

Јожеф Салма<sup>0</sup>

**НАЧЕЛО „NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM  
ALLEGANS” И НИШТАВОСТ УГОВОРА**

**I. КОНКУРЕНЦИЈА ПРАВИЛА О ШИРОКОМ КРУГУ  
ОВЛАШЋЕНИХ ЛИЦА ЗА НАПАДАЊЕ НИШТАВИХ  
УГОВОРА И ПРАВИЛА NEMO AUDITUR**

*Ништивави* су уговори који су супротни *јавном њоретјуку*, добрим обичајима и императивним одредбама закона.<sup>1</sup> Круг случајева ништавости није одређен само (на општи начин) правилном о *јавном њоретјуку и добрим обичајима*. Ништави су и они уговори који су противни *конкретним законским забранама* (било забранама ЗОО као кодификације, било забранама посебних, ванкодификационих законских прописа), као што је нпр. случај са зеленашким уговорима.<sup>2</sup> ЗОО, у случају повреде конкретне забране предвиђа општу последицу *ништивавости, осим ако њовређени њројис не ѡредвиди нештво друго*.<sup>3</sup> Друга законска решења, тј. када је повређен законски пропис предвиђа другачију, модификовану санкцију, су релативно рестриктивно одређена, и то у следећим случајевима: а) случај код *забране зеленашких уговора*. Код зеленашких уговора ЗОО допушта одржавање уговора на снази на предлог осиромашеног (искоришћеног) уговорача, поднетог у року од пет година од дана закључења уговора;<sup>4</sup> б) у случају *делимичне ништивавости*<sup>5</sup> може се одржати уговор на снази уз поништај ништаве клаузуле, под условом ако уговор може опстати без ништаве клаузуле, и ако

<sup>0</sup> Др Јожеф Салма, редовни професор Правног факултета у Новом Саду, дописни члан Војвођанске академије наука и уметности.

<sup>1</sup> Чланови 10, 104, 103. ЗОО.

<sup>2</sup> Члан 141. ст. 1–4. ЗОО.

<sup>3</sup> Видети члан 103. став 1. ЗОО.

<sup>4</sup> Видети члан 103. став 1. ЗОО.

<sup>5</sup> Видети члан 105. ст. 1. и 2. ЗОО.

она није била ни услов ни одлучујућа побуда због које је уговор закључен. Али ће уговор остати на снази чак иако је ништава одредба била услов или одлучујућа побуда уговора у случају кад је ништавост установљена управо да би уговор био ослобођен те одредбе и важио без ње; в) У случају *конверзије* ништавих уговора, ништав уговор се може претворити, интервенцијом суда у пуноважан.<sup>6</sup> Конверзија је претварање ништавог уговора у пуноважан, уз ревизију права и обавеза странака сходно садржају новог, конвертованог уговора. Наиме, према одредбама ЗОО, кад ништав уговор испуњава услове пуноважности *неко̄ дрӯго̄ ӯговора*, онда ће међу уговорним странама важити тај други уговор. Законски услови конверзије су: аа) да је конверзија сагласна с *циљем* који су *ӯговарачи* имали у виду када су закључили уговор; бб) да се може узети да би они закључили тај уговор *да су знали за ништавост* уговора. Другим речима, конверзија је допуштена *уз обострану савесност*. Уговор у који се конвертује ништав уговор мора бити допуштен. Поступак конверзије остварује се на основу иницијативе странака, уколико је претходно покренут поступак ради поништаја. Конверзију тада врши суд, а не странке, пошто се ради о потреби за „санацијом” повреде општих интереса, на шта суд по члан 109. ЗОО пази по службеној дужности. Конверзија се врши тако што ће се сходно жељеном другом, допуштеном уговору, ревидирати одредбе ништавог уговора и претворити га у допуштени, по могућству истог или сличног типа (нпр. недопуштени двострано обавезни уговор у допуштени двострано обавезни уговор) и циља. На пример, ако је забрањена купородаја датог предмета, а није забрањен закуп, цена ће се претворити у периодичне престације (закупнину), а стицалац неће моћи да стекне својину на предмету (како је код купопродаје), већ само наменску употребу (како је код закупа).

5) Одржавање ништавог уговора на снази, према посебним одредбама ЗОО, могуће је иако су повређене одредбе о обавезној писменој форми, тако што уговор није закључен у тој форми, под условом: аа) да су уговорне стране узајамно извршиле уговор у целини или у претежном делу; бб) осим ако је то у противности с циљем због кога је форма установљена.<sup>7</sup> Практично, санација недостатака у обавезној писменој форми је по правилу допуштена само онда ако је форма прописана ради заштите при-

<sup>6</sup> Видети члан 106. ЗОО.

<sup>7</sup> Видети чл. 70. и 73. ЗОО.

ватног интереса, а не и онда када је форма предвиђена ради заштите јавног интереса. Ништави су надаље и уговори противни одредбама ЗОО и ЗП (Закон о предузећима) којима се регулишу правила о законском заступању (малолетника од стране родитеља и старатеља и предузећа од стране директора, односно других овлашћених лица)<sup>8</sup> и правила о вољном заступању (пуномоћје ради заступања у закључивању правног посла, или ради предузимања друге правне радње, нпр. у парници, или ради предузимања фактичке радње). Основно и заједничко је правило, да заступник – пуномоћник мора да поступа у складу с овлашћењем из закона, односно уговора о пуномоћству,<sup>9</sup> у супротном уговор не производи правно дејство. Ништави су уговори закључени од пословно неспособних лица, према становишту праксе, чак и онда ако се ради о пунолетним лицима, која су у време закључења уговора без способности за расуђивање, без обзира на то, што против таквог саговорника није вођен или окончан поступак за лишавање пословне способности.<sup>10</sup> Разуме се, ништави су и они уговори који имају недопуштени основ<sup>11</sup> или мотив (побуду),<sup>12</sup> као и забрањени предмет.<sup>13</sup> Ништави су и они уговори који садрже одложни или раскидни услов противно принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима. Немогућ раскидни услов по одредбама ЗОО сматра се непостојећим.<sup>14</sup> Наравно, ништави су уговори који сеprotиве императивним одредбама појединих начела ЗОО, као што су одредбе о забрани стварања и злоупотребе монополског положаја, као и одребе уговора противне начелу равноправности страна-

<sup>8</sup> Видети чл. 54–59. ЗОО.

<sup>9</sup> Према пресуди Окружног суда у Краљеву, Гж. 143/02 од 26. 3. 2000. године ништав је уговор кога закључи пуномоћник умрлог лица. У конкретном случају умрли је дао пуномоћје за закључење правног посла, али је уговор закључен седам месеци након смрти пуномоћника. Суд је такав уговор поништио „јер не садржи две, већ само једну вољу.”

<sup>10</sup> Према речима ВСС: „Апсолутно је ништав уговор који је закључило потпуно пословно неспособно лице иако том лицу формалним решењем пословна способност није одузета.” ВСС, Рев. 3548/98 од 23. 12. 1998. године. У конкретном случају се радило о пунолетном лицу које је у време закључења уговора боловало од тешког облика зависности од алкохола, „због чега је”, према наводу суда, „био неспособан да схвати значај правне радње коју је предузео, и њене последице. Био је неурачунљив, неспособан да располаже својом имовином. Било је потребно да му се одузме пословна способност што је изостало.”

<sup>11</sup> Видети члан 51. став 1. ЗОО.

<sup>12</sup> Видети члан 53. ст. 2. и 3. ЗОО.

<sup>13</sup> Видети Члан 47. ЗОО у вези с чланом 46. став 2. ЗОО.

<sup>14</sup> Видети Члан 75. ст. 1. и 2. ЗОО.

ка<sup>15</sup> у облигационим односима, одредбе уговора којима се *изѝ-равају* (злоупотребљавају или заобилазе) императивни прописи закона,<sup>16</sup> у законом одређеним случајевима одредбе о *начелу једнаке вредности* престација,<sup>17</sup> о *забрани проузроковања штете*<sup>18</sup> (осим у законом допуштеном кругу пристанка оштећеника), одредбе уговора противне начелу *савесности* и *пошћења*,<sup>19</sup> односно противне *ошћем* (*оснивачком*) *актју* предузећа (статуту или уговору о оснивању) и уговорне одредбе противне добрим пословним обичајима.<sup>20</sup>

Право на истицање ништавости се не гаси, оно је у принципу временски неограничено.<sup>21</sup> Најтежим санкцијама, ништавошћу погођени су уговори који вређају опште интересе.<sup>22</sup>

<sup>15</sup> Видети члан 11. ЗОО.

<sup>16</sup> Члан 13. ЗОО.

<sup>17</sup> Члан 15. ЗОО.

<sup>18</sup> Члан 16. ЗОО.

<sup>19</sup> Члан 12. ЗОО.

<sup>20</sup> Члан 22. став 1. и члан 25. ЗОО, члан 22. став 2. ЗОО.

<sup>21</sup> Нижестепени судови су тужбени захтев за поништај уговора о коришћењу стана и исељења туженог одбили, сматрајући да је он по истеку рока од пет година прејутно обновљен и да је његова ваљаност већ претходно цењена у ванпарничном поступку ради откупа стана (стан је откупљен). Према становишту ВСС у односу на тужиоца уговор о коришћењу стана не проиводи правно дејство, јер није у складу са одредбама члан 34. став 2. Закона о стамбеним односима („Сл. гл. СРС”, бр. 9/85) који је у време закључења уговора и стицања станарског права био на снази, јер тужилац није донео решење о додели стана туженом. Ако давалац стана на коришћење није донео акт о коришћењу стана, нити је закључен уговор о коришћењу, тужени би био корисник стана без правног основа, па би тужбени захтев био основан. (ВСС, Рев. 1333/98 од 24. 6. 1998).

<sup>22</sup> У новијој судској пракси ВСС бројни су случајеви у којима је суд, због повреде општих интереса, на захтев заинтересованог лица, поништавао уговор: 1. уговор о *промети* *непокретности* закључен под утицајем *пришисака* и *насилља*, односно у ситуацији, тј. околностима када није била обезбеђена сигурност људи и имовине, остваривање заштите *слобода*, права и дужности човека и грађанина или равноправност народа и народности (ВСС, Рев. 1415/97 од 11. 6. 1997). 2. Када су уговори о купопродаји непокретности закључени с циљем да би се непокретности *склони* *од стечаја*, односно од поверилаца, тако што је уговор закључен по књиговодственим вредностима продатих непокретности уз раскидни услов да се уговори раскидају ако до стечаја не дође, дакле противно члану 52. ЗОО о недопуштеном основу (ВСС, Рев. 504/01 од 4. 4. 2001. године). 3. Ништав је уговор о *поклоњу непокретности* ако је *мошћ* због кога је поклоно учињен *ошћео* *или се није осћварио*. Тужиља је у конкретном случају продала непокретност туженом, знајући за праву цену непокретности, за осам пута мању него што је тржишна вредност, на основу обећања брака од стране туженог, до чијег остварења није дошло. (ВСС, Рев. 2887 од 8. 9. 1993). 4. Ако суд утврди да *кауза*, односно основ за закључење уговора *не постоји* *или је недоушћен*, онда је уговор ништав сагласно одредби члана 52. ЗОО. Тужена је у конкретном случају закључивала уговоре ради консолидације, али није обезбедила нове депоненте, нити је унела нова новчана средства, односно са кашњењем је депоновала своја новчана средства да би их потом повукла, пре отказног рока и отказа уговора, тако да разлог због кога је тужилац преузео дуг и пренео акције не постоји. (Пресуда Савезног суда, Гзс. 15/2000 од 29. 6. 2000). 5. Куповина неуобичајено

Отуда и право на позивање на ништавост је у закону постављено широко. На ништавост се може позивати свако заинтересовано лице, укључив и јавни орган који пази на остваривање јавног интереса.<sup>23</sup> У закону је дакле декларисано начело о *широком крућу лица овлашћених* на нападање забрањених и противзаконитих уговора, укључив – под условом савесности – и странке. Наспрам овог начела конкурише начело *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, тј. правило да се несавесном уговорнику не допушта позивање на ништавост.<sup>24</sup> То је правило по коме суд може одбити захтев несавесне стране да тражи повраћај у пређашње стање (*restitutio in integrum*).

Наизглед је реч о готово непомирљивом сукобу два начела, која су везана за персоналне последице ништавости: прво начело, или правило, у интересу заштите поретка, допушта свим заинтересованима, дакле и уговорним странама да нападну уговор, а друго начело одбија право на позивање на ништавост оној уговорној страни која је била несавесна, дакле знала или је била дужна да зна, да закључује забрањени уговор.

Сукоб ова два начела теорија, а у сагласности с учењем доктрине и закон су решили на тај начин, што допуштају да и несавесна страна тражи поништај уговора, али се одбија њен захтев за повраћај у пређашње стање те предмет престације досућује у корист општине места закључења уговора. Ова санкција је, с једне стране, образложена тиме што би се допуштањем повраћаја и у корист несавесне стране остала некажњена несавесност странке према поретку, а с друге, долазило би до неоснованог обогаћења у констелацији једностране реституције: савесној страни би се допустио повраћај, а несавесној не. Ако је несавесна страна испунила обавезу из уговора, а савесна још није испунила или је испунила, допуштањем реституције у корист савесне стране и недопуштањем реституције несавесној страни обе престације остају на страни савесне стране. Управо правило

---

велике количине робе (златног накита) по редовном току ствари упућује на обавезу утврђивања допуштености основа тог уговора, члан 51. ЗОО и следом тога његове ништавости, члан 52. ЗОО. (ВСС, Рев 740/94 и Гзз. 16/94 од 16. 3. 1994). 6. Суд је поништавао уговор због неурачунљивости, односно ако је уговор закључило лице које није било способно за расућивање у време закључења уговора, без обзира што му пословна способност није била одузета судском одлуком, у смислу члан 103. став 1. ЗОО, јер је за закључење уговора одлучујућа стварна неспособност, а не правна констатација те неспособности. (Одлука Окружног суда у Зрењанину, Гж. 234/96 од 25. 2. 1998), и др.

<sup>23</sup> Члан 109. ЗОО.

<sup>24</sup> Члан 104. став 2. ЗОО.

о одузимању престаације служи да до тог неоснованог обогаћења не дође. Престаација се одузима у корист репрезентанта општег интереса.

На тај начин, путем института одузимања предмета престаације несавесног уговорника (грађанске казне за несавесност при непоштовању правила поретка – l'ordre public) је сукоб између два контрарна правила (начела широког круга позивања на ништавост и забране позивања несавесног уговорника) решен „компромисно” Допушта се позивање несавесног лица на ништавост, али се њему одбија део захтева усмерен на повраћај у пређашње стање и истовремено се његова престаација одузима, независно од тога да ли је другој страни испуњена или није.

## II. КОНКУРЕНЦИЈА ПРАВИЛА О ОДУЗИМАЊУ ПРЕДМЕТА

*Реституција* – повраћај у пређашње стање је класична санкција ништавих уговора. Реституциона санкција значи, у случају обостраног испуњења (код двострано обавезних уговора), обострано враћају примљене престаације – правило о обостраној реституцији, повраћају у пређашње стање, стање пре закључења уговора.<sup>25</sup> Уговор се ништи од почетка (*ex tunc*). Враћају се и главне обавезе и плодови. То је у складу са старим правилом римског права – *quod ab initio vitiosum est, tractu temporis non est convalescere*, преведено речима Богишићевог Општег имовинског законика за Црну Гору (1888) – што се грбо роди, време не исправи.

Само одузимање *йредмеџа йрестџаација несавесне сџране у јавну користи*, као својеврсна грађанскоправна конфискација, предвиђена у члан 104. став 2. ЗОО, није уобичајено у упоред-

---

<sup>25</sup> Видети члан 104. став 1. ЗОО. Према судској пракси, која парафразира закон, у случају ништавости уговора свака уговорна страна је дужна да врати другој све оно што је примила по основу таквог уговора. Ако се природа онога што је испуњено протви враћању има се дати одговарајућа накнада у новцу према ценама у време доношења судске одлуке уколико закон што друго не одређује. (ВСС, Рев. 733/97, ВСС). Но, полазећи од одредби члан 104. суд у сваком конкретном случају одређује коју ће од прописаних санкција применити (или правило о реституцији из став 1. члан 104. или правило о једностраној односно обостраној забрани реституције и о одузимању предмета престаације несавесној страни, сагласно члану 104. став 2. ЗОО). ВСС, Рев 1615/96 од 15. 5. 1996). Дужност враћања предвиђају и одлука ВСС, Рев. 1550/90 од 12. 2. 1991, одлука Окружног суда у Београду, Гж. 9872/94 од 23. 5. 1995, ВСС, Рев. 7018/97 од 20. 5. 1998, ВСС. Рев. 1663/92 од 12. 5. 1992. и др.

ном праву класичних грађанских законика. Овај институт није познат ни у француском Code civil-у (1804), ни у аустријском Општем грађанском закону (1811), ни у немачком Грађанском закону (1896) ни у Швајцарском закону о облигацијама (1911), нити у СГЗ-у (1844). Од класичних кодекса институт је познат само у Општем имовинском закону за књажевину Црну Гору (Богишићев законик, 1888). Богишић је овај институт регулисао у члану 600 – одредивши да ће се несавесном уговорнику, код ништавих уговора, његов предмет престаџије одузимати „у корист црковне касе”. С обзиром на тадашњу симбиозу (конституционалну персоналну унију) врховне цивилне и духовне власти, то је практично значило одузимање у корист државе.

Институт одузимања предмета престаџија као цивилна казна за повреду поретка путем забрањених уговора је кодификациони „резултат” времена ауторитарног социјализма и настао је под утицајем руске кодификације из треће деценије XX века. Институт је примењен готово у свим грађанским кодификацијама источноевропских земаља (нпр. Гз бивше Чехословачке из 1964, Гз Мађарске 1959), насталих током друге половине XX века. Да ли је институт наметнут или је спонтано прихваћен, питање је за дискусију. Сигурно је само да је проистекао из природе поретка.

Основно цивилноправно начело које се примењује било у случају повреде индивидуалних, било општих интереса, на плану имовинског права, јесте реституција, повраћај у пређашње стање. Конфискација, у смислу цивилне казне није позната у савременом грађанском праву.

Уколико је повреда јавног поретка таква, да испуњава и услове кривичног дела, тада је „задатак” кривичног права, уз прецизну инкриминацију, да санкционише истовремену цивилноправну и кривичну повреду. Али и тада, цивилноправна повреда је санкционисана карактеристичном санкцијом за цивилно право.

### III. РЕСТИТУЦИОНО, ОДНОСНО ПЕНАЛНО ПРАВИЛО У РЕФОРМСКИМ ЗЕМЉАМА

Поставља се питање, да ли је потребно задржати правило о одузимању предмета престаџије несавесном уговорнику забрањеног уговора. Како поступају друге реформске земље, чији су

грађански законици пре реформе прихватили пеналну функцију правила о ништавости.

Овом приликом ћемо се задржати на становишту суседног мађарског законодавства и теорије. Мађарски Грађански законик из 1959. године је (у члан 237. став 4)<sup>26</sup> прихватио институт одузимања предмета престације несавесном уговорнику код забрањених и противзаконитих, односно ништавих уговора. У времену од почетака правне хармонизације Грађанског законика, дакле почев од 1988. године, па до 1998. године, овај законик је претрпео преко стотину измена. (На пример, унете су одредбе а јавном поретку и добрим обичајима, као граница слободе уговарања, унете су нове одредбе о јавним и приватним фондацијама, нове одредбе о заложном праву, о накнади неимовинске штете и др.) Треба имати у виду, да се у међувремену и ванкодексно цивилно законодавство веома развило и проширило, као банкарско, потрошачко, антимонополистичко законодавство, и право конкуренције, право осигурања, ауторско и проналазачко право, хипотекарно и заложно право, право о привредним друштвима, право о земљишним књигама и др. Те партикуларне области су и у домену слободе уговарања повратно утицале на измене МГЗ-а. Међутим, до измена правила о одузимању предмета престације несавесној страни код ништавих уговора није долазило. То правило је остало као правило уз правила о реституцији. Од времена промене система и преласка на либералну тржишну привреду санкционисану одговарајућим изменама Устава (1989/1990) па све до данас (1995) судска пракса ретко кад примењује правило о одузимању предмета престације. Сама доктрина, пак, од средине деведесетих година сматра да би правило о одузимању престација требало брисати из законика и оставити само основну правну последицу ништавости – реституцију, повраћај у пређашње стање. Од 1998. године тече поступак рекодификације мађарског Грађанског законика. Први нормативни текст је требало да буде завршен 2002. године, али је рок за израду првог целовитог нормативног текста Нацрта новог Грађанског законика продужен до краја 2005. године. У току 2001. и 2002. године објављене су тезе, основе концепције новог Грађанског законика (I и II Концепт). Аутор теза је главни редактор академик Векаш Лајош, професор Правног факултета у Будим-

---

<sup>26</sup> Видети: Polgári Törvénykönyv, Polgári perrendtartás, Családjogi törvény, szerkesztette (уредник): Dr. Kertész Judit, издање: Uni6, Будимпешта, 1999, стр. 127.



пешти Универзитета Eötvös Lóránd (Етвеш Лоранд), председник Комисије за кодификацију новог МГЗ-а. Наравно, на изради теза су учествовали и бројни професори из појединих области Грађанског права (Weiss Emilia за област породично право, Prugberger Tamás за област радноправни уговори, Lenkovics Barnabás за област стварно право и др.). У тезама је дотакнут и институт одузимања престација код ништавих уговора. Како I тако и II концепт за доношење новог грађанског законика заступају становиште да би овај институт требало да буде брисан из законика. У свом уџбенику *Облигационо њраво* (Bíró György), заступа став о сувишности овог института. Утолико пре што судска пракса ретко примењује институт одузимања престације несавесном уговорнику ништавог уговора.

У нашој судској пракси се, такође, релативно ретко примењује правило ЗОО о забрани реституције и одузимања престација у корист општине места закључења уговора. Редовно се допушта повраћај у пређашње стање. Но, било је и изузетака, нарочито у периоду важења рестриктивних правила из Закона о девизном пословању, када се дешавало да суд одузме девизе у корист општине места закључења уговора. Та правила (Закон о девизном пословању) су анахрона и важила су до недавних измена (2004. године). Она су забрањивала уговарање и исплату у страним средствима плаћања, иначе супротно члану 395. ЗОО.

Нама се чини да треба преиспитати оправданост правила из став 2. члана 104. ЗОО. Није на цивилном пропису да кажњава, већ да реституише. Уколико је кршењем цивилноправне забране истовремено испуњен и кривичноправни деликт, под условом да је то кривично право тачно описао и под условом да је конфискација оправдана (прописана), тада је улога кривичног суда да примени такву санкцију. Грађанском праву у принципу није својствено кажњавање. Има наравно изузетака, то су пенали предвиђени уговором, од стране самих странака за случај неправилног извршења уговора. Има наравно и другачијих гледишта. Они сматрају да је одузимање престација једино решење да се избегне неосновано обогаћење у случају једностране реституције и једностране несавесности.