

stème parlementaire, certaines constitutions prévoient tout de même aussi la responsabilité politique du président de la république. C'est aujourd'hui le cas, par exemple, de l'Autriche. Pourtant, même dans ces systèmes pour soulever la question de la responsabilité politique du chef d'Etat il faut se conformer à une série de conditions qui rendent cette cation très difficile et, la décisions sur la révocation éventuelle du président est laissée au referendum.

A la fin, seulement dans le système de l'assemblée, où le parlement est le titulaire du pouvoir total auquel l'exécutif répond de son travail (mais n'a pas la possibilité comme dans le système parlementaire, de congédier le parlement), le chef d'Etat — soit individuel soit collectif — a la responsabilité politique devant le parlement. Celui-ci est autorisé à le relever de ses fonctions même avant l'expiration de son mandat. Dans la plupart des constitutions de ces pays cette solution est formulée expressément, mais elle résulte de la logique des choses même là où ce n'est pas le cas.

En Yougoslavie, dans le cadre de l'application du système de l'assemblée, le chef d'Etat est aussi politiquement responsable. Ce fut le cas selon la Constitution de 1946 qui prévoyait un chef d'Etat collectif, Présidium de l'Assemblée Populaire et selon la Loi constitutionnelle de 1953 et la Constitution de 1963 qui prévoient le Président de la République comme chef d'Etat. Le fait que la Constitution de 1963, à la différence de la Loi constitutionnelle de 1953, ne prévoit pas d'une façon expresse, la responsabilité politique du Président de la République, ne change rien, suivant l'opinion de l'auteur, vu que cette responsabilité est immanente au système de l'assemblée lui-même. La Loi sur les espèces et les conditions de responsabilité de tous les titulaires des fonctions publiques et d'autres fonctions sociales, qui est en préparation, réglera sans doute aussi la question de la responsabilité politique du Président de la République en Yougoslavie.

La conclusion de son travail l'auteur consacre à l'analyse des circonstances pertinentes à l'évaluation intégrale de la question de savoir comment le problème de la responsabilité politique est posé et résolu dans les système particuliers. Ce sont trois circonstances suivantes: 1) l'existence ou l'absence de la responsabilité politique des autres titulaires de la fonction exécutive; 2) l'existence ou l'absence de la responsabilité en matière criminelle du chef d'Etat; 3) l'action des facteurs extra-juridiques, sociologiques et politiques, parmi lesquels la place la plus importante occupent les organisations politiques qui agissent substantiellement sur la réalisation du système entier du pouvoir et même des rapports entre le parlement et le pouvoir exécutif et, dans ce cadre-ci, aussi sur le fonctionnement de la responsabilité politique de ce dernier devant le premier.

ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ НЕМОРАЛНИХ УГОВОРА

1. Већ су Дигеста забележила принцип *Non omne quod licet honestum est* (1) који ће Богишић, много касније, унети у свој Законик речима „И оно што није забрањено може да не буде поштено“ (2). Примењен на уговорно право, овај принцип значи да одређен уговор може бити противан не само позитивном праву већ и поштењу односно моралним схватањима одговарајуће друштвене средине. Апсолутна ништавост присутна је како код уговора који су позитивним правом забрањени тако и код уговора који су супротни

(1) Paulus, 144, Dig. 50, 17.

(2) Чл. 999 Опшег имовинског законика за Црну Гору од 1888.

одређеним моралним нормама. То је класично учење које је добило и позитивноправни израз готово у свим кодификацијама грађанског права (3). Правне последице оваквих уговора долазе у ред сложенијих питања правне доктрине, нарочито у хипотези да су обавезе из таквих уговора делимично или потпуно извршене. Повраћај у пређашње стање јавља се као опште правило којим се регулишу имовински односи настали извршењем ништавих уговора. Међутим, понекад то правило трпи изузетак уступајући место традиционалној римској максими *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (4), тако да до повраћаја извршених престаџа не долази. Али овој материји није непознато и правило да су странке дужне да оно што су по основу ништавог уговора примиле предају неком трећем, на пр. државном или неком другом јавном органу. Које се правно правило може усвојити у нашем праву? Биће потребно, претходно се упознати бар у основним ли- нијама, са појмом неморалног уговора.

2. Према традиционалном схватању један уговор се сматра неморалним ако су његови елементи супротни моралним нормама одређене друштвене средине (5). То би био уопштен и у извесној мери непрецизан појам овога уговора. За конкретну квалификацију потребно је утврдити прво да се таквим уговором врши повреда моралне норме а то значи да је претходно потребно установити постојање једне такве норме, и друго, одредити који елементи уговора треба да буду у супротности са моралном нормом. То упућује на закључак да је појам неморалних уговора обележен већим степеном релативности него што је то, на пр., случај са противзаконитим уговором. Критеријум да ли је један уговор противзаконит или не, одређен је самим текстом закона, док се критеријум за утврђивање да је један уговор неморалан налази у општој свести одређене друштвене средине. Већ сама та чињеница довољно указује на релативност појма неморалног уговора; морална схватања различита су у разним друштвеним срединама (оно што је неморално у једном друштву не мора бити и у другом) а такође и у истом друштвеном систему могућа су различита морална схватања о истој ствари. Као пример који то лепо илуструје може послужити историја уговора о осигурању живота. У време доношења Француског грађанског законика овај уговор је био одбачен као противан моралу јер се сматрало да се њиме вређа хуманост и ствара једна игра у којој се шпекулише са животом грађана (6), да би се касније од истог друштва схватио као моралан и према томе правно пуноважан. Разуме се да један неморалан уговор може бити и противзаконит у случају када морална норма постане и правна, као што је

(3) Тако, на пр., Француски грађански законик (чл. 6, 1133); Аустријски грађански законик (§ 879); Немачки грађански законик (§ 138); Швајцарски законик о облигацијама (чл. 19, 20); Српски грађански законик (§§ 13, 538); Општи имовински законик за Црну Гору (чл. 513, 915); Мађарски грађански законик од 1959. (чл. 200); итд.

(4) *Glosa ad C. II, 4, 30*. Ова максима у преводу гласи да се нико неће слушати наводећи сопствену срамоту (недопуштenu радњу) Она је дело каснијих радова у рецепцији римског права и води порекло од римских максима *In pari causa turpitudinis cessat repetitio* (Ако обе стране наводе властиту срамоту отпада повраћај) или *In pari delicto melior est conditio possidentis* (Ако обе стране наводе своју срамоту јача је она која има државину ствари), итд.

(5) Jacques Saiget: *Le contrat immoral*, Paris 1939, p. 36 seq.

(6) Mazeaud: *Leçons de droit civil*, t. II, Paris, 1962, p. 94.

случај са зеленашким уговором који је по својој садржини неморалан али који је уједно и противзаконит јер га забрањују и правне норме. Отуда граница између неморалних и противзаконитих уговора није оштро постављена; обе категорије уговора улазе у шири појам тзв. недопуштених уговора, само што су противзаконити уговори недопуштени позитивноправним нормама, док су неморални уговори недопуштени моралним нормама. Да би се ближе одредио појам неморалних уговора потребно је испитати карактер тих моралних норми, тј. повреда којих моралних норми у једном друштву повлачи за собом квалификацију неморалности уговора.

3. Организација једне друштвене заједнице не почива само на правним нормама. Она се заснива и на моралу. Повреда одређених моралних норми нарушава друштвени поредак као што је то случај и са повредом правних норми. Разлика између ових норми посматрана на општем плану своди се углавном на различитом карактеру њихових санкција. Морална норма санкционисана је јавним мишљењем, дифузна је и није унапред прецизно одређена (7). Међутим, у материји уговорног права иста је санкција присутна за случај да се уговором вређају правне или моралне норме. Та санкција огледа се у апсолутној ништавости уговора. Моралне норме имају исту обавезну снагу као и законски прописи императивног карактера. Странке не могу пуноважно закључивати уговоре који су противни закону или моралу одређеног друштва. О коме моралу је овде реч? Најопштије се може рећи да уговор не сме бити противан оном моралу који је у свести одређеног друштва прихваћен као општи ток идеја и принципа на којима је засновано то друштво и којима се уноси потребна правна сигурност. У ствари овде је реч о једном аспекту јавног поретка (8), због чега није могуће таксативно одредити који све уговори улазе у категорију неморалних, већ се оставља суду да он приликом конкретног одлучивања изврши 'ту квалификацију руководећи се при томе устаљеним моралним схватањима.

У нашој судској пракси посматрани су као неморални на пр. следећи уговори: уговор о продаји одређених ствари из друштвене имовине по изузетно ниским ценама у корист ограниченог круга потрошача. Наиме, у конкретном случају купац је као члан једне привредне организације, на основу одлуке радничког савета те организације да се грађевински материјал продаје члановима те привредне организације по ценама које су знатно ниже од тржишних, купио одговарајућу количину грађевинског материјала под условима предвиђеним у тој одлуци. Врховни суд Југославије је стао на становиште „да су већ устаљени погледи нашег социјалистичког друштва да се противи нормама социјалистичког морала пракса, која се јавља у појединачним ситуацијама, да се свесно привилегише ограничени круг потрошача, тако што им се роба даје по ценама изузетно ниским и нижим од обичне цене на тржишту, док се осталим потрошачима роба исте врсте и истог квалитета продаје по вишим ценама [...] па би стога такав уговор био ништав као супротан нормама социјалистичког морала“ (9); — уговор

(7) Ч. Марковић: Поштење и морал у праву, *Архив*, књ. V (XXII), 1922, с. 332.

(8) Mazeaud: *op. cit.*, р. 94.

(9) Решење Врховног суда Југославије, Рев 3635/63 од 1 априла 1964, *Збирка судских одлука*, књ. IX, св. I, бр 26.

по коме се оцу девојке по застарелом обичају плаћа извесна вредност да би се његова ћерка удала за одређеног човека (10); уговори који имају за циљ да створе или одржавају ванбрачну заједницу (11); уговор о купопродаји кад је купац приликом уговарања искористио тешко стање продавца и навео га да на продају пристане за цену која је несразмерно мала (12); уговорна клаузула којом се одређује право продавца да због доцње купца може тражити раскид уговора и уз то задржати наплаћени износ куповне цене. Неморалност овакве клаузуле уговора Врховни суд Југославије образлаже следећим речима: „Правно је правило да се у случају одустанка од уговора примљена наплата враћа тако да једна страна не извлачи добит из штете друге стране. Уговор противан овом правном правилу морао би се ценити као противан добрим обичајима. Таква одредба у уговору не служи уговорној дисциплини; она не упућује странку да се држи уговора него, напротив, побуђује на раскид којим се постиже корист на штету друге стране. Зато оваква одредба у уговору, посматрана уопште, и није друштвено сврсисходна. Сама таква уговорена последица да страна која одустане од уговора тиме управо прибавља добит из штете друге стране и тако постиже лично богаћење из рада другог, очевидно је противна поштењу и социјалистичком моралу међу пословним субјектима у правном промету“ (13); уговор који представља фиктивно поравнање да би се изиграли интереси трећих лица (14); уговори који су управљени на оштећење заједнице (15); одредба уговора о поклону којом се поклонодавац одриче права да тражи раскид уговора због неблагодарности (16); уговор којим се уз обећање да ће се уступити стан и под условом уступања стана преноси својина покућства. Врховни суд Словеније стао је на становиште да је уговор о купопродаји покућства закључен под таквим условима ништав јер је *contra bonos mores* (17).

Наведени примери из судске праксе показују да су се судови приликом оцене моралности појединих уговора руководили општим схватањима која обезбеђују одређени морални ниво нашег друштва. То није ни проста казуистика нити серија прецедената која би подсећала на англосаксонско право већ став суда који у прилично хетерогеној материји увек поступа по утврђеним моралним схватањима наше средине која су се формирала у општој свести људи и која у крајњој линији улазе у оквир јавног поретка.

(10) Пресуда Врховног суда Србије Гж 2940/56 од 20 јануара 1957, *Збирка судских одлука*, књ. II, св. 1, бр. 76.

(11) Упутство Савезног врховног суда о начину решавања спорова који настају у вези са ванбрачним заједницама, Су 42/54 од 4 марта 1954, *Збирка одлука врховних судова 1953—1955*, с. 42.

(12) Пресуда Врховног суда БиХ, Гж 93/56 од 25 маја 1956, *Збирка судских одлука*, књ. I, св. 2 бр. 341.

(13) Пресуда Савезног врховног суда, Рев 1769/61 од 25 новембра 1961, *Збирка судских одлука*, књ. VI, св. 3, бр. 240.

(14) Пресуда Врховног суда Србије, Гзз 485/49 од 14 октобра 1949, *Збирка одлука врховних судова 1945—1952*, с. 124.

(15) Решење Врховног суда БиХ, Гж 989/60 од 28 априла 1960, М. Вуковић: *Правила грађанских законика*, Загреб, 1961, с. 735.

(16) Пресуда Врховног суда Србије, Гж 2896/56 од 5 фебруара 1957, *Збирка судских одлука*, књ. II, св. 1 бр. 76.

(17) Пресуда Врховног суда Словеније, Рев. 128/61 од 28 децембра 1961, *Збирка судских одлука*, књ. VI, св. 3, бр. 254.

4. Досадашња излагања упућују на закључак да се појам неморалних уговора везује за чињеницу супротстављања садржине уговора одређеним моралним схватањима. Само извршење престација из таквог уговора било би противно одговарајућим моралним нормама. Међутим, могуће је да извршење престација не буде неморално али да је неморалан мотив који је определио странке да закључе уговор. Поставља се питање да ли је и у таквом случају уговор неморалан па према томе и ништав. Изгледа да се питање може решити по општим правилима која владају у материји настанка и пуноважности уговора као и по правилима која се примењују на однос каузе и мотива уговора. Код теретних уговора мотиви се у принципу не узимају у обзир па према томе и неморалност мотива била би по правилу ирелевантна у погледу пуноважности уговора. Насупрот, кад је реч о добротним уговорима мотив је ближи каузи тако да у одређеним случајевима он утиче на пуноважност уговора (18). Разуме се да се неморалност мотива мора установити у сваком конкретном случају да би се један добротни уговор квалификовао као неморалан и ништав. Међутим, у судској пракси често се заузима *a priori* став о неморалности мотива ако је реч о поклону учиненом у ванбрачној заједници (19). Тачно је да ће мотиви у таквим уговорима често бити неморални, нарочито ако се поклон врши ради придобијања наклоности конкубине, образовања или одржавања ванбрачне заједнице. Али могуће је да поклонодавац буде инспирисан и добрим мотивима, што значи да би суд био дужан да у сваком конкретном случају испитује моралност мотива без обзира о каквом поклону је реч. Критеријум за просуђивање моралности односно неморалности мотива био би исти као и при оцени неморалности садржине уговора, тј. потчињавао би се општим моралним схватањима друштвене средине

5. Делимично или потпуно извршење престација из неморалног уговора ствара на плану регулисања последица неважности знатне тешкоће. Анализа упоредноправних решења указује на основну дилему: може ли реституцију захтевати онај уговорник који је знао да тиме чини неморалан акт; шта ако се стане на становиште да је у таквом случају реституција искључена: хоће ли други уговорник задржати примљено или ће се то предати неком трећем? Где се у решењу питања налази чињеница савесности странака и какав јој правни значај треба дати? Може се рећи да одговори на ова питања, ако се посматрају разни правни системи, не само да излазе из оквира униформности већ се често свode на мозаик различитих решења. Исти утисак се добија и анализом доктринарних разматрања. Ако се занемаре извесне специфичности појединих правних система, рекло би се да се у основи уочавају три решења: (1) прихватање максиме *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* којом се искључује могућност повраћаја датог; (2) одбијање ове максиме и усвајање решења по коме се ствари враћају у

(18) То је класично учење које је и наша судска пракса прихватила. Вид.: Решење Савезног врховног суда, Рев 2079/61 од 12 децембра 1961, *Збирка судских одлука*, књ. VI, св. 3, бр. 239; Решење Врховног суда Југославије Рев 653/64 од 24 децембра 1964, *Збирка судских одлука*, књ. IX, св. 3, бр. 334.

(19) Пресуда Врховног суда Србије Гзз 447/50 од 27 децембра 1950, *Збирка одлука врховних судова 1945—1952*, бр. 142, с. 156

пређашње стање и (3) решење које се заснива на идеји забране реституције с тим да се предмет престажије одузима у корист неког трећег.

6. Смисао традиционалне максиме *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* огледа се у захтеву да се никоме не може дозволити да од сопственог индигнитета чини основ за судску заштиту. Њеном применом спречава се странка да захваљујући интервенцији суда извлачи користи из своје неморалне радње. Извесне кодификације грађанског права XIX и XX века репродуковале су ову максиму у овом или оном виду. Тако Аустријски грађански законик (§ 1174) предвиђа да „оно што је ко са знањем дао ради извршења које немогуће или недопуштене радње, не може натраг тражити“. Повраћај датог дозвољен је само у случају ако је извесна вредност дата да би се спречила недозвољена радња. Сличну одредбу имао је и Српски грађански законик (20). Немачки грађански законик (§ 817) такође је на позицији ове максиме. Он предвиђа да „ако је циљ неке чинидбе био одређен тако да се прималац пријемом огрешо о неку законску забрану или добре обичаје, прималац је обавезан на повраћај. Повраћај је искључен ако даваоцу исто тако на терет пада погрешка, осим ако се чинидба састојала у узимању неке обавезе; повраћај онога што је дато у циљу извршења таквог уговора не може се тражити“. Швајцарски законик о облигацијама (чл. 66) верно је репродуковао правило о искључењу повраћаја датог речима да нико не може тражити повраћај нечега што је дао у намери да се постигне неки противправан или неморалан циљ. Италијански грађански законик (чл. 2035) такође усваја ово правило али само за случај да чинидбе обе стране представљају повреду добрих обичаја.

7. За разлику од поменутих законика, примена максиме у француском праву није једнодушно прихваћена. Француски грађански законик је не предвиђа нити чини алузију на њену примену. Као резултат „тога ћутања“ у француској правној доктрини и јуриспруденцији још од доношења самог Законика повео се спор између присталица и противника ове максиме који је са више или мање жара вођен све до нашег времена (21). Једни ће рећи да су редактори француског грађанског законика сигурно имали у виду могућност прихватања овог правила и да чињеница што га нису поставили у Законик значи да су га одбацили, и то како само правило тако и све његове последице. Напротив, други ће рећи ако правило није изричито предвиђено то не значи да је оно излишно. Њега треба посматрати као једно од основних принципа који доминирају правом те због тога и нема потребе да се и формално инкорпорира у текст (22). Мотиви те расправе су различити. Они се заснивају на читавој лепези различитих момената: почев од чисто фор-

(20) § 722 Српског грађанског законика гласи: „Ако би ко што немогуће, или што недозвољено и срамно, или забрањено од кога за награду захтевао: онај није дужан учинити баш да би и награду примио. Шта више и награда му пропада, нити је може натраг искати“.

(21) Питање је актуелно и у раду Комисије за реформу Франц. грађ. зак. (вид : Др. Врлета Круљ: *Правило о искључењу повраћаја у случају испуњења недопуштеног уговора*, Институт за упоредно право, Београд, 1965, с. 157).

(22) Jacques Saiget: *op. cit.*, 324.

малноправних па све до социолошких. С обзиром да те расправе нису ни до данас ишчезле, њихова анализа може нам бити од користи за постављање закључка о овом питању.

Аргументи који иду у прилог максими разноврсни су по својој природи. Најпре се истиче, да је примена максиме у сагласности са друштвеним интересима. Она има васпитни и превентивни значај јер ће странке унапред знати да не могу да поврате оно што су дале по основу неморалног уговора што ће утицати на смањење броја оваквих уговора. Одбијање повраћаја ствара међу странкама извесну несигурност у коју се оне неће лако упуштати. Због тога интервенција суда у таквом случају треба да изостане прештајући странкама да на свој ризик извршавају овакве уговоре. Достојанство суда треба да остане по страни тих трансакција и да их игнорише (23).

У овим аргументима примећује се само извесна тачност. Наиме, тачно је да примена ове максиме остварује са гледишта друштвених интереса одређену превентивну улогу али не потпуну. У хипотези да је и друга страна несавесна, примена максиме лишава се квалификације превентивне улоге. Она у таквом случају не остварује жељени циљ пошто друга страна такође не може задржати примљену вредност из истих разлога као и прва па чак и из једног разлога више: она то држи *sine causa*. — Што се тиче става присталица максиме да се суд не меша у неморалне уговоре, изгледа да се он не може успешно оправдати. Суд не може остати пасиван посматрач неморалних трансакција нарочито у друштвеним системима у којима се са појачаном пажњом гледа на јавне интересе. Напротив, суд треба да има активну улогу и због тога што је реч о ништавом правном послу на који се *ex officio* пази.

У прилог максиме *Nemo auditur* истицан је и један чисто правни аргумент. С обзиром на евентуално неизвршење обавезе једне од странака из неморалног уговора и немогућност судске заштите, овакав уговор треба сматрати једном врстом алеаторног уговора. Странке од почетка морају рачунати на неизвесност узајамних давања пошто су прихватиле ризик који произилази из одсуства судске заштите што у суштини представља једну коцку, игру на срећу (*alea*) (24). Изгледа да се ово гледиште, и поред привидне основаности, не може успешно оправдати. Пре свега и алеаторни уговори подлежу истим правилима која се односе на пуноважност уговора. То значи да ни *alea* не може бити нешто што је законом или моралом забрањено. Поред тога, код алеаторних уговора однос узајамних обавеза зависи од неког неизвесног догађаја. Догађај мора бити неизвестан било уопште било само за обе уговорне странке (25). Међутим, у хипотези да је

(23) Georges Ripert: *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1927, pp. 188—201.

(24) Raymond Saleilles: *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code Civil pour l'empire Allemand*, 2 édition, Paris, 1901, No 346.

(25) У доктрини је доста расправљано питање да ли у случају алеаторног уговора неизвесност треба да постоји само за једну или за обе странке. У Француској правној теорији повод за дискусију пружила су различита решења усвојена у фран. грађ. законик. По чл. 1104 овога законика алеаторан уговор постоји када се „еквива-

неморалан уговор једна врста алеаторног уговора због неизвесности хоће ли странка извршити своју обавезу јер је на то не може нико судским путем натерати не може се говорити о неизвесности и алеаторности јер то зависи искључиво од воље једне странке што је чист случај потестативног услова.

За усвајање поменуте максиме и одбијање тужбе за повраћај истакнуто је и мишљење да је овде реч о натуралној облигацији (26). Када се неко обавезе забрањеним уговором, та обавеза није правно важећа али она постоји као натурална облигација и ако се изврши не може се захтевати повраћај датог. — Изгледа да би се овом схватању могло приговорити: како нешто што је неморално може да егзистира на моралном плану? Да ли је морално захтевати нешто што је неморално да се испуни? Логика природних облигација огледа се баш у томе да због одређених разлога, пре свега рационалних (на пр. застареле обавезе), отпада захтев као елемент субјективног права али обавеза, баш због тога што је морална, прелази потпуно на план морала без правне заштите. Управо због тога и постоји правило да странка не може захтевати назад оно што је дала по основу натуралне облигације јер се сматра да је дала нешто што је била дужна дати. Међутим, овде баш по моралним нормама није била дужна дати, те ако је нешто неморално, онда не може имати за заштиту ни моралну санкцију.

Најзад, у прилог примене поменуте максиме у француској правној теорији истицан је и аргумент да је максима традиционална и да би је због тога требало усвојити и поред тога што је *Code civil* не предвиђа. Наиме, *Code civil* познаје само одредбе према којима „обавеза без основа, са неистинитим или недозвољеним основом не може имати никаква дејства“ (чл. 1131) а „основ је недозвољен када је забрањен законом, када је противан добрим обичајима или јавном поретку“ (чл. 1133). Присталице максиме упиру се дакле да докажу да се примена максиме има да заснива на дугој прошлости њене употребе, што се са позитивноправног гледишта наравно не може прихватити.

8. Поред теоријскоправног аспекта, питање је у француском праву имало и практични изглед. И док се за већину аутора који су се бавили овим питањем може рећи да су у својим схватањима били оријентисани у једном или другом смислу (за или против примене максиме) углавном без „средњих решења“, дотле је пракса француских судова показивала више осећања за један рационалнији став. Добија се утисак да је еволуција у судској пракси водила ка сужавању поља примене максиме и да је у тој еволуцији, која је ишла од случаја до случаја, преовлађивао критеријум заштите друштвених интереса (27). Максима *Nemo auditur* схваћена је

лент“ састоји у нади сваке странке на добит или губитак према неизвесном догађају а по чл. 1964 алеа може да постоји било за обе било само за једну страну. Ипак већина аутора сматра да је правилније решење оно које је дато у чл. 1104, тј. да алеа мора да постоји и на једној и на другој страни. Вид: *Mazeaud: Leçons de droit civil*, t. II, Paris, 1962, p. 84; *Marty et Raynaud: Droit civil*, II, Les obligations, Paris, 1962, p. 57; *Planiol, Ripert et Boulanger: Traité élémentaire de droit civil*, t. II, Paris, 1952, p. 31; *Baudry-Lacatinerie: Traité théorique et pratique de droit civil, des contrats aléatoires*, Paris, 1899, p. 1 seq.

(26) *Jacque Saiget: op. cit.*, p. 330.

(27) *Jacques Saiget: op. cit.*, p. 330.

углавном као изузетак од општег правила повраћаја у пређашње стање, и то као изузетак који може бити правдан једино потребом заштите друштвених интереса а која се огледа у превентивном карактеру који је у максими садржан: елиминисање или бар смањење броја неморалних уговора. Једном речју, судска пракса се руководила идејом да максимуму треба примењивати у мери у којој је она корисна. У време које је претходило Француском грађанском закону и непосредно после његовог доношења, максима *Nemo auditur* била је у широкој примени. Судска пракса као да је у то време игнорисала дискусију која се у доктрини водила, да би касније, нарочито у XX веку, напустила њену примену у низу случајева и свела јој границе само на неке типичне случајеве. Поменућемо неке од њих.

Најпре, правило *Nemo auditur* примењује се у свим уговорима који имају за циљ стварање, одржавање или искоришћавање јавних кућа (28). То су уговори о купопродаји или закупу јавне куће, па чак и зајам који се даје са циљем да се омогући одржавање јавне куће. Међутим, уговор о осигурању куће и инвентара у њој, судска пракса није посматрала као неморалан јер он није у непосредној вези са употребом куће нити утиче на њено искоришћавање (29). Код оваквих уговора судска пракса је стајала на становишту да лице које је нешто дало по основу оваквог уговора не може тражити повраћај јер би то значило стварање правног основа од сопствене неморалне радње (30).

Поклон учињен конкубини да би се придобила или одржала њена наклоност, као и све оно што фаворизује конкубинат, схваћено је од судске праксе као поље примене традиционалне максиме (31).

У случају уговора о брачном посредовању еволуција судске праксе може се посматрати кроз два периода: први, од половине XIX века па све до његовог краја, када се овакав уговор посматрао као супротан добрим обичајима и следствено томе никакви се захтеви међу странкама не могу постављати, и други, после 1900 када се у судској пракси чини разлика према томе како је овај уговор сачињен: ако посредник уговара хонорар сразмерно висини мираза који ће примити будући супруг или ако је унапред фиксиран хонорар који би се дуговао само у случају да дође до закључења брака — такви уговори као супротни достојанству брака као важне друштвене установе сматрани су за неморалне. У таквим случајевима према мишљењу судова брак се третира као обичан посао у коме је садржана опасност пресије од стране посредника јер овај има имовински интерес „да своју мисију успешно оконча“ (32). Обрнуто, ако се мисија посредника, уз хонорар који није ничим условљен нити је његова висина

(28) Roger Dorat des Monts: *La cause immorale (Etude de jurisprudence)*, thèse, Paris, 1956, p. 45—49; G. Ripert: *op. cit.*, No 25,107; Marty-Raynaud: *op. cit.*, No 191, 213. J. Saiget: *op. cit.*, p. 336 seq.

(29) Roger Dorat des Monts: *op. cit.*, p. 47.

(30) Види одлуку француског Касационог суда од 15 октобра 1938 која је објављена у *Revue trimestrielle de droit civil*, 1939, pp. 460 seq., а која је приказана у *Архиву*, год. XXIX, Друго коло, књига XXXIX (LVI), бр. 4, с. 349 у којој је суд применио максимуму *Nemo auditur* на случај када је закупца једне јавне куће унапред платио закупнину своме закуподавцу па је у међувремену уговор о закупу престао да постоји. Касациони суд је одбио закупца од захтева за повраћај унапред плаћене закупнине.

(31) J. Saiget: *op. cit.*, p. 345.

(32) Roger Dorat des Monts: *op. cit.*, p. 35.

било од чега зависна, своди само на упознавање и „довођење у везу“ заинтересованих лица без икаквог притиска на закључење брака — онда је такав уговор у судској пракси посматран као важећи. Акција посредника у оваквом случају посматра се као корисна, нарочито у данашње време када се због сложености друштвених односа, услова и начина живота, извесним лицима путем посредничких агенција олакшава ступање у брак (33).

Тужба за повраћај датог одбија се у француској судској пракси и у свим уговорима који се односе на хазардне игре ако су закључени под условима који су забрањени позитивним правом. Ту се подразумевају уговори који налазе свој основ у игри или су закључени поводом игре, на пр., зајам учињен ради обављања игре, и сл. (34).

Правило *Nemo auditur* примењује се такође и у случајевима: када се једно лице уговором обвезе да уз накнаду коју ће добити од саговорника или неког трећег употреби свој утицај, углед или поверење које ужива у одређеном кругу (на пр., у администрацији) да би своме саговорнику учинио неку корист (*trafic d'influence*) (35); или када се уговори драматуршки, спортски или сл. „успех“ са групом лица која ће се „одушевљавати“ за време представе или спортске приредбе и тиме утицати на стварање одређеног јавног мњења (*contrat de claque*) (36); или разни уговори поводом изборне агитације, куповине гласова и уопште изборне корупције (37). Исти је случај и са уговором којим се омета правилно извођење јавне дражбе, уговором којим се остварује нека фискална превара или уступање неке јавне функције, уговором којим се регулишу новчана давања у циљу „добровољног“ развода брака, итд. (38).

У свим овим и сличним случајевима француска судска пракса задржала је примену максиме *Nemo auditur* одбијајући захтеве за повраћај датог са основном мотивацијом да нико не може тражити судску заштиту на основу свога индигнитета. Видећемо касније у којим случајевима је одбијена примена ове максиме и усвојено опште правило о повраћају у пређашње стање. Претходно ће бити од интереса установити у којим случајевима наша судска пракса прихвата ову максиму.

9. Практика наших судова у решавању спорова насталих из неморалних уговора у многоме подсећа на праксу француских судова. Наиме, у недостатку законског текста, наши судови у неким случајевима примењују максиму *Nemo auditur*, док у другим случајевима прибегавају правилу повраћаја у пређашње стање. Да ли се у таквој пракси примењује неки јединствени критеријум и да ли се уопште таква пракса може основано бранити?

(33) Roger Dorat des Monts: *ibidem*.

(34) J. Saiget: *op. cit.*, p. 344.

(35) Roger Dorat des Monts: *op. cit.*, p. 52.

(36) J. Saiget: *op. cit.*, p. 346; Roger Dorat des Monts: *op. cit.*, p. 52.

(37) Тако је на пр. у судској пракси био одбијен захтев једног гостионичара према изборном агенту по чијем налогу је гостионичар дао бесплатну конзумацију бирачима зато што је знао за циљ тога налога — да бирачи гласају за одређеног кандидата (вид: Roger Dorat des Monts: *op. cit.*, p. 52).

(38) Jean Carbonnier: *Théorie des obligations*, Paris, 1963, p. 202; J. Saiget: *op. cit.*, pp. 346, 347.

Пре закључка о овом питању погледајмо изближе неке конкретне примере на које је примењена традиционална максима.

Поменули смо већ уговор по коме се оцу девојке по застарелом обичају плаћа извесна вредност да би се његова кћи удала за одређеног човека. Врховни суд Србије стао је на становиште да је такав уговор неморалан и на њега је применио правило о искључењу повраћаја датог. Ево дела образложења те одлуке: „Из тужбе се види да је тужилац испросио туженикову кћер за свота сина, и по обичајима, за које тужба наводи да владају у њиховом крају, дао туженику 65.000 динара у готову и ствари побројане у тужби; да је туженикова кћи после месец дана проведених код тужиоцевог сина, отишла из куће и да до закључења брака није дошло, те да је тужилац поставио тужбени захтев да му туженик врати примљени новац и ствари, пошто се пријемом истих неправедно обогатио. — Окружни суд је погрешно, када је делимично усвојио тужбени захтев и нашао, да је тужени дужан да примљени новац и ствари врати тужиоцу по основу неправедног обогатења. — Из саме тужбе, исказа испитаних сведока и саслушања парничара као странака произилази, да се у овом случају ради у суштини о купопродаји туженикове кћери тужиоцевом сину, јер су и новац и ствари дате тужиоцу под условом да се тужиоцев син ожени тужениковом кћери, а што представља неморалан правни посао. Према томе, с обзиром да се овде ради о потраживању које потиче из једног неморалног правног посла, то се тужиоцу не може пружити правна заштита, односно тужилац не може тражити повраћај новца и ствари које је дао туженику по основу таквог правног посла [...].“ [Подвукао С. П.] (39).

Слично као и у француској судској пракси и по становишту наших судова не могу се судским путем остваривати права из уговора о поклону који је учињен за време трајања ванбрачне заједнице. По пресуди Врховног суда Србије. „[...] туженик је спорне ствари поклонио тужиљи за време њихових ванбрачних односа, а приликом дефинитивног разлаза они су се споразумели да туженик однесе ствари а да тужиљи исплати вредност истих за 150 хиљада динара. Дакле, и спорне ствари које тужиља тужбом тражи и сума од 150 хиљада динара као вредност тих ствари потичу из ванбрачних односа странака — из неморалних и недозвољених односа, а суд потраживањима која проистичу из таквих односа, који су законом забрањени, не може да пружи заштиту, због чега се таква потраживања не могу судским путем остварити“ [Подвукао С. П.] (40).

На истом становишту је и Упутство Савезног врховног суда о начину решавања спорова који настају у вези са ванбрачном заједницом (41) према коме „[...] Кад је једна страна дала или учинила нешто ради извршења обавезе по уговору који је закључен у сврху образовања и одржавања ванбрачне заједнице, такво давање или чињење извршено је без правног основа, јер је уговор ништав. Међутим, и ако је овим начином дато или

(39) Пресуда Врховног суда Србије Гж 2940/56 од 20 јануара 1957, *Збирка судских одлука*, књ. II, св. 1, бр. 76. — В. и А. Гамс: Повраћај у пређашње стање код неморалних правних послова, *Анали Правног факултета у Београду*, 1958, бр. 2, с. 206.

(40) Пресуда Врховног суда Србије, Гзз 447/50 од 27 децембра 1950, *Збирка одлука врховних судова 1945—1952*, с. 156.

(41) *Збирка одлука врховних судова 1953—1955*, с. 42.

учињено нешто што није дуговано, не може се тражити повраћај, пошто је то извршено у намери да се постигне сврха која се противи закону и добрим обичајима. [Подвукао С. П.] Ово у истој мери важи како за случај кад је ванбрачна заједница настала тако и у случају кад та заједница није настала“.

Поводом једног фиктивног поравнања Врховни суд Србије у образложењу своје пресуде износи уопштено свој став о последицама неморалних уговора речима: „[...] Правно је правило да се нико не може користити неморалним правним послом и да странке немају права да потражују оно што су дале на основу неморалног, законом забрањеног правног посла. Суд не може пружити правну заштиту лицу које своје потраживање заснива на неморалном правном послу, нити се таква потраживања могу остварити судским путем [...]“ (42).

И најзад, Савезни врховни суд применио је максиму *Nemo auditur* на случај недозвољеног посредовања у купопродаји некретнина. Став суда изражен је речима „[...] Према позитивним прописима посредовањем у купопродаји не могу се бавити појединци и такво посредовање уз награду има се сматрати забрањеним. За те уговоре са забрањеном садржином важи правило да ниједна страна не може тражити његово извршење али исто тако се не може тражити ни повраћај онога што је у извршењу забрањеног посла дато, па ни по основу неправедног обогаћења“ [Подвукао С. П.] (43).

10. У низу других случајева примењене су редовне последице ништавости — повраћај у пређашње стање. Судови се у тим случајевима нису позивали на максиму *Nemo auditur* већ су одбијали њену примену. Ево неколико примера из француске судске праксе: сума новца дата да би се добио прекид кривичног гоњења; код уговора о уступању „нотарских уреда“, или уступању концесија јавних служби без дозволе надлежног органа, уговора између нотара и појединца о стицању некретнина на велико и препродавање на мало, сума дата ради извршења неког деликта, итд. (44).

Из наше судске праксе већ смо поменули пример уговора о продаји одређених ствари из друштвене имовине по изузетно ниским ценама у корист одређеног круга потрошача. Као што смо видели, Врховни суд Југославије стао је на становиште да је такав уговор неморалан, али за разлику од других случајева у којима није дозволио повраћај датог, овде је применио правило о реституцији. „[...] Привредна организација, као продавац, не би била дужна и тужени, као купац, не би био овлашћен да тражи предају купљено-продатих производа по уговореним нижим ценама кад је уговор према предњем критеријуму ништав. Свака странка је дужна да врати оно што је примила на основу ништавог уговора, као примљено без основа. [Подвукао С. П.] Уколико такав повраћај у пређашње стање није могућ јер је купљена роба већ конзумирана или из других узрока, онда се повраћај у пређашње стање врши на начин и у мери тако да једна

(42) Пресуда Врховног суда Србије Гзз 485/49 од 14 новембра 1949, Збирка одлука врховних судова 1945—1952, с. 124.

(43) Пресуда Савезног врховног суда, Рев 2664/62 (из архиве овог суда)

(44) J. Saiget: *op. cit.*, p. 347 seq.

странка не постигне безразложну корист на штету друге странке. — Пошто је, како се из стања ствари види, уговор извршен и роба конзумирана, то је тужени, као купац, без основа примио и без основа задржава ону вредност која представља разлику између уговорене ниже цене и обичне цене на тржишту. Према томе, долази у обзир примена правила материјалног права о облигацијама из безразложног обогаћења [...]“ (45).

Наша судска пракса такође стоји на становишту да се повраћај датог може захтевати и у случају уговора о ортаклуку у занатству којим се врши забрањена делатност. Тако, „[...] Из ортаклука у занатству не могу се остваривати користи од ортачког пословања, али свака странка може тражити повраћај унесених средстава [...] Погрешно би било схватање да тужилац нема право на тражени износ само зато што је то све дато у сврху обављања недопуштене делатности [...]“ (46); „[...] Правне последице у општем интересу забрањеног ортаклука не могу се протегнути толик да фаворизују једног назови ортака на рачун другог у односу на оно што је који ортак унео у ортаклук, као вредност у готову или у стварима или као рад, а при престанку ортаклука још постоји актива ортаклука у било којем виду јер би у противном друга страна, која се у једнакој мери огрешила о забрану, неоправдано задржала нешто што јој није припадало и што јој не припада [...]“ (47); „[...] Несумњиво је правилно гледиште да се у правном поретку Југославије може применити правило да оно што је ко са знањем дао ради извршења које немогуће или недопуштене радње или, уопште, ради остварења недопуштеног циља, — не може се натраг тражити. Ово правно правило претпоставља однос у коме једна странка нешто даје ради такве радње или таквог циља а друга као накнаду обећава да изврши недопуштenu радњу или оствари недопуштени циљ. Суђење противно овоме правилу било би друштвено штетно јер би погодвало појаву недопуштених делатности и остваривања недопуштених циљева а доследна примена овог правила погодује сузбијање таквих штетних појава. — Но, није правилно гледиште да се ово правило примењује и на случај кад назови ортак од имаоца приватне занатске радње потражује вредност коју му је дао као свој „улог“ ради заједничке течевине занатском радњом. Усвојено је гледиште да је ништаван уговор о ортаклуку у приватној занатској радњи јер је такав уговор, као друштвено штетан, противан закону. Показује се, међутим, друштвено-позитивним став да имацац приватне занатске радње мора да врати вредности којима се без основа обогатио из имовине свога назови ортака. То је дато за послове занатске радње а не у циљу да имацац занатске радње као накнаду за то изврши какво недопуштено дело или оствари какав недопуштени циљ. Не показује се друштвено штетним правило да имацац приватне занатске радње врати вредно-

(45) Решење Врховног суда Југославије Рев 3635/63 од 1 априла 1964. — *Збирка судских одлука*, књ. VII, св. 1 бр. 26.

(46) Пресуда Савезног врховног суда Рев 2758/61 од 7 фебруара 1962. — *Збирка судских одлука*, књ. VII, св. 1, бр. 26.

(47) Решење Савезног врховног суда Рев 1554/61 од 22 септембра 1961. — *Збирка судских одлука*, књ. VI, св. 3, бр. 248.

сти којима је без основа обогаћен; напротив оно упућује на правично решење“ (48).

Тужба за повраћај датог била је усвојена и у једном случају у коме су обе стране биле несавесне јер су знале да чине недопуштен посао. У образложењу пресуде Врховног суда Србије (49), која је била потврђена од стране Врховног суда Југославије (50), истиче се: „Правилно је правно становиште првостепеног суда да је правни посао парничара у вези кога је дата утужена сума недозвољен и према томе ништав. Међутим, погрешно је првостепени суд извео закључак о последицама таквог правног посла у вези са утуженим потраживањем. Ништав правни посао уопште не производи било каква правна дејства између саговорача, те се сматра да такав правни посао није ни закључен. Из тога, пре свега произилази да ниједан од саговорача не може да тражи извршење на основу ништавог уговора, нити може преко суда да остварује било какве користи из самог уговора који је ништав. Међутим, пошто се сматра да правни посао који је ништав није ни закључен, а пошто је отпао законски основ задржавања оног што је већ дато, то по нахођењу Врховног суда има доћи до успостављања првобитног стања. Према томе, оно што су уговорне странке једна од друге примиле на основу ништавог уговора, примиле су без основа и стога су дужне да примљено једна другој врате, изузев ако се оно што је дато не одузима у корист друштвене заједнице по прописима кривичног права или административним, финансијским и сличним прописима“ (51).

Пре покушаја да се учини закључак о основаности решења која наша судска пракса примењује у материји неморалних уговора, погледајмо ближе и решење које се заснива на идеји забране реституције и одузимања предмета престације у корист неког трећег а које је прихваћено у неким правним системима.

11. Поред повраћаја у пређашње стање и искључења могућности повраћаја применом максиме *Nemo auditur* као последица ништавости уговора, у историји права као и у савременом упоредном праву познато је и решење да се под одређеним условима вредност која је била дата по основу неморалног уговора одузима у корист неког трећег лица. Које ће бити то лице у чију корист се врши одузимање зависи од позитивноправних прописа поједине земље, времена и особености друштвеног система које се њима изражавају. Један, чак и летимичан поглед открива нам да то могу бити: разне добротворне организације, црква, држава, одређени друштвени фон-

(48) Решење Савезног врховног суда Рев 701/62 од 16 јуна 1962. — *Збирка судских одлука*, књ VII, св. 2, бр. 181.

(49) Чињенично стање у овом спору било је следеће: марта месеца 1960 тужилац се са туженим споразумео да му да 390.000. — дин. ради набавке два мотоцикла из иностранства и то једног од 190.000. — дин. и другог од 200.000. — дин. Тужени је обећао да он то може да учини иако је то забрањено јер он има веза у иностранству преко којих може да обави тај посао. Пошто посао није обавио, тужилац је тужбом захтевао повраћај датог новца.

(50) Решење Врховног суда Југославије Рев 1647/63 од 7 новембра 1963 (из архиве овога суда).

(51) Решење Врховног суда Србије Гж 4768/62 (из архиве овога суда).

дови, и сл. Но, без обзира на врсту и карактер правних лица у чију корист се одузимање врши, ово решење се увек заснива на заједничкој идеји: ако су странке у правном послу биле несавесне, тј. знале су да чине нешто што је недопуштено онда се вредност њихових престација не може задржати у њиховој имовини (ни по основу повраћаја у пређашње стање, ни по основу задржавања због индигнитета друге стране) већ то има да користи неко трећи. То је основна идеја која прожима све законике који усвајају ово решење, наравно уз специфичности које се огледају више у погледу примене те идеје и начина њеног организовања у пракси. Тако на пр. Грађански законик Португалије од 1868 (чл. 692) предвиђа да ако је само једна странка у уговору *mala fidei*, онда друга странка неће бити дужна да изврши своју обавезу нити пак да врати оно што је примила а моћи ће увек да тражи оно што је дала странци *mala fidei*. Међутим, ако су обе странке *mala fidei*, онда све што је међу њима било предато или само обећано недопуштеним уговором одузима се за добротине установе у корист деце. Као што се види, Законик је на позицији максиме *Nemo auditur* само у хипотези да је једна странка *mala fidei*, док за случај да су обе стране *mala fidei* усваја решење забране реституције и одузимање у корист одређених добротворних усанова. —Слично решење имао је и Општи имовински законик за Црну Гору који је у чл. 600 предвиђао: „Исто се тако може тражити натраг оно што је ко примио, да би настојао око каква недопуштена дјела или га сам извршио, и то без разлике да ли је дјело извршено или није. Ипак, то бива само кад је таки примац недопуштено радио што је примио, а с даваочеве стране није никако било такога непоштења. — Кад су пак обојица недопуштено радили, тада давалац не може више тражити повраћаја, него ће примац у црковну касу дати то што је примио [...]“. Законик помиње „црковну касу“ као корисника у случају да су обе стране „непоштено радиле“ што је разумљиво када се има у виду утицај и значај цркве за друштвене односе у Црној Гори у време када је Законик донесен.

Задржаћемо се нешто више на законцима који под одређеним условима предвиђају одузимање вредности престације недопуштених уговора у корист државе. Ово због тога што је у њима питање детаљније регулисано и што они данас представљају позитивно право низа земаља у којима су друштвени циљеви нарочито наглашени. То су грађански законци СССР, Мађарске, Пољске и Чехословачке.

12. У совјетском грађанском праву правило о одузимању вредности престација у корист државе у случају недозвољених уговора било је постављено још 1922 Грађанским кодексом РСФСР. У основи исто правило предвиђено је и у Основама грађанског законодавства и грађанског судског поступка СССР и савезних република од 1962, као и у Грађанском закоником РСФСР од 1964. Да би се правило верније схватило у сада важећим текстовима, потребно је задржати се на решењу које је пружао ГК РСФСР од 1922. Он је у чл. 30 предвиђао три категорије неважећих правних послова: правни послови закључени са циљем противним закону (незаконити); правни послови закључени ради изигравања закона и правни послови који су управљени на отворено наношење штете држави. Правне последице ових

послова биле су одређене у чл. 147 према коме „Ниједна од страна нема право да захтева од друге повраћај датог по уговору. Неосновано обогаћење иде у корист државног прихода (чл. 402 ГК)“.

У совјетској правој теорији поставило се питање да ли се за квалификацију послова предвиђених у чл. 30 ГК захтева и утврђење субјективног момента, тј. кривица лица у питању или је довољан само објективни момент, на пр. да је циљ посла сам по себи противан закону. Исто се питање поставило и при примени карактеристичне санкције коју предвиђа чл. 147 ГК. Већина аутора је сматрала да се код послова предвиђених чл. 30 ГК не захтева и присуство субјективног момента, док се за примену санкције наплаћивања у корист државе мора узимати у обзир и субјективан момент, тј. намера странака да се правним послом учини нешто што је недозвољено (52). Према томе, постоје неважећи правни послови кад ниједна странка нема право да захтева повраћај датог (недопуштена реституција односно одузимање у корист државе), правни послови кад је свака страна обавезна да другој врати оно што је добила по неважећем правном послу (двострана реституција) и правни послови кад само оштећена страна може да захтева повраћај онога што је дала (једнострану реституцију) (53). У арбитражној и судској пракси такође је била изражена тенденција да се санкција предвиђена чл. 147 ГК има примењивати само у случају када је утврђена намера странака у погледу закључења недозвољеног посла, а ако је до тога посла дошло услед незнања странака о недозвољености, да се има применити правило о повраћају датог које је предвиђено у чл. 151 ГК (54).

Правило о одузимању у корист државног прихода (чл. 147 ГК) у случају неважећих правних послова добило је у судској пракси доста широк дометај: оно се примењује како у правним пословима у којима учествују физичка лица тако и у правним пословима социјалистичких организација. Дејство тога правила се испочетка (више година по доношењу ГК РСФСР) у судској пракси распростирало само на правне послове грађана. Сматрало се да нема смисла примењивати санкцију одузимања предмета недозвољених уговора у корист државе када ови за субјекте имају државне или државне и кооперативне организације. Међутим, пленум Врховног суда СССР је у више махова у својим одлукама објаснио да се правило има примењивати без обзира на својство субјекта правног посла. За праксу судова да се поменуто правило примењује само на послове грађана речено је: „Таква пракса је неправилна јер противречи задатку учвршћивања социјалистичке законитости и „хозрашчота“ у узајамним односима установа и предузећа и може постати мера навођења на закључење незаконитих

(52) Д. Генкин: Недействительность сделок, совершенных с целью противной закону, *Ученые записки*, выпуск V, Москва, 1947, с. 40—58; Р. О. Халфина: *Значение, сущность договора в советском социалистическом гражданском праве*, Академии наук СССР, 1954, с. 185; Генкин, Братусь, Лунц, Новицкий: *Советское гражданское право*, том I, Москва, 1950, с. 234—236.

(53) Врховни суд СССР је више пута указивао да се суд не може у свом решењу ограничити само на установљење да је један правни посао неважећи већ је обавезан да установи последице неважности — одузимање у корист државног прихода, двострану или једнострану реституцију. Вид: Генкин, Братусь, Лунц, Новицкий: *н. д.*, с. 234.

(54) Одговорни редактори Новицкий и Орловский: *Советское гражданское право*, том I, Москва, 1959, с. 170.

правних послова уколико се обезбеђују материјални интереси странака које учествују у незаконитом правном послу“ (55). Правило се такође примењује и на случајеве када садржина правног посла противречи планским задацима — актима планирања (правни послови противни плану); тако на пр. ако једно предузеће, нарушавајући план расподеле, закључи уговор о испоруци својих производа другом предузећу које те производе по плану расподеле не треба да има — такав уговор као противзаконит по чл. 30 ГК не подлеже извршењу. Али ако је он испуњен, онда производи које је предузеће добило и новац које је предузеће-произвођач добило за испоручене производе подлеже одузимању у корист државног прихода (56). Поље примене поменутог правила обухвата како двостране тако и једностране уговоре, на пр. ако у нарушењу кредитног система једно социјалистичко предузеће даје другом на зајам одређену суму новца (једнострани уговор), такав уговор ће бити неважећи по чл. 30 ГК а по чл. 147 ГК сума новца дата у зајам биће наплаћена у корист државног прихода (57). — Одлуку о одузимању имовине примљене на име извршења недозвољеног уговора доноси суд или арбитража. Иницијативу у томе има пре свих сам суд или арбитража јер они на ове послове паде по службеној дужности, а могуће је одлуку донети и по захтеву једне од странака у спору, јавног тужиоца или одређеног финансијског органа.

Поводом испитивања правне природе правила постављеног у чл. 147 ГК може се рећи да у совјетској правној литератури преовлађује мишљење да правило има казнени карактер и да је оно у суштини једна врста конфискације, тј. бесплатног принудног одузимања имовине (58). Неосновано обogaћење, које се помиње у чл. 147 ГК, карактерише само правне односе учесника неважећег правног посла а не и правне односе странке из таквог правног посла са државом. Присуство неоснованог обogaћења јавља се само као претпоставка за наплаћивање у корист државног прихода које има свој основ у самом законском наређењу (59). Тим поводом у совјетској литератури се нарочито истиче васпитни и друштвени значај овог правила јер „забрањујући противзаконите послове, претећи казном санкцијом, држава подстиче и грађане и органе правних лица да се са већим поштовањем односе према захтевима закона и да не закључују послове којима се нарушавају ти захтеви“ (60). Тиме се уједно скреће пажња и на превентивни карактер правила јер се помоћу њега може у великој мери предвидети нарушење закона у будућности.

У нешто измењеном виду правило које је било постављено у чл. 147 ГК РСФСР од 1922 предвиђено је и данас у позитивном праву Совјетског Савеза. Оно се налази у Основама грађанског законодавства и грађанског судског поступка СССР и савезних република од 1962 (чл. 14) и Грађанског судског законика РСФСР од 1964 (чл. 49) и гласи: „Ако је правни посао закључен са циљем који очигледно противречи интересима социјалистичке

(55) Вид.: Генкин, Братусь, Лунц, Новицкий: *н. д.*, с. 235.

(56) *Ibidem.*

(57) *Ibidem.*

(58) Д. Генкин: *н. д.*, с. 52; Новицкий и Орловский: *н. д.*, с. 172.

(59) Вид.: Генкин, Братусь, Лунц, Новицкий: *н. д.*, с. 235.

(60) Новицкий и Орловский: *н. д.*, с. 173.

државе и друштва, ако постоји обострана зла намера — у случају кад су правни посао извршиле обе стране — све што је примљено по основу правног посла одузеће се у корист државе, а у случају кад је посао извршила само једна страна — од друге стране одузеће се у корист државе све што је она примила и што је дужна да преда првој страни као противвредност за оно што је од ње примила; ако пак постоји зла намера само код једне стране, све што је она добила по основу правног посла има бити враћено другој страни, док ће се оно што је друга страна примила или тек треба да прими као противвредност одузети у корист државе“.

Као што се из самог текста види, последице правног посла „који је закључен са циљем који очигледно противречи интересима социјалистичке државе и друштва“ различите су у разним хипотезама: а) да ли је зла намера била на једној или на обема странама, и б) да ли је уговор испуњен од једне или од обе стране. Ту се могу јавити различити случајеви: 1. ако постоји обострана зла намера и обострано испуњење уговора — све што је примљено одузима се у корист државе; 2. ако постоји обострана зла намера а уговор је испунила само једна страна — одузеће се у корист државе оно што је друга страна примила, као и оно што је по уговору била дужна да да првој страни на име противвредности. Тако на пр. ако је продавац предао ствар купцу, у корист државе одузеће се не само та ствар него и сума новца коју је купац требало да исплати продавцу; 3. ако постоји зла намера само на једној страни а уговор су испуниле обе стране, онда ће она страна која је имала злу намеру бити обавезна да врати другој страни оно што је од ње примила а од друге савесне стране одузеће се у корист државе оно што је она примила од стране која је имала злу намеру. Тако на пр. купац не зна да је забрањена продаја одређених ствари а продавац то зна; продавац ће бити дужан да купцу врати суму новца коју је од њега добио као цену за продату ствар (једнострана реституција) а купац ће бити дужан да ствар преда у државни приход; 4. ако постоји зла намера на једној страни а уговор је испунила само савесна страна, онда ће она имати право на реституцију а друга страна ће бити дужна да преда у државни приход оно што је обећала као противвредност савесној страни; 5. ако постоји зла намера на једној страни и она уговор испуни, онда ће друга страна бити дужна да ту вредност преда у државни приход, а сама није дужна да испуни своју обавезу (61).

Ако би се једним погледом обухватили стари (чл. 147 ГК РСФСР од 1922) и нови (чл. 49 ГЗ РСФСР од 1964) текстови који регулишу ову материју, прва импресија која би се добила била би да оба закона у основи усвајају исту идеју: под одређеним условима предмет престације недозвољених правних послова одузима се у корист државе. Међутим, из њиховог брижљивијег поређења произилазе и неке разлике. Прво, нови текст уноси један квалификатив за примену санкције који се огледа у речима

(61) Одговорни редактор В. А. Рясенцев: *Советское гражданское право*, том I, Москва 1956, с. 200—207; О. Ц. Иоффе, Ю. К. Толстой: *Новый гражданский кодекс РСФСР*, Ленинград, 1965, с. 66—72.

„очигледно противречи интересима социјалистичке државе и друштва“. То је један виши степен захтева за примену санкције него што је раније било. Према њему, иако је посао неважећи неће се применити казнена мера одузимања у корист државе, ако он није „очигледно“ супротан интересима друштва. То би дакле био један стандард који ће суд примењивати с обзиром на конкретне случајеве. Биће од интереса да се прати судска пракса у том правцу јер је законски текст тек почео да се примењује. Друго, уз претходни услов кумулативно се захтева и услов зле намере странака. То је такође новина у односу на ранији текст који није предвиђао и утврђење субјективног момента као услова за примену санкције. Тај услов је, као што смо видели, био предложен од теорије и у доброј мери био је прихваћен од судске праксе. Законик употребљава термин „зла намера“ који такође треба да означи већу дозу свести и намере странака да закључе један такав посао који је очигледно противан интересима друштва и државе; и треће, једна новина у односу на ранији текст која за разлику од горњих услова значи поопштрење а не ублажавање правила, види се из наређења закона да се под одређеним условима одузима у корист државе не само оно што је већ било дато другој страни него и оно што је требало да се преда по основу забрањеног правног посла (62).

Поређење ранијег и садашњег текста указује на закључак да је законодавац из 1962 и 1964, имајући у виду судску праксу која се заснивала на чл. 30 и 147 ГК од 1922 и која је трајала пуних четрдесет година, као и схватања која су се у теорији испољила, остао при основном правилу — одузимања у корист државе предмета престајације код одређених неважећих уговора — јер се оно показало као друштвено оправдано. При томе је унео нове моменте који углавном значе *ублажавање* примене овог правила које постоји уз основни принцип у овој материји — повраћај у првобитно стање.

13. Правило о недопуштеној реституцији и одузимању предмета престајације код извесних неважећих правних послова познају и грађански законици Мађарске, Чехословачке и Пољске. Када је реч о овом правилу, у неким појединостима ови се законици међу собом разликују, а такође уочава се извесна разлика и у поређењу са решењем које је усвојило совјетско право.

Грађански законик Мађарске од 1959 (§ 237) у случају неважећих уговора као принцип поставља узајамну реституцију. Међутим, он предвиђа да „суд може, на предлог тужиоца, да досуди у корист државе оно примање које би требало у противном случају да се врати оној уговорној страни која је закључила забрањени уговор, уговор који се противи интересима радног народа или правилима социјалистичке заједнице, која се користи заблудом или противправном претњом, односно поступа на неки други недозвољен начин [...]“. Није потребна нарочита пажња да би се приметила разлика од решења усвојеног у совјетском праву: то је без сумње могућност а не обавеза суда да примени правило. Речи „суд може, на предлог

(62) У том смислу је у теорији било изнесено схватање далеко пре доношења ГЗ РСФСР од 1964. Вид : Р. О. Халфина: *н. д.*, с. 195.

тужиоца, да досуди у корист државе“ упућују на закључак да законик није на позицији енергичне и круте примене поменутог правила већ да оставља суду могућност да он приликом конкретне оцене сваког појединог случаја одлучи хоће ли или не применити правило о одузимању у корист државе. При томе законик не даје ближе директиве суду нити обележава садржину или бар контуре критеријума којим би се суд у примени правила руководио. Вероватно да би мерило требало да буде „тежина“ сваког конкретног случаја како у погледу савесности странака тако и у погледу вредности и значаја самог уговора. С друге стране, овај текст везује иницијативу за примену правила само за тужиоца што је свакако разлика од совјетског права, и то разлика која изгледа не иде у корист Мађарског грађанског законика. Најзад, овај текст предвиђа исте последице за све неважеће правне послове како за ништаве тако и за рушљиве. Наиме, он помиње коришћење заблудом, претњом, али исто тако и типичне примере ништавих послова као што су забрањени, противни интересима друштва и др.

Слично Мађарском и Грађански законик Чехословачке од 1964 (чл. 457) предвиђа да ако је уговор неважећи или буде поништен, свака од страна дужна је да врати другој све што је на основу њега стекла. Али ако су обе стране закључиле неважећи уговор са намером да прекрше закон, суд може на предлог јавног тужиоца одредити да део испуњења или цело испуњење припадне држави. — Ако је овакав уговор са овом намером закључила само једна страна, она је дужна да другој страни врати све што је од ње добила; у погледу оног шта би требало да се њој врати може суд на предлог јавног тужиоца одредити да делимично или потпуно припадне држави. — Као што се види, и овај законик предвиђа да „суд може“ применити правило о одузимању у корист државе као и Мађарски грађански законик. Међутим, за овај законик рекло би се да још више ублажава примену реченог правила јер предвиђа могућност одузимања само „једног дела испуњења“ уговора што је такође препуштено конкретної оцени суда.

За разлику од Мађарског и Чехословачког, Грађански законик Пољске од 1964 (чл. 412) не оставља суду слободу у погледу одлучивања о примени поменутог правила. Наиме, он предвиђа да „Оно што је свесно дато за извршење радње која је забрањена законом или је у супротности са друштвеним нормама или пак у извршењу правног посла чији је циљ противан закону или друштвеним нормама, одузима се у корист државе. У случају када је предмет чинидбе потрошен или изгубљен, одузима се његова вредност.“ Као услов за примену правила, Законик захтева само установљење да су странке свесно извршиле уговор који је у супротности са законом или друштвеним нормама. Иначе, Законик сматра да је ништав сваки правни посао који је у супротности са друштвеним нормама (чл. 58, ст. 2). То значи да се правило примењује на све уговоре чија се садржина противи моралним или правним нормама без обзира да ли се њима ове норме „више“ или „мање“ вређају и без могућности суда да не примени правило ако је у конкретном случају дошло до те повреде. На суду је само да установи ту повреду и свест странака о учињеној повреди и да затим примени правило о одузимању предмета престације у корист државе.

Ако се упореде анализирани одредбе појединих законика, рекло би се да је становиште Пољског грађанског законика у овом питању врло категорично и да не чини одступања која су иначе позната другим законикима. С друге стране, ако се посматрају решења Мађарског и Чехословачког грађанског законика у односу на совјетско право, изгледа да су та решења нешто блажа јер предвиђају да „суд може“ да примени поменуто правило што совјетско право не чини. Међутим, могло би се рећи да је та разлика више привидна него стварна. Наиме, по совјетском праву правило се примењује ако је правни посао „очигледно“ супротан интересима друштва што наравно цени суд, а по мађарском и чехословачком праву „суд може“ досудити у корист државе вредност која је била дата по основу неважећег уговора. И у једном и у другом случају суд цени ситуације, само што је по совјетском праву суду пружен један квалификатив који се своди на стандард који ће имати да се установи, а по мађарском и чехословачком праву тај стандард није поменуто. Да ли то значи да по тим правним системима суд није ничим везан у погледу примене овога правила и да по „својој вољи“ одлучује када ће га применити а када не. Изгледа тешко претпоставити да суд неће применити ово правило ако установи очигледну супротност са законом иако квалификатив „очигледно супротан“ није законом изричито предвиђен.

14. Питања о којима се у овом напису до сада расправљало, изабрана су из богатог арсенала правних последица неважећих уговора упоредног и нашег права и представљена да би се створила могућност покушају да се учине извесни закључци. Када се баци скупни поглед на целу материју изгледа да се намеће резиме: правни системи који се и данас заснивају на класичним учењима продужавају да примењују максиму *Nemo auditur* као и правило о повраћају у пређашње стање са једном благом тенденцијом проширења овог правила на рачун поменуте максиме; правни системи који су у већој мери прожети друштвеним интересима и њиховом заштитом, поред правила о реституцији познају и правило о одузимању предмета престајје у корист државе. Где је наше право у тој општој слици? У недостатку позитивног текста, судећи по решењима израженим у судској пракси, наше право је на позицијама класичног учења које је добило израза у кодификацијама грађанског законодавства XIX века. Отуда пада у очи једна нелогичност: правни систем у коме су друштвени циљеви нарочито наглашени не усваја у овој материји правило које је својствено таквом систему.

Видели смо да наша судска пракса у случајевима неморалних и уопште неважећих уговора: или приступа реституцији (примери са уговором о продаји одређених ствари из друштвене имовине по изузетно ниским ценама у корист ограниченог круга потрошача, уговором о ортаклуку у занатству којим се обавља забрањена делатност, уговором којим се обавља недозвољена трговина) или не дозвољава повраћај датог позивајући се на максиму *Nemo auditur* (примери са уговором по коме се оцу девојке плаћа извесна вредност да би се његова кћи удала за одређеног човека, уговором о поклону учињеном за време трајања конкубината, уговором о фиктивном поравнању, уговором о недозвољеном посредовању у купопродаји некрет-

нина). Нису познати случајеви, а уколико постоје они су веома ретки тако да не чине никакву судску праксу, да су наши судови у случајевима недозвољених уговора примењивали правило о одузимању предмета престаџије у корист неког трећег. Наравно да овде не треба имати у виду случајеве који уједно представљају и кривично дело па се по прописима Кривичног законика предмети који су употребљени или били намењени за извршење кривичног дела или су настали извршењем кривичног дела могу одузети, или када су одређени предмети одузети по административним прописима. То су све случајеви који су ван оквира нашег посматрања.

За извесне спорове који су наши судови пресудили применом максиме *Nemo auditur* не би се могло рећи да су пресуђени на најбољи начин. Није реч само о недоследности, која наравно сама за себе није за потцењивање, већ о садржинској страни критеријума на основу кога се примењује ова максима. Иако инспирисана dobrим мотивима — да се непружањем судске заштите несавесним лицима превентивно делује на смањење броја недозвољених уговора — она у пракси може управо да погодује несавесној страни и да практично значи судску консакрацију поступака *mala fidei*. Њу је тешко бранити и са правног и са социолошког гледишта; за чисто правног становишта примењује се да лице коме је ствар предата држи ову *sine causa* јер нема пуноважног уговора, а са социолошког аспекта тешко је објаснити да једно лице које је неморално поступало, па чак у извесним случајевима на страни тога лица је и већи степен неморалности, задржи одређену вредност за себе на основу једне трансакције која је са друштвеног гледишта недопуштена. Примена ове максиме своди улогу суда на пасивног посматрача који не пружа заштиту странкама из неморалног уговора не желећи да „каља своје достојанство“ (63). Таква улога суда могла се замислити у индивидуалистичким правима, ма да се још крајем XIX века у земљи у којој је индивидуалистичко право доживело свој тријумф, могло прочитати: „[. . .] тешко је разумети равнодушност суда према извршењу неморалних обавеза када то извршење може за друштво да има штетне последице [. . .]“ (64).

Ако кроз ред ових идеја погледамо наведену пресуду Врховног суда Србије по којој је тужилац одбијен од захтева за повраћај вредности које је дао туженом да би се његова кћи удала за тужиоачевог сина и да је ту вредност тужени задржао за себе, не можемо а да се не упитамо по коме основу тужени држи ту вредност и да ли се применом максиме *Nemo auditur* на овај случај врши превентивна улога да до оваквих уговора не долази или се можда баш упућује такво лице да и даље чини такве трансакције јер му оне доносе имовинску корист. Слична би се запажања могла учинити и у погледу других пресуда које су напред поменуте, а нарочито оној према којој лице које се недозвољено бавило посредовањем у купопродаји непокретности није дужно да врати оно што је од друге стране примило, што практично значи да је за недозвољену радњу још и награђено, а друга страна не може тражити повраћај чак „ни на основу неправедног обогаћења“, како то стоји у образложењу пресуде.

(63) Larombière: *Théorie et pratique et obligations*. t. I, Paris, 1885, p. 333.

(64) Meynial: note au S. 1890. 2. 97 (Цитирано према J. Saiget: *op. cit.*, p. 333).

Као што смо видели, у низу других случајева наша судска пракса усваја правило о повраћају у пређашње стање. Из образложења судских одлука не може се поуздано утврдити који критеријум судовима служи за примену овог правила чије присуство одстрањује примену максиме *Nemo auditur*. То би се могло рећи и за праксу нашег највишег суда који на пр. усваја правило реституције у случају уговора о ортаклуку у занатству којим се обавља забрањена делатност, а одбија да примени то правило усвајајући максиму *Nemo auditur* у случају уговора о недозвољеном посредовању у купопродаји непокретности. Но, без обзира на неуједначеност решавања истих или сличних случајева, треба рећи да правило о реституцији далеко више има основа да се примењује него максима *Nemo auditur*. Додуше, извесни трагови примедби које се стављају овој максими оцртавају се и у правилу о реституцији: странке су покушале да учине нешто што је недопуштено, па пошто у томе нису успеле, захваљујући интервенцији суда враћају се на првобитне позиције. Добија се утисак као да се делатност суда зауставља тамо где би била најнеопходнија. Ипак треба недвосмислено закључити да правила о реституцији треба да имају широко поље примене. Она су као принцип усвојена у свим правним системима. Али поред реституције која има свој домашај, изгледа нам логично да би и наше право требало да усвоји правило по коме би се у одређеним случајевима и под одређеним условима предмет престације одузимао у корист одређеног друштвеноправног лица. За усвајање овога правила постоје многи аргументи са којима смо имали прилике да се већ упознамо. Додајмо још и ове: у недостатку кодификованог грађанског законодавства наши судови се још и данас служе правним правилима чији се извори лепезасто пружају почев од „размекшаних“ правила бивших грађанских законика који су жили на нашој територији пре рата, па преко тековина правне науке, ставова или индиција које се запајају у оним областима које су позитивноправно регулисане, па све до решења упоредног права (65). Приликом избора правних правила судови се руководе идејом да изаберу оно правно правило које ће највише одговарати потребама друштвеног живота. Када већ нису „у привилегији“ да примењују чврсто слово закона већ да се стално упућују на изворе правних правила, онда нам изгледа да у тим изворима има пуно примера и основа за усвајање правила о недопуштеној реституцији. То је пре свих, по идеји чл. 600 Општег имовинског законика за Црну Гору. Није потребно готово ни мало инвентивности па место „црковне касе“ ставити касу неке друштвене организације или неки општински фонд; то су затим решења упоредног права низа земаља које смо изложили (Грађански законници Совјетског Савеза, Мађарске, Чехословачке и Пољске); и најзад, то правило је већ усвојено у нашем позитивном праву за одређену, додуше ограничену област имовинскоправних односа. То је чл. 27 Закона о пословним зградама и историјама од 22 септембра 1965 који предвиђа низ ништавих уговора и према коме имовинска корист остварена на основу тих уговора припада фонду за стамбену изградњу оне општине на чијој се територији налази

(65) Вид.: М. Константиновић: Стара „правна правила“ и јединство права, *Анали Правног факултета у Београду*, 1957. бр. 4, с. 431.

пословна просторија. Није ли ова одредба добар ослонац и инспирација за избор правног правила за чију се примену у нашем праву залажемо?

Изгледа да однос између повраћаја у пређашње стање и одузимања предмета престајације у корист одређеног друштвеноправног лица не би требало организовати као правило и изузетак. То су два правила која имају засебна поља примене. Правило о одузимању у корист одређеног друштвеноправног лица примењивало би се на оне недопуштене уговоре који су у очигледној супротности са одређеним друштвеним нормама (правним и моралним) и чијим би се извршењем у већој мери нарушавала друштвена добра — материјална, интелектуална, морална, и сл., при чему су уговорне стране поступале *mala fidei*. У конкретној реализацији ово правило би се испољавало кроз више варијанти зависно од тога да ли су обе или само једна страна поступиле *mala fidei* и да ли је само једна или су обе извршиле престајације. Суд би дакле био дужан да утврди да је у конкретном случају уговор у очигледној супротности са одређеним правним или моралним нормама и да су у већој мери повређена друштвена добра уз постојање *mala fidei* уговорних странака, и да по својој или нечијој другој иницијативи (јавног правобраниоца, јавног тужиоца, одређеног финансијског органа и сл., што је иначе правило код ништавих уговора да сва заинтересована лица могу скренути пажњу на ништавост посла) донесе одлуку о одузимању предмета престајације у корист одређеног друштвеноправног лица (66). За све остале неважеће уговоре у којима нису испуњени поменути услови примењивало би се правило о повраћају у пређашње стање. Утврђење услова за примену правила о одузимању предмета престајације у корист одређеног друштвеноправног лица зависило би у суштини од карактера одређених друштвених стандарда — од онога што је типично за одређену друштвену средину и што се у њој најчешће понавља. Разуме се, све су то врло релативни појмови који су склони честим изменама како у времену тако и у простору јер, као што је Паскал рекао, „Истина с ове стране Пиринаје, заблуда је с оне.“

Др. Слободан К. Перовић

R E S U M É

Conséquences juridiques des contrats immoraux

La détermination de la notion du contrat immoral et les conséquences juridiques de la conclusion et de l'exécution d'un contrat pareil — sont des questions fondamentales traitées dans le présent article. Selon la conception traditionnelle, un contrat est considéré comme immoral si ses éléments sont contraires aux normes morales du milieu social. Il est caractérisé par un degré plus grand de relativité que ce n'est pas le cas de, par exemple, le contrat illégal, car: *Non omne quod licet honestum est*. Sa relativité est déterminée

(66) У том смислу: Б. Лоца: Уговори противни моралу — последице њиховог закључења и извршења, Народна управа, Сарајево, 1960, бр. 7—8, с. 338—342, а донекле и В. Круљ: и. о., с. 179.

aussi bien dans le temps que dans l'espace (ce qui est immoral dans une société, ne doit pas être immoral aussi dans une autre) et dans un même système social peuvent se manifester différentes conceptions morales sur le même objet en différentes périodes de temps. Cependant, malgré la différence qui existe sur le plan de leurs notions respectives entre les contrats immoraux et les illégaux, on applique au fond la même sanction aux cas où de tels contrats sont conclus. Cette sanction se reflète dans la nullité absolue du contrat.

L'exécution partielle ou totale des prestations provenant des contrats immoraux crée, sur le plan de la réglementation des conséquences de la non-validité d'importantes difficultés. On remarque, au fond, trois solutions: l'adoption de la maxime *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*; l'adoption de la règle sur la *restitution in integrum* et l'expropriation de l'objet de la prestation au profit d'une tierce personne. Ayant exposé les arguments pour et contre la maxime *Nemo auditur*, ainsi que les différents cas de la pratique des tribunaux français et yougoslaves, l'auteur prend position qu'il est difficile de trouver la justification pour l'application de cette maxime. C'est que, bien qu'elle soit inspirée de bons motifs, dans la pratique elle peut favoriser justement la partie sans conscience et signifier la consécration des actions *malae fidei*. Du point de vue juridique, il est difficile d'expliquer que la personne à laquelle l'objet a été remis, continue à le garder, car elle le possède *sine causa*, et du point de vue sociologique on fait observer qu'il est inadmissible qu'une personne retienne l'objet en vertu d'une transaction qui est contraire aux normes morales d'une société déterminée. Partant de ces positions, on a soumis à la critique la pratique des tribunaux yougoslaves qui ont appliqué cette maxime aux certains cas, tels que: le contrat en vertu duquel on paie au père de la jeune fille une certaine somme pour que sa fille se marie à un homme déterminé; le contrat relatif au don fait pendant la durée du concubinage; le contrat de compromis fictif; le contrat d'entremise illicite dans l'achat et vente des immeubles etc. Dans certains autres cas (par ex. le contrat de vente des objets déterminés faisant partie de la propriété sociale à vil prix au profit d'un cercle limité de consommateurs; le contrat d'association pour l'exercice d'une activité défendue; le contrat de commerce illicite, etc.) la pratique des tribunaux est en faveur de la restitution in integrum. L'auteur émet l'opinion que cette pratique est meilleure que celle basée sur l'application de la maxime *Nemo auditur*, mais qu'elle n'est pas, non plus, la meilleure des solutions: les parties ont essayé de faire quelque chose qui est défendu et, n'ayant réussi à le réaliser, grâce à l'intervention du tribunal, rentrent aux position de départ. On a l'impression que l'activité du tribunal s'arrête là où elle serait la plus indispensable. Tout de même, dans l'article on soutient l'opinion qu'il serait bon d'adopter la restitution in integrum comme règle fondamentale dans cette matière. Cependant, il faudrait, dans certains cas, appliquer aussi l'expropriation de l'objet de prestation au profit d'un tiers, par exemple d'une personne morale sociale. Cette solution a été connue dans le Code général de propriété pour le Monténégro de 1888, dans le code civil portugais et elle est connue même de nos jours dans nombre de pays (par ex., elle fut adoptée par les droits soviétique, hongrois, tchécoslovaque et polonais). Selon l'auteur, la règle sur l'expropriation au profit d'une personne morale sociale déterminée serait appliquée à ces contrats illicites qui sont évidemment contraires aux normes sociales déterminées (juridiques ou morales) et dont l'exécution endommagerait, dans une grande mesure, les biens sociaux — matériels, intellectuels, moraux etc. à condition que les parties contractantes aient agi de mauvaise foi. Lors de l'établissement des conditions pour l'application concrète de cette règle, les tribunaux se régleraient sur les standards sociaux, c. à d. sur ce qui est typique pour un milieu social déterminé et ce qui se répète le plus souvent dans celui-ci. Une telle solution aurait, entre autre, aussi un grand rôle dans la prévention ou la diminution du nombre de contrats immoraux dans la pratique.