

Предраг Шулејић*

КОРУПЦИЈА СА СТАНОВИШТА УГОВОРНОГ ПРАВА

Борба за тржиште и добијање повољнијих услова код закључивања уговора често наводи уговорне партнере да прибегну недопуштеним методама. Оне се обично састоје у давању прекомерне провизије, која у ствари представља подмићивање лица преко кога се посао добија. У тој пословној операцији долази до заснивања три врсте правних односа: 1. уговор између лица које жели да добије посао и у том циљу даје одређену корист (мито) и лица које треба да утиче на треће лице да такав уговор закључи (уговор о миту); 2. уговор између подмићивача и трећег лица који је закључен као резултат, директни или индиректни, давања мита (основни уговор); и 3. правни однос између подмићеног лица и лица које је закључило основни уговор – тај однос може бити уговорни (заступање, поседовање, комисион, или неки други мандатни однос), или стипендијски (функционер, службеник, овлашћени радник и сл.).

Са становишта грађанског права, закључивање оваквих уговора представља повреду неких основних правних начела, у првом реду начела савесности и поштености, као и поскупљење сувројно добрим пословним обичајима, али такође и повреду неких позитивних правних прописа, пре свега одребаба Закона о облигационим односима које се односе на заблуду и превару.

Кључне речи: *Корупција. – Подмићивање. – Неморални уговори. – Заблуда. – Превара. – Заступање. – Прекорачење овлашћења.*

Корупција је, нажалост, феномен савременог света. Јавља се у најразличитијим областима живота, јавног и приватног, подједнако у развијеним и неразвијеним земљама. Државе се чак рангирају према степену корупције, при чему наша земља спада у високо рангиране, што повлачи одређене последице у односу на углед земље али и на пословне односе са светом (на страна улагања, на пример). Борба за тржиште и добијање повољнијих услова код закључивања уговора често наводи уговорне партнере да прибегну недопуштеним методама. Они се обично састоје у давању прекомерне провизије, која у ствари представља подмићивање лица преко кога се посао добија. У тој пословној операцији долази до заснивања три врсте правних односа: 1. уговор између лица које жели да добије посао и у том циљу даје одређену корист (мито) и лица које треба да утиче на треће лице да такав уговор закључи

* Др Предраг Шулејић, редовни професор Правног факултета у Београду.

(уговор о миту); 2. уговор између подмићивача и трећег лица који је закључен као резултат, директни или индиректни, давања мита (основни уговор); и 3. правни однос између подмићеног лица и лица које је закључило основни уговор – тај однос може бити уговорни (заступање, поседовање, комисион, или неки други мандатни однос), или статусни (функционер, службеник, овлашћени радник и сл.).

Закључивање оваквих уговора представља повреду неких општих правних начела, у првом реду начела савесности и поштења, као и поступање супротно добрим пословним обичајима, али такође и повреду неких позитивноправних прописа, те стога долази под санкције неколико грана права: кривичног, фискалног, права конкуренције (антимонополског права), облигационог права. Наша пажња ће бити усмерена на последице које из уговора о миту проистичу са становишта облигационог, уговорног права. Покушаћемо да учимо елементе појма овог уговорног односа, правне последице које настају између учесника у овим правним односима, као и могућа дејства (тј. њихову ништавост или правноснажност).

ПОЈАМ ПОДМИЋИВАЊА СА СТАНОВИШТА ГРАЂАНСКОГ ПРАВА

Појам корупције (уговора о миту) није лако дефинисати будући да се она појављује у веома различитим облицима (материјална или нематеријална давања, кроз неке познате правне форме или тајно, уз видљиве или скривене „услуге“ подмићеног итд.), као и због тога што се често граничи са допуштеним, легалним поступцима (на пример, код провизије у уговорима о мандату).

Писци који су се латили овог задатка углавном уочавају следеће елементе појма мита у уговорним односима: давање одређене користи, тајност, и контрапрестација подмићеног. То се види, на пример, из следећих дефиниција.

„Мито представља сваку корист коју подмићивач нуди или се ангажује да тајно да заступнику трећег лица у циљу да га овај фаворизује.“¹

„Уговор о подмићивању представља споразум који се односи на давање материјалне користи намењене да утиче на примаоца мита да прибави даваоцу мита материјалну корист у односима између даваоца мита и трећег лица; у принципу, реч је о односима између послодавца и радника.“²

1 Pierre Tercier, „La corruption et le droit de contrats“, *Semaine Judiciaire* 1999, II 225, p. 227.

2 J.-B. Zufferey-Werro, *Le contrat contraire aux bonnes moeurs*, thèse, Fribourg, 1988, p. 282.

„Подмићивање је тајни уговор који се односи на давање незаслужене материјалне користи раднику трећег лица у циљу да овај утиче на вољу тог трећег лица у корист даваоца.“³

Прималац мита (подмићени) није нужно уговорни представник трећег лица (налогопримац у правном смислу речи); он такође може бити и радник тог лица (службеник), или било које друго лице које може имати утицај на доношење одлуке трећег лица да са даваоцем мита закључи уговор. Оно што је битно, међутим, јесте да морају бити испуњена три услова: (а) незаслужена (несразмерна) корист; (б) тајност давања; и (в) утицај подмићеног на закључивање посла у корист подмићивача.

а) Мито се може састојати у материјалној или нематеријалној користи било које врсте. То могу бити: новац (најчешће), хартије од вредности, зајам без камате, бесплатни боравак или путовање, употреба аутомобила... итд. Или пак бесплатна реклама или подршка у медијима. Међутим, битно је да сва та давања или чињења не представљају одговарајућу противпрестацију учињеним услугама од стране примаоца, као на пример: уобичајену провизију за извршени налог.⁴ Са друге стране, потребно је да су поменута давања учињена у корист примаоца мита, било директно или индиректно. И ту могу настати тешкоће доказивања ако је корист дата трећем лицу чију је везу са подмићеним тешко установити.

б) Давање користи подмићеном треба да је учињено у тајности. Трећа страна која је закључила уговор са даваоцем мита о томе не сме да буде обавештена. То се посебно односи на случај када овлашћено лице (директор, на пример) закључује уговор у име свог предузећа, и када друга страна нуди (даје) поклон у виду неког скупог предмета (у ствари мито) да би предузеће приволела да посао закључи. Ако уговорна страна (предузеће) зна да је њен представник примио понуђену корист, онда је то исто као да ју је и сама примила, па не може бити реч о миту у смислу у коме расправљамо (него о некој врсти рабата на противпрестацију). Тек у случају када уговорна страна није знала за дату корист, може се говорити о миту. Због тога неки писци сматрају да је скривеност давања користи централни елемент појма мита, од кога зависе и остали елементи.⁵ Он осветљава намеру учесника да чине нешто

3 A. Heritier, *Les pots-de-vin*, Georg, Genève, 1981, p. 103.

4 Некада се суд, или арбитража, може наћи у деликатном положају при испитивању оправданости давања примаоцу мита: у једном случају посредник у послу је примио 1.000 DM, али је тужена страна истицала да је вредност самог посла закљученог уз његову асистенцију износила 50.000 DM, а да је на одговарајућем тржишту те врсте робе била уобичајена провизија од 2%. Тужиоцу је остало само да докаже да он о тој провизији није ништа знао, то јест, да је та чињеница од њега намерно скривана.

5 Heritier, *op. cit.*, p. 12.

недозвољено у корист даваоца мита а на штету друге уговорне стране. Међутим, о мишљењу истих аутора, ако уговорници не скривају да је дата корист учињена у циљу закључивања основног уговора, или су од почетка индиферентни у погледу тога да ли ће треће лице за то сазнати, онда се не може прихватити да је постојало подмићивање. Сматрамо да овакав закључак води великим тешкоћама код доказивања постојања мита, јер ће учесници подмићивања често доказивати да је између њих закључен легалан уговор о посредовању (агентури, комисиону и сл.), да је о томе могао свако да сазна, итд., чак и у ситуацијама када је давање мита очигледно било сакривено од стране која је под утицајем подмићеног закључила уговор у коме је давалац мита био фаворизован.⁶

в) Утицај примаоца мита састоји се у његовом поступању у корист даваоца мита, у повреди интереса саговорника у неком чињењу или пропуштању. Чињење у корист подмићивача може представљати навођење партнера да закључи са њим уговор или да га закључи под неповољним условима. Његово пасивно држање постоји, на пример, када не изврши контролу примљене робе, или не уложи потребне приговоре. „Услуга“ примаоца мита може бити камуфлирана као нека уобичајена уговорна обавеза, као давање обавештења, савета, посредовање... Од тога треба разликовати обичан гест услужности без намере остваривања утицаја (што је, опет, могућност лажног представљања да постоји мито). Битно је, међутим, да је крајњи ефекат делатности (утицаја) примаоца мита, као последица његовог понашања, закључење основног уговора, другим речима, да без таквог утицаја подмићеног трећа страна не би закључила уговор са даваоцем мита (или би то учинила под повољнијим условима).

ДЕЈСТВА УГОВОРА О ДАВАЊУ МИТА

Уговор о давању мита, према општем схватању, долази у ред ништавих уговора. Најпре због повреде општих начела уговорног права, начела о прекорачењу граница аутономије воље и савесности и поштења у заснивању и остваривању облигационих односа

⁶ У међународној арбитражној пракси познати су случајеви у којима једно лице примајући мито иступа истовремено у својству посредника за једну страну и заступника (или комисионара) за другу страну, при чему се налази у конфликту интереса. Страна која са даваоцем мита закључује уговор обично не зна да је његов посредник или заступник, или комисионар, примио мито од друге уговорне стране. Ту је чињеницу, међутим, тешко доказати с обзиром да се давање мита обично приказује као допуштено давање у једном дозвољеном уговору који није био скриван од друге стране, као и да није постојала обавеза даваоца мита да о томе обавести другу страну.

(чл. 10 и 12 Закона о облигационим односима). Затим, због повреде норме о уговорима противним принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима (члан 103 ЗОО). Уговор о давању мита је неморалан уговор и као такав ништав са свим последицама ништавости.

На ништавост, по службеној дужности, може да се позове и суд. То се може, на пример, догодити када се у спору поводом извршења основног уговора установи да је његовом закључивању претходио уговор о давању мита. Уговор о миту, међутим, обично бива откривен када једна страна у уговору покуша да избегне своју обавезу позивајући се на недопуштеност таквог уговарања. То могу учинити обе стране. Корисник прикривене накнаде (мита) може поставити захтев за плаћање уговореног износа (који тада престаје да буде прикривен) јер има интерес да докаже како у спорном уговору нема ничег недозвољеног. (У неким случајевима страна која захтева испуњење таквог уговора доказује да је према приликама у датој средини било уобичајено да се уговор закључује на такав начин јер, у супротном, не би било могуће добити посао.)⁷ У другом случају, дужник давалац мита се појављује у улози тужиоца, обично онда када закључени посао није довео до очекиваних резултата. У оба случаја све се одиграва на плану доказа: судија (арбитар) мора да истражује стварну вољу уговорних страна, често на основу одређених претпоставки, јер му то из текста уговора неће бити довољно јасно. Претпоставке за постојање подмићивања обично су висина и начин обрачуна провизије (није уобичајено нпр. да се на име накнаде за давање савета или консултације даје проценат од вредности закљученог посла; провизија несразмерна вредности уговорне обавезе или супротна обичајима изазива сумњу да један њен део иде на подмићивање.

Од значаја је и одредба Закона о облигационим односима (позната, иначе, и у упоредном праву), по којој ништавост неке одредбе уговора не повлачи ништавост и самог уговора, ако он може опстати без ништаве одредбе, и ако она није била ни услов уговора, ни одлучујућа побуда због које је уговор закључен (члан 105, ст. 1 ЗОО). Сходно овом правилу, уговор о миту био би ништав само ако би обе стране прихватиле неморалан и недозвољен циљ уговора. У томе лежи опасност прикривања постојања мита, јер једна страна, обично давалац мита, може да доказује како је зак-

⁷ Арбитражни суд Међународне трговинске коморе у Паризу у једној пресуди констатује следеће: „За време перонистичког режима у Аргентини, свако ко је желео да закључи посао био је суочен са питањем подмићивања; пракса провизија које се плаћају лицима која могу да утичу или да одлучују о дозволама за закључивање јавних уговора била је прихваћена и толерисана у том периоду.“ A. El Koshari et P. Leboulanger, „L'arbitrage face à la corruption et au trafic d'influence“, *Revue de l'arbitrage*, 1984, p. 3.

ључила уговор са примаоцем мита (на пример, уговор о посредовању) не знајући да је прималац мита био у уговорном односу са трећом страном и да се због тога налазио у конфликту интереса (на пример, заступник за једну страну и посредник или комисионар за другу). Ипак ретко ће бити да је само једна страна несавесна. Правило је да су обе стране (давалац и прималац мита) биле несавесне. У тој хипотези треба разматрати питање дејства ништавости.

Основно правило код ништавих уговора јесте да они не производе правна дејства. То се односи како на извршење уговорне чинидбе тако и на повраћај датог. У случају мита, међутим, код реституције датог значајну улогу има правило *Nemo auditur turpitudinem suam allegans*. Ако је уговор ништав због тога што је противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима, суд може одбити захтев несавесне стране за враћање оног што је другој страни дала, а може одлучити да друга страна оно што је примила по основу забрањеног уговора преда општини (члан 104, ст. 2 ЗОО). Наш закон даје суду одређене критеријуме: суд води рачуна о савесности једне, односно обеју страна, о значају угроженог добра или интереса, као и о моралним схватањима.

У сваком случају треба бити обазрив код примене правила *Nemo auditur...* да се оно не би извргло у нешто друго – на пример, у неку врсту аутоматске конфискације.⁸

Несавесни уговорник се у принципу не може позивати на ништавост уговора да би захтевао извршење истог или повраћај датог. Суд, међутим, руководећи се поменутиим критеријумима, може у конкретном случају, према сопственој процени, да не примени правило о одузимању предмета престације (односно губитку права да се тражи повраћај датог). Стога се у доктрини указује на то да однос између правила о повраћају у пређашње стање и правила о одузимању предмета престације у корист општине не би требало схватити ни као правило ни као изузетак – одузимање предмета престације представља само једну могућу санкцију уговора, али и санкцију за чију примену је потребно да се испуне законом предвиђени услови.

ДЕЈСТВА УГОВОРА ЗАКЉУЧЕНОГ ПОД УТИЦАЈЕМ ПОДМИЋИВАЊА

Уговор који подмићивач закључи са трећим лицем, ради чега је подмићеном дао неку корист (мито), тзв. основни уговор, као такав није ништав. Ипак, иако овај уговор у принципу заснива

⁸ Др С. Перовић, *Коментаријар Закона о облигационим односима*, 1995, књига I, стр. 217.

правна дејства, под одређеним околностима његова пуноважност може бити доведена у питање. Уговорна страна која открије да је уговор коме је приступила закључен уз подмићивање неког од његових заступника или радника, или неког трећег лица, може се позвати на правила облигационог права којима се регулишу питања заблуде и/или преваре. Уколико уговор из тих разлога буде поништен, питање повраћаја датог расправља се у оквиру института обогаћења без основа. Поред тога, савесна страна има право на накнаду штете.

Ако се питање пуноважности основног уговора доводи у питање из разлога заблуде или преваре, онда је, за разлику од уговора о подмићивању, у питању рушљивост правног посла, што значи да уговор није ништав сам по себи, већ страна која је у заблуди, или је уговор закључила под преваром, може захтевати његово поништење у одређеном року, и то само ако је при закључењу уговора поступала са пажњом која се у промету захтева. Овај последњи услов има посебан значај код уговора закљученог као последица подмићивања. Наиме, будући да је уговор о подмићивању незаконит и неморалан правни посао, последице које произлазе из његове ништавости не могу се касније исправљати. Јер, када се стекну конститутивни елементи појма подмићивања, каснији престанак постојања неког од њих не може довести до пуноважности тог уговора. Али се последице такође односе и на основни уговор. То се посебно односи на елемент тајности давања неке користи подмићеном. Отуда, ако послодавац примаоца мита, на пример, касније сазна за те околности и можда одобри поступак подмићеног, не може се позивати на неважност или непостојање уговора који је он закључио са подмићивачем. То би значило злоупотребу права од стране послодавца, јер ако он прихвата корупцију, треба такође да прихвати и њене ефекте, директне или индиректне.⁹ Посебно ћемо размотрити питање заблуде и питање преваре.

ЗАБЛУДА

Да би заблуда довела до поништења уговора, она мора да буде битна, а заблуда је битна према нашем Закону о облигационим односима онда када се односи на битна својства предмета, на лице са којим се закључује уговор (ако се закључује с обзиром на то лице), као и на околности које се по обичајима у промету или по намери странака сматрају одлучним, а страна која је у заблуди не би иначе закључила уговор такве садржине (члан 61 ЗОО).

⁹ Heritier, *op. cit.*, p. 110.

За поништење уговора због заблуде потребно је да страна која се позива на заблуду не би закључила уговор такве садржине да је знала за право стање ствари. У случају који разматрамо треба знати одговор на питање да ли би лице које се позива на заблуду закључило уговор да је знало за постојање подмићивања.

Према наведеној законској одредби заблуда се сматра битном, између осталог, ако се односи на околности које се према обичајима у промету или по намери странака сматрају одлучујућим. Ако се пође од претпоставке да савесна уговорна страна приступа закључењу уговора слободно, без икаквог утицаја, да би дошло до примене одредбе чл. 61 ЗОО, потребно је да се стекну следећа три услова: 1. по схватању савесне стране, непостојање подмићивања је битно за закључење уговора (субјективни услов); 2. непостојање подмићивања је чињеница која објективно са становишта добрих пословних обичаја у промету представља услов за закључење уговора (објективан услов); и 3. несавесна страна (давалац мита) знао је, или је морао да зна, да је за савесну страну подмићивање било неприхватљиво.

1. За испуњење првог услова битно је да ли је страна у заблуди сматрала у моменту закључивања уговора да је подмићивање од битног значаја за приступање уговору. Битно је њено (лично) схватање о том услову, иако је општеприхваћено да при закључивању уговора стране морају да поступају савесно и придржавајући се правила лојалне утакмице. Ипак, могу постојати случајеви у којима уговорна страна не може да докаже овај субјективни услов (на пример, ако је прихватила мито кроз неку другу трансакцију).

2. Заблуда мора да се односи на чињенице које објективно могу да се сматрају као услов за закључење уговора. Другим речима, предмет заблуде се може сматрати као *conditio sine qua non* уговора са становишта правила поштења и савесности у пословном промету.

3. Чињеница да је подмићивање по дефиницији скривено од стране која се наводи да закључи уговор с даваоцем мита, говори о томе да је подмићивач био свестан да је за другу уговорну страну подмићивање од битног значаја. Што даље значи: у случају када давалац мита није скривао давање одређене користи подмићеном, овај услов је тешко доказати.

Ова правила, примењена на једном конкретном случају (из арбитражне праксе писца ових редова), који није редак у пословној пракси, могу овако да изгледају: Домаћа фирма је закључила уговор о куповини опреме од страног произвођача, преко друге домаће спољнотрговинске фирме која је иступала у својству комисионера. Испоставило се касније, у спору између домаћег купца и страног произвођача, да је домаћа спољнотрговинска фирма и са страним произвођачем такође закључила уговор о посредовању за закључење истог

уговора (уз велику провизију), о чему купац није ништа знао. Купац је у спору са продавцем доказивао да је продавац подмитио посредника, да је то од њега скривано, као и да он никада не би закључио спорни уговор под условима по којим је закључен да је знао за однос између продавца и посредника. (Услови уговора су заиста били неуобичајени: исплата цене унапред – што индицира интерес посредника да одмах добије провизију која је била у проценту од наплаћене цене.) Међутим, међународна арбитража која је решавала овај спор није прихватила тезу тужиоца-купца о постојању подмићивања, јер је сматрала да уговор о посредовању, закључен између продавца и посредника није био скриван (није постојала обавеза продавца да купца о томе обавештава), да је провизија била према стању на тржишту те врсте робе уобичајена (2% – што је у конкретном случају износило 1.000.000 DM) и да је провизија легално уплаћена на рачун посредника. Арбитражни суд је проблем пребацио на односе између две фирме, то јест, на односе између домаћег купца и његовог комисионара – у којима треба утврдити да ли је комисионар поступао супротно интересима свог налогодавца.

ПРЕВАРА

Превара се састоји у изазивању или одржавању заблуде код друге уговорне стране у намери да се она тиме наведе на закључење уговора (члан 65 Закона о облигационим односима). Страна која је преваром наведена да закључи уговор није њиме везана, чак ни ако њена заблуда није битна. Али, страна која закључи уговор преваром трећег лица остаје у обавези, осим ако је друга уговорна страна знала или је требало да зна за превару у моменту закључења уговора.

Да би ова правила произвела дејства, потребно је да се стекну следећи услови: 1. преварно поступање једне стране; 2. намерно предузете преварне радње; 3. узрочна веза између преварних радњи и закључења уговора.

1. Преварно понашање се може састојати у лажном представљању или у скривању чињеница од значаја за закључивање уговора. Реч је, дакле, о чињеницама а не о мишљењима или проценама. Чињенице се могу односити на спољне елементе (на пример, својства предмета, солвентност уговорника) или на унутрашње елементе (на пример, намера странке да плати цену, или изврши неку другу чинидбу).

Превара може бити учињена на два начина: активно или пасивно. У првом случају саговорник је преварен лажним приказивањем (извртањем) чињеница, а у другом случају, реч је о прикривању правих чињеница од друге уговорне стране у ситуацији када постоји дужност да се чињенице открију (прикажу) сагласно начелу савесности и поштења. Подмићивање, према овим критери-

јумима, долази у ред пасивног поступања, пошто подмићивач просто скрива давање мита, без неког погрешног представљања чињеница.

Посебно је деликатно решавање питања ако је прималац мита лице у правном односу са уговорном страном која се позива на превару. То може бити радни однос (радник или службеник), или уговорни однос (уговор о заступању). О томе постоје различита мишљења. По мишљењу једних, захтев за поништај уговора треба одбити, из разлога што знање (савесност) радника (службеника) правног лица о подмићивању треба приписати самом правном лицу, јер се полази од претпоставке да је оно знало за подмићивање. По другима, међутим, не може се поћи од фикције да се знање радника предузећа приписује самом предузећу, посебно у ситуацији кад је оно претрпело штету, јер би то значило да је предузеће унапред свесно прихватило да трпи штету.

У случају када је реч о дејствима радњи заступника који иступа у име налогодавца, према општим правилима о заступању, радње заступника у оквиру овлашћења обавезују заступаног (чл. 85 ЗОО). Заступани није у обавези само онда кад заступник поступа без овлашћења или када прекорачи овлашћења. По некима, заступани није у обавези ни онда кад заступник поступа *malà fide* у пословима који су му поверени. У свим уговорима у којима постоји правни однос налога (обављање радњи у име налогодавца), као што су трговинско заступање, посредовање, сматра се да се знање и поступци заступника приписују принципалу, било да је он непосредно за њих знао (прихватио), или да се претпоставља да је за њих знао (тзв. изведено знање, енгл. *constructive knowledge*). У неким правима прихвата се да у одређеним случајевима заступник обавезује принципала и када поступа без овлашћења – он тада има „привидно овлашћење“ („*apparent authority*“).¹⁰ Ова правила произлазе из намере да се заштите савесна трећа лица у правном промету. Према овој доктрини „привидног овлашћења“, потребно је да два захтева буду испуњена: (1) да „заступник“ поступа као да има овлашћење за заступање; (2) да друга страна, „принципал“, ствара привид постојања овлашћења, или је свестан поступања „агента“ и допушта да овај ствара такав привид. Ова доктрина, међутим, може проузроковати неповољне последице за „заступа-

¹⁰ У швајцарском Законику о облигацијама (чл. 34, ст. 3) предвиђено је: „Када је заступано лице изричито или прећутно објавило овлашћење које је издало, према трећим савесним лицима може истицати потпун или делимичан опозив само ако им је опозив саопштило.“ Ослањајући се на овај текст, швајцарски Врховни суд је закључио да постоји заступнички однос када једно лице ствара (или допушта да његов „агент“ ствара) привид заступничког односа, тако да, у односу на савесна лица, принципал трпи све последице заступничког односа иако никада није дао овлашћење за заступање том „агенту“. – Engel, *Traité des obligations en droit suisse*, 2e ed., Berne 1997, p. 383. Supreme Court decision ATF 53 III 171, p. 175.

ног“ ако му се једним ширим тумачењем припише стварање „при-вида“ или његово прихватање.

У контексту ових разматрања посебно је значајна обавеза уговорне стране да обавести другу уговорну страну о битним чињеницама за закључивање уговора. Постојање ове обавезе зависи од случаја – она може бити законска, уговорена или просто може постојати на основу општих принципа савесности и поштења у промету.

Обавеза обавештавања (информисања) увек постоји када страна која чини превару зна да је саговорник у заблуди и да због тога не би закључио уговор да је знао за право стање ствари. Но, и ван тога, домашај и садржина обавезе обавештавања зависи од типа уговора и међусобних односа уговорника. Тако, на пример, у неким уговорима постоји посебно наглашена обавеза обавештавања налогодавца (код уговора о заступању, члан 797, ст. 3 ЗОО; код уговора о посредовању, члан 819 ЗОО; код уговора о организовању путовања, члан 864 ЗОО; код уговора о осигурању, чл. 907, 914). Неки писци сматрају да исто тако широка обавеза обавештавања постоји и код уговора у којима је једна страна у слабијем економском положају.

2. Превара треба да буде учињена у намери да се друга страна наведе на закључење уговора. Без тог елемента не може се говорити о превари у смислу члана 65 Закона о облигационим односима. Ако (у примеру који смо раније наводили) уговорна страна, продавац, закључи уговор о посредовању и докаже да провизија дата посреднику није скривана од купца (и да је она чак веровала да је то купцу познато), тешко се може тумачити да је приликом закључивања уговора о посредовању постојала њена намера да путем преваре закључи уговор са купцем.

3. Трећи услов за постојање преваре у смислу закона састоји се у узрочној вези између преварног понашања и закључења оспораваног уговора. Преварена страна, дакле, не би закључила уговор да није било преваре. Другим речима, превара је разлог због кога је страна закључила уговор. Нема значаја превара ако би и без ње уговор био закључен. Исто је и у случају када је преварена страна открила превару пре или у време закључења уговора и ушла у уговор без обзира на то. Превара је од значаја само онда када преварена страна не би закључила уговор (*dolus causam dans*), или би га закључила под другим условима (*dolus incidens*).

ТЕРЕТ ДОКАЗИВАЊА

Према општим правилима процесног права, на тужиоцу је да докаже чињенице на којима заснива свој тужбени захтев. Са друге

стране, тужени доказује чињенице на којима заснива своју одбрану од тужбеног захтева.

На тужиоцу је, дакле, да докаже постојање подмићивања, битну заблуду или превару, ако на њима заснива свој захтев за поништење уговора. Другим речима, тужилац мора да докаже: да је давалац мита дао примаоцу мита одређену незаслужену корист у циљу навођења тужиоца да са даваоцем мита закључи уговор; да су обе стране то скривале од њега; да је подмићени утицао на тужиоца да закључи уговор са даваоцем мита; и да он, у случају да је знао за подмићивање, не би закључио уговор, или би га закључио под другим условима.

Predrag Šulejić*

CORRUPTION FROM THE CONTRACT LAW VIEWPOINT

Summary

Corruption in the form of a contract of bribe appears in very different forms (material or non-material rewards, given through some known legal forms or secretly, followed by visible or invisible favours by the bribed person, etc.), and it is frequently bordering with the allowed legal acts (e.g. mandate contract commission). The key elements of the notion of bribery in contracts are: 1. Giving certain valuable consideration in exchange for favouring the briber; 2. Secrecy of the act of giving a reward; 3. Counter-prestation (influence) of the bribed in view of concluding a contract in favour of the briber.

A contract of bribe is an immoral contract and, as such, it is void with all implied consequences. Nullity can be officially referred to by the court itself. Speaking about consequences of the nullity of a contract due to bribery, the rule of *Nemo auditur turpitudinem suam allegans* has an important role for the restitution of the reward given.

The contract concluded between the briber and a third party, for which the bribed person had been given a reward (bribe), i.e. the so-called basic contract is not void. However, its validity can be questioned in certain circumstances. When the other contracting party finds out that the contract it concluded was achieved due to the bribing of its representative or employee, or a third party, it may refer to the Code of Obligations governing mistake or fraud. If the contract is rendered void due to those reasons, the

* Predrag Šulejić, Ph.D., Full Professor of the Faculty of Law in Belgrade.

return of the given reward is discussed in accordance with the law of unjust enrichment. Moreover, the party acting in good faith is entitled to damages.

Key words: *Corruption. – Bribery. – Immoral contracts. – Mistake. – Fraud. – Agency. – Ultra vires act.*

Predrag Šulejić*

LE DROIT CONTRACTUEL ET LA CORRUPTION

Résumé

La corruption sous forme de contrat de cadeaux de corruption apparaît sous des formes très différentes (prestations matérielles ou immatérielles, sous des formes juridiques connues ou en secret, accompagnée de „ services “ dissimulés ou visibles de la personne corrompue, etc.) et s'inscrit souvent dans la limite de ce qui est considéré comme licite et légal (par exemple, le versement d'une provision lors de contrats sur le mandat). Les éléments essentiels de la notion de cadeaux de corruption dans les rapports contractuels sont: 1. l'octroi d'un certain bénéfice visant pour son donateur à obtenir certaines faveurs; 2. le caractère secret de cette donation; et 3. la contreprestation (influence) assurée par la personne corrompue lors de la conclusion d'un travail en faveur du corrupteur.

Le contrat sur donation de cadeaux de corruption est un contrat amoral et en tant que tel nul, avec toutes les conséquences de la nullité. Un tribunal peut d'office alléguer, lui aussi, la nullité. Lorsqu'il s'agit des conséquences de la nullité en cas de cadeaux de corruption lors de la restitution de la prestation, un rôle important revient au principe *Nemo auditur turpitudinem suam allegans*.

Le contrat qu'un corrupteur conclut avec une tierce personne, à l'origine duquel la personne corrompue s'est vu offrir un certain bénéfice (cadeaux de corruption), c'est-à-dire le contrat de base, n'est pas nul en tant que tel. Toutefois, sous certaines conditions, sa validité peut être remise en question. La partie contractante qui découvre que la conclusion d'un contrat auquel elle a souscrit a fait l'objet d'une corruption d'un de ses représentants ou employés, ou d'une tierce personne, peut alléguer les règles du droit des obligations qui régularisent les problèmes d'erreurs ou du dol. Si le contrat se trouve annulé pour ces raisons, le problème de la restitution de la prestation est traité dans le cadre de l'institut de l'enrichissement sans cause. Outre cela, la partie s'étant montré consciencieux a droit à des dommages-intérêts.

Mots-clés: *Corruption. – Fait de corrompre. – Contrats amoraux. – Erreur. – Dol. – Représentation. – Dépassement (exces) des autorisation.*

* Dr Predrag Šulejić, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Belgrade.

Predrag Šulejić*

KORRUPTION AUS DEM STANDPUNKT DES VERTRAGSRECHTS

Zusammenfassung

Die Korruption in Form des Bestechungsvertrags kommt in sehr unterschiedlichen Formen zum Anschein (materielle oder nichtmaterielle Zuwendungen, durch bekannte Rechtsformen oder insgeheim, durch offenbare oder geheime "Diensthandlungen" des Bestechten usw.), und oft steht sie an der Grenze der zulässigen und legalen Vorgangsweise (z.B. die Provision bei Mandatverträgen). Wesentliche Elemente des Begriffs der Bestechung in Vertragsverhältnissen sind: 1. Einräumung eines gewissen Vorteils zum Zweck der Favorisierung des Bestechenden; 2. Heimlichkeit der Handlung und 3. Kontrapräsentation (Einflussnahme) des Bestechten auf Geschäftsabschluss zu Gunsten des Bestechenden.

Der Bestechungsvertrag ist ein sittenwidriger Vertrag und als solcher nichtig mit allen Folgen der Nichtigkeit. Auf diese Nichtigkeit kann sich auch das Gericht von Amts wegen berufen. Wenn es sich um Folgen der Nichtigkeit im Falle der Bestechung bei der Restitution der Zuwendungen handelt, so hat die Regel *Nemo auditur turpitudinem suam allegans* wichtige Rolle.

Der Vertrag, welchen der Bestechende mit Dritten abschließt, weshalb er dem Bestechten einen Vorteil (Bestechung) einräumte, der sog. Grundvertrag ist als solcher nicht nichtig. Unter bestimmten Umständen aber kann seine Rechtsgültigkeit in Frage gezogen werden. Die Vertragspartei, welche entdeckt, dass der Vertrag, dem sie beigetreten hatte, durch Bestechung einer ihrer Vertreter oder Arbeitnehmer oder Dritten abgeschlossen wurde, kann sich auf die Vorschriften des Schuldrechts berufen, mit denen die Fragen des Irrtums oder der Täuschung geregelt sind. Wird der Vertrag aus diesen Gründen für nichtig erklärt, so wird die Frage der Restitution der Zuwendungen im Rahmen des Instituts der ungerechtfertigten Bereicherung geklärt. Außerdem steht der gutgläubigen Partei der Schadensersatzanspruch zu.

Hauptwörter: *Die Korruption. – Die Bestechung. – Die sittenwidrigen Verträge. – Der Irrtum. – Die Täuschung. – Die Vertretung. – Die Überschreitung der Befugnisse.*

* Predrag Šulejić, Professor an der Juristischen Fakultät in Belgrad.