

Мр Јована Пушац¹,
Асистент Правног факултета,
Универзитет у Бањалуци,
Република Српска, БиХ

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 347.440

Рад примљен: 29.09.2013.

Рад прихваћен: 07.10.2013.

ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ ПОВРЕДЕ БИТНЕ ФОРМЕ УГОВОРА

Апстракт: Аутор у овом раду, на основу филигранске анализе релевантних прописа, доктринарне баштине и актуелне судске праксе, закључује да се класични принципи облигационог права у материји ништавости, када се она јавља као последица повреде *ad solemnitatem* форме, имају прилагодити специјалном режиму те анулирајуће грађанскоправне санкције. Специфичности се огледају у низу правила, у принципу, својствених само формалним уговорима од којих нека безусловно воде реституцији као редовној последици ништавости, а друга, пак, спречавају престанак ништавог уговора (конвалидација и конверзија). Будући да се форма манифестује као средство правне технике којом се увек заштићују одређени интереси (приватни или јавни), то се критеријумом циља форме одмерава санкција због њене повреде. Ипак, чини се да повреда чак и оне форме која несумњиво штити јавни интерес не задире у начела поретка, попут забрањених уговора, па отуда овде нема места примени најтеже санкције (тзв. грађанскоправне конфискације).

Кључне речи: конститутивна форма, ништавост, реституција, *Neto auditur*, конвалидација, конверзија.

1. Увод

Постоје два основна начина повреде форме. Прва се испољава у томе што уговорне стране своју изјаву нису дале у предвиђеном облику (нпр. кад је закон предвидео обавезну писану форму, а стране су се сагласиле само усмено). То је повреда форме у ширем смислу. Друга врста повреде форме постоји када су уговорне стране своје изјаве дале у потребној форми,

¹ j.pusac@pravobl.com

али *садржај форме не одговара њиховој стварној вољи*. У том случају се ради или о фиктивном или о симулованом уговору (Салма, 2009: 321), тј. о заобилажењу закона средством форме што чини засебан проблем (Салма, 1981: 10). Заједничко за обе врсте повреде јесте истоветна грађанскоправна санкција – ништавост уговора. Ми ћемо на овоме месту разматрати последице повреде форме у ширем смислу.

2. Општа санкција повреде битне форме

Према Закону о облигационим односима, уговор који није закључен у прописаној форми нема правно дејство уколико из циља прописа којим је одређена форма не произлази што друго.² Исто важи и за уговор који није закључен у уговореној форми уколико су странке пуноважност уговора условиле посебном формом.³ Према томе, уговоре који оскудевају битном (законском или уговореном) формом, тзв. форма *ad solemnitatem*, погађа апсолутна ништавост као категорија поништајне или анулирајуће грађанскоправне санкције (Николић, 1995:128), уколико интервенцијом сврхе форме, уговор не остане пуноважан. То значи да, сврха (циљ) прописа којим се одређује форма представља одлучујући критеријум у решавању питања недостатка потребне форме. Да би суд утврдио неважност уговора услед недостатка форме, потребно је да претходно испита циљ због којег је форма прописана, па у зависности од тога да одлучи да ли ће уговор остати на снази или ће бити проглашен ништавим (Перовић, 1986: 363).

Поједини правни писци сматрају да овде није реч о ништавим, већ о непостојећим уговорима⁴ који за последицу имају санкцију враћања по пра-

2 Чл. 70 ст. 1 Закона о облигационим односима – 300, *Службени лист СФРЈ*, 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 и *Службени гласник Републике Српске*, 17/93, 3/96, 39/03, 74/04. Напомињемо да је у Републици Српској извршена тзв. чиста рецепција облигационог права која се састојала у готово потпуном преузимању Закона о облигационим односима СФРЈ, те Закона о облигационим односима СРЈ у законодавни систем Републике Српске. Услед тога, разлике између текста Закона о облигационим односима Републике Србије, *Службени лист СФРЈ*, 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Службени лист СРЈ*, 31/93, *Службени лист СЦГ*, 1/03 и *Службени гласник РС*, 98/06 и Закона о облигационим односима Републике Српске су незнатне (одредбе се по нумерацији у потпуности подударaju) и не тангирају предмет рада.

3 Ово друго правило треба разумети тако да уговорници, који су споразумно себи поставили захтев форме, могу исто тако споразумом од њега одустати било изричито, било конклюдентном радњом.

4 Категорија непостојећих уговора дело је француске правне теорије у брачном праву у вези са ништавошћу брака одакле је проширена на правне послове у општем смислу, више в. (Бабић, 2009: 112), (Ђуровић, 1996: 435). Међутим, и сами француски правници сагласни су да се ради о чисто теоријском питању (Mazeaud, 1978: 280), као

вилама стеченог без основа (Карамарковић, 2004: 11). Нама се чини да је тешко бранити изнето становиште будући да су непостојећи уговори само теоријска конструкција без практичног домаћаја. Наиме, Закон о облигационим односима, унутар института „неважност уговора“ познаје једино ништаве и рушљиве уговоре, прецизније – нормира последице једино ове две категорије правно неваљаних уговора. „Они (непостојећи уговори – прим. аутора) обухваћени су категоријом ништавих уговора. Такво просуђивање је исправно не само због практичних, него и због логичко-семантичких разлога. Може се, наиме, говорити о *непостојању уговора*, али не и о *непостојећем уговору*, јер је то појам који је противречан самом себи. Тзв. »непостојећи уговор« није уговор; он је само извануспешан неуспех или недовршен покушај да се уговор закључи. Будући да уговора нема, није могућа ни његова класификација“ (Радишић, 2004: 171).

Заступајући становиште о двојној подели неважности уговора, онако како то чини и сам законодавац, закључујемо да је општа санкција повреде битне форме - ништавост уговора.⁵ Право на истицање ништавости није орочено,⁶ а може се вршити подношењем тужбе надлежном суду или стављањем перемпторног приговора у току парничног поступка. Ову грађанскоправну санкцију, која у нашем правном систему произилази из повреде принудних прописа, установе јавног поретка или добрих обичаја,⁷ можемо посматрати како са субјективног, тако и са објективног становишта која ћемо у наставку рада ближе разјаснити. Поред тога, потребно је да испитамо и евентуалну могућност конвалидације, као и конверзије уговора погођеног ништавошћу услед повреде битне форме, будући да је недостатак тог битног елемента уговора могуће санирати под законом одређеним условима.

3. Субјективне последице ништавости

Субјективне последице ништавости тичу се питања који су субјекти права у позицији да се с успехом позивају на ништавост уговора. Према Закону,

и да ни сама теорија непостојања (*theorie de l'inexistence*) није једнодушно прихваћена у француском праву (Cabrillac: 2010, 82).

⁵ „Сама ништавост има један репресивни и један превентивни циљ: репресивни, да сузбије већ закључене послове, а то ће се постићи одстрањивањем последица и превентивни, да предупреди закључивање противзаконитих трансакција“ (Круљ, 1965: 151). Занимљиво је да у енглеском праву повреда форме такође може бити узрок ништавости, али ипак најчешће доводи до његове неутуживости. В. (Cartwright, 2007: 145).

⁶ Чл. 110 ЗОУ.

⁷ Чл. 103 ст. 1 ЗОУ.

на ништавост се може позивати *свако заинтересовано лице*.⁸ Ова одредба показује да, иако се ради о заштити јавних интереса, код ништавих уговора право на позивање није неограничено како се у први мах чини. Истина, круг овлашћених субјеката Закон поставља веома широко обухватајући њиме и субјекте изван уговора, тј. органе друштвене заједнице који имају и право и дужност да штите јавни интерес (суд, јавни тужилац). Међутим, остала лица која се позивају на ништавост треба у таквој парници да докажу свој правни интерес. Закон није ближе одредио круг заинтересованих лица овлашћених на поништај уговора, али се може закључити да су то она лица која за утврђењем ништавости предметног уговора везује неки посредни правни или ванправни (морални) интерес (Салма, 2009: 404-405). Извесно је да тај интерес, сем уговорних страна (као и страна из предуговора),⁹ надлежних јавних органа и носилаца права прече куповине, неће морати да доказују ни универзални сукцесори уговорника, али ће они моћи да захтевају реституцију само у границама свог наследног дела.¹⁰

Јавни органи који су овлашћени на позивање на ништавост, односно на надзор уговора са становишта интереса поретка, подразумевају судске органе и органе (јавног) тужилаштва.¹¹ Поставља се питање шта заправо Закон очекује од суда када каже да „*на ништавост суд пази по службеној дужности*“. Да ли се тада ингеренције суда своде на његов парнични задатак у смислу да је, на основу ове одредбе, суд активно легитимисан да, макар и у одсуству таквог тужбеног захтева, покрене парницу за утврђење ништавости уговора, тј. да унутар већ покренуте парнице за раскид или испуњење ништавог уговора, сам одлучи о ништавости? Или би тиме грубо била повређени основни принципи парничне процедуре, и то, принцип да нема тужбе без парнице (*nemo iudex sine actore*),¹² *ме принцип да је суд у*

8 Чл. 109 ЗОО.

9 “Као страна из предуговора, који ствара обавезе између уговарача, тужилац може имати правни интерес да тражи да се утврди његова ништавост.” Решење Вишег суда у Ваљеву, Гж. 237/10 од 18.2.2010. (Збирка актуелне судске праксе, Грађанско процесно право, 2013: 129).

10 В. пресуду Касационог суда у Сарајеву, Билтен сп КсС-1/2002, (Тајић, Медић, 2005: 135).

11 Чл. 109 ЗОО. У Републици Српској је 2002. године у потпуности измењена организација тужилаштва, тј. укинут је институт јавног тужиоца иако су његове надлежности у погледу заштите јавног интереса у суштини остале исте, в. чл. 50-53. Закона о тужилаштвима Републике Српске, *Службени гласник РС*, 33/02, 85/03, 115/03, 37/06, 68/07. Из тог разлога епитет „јавни“ користимо и у даљем тексту (будући да га ЗОО још увек таквог познаје), али у загради.

12 Чл. 53 ст. 1 Закона о парничном поступку - ЗПП, *Службени гласник Републике Српске*, 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 49/09, 61/13. У супротном би такав положај суда значио

*парничном поступку везан границама тужбеног захтева (ne eat iudex ultra et extra petitum partium).*¹³

Становишта теорије и праксе нису у овом питању уједначена. У теорији влада став да, иако бисмо одузимањем суду сваке могуће активне интервенције занемарили материјалноправна правила Закона у погледу широког круга лица овлашћених на истицање ништавости, те би надзор суда над ништавим уговорима тиме био практично онемогућен, ипак, треба имати у виду да суд не може у исто време имати и функцију тужиоца и обављати задатак суђења. Сходно томе, обавезу судског надзора над ништавим уговорима не би требало схватити као овлашћење тог суда да по службеној дужности покрене или настави већ започету парницу ради поништаја уговора, већ *дужност суда да сарађује с другим органима правосуђа, тј. са надлежним (јавним) тужилаштвом* (Салма, 1981: 21). Међутим, у новијој судској пракси ова надзорна функција суда над евентуалном ништавошћу уговора тумачи се знатно екстензивније. Сматра се да је у парници по тужби за раскид или ради испуњења уговора суд увек овлашћен да по службеној дужности пази на ништавост тога уговора, али да утврђење ништавости, као *претходно питање*, тада представља *део образложења одлуке о постављеном тужбеном захтеву и не уноси се у изреку пресуде*. Уколико суд о томе одлучи у изреци пресуде, сматраће се да је прекорачио постављени тужбени захтев, јер је одлучио о нечему што није било предмет спора.¹⁴

Мора се приметити да су судови вешто удвољили и материјалноправном (надзорна функција суда према ЗОО) и процесноправном принципу (поштовање начела диспозиције према ЗПП),¹⁵ и тако пронашли пут до сврсисходног остварења своје улоге у материји ништавости. Такво становиште чини нам се и формално-логички исправним, јер подупире

оживотворење правила „кадија те тужи, кадија ти суди“.

13 Чл. 2 ст. 1 ЗПП.

14 Из пресуде Вишег трговинског суда Пж. 3068/06 од 18.9.2006. (Петровић, Козар, 2009: 64). Исто становиште садржи и пресуда Апелационог суда Брчко дистрикта, Рев. 11/08 од 22.12.2019. (Благојевић, 2010: 562). „Суд на ништавост пази по службеној дужности када се ради о апсолутној ништавости уговора. Стога није везан постављеним тужбеним захтевом за поништај уговора из разлога релативне ништавости.“ Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 251/07 од 11.7.2007. (Збирка актуелне судске праксе, Облигационо право, 2013: 87).

15 Тако се у новијој судској пракси сматра да ова надзорна функција над ништавошћу уговора важи и када суд поступа у ванпарници, па је тако у земљишнокњижном поступку дужан да *ex offio* пази на ништавост исправе, односно уговора који је приложен као основ за укњижбу права својине. Из решења Апелационог суда Брчко дистрикта, Гж. 369/10 од 12.5.2010. (Благојевић, 2010: 563).

рестриктивну примену истражног процесног начела на основу којег је суд овлашћен да онемогући располагања странака која су у супротности са принудним прописима¹⁶ (разуме се, прописи о форми уговора су когентне природе) и, сходно томе, одбије тужбени захтев за извршење ништавог уговора.¹⁷ С друге стране, чини нам се да би у супротном *ratio legis* одредбе о судском надзору остао осујећен, јер сарадња парничног суда с надлежним тужилаштвом у овом питању, већ на први поглед, указује на тромост и несврсисходност.

4. Објективне последице ништавости

У парници ради утврђења ништавости уговора суд доноси декларативну пресуду којом само констатује оно што се већ давно, у време закључења уговора, по сили закона, догодило - уговор је од почетка ништав, јер је вређао принудни пропис о обавезној форми. „Међутим, део пресуде који се односи на санирање ништавости у погледу права и обавеза уговорника је конститутиван, односно преображајан. Другим речима, у погледу обавеза уговорних страна, односно њихове судбине, суд има креативну улогу, јер мора да разреши судбину извршених и неизвршених престација“ (Салма, 2009: 408). Овај стваралачки задатак суда заслужује посебну пажњу имајући у виду његову слободу да изрекне једну од могућих последица ништавости уговора независно од предлога тужиоца.¹⁸ Те су последице, традиционално, успостављање пређашњег стања (реституција), примена максиме *Nemo auditur*, одузимање престације у корист општине и накнада штете.

4.1. Реституција

Општа правна последица ништавих уговора састоји се у обавези уговорних страна да врате једна другој све оно што су примиле по основу таквог

16 Чл. 3 ст. 2 ЗПП.

17 “Ограничење располагања странака се односи и на одредбе процесног и материјалног права.” Став одељења за привредне спорове Вишег трговинског суда од 14.11.2006. (Збирка актуелне судске праксе, Грађанско-процесно право, 2013: 3).

18 “Дакле, независно од захтева странке који је предмет спора, поступајући по службеној дужности у примени одредбе члана 104. ЗОО, који предвиђа лепезу грађанско-правних последица ништавости уговора, суд може да изрекне санкцију за коју оцени да одговара околностима случаја.” (Карамарковић, 2004: 23). Ово је значајна разлика у односу на поједине савремене грађанске кодификације (нпр. у француском и италијанском праву суд неће, по оглашавању уговора ништавим, *ex offio*, изрећи реститутивну последицу, већ једино на захтев странке).

уговора (*restitutio in integrum*).¹⁹ Реституција значи успостављање оног стања у имовини странака које је било пре закључења ништавог уговора и које се врши по правилима истовременог испуњења.²⁰ Примарност натуралне реституције заснована је на претпоставци да се враћањем ствари омогућује најбоља заштита интереса сауговорача и, истовремено, спречава његово богаћење на рачун одговорног лица (Николић, 1995: 151). Али, ако натурална реституција објективно није могућа (ако је нпр. ствар која је предмет престације пропала, потрошена или пуноважно отуђена) или се природа оног што је испуњено противи враћању, суд ће обавезати уговорнике на исплату новчане накнаде према ценама у време доношења судске одлуке уколико закон шта друго не одређује. При одлучивању, суд је дужан да се руководи критеријумима које му је Закон поставио, и то савесношћу једне, односно обеју страна, значајем угроженог добра или интереса, као и моралним схватањем друштва.²¹ Како је реч о уговору чији је основ, утврђењем ништавости отпао, то ће се реститутивна обавеза извршити по правилима о враћању стеченог без основа (*condictio indebiti*),²² те ће по обиму обухватити све користи од извршења уговора (главне и споредне).²³

У зависности од тога да ли је само једна страна извршила обавезу или су то учиниле обе, реституција бива једнострана или обострана (увек истовремена),²⁴ ретроактивна, са дејством *inter partes* и наступа по сили закона независно од одговорности контрахената (што значи да ће и несавесна страна имати право на реституцију). Ипак, критеријум савесности реститутивног дужника долази до изражаја при одмеравању обима враћања, јер ће несавесни уговорник морати да врати споредне ствари (природне или цивилне плодове) од дана стицања, а савесни од

19 Чл. 104 ст. 1 ЗОО.

20 Пресуда Врховног суда Србије, Гзз. 44/04 од 05.05.2004. (Збирка актуелне судске праксе, Облигационо право, 2013: 92).

21 В.чл. 104 ст. 3 ЗОО. „Савесност уговорних страна је одлучна чињеница за одлучивање о захтеву за повраћај датог на основу ништавог уговора, и треба је ценити у односу на врсту уговора чија је ништавост утврђена (потпуно или делимично), као и у односу на пажњу уговорних страна која је потребна код закључења и извршења тог уговора.“ Решење Вишег трговинског суда, Пж. 1322/06 од 5.10.2006. (Збирка актуелне судске праксе, Облигационо право, 2013: 85).

22 Чл. 210 ст. 2 ЗОО. „Захтев једне уговорне стране у случају раскида или поништаја уговора да јој друга страна врати оно што је од ње примила не заснива се на одговорности него на неоснованом обогаћењу.“ (Јанковец, 1993: 12). Више о реституцији у уговорном праву в. (Симоновић, 2012: 107).

23 Чл. 211-219 ЗОО.

24 Аналогно правилу о истовременом испуњењу обавеза (чл. 122 ст. 1 ЗОО).

дана подношења тужбе.²⁵ Разуме се, реститутивна последица нема значаја уколико ниједна страна није извршила уговорну обавезу. Стране тада не могу захтевати ни извршење уговора, јер се сматра да уговор никада није ни настао (*quod nullum est nullum producit effectum*).

4.2. Начело *Nemo auditur* и одузимање престације у корист општине

Одступања од реституције, као редовне правне последице ништавости, огледају се у одбијању реститутивног захтева несавесне стране применом максиме *Nemo auditur*²⁶ и одузимању предмета престације у корист надлежне општине. Према речима Закона, уколико је уговор ништав због тога што је *по својој садржини или циљу противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима* суд може одбити, у целости или делимично, захтев несавесне стране за враћање оног што је другој страни дала, а може и одлучити да друга страна оно што је примила по основу забрањеног уговора преда општини на чијој територији она има седиште, односно пребивалиште или боравиште.²⁷ Телеолошким тумачењем цитиране норме долазимо до закључка да се наведеном правилу могу подвргнути само забрањени (противзаконити, неморални) уговори.²⁸ Аргументи су следећи. Наиме, применом правила *Nemo auditur* одступа се од забране неоснованог обогаћења јер тужена уговорна страна задржава предмет престације захваљујући својој процесној позицији и независно од своје савесности,

25 Чл. 214 ЗОО.

26 *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* - Нико се неће саслушати ко наводи сопствену срамоту (недопуштenu радњу), односно, нико не може пред судом заснивати свој захтев на недопуштеном (противзаконитом, неморалном) основу. Корени ове римске максиме, настале рецепцијом римског права (*Glosa ad C. II, 4, 30*), садржани су у правилу *In pari causa turpitudinis cessat repetitio*, што у слободном преводу значи – Ако обе уговорне стране наводе своју срамоту, отпада повраћај.

27 В. чл. 104 ст. 2 ЗОО.

28 Ипак, супротно становиште усвојено је у Закључку са саветовања Савезног суда, Врховног војног суда, Врховног суда Србије, Врховног суда Црне Горе и Вишег привредног суда од 24, 25. и 26. септембра 1996. године у Суботици (Билтен Врховног суда Србије, бр. 3/2005, 51) према којем ће суд одбити захтев странке ако утврди да је она онемогућила закључење уговора у законом прописаној форми или ако би реституција била супротна начелима савесности и поштења и моралног схватања друштва. Дакле, несавесна страна неће успети са захтевом за повраћај добровољно датог само због тога што уговор није сачињен у законом прописаној форми. Нама се чини да тиме проблем правне ваљаности уговора није решен, јер суд има обавезу или да, изрицањем ништавости, разреши судбину извршених престација а да, тиме не повреди принцип забране неоснованог обогаћења на страни сауговорача (што је управо спорно у случају доследне примене наведеног става) или да, уколико постоје законски услови, конвалидира ништав уговор који оскудева конститутивном формом.

те се овај принцип не показује као најсрећније решење.²⁹ Уосталом, оно је у пракси углавном примењивано уз одузимање предмета престације као нетипичне и оштро критиковане грађанскоправне санкције.³⁰ С друге стране, теорија и пракса су једногласне у ставу да ће се санкција одузимања предмета уговора, која се заправо своди на конфискацију у општем интересу ради заштите јавног поретка, примењивати само на оне ништаве уговоре који су у очигледној супротности са друштвеним вредностима највишег ранга и чијим би се извршењем у већој мери нарушавала друштвена добра (материјална, интелектуална, морална), а обе стране су при том, поступале *mala fidei*.³¹ У свим осталим случајевима ништавих уговора, где према процени суда нису испуњени поменути услови, примењиваће се правило о повраћају у пређашње стање (Перовић, 2011: 49). Ако имамо у виду да је форма услов и детерминанта настанка, а не пуноважности уговора, те да се њоме могу штитити и индивидуални и општи интереси, тада се она, по својој ужој сврси - средство манифестације воље, не може тицати поретка и морала. Зато у случају повреде форме, у принципу, нема места најтежој грађанскоправној последици – одузимању предмета престација. То потврђује легислативни аргумент (чл. 73. 300): недостатност форме код формалног уговора може се санирати обостраним извршењем уговора. Повреду оног прописа који се тиче поретка, закон, по природи ствари никада, ни под којим условом, не да санирати. Зато нам се чини да повреда форме није питање забрањених уговора, већ пре

29 Истина, суд ће ову максиму моћи применити и по основу чл. 104 ст. 3 300, будући да је реч о инструментивној норми која упућује на изрицање најцелисходнијих последица, али ће исход бити идентичан.

30 С правом се поставља питање основаности начела *Nemo auditur* у контексту одузимања предмета престације будући да је на цивилном пропису да реституише, а не да кажњава (пеналне санкције су типичне за кривичне прописе). Опширније в. (Салма, 2004: 495). „Одузимањем предмета престације се не успоставља пређашње стање. Уговорне стране се не доводе у позицију у којој су раније биле или у којој би се налазиле да је уговор пуноважан. Оне се кажњавају (...) Међутим, нема никаквог оправдања да се то чини по правилима грађанског права, нарочито када се има у виду чињеница да постоје кривичноправне мере које у функционалном погледу углавном одговарају том задатку. Све то упућује на закључак да одузимање предмета престације у корист државе треба елиминисати из грађанског права.“ (Николић, 1995: 151). О одступању од реституције уопште в. (Симоновић, 2012: 187).

31 У том смислу в. и правно схватање Грађанског одељења Врховног суда Србије од 29.1.1991. Билтен Врховног суда Србије, бр. 4/2008, 167 којим је суд утврдио ближе критеријуме за изрицање санкције одузимања предмета престације у корист општине: да ли се штетне последице по друштвени интерес могу отклонити реституцијом, да ли је одузимање предмета престације неопходно ради сузбијања масовних негативних друштвених појава, да ли предмет престације објективно представља предмет кривичног дела и да ли се страна противи реституцији.

питање услова настанка уговора, те ће повреда форме имати за најдаљу практичну последицу реституцију престација. Друго је, наравно, питање ако су стране форму изиграле или су њеном употребом заобишле закон, но тада се не ради о повреди правила о форми, већ о заобилажењу закона средством форме (Салма, 1981: 9) што улази у домен забрањених уговора. Према томе, поштравање последица ништавости могуће је само код забрањених уговора, а имајући у виду да уговори који „пате“ од недостатка захтеване форме не припадају тој категорији, закључујемо да овде нема места одступању од општег реститутивног принципа.³²

4.3. Накнада штете

Осим поменутих, последица ништавог уговора може бити и накнада штете коју је једна страна претрпела услед закључења таквог уговора. Но, суд ће усвојити одштетни захтев само од савесне стране, односно оне која докаже да није знала, нити је према околностима могла знати за ништавост уговора.³³ Дакле, три су услова неопходна за наступање ове одговорности: да је један од уговорника свесно (намерно, долозно) скривио повреду битне форме, да је оштећени саговорник савестан и да постоји узрочна веза између штете и ништавости уговора.

Како у правној теорији једнодушно влада став о томе да брига о законској форми уговора не пада на терет само једног уговорника већ је то обавеза свих његових страна, односно да се недостатак захтеване форме уговора приписује у кривицу свима онима којих се уговор тиче, следи закључак да је свака страна дужна да сноси властиту штету ако се покаже да је уговор ништав због недостатка форме. Само се изузетно ништавост уговора може приписати у кривицу искључиво једној страни и тада долази у обзир њена *предуговорна одговорност*. То ће бити случај када једна страна зна да је друга неупућена у обавезност форме уговора па ипак пропусти да је о томе упозори или када је реч о уговорнику који је професионални стручњак, више в. (Радишић, 1991: 91). Накнада у том случају треба да обухвати штету коју је савесна страна претрпела због неизвршења уговора, као и због предузимања свих поступака који су произашли из њеног веровања да је закључен пуноважан уговор, а који је доведе до смањења њене имовине (Перовић, 1986: 469), (Салма, 2009: 497).³⁴ Дакле, иако накнада штете због

32 Сем тога, реститутивна санкција треба да се примени све дотле док се превентивни и репресивни циљеви остварују (Круљ, 1965: 151).

33 В. чл. 108 ЗОО.

34 Такав ј став познат и у судској пракси: „Уговорна страна, која кривицом друге уговорне стране не добије очекивани стан по уговору, може тражити да јој друга

culpa in contrahendo, у начелу, обухвата само *негативни уговорни интерес* (трошкове закључења, испуњења или пријема испуњења уговора, те штету услед тога што је савесна страна, поуздајући се у правну ваљаност и остварење уговора, пропустила прилику да закључи други користан уговор), у случају када је „једна уговорна страна непридржавање прописа о форми изазвала својим лукавством, тј. активном или пасивном преваром саговорника у погледу форме, тада се штета не састоји једино од негативног интереса, него управо од изосталог испуњења“ (Радишић, 1991: 135), тј. од *позитивног уговорног интереса*.³⁵

5. Конвалидација и конверзија

Изузетке од ништавости, као редовне *ex lege* санкције за недостатак битне форме уговора, чине инструменти који спречавају престанак уговора – конвалидација и конверзија.³⁶ Могућност конвалидације (накнадно оснажење извршењем) уговора који оскудева захтеваном формом, Закон решава критеријумом циља форме,³⁷ одређујући да ће се, уговор, за чије се закључење захтева писмена форма сматрати пуноважним иако није закључен у тој форми, ако су уговорне стране извршиле, у целини или у претежном делу, обавезе које из њега настају, осим ако из циља због кога је форма прописана очигледно не произлази што друго.³⁸ Ово значи да ће питање санкције овог формалног недостатка зависити од тога да ли је циљ прописане форме уговора, *in concreto*, заштита јавних или, пак, приватних интереса уговорних страна. Наиме, у случају када се формом претежно заштићују *интереси уговорника* (нпр. форма уговора о грађењу, уговора о јемству, уговорена форма, и сл.), тада би стране могле фактичким извршењем да надоместе такав формалан недостатак. Тако је суд у једном спору утврдио да је „сврха писмене форме уговора о грађењу (као и других уговора за

страна накнади штету. Стан представља имовину и изневерено очекивање стана значи и губитак у имовини те може бити предмет захтева за накнаду имовинске штете, а о висини се суди на основу утврђених чињеница или по уверењу суда.“ Пресуда Савезног врховног суда Рев. 880/58 од 17.2.1959. Збирка судских одлука, књ. IV, 49.

35 В. и (Орлић, 1993: 46). Има и супротних становишта према којима уговорна страна која је крива за закључење ништавог уговора одговара своје саговорачу за штету коју овај трпи због закључења таквог уговора, али не и за штету због неизвршења уговора (Јанковец, 1993: 10).

36 Конвалидација, практично, има исти правни значај као и конверзија иако су то правно две потпуно различите ствари. (Круљ, 1980: 312).

37 Више о циљу форме формалних уговора, в. (Перовић, 1964: 70). За немачко право в. (Larenz, 1979: 59).

38 Чл. 73 ЗОО.

које је закон прописао обавезну форму) да се нагласи његова озбиљност и омогући лакше утврђивање садржине. Сврха је, међутим, постигнута и ако уговор није закључен у писменој форми, али је испуњен у целини од једне уговорне стране. Супротно становиште било би противно начелу савесности и поштења.³⁹ Међутим, уколико је циљ форме конкретног уговора заштита *јавних интереса* (нпр. уговор о промету непокретности), уговорници тада не би могли да игноришу когентну законску норму и да материјалним извршењем оснаже ништав уговор *изузев* ако посебан (*lex specialis*) пропис такву могућност допушта. А таква, изузетна, могућност предвиђена је управо за уговор о промету непокретности који у Републици Србији подлеже конвалитацији под законом одређеним условима.⁴⁰ Иста правна могућност постојала је и у правном систему Републике Српске до увођења нотаријата,⁴¹ од када је конвалитација уговора који оскудева обавезном нотарском формом апсолутно искључена (Пушац, 8/2011: 117). С обзиром да је ову искључиву форму (тзв. форму *нотарски обрађене исправе*) законодавац прописао с циљем постизања веће правне сигурности, ефективне контроле законитости и заштите, превасходно, *јавног интереса*, у њеном одсуству, сходно критеријуму циља те форме, уговор неминовно бива погођен ништавошћу без могућности конвалитације.⁴²

39 Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 12981/11 од 9.11.2011. (Збирка актуелне судске праксе, Облигационо право, 2013: 53).

40 Чл. 4 ст. 3 Закона о промету непокретности, *Сл. гласник Републике Србије*, 42/98, 111/09. Више о томе в. (Пушац, 1/2011: 187). „Када признаница има све елементе писменог уговора о купопродаји (означење уговорних страна, предмет продаје и уговорену цену) и непокретност је предата у посед купцу који је исплатио уговорену цену, испуњени су услови за конвалитацију писменог неоверењог уговора о продаји у смислу члана 4 став 3 Закона о промету непокретности,“ Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 212/04 из децембра 2004. (Збирка актуелне судске праксе, Облигационо право, 2013: 55).

41 Наиме, Закон о нотарима Републике Српске, *Службени гласник РС*, 86/04, 2/05, 74/05, 76/05, 91/06, 37/07, 50/10, 78/11 ступио је на снагу 2004. године, но његова вакација је трајала две године, јер је примена закона одложена за 1.11.2006. године. Ипак, како су нотари званично почели са радом тек 11. марта 2008. године, Закон од тада обавезује.

42 В. чл. 68 ст. 1 тач. 3 Закона о нотарима. Тумачењем чл. 70 ст. 1 ЗОО следи да нема места конвалитацији уговора који оскудева овом, по карактеру, *искључивом* нотарском формом. „Једини изузетак је предвиђен у погледу обећања поклона.“ (Повлакић, Schalast, Софтић, 2009: 141), в. и (Бикић, Бркић, 2010: 129). Упор. чл. 82 и 83 Закона о јавном бележничтву Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 31/2011, 85/2012, 19/2013, којима се форма јавног бележничтва, у принципу, предвиђа као *конкурентна* (алтернативна са формом уговора сачињеном пред судом), па ју је могуће санирати обостраним извршењем (конвалитација).

Конверзија (претварање ништавог уговора у пуноважан), такође, спречава престанак уговора и доводи до редовног и најпожељнијег начина гашења облигационог односа – испуњења. Но, ово преобраћање контракта из домена неважности у домен правне ваљаности могуће је тек уз кумулативно испуњење законских услова. Најпре, потребно је да се не ради о изричито забрањеном уговору, јер се конверзијом не могу спасавати забрањени правни послови (противзаконити, неморалан, зеленашки, привидан), већ ништави послови због недостатка форме (Куштримовић, Лазих, 2008: 317). Затим, потребно је да ништав уговор испуњава услове за пуноважност неког другог уговора, као и да је конвертовани уговор у сагласности са циљем који су уговорачи имали у виду када су уговор закључили ако се може узети да би они закључили тај уговор да су знали за ништавост свог уговора.⁴³ То, изгледа, повлачи и четврти услов – савесност обеју страна, тј. да нису знале за ништавост, јер би једнострана несавесност искључивала конверзију. Дакле, конверзија је „институција реституционе, а не пеналне материје. Сем тога, она је институција јавног поретка, те стога не може бити вансудска. То значи да стране не могу сагласном изјавом воља, мимо судског поступка, конвертовати ништав уговор“ (Салма, 2009: 433), јер би се тада радило о преносу (новацији). Конверзија је, у суштини, израз тежње очувања уговора и у основи се заснива на тумачењу уговора према заједничкој намери странака. Због тога се одредбе уговора тумаче у смислу у коме оне могу имати дејство, а не у смислу да немају никакво дејство. То је старо правило које свој извор има још у Digestama: *Actus interpretandus est potius ut valeat quam et pereat* – Ulpianus, 80, Dig. 45.1. (Перовић, 1980: 366).⁴⁴ Но, имајући у виду да форма неретко уговорним странама служи као средство за изигравање закона (нпр. симулује се формални уговор из разлога

43 В. чл. 106 300. Тако је у једном спору уговор о доживотном издржавању нижестепеним пресудама утврђен ништавим због недостатка форме јавне исправе, јер о закључењу уговора судија није сачинио записник, нити је унео упозорење о последицама закључења уговора. У образложењу пресуде ревизиони суд наводи: “Уколико би се утврдило да судија није у стварности прочитао уговор и упозорио уговорнике на последице закључења, било је нужно у смислу члана 106 300 испитати услове за конверзију уговора. Наиме, када би ништав уговор испуњавао услове за пуноважност неког другог уговора (у конкретном случају тзв. неправог уговора о доживотном издржавању где је предаја имовине извршена у моменту закључења уговора) онда би међу странкама важио тај други уговор ако би то било у сагласности са циљем који су уговорачи имали у виду када су уговор закључивали и ако би се могло узети да би они закључили тај уговор да су знали за ништавост уговора који је предмет спора.” Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 2339/99 од 30.12.1999. (Збирка актуелне судске праксе, Наследно право, 2013: 103).

44 “Чињеница да је уговор о доживотном издржавању по свом садржају заправо уговор о даровању, не чини тај уговор ништавим, већ вриједи као уговор о даровању”. Пресуда Врховног суда Хрватске, Рев. 151/89 од 22.3.1989. (Бикић, Бркић, 2010: 154).

што је дисимуловани уговор неформалан или због тога што се тиме може прикрити чињеница од општег интереса – нпр. купопродајна цена као основица пореза на промет непокретности⁴⁵), „судска пракса конверзију допушта искључиво у ситуацији када су странке невеште у закључењу уговора или необавештене о потребним условима које закон захтева за његову егзистенцију па уговор сачињавају тако да не обезбеде све битне услове (захтевана форма) за његово закључење“ (Карамарковић, 2004: 13).

6. Закључак

На основу пажљиво извршене анализе правних последица повреде конститутивне форме уговора, можемо извести неколико закључних напомена. Најпре, законодавац је за уговоре који оскудевају битном (законском или уговореном) формом предвидео анулирајућу грађанскоправну санкцију - ништавост. Последице ништавости, према речима Закона, своде се на повраћај у пређашње стање (реституцију), одбијање реститутивног захтева несавесне стране применом максиме *Nemo auditur*, одузимање престаације у корист општине и накнаду штете. При томе се под редовном последицом ништавости подразумева једино реституција, док се изрицањем осталих, чине одступања (искључења или ограничења) од примене општег реститутивног принципа. Но, мишљења смо да у материји повреде битне форме уговора овим одступањима нема места, будући да не постоји рационални основ за примену најтеже грађанскоправне последице – одузимање предмета престаација, али ни максиме *Nemo auditur*. Ово стога што се уговорима који оскудевају битном формом не вређају друштвени принципи највишег ранга, тј. такав формалан недостатак уговора не тиче се поретка у ужем смислу као што је то случај са забрањеним уговорима (истина, често и сама форма зна да послужи контрахентима као средство за прикривање, симуловање забрањеног уговора, али тада је разлог ништавости привидан уговор, а не повреда форме). Наведени став, чини се, оправдан је и легислативним аргументом према којем се уговор, погођен ништавошћу због повреде форме, конвалидацијом, односно конверзијом може „спасити“ од престанка, што, разуме се, никада неће бити привилегија уговора који вређају највише принципе једног поретка. Питање тог

45 Према чл. 27 ст. 1-3 Закона о порезима на имовину Републике Србије, *Службени гласник РС*, 26/01, *Службени лист СРЈ*, 42/02 и *Службени гласник РС*, 80/02, 135/04, 61/07, 5/09, 101/10, 24/11, 78/11, 57/12 и 47/13, основицу пореза на пренос апсолутних права чини уговорена цена у тренутку настанка пореске обавезе, уколико није нижа од тржишне вредности. Ако надлежни порески орган оцени да је уговорена цена нижа од тржишне, има право да у року од 60 дана од дана пријема пореске пријаве утврди пореску основицу у висини тржишне вредности. У случају да то не учини у наведеном року, пореску основицу чини уговорена цена.

„правног оздрављења“ ништавог уговора решаваће се критеријумом циља форме, те ће бити могуће само уколико је сврха форме конкретног уговора - заштита приватних интереса.

Литература

- Бабић, И. (2009). Облигационо право, општи део. Београд – Сремска Каменица: Факултет за европске правно-политичке студије Универзитета Singidunum и ЈП Службени гласник.
- Благојевић, М. (2010). Практикум за парнични поступак са судском праксом. Бања Лука: Графомарк.
- Бикић, Е., Бркић, А. (2010). Материјалне и процесноправне последице недостатка форме у правном промету некретнина. *Анали Правног факултета у Зеници*. 5. 129 – 159.
- Гамс, А., Ђуровић, Љ. (1981). Увод у грађанско право. Београд: Научна књига.
- Ђуровић, Љ. (1996). Непостојећи и ништави уговори. *Правни живот*. 10. 433 – 450.
- Јанковец, И. (1993). Уговорна одговорност. Београд: Пословна политика.
- Карамарковић, К. (2004). Расправе из уговорног, одштетног и процесног права. Београд: Глосаријум.
- Куштримовић, Р., Лазић, М. (2008). Увод у грађанско право. Ниш: Пунта.
- Круљ, В. (1965). Правило о искључењу повраћаја у случају испуњења недопуштеног уговора, *Зборник радова о страном и упоредном праву*, Београд. 3. 151 – 180.
- Круљ В. (1980). Коментар Закона о облигационим односима, редактори: Благојевић, Б., Круљ В., књига I. Београд: Савремена администрација.
- Larenz, K. (1979). *Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil*. Munchen: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung.
- Leon, H., Mazeaud J. (1978). *Lecons de droit civil. Tome 2. Vol. 1*. Paris: Montchrestien.
- Повлакић, М., Schalast, С., Софтић, В. (2009). Коментар Закона о нотарима у Босни и Херцеговини. Сарајево: Немачка организација за техничку сарадњу-GTZ.
- Николић, Д. (1995). Грађанскоправна санкција - генеза, еволуција и савремени појам. Нови Сад: Правни факултет Нови Сад.
- Орлић, М. (1993). Закључење уговора. Београд: Институт за упоредно право.
- Перовић, С. (2011). Закон о облигационим односима са регистром појмова. Предговор Слободан К. Перовић. Београд: Службени гласник.
- Перовић, С. (1986). Облигационо право. Београд: Службени лист СФРЈ.

Перовић, С. (1980). Коментар Закона о облигационим односима, редактори: Перовић, С., Стојановић, Д. Крагујевац - Горњи Милановац: Правни факултет Крагујевац и Културни центар Г. Милановац.

Перовић, С. (1964). Формални уговори у грађанском праву. Београд: Научна књига.

Петровић, З., Козар, В. (2009). Мега збирка судске праксе из облигационог права. Београд: Intermex.

Попов, Д. (2007). Грађанско право, општи део. Нови Сад: Правни факултет Нови Сад.

Пушац, Ј. (2011). Законске претпоставке за конвалидацију уговора о непокретности. Зборник Правног факултета у Нишу. 1. 591 – 603.

Пушац, Ј. (2011). Конвалидација уговора о купопродаји непокретности у правном систему Републике Српске. Анали Правног факултета у Зеници. 8. 117 – 133.

Cabrillac, R. (2010). Droit des obligations. Paris: Dalloz.

Радишић, Ј. (2004). Облигационо право – општи део. Београд: Номос.

Радишић, Ј. (1991). Предуговорна одговорност. Београд: Институт за друштвене науке.

Салма, Ј. (2009). Облигационо право. Нови Сад: Правни факултет Нови Сад.

Салма, Ј. (2004). Начело *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* и ништавост уговора. Анали Правног факултета у Београду. 3-4. 487 – 495.

Салма, Ј. (1981). Недопуштена реституција и одузимање предмета престајације у корист друштвене заједнице код забрањеног уговора у практичној примени права. Гласник Адвокатске коморе Војводине. 10. 7 – 26.

Cartwright, J. (2007). Contract Law – An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer. Oxford: Hart Publishing.

Симоновић, И. (2012). Реституција у грађанском праву – домашај примене. Докторска дисертација. Ниш: Правни факултет Ниш.

Тајић, Х., Медић Д. (2005). Закон о облигационим односима, избор судских одлука 1980-2005. године. Сарајево: Привредна штампа.

Закон о облигационим односима Републике Српске. Службени лист СФРЈ. Бр. 29 (1978), 39 (1985), 45 (1989), 57 (1989) и Службени гласник РС. БР. 17 (1993), 3 (1996), 39 (2003), 74 (2004).

Закон о облигационим односима Републике Србије. Службени лист СФРЈ. Бр. 29 (1978), 39 (1985), 45 (1989), 57 (1989), Службени лист СРЈ. Бр. 31 (1993), Службени лист СЦГ. Бр. 1 (2003), Службени гласник РС. Бр. 98 (2006).

Закон о нотарима Републике Српске. Службени гласник РС. Бр. 86 (2004), 2 (2005), 74 (2005), 76 (2005), 91 (2006), 37 (2007), 50 (2010), 78 (2011).

Закон о јавном бележништву Републике Србије. Службени гласник РС. Бр. 31 (2011), 85 (2012), 19 (2013).

Закон о тужилаштвима Републике Српске. Службени гласник РС. Бр. 33 (2002), 85 (2003), 115 (2003), 37 (2006), 68 (2007).

Закон о парничном поступку Републике Српске. Службени гласник РС. Бр. 58 (2003), 85 (2003), 74 (2005), 63 (2007), 49 (2009), 61 (2013).

Збирка актуелне судске праксе 2013, Облигационо, Грађанско процесно право, Наследно право, Пословни биро. Retrieved 26, September 2013, from http://www.poslovnibiro.rs/index.php?page_id=159

Решење Вишег суда у Ваљеву, Гж. 237/10 од 18.2.2010. (Збирка актуелне судске праксе, Грађанско процесно право, 2013: 129).

Пресуда Касационог суда у Сарајеву, Билтен сп КсС-1/2002. (Тајић, Медић, 2005: 135).

Пресуда Вишег трговинског суда Пж. 3068/06 од 18.9.2006. (Петровић, Козар, 2009: 64).

Пресуда Апелационог суда Брчко дистрикта, Рев. 11/08 од 22.12.2019. (Благојевић, 2010: 562).

Пресуда Врховног суда Србије Рев. 251/07 од 11.7.2007. (Збирка актуелне судске праксе, Облигационо право, 2013: 87).

Решење Апелационог суда Брчко дистрикта Гж. 369/10 од 12.5.2010. (Благојевић, 2010: 563).

Пресуда Врховног суда Србије Гзз. 44/04 од 5.5.2004. (Збирка актуелне судске праксе, Облигационо право, 2013: 92).

Решење Вишег трговинског суда Пж. 1322/06 од 5.10.2006. (Збирка актуелне судске праксе, Облигационо право, 2013: 85).

Закључак са саветовања Савезног суда, Врховног војног суда, Врховног суда Србије, Врховног суда Црне Горе и Вишег привредног суда од 24, 25. и 26. септембра 1996. у Суботици, Билтен Врховног суда Србије, бр. 3/2005.

Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 12981/11 од 9.11.2011. (Збирка актуелне судске праксе, Облигационо право, 2013: 53).

Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 212/04 из децембра 2004. (Збирка актуелне судске праксе, Облигационо право, 2013: 55).

Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 2339/99 од 30.12.1999. (Збирка актуелне судске праксе, Наследно право, 2013: 103).

Пресуда Врховног суда Хрватске, Рев. 151/89 од 22.3.1989. (Бикић, Бркић, 2010: 154).

Jovana Pušac, LL.M.

*Teaching Assistant, Faculty of Law, University of Banja Luka
Republic of Srpska, Bosnia and Herzegovina*

The Legal Consequences of Breaching the Legal Form of Contract

Summary

In this paper, the author discusses the legal consequences stemming from the breach of the legal form of contract. On the basis of a detailed analysis of relevant legislation, the doctrinal heritage and the abundant case law, the author concludes that the traditional principles of contract law on nullity (ensuing from the breach of the ad solemnitatem form of contract) must be adapted to the special regime governing the consequences of nullity. These particularities are reflected in a series of rules which are (in principle) inherent only to formal contracts; some of these rules necessarily lead to restitution as a regular legal consequence of nullity while others prevent the termination of contract (by means of convalidation and conversion). Given that the legal form is an instrument which is always aimed at protecting certain private or public interests, this objective is used as the essential criterion for determining a relevant sanction for the violation of formalities. However, in case of breaching the legal form of contract which is undoubtedly aimed at protecting the public interest, the breach of legal form does not encroach on the basic principles of the public policy, which is the case in forbidden contracts. Consequently, it implies that the most serious civil law sanction (confiscation) is inapplicable.

Key words: *ad solemnitatem form, nullity, restitution, nemo auditur, convalidation, conversion*

СУДСКА ПРАКСА
