу у уговору, биће погођене санкцијом ништавости, уз одржавање на снази остатка уговора о хипотеци.⁴³ На овај начин се штити хипотекарни дужник од неправичних клаузула које

штите произвођача одређених производа, док се максималне цене намеђу у кризним ситуацијама у којима је доведено у питање уредно снабдевање становништава одређеном врстом дефицитарне робе. О. Sandrock, *op. cit.*, 508, 581; J. Hager, *op. cit.*, 212.

⁴⁰ J. Hager, *op. cit.*, 143, 144.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² О полукогентним нормама вид. више у: V. V. Vodinelić, *op. cit.*, 151, 152; U. Hübner, *op. cit.*, 493.

⁴³ Изричита забрана обухвата уговарање: *lex commissorio; pactum Marcianus*, антихретицке клаузуле, забрану отуђења и даљег залагања хипотековане непокретности и забрану продаје хипотековане непокретности противно одредбама закона. Вид. чл. 13 Закона о хипотеци, *Службени љласник РС*, бр. 115/2005, 60/2015, 63/2015 (Одлука Уставног суда), 83/2015.

би, у одсуству заштите, давалац кредита могао да му наметне.⁴⁴ У групу типичних случајева спадају и одредбе које су забрањене правилима потрошачког уговорног права.

У ЗОО су предвиђени бројни случајеви примене санкције делимичне ништавости на основу воље законодавца. Овде ћемо споменути само неке од њих. Тако, на пример, ЗОО у чл. 918 предвиђа примену санкције делимичне ништавости код уговора о осигурању, ради заштите интереса осигураника: „Ништаве су одредбе уговора које предвиђају губитак права на накнаду или своту осигурања, ако осигураник после наступања осигураног случаја не изврши неку од прописаних или уговорених обавеза.”

Посебну одредбу о делимичној ништавости ЗОО садржи у чл. 143, ст. 1 у вези са општим условима прописујући да су „ништаве 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.” У другом ставу истог члана делује да законодавац конкретизује ст. 1 наводећи егземпларно могуће случајеве ништавих одредби прописујући да суд може да одбије њихову примену ако су оне усмерене на то да онемогуће другу страну да истакне приговоре, ако из њих проистиче губитак права или на основу којих страна може бити преклудирана у истицању одређених захтева.⁴⁵ У нашој теорији, међутим, не постоји сагласност о томе да ли се у случају цитиране одредбе из чл. 143, ст. 2 ЗОО ради о примени института делимичне ништавости, или се пак ради о природној облигацији.⁴⁶ Упркос терминолошком нијансирању, нама делује да у вези са при-

⁴⁴ Иако законодавац предвиђа најчешће случајеве злоупотребе доминантног положаја даваоца кредита, у теорији се истиче да суд треба да санкционише и одстрани из уговора и оне прекомерне клаузуле којима се вређају добри обичаји. О неправичним клаузулама код уговора о хипотеци вид. више у: Мирослав Лазић, „Заштита хипотекарног дужника од неправичних клаузула”, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 70/2015, 555-557, 568.

⁴⁵ За став о томе да се у овом случају не ради о примеру когентне норме, али ни опште норме о моралности, него о норми која „на један специфичан начин ограничава слободу уговорних страна да уреде садржину уговор” вид. Марко Ђурђевић, Драган Павић, „Неколико мисли о ограничењима слободе уређивања садржине уговора у нашем савременом праву”, *Право и привреда* 7-9/2016, 59, 60.

⁴⁶ Тако Милош Живковић, с обзиром на терминолошко диференцирање које је уочљиво између формулације првог и другог става члана 143 ЗОО, закључује да се у набројаним случајевима из ст. 2 чл. 143 не ради о примени санкције делимичне ништавости већ о примеру природне облигације. Наиме, у другом ставу чл. 143 ЗОО, законодавац не предвиђа да ће посебно издвојене спорне одредбе из општих услова бити ништаве, него да суд може да одбије њихову примену. Сходно овом нијансирању разликују се и последице које проистичу из ст. 1 и ст. 2 чл. 143 ЗОО у смислу могућности истицања захтева по основу стицања без основа. Јер, онај ко испуни нешто на име природне облигације не може да захтева повраћај датог позивом на правно неосновано обогаћење, што би пак могао да је у питању испуњење престације на основу ништаве одредбе. Вид. Miloš Živković, „O dozvoljenosti ugovaranja troškova obrade kredita u pravu Srbije”, *Bankarstvo* vol. 47, 2/2018, 38.

меном чл. 143 ЗОО нема места извођењу закључка о различитим практичним правним последицама које повлачи ст. 1 у односу на ст. 2, с обзиром на то да и одбијању примене неке уговорне одредбе треба да претходи закључак суда о њеној неспојивости са правним поретком (чл. 103 ЗОО).

У описаним случајевима, воља уговарача не само да се не утврђује него чак и да је изричито супротна законодавчевом виђењу ствари, она неће бити узета у обзир. Штавише, уколико би се у овим случајевима страна на чији је „терет” предвиђена забрана уговарања одређене клаузуле успротивила примени санкције делимичне ништавости, пледирајући за ништавост *in toto*, њена воља не би била узета у обзир, јер би, у супротном, законска забрана практично била изиграна (*fraus legis*).⁴⁷ У таквим случајевима би утврђењем ништавости уговора у целости био постигнут управо супротан ефекат од жељеног – а то је да се обезбеди садржина уговора која је правична, или макар није изразито неправична. Против евентуалног захтева економски јаче стране да се утврди да је уговор у конкретном случају у целости ништав, друга, економски слабија страна може уложити приговор злоупотребе истицања ништавости (*exceptio doli*).⁴⁸

2.2. Однос начела слободе уговарања и института делимичне ништавости у ситуацији када су сами уговарачи уредили утицај ништавости једне уговорне одредбе на остатак уговора

Суд начелно неће морати да испитује вољу уговарача у вези са применом института делимичне ништавости ни онда када су сами контрахенти посебном уговорном одредбом определили судбину уговора у случају да се испостави да је нека његова одредба ништава. Наиме, слобода одређивања садржине уговора укључује и могућност одређивања утицаја једне ништаве клаузуле на његов остатак. Одредбе којима уговарачи настоје да антиципирају и унапред уреде евентуалне последице ништавости појединих делова уговора на његов остатак се уобичајено називају салваторним (спасоносним) клаузулама.⁴⁹ То практично значи да се уговарањем ових клаузула

⁴⁷ J. Hager, *op. cit.*, 196; Roland Hürlimann, *Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR*, Dissertation, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, Freiburg 1984, 64. О изигравању закона вид. више код: Vladimir V. Vodinelić, *Takozvana zloupotreba prava*, Nomos, Beograd 1997, 130-140.

⁴⁸ U. Hübner, *op. cit.*, 495, 496; Heinrich Pierer von Esch, *Teilnichtige Rechtsgeschäfte, Das Verhältnis von Parteiwille und Rechtssatz im Bereich des § 139 BGB*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 1968, 87, 88.

⁴⁹ По природи ствари овај назив је оправдан само за оне клаузуле уз помоћ којих уговарачи настоје да сачувају уговор на снази онда када се испостави да је неки његов део ништав. Последично, салваторним клаузулама се не могу називати оне одредбе којима стране оптирају за ништавост правног посла у целости онда када је само неки његов део погођен санкцијом ништавости.

суспендује примена чл. 105 ЗОО,⁵⁰ што би упућивало на закључак да је одредба из чл. 105 ЗОО диспозитивна.⁵¹

Начелно, суд би требало да прихвати виђење самих уговарача о утицају спорне одредбе на пуноважност остатка уговора. Приклањање суда вољи уговарача у овом случају представља рефлексију начела слободе уговарања. По природи ствари, контрахенти могу да одреде утицај ништаве одредбе на пуноважност остатка уговора, али не могу саме да предвиде критеријуме спрам којих ће се процењивати пуноважност уговорних клаузула.⁵² То је тако јер је вредновање исправности, а самим тим и допуштености садржине уговора резервисано за законодавца као креатора правног поретка.

Клаузуле којима се уређује утицај ништаве одредбе на остатак уговора могу бити формулисане на различите начине. Могуће је, примера ради, да уговарачи предвиде да ће ништавост одређене клаузуле повући за собом ништавост уговора у целости. Овакве одредбе се ретко срећу у уговорима, али нису незамисливе.⁵³ На тај начин уговарачи исказују свој став према спорној клаузули одређујући је за кључни разлог (оно што наш законодавац назива *одлучујућом њобугом*) који их је навео да закључе уговор и без које једна страна или обе не би пристале да њиме буду везане. Овакву клаузулу суд ће начелно подржати. Изузетак би постојао уколико би се испоставило да би прихватањем њеног дејства била изиграна намера законодавца.⁵⁴

Друга могућност је да контрахенти предвиде да ће у случају непуноважности неке клаузуле преостали део уговора наставити да производи правно дејство. Реч је о тзв. клаузулама о делимичној пуноважности уговора, које се још називају и салваторним клаузулама. Оне се могу јавити у најразличитијим варијацијама и далеко се чешће срећу од клаузула о потпуној непуноважности. Нарочито их је пожељно предвидети код уговора с трајним извршењем престација, код којих је реституција као последица ништавости у целости скопчана са значајним потешкоћама.⁵⁵ Клаузула о делимичној пуноважности уговора ће бити подржана од стране суда под условом да, у конкретном случају, погођена одредба не садржи *essentialia negotii*, јер ће тада салваторна клаузула наићи на своје природне границе.⁵⁶ Изузетак би постојао уколико би ослонцем на хипотетичку вољу, суд установио да је оваквом клаузулом њему практично дато овлашћење да изврши редукцију спорне одредбе на

⁵⁰ H. P. von Esch, *op. cit.*, 68, 69; R. Hürlimann, *op. cit.*, 56.

⁵¹ R. Hürlimann, *op. cit.*, 47, 50.

⁵² *Ibid.*, 51.

⁵³ 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.

⁵⁴ J. Hager, *op. cit.*, 189-191.

⁵⁵ R. Hürlimann, *op. cit.*, 49.

⁵⁶ *Ibid.*

правичан износ – нпр. непромерно високе продајне цене на примерену. Овде се као споран аспект у литератури истиче то што се код уопштено формулисаних клаузула о делимичној пуноважности не може са сигурношћу унапред предвидети коју ће одредбу уговора санкција ништавости евентуално погодити,⁵⁷ јер уговарачи унапред дају своју бланко сагласност на одржавање остатка уговора на снази. Управо то што се унапред не зна која ће уговорна одредба бити погођена санкцијом ништавости, даје простор суду да испита да ли ће елиминисањем конкретне одредбе преостали садржај уговора осликавати правичну равнотежу између интереса уговарача. Уколико то не би био случај, суд би имао основа да одступи од салваторне клаузуле, и расправи судбину уговора ослонцем на хипотетичку вољу уговарача.

У трећој варијанти, уговарачи у салваторној клаузули не само да предвиђају да ништавост одређене одредбе неће имати утицај на пуноважност преосталог дела уговора, него истовремено формулишу и садржај који треба да ступи наместо елиминисане уговорне погодбе. У том случају, суд ће признати дејство алтернативно предложеној одредби под условом да претходно установи да је њена садржина прихватљива са становишта правног поретка. Уколико се, пак, испостави да ни алтернативно предложена садржина клаузуле није пуноважна, суд ће 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.⁵⁸

Без обзира за коју су се варијацију ових клаузула уговарачи определили, њихова примена је, као што је већ наглашено, условљена претходним испитивањем њихове допуштености. Тако, суд неће прихватити вољу уговарача у погледу утицаја спорне одредбе на остатак уговора уколико би се њеном применом изиграо закон или уколико би њена примена водила неправичној прерасподели права и обавеза међу контрагентима. Тада ће суд занемарити салваторну клаузулу, а судбину правног посла расправити ослонцем на хипотетичку вољу уговарача.

2.3. Однос начела слободе уговарања и „виртуелне” делимичне ништавости

У одсуству посебног правила, законског или уговорног, примена института делимичне ништавости начелно је условљена испитивањем њене

⁵⁷ Н. Р. von Esch, *op. cit.*, 81.

⁵⁸ У литератури се, иако пуно ређе, може наћи и на супротно виђење према коме прецизно формулисање салваторне клаузуле указује на границу до које ће санкција делимичне ништавости бити прихватљива са становишта уговарача. Сходно томе, у случају да се утврди ништавост алтернативно предложене формулације спорне одредбе, суд треба да изрекне санкцију ништавости *in toto*. Нав. према: Ј. Nager, *op. cit.*, 189, фн. 10 са даљим упућивањем.

прихатљивости са становишта уговарача. У вези с тим случајем, најпре треба констатовати да у ситуацији када сâм уговор не садржи посебну одредбу којом су стране уредиле утицај ништавости поједине клаузуле на остатак уговора, суд не треба да утврди њихову стварну већ тзв. хипотетичку вољу. То је тако јер је и сâмо питање на које суд треба да дâ одговор хипотетичко,⁵⁹ и оно гласи: да ли би уговарачи пристали да као самосталан закључе уговор који настане као резултат судске модификације његове садржине, или би пре оптирале за утврђење његове ништавости у целисти.⁶⁰ Разликовање стварне и хипотетичке воље се у доктрини често настоји објаснити односом фактичког и нормативног.⁶¹ То је тако јер се хипотетичка воља не утврђује као чињеница, него као резултат вредновања суда.⁶² Иако између испитивања хипотетичке воље уговорника и тумачења уговорних одредби има доста сличности, методолошки је коректно разликовати их, јер се као предмет тумачења јавља воља која је изјављена, или макар она која је имлицитно садржана у уговору, док у потоњем случају суд треба да утврди (истражи) какву би вољу уговарачи испољили да су знали да ће њихова иницијално предвиђена одредба бити ништава.

Тражење оправдања за мешање у садржину оног што је међу контрахентима првобитно било уговорено у њиховој хипотетичкој вољи, међутим, није поштеђено сваке критике. Тако, постоје аутори који сматрају да сваки вид садржинске контроле уговора осим оног који води његовој пуноважности или непуноважности у целисти, доводи у питање принцип аутономије воље.⁶³ За разлику од овог гледишта, делује да управо инсистирање на подршци уговарача у одржавању уговора на снази, испитивањем њихове хипотетичке воље, треба да компензује недостатак транспарентности права и обавеза са којима су они с почетка рачунали. У прилог томе је и већински став доктрине да у поређењу са ништавошћу у целисти, делимична ништа-

⁵⁹ R. Hürlimann, *op. cit.*, 56.

⁶⁰ Значај воље контрахентата у вези са применом санкције делимичне ништавости се не исцрпљује у вези са питањем (не)одржавања остатка уговора на снази. Она постаје релевантна и у случајевима у којима, као последица интервенције суда, у уговору настане (накнадна) празнина – тзв. „уговорни вакуум” (Т. Mayer-Maly, *op. cit.*, 1969, 268.), под условом да је реч о таквој празнини која захтева да буде премошћена. Тада, према владајућем мишљењу доктрине, насталу празнину треба попунити креирањем заменског правила ослонцем на хипотетичку вољу уговарача (А. Dedual, *op. cit.*, 72, 88-92 са даљим упућивањем). Ова тема, иако изузетно битна са становишта примене института делимичне ништавости, на овом месту неће бити детаљније сагледана, будући да изискује детаљну обраду.

⁶¹ Т. Mayer-Maly, *op. cit.*, 1978, 621; А. Dedual, *op. cit.*, 83.

⁶² W. Flume, *op. cit.*, 1992, 580, 581.

⁶³ Ludwig Häsemeyer, „Geltungserhaltende oder geltungserstörende Reduktion?”, у: Matthias Habersack *et al* (Hrsg), *Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag*, Berlin 2003, 1098, 1099. Супр. J. Hager, *op. cit.*, 187, 188.

вост представља блаже одступање од начела слободе уговарања с обзиром на то да се ништавашћу у целости воља уговарача у потпуности анулира.⁶⁴

Сама констатација да суд у овим случајевима треба да испита хипотетичку вољу уговарача није довољна, односно пожељно је дати извесне смернице као својеврсни оријентир суду на том путу, тим пре што сам ЗОО то не чини.⁶⁵ С обзиром на то да наш законодавац не нуди потпорне критеријуме у том погледу, те имајући у виду да ова проблематика није била предмет детаљније доктринарне обраде у националним оквирима, делује упутно испитати како се овој тематици приступа у правним системима германског правног круга, на које се наша земља традиционално ослања у материји грађанског права.⁶⁶ Потом треба сагледати да ли су критеријуми за утврђивање хипотетичке воље уговарача, који су се временом искристалисали у доктрини и судској пракси анализираних земаља, прихватљиви и у оквиру домаћег права, имајући у виду формулацију одредбе из чл. 105 ЗОО.

2.3.1. Испитивање хипотетичке воље уговарача у правним системима германског правног круга

У вези са испитивањем хипотетичке воље уговарача се најпре може поставити питање да ли судови уопште имају „капацитет да утврде шта би уговорници желели да су знали за ништавост“⁶⁷ одређене уговорне одредбе. Наиме, синтагма *испитивање воље уговарача*⁶⁸ лако може да наведе на (по-

⁶⁴ Нав. према: R. Hürlimann, *op. cit.*, 3, фн. 11.

⁶⁵ На другим местима, као што је на пример случај са применом клаузуле *rebus sic stantibus* у коме суд има могућност оптирања између ревидирања садржине уговора, с једне, или пак његовог раскида, с друге стране, законодавац је предвидео критеријуме на које суд треба да се ослони при одређивању за једну од предвиђених могућности (вид. чл. 135 ЗОО). Критеријуми који се овде нуде: начела поштеност промета; циљ уговора; општи интерес и интерес обеју страна, се *mutatis mutandis* могу применити и у случају вршења избора између делимичне ништавости уговора и утврђења његове ништавости у целости.

⁶⁶ Као додатан разлог за овај приступ може послужити и аргумент да је наш законодаписац приликом формулисања института конверзије, који се сматра сродним институту делимичне ништавости, користио упоредиву одредбу Немачког грађанског законика (вид. § 140 *Umdeutung*). Атила Дудаш, „Кауза уговорне обавезе – француски утицај на Закон о облигационим односима“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2011, 664.

⁶⁷ Katarina Dolović Bojić, „Konverzija ugovora“, Књига сажетака са Међународног научног скупа, *Друга регионална научна конференција из облигационог права, 14. и 15. новембар 2019. Београд*, Правни факултет Универзитета у Београду 2019, 16. Иако Доловић Бојић наведено питање поставља из угла института конверзије, оно се *mutatis mutandis* може сматрати меродавним и за примену института делимичне ништавости, с обзиром на то да се у оба случаја ради о утврђивању (хипотетичке) воље уговарача.

⁶⁸ У даљем тексту ће се речи: испитивање, истраживање и утврђивање воље, у циљу избегавања језичке монотоније, користити као синоними уз пуну свест аутора о постојању разлика међу њима.

грешан) закључак о томе да се суд у овом случају налази пред „немогућим” задатком јер се од њега очекује да утврди унутрашњу, субјективну вољу контрахената која егзистира као део њихове свести, као унутрашњи психички феномен који је непознатљив или тешко спознатљив за спољашњи свет. Уместо тога, у системима германског правног круга воља се у вези са применом института делимичне ништавости схвата као хипотетичка воља која се утврђује на основу вредновања суда који своје упориште налази у објективним критеријумима.

Због уношења објективних елемената у испитивање хипотетичке воље уговарача, постоје аутори који указују на то да се заправо ради о фикцији, псеудокритеријуму,⁶⁹ „декоративном додатку без вредности”.⁷⁰ У вези са тим примедбама се основано може поставити питање да ли у коначници, ослонцем на хипотетичку вољу, уговарачи могу бити везани садржином правног посла коју нису желели.⁷¹ Иако се истраживање воље ослонцем на објективизоване параметре у мањинском делу доктрине доживљава као одступање од начела аутономије воље, овај аргумент је неприхватљив, из разлога што би стварна воља, да су је уговарачи исказали у садржини уговора, била подржана од стране суда. Као што смо видели, наведено је могуће постићи уговарањем тзв. салваторних клаузула.⁷² У њиховом одсуству, не може се рећи да испитивање хипотетичке воље ослонцем на објективне параметре представља одступање од начела слободе уговарања, него једини одржив, а уједно и проверљив начин⁷³ који омогућује суду да своју одлуку о судбини модификованог правног посла заснује на вољи уговарача. Стога, управо начин испитивања хипотетичке воље треба да спречи исход који би био неприхватљив за једну или пак обе уговорне стране, уколико бисмо их посматрали као разумне уговараче.⁷⁴

Наиме, суд, када треба да испита да ли је парцијално одржавање уговора на снази у складу са вољом контрахената, треба да утврди да ли би стране као разумни уговарачи пристали да буду везани преосталим делом уговора, односно да ли би они руковођени начелом савесности и поштења⁷⁵

⁶⁹ O. Sandrock, *op. cit.*, 491.

⁷⁰ Joachim Gernhuber, *Drittwirkung und Schuldverhältnis kraft Leistungsnähe*, *Festschrift für Arthur Nikisch*, Tübingen 1958, 249, 261. Нав. према: Katharina Uffmann, *Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion*, Mohr Siebeck, Tübingen 2010, 194, фн. 197.

⁷¹ H. P. von Esch, *op. cit.*, 70.

⁷² R. Hürlimann, *op. cit.*, 60, 61, са даљим упућивањем; H. P. von Esch, *op. cit.*, 76.

⁷³ Објективно вредновање олакшава и преиспитивање одлуке суда од стране виших инстанци, а уједно пружа и већи степен извесности у погледу исхода самог спора.

⁷⁴ T. Mayer-Maly, *op. cit.*, 1978, 623.

⁷⁵ Иако смо истакли да је методолошки исправно разликовати утврђивање хипотетичке воље од тумачења, видљиво је да се приликом истраживања хипотетичке воље суд служи сличном апаратуром на коју се ослања и приликом тумачења спорних одредби неког

и добрим обичајима у правном промету пристали да као самосталан уговор закључе оно што буде резултат судске интервенције.⁷⁶ Овакав приступ има своје оправдање у томе што се основано може претпоставити да би разумни уговарачи садржину уговора од самог почетка определили поштујући границе које им намеће правни поредак, да су им оне биле познате, односно да су били свесни њиховог постојања.⁷⁷ Ова претпоставка, иако оборива, највише одговара редовном току ствари, јер су фиктивни уговори аномалија, а не правило у правном промету.

Испитивања хипотетичке воље уговарача се не заснива на произвољној процени суда. На том путу, суду ће као најпоузданија тачка ослонца послужити садржина оног што је међу уговорницима првобитно било уговорено.⁷⁸ Наиме, стварна воља коју су уговарачи исказали кроз садржину уговора има двоструку улогу. Она, с једне стране, има навигациону функцију, јер поставља оквире унутар којих се има испитати хипотетичка воља, док, с друге стране, има ограничавајућу функцију будући да хипотетичка воља не сме бити у супротности са стварном вољом која проистиче из уговорних погодби.⁷⁹ На основу ње, суд ће моћи да процени какав је објективан значај конкретне одредбе, односно да ли би уговор задржао свој смисао и могућност важења и без ње.⁸⁰ У вези са проценом значаја одређене одредбе за конкретне уговараче, суд ће узети у обзир и преговоре који су претходили закључењу уговора, а нарочито околност да ли је неки уговарач током преговора нарочито инсистирао на томе да се спорна одредба унесе у уговор.⁸¹ Овде није на одмет истаћи да се под „конкретним уговарачима” мисли на уговорне стране конкретнoг уговора, а не на уговараче чије ће личне особине у виду њихових преимућстава и слабости бити узете у обзир. Наведено из разлога што није реч о индивидуалној хипотетичкој вољи,⁸² него вољи коју би разумни учесници правног саобраћаја имали у датим околностима.

правног посла јер суд у том случају не треба да се држи дословног значења употребљених речи и израза који су садржани у уговору, него треба да их разуме на начин који одговара начелима облигационог права (чл. 99, ст. 2 ЗОО). Одговарајућа праралела се може повући и онда када суд треба да попуни тзв. почетну празнину у правном послу, када се од њега очекује да креира правило које би одговарало ономе што би и сами уговарачи, као разумни учесници правног посла, предвидели да су о томе мислили приликом закључења уговора. Више о тумачењу одредби правних послова вид. код: С. Радовановић у: Б. Пајтић, С. Радовановић, А. Дудаш, *op. cit.*, 314.

⁷⁶ J. Hager, *op. cit.*, 112, 113, 122; R. Hürlimann, *op. cit.*, 61; T. Mayer-Maly, *op. Cit.*, 1969, 274.

⁷⁷ J. Hager, *op. cit.*, 193.

⁷⁸ W. Flume, *op. cit.*, 1992, 580.

⁷⁹ T. Mayer-Maly, *op. cit.*, 1978, 623, 627; H. Pierer von Esch, *op. cit.*, 78, 79.

⁸⁰ H. P. von Esch, *op. cit.*, 82, 83.

⁸¹ *Ibid.*, 84.

⁸² *Ibid.*, 75.

На основу садржине уговора и свих околности које су пратиле његово закључење, суд ће установити који су циљ уговарачи настојали да остваре, те да ли би тај циљ у целости, или макар у претежном делу успели да реализују и без спорне одредбе. Суд ће, дакле, водити рачуна о интересним позицијама оба контрахента, односно да ли ће након интервенције њихови интереси бити задовољени или пак осујећени.⁸³ Истовремено, суд треба да води рачуна о томе да ли ће одржавање на снази преосталог дела правног посла бити у складу са начелом правичности, тј. да ли ће оно допринети избалансираној расподели узајамних права и обавеза.⁸⁴ У супротном, уколико би се испоставило да би одржавање на снази уговора за једну страну значило прекомерно оптерећење, или уколико би јој нанело знатну штету, уговор би требало утврдити за ништав у целости. У вези са овим треба испитати и који би исход био прихватљивији са становишта оба контрахента: 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 би за контрахенте далеко веће оптерећење настало утврђењем ништавости уговора у целости, то би требало да буде аргумент у прилог одржавању уговора на снази.

Иако ће се ово питање најчешће јавити као спорно код двостранообавезних уговора, није искључена потреба опредељивања утицаја ништавости одређене одредбе на остатак уговора и код једностранообавезних уговора. С тим у вези, доктрина стоји на становишту да се њихова судбина има определити сагледавањем и вредновањем интереса само оног уговарача који бестеретно располаже својом имовином.⁸⁵

Иако може деловати да су критеријуми разумног уговарача, стандард савесног и поштеног поступања и добрих обичаја недовољно прецизни, они не могу ни бити одређенији уколико се узме у обзир непрегледно мноштво чињеничних констелација у вези са којима може искрснути дилема између примене санкције делимичне ништавости и ништавости *in toto*.⁸⁶ Дакле, иако еластични, делује да наведени критеријуми и те како могу послужити као потпора суду у опредељивању судбине уговора. Њихова предност се свакако огледа у једноставној проверљивости процене, тј. вредновања суда.

За разлику од индивидуалних уговора (оних чије су одредбе биле предмет преговора), у теорији се указује на специфичности ове проблематике у контексту општих услова пословања. Наиме, код уговора чији су они саставни део, јасно је да је слобода уговарања постојала само у погледу одлуке уго-

⁸³ R. Hürlimann, *op. cit.*, 64; W. Flume, *op. cit.*, 1992, 580.

⁸⁴ A. Dedual, *op. cit.*, 83.

⁸⁵ W. Flume, *op. cit.*, 1992, 580.

⁸⁶ H. P. von Esch, *op. cit.*, 77, 82.

варача о томе да ли ће ступити у уговорни однос и у погледу субјекта са којим ће се тај однос засновати, али не и у погледу опредељивања садржине уговореног. Ова особеност се рефлектује и на терену опредељивања судбине уговора чији су општи услови пословања састани део, онда када се испостави да је спорна нека њихова одредба. Тада се хипотетичка воља има утврдити на још вишем нивоу апстракције, тј. без узимања у обзир околности конкретног случаја. То се постиже тако што суд треба да испита да ли би типични уговарачи који закључују уговоре у датој области, руковођени начелом савесности и поштења, пристали да закључе конкретан уговор и након измене његове садржине.⁸⁷

2.3.2. Примењивосиј објективизираној њрисцијуа у исцйицивању хийоцйеицичке воље уговарача у домаћем њраву с обзиром на формулацију чл. 105 ЗОО

За крај остаје да се испита да ли је приступ у вези са утврђивањем хипотетичке воље уговарача, који се заговара у германској доктрини и који се примењује у тамошњој судској пракси, прихватљив и за домаће право, имајући у виду формулацију одредбе о делимичној ништавости из чл. 105 ЗОО.⁸⁸ Реч је о генералној клаузули која се опредељује за принцип делимичне пуноважности уговора онда када је само нека његова одредба погођена санкцијом ништавости. Она гласи: „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”, с тим да у истом члану законодавац у ст. 2 релативизује претходни став наводећи да „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”.⁸⁹

У даљој анализи ћемо занемарити објективан услов примене института делимичне ништавости који се тиче објективне одрживости уговора на снази без спорне одредбе (да ли уговор и након модификације задржава квалитет уговора у смислу да ли и даље поседује тзв. објективно битне елементе – *essentialia negotii*) и сконцентрисаћемо се само на оне делове угово-

⁸⁷ А. Dedual, *op.cit.*, 96 са даљим упућивањем; К. Uffmann, *op.cit.*, 191, 192; О. Sandrock, *op. cit.*, 498, 527, 530 са даљим упућивањем.

⁸⁸ У одсуству посебно издиференцираног општег дела грађанског права у нашем законодавству, ова одредба је меродавна за делимичну ништавост правних послова уопште, а не само за делимичну ништавост уговора облигационог права.

⁸⁹ Оно што је у вези са чл. 105 ЗОО уочљиво је то да он својом формулацијом одступа од свог примарног узора Швајцарског законика о облигацијама (5. део Швајцарског грађанског законика) (чл. 20, ст. 2), као и од §139 Немачког грађанског законика, чији је иначе §140 нашем законодавцу послужио као узор код формулисања института конверзије из чл. 106 ЗОО.

ра који се потенцијално могу квалификовати као његови субјективно битни елементи, тј. као они без којих стране или чешће једна од њих не би приста-
ла да закључи уговор.⁹⁰

У том циљу, најпре треба испитати како би ваљало схватити појмове услов уговора и одлучујућа побуда, и још битније, потребно је утврдити однос између првог и другог става чл. 105 ЗОО за које би се, на први поглед, могло помислити да представљају *contradictio in adiecto*. Према преовлађујућем мишљењу у домаћој теорији реч услов у синтагми *услов уговора* треба схватити као услов у правнотехничком смислу,⁹¹ док појам *одлучујућа побуда* треба схватити као каузу у субјективном смислу, тј. као побуду за закључење уговора.⁹² У сваком случају, реч је о субјективним разлозима, који су једну страну навели на закључење уговора, а који су другој уговорној страни били познати (унети су у текст уговора), односно који јој нису могли остати непознати (о њима је било речи током преговора).⁹³ Другим речима, није и не може бити реч о побудама које су постојале само као део свести једног уговарача, јер би оне тада биле правно ирелевантне и тада не би било правично позивати се на њихово (наводно) постојање како би се избегла уговорна обавеза.

Осим утврђивања значења употребљених израза, делује да је далеко битније расветљавање односа између првог и другог става чл. 105 ЗОО, односно како то да нека одредба која се може квалификовати као услов угово-

⁹⁰ А. Dedual, *op. cit.*, 62, 63.

⁹¹ О услову као *terminus technicus* вид. више код: Снежана Дабић, „О дејствима модификације уговора одложним условом”, *Анали Правној факултету у Београду* 2/2104, 197-199.

⁹² Вид. Слободан Перовић, коментар уз чл. 105 ЗОО у: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Slobodan Perović (ur.), Savremena administracija, Beograd, 1995, knjiga I, 218; Атила Дудаш, „Кауза уговорне обавезе према Закону о облигационим односима Републике Србије”, *Зборник радова Правној факултету у Новом Сагу*, 1/2010, 155, 156.

⁹³ Ово је тако с обзиром на то да уговори спадају у групу правних послова код којих воља мора бити саопштена другој страни и примљена од ње (тзв. *empfangsbedürftige Willenserklärungen*). Наиме, придржавање начела савесности и поштења у остваривању уговорних обавеза подразумева дужност да се узму у обзир познати интереси и намере једне стране, а не и они о којима друга страна није морала да води рачуна, јер јој нису било познати, нити су јој могли остати непознати. На основу реченог делује да суд не би требало да прихвати навод стране да се одржавањем на снази не би остварио неки њен интерес, односно намера о којој друга страна није имала сазнања, јер јој они нису ни саопштени током преговора. У настојању да се разуме синтагма *одлучујућа побуда* се може повући паралела са питањем када се уговор уопште сматра закљученим, односно који је обим сагласности потребан за његов настанак. У вези са тим, Живковић заговара схватање о уговору као сагласности о битном истичући да, по новијем схватању, „уношење неке небитне тачке у преговоре може да спречи настанак уговора само ако уговорник који је помиње јасно стави до знања другој страни да од споразума о њој чини зависним закључење, што би у случају спора он морао да докажује.” Miloš Živković, *Obim saglasnosti neophodan za zaključenje ugovora*, Službeni glasnik i Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2006, 201.

ра или као одлучујућа побуда истовремено треба (мора) (ст. 1) и не треба (не мора) (ст. 2) да буде препрека за примену института делимичне ништавости. У вези са односом наведених ставова делује потпуно прихватљив став истакнутих домаћих цивилиста *Хибера* и *Живковића* да ова „два параметра треба истовремено вредновати”.⁹⁴ То би, у другом кораку, нужно имплицирало одмеравање тежине последица за обе уговорне стране у случају примене делимичне ништавости у поређењу са тежином последица у случају када би суд утврдио да је уговор у целисти ништав. Истовремена примена оба критеријума делује да није ништа друго до прихватање претходно изложених доктринарних ставова и гледишта судске праксе у германским правним системима. Наиме, чак и када би се прихватило владајуће схватање домаће доктрине о значењу израза *одлучујућа побуда* из чл. 105, делује да би такав значај некој одредби суд мога да припише тек на основу анализе укупне садржине уговора и свих околности које су пратиле његово закључење. Другим речима, делује да би свој коначан суд о односу става 1 и 2 чл. 105 ЗОО суд могао да заузме тек на основу постављања већ споменутог (хипотетичког) питања: да ли би уговарачи, када би их суд посматрао као разумне стране, пристали да закључе уговор и без спорне одредбе да су се у правном промету руководиле начелима облигационог права, а у првом реду начелом савесности и поштења. Стога, делује да формулација чл. 105 ЗОО беспотребно уноси конфузију и замагљује суштину института који регулише и да би била једноставнија за разумевање када би гласила: Ништавост неке одредбе уговора не повлачи ништавост и самог уговора, ако он може опстати без ништаве одредбе и *ако би уговарачи присјали да закључе уговор и без ње ништаве одредбе*.

3. ЗАКЉУЧАК

У раду је испитан однос између начела слободе уговарања и института делимичне ништавости. Овај однос актуелизује чињеница да је реч о институту чија примена нужно подразумева извесну интервенцију суда у иницијалну садржину уговора, која начелно, да би била догматски оправдана, треба да буде подржана од стране уговарача. Наведено из разлога што контрагентима уместо одржавања остатка уговора на снази, у конкретном случају, више може да одговара његово уклањање из „правног живота” применом санкције ништавости у целисти.

Анализа је указала на то да став о односу начела слободе уговарања и санкције делимичне ништавости не може бити униформан, јер ни случајеви

⁹⁴ Д. Хибер, М. Живковић, *op. cit.*, 581.

у којима долази у обзир њена примена нису идентични. Отуда, интеракцију начела слободе уговарања и института делимичне ништавости ваља сагледати из угла три различите групе случајева.

Прву групу чине они у којима је законодавац изричито предвидео ништавост одређене уговорне одредбе, одредивши се за одржавање остатка уговора на снази. Заједнички именитељ за све ове случајеве је то да они представљају изузетак од начела слободе уговарања у аспекту који се тиче права контрахената да по својој вољи креирају садржину уговора. Они су мотивисани потребом да се заштити слабија уговорна страна. У тим случајевима, воља уговарача не само да се не утврђује него чак и да је изричито супротна законодавчевом виђењу ствари, она неће бити узета у обзир, јер би, у супротном, намера законодавца била изиграна.

У другу групу спадају случајеви у којима су саме уговорнице посебном клаузулом уредиле утицај ништавости једне уговорне одредбе на остаток уговора. Ове уговорне погодбе се у доктрини често називају салваторним клаузулама и могу се предвидети у најразличитијим варијацијама. У основи, суд би требало да их прихвати чиме се афирмише начело слободе уговарања. Иапк, суд ће моћи да одступи од ових клаузула уколико би се испоставило да би њихова примена за последицу имала изигравање закона, или би пак водила неправичној прерасподели права и обавеза међу контрахентима.

Конечно, трећу групу чине случајеви у којима је суд утврдио ништавост одређене уговорне клаузуле на основу генералне одредбе о ништавости из чл. 103 у вези са чл. 105 ЗОО. Тада суд треба да определи правну судбину преосталог дела уговора на основу хипотетичке воље контрахената, коју ће утврдити давањем одговора на хипотетичко питање које гласи: да ли би уговарачи, као разумни учесници правног посла, руковођени начелом савесности и поштења и добрим обичајима у правном промету пристали да буду везани преосталим делом уговора. До одговора на ово питање суд ће доћи на основу вредновања, ослоном на објективне критеријуме: текст уговора и околности које су пратиле његово закључење. Њиховом анализом, суд ће установити који су циљ уговарачи настојали да остваре, те да ли би тај циљ у целисти, или макар у претежном делу успели да реализују и без спорне одредбе. Суд ће такође води рачуна о томе да ли ће одржавање на снази преосталог дела уговора бити у складу са начелом правичности, тј. да ли ће допринети избалансираној расподели узајамних права и обавеза; да ли би одржавање на снази уговора за једну страну значило прекомерно оптерећење, или би јој чак нанело знатну штету, те који би исход био прихватљивији са становишта оба контрахента: одржавање остатка уговора на снази или пак налагање обостране реституције узајамних давања уз могућност додатног компликовања ствари истицањем захтева савесне стране за накнаду штете.

Објективизовани приступ утврђивању хипотетичке воље прихватљив је и са становишта формулације чл. 105 ЗОО, тим пре што делује да је то једини одржив начин да се помире два, наизглед, контрадикторна става који га творе.

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

- Blagojević T. Borislav, Krulj Vrleta (red.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Savremena administracija, Beograd 1980.
- Vizner Boris, *Komentar zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Zagreb 1978.
- Vodinelić V. Vladimir, *Takozvana zloupotreba prava*, Nomos, Beograd 1997.
- Vodinelić V. Vladimir, *Građansko pravo – Uvod u građansko pravo i opšti deo građanskog prava*, drugo, izmenjeno i dopunjeno izdanje, Službeni glasnik, Beograd 2014.
- Дабих Снежана, „О дејствима модификације уговора одложним условом”, *Анали Правној факултету у Београду* 2/2104, 197-214.
- Dedual Alessia, *Geltungerhaltende Reduktion*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 2017.
- 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.
- Доловић Бојић Катарина, „О конверзији уговора у српском праву са посебним освртом на судску конверзију”, *Анали Правној факултету у Београду* 1/2020, 146-163.
- Дудаш Атила, „Кауза уговорне обавезе према Закону о облигационим односима Републике Србије”, *Зборник радова Правној факултету у Новом Саду* 1/2010, 145-170.
- Дудаш Атила, „Кауза уговорне обавезе – француски утицај на Закон о облигационим односима”, *Зборник радова Правној факултету у Новом Саду* 4/2011, 663-681.
- Ђурђевић Марко, Павић Драган, „Неколико мисли о ограничењима слободe уређивања садржине уговора у нашем савременом праву”, *Право и привреда* 7-9/2016, 45-61.
- Živković Miloš, *Obim saglasnosti neophodan za zaključenje ugovora*, Službeni glasnik i Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2006.
- Živković Miloš, „О дозвољености уговарања трошкова обраде кредита у праву Србије”, *Bankarstvo*, 2/2018, 14-51.
- 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 лист РС*, бр. 18/2020.
- Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља, *Службени лист СФРЈ*, бр. 43/82, 72/82, *Службени лист СРЈ*, бр. 46/96, *Службени лист РС*, бр. 46/2006.
- Закон о хипотеци, *Службени лист РС*, бр. 115/2005, 60/2015, 63/2015 (Одлука Уставног суда), 83/2015.

- 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.
- Vrleta Krulj, *Ništavost pravnih poslova – posledice ništavosti*, doktorska disertacija, Beograd 1954.
- Лазих Мирослав, „Заштита хипотекарног дужника од неправичних клаузула”, *Зборник радова Правној факултету у Нишу* 70/2015, 555-572.
- Mayer-Maly Theo, „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, 621-628.
- Мијановић Дражен, „Ништавост као претпоставка конверзије уговора”, рад је прихваћен за објављивање у *Гласнику Адвокатске коморе Војводине* и биће објављен током 2021.
- Николић Душан, „Правна заштита слабије стране у приватном праву Републике Србије”, *Зборник радова Правној факултету у Нишу* 70/2015, 499-516.
- Nikolić Dušan, *Грађанскоправна санкција – Geneza, evolucija i savremeni pojam*, Pravni fakultet u Novom Sadu – Centar za izdavačku delatnost, Novi Sad 1995.
- Pawlowski Hans-Martin, *Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen, Amts und Parteiniichtigkeit von Rechtsgeschäften, Zum Verhältnis von Privatautonomie und objektivem Recht*, Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen 1966.
- Пајтић Бојан, Радовановић Сања, Дудаш Атила, *Облигационо право*, Центар за издавачку делатност Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад 2018.
- Perović Slobodan (ur.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Savremena administracija, Beograd, 1995, knjiga I.
- Pierer von Esch Heinrich, *Teilnichtige Rechtsgeschäfte, Das Verhältnis von Parteiwille und Rechtssatz im Bereich des § 139 BGB*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 1968.
- Радишић Јаков, *Облигационо право: ошћити део*, десето издање, Београд 2016.
- Радовановић Сања, Мишчевић Николина, „О електронско форми уговора у домаћем праву”, *Зборник радова Правној факултету у Новом Саду* 4/2018, 1641-1661.
- Raiser Ludwig, „Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit”, у: Ernst von Caemmerer *et al* (Hrsg), *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben: Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages*, Band I, Karlsruhe 1960, 101-134.
- Станковић Обрен, Водинелић Владимир, *Увод у ирањанско право*, Номос, Београд 2007.
- Uffmann Katharina, *Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion*, Mohr Siebeck, Tübingen 2010.
- Flume Werner, „Rechtsgeschäft und Privatautonomie”, у: Ernst von Caemmerer *et al* (Hrsg), *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages* 1960, 135 238.
- Flume Werner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, Springer-Verlag, Berlin 1992.
- Hager Johannes, *Gesetzes- und sittenkomforme Auslegung und Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäften*, Dissertation, Juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität zu München 1983.

- Hackl H. Christoph, *Die Zivilrechtliche Teilnichtigkeit und Ihre Folgen am Beispiel des Pactum De Quota Litis*, Dissertation, Wien 2017.
- Häsemeyer Ludwig, „Geltungserhaltende oder geltungserstörende Reduktion?“, у: Mathias Habersack *et al* (Hrsg), *Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag*, Berlin 2003, 1097-1108.
- Хибер Драгор, Живковић Милош, „Заштита корисника кредита од једностране измене висине уговорене камате“, *Зборник радова Правној факултету у Нишу* 70/2015, 573-586.
- Hübner Ulrich, „Personale Relativierung der Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften nach dem Schutzzweck der Norm“, у: Gottfried Baumgärtel *et al* (Hrsg), *Festschrift für Heinz Hübner zum 70. Geburtstag* 1984, 487-503.
- Hürlimann Roland, *Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR*, Dissertation, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, Freiburg 1984.
- Zimmermann Reinhard, *Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit? Die rechtliche Behandlung anstößig-übermäßiger Verträge*, Duncker & Humblot, Berlin 1979.
- Steindorff Ernst, „Teilnichtigkeit kartellrechtswiedriger Vereinbarungen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs“, у: *Festschrift für Wolfgang Hefermehl*, Heidelberg 1971, 177-188.

*Sloboda D. Midorović, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
s.midorovic@pf.uns.ac.rs*

On the Legal Institute of Partial Nullity through the Prism of the Freedom of Contract

Abstract: *The paper examines the relationship between the principle of party autonomy and the institute of partial nullity of a contract. This interrelation has been brought to the spotlight due to the fact that the application of the institute of partial nullity inevitably triggers court's intervention in the initial content of the contract, which, to be dogmatically correct, shall, in principle, be upheld by the contracting parties. This is so, given that the parties, in the specific case, may favour the elimination of their contract over its survival in the modified content. The analysis has indicated that the stance on this subject matter cannot be uniform, since the occasions in which this relationship may come into play are not identical. Thus, this relation has been assessed in the three different sets of cases: 1) these in which the legislator a priori foresaw nullity of a specific contractual clause opting at the same time for the survival of the rest of the contract; 2) these in which the parties anticipated in their contract the influence of the nullity of a specific clause to the rest of the contract, and eventually, 3) these in which the court established the nullity of a concrete contract provision based on a general nullity clause to be found in Art. 103 in conjunction with Art. 105 of the Law on Obligations (LoO). Given that the LoO does not provide any guidelines on how the courts should handle the last group of cases, the approach advocated to this end in the legal doctrine and jurisprudence of the countries belonging to the Germanic legal family has been analysed. There, the dilemma between the partial nullity and nullity in toto is being solved with the help of the legal concept of hypothetical will. This is followed by the explanation of the concept of hypothetical will along with the legal standards and criteria according to which it shall be established. The paper concludes with the finding that the objective approach in the examining of the hypothetical will, which is advocated in the examined legal systems, is also acceptable from the viewpoint of Serbian law.*

Keywords: *court intervention, content of the contract, hypothetical will, partial nullity, nullity in toto.*

Датум пријема рада: 10. 1. 2021.