

PROTIVNOST MORALU (CONTRA BONOS MORES) KAO RAZLOG NEVALJANOSTI UGOVORA

Mirella Rodin, dipl. iur, sutkinja
Općinski sud u Rabu

UDK: 347.441.8
Pr.: 21. veljače 2013.
Ur.: 10. rujna 2013.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

U ovom radu povijesnom i komparativnom metodom istražiti će se značenje i svrha klauzule contra bonos mores u dosadašnjem pravnom razvoju prikazom raznih teoretskih i zakonodavnih struktura toga koncepta uz navođenje konkretnih primjera. Rezultati istraživanja zajedno s analizom domaće pravne prakse pomoći će nam da ostvarimo cilj ovog rada, a to je da radi reduciranja pravne nesigurnosti odredimo značenje pojma „moral društva“ u našem ugovornom pravu postavljanjem kriterija za njegovu primjenu, te kriterija razlikovanja između ovog pojma i drugih vezanih pojmova uz navođenje određenih grupa slučajeva. Također, rezultati ovog rada doprinijet će i pravilnom razumijevanju problema nemogućnosti definiranja contra bonos mores na europskoj i globalnoj razini, što je prouzrokovalo usvajanje pojma „temeljna načela prava“ u izvorima lex mercatoria, a što, dovodi do toga da načelo slobode ugovaranja nije ograničeno apstraktnim konceptom nemoralnosti, već temeljnim načelima prava za koje vrijedi iura novit curia.

Ključne riječi: *načelo slobode ugovaranja, contra bonos mores, moral društva, nevaljanost ugovora, temeljna načela prava država članica Europske unije.*

1. UVOD

Opće i temeljno načelo ugovornog prava većine pravnih sustava je načelo slobode ugovaranja, koje se naziva još i načelo autonomije volje (rim. *conventio vincit legem*¹). Prema tom načelu ugovorne strane slobodno uređuju svoje obvezne odnose. Međutim, svaki pravni sustav ga ograničava mogućnošću da takve ugovore

1 Ulpijan, D 16, 3, 1, 6, više o ovom načelu u rimskom pravu, vidi Petrak, M., *Traditio Iuridica*, vol. I. *regulae iuris*, novi informator, Zagreb, 2010., str. 44.

proglasi nevaljanima ako su protupravni ili nemoralni. Kontinentalni pravni sustavi koji leže na rimskopravnim temeljima rade to propisivanjem klauzula protupravnosti i nemoralnosti, dok anglosaksonski pravni sustavi, poput engleskog običajnog prava, nemaju takve klauzule, već svi tekstovi o ugovorima uključuju naslove kao što su protupravnost ili nezakonitost ugovora, koji dalje obuhvaćaju ugovore protiv zakona (*illegal in the strict sence*), nemoralne (*immoral*) i ugovore protiv javne politike (*against public policy*).²

Moral potječe od latinske riječi *mos*, što znači običaj, ponašanje, vladanje, a klauzula *contra bonos mores* (protivnost dobrim običajima, moralu) kao razlog nevaljanosti ugovora nastala je još u rimskom pravu. U nacionalnim sustavima za klauzulu *contra bonos mores* koriste se različiti koncepti i izrazi kao što su dobri običaji (*buenas costumbres, bonos mores, bonnes moeurs, gute Sitten*), javni red (*l'ordre public*), javni interes (*public policy*) i dr. Naš Zakon o obveznim odnosima koristi izraz „moral društva“.

Dok za protivnost nacionalnom pravu vrijedi načelo da sud poznaje pravo (lat. *iura novit curia*)³, klauzula *contra bonos mores* je nepravni standard, čiji sadržaj nije propisan pravom, već ga sud utvrđuje u svakom pojedinom slučaju rukovodeći se svojim moralnim osjećajem (*moral sence*), kao odrazom moralnog shvaćanja društva. Naime, moralne norme su predmet proučavanja moralne filozofije, etike, prema kojoj se moral definira kao skup društvenih normi koje su u skladu s općim shvaćanjem o dobu u društvu na određenom stupnju razvitka i koji je u određenom odnosu s pravnim poretom.⁴ Stoga, što je protivno vladajućem moralu ovisit će o sociološkoj, ekonomskoj, moralnoj, etičkoj, pravnoj i vjerskoj sredini u kojoj se živi, kao i o vremenskom razdoblju u kojem se živi te tradicionalnim vrijednostima tog društva. Možemo reći da je moral, kao i poštenje i pravičnost, izraz općih nazora i općeg gledanja konkretne sredine u određenom vremenu, pa je teško dati globalno i trajno određenje tog izraza.

Pojam *boni mores* vezan je uz široke filozofsko-pravne rasprave o odnosu prava i morala koje su se vodile posebice u 17. stoljeću.⁵ Danas se ukratko ističe da moralne norme imaju društvenu sankciju, kao što su osuda okoline, prijezir i sl. i unutarnju sankciju poput grižnje savjesti, srama, dok pravne norme imaju pravne sankcije kao što su kazna, naknada štete, ništetnost i dr. Pravo u određenim slučajevima sankcionira nemoralne radnje, primjerice podvođenje, silovanje, incest i dr., pa pravnim reguliranjem moralna norma postaje pravna norma.⁶

2 Rastovčan, P., *Moral, dobri običaji i zloraba prava u građanskom zakoniku (studija iz komparativnog civilnog prava)*, Tiskara Merkantile“ (G.) Jutriša i drugovi, Zagreb, 1927., poglavlje III., Carey Miller, D.L. i Zimmermann, R., *The Civil Law in European codes, The Civilian Tradition and Scots Law*, Berlin, 1997., str. 267.

3 Petrak, M., op. cit., str. 70.

4 Enciklopedija leksikografskog Zavoda, Zagreb, Jugoslavenski Leksikografski zavod, 1967.

5 Opširnije o odnosu prava i morala vidi Rastovčan, P., op. cit. poglavlje I i tamo citiranu literaturu.

6 Gorenc, V., *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, RRIF, Zagreb, 2005.

Sankcija propisana za ugovore protivne *boni mores* je nevaljanost, odnosno ništetnost ugovora ili njegovog dijela. Danas u praksi nalazimo malo slučajeva utvrđenja ništetnosti ugovora na temelju nemoralnosti zbog činjenice da su neki nemoralni ugovori izričito propisani kao nezakoniti u ugovornom pravu, primjerice zelenaški ugovori, kupoprodaja kojom bi odvjetnik ili koji drugi nalogoprimac kupio sporno pravo čije mu je ostvarivanje povjereno, ili ugovorio za sebe udio u podjeli iznosa dosuđenog njegovu nalogodavcu i sl. Osim toga, u 20. i 21. stoljeću načelo slobode ugovaranja sve se više ograničava i posebnim propisima o zaštiti potrošača, tržišnog natjecanja, radnim pravom i drugim propisima kojima su sada izričito regulirani slučajevi koji su ranije potpadali pod klauzulu *contra bonos mores*, kao što su ugovorna zabrana natjecanja s poslodavcem, zabranjeni sporazumi i dr.

Međutim, životne prilike se brzo razvijaju, pogotovo na području tehnologije i medicine, pa se ne mogu predvidjeti svi mogući budući slučajevi nemoralnog postupanja. Pavao Rastovčan u svom djelu „Moral, dobri običaji i zloporaba prava u građanskom zakoniku“ prvenstvenu funkciju klauzule *contra bonos mores* vidi u popunjavanju pravnih praznina koje nastaju primjenom apstraktne norme slobode ugovaranja kako bi se osiguralo materijalno ispravno rješenje u svakom novom slučaju, koje zakonodavac nije mogao još predvidjeti u vrijeme stvaranja zakona, a na koje zakon valja primijeniti. Ipak smatra da granice kriterija ne bi trebale biti preširoke u svojoj neodređenosti, jer je to na uštrb pravne sigurnosti.⁷

Ovaj rad upravo bi trebao pridonijeti određivanju što čvršćih i jasnijih kriterija primjene apstraktnog pojma „moral društva“ u hrvatskom ugovornom pravu analizom razlikovanja tog pojma od srodnih pojmova radi smanjenja pravne nesigurnosti na najmanju moguću mjeru i postizanja njegove pravilne primjene u praksi.

U prvom dijelu rada obradit će razvoj klauzule „*contra bonos mores*“ kroz tri povijesna razdoblja: rimsko pravo, srednjovjekovno pravo i pravo sadržano u prvim kodifikacijama 19. stoljeća. Koristeći analizirane teorijske podloge i praksu, u drugom dijelu rada obrađivat će se svrha i značenje klauzule „moral društva“ u našem ugovornom pravu. Konačno, u trećem dijelu rada, rezultati istraživanja pridonijet će razradi problema definiranja klauzule „*contra bonos mores*“ na europskoj i svjetskoj razini u okvirima nove *lex mercatoria*.

2. BONI MORES U RIMSKOM PRAVU

2.1. Pravo, običajna i moralna pravila

U primitivnim društvima, običajno pravo i moralna pravila su se podudarala s religijskim pravilima. Međutim, smatra se da su Rimljani rano počeli razlikovati *ius* (pravo), *fas* (religijske propise) i *mos* (moralne običaje)⁸.

7 Rastovčan, P., op. cit., poglavlje I.

8 Zimmermann, R., *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta & Co, Ltd, 1992., str. 706.

U rimskim pravnim izvorima ne može se naći definicija *mos* (mn. *mores*). Kako se običajno i moralno označavalo s *mos*, *mores*, Ihering u svom djelu „Der Zweck im Recht“ drži da Rimljani ne razlikuju običajno od moralnog te da je diferencijacija tih pojmova nastala kasnijim razvitkom. Međutim, postoje i drugačija mišljenja, tako prema Plesci pojam *mores* označavao je dvije stvari: lokalne pravne običaje i navike (*consuetudo*) i lokalne socijalno-moralne standarde zajednice (*regimen morum* ili *boni mores huius civitatis*).⁹

Moralna pravila kao sustav normi i sankcija temeljene na tradiciji sve su do razdoblja ranog carstva bili pod nadležnošću cenzora (*ensor*). Nadzor morala (*regimen morum*), bila je njegova vrlo važna funkcija.¹⁰ Cenzor je prosuđivao građane koji su bili *pater familias* (*patres familiarum*)¹¹ u odnosu na njihovo časno ponašanje (*honor*), što za antička društva nije bilo neobično. U Rimu su se kažnjavala djela koja su se ticala obiteljskog života i privatnih odnosa, ali i javnog djelovanja i političkih obveza. Primjerice, u slučajevima zlouporabe *patria potestas*, kao što je okrutno postupanje, zanemarivanje ili neuspješno nadziranje djece, žene *in manu* ili robova, slučajevi zlouporabe razvoda poput razvoda iz neznačajnih razloga, slučajevi razmetljivog luksuza i sl. U javnom životu, cenzori su nadzirali tko je dostojan konjaničkog i senatorskog ranga, vršili su kontrolu knjiga financijskih institucija i dr. Kažnjavali su slučajeve zlouporabe službe, podmićivanja, poreznih prijevара, prijevara u javnim ugovorima, izbjegavanja vojne službe, izdaje i dr. Određena zanimanja također su smatrana nemoralnima, kao što je glumac, gladijator, prostitutka. Nemoralnim se smatrao i dužnik u stečaju, nečasno otpušten vojnik, osuđenik za određena kaznena djela i sl.

Infamia je bio opći pojam za sve kazne koje je proglasio cenzor, kojom se gubila građanska čast (*existimatio*). Kaznu je cenzor određivao s notom (*nota censoria*) koja je mogla određivati udaljenje iz senata, vitezov gubitak konja, isključenje iz *tribes* ili *centuries*, što je uključivalo gubitak glasačkog prava i nesposobnost za vojnu službu. Sankcija cenzora je vjerojatno trajala do izbora novog cenzora koji je ili održao notu ili je otklonio.¹² Teže posljedice *infamie* nisu bile u diskreciji cenzora, već su bile određene strogim pravilima običajnog prava *ius moribus introductum*.¹³

9 Plescia, J., The Development of the Doctrine of Boni Mores in Roman Law, RIDA, 3. serija, tom XXXIV, Office International des Periodiques, Bruxelles, 1987., str. 269.

10 Vjeruje se da je funkcija cenzora po prvi put uspostavljena 443 pr. Kr. sa *lex de creandis censoribus* (Liv. 4,8,3; slično Dion. Hal. Ant. Rom. 2,62) zbog oslobađanja konzula od obveze registracije građana radi određivanja obveza prema zajednici prema procjenjenoj imovini. Biralu su se dva cenzora koja su presjedala censusom, te je radi dobivanja važnih funkcija to predstavljalo krunu političke karijere na koja su obično dolazili bivši konzuli.

11 U ranoj fazi razvoja rimskog prava prevladavalo je pravilo pravo *paterfamilias* (*patria potestas*, *manus* i *dominium*). *Patria potestas* je u početku bila gotovo neograničena i apsolutna, samo u izuzetnim slučajevima je javna vlast intervenirala i nešto ograničavala. U ovom razdoblju prema *ius privatum* prava i dužnosti osobe ovisili su o njegovom položaju u obitelji. Više vidi u Horvat, M., Rimsko pravo, Školska knjiga, Zagreb, 1980., str. 81.-88.

12 Plescia, J., op. cit., str. 277.

13 Gaius, Institutes of Roman Law (C.160), op. cit., str. 124.

Godine 366 pr. Kr. postavljen je zasebni magistrat za pravosuđe koji se zvao pretor.¹⁴ Tako se privatno pravo razvijalo putem javne vlasti te je postupno opadala *patria potestas* u korist *publica potestas*. Pojava pretorskog edikta ubrzala je odvajanje *ius* od *fas*, ali je također potakla rast racionalne pravne svijesti i posljedično *voluntas* i *aequitas* elemenata u pravosuđu.¹⁵ Pravo morala počelo se djelomično preuzimati u pozitivno zakonodavstvo. Naime, uvele su se pozitivnopravne sankcije radi djela koja su izvorno bila zabranjena samo pravom morala. Infamiju, kako je uspostavljena cenzorom, počeo je primjenjivati pretor u svom ediktu (D.3,1,1,8 *Qui edicto praetoris ut infames notantur*), koji ju je učinio ne samo sankcijom kod presude u kaznenom predmetu, već i u određenim građanskim tužbama koje su se temeljile na deliktu kao što su krađa, silovanje, uvreda, prijevara ili kod određenih ugovora poput ortakluka, ugovora o nalogu (*mandatum*), depozitu, kvaziugovora kao skrbništvo i sl., te kod bračnog prava za bigamiju ili za brak udovice prije isteka godine dana žalovanja.¹⁶

Do kraja 2. stoljeća pr. Kr. cenzorin *regimen morum* i važnost *mores* su zamijenjeni. Naime, veći dio ranijeg cenzorinog nadzora postao je dio nadležnosti pretora. Drugo i prvo stoljeće pr. Kr. bilježilo je ekspanziju *ius* (nadležnosti pretora) naspram *mos* (nadležnost cenzora), dok je rimskom carstvu cenzorova *cura morum* izgubila značenje te su carevi postali nadležni za dobro i pošteno ponašanje.¹⁷

2.2. Nastanak klauzule *contra bonos mores*

Contra bonos mores postalo je opće načelo rimskog prava u relativno kratkom vremenu. Pojava *contra bonos mores* klauzule (također „*turpia*“ i „*rei turpis*“) povezuje se sa sukobom između cenzora i pretora o nadležnosti.¹⁸ Taj pravni termin koristio je pretor, koji je kontinuirano preuzimao nadležnost od cenzora. Dugotrajno iskustvo cenzora pomoglo je pretoru da stvori novi pravni termin *boni mores*. Nazvalo se *mores* jer je potjecalo od ranijih moralnih pravila, a smatra se da je pridjev *boni* dodan radi novog pretorskog tumačenja tog pojma.¹⁹ Inače, pridjev *bonus* se počeo koristiti i uz druge izraze, npr. „*bona fides*“, „*bonum et aequum*“ i dr., kao pojačanje ili opreka nečem lošem.²⁰

14 Izvoran naziv je „pro praetore“, njemu je dodijeljena nadležnost provođenja prvog dijela postupka u kojem se odlučivalo o tome ima li tužitelj pravo na pravnu zaštitu, a u drugom dijelu postupka kojeg je vodio *iudex* su se provodili dokazi i donosila se presuda. Više o pretoru i uporabi pravnih sredstava vidi u: Stein, P., Rimsko pravo i Europa, Povijest jedne pravne kulture, Golden marketing - Tehnička knjiga, Zagreb, 2007., str. 18- 20.

15 Plescia, J., loc. cit.

16 Gaius, *Institutes of Roman Law* (C.160), op. cit., str. 124.-125.

17 Zimmermann, R., op. cit., str. 707.

18 Plescia, J., loc. cit.

19 Guarino, A., *Diritto privato romano*, 12. izd., Napoli, Jovene, 2001., str. 371.

20 Horvat, M., *Bona fides u razvoju rimskog obveznog prava*, Zagreb, 1939.

Grčka filozofija o etici odigrala je ključnu ulogu za racionalizacijski proces rimskog prava, kojeg neki znanstvenici nazivaju procesom humanizacije prava.²¹ Prvi pokazatelj tog procesa bio je uvođenje konsenzualnih ugovora koji naglašavaju *bona fides*, a slijedilo je niz edikata koji su naglašavali *aequitas* (npr. *metus i dolus*). Također, to je utjecalo *regimen morum* građana pa su se pojavili edikti *de convicio* i *de adtemptata pudicitia*. Naime, oni su sadržavali kaznu za povrede *contra bonos mores* što je proizlazilo iz delikta (*iniuria*), za što se podnosila tužba *actio iniuriarum*. Poslovi *contra bonos mores* predstavljali su ograničenje slobode pravnih transakcija.²²

U klasičnom pravu pravni posao koji se protivi moralu tako da je sam posao upravljen na nemoralnu činidbu bio je ništetan po civilnom pravu *ipso iure* i nije bio utuživ pred sudom, ako činidba samo po sebi nije nemoralna, ali je njezina svrha *contra bonos mores* (*turpis causa*, npr. ugovaranje novčane kazne ako se prekrši obećanje za sklapanje braka) pretor je davao *exceptio doli*, što bi odgovaralo pobožnosti.²³ Pravni posao bio je uvijek ništetan izjednačavanjem civilnog i pretorskog prava u postklasičnom dobu.²⁴

Kao najraniji poznati izvori o posljedicama povrede *boni mores* u ugovornim odnosima navode se tekstovi dvaju pravnika iz klasičnog razdoblja, Gaiusa i Julianusa. Gaius: „*Illud constat, si quis de ea re mandet quae contra bonos mores est, non contrahi obligationem, veluti si tibi mandem ut Titio furtum aut iniuriam facias*“ (Inst. 3, 26, 7.), te „*Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti: veluit si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat.*“²⁵ Julijanusa: „*Stipulatio hoc modo concepta: si heredem me non feceris, tantum dare spondes? Inutilis est, quia contra bonos mores est haec stipulatio.*“^{26,27}

Pojam *contra bonos mores* postao je opća klauzula u tehničkom smislu s klasičnim pravnikom Papinijanom, a kulminiralo je u Paulovim sentencama u

21 Rimski pravници su se bavili pravnofilozofskim pitanjima te su isticali etički sadržaj u pravu. Primjerice, Celzova izreka: *ius est ars boni et aequi* (D.1,1,1, pr, pravo je umijeće dobrog i pravednog), Ulpijanove tri pravne zapovijedi: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (D.1,1,10,1., pošteno živjeti, drugoga ne povrijediti, svakome dati što mu pripada), te njegova izreka: *iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* (D.1,1,10, pr, pravda je stalna i trajna volja svakome dati pravo koje mu pripada). Nalazimo i izreke iz kojih se vidi da su Rimljani razlikovali pravo kao pravila koja donosi i sankcionira vlast, od pravila morala čije poštivanje vlast ne osigurava. Naprimjer, Paulusova izreka glasi: *non omne quod licet honestum est* (D.50,17,144, nije pošteno sve ono što je po pravu dopušteno), vidi M. Horvat, op. cit., str.4.

22 Plescia, J., op. cit., str. 277-278.

23 Radi promijenjenih životnih prilika događalo se da je neki posao po civilnom pravu potpuno valjan, ali se u životu ukazivao nepravednim zbog čega je pretor pružao sredstva uskrate tužbe (*denegatio actionis*), davanje prigovora protiv nečije tužbe (*exceptio*) ili povrata u prijašnje stanje (*restitutio in integrum*), primjerice vidi Horvat, M., op. cit. 192, Stein, P., op. cit., str. 19, 20.

24 Horvat, M., ibid.

25 D.45,1,26. i 27. pr.

26 D.45,1,61.

27 Više o praktičnom značenju ovih tekstova vidi Zimmermann, R., op. cit., str. 707. i 708.

postklasičnom razdoblju (Paul. D. 2, 14, 27, 4: *Neque contra leges, neque contra bonos mores pacisci possumus*). Koncept nevaljanosti nemoralnih ugovora potvrđen je i u Justinijanovom razdoblju.²⁸

Što predstavlja *boni mores* moglo se određivati na temelju pisanog prava (*ius civile*), nepisanog prava, uspostavljenim dugotrajnim običajima koji odražavaju običaje zajednice, nepisanim pravom ili praksom nacija (*ius gentium*) i konačno osjećajem pravednosti i logike suca (*ius naturale, ratio*).²⁹

Kriterij za ocjenu *boni mores* bio je *utilitas publica (vel plurium)*.³⁰ Na primjer, prema Julijanusu: *multa autem iure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse innumerabilibus rebus probari potest*.³¹ Prema Ulpianu: *ius civile... pre omnia ei (iuri naturali non) servit*.³² *Utilitas publica* sudac je utvrđivao na temelju carskih konstitucija, senatorskih dekreta i pravnih mišljenja, a ako nije bilo regulirano pravom sudac se morao osloniti na vlastiti osjećaj pravednosti, vođen *mores civitatis* i odluke suda (C. 7, 45, 13: *sed omnes iudices nostros veritatem et legum et iustitiae sequi vestigia sancimus*).³³ Stoga, svrha doktrine *boni mores* u rimskom pravu bila je prvenstveno zaštita vrijednosti i interesa zajednice (npr. javni moral, zdravlje i sigurnost), te je sudac javni interes stavljao iznad individualnog interesa.

I dok je ništetnost pravnog posla kao posljedica povrede *boni mores* u pojedinim izrekama postavljana općenito, postojao je i niz posebnih odredbi koje su izričito propisivale nemoralne ugovore, primjerice: nevaljano je, ako netko obeća počiniti ubojstvo, počiniti protupravno djelo ili ukrasti, nevaljano je ako obeća oženiti vlastitu sestru, počiniti *flagitium*, nevaljan je *mandatum rei turpis*, nevaljano je ako se netko unaprijed odrekne prava prema trećoj osobi podići *actio furti* ili *iniuriarum*, nevaljan je ugovor o nasljedstvu čovjeka koji još nije umro itd.³⁴

3. CONTRA BONOS MORES / IUS COMMUNE

Nakon što je Justinijanovo pravo u VI. stoljeću istisnuto langobardskim pravom, *Corpus Iuris Civilis* ponovno su počeli proučavati glosatori (potkraj 11. do 13. stoljeća) i postglosatori ili komentatori (od sredine 13. do 16. stoljeća) koji

28 Zimmermann, R., op. cit., str. 710, Plescia, J., op. cit, str. 279.-280.

29 Plescia, J., op. cit., str. 285.

30 Filozof i pravnik Cicero je tvrdio da su *utilitas* i *honestas* nerazdvojni po prirodi te da socijalni element kod čovjeka zahtijeva nadređenost *utilitas publica* nad *utilitas privata*. Također je priznavao *utilitas publica* iznad *utilitas patriae: salus populi suprema lex est*. Pravnici su, međutim, prihvatili Diogenesovu verziju stoicizma koja je postavila razdvojenost *utilitas* i *honestas* te su postavili nadređenost načela *utilitas publica*. Opširnije vidi Plescia, J., op. cit., str. 280.-285.

31 Julianus, D. 9, 2, 51, 2.

32 Ulpian, D. 1, 1, 6.

33 Plescia, J., loc. cit.

34 Vidi Rastovčan, P., op. cit., poglavlje III. i tamo citiranu literaturu, Plescia, J., op. cit., str. 278.

su najčešće komentirali glose svojih prethodnika, ali tako da su ih prilagođavali vremenu u kojem su živjeli. Upravo su komentatori utjecali na recepciju rimskog prava kao općeg prava (*ius commune*) koje se pored partikularnih prava sadržanog u statutima pojedinih gradova i pokrajina (*ius proprium*) primjenjivalo kao pozitivno pravo u mnogim državama srednje i zapadne Europe.³⁵ Autori u srednjem vijeku tako su komentirali i pojedinačne primjere iz *Corpus Iuris Civilis* u kojima je bila sadržana klauzula *contra bonos mores*. Najznačajniji postglosator Bartolus de Sassoferrato (1314.-1357.), po kojemu je nazvana i škola znanosti rimskog prava u 14. i 15. stoljeću („bartolisti“) rješavao je konkretna pravna pitanja u pravnoj praksi nalazeći kompromise između rimskog prava, kanonskog prava i statutarnih prava. Primjerice, Bartolus se u rješavanju sukoba između rimskog i kanonskog prava kod pitanja važenja prisega oporučitelja da oporuku neće opozvati nekom kasnijom oporukom, pozvao upravo na dobre običaje, navodeći da je takva prisega protivna dobrim običajima (*contra bonos mores*), ako se time oporučitelju nastoji oduzeti slobodu oporučivanja, pa u takvom slučaju prisega nije obvezujuća ni po kanonskom pravu, koje je prisegu smatralo odlučujućom.³⁶

Pravnici u 16. i 17. stoljeću su vodili široke pravne i filozofske rasprave o odnosu prava i morala, za koje je nužno vezan sadržaj i značenje klauzule „*contra bonos mores*“ u ugovornom pravu. Naglašavali su individualne interese te se težilo postizanju pravednosti. Za razliku od prijašnjih autora koji su se pitanjem nemoralnosti bavili kazuistički, nastankom znanosti rimskog prava humanisti i autori naravnog prava imali su općenitiji pristup. Primjerice protestantski humanista Hugo Donellus naveo je: „*Quod attinet ad turpes conventiones, quae eadem sunt contra bonos mores, non dubitamus definire generaliter et sine exception quod supra, omnes ipso iure non valere*“. Također, autor naravnog prava Hugo Grotius je u *Inleiding* postavio nemogućnost, nezakonitost i nemoralnost kao tri opća temelja nevaljanosti u obveznom pravu.³⁷ Naravno pravo je snažno utjecalo na daljnji razvoj rimskog prava, budući da je rimsko pravo trebalo poslužiti za stvaranje jednog nepristranog prava temeljenog na moralnoj filozofiji.³⁸ Na pravnika poput Papinijana, gledalo se unatoč njegovom poganstvu kao na „branitelja nepromjenjivih čudorednih vrijednosti“. Primjerice, G.W. Leibniz je u predgovoru *Codex iuris gentium* (Kodeks prava naroda) iz 1639. pozvao na izjavu Papinijana „Jer ne smijemo vjerovati da možemo činiti stvari koje su protiv naloga ljubavi, časti i štovanja i koje su, da tako općenito kažem, protiv dobrih običaja“, koji u izvornom tekstu D. 28.7.15. zastupa gledište da uvjet kojim oporučitelj od sina traži nečudorednu radnju, čini ništetnom oporuku jednako kao i neki nemogući uvjet. G.W. Leibniz u navedenom djelu pod čudorednim, smatra ono što kod nekog dobrog čovjeka odgovara naravi.³⁹

35 Više o tome vidi Horvat, M., op. cit., str. 37 i 38, Stein, P., op. cit., str. 80.

36 Stein, P., op. cit., str. 82.

37 Zimmermann, R., op.cit., str. 712-713.

38 Opširnije o moralnim temeljima 16. i 17. stoljeća u današnjem privatnom pravu vidi Gordley, J., *The moral foundations of private law*, *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 47, 2002.

39 Detaljnije vidi Stein, P., op. cit., str. 120.-123.

4. CONTRA BONOS MORES U KODIFIKACIJAMA EUROPSKIH ZEMALJA

U 18. stoljeću, pravna znanost izgradila je temelje za uspostavu cjelovitih sustava racionalnih pravnih pravila. Stoga, su se vladari koji su željeli ojačati svoju vlast naspram pokrajinskog plemstva te ujediniti svoje teritorije, odlučili na stvaranje i donošenje građanskih zakonika, čime je započeo tzv. kodifikacijski pokret. Donošenje jedinstvenih zakonika zagovarali su i ekonomski teoretičari merkantilizma koji su tvrdili da pravna rascjepkanost šteti trgovini te time stjecanju bogatstva. U daljnjem tekstu izložit će se rimska koncepcija o dobrim običajima preuzeta u nekima od najvažnijih zakonika, koji su poslužili kao uzor i drugima kasnije donesenim europskim zakonicima.

Francuski građanski zakonik (*Code Civil des Français*) stupio je na snagu 1804. godine kao rezultat Francuske revolucije.⁴⁰ Njime je prvi put u zakonodavstvu upotrebljen pojam „javni red“. Čl. 6. *Code Civila* određuje „*On ne peut déroger par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs.*“ Također, čl. 1131. i čl. 1133. propisivali su da obveza s nedopuštenom osnovom (*causa*) ne može imati nikakav učinak. A nedopuštena osnova je ona protivna zakonu, dobrim običajima i javnom redu. Oko članka 6. vodile su se rasprave, protivnici konačnog teksta ovog članka isticali su, između ostalog, da izraz „*l'ordre public*“ predstavlja prijevod latinskog *ius publicum* (*ius publicum privatorum pactis mutari non potest* 1.38 ff. *de pactis; privatorum pactio iuri publico non derogat* 1. 45 ff. *de reg. iur.*) koji i prema pravniku Domatu ne znači javno pravo, već pravo javno postavljeno, tj. zakon, da izrazi nisu dovoljno precizni da uđu u tekst zakona, pa bi mogle nastati rasprave štiti li neki zakon javni red, a morat će se dopustiti i dokaz pred sudovima o tome da ugovor koji je protivan *mores* ipak ne derogira nijednom zakonu. Mišljenje zakonodavca o značenju pojmova *bónnes moeurs* i *l'ordre public* vidljivo je iz izjava Portalisa, koji je branio projekt u ime vlade pred zakonodavnim tijelom. On je odbacio da su prevodili navedena rimska vrela, te je naveo da je dopušteno ugovarati protiv sadržaja zakona. Tako je *droit public* ono što izravnije interesira društvo nego pojedince, dok *droit privé* interesira izravnije pojedince, nego društvo. Poništavaju se ugovori protivni javnom pravu, no ne poništavaju se oni, koji su oprečni zakonima, što se tiču samo privatnih prava ili pojedinačnih interesa. O *bonnes moeurs* je rekao da su: „cement socijalne zgrade. Sve, što njih vrijeđa, vrijeđa prirodu i zakone.“ S obzirom na odnos pojmova *bónnes moeurs* i *l'ordre public* u raspravama se isticalo i da je drugi potpuno dovoljan, a da je prvi dodan samo zato da tekstu članka da svu potrebnu jasnoću, jer sve što interesira *boni mores*, interesira i *l'ordre public*, no ne obratno,

⁴⁰ Pri izradi *Code Civila* korištena su djela francuskih pravnih znanstavnika XVII. i XVIII. stoljeća Domala te posebno Roberta Josepha Pothiera u odsjeku o obvezama, koji su, između ostalog, bili i veliki sistematičari općeg prava. Izrada nacрта započela je 1800. godine kada je Napoleon kao konzul sastavio komisiju za njegovu izradu.

pa je drugi pojam širi.⁴¹ Dakle, prihvaćanjem pojma *l'ordre public*, nije se odstupilo od rimskog načela *conventio vincit legem*, već se pod tim izrazom podrazumijeva zaštita društvenog interesa.

Njemački građanski zakonik (*Bürgerliches Gesetzbuch*, dalje: *BGB*) koji je stupio na snagu 1900. godine donesen je pod utjecajem njemačke pandektne znanosti 19. stoljeća.⁴² Protivnost dobrim običajima (*contra bonos mores*) kao razlog ništetnosti pravnih poslova bila je u prvom nacrtu njemačkog građanskog zakonika⁴³ sadržana u paragrafu 106. (sada 138.) gdje su se upotrijebili izrazi dobri običaji (*gute Sitten*) i javni red (*öffentliche Ordnung*), pod utjecajem *common lawa*, francuskog *Code civila* te bavarskog i hessenskog nacрта. U Motivima⁴⁴ je orazloženo da je pojam javni red usvojen jer se sadržaj pravnog posla može kositi ne samo s moralnim interesima, već i s interesima države, a ovaj posljednji ne sadrži uvijek i povredu dobrih običaja. Kao primjer navode se ugovori koji su u protivnosti s načelom obrtne slobode. Nadalje obrazlaže se da su ništetni pravni poslovi kojima je i sadržaj, a ne samo radnja oprečna dobrim običajima. Područje moralnih obveza ne preklapa se s područjem pravnih dužnosti, pa ne može biti ništetan svaki posao koji je protivan moralnosti, već ništetnost nastupa onda, kada sadržaj pravnog posla neposredno u objektivnom smislu i uz izlučenje subjektivne strane vrijeđa *gute Sitten*. U drugom nacrtu usvojena je konačna verzija u kojoj je pojam *öffentliche Ordnung* brisan s obrazloženjem da mu nedostaje točno ograničenje te da će se poslove oprečne javnom redu moći redovno smatrati i poslovima što su upravljani protiv moralnog poretka.⁴⁵

Austrijski Opći građanski zakonik, (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die deutschen Erblande*, dalje *ABGB*) stupio je na snagu 1812. godine nakon više od šezdeset godina od izrade prvog nacрта.⁴⁶ Konačan tekst Zakonika sastavilo je povjerenstvo s voditeljem Franz von Zeillerom, polazeći od Kantovog mišljenja

41 Vidi Rastovčan, P., op. cit. poglavlje III. i tamo citiranu literaturu.

42 Pandektina znanost nastojala je pojmove izvedene iz Pandekata uporabiti za rješenje problema svog vremena kada su se pravno trebali razriješiti ostaci feudalnog uređenja, na način da se „iskvareno rimsko pravo“ odmijeni čistim rimskim pravom klasičnog razdoblja.

43 S izradom nacрта Njemačkog građanskog zakonika započelo se 1874. godine nakon stvaranja jedinstvene njemačke države 1871. godine. Tijekom izrade zakonika osnovane su dvije komisije i objavila su se tri nacрта (prvi 1887. godine s pet knjiga „Motiven“, drugi 1895. godine i treći 1896. godine).

44 Motive zu dem Entwurfe eines B.G.B. für das deutsche Reich, Berlin 1896., Rastovčan, R., op. cit., poglavlje III.

45 Rastovčan, P., loc. cit.

46 Marija Terezija 1753. godine dala je naputak za izradu nacрта kodifikacije općeg privatnog prava, kojem je kao podloga trebalo poslužiti *ius commune*, izmijenjeno i dopunjeno razumskim pravom. Tijekom njene vladavine izrađena su dva nacрта (*Codex Theresianus iuris civilis*), koja su kritizirali konzervativci i reformatori. Za vrijeme Josipa II. osnovana je nova treća komisija i izrađen je novi nacrt te je prvi dio tog nacрта 1786. godine objavljen kao „Josefinisches Gesetzbuch“. Za vrijeme Leopolda II izrađen je četvrti nacrt, koji također nije stupio na snagu, pod vodstvom Karl Antona von Martini koji je bio vodeći zastupnik naravnog prava u Austriji koji je smatrao da se rimsko civilno pravo sastoji najvećim dijelom iz naravnih zakona.

o odvojenosti prava i morala.⁴⁷ Zakonik se ograničio samo na pravo, koje je za Zeillera bilo praktični kompromis između rimskog prava kao izraza nepromjenjivih načela razuma i posebnih zahtjeva države.

U Hrvatskoj i Slavoniji austrijski Opći građanski zakonik (OGZ) proglašen je patentom od 29. studenog 1852. godine, a stupio je na snagu 1. svibnja 1853. godine.⁴⁸ U dijelu koji se odnosi na pogodbe (pod razdiobom drugom, o osobnim pravima na stvari) OGZ nije izričito spominjao dobre običaje (*boni mores*), niti javni red kao tadašnji *Code Civil*. Ti izrazi spomenuti su u paragrafu 26. OGZ- a pod naslovom „IV. Po moralnoj osobi“, što bi danas značilo „pravna osoba“. Taj članak razlikuje dopuštena i nedopuštena društva. Pod nedopuštenim društvima navodi ona koja su po zakonima političkim posebno zabranjena ili koja se očito opiru sigurnosti, javnom redu ili dobrim običajima. Paragraf 109. OGZ-a spominjao je dobre običaje porodice. Odredba o slobodi ugovaranja bila je sadržana u paragrafu 878. pod naslovom „3. mogućnost činjenja“ koje je postavio opće načelo da se pogodbe mogu sklopiti o svim stvarima, koje su u prometu te je istovremeno propisivao izuzetke u odnosu na nemoguću ili nedopuštenu činidbu, ne određujući značenje izraza „nedopuštene činidbe“.⁴⁹ Analogno paragrafu 26. OGZ-a koji je pod nedopuštenim podrazumijevao osim protivnosti zakonu i protivnost javnom redu i dobrim običajima te analogno ostalim kodifikacijama, smatralo se da je nedopušteno ono što je protivno „*boni mores*“.⁵⁰ Da je to tako, vidljivo je i iz paragrafa 879. koji je demonstrativno,⁵¹ a ne taksativno nabrajao nevaljane pogodbe iz čijih je primjera vidljivo da se radi o pogodbama koje su po svom sadržaju, odnosno predmetu nemoralne.⁵²

U sudskoj praksi nemoralnima su se smatrali ugovori koji su se odnosili na privatne i na poslovne odnose stranaka. Najčešći primjer nedopuštenog ugovora

47 Stein, P., op. cit., str. 127.

48 Austrijskom naredbom od 12. listopada 1914. godine donesena je tzv. prva novela, koja je stupila na snagu 13. listopada 1914. godine, zatim je naredbom od 22. lipnja 1915. godine donesena druga novela, koja je stupila na snagu 25. lipnja 1915. godine, dok je naredbom od 19.5.1916. godine donesena treća novela koja je stupila na snagu 21. ožujka 1916. godine. Novele su dobile obveznu snagu samo u tadašnjim austrijskim pokrajinama, među kojima su bile Istra i Dalmacija, dok je u Hrvatskoj i Slavoniji bio na snazi neizmijenjeni OGZ. Vuković, M., *Opći građanski zakonik s novelama i ostalim naknadnim propisima*, Školska knjiga, Zagreb, 1955.

49 Paragraf 878. glasi: Pogodbe mogu se sklopiti o svim stvarima, koje su u prometu. Što se ne može ispuniti ili učiniti; što je sasvim nemoguće ili nedopušteno, o tome ne može se ni tvrditi pogodba učiniti. Tko takvim obećanjima vara drugoga, ili mu otkida što po krivnom neznanju, ili korist vuče iz štete njegove, taj odgovara za to.

50 Rastovčan, P., loc. cit.

51 Vuković, M., op. cit., str. 247.

52 Paragraf 879. Osim pogodaba imenovanih na svojem mjestu, ne valjaju sljedeće pogodbe: 1. ako se ugovori što za staranje, da se sklopi pogodba ženidbena; 2. ako je vidar ili koji mu drago liječnik učinio, te mu je bolesnik obećao naročitu nagradu, što će se primiti liječenja; ili 3. ako pravdozastupnik ugovori za sebe naročitu koju nagradu, što će se primiti parnice, ili ako je prekupio parnicu njemu povjerenu; 4. ako tko nasljedstvo ili zapis, kojemu se on nada od treće koje osobe, otuđuje još za života te osobe.

je bio u slučaju konkubinata, koji se u to vrijeme smatrao nemoralnim odnosom, kada bi dvoje živjeli zajedno nevjenčani kao muž i žena, pa bi nakon razlaza, žena tražila nagradu za službe što ih je obavljala kao gazdarica, namještenica i sl., a utvrdilo bi se da je s muškarcem bila kao priležnica.⁵³ Nadalje, nedopuštenim ugovorima smatrali su se i ugovori koji su u težoj mjeri ograničavali osobnu pravnu i ekonomsku slobodu. Primjerice, raspravljalo se i o slučaju koji je bio učestao i u komparativnoj praksi, kada bi se radnik obvezao poslodavcu da se nakon istupanja iz službe neće natjecati s njim određeno vrijeme. Kraljevski stol sedmorice zauzeo je stajalište, protivno Kr. banskom stolu, da se obvezom nenatjecanja za razdoblje od godinu dana radnik „nije na tako općenit način odrekao slobodnog djelovanja, te djelomično uništio svoju pravnu osobnost.“⁵⁴

Zbog uske stilizacije odredbe o nedopustivim pogodbama postavljalo se pitanje je li time obuhvaćena i nedopuštena svrha ugovora. Odgovor na to pitanje daje jedna rješidba Kr. stola sedmorice od 10.VIII.1911., br. 2918 koja sukladno s rješenjem Banskog stola proglašava ništetnim zajam koji je dan za kartanje zabranjene igre, jer je tužitelj znao da tuženom pozajmljuje novac baš u svrhu nastavka kartanja i to zabranjene igre, pa stoga tužitelj u nedopuštenu svrhu ne može dani zajam zahtijevati natrag.⁵⁵

III. novelom paragrafi 878. i 879. OGZ-a su izmijenjeni tako da je paragraf 878. propisivao nemoguće činidbe, a paragraf 879.⁵⁶ je pored pojedinačno navedenih primjera sadržavao i opću odredbu o ništetnosti ugovora, koji je protivan zabrani ili dobrim običajima.

53 Primjerice vidi u Čimićevoj zbirci rješidaba Kr. stola sedmorice rješidbe Kraljevskog stola sedmorice u Zagrebu od 12.VI.1913. br. 2882. od 21.XI.1913. br. 5483., od 12.VI.1914.br. 2815.

54 Danas je ovo pitanje u većini država riješeno posebnim propisima, pa se valjanost ugovora o zabrani natjecanja s poslodavcem ne ispituje više pod *boni mores*, već pod protupravnost. U RH odredbe o ugovornoj zabrani utakmice sadržane su u čl. 100. do 104. Zakona o radu.

55 Rastovčan, P., op. cit., poglavlje IV.

56 Paragraf 879. je izmijenjen paragrafom 90. austrijske naredbe od 19. ožujka 1916. godine tako da je glasio: Ugovor koji je protivan zakonitoj zabrani ili dobrim običajima je ništav. Naročito su ništavi slijedeći ugovori. 1. ako se što ugovori za posredovanje bračnog ugovora; 2. ako pravni zastupnik sasvim ili djelomično prekupi povjerenju mu parničnu stvar ili ako ugovori za sebe određeni dio iznosa, koji je dosuđen stranci, 3. ako se nasljedstvo ili legat, kom se tko nada od treće osobe, otuđuje još za života te osobe; 4. ako netko iskorišćuje lakoumnost, težak položaj, slaboumnost, neiskustvo ili uzbuđenje drugoga time, što za činidbu sebi ili trećemu ugovara ili uzima takvu protučinidbu, čija imovinska vrijednost stoji u upadljivoj nerazmjeri sa vrijednošću činidbe.

5. UREĐENJE NEMORALNIH UGOVORA U HRVATSKOM PRAVU

5.1. Uređenje nemoralnih ugovora do donošenja Zakona o obveznim odnosima iz 2005. godine

U Hrvatskoj je OGZ ostao na snazi nakon raspada Austro-Ugarske, za vrijeme Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca i Kraljevine Jugoslavije. Nakon 1946. godine na temelju Zakona o nevažnosti pravnih propisa donesenih prije 6. travnja 1941. godine i za vrijeme neprijateljske okupacije (Službeni list FNRJ br. 86/46), pravna pravila OGZ-a koja su se odnosila na one odnose koji nisu bili uređeni pozitivnim propisima te ako nisu bili suprotni tadašnjem Ustavu i pozitivnim propisima su se mogla primjenjivati. Tako su se odgovarajuća pravila obveznog prava sadržana u OGZ-u supsidijarno nastavila primjenjivati i za vrijeme socijalističke Jugoslavije sve do donošenja Zakona o obveznim odnosima iz 1978., koji je stupio na snagu 1. listopada 1978. godine. Rad na tom zakonu započeo je još 1960. godine, a nastao je pod utjecajem rješenja švicarskog građanskoga zakonika, Haške konvencije o međunarodnoj trgovini, općih uzanci za promet roba i dr.⁵⁷

Zakon o obveznim odnosima iz 1978. godine (u daljnjem tekstu: ZOO/78.) je kao osnovno načelo propisivao slobodu uređivanja obveznih odnosa u članu 10. uz ograničenje da sudionici u prometu obvezne odnose ne mogu uređivati suprotno ustavom utvrđenim načelima društvenog uređenja, prinudnim propisima i moralu socijalističkoga samoupravnog društva. Zamjena izraza „dobri običaji“ izrazom „moral socijalističkog samoupravnog društva“ rezultat je tadašnjih političkih težnji stvaranja etičkih vrijednosti utemeljenih na marksističkoj koncepciji, a odbacivanju tradicije, dotadašnjeg stanja i shvaćanja. Sloboda ugovaranja bila je ispunjena socijalističkim sadržajem, te je morala biti usmjerena u socijalističkom pravcu,⁵⁸ dok se moral socijalističkog samoupravnog društva shvaćao kao: „svijest o ponašanju u skladu s principima na kojima počiva socijalističko društveno uređenje i sistem samoupravljanja“.⁵⁹

57 Na temelju Zakona o načinu primjene pravnih propisa donesenih prije 6. travnja 1941. godine (NN 73/91) pravni propisi OGZ-a su se nastavili primjenjivati i nakon osamostaljenja Republike Hrvatske ako postoji pravna praznina, ako su u skladu s Ustavom i zakonima RH te ako se pravno pravilo uobičajeno primjenjivalo od 1945. do 1991. Osim toga, na temelju odredbe iz članka 388. st. 2. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima prema kojoj se pitanja stjecanja, promjena, pravnih učinaka i prestanak stvarnih prava do stupanja na snagu tog Zakona prosuđuje prema pravnim pravilima koja su se primjenjivala u trenutku stjecanja, promjene i prestanka prava i njihovih pravnih učinaka, pojedine stvarnopravne odredbe OGZ- a zbog nesređenih zemljišnih knjiga, često primjenjuju i danas (npr. stjecanje vlasništva dosjelošću prije 6. travnja 1941. godine i sl.).

58 Raspor A., *Moja prava i dužnosti*, Grafički zavod Hrvatske, 1979., str. 956.

59 Komentar Zakona o obveznim odnosima, Opći i posebni dio obligacija, Progres Zagreb, Dr. Ivan Buklijaš, str. 12.

Posljedica uređenja obveznih odnosa protivno moralu socijalističkog samoupravnog društva bila je nišetnost ugovora.⁶⁰ Formulacija iz OGZ-a koja propisuje nišetnost ugovora u nešto izmijenjenom obliku preuzeta je i u čl. 103. st. 1. Međutim, propisao se niz posebnih odredbi o nedopuštenom predmetu obveze (čl. 49.), osnovi (čl. 51. st. 2.), pobudi (čl. 53. st. 2.), odgodnom ili raskidnom uvjetu (čl. 75. st. 1.).

Osamostaljenjem Hrvatske, ZOO/78. godine u hrvatski pravni sustav preuzet je Zakonom o preuzimanju Zakona o obveznim odnosima od 26. lipnja 1991. godine, koji je stupio na snagu 8. listopada 1991. godine (Narodne novine br. 53/91., u daljnjem tekstu ZOO/91.).⁶¹ Radi prihvaćanja demokratskih načela i tržišnog gospodarstva tim zakonom izraz „moral socijalističkog samoupravnog društva“ zamijenjen je izrazom „moral društva“, a kod propisivanja nedopuštenog uvjeta ta je klauzula izostavljena, čime se odstupilo od rimske pravne tradicije prema kojoj je nemoralan uvjet uzrokovao nišetnost ugovora ili njegovog dijela.

5.2. Koncept nemoralnih ugovora u Zakonu o obveznim odnosima iz 2005. godine

Novi Zakon o obveznim odnosima donesen je 25. veljače 2005. godine, a stupio je na snagu 1. siječnja 2006. godine.⁶² (Narodne novine br. 36/05., 41/08., dalje ZOO/05.). Zadržao je jednaku stilizaciju načela slobode uređivanja obveznih odnosa koja je sada sadržana u članku 2. Novi ZOO ponovno je uveo protivnost moralu društva kod odgodnog i raskidnog uvjeta kao razlog za nišetnost ugovora te je izostavio institut osnove (kauze) kao gospodarskog cilja ugovora.

Osnova koju je uveo ZOO/78. bila je objektivna svrha ugovora i subjektivna svrha ugovora pobuda (motiv). U Francuskoj i Italiji, pitanje nišetnosti ugovora vezano je za doktrinu kauze (čl. 1131 *Code Civil* i čl. 1343., 1418. *Codice Civile*). Kauza se ne smatra samo razlogom (pobudom) zbog kojeg jedna strana ulazi u obvezni odnos, nego je krajnji cilj ugovora i svrha ulaska u ugovorni odnos.⁶³ U ZOO/05. je gospodarski cilj (kauza) spojen s nedopuštenom pobudom, pa ona postaje čimbenik za prosuđivanje je li konkretan ugovor valjan. To je svakako uže

60 ZOO kao posebni zakon koji uređuje obvezne odnose uređuje nišetnost ugovora, za razliku od BGB koji propisuje nišetnost svih pravnih poslova te primjerice Italije i Švicarske koje sadrže posebnu odredbu da se odredbe o ugovoru primjenjuju na ostale odnose privatnog prava (čl. 7. Švicarskog građanskog zakonika i čl. 1324. *Codice civile*). Na primjer, naš Zakon o nasljeđivanju kod oporuke kao pravnog posla spominje nemoralni uvjet i nalog za koje se uzima da ne postoje *in favor testamenti*.

61 Zakon o obveznim odnosima iz 78. kasnije je doživio još izmjena i dopuna (Narodne novine, 73/91., 3/94., 7/96., 91/96., 112/99. i 88/01.), ali te izmjene nisu obuhvaćale ovaj institut.

62 Izuzev odredaba čl. 26. st. 1. -3. i čl. 29. st. 2. -6. i st. 8. koje su se počele primjenjivati nakon isteka dvije godine od dana stupanja na snagu ZOO-a.

63 Zweigert, K. i Kötz, H., *An Introduction to Comparative Law*, Third Edition, Clarendon Press, Oxford, 2011., str. 381., o kauzi obveze u poredbenom pravu vidi i S. Nikšić, *Kauza obveze i srodni instituti u poredbenom pravu*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 56(4), str. 1057-1102, 2006.

uređenje od prijašnjeg, jer su kod nedopuštene pobude propisani uvjeti da mora bitno utjecati na odluku jednog ugovaratelja da sklopi ugovor i drugi ugovaratelj treba to znati ili bi morao znati. Dakle, obje ugovorne strane moraju nastupati nemoralno ili znati ili morati znati za nemoralnost druge. Izuzetak je kod ugovora bez naknade kada nije relevantno je li drugi ugovaratelj znao da je nedopuštena pobuda bitno utjecala na odluku njegova suugovaratelja. Primjerice u praksi nalazimo slučaj kada primatelj kredita nije imao namjeru vratiti kredit (dakle sklopio je ugovor iz nemoralne pobude), zbog čega su kredit otplaćivali jamci te je krivotvorio isprave koje je prikazao jamcima i banci. Sud je u tom slučaju odbio tužbeni zahtjev na utvrđenje ništetnosti ugovora o kreditu zbog toga što banka nije znala niti je morala znati da su isprave krivotvorene.⁶⁴ Valja dodati da je nemoralnu pobudu uvijek teže dokazati, nego nemoralnu svrhu ugovora kao objektivnu činjenicu, jer je pobuda unutarjni i prikriveni subjektivni čimbenik koja nije vanjski vidljiva, pa će je sud moći utvrditi jedino ako je na neki način vanjski manifestirana.

Sklopanje ugovora nemoralnog u sadržaju, uvijek će obuhvaćati i nemoralnu pobudu strane koja ulazi u takav obvezni odnos. Međutim, ne i obratno, ugovor po svom sadržaju može biti u skladu s moralom, ali može biti sklopljen iz nemoralne pobude.

6. PRIMJENA KLAUZULE „MORAL DRUŠTVA“

6.1. Određenje pojma „moral društva“

Zakon o obveznim odnosima izričito ne propisuje određenje pojma „moral društva“ kao što to ne rade niti ostala zakonodavstva. Kako je iz prednjeg teksta vidljivo, još od doba Rima pravnici su pokušavali dati odgovor na pitanje što znače *boni mores*, pa tako i u današnjoj pravnoj literaturi nalazimo pokušaje definiranja ovog pojma. Naprimjer, Zimmermann smatra da bit *boni mores* od antičkih vremena predstavlja: „osjećaj dužnosti i prirodne naklonosti prema bogovima, roditeljima ili bližoj rodbini, poštovanje koje uživa osoba u društvu i urođeni osjećaj srama.“⁶⁵ Kako bi ostvarili cilj ovog rada, a to je da minimaliziramo apstraktnost pojma moral društva, nećemo se osvrnuti na filozofska razmišljanja o značenju morala, već će postaviti konkretni kriteriji za primjenu ovog načela, te kriteriji razlikovanja između ovog pojma i drugih vezanih pojmova.

Prvo, valja navesti da iako pravo kod koncepta *boni mores* štiti moral, ipak ne uživa svako moralno pravilo pravnu zaštitu.⁶⁶ Primjerice moralne obveze su

64 VSRH, Rev 1239/08-2 od 25.VIII. 2010.

65 Zimmerman, R., op. cit., str. 711.

66 Granicu dokle je najbolje da sam moral kontrolira ponašanje, kada moral i pravo zajedno, a kada je poželjno da ponašanje regulira samo pravo istražio je Shavell, S., u svom članku Law versus Morality as Regulators of Conduct, American Law and Economics Review, 4, str. 227-257.

i poštivanje, držanje obećanja, ne laganje i sl., ali povreda tih moralnih dužnosti neće uvijek dovesti do ništetnosti ugovora, pa se postavlja pitanje gdje je granica nakon koje moral kao nepravna kategorija dobiva pravni učinak stvaranja ništetnosti ugovora. Kao kriterij Zimmermann navodi: „Ako je ugovor u protivnosti s osjećajem uljudnosti svih pravednih i poštenih ljudi, ako ima očiti pečat ekscentričnosti da skandalizira razumnog čovjeka, tako da se nikako ne može održati.“

Iz naprijed navedenog, možemo zaključiti da se mora raditi o težoj povredi moralne norme, koja kod prosječnog čovjeka određenog društva u vremenu sklapanja ugovora stvara mišljenje o neodrživosti tog ugovora. U praksi će to biti sudac koji će se po kriteriju prosječne osobe voditi svojim moralnim osjećajem. Preširoko postavljena granica za utvrđivanje povrede moralne norme može dovesti do nerazmjernog ograničenja prava na slobodu ugovaranja, pa se poslovi koji se mogu smatrati nemoralnima, ali su beznačajni i u sadašnjem vremenu manje-više uobičajeni u pravnom prometu ne bi se trebali smatrati ništetnima (npr. kupnja parfema ljubavnici čak i da je prodavatelj upoznat s razlogom kupnje i sl.).

Nadalje, neke nemoralne radnje uzrokuju povredu drugih pravila koja su izričito propisana. Primjerice, prema ZOO/05. ugovorna strana svojim nemoralnim postupanjem može povrijediti načelo savjesnosti i poštenja, ravnopravnost ugovornih strana, načelo zabrane zlouporabe prava i prouzročenja štete, načelo jednake vrijednosti činidaba i dr. Za povredu nekih od tih načela zakon propisuje drugačiju sankciju od ništetnosti ugovora. Tako kod prouzročenja štete to će biti pravo na naknadu štete, kod načela jednake vrijednosti činidaba to je poboynost ugovora i dr. Za nemoralne radnje prijevare i prijetnje također je propisana sankcija poboynosti ugovora, za kupoprodaju tuđe stvari, koja može biti sklopljena iz nemoralne pobude izričito je propisano da takav ugovor obvezuje (čl. 382.) i sl. Valja imati na umu da članak 322. ZOO/05. sadrži bitno ograničenje primjene klauzule morala društva, a to je da cilj povrijeđenog pravila ne upućuje na neku drugu pravnu posljedicu ili ako zakon u određenom slučaju ne propisuje što drugo. Stoga, ako je zakonom za povredu kojeg pravila propisana druga sankcija ili nešto drugo ne može se primijeniti klauzula morala društva te se utvrditi ništetnost ugovora.⁶⁷

6.2. Moral društva i javni poredak

Daljnja pitanja koja se postavljaju su je li se povreda morala društva prosuđuje prema kriteriju zaštite interesa pojedinca, njegovog obiteljskog, privatnog i ekonomskog interesa i/ili javnog interesa te kakav je odnos pojmova „moral društva“ i „javni poredak“ u hrvatskom pravu.

Kako je naprijed izloženo u rimskom pravu kriterij po kojem se utvrđivala povreda *boni mores* bio je prvenstveno javni interes (*utilitas publica*) čiji je sadržaj utvrđivala vlast, a zatim privatni interes. U 16. i 17. stoljeću povreda morala

⁶⁷ Za primjer iz prakse vidi: VSRH, Rev 611/04-2 od 30. studenog 2005.

prvenstveno se ocjenjivala s aspekta postizanja pravednosti u odnosu ugovornih stranaka. Francuski *Code Civil*, od *bónnes moeurs* jasno je odvojio *l'ordre public*, pod obrazloženjem da se zaštitom dobrih običaja štite individualni interesi, dok se zaštitom javnog reda štiti društveni interes. Ova podjela nije prihvaćena u konačnom tekstu BGB-a, smatrajući da će se poslove oprečne javnom redu moći redovno smatrati i poslovima koji su upravljani protiv moralnog poretka, pa *gutte Sitten*, obuhvaća i javni interes. Za doktrinu „*public policy*“ u općem engleskom pravu može se reći da ima isto značenje što i *l'ordre public* u francuskom pravu.⁶⁸ Valja dodati da je u socijalističkoj Jugoslaviji moral društva bio određen kao moral socijalističkog samoupravnog društva, pa je postupanje protivno načelima socijalizma koje je uspostavila javna vlast značilo njegovu povredu, tako da je kriterij bio prvenstvena zaštita socijalističkog društva i interesa.

Nakon što se Hrvatska poslije socijalizma opredijelila za liberalizam kao slobodan pravni i ekonomski sustav, važnost individualnih prava i sloboda je ojačala. Tako da sada sud ocjenu o tome ograničava li određeni ugovor osobna i ekonomska prava pojedinaca u toj mjeri da je nužna pravna sankcija ništetnosti ugovora, donosi prema okolnostima svakog konkretnog slučaja, primjenjujući kriterij individualnog interesa, koji ne smije biti u suprotnosti s interesom društva.⁶⁹

Naš ZOO izrijeком ne spominje „javni red“, „javni interes“, „javnu politiku“ ili „javni poredak“. Međutim, u našoj pravnoj teoriji i praksi ništetnost ugovora zbog protivnosti Ustavu RH, prisilnim propisima ili moralu društva tumači se u cijelosti kao odredbom koja sprječava učinak onih ugovora koji su protivni javnom poretku.⁷⁰ Dakle, pojam javnog poretka tumači se kao pojam koji je širi od morala društva te koji ga obuhvaća. To se primjerice vidi i iz odredbe 36. st. 2. toč. b. Zakona o arbitraži (NN 88/01.) koja određuje da se pravorijek može poništiti ako je u suprotnosti s javnim poretkom Republike Hrvatske. Sudska praksa tu odredbu tumači na sljedeći način: „Pojam javnog poretka označava temeljna pravna i moralna načela na kojima počiva sustav Republike Hrvatske.“⁷¹

Međutim, ima slučajeva koji mogu potpadati pod nemoralnost, ali nisu predmet javnog poretka, javne politike ili javnog interesa. To će najčešće biti određeni slučajevi obiteljskog i seksualnog života, koji nisu regulirani pozitivnopravnim propisima (npr. ugovor između oženjene osobe i njegove ljubavnice o uzdržavanju,

68 O nastanku pojma *public policy* i njegovom značenju u engleskom općem pravu vidi detaljnije P. Rastovčan, op. cit., poglavlje III.

69 Švicarska u građanskom zakoniku ima i posebnu odredbu sadržanu u čl. 27(2) prema kojoj nitko ne smije raspolagati svojom slobodom ili ograničavati njezino izvršavanje u mjeri koja je protivna s pravom i etikom. U našem pravnom sustavu nadređenost društvenog interesa nad individualnim pravima i slobodama vidljiva je iz čl. 16. Ustava koji glasi: slobode i prava mogu se ograničiti samo zakonom da bi se zaštitila sloboda i prava drugih ljudi te pravni poredak, javni moral i zdravlje. Svako ograničenje slobode ili prava mora biti razmjerno naravi potrebe za ograničenjem u svakom pojedinom slučaju.

70 Vidi primjerice: Gorenc, V., op. cit., str. 474 i presudu VTS RH, Pž-3945/07 od 26. veljače 2008.

71 VTS RH, Pž-6855/02 od 15. srpnja 2003. godine.

nagrađivanju usluga, održavanju odnosa na određeno vrijeme i sl.). Upravo na području obiteljskog i seksualnog života između različitih država postoje znatne razlike u regulaciji i općim gledištima (npr. abortus, prostitucija, umjetna oplodnja, homoseksualnost i sl.), pa kad pojedine situacije nisu regulirane pozitivnopravnim propisima, bilo zbog nedostatka javnog interesa ili pravne praznine, konačna ocjena bit će na sudu, koji će primijeniti mišljenje općeprihvaćeno u društvu.

6.3. *Moral društva i poslovni moral*

Klauzula „*contra bonos mores*“ u rimskom i srednjovjekovnom pravu značila je isključivo protivnost osobnom moralu, tj. moralu u privatnom životu i javnom djelovanju. Poslovna moralnost u rimskom pravu regulirala se samo između prodavatelja i kupca uvođenjem *bona fides*, dok su u srednjem vijeku poslovnu moralnost obrtnika nadzirali cehovi, čiji su oni bili članovi. Ukidanjem cehova i uvođenjem slobodne trgovine poslovna moralnost je tijekom 19. stoljeća postala osnovna sastavnica instituta nepoštenog tržišnog natjecanja koje je davalo pravo oštećeniku na naknadu štete.⁷²

U našem ugovornom pravu za vrijeme primjene pravila iz Trgovačkog zakona i OGZ-a od dobrih običaja i poslovnih običaja⁷³, razlikovali su se dobri poslovni običaji, tj. poslovni običaji koji su morali biti u skladu s prisilnim propisima i pravilima morala. Kod ocjene što je dobar poslovni običaj bila je mjerodavna ocjena poslovnih krugova (empirijsko načelo), ali ocjenjivala se i prihvatljivost pravnog i etičkog stajališta u trenutku presuđivanja (etičko načelo).⁷⁴

Nakon donošenja ZOO/78. članom 21. bilo je propisano da su sudionici u obveznim odnosima dužni u pravnom prometu postupati u skladu s dobrim poslovnim običajima. To su bila pravila poslovnog morala, poslovne etike za koja nije bila propisana sankcija u ZOO-u. Međutim, i dalje se radnja koja je protivna dobrim poslovnim običajima pri obavljanju prometa robe i usluga radi privredne utakmice i kojom se nanosi ili se može nanijeti šteta smatrala djelom nelojalne utakmice i privrednim prijestupom što je bilo regulirano posebnim zakonom. Za povredu dobrih poslovnih običaja su i sudovi časti izricali sankcije.

U odnosu na moral društva, ZOO/78. je prihvaćao etičko načelo, što je bilo vidljivo iz članka 104. koji je propisivao restituciju, a u stavku 3. je određivao da pri odlučivanju o posljedicama ništavosti sud će voditi računa o savjesnosti jedne odnosno obje strane, o značenju društvenih interesa koji se ugrožavaju te o moralnim shvaćanjima društva.

72 Kraljevina Jugoslavija donijela je poseban Zakon o suzbijanju nelojalne utakmice 4. IV. 1930., koji je stupio na snagu dana 11. V. 1930.

73 Za razliku od dobrih poslovnih običaja u skladu s kojim stranke moraju postupati, poslovni običaji su supsidijarni izvor trgovačkog prava *lex contractus* dispozitivnog karaktera.

74 Goldštajn, A., Trgovačko ugovorno pravo – međunarodno i komparativno, 4. izd., Zagreb, 1991., str. 154, 156., Barbić, J., Primjena običaja u hrvatskom ugovornom pravu, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Rad 492, Razred za društvene znanosti 43(2005), str. 54.

U Republici Hrvatskoj je ZOO/91. zadržao odredbu o dobrim poslovnim običajima te odredbu iz čl. 104. st. 3. ZOO-a. Međutim, ZOO/05. nije preuzeo niti odredbu o primjeni dobrih poslovnih običaja, kao pravila poslovnog morala niti odredbu iz čl. 104. st. 3. Smatra se da to nije toliko značajno, jer je i ranije odredba iz članka 21. stavka 1. služila samo kao uputa te nije imala propisanu pravnu posljedicu, a sudionici u prometu svakako će biti dužni postupati u skladu s pravilima morala društva.⁷⁵

Dakle, ZOO/05 je normativno ukinuo razliku između morala društva i dobrih poslovnih običaja, zbog toga što je poslovni moral obuhvaćen moralom društva za što je propisana posljedica ništetnosti ugovora. Poslovni moral kao posebna kategorija još je uvijek propisan posebnim zakonima, primjerice Zakonom o trgovini prema kojem povreda dobrih trgovačkih običaja uzrokuje drugu pravnu posljedicu, a to je naknada štete. U praksi bi moglo doći do preklapanja ovih instituta, pa će sudac morati uzeti u obzir drugi dio odredbe iz čl. 322. ZOO/05., prema kojoj je ugovor ništetan samo ako cilj povrijeđenog pravila ne upućuje na neku drugu pravnu posljedicu ili ako zakon u određenom slučaju ne propisuje što drugo.

Nakon donošenja ZOO/05. usklađeni su i pravilnici sudova časti. Tako na primjer, pravilnik Suda časti pri Hrvatskoj gospodarskoj komori umjesto na temelju dobrih poslovnih običaja, sada sudi na temelju načela savjesnosti i poštenja u obveznim odnosima i sukladno moralu društva (čl. 3.), budući da u ZOO-u više ne postoji zaseban pravni temelj za suđenje sukladno dobrim poslovnim običajima. Ipak, u članku 4. Pravilnika dodano je da „Sud odlučuje o povredama morala (dobrih poslovnih običaja) u obavljanju gospodarskih djelatnosti i prometa roba i usluga na području Komore (...).“ Dakle, iako je izmijenjen temelj suđenja prema ZOO-u i dalje će se odlučivati samo o povredama poslovnog morala.

Poslovni moral ima posebnosti s obzirom na kompleksnost i promjenjivost odnosa na tržištu, pa se stajalište poslovnih krugova ne treba uvijek poklapati sa stajalištem društva u cjelini. Međutim, sud bi trebao uvijek imati u vidu da je pod pojmom moral društva obuhvaćen i poslovni moral kao posebna kategorija. Budući da odredba iz članka 104. stavka 3. ZOO/91. koja je kao kriterij za ocjenu što je protivno moralu društva uzimala moralna shvaćanja društva nije ušla u novi tekst zakona, ostavila se mogućnost da se moral društva ocjenjuje prema kriteriju što je moralno u poslovnom prometu (empirijsko načelo).⁷⁶ Ako se s obzirom na izmjene ZOO-a, sudska praksa opredijeli i za primjenu empirijskog načela o tome će ovisiti i dokazivanje, jer sudac nema posebnih znanja o stajalištu poslovnih krugova. Stoga se neće moći osloniti samo na vlastiti moralni osjećaj, već će ovisno o prijedlozima i dokazima stranaka odluku donijeti i na temelju nalaza i mišljenja vještaka kao stručne osobe, ili uz konzultaciju pravne literature, sudske prakse ili prakse suda časti.

75 Zubović, A., Primjena trgovačkih običaja, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, br. 1, 2006., str. 335.

76 Gorenc V., str. 476. navodi da se kod ocjene je li neko ponašanje moralno ili nemoralno misli u poslovnom prometu.

6.4. Moral društva i načelo savjesnosti i poštenja

Još u doba Rima od *boni mores* razlikovalo se načelo *bona fides* ili *bona fide* (načelo dobre vjere, savjesnosti i poštenja). Povreda *bona fide* jednako je kao i povreda *boni mores* uzrokovala nevaljanost ugovora. Što je bilo protivno *boni mores* nije se moglo zahtijevati po *bona fide*: „*Generaliter observari convenit bonae fidei iudicium non recipere praestationem, quae contra bonos mores desideretur.*“⁷⁷ Načelo *bona fide*, kao i *boni mores* sadržano je i danas u svim razvijenim pravnim sustavima.⁷⁸ ZOO/05. čl. 4. propisuje da su u zasnivanju obveznih odnosa i ostvarivanju prava i obveza iz tih odnosa sudionici dužni pridržavati se načela savjesnosti i poštenja. Načelo savjesnosti i poštenja, kao i *boni mores* ispunjeno je moralnim sadržajem. Savjesnost se pritom definira kao „osjećaj moralne odgovornosti za svoje postupke“, ona je više subjektivno i unutarne određena, dok se pod pojmom poštenja razumijeva „moralna ispravnost“, kao objektivni i vanjski element ovog načela koji se manifestira prema suugovaratelju. Ove dvije sastavnice kod primjene ovog načela su nerazdvojne, a u cjelini se tumače kao čestito i lojalno ponašanje, ponašanje s povjerenjem i obzirima prema drugoj osobi i interesima druge strane i sl.⁷⁹ *Bona fide* je kriterij relativne prirode jer se tiče samo konkretnog pravnog odnosa, veze između suugovaratelja, gdje se ispituje moralnost ugovorne strane u zasnivanju obveznih odnosa i ostvarenju prava i obveza, dok je *boni mores* objektivni i apsolutni kriterij prema kojem sadržaj ugovora i druge okolnosti uključujući i motiv stranaka ne smiju biti protivni utvrđenom standardu vladajućeg društvenog morala.⁸⁰ Načelo savjesnosti i poštenja dakle uređuje izravne, konkretne odnose između stranaka kao što su dužnost obavještanja i polaganja računa, tumačenja ugovora tako da se uvažavaju interesi obiju stranaka, spremnost na potpuno i valjano ostvarivanje i ispunjenje ugovora i sl., dok se moral društva bavi više apstraktnim pitanjima zaštite morala u poslovnim, privatnim i obiteljskim odnosima.

Načelo *bona fide* može se preklapati s *boni mores*. Međutim, smatra se da samo grube povrede savjesnosti i poštenja predstavljaju istovremeno i povredu dobrih običaja.⁸¹ U praksi nalazimo slučajeve u kojima se utvrđuje povreda i jednog i drugog načela. Na primjer, suprotno je moralu i načelu savjesnosti i poštenja u prometu ako davatelj uzdržavanja sklopi ugovor o doživotnom uzdržavanju s primateljem uzdržavanja znajući da je primatelj uzdržavanja iznimno teškog zdravstvenog stanja u kojemu je smrt izvjesna činjenica koja će redovitim tijekom stvari nastupiti za relativno kratko vrijeme.⁸²

77 Zimmermann, R., op. cit., str. 710.

78 Vidi: čl. 1134. i 1135. Code Civila, par. 914. ABGB-a, par. 157. i 242. BGB-a, čl. 2. st. 1. švicarskog građanskog zakonika, čl. 1134.-1135., 1337., 1366., 1375. Codice Civile i dr.

79 Galev, G., Načelo savjesnosti i poštenja, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Suppl., br. 3. (2003), str. 224-225.

80 Ibid., str. 227.

81 Loc.cit.

82 VSRH, Rev-1121/93-2 od 29. lipnja 1994.

Valja dodati, da je ZOO/05. izmijenio raniju odredbu iz članka 143. ZOO/91. prema kojoj je, između ostalog, ništetnost općih uvjeta uzrokovala protivnost dobrim poslovnim običajima tako da sada sukladno odredbi iz čl. 296. st. 1. ništetnost općih uvjeta ugovora umjesto povrede poslovnog morala uzrokuje povreda načela savjesnosti i poštenja. Posljedica je to usklađivanja s Direktivom Vijeća Europske Zajednice br. 93/13/EEZ od 5. travnja 1993. godine. Naime, u ugovornom pravu Europske unije načelo savjesnosti i poštenja ima istaknutu ulogu i u europskim načelima ugovornog prava propisano je kao ograničenje općem načelu slobode ugovaranja.

7. IZMJENA KLAUZULE CONTRA BONOS MORES U NOVIM IZVORIMA LEX MERCATORIA

Još u doba rimske republike od *ius civile*, tradicionalnog prava koje se prema načelu personaliteta primjenjivalo samo na rimske građane, razlikovao se *ius gentium* pravo naroda, koje je reguliralo trgovačke odnose sa strancima, pa i među samim rimskim građanima.⁸³

Pojedini autori *ius gentium* vide kao prethodnika *lex mercatoria*⁸⁴, a mnogi znanstvenici povijesni korijene nalaze u *law merchant* srednjeg vijeka.⁸⁵ U 19. stoljeću došlo je do stvaranja nacionalnih država, pa su europsko staleško pravo trgovaca zamijenile velike nacionalne kodifikacije trgovačkog prava. Prekogrančni sporovi u trgovačkim stvarima rješavani su primjenom međunarodnog privatnog prava i međunarodnim ugovorima.

Proces globalizacije i povezivanja tržišta nakon Drugog svjetskog rata zahtijevao je jednostavnost i sigurnost u poslovnim odnosima, pa iako su sklopljene

83 *Ius gentium*, je bilo slobodnije i više prilagođeno potrebama trgovine te je prevladavao više sadržaj i svrha, a ne forma, za razliku od *ius civile* koje je bilo strogo formalističko pravo. Kod *ius gentium* posebno je bilo naglašeno načelo savjesnosti i poštenja (*bona fide*). Ono se smatralo dijelom prava svih civiliziranih naroda, koje se temelji na *naturalis ratio*, naravnom razumu što ga svi ljudi dijele temeljem svoje ljudske naravi te je blisko naravnom pravu (*ius naturale*).

84 F. M. Maniruzzaman, A., *The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?*, *American University International Law Review*, Volume 14, Issue 3, Article 2, 1999., Goldman, B., *Lex Mercatoria*, *Forum Internationale*, vol. 3, studeni 1983., str. 3.: "*Lex mercatoria is a venerable old lady who has twice disappeared from the face of the earth and twice been resuscitated.*"

85 U srednjem vijeku procvatom međunarodne ekonomske trgovine u zapadnoj Europi razvilo se običajno trgovačko pravo koje se primjenjivalo u međudržavnim sporovima pred trgovačkim sudovima različitih europskih trgovinskih središta. Običaji sajmovia i morskih luka su u velikom dijelu činili pravo trgovaca (*lex mercatoria, ius mercatorum*), čijem su razvoju pridonosili poslovna praksa trgovaca, posebna trgovačka sudbenost i djelatnost javnih bilježnika. Jedinstveno pravo trgovaca uređivalo je trgovinu na cijelom europskom prostoru, Goldstajn., A., *Trgovačko ugovorno pravo*, op.cit., str. 143, Barbić, J., *Primjena običaja u hrvatskom trgovačkom pravu*, op. cit., str 49.

mnoge konvencije, došlo je do pojave stvaranja nove *lex mercatoria*.⁸⁶ Za potrebe ovog rada valja spomenuti Europska načela ugovornog prava, dijelovi I., II. i III. (*European Principles of Contract Law, Parts I, II and III*, dalje: PECL), Nacrt zajedničkog referentnog okvira za europsko privatno pravo (*Draft Common Frame of Reference*, dalje: DCFR) i UNIDROIT načela međunarodnih trgovačkih ugovora (*Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, dalje: UNIDROIT načela).

Europska unija je u uređivanju građanskog prava imala i još uvijek ima sektoralni pristup, pa su pojedina područja regulirana direktivama. U trgovini između država članica primjenjivali su se međunarodni instrumenti kao što je Rimski konvencija o mjerodavnom pravu za ugovore (eng. *Rome Convention on the law applicable to contractual obligations*, 1980.), Uredba Vijeća (EZ) o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim predmetima (eng. *Council Regulation (EC) on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters*, 2000.), Bečka konvencija o međunarodnoj prodaji roba (eng. *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 1980.) i dr. Bečka konvencija o međunarodnoj prodaji robe ne spominje klauzulu *contra bonos mores*, dok iz Ugovora o funkcioniranju Europske unije (eng. *Treaty on the Functioning of the European Union*) valja spomenuti članak 36. koji kao izuzetke od zabrane količinskih ograničenja prometom robe između država članica, osim ostalih, propisuje i javni moral i javnu politiku ili javnu sigurnost.⁸⁷

Kako postojanje različitih sustava ugovornog prava negativno utječe na sklapanje, tumačenje i primjenu međudržavnih ugovora, te se povećavaju troškovi transakcija, radi funkcioniranja unutarnjeg tržišta javila se potreba unifikacije ugovornog prava Europske unije.⁸⁸

Europska načela ugovornog prava, dijelovi I., II. i III. izradilo je neovisno tijelo znanstvenika i pravnih stručnjaka iz svake države članice Europske unije pod projektom podržanim od Europske komisije i mnogih drugih organizacija. Europska načela ugovornog prava su „soft law“, neobvezujuća pravila, a krajnji je cilj izrada

86 Goldstajn, A., *The New Law Merchant*, 1961, J. Bus. L. 12, str. 12: „The Law merchant is a body of customary law consisting of the business practices and customs of international businessmen.“ *Lex mercatoria* nema obvezujuću snagu, nisu uglavljene u međunarodnu konvenciju niti su ih donijeli ili potvrdili nacionalni parlamenti. Međutim, mogućnost primjene *lex mercatoria* propisuju brojni nacionalni zakoni o parničnom postupku, zakoni o arbitražnim sudovima, model zakoni UNCITRAL-a (United Nations Commission on International Trade Law).

87 Javna politika ili javni interes spominje se još u čl. 45. toč. 3. kao ograničenje slobode kretanja roba, čl. 52. kao ograničenje kod osnivanja pravnih osoba, čl. 65. kao opravdani razlog za poduzimanje mjera kod oporezivanja i nadzora financijskih institucija, čl. 202. kod udruživanja s određenim neevropskim državama i teritorijima.

88 Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, a more coherent European Contract Law, an Action Plan, Bussels, 12.2.2003. COM(2003)68 final, LANDO, O., *Contract law in the EU; The Commission Action Plan and the Principles of European Contract Law*, 2003., dostupno na: http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/.

Europskog građanskog zakonika⁸⁹. Komisija je sve sustave država članica uzela u obzir, ali niti jedan nije bio podloga za njihovu izradu.⁹⁰ Utjecaj na izradu posebice su imali „*American Restatement on the Law of Contracts* i postojeće konvencije, npr. Bečka konvencija. PECL je poslužio kao model za izradu UNIDROIT načela, a i temelj je za stvaranje svjetskog ugovornog prava.⁹¹

Sloboda ugovaranja je temeljno načelo PECL-a propisano čl. 1.102, ali je ograničeno načelom savjesnosti i poštenja (*good faith and fair dealing*) i kogentnim pravilima uspostavljenima načelima. Prema čl. 1.103. st. 2. PECL-a nacionalne kogentne norme, pa tako i norme o protupravnosti i nemoralnosti, primjenjuju se neovisno o pravu kojeg su ugovorne stranke izabrale kada su ta pravila primjenjiva prema međunarodnom privatnom pravu. Sličnu odredbu sadrži i čl. 7. Rimski konvencija iz 1980. godine.

Poput Bečke konvencije, ni PECL niti UNIDROIT načela prvotno nisu sadržavali odredbe o protupravnim i nemoralnim ugovorima. Članak 4.101 PECL u poglavlju 4. o valjanosti je propisivao da se to poglavlje ne odnosi na nevaljanost proizašle iz protupravnosti, nemoralnosti ili nedostatka sposobnosti. Naime, odredbe o nevaljanosti ugovora zbog protupravnosti i nemoralnosti odredbe su kogentne naravi, pa nisu u dispoziciji ugovornih stranaka, a nacionalna prava imaju različite koncepte i sadržaj tih pojmova, posebice postoje razlike između država kontinentalnog i anglosaksonskog pravnog sustava.

Rasprava o uvođenju poglavlja protupravnosti ugovora (*illegality*) u Europska načela ugovornog prava započela je 1997. godine kada je treća komisija (*The Commission on European Contract Law*) počela izradu dodatnih pravila PECL-a. Taj treći dio donesen je u ožujku 2003. godine.

Polemike su se vodile o tome u kojoj mjeri ugovori mogu biti ništetni na temelju protupravnosti i nemoralnosti u „*soft law*“ propisu kao što je PECL, te se smatralo da se time ide iznad i možda se zaobilaze pozitivnopravne odredbe u nacionalnim i međunarodnim pravnim sustavima. Ta rasprava je rezultirala kompromisom između skupine koja je vidjela načela kao osnovu za budući Europski građanski zakonik, skupine koja je smatrala taj sustav prvenstveno provedivim u međudržavnim transakcijama i potrebnim da riješi posebne probleme proizašle iz tog konteksta i konačno onih koji smatraju da je ta skupina izvan svoje nadležnosti išla preko nacionalnih i međunarodnih pravila.⁹²

89 U veljači 1997. godine organizirana je Study Group of a European Civil Code pod vodstvom profesora Christiana von Bara, koja je s radom započela 1999. godine te je razmatrala da temeljna načela ugovornog prava iz PECL-a se integriraju u eventualno budući Europski građanski zakonik.

90 Introduction to the Principles of European Contract Law, The Commission on European Contract Law, dostupno na: http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/survey_pecl.htm

91 Lando, O., A Vision of a future World Contract Law: Impact of European and UNIDROIT Contract Principles, 37 Uniform Commercial Code Law Journal, issue 2 (Fall 2004), 3-46, dostupno i na: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/bibliolando3.html>.

92 MacQueen, H. L., Illegality and Immorality in contracts: Towards European Principles: Principles of European Contract Law (PECL), 26. siječnja 2010., dostupno na SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1542528>. str. 4. i 5.

Landova komisija imala je problema s pojmom *boni mores*, jer je trebalo izraziti europsko kao različito od nacionalne ili lokalne ideje moralnosti, javne politike i *ordre public*. S druge strane, ograničiti se samo na legalnost ili sukladnost s posebnim pravilima bilo je preusko, ako će PECL biti temelj budućeg Europskog građanskog zakonika o ugovorima.⁹³

Stoga članak 15:101 iz poglavlja protupravnosti ne koristi pojmove protupravnosti i nemoralnosti, već određuje da ugovor nema učinka u dijelu u kojem je protivan temeljnim načelima prava država članica Europske unije (*principles recognised as fundamental in the laws of the Member States of the European Union*). Smatra se da pojam „temeljna načela prava“ odgovara pojmovima nemoralnosti, *public policy* ili *ordre public*.⁹⁴ Naime, pojedini današnji teoretičari navode da javno mišljenje o moralnosti ovisi o prihvaćenim načelima, te se koncept moralnosti i u praksi pokušava svesti na načela kako bi se smanjio iracionalni element sadržan u generalnoj klauzuli.⁹⁵ Pojam „temeljna načela prava“ predstavlja široki koncept koji obuhvaća temeljna načela prava nađena diljem Europske unije, uključujući i pravo Europske unije. Sadržaj tog pojma može se dobiti iz europskih dokumenata kao što su osnivački ugovori, Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Povelja temeljnih prava Europske unije i dr. Valja istaknuti da neće svako načelo koje potpada pod nacionalni pojam morala ili javne politike uzrokovati nevaljanost ugovora, već samo ona koja su općeprihvaćena, odnosno ona koja predstavljaju zajedničke vrijednosti na kojima se temelji Europska unija.

Pojam temeljna načela prava država članica Europske unije preuzet je u DCFR koji je Komisiji predstavljen krajem 2007. godine, a rezultat su višegodišnjeg rada dvije istraživačke skupine: *Study Group on a European Civil Code* i *Research Group on the Existing EC Private Law* (tzv. „*acquis-group*“).⁹⁶ U članku 7:301 pod naslovom Ugovori protivni temeljnim načelima propisuje se da je ugovor ništetan u dijelu u kojem: a) povrjeđuje temeljno načelo prava država članica Europske unije i b) ništetnost je potrebna za učinak tog načela. Dakle, DCFR propisuje kumulativni uvjet da je ništetnost potrebna za učinak tog načela, pa povreda svakog općeprihvaćenog načela neće prouzrokovati sankciju ništetnosti ugovora, već samo kada je ništetnost potrebna. Praksa će dati odgovor na to kada će ništetnost biti potrebna.

UNIDROIT načela po uzoru na PECL i DCFR uvela su također poglavlje o protupravnosti koje određuje da je ugovor protupravan, ako je u uvjetima, provedbi

93 Ibid., str. 6.

94 Ibid., str. 5.

95 Zweigert, K. i dr., op. cit., str. 381, 382.

96 *Acquis* grupa osnovana je 2002. godine, a koordinator rada je prof. Hans Schulte-Nölke. DCFR nastoji stvoriti koherentan i sveobuhvatan sustav obveznog prava i jedinstvenu terminologiju, pravila PECL-a su tek naknadno proširena na neke oblasti izvan općeg ugovornog prava, bez unaprijed osmišljenog koncepta, i stoga postoje određene nedosljednosti, posebice u uporabi terminologije, a posebna slabost je nedostatak koordiniranosti između I. i II. dijela s jedne i III. dijela PECL-a s druge strane.

ili ostalom, protivan načelima široko prihvaćenima kao temeljnim u pravnim sustavima diljem svijeta.⁹⁷

Koncept „temeljnih načela prava“ kao razlog nevaljanosti europskih i međunarodnih trgovačkih ugovora, rezultat je znanstvenika koji su se odmakli od dosadašnjeg rimskog koncepta „*boni mores*“, kako bi pronašli zajednički nazivnik za europske i svjetske vrijednosti. To su načela u kojima je sadržan moral, ali su u pravu jasno definirana te su određeni kriteriji i doseg njihove primjene. Načela kao pravne norme, zajedno s prisilnim propisima spadaju pod zajednički pojam protupravnosti., dok nemoralnost, zbog nemogućnosti definiranja na europskoj i globalnoj razini nije razlog nevaljanosti ugovora u *lex mercatoriai*. Međutim, iako će se primjenjivati općeprihvaćena načela, to je ograničeno nacionalnim kogentnim normama u koje spada i nemoralnost, koje se primjenjuju neovisno o pravu kojeg su ugovorne stranke izabrale kada su ta pravila primjenjiva prema međunarodnom privatnom pravu.

Prednosti pojma temeljna načela prava naspram nemoralnosti su, prvo, postizanje veće pravne sigurnosti jer se ne treba utvrđivati značenje morala kao apstraktnog, nepravog pojma, koji ovisi o različitim okolnostima sredine u kojoj se živi, te drugo, izostanak dokazivanja što se smatra nemoralnim u određenom društvu u određenom vremenu, budući da za pravna načela vrijedi *iura novit curia*. Međutim, i ako dođe do stvaranja budućeg europskog i svjetskog ugovornog prava temeljenog na navedenim dokumentima *lex mercatoriae*, smatramo da klauzula nemoralnosti u nacionalnim ugovornim pravima neće izgubiti smisao i značenje, jer upravo apstraktnost i vremenska neodređenost ovog pojma osigurava sankciju ništetnosti svakom ugovoru koji je moralno nedopustiv u određenom društvu, određenoj državi ako ne postoji javni interes za reguliranje tog slučaja ili postoji pravna praznina zbog brzine mijenjanja životnih prilika.

8. ZAKLJUČAK

Klauzula *contra bonos mores* od svog nastanka u rimskom pravu, pa do regulacije u ugovornom pravu nacionalnih država u tehničkom smislu nije doživjela znatne izmjene. Iako se u nacionalnim sustavima za klauzulu *contra bonos mores* koriste se različiti koncepti i izrazi kao što su dobri običaji (*buenas costumbres*, *bonos mores*, *bonnes moeurs*, *gute Sitten*), javni red (*l'ordre public*), javni interes (*public policy*), moral društva i sl. učinci u praksi su slični. Zbog zakonskog propisivanja brojnih pitanja koja su se ranije podvodila pod ovu klauzulu, znatno je smanjen doseg njezine današnje primjene u praksi. Ipak, ona ostaje kao sredstvo popunjavanja pravnih praznina kada neko pitanje zbog brzine izmjena životnih

97 Draft Chapter on Illegality, Unidroit, Working Group for the preparation of Principles of International Commercial Contracts (3ed), 4th session, svibanj 2009., dostupno i na: <http://www.unidroit.org/english/documents/2009/study50/s-50-111rev-e.pdf>, The Unidroit principles of International Commercial Contracts, 2010.

prilika još nije riješeno pravnim propisima, iako je predmet javnog interesa ili ako neka situacija nije predmet javnog interesa, ali je s općedruštvenog gledišta moralno neprihvatljiva.

U hrvatskom zakonodavstvu nema definicije pojma „moral društva“. On je nužno vezan uz široke filozofske i etičke rasprave o značenju morala i odnosu morala i prava iz kojih su mnogi pravници pokušali dati definiciju pojma *boni mores*. Zadatak ovog rada nije bio upuštati se u stoljetna filozofska razmišljanja o moralu, već koristeći povijesna i komparativna iskustva zajedno s domaćom pravnom praksom utvrditi doseg klauzule moral društva u našem ugovornom pravu, budući da naša pravna teorija do sada nije postavila čvrste i jasne kriterije za njegovu primjenu.

Kao glavni kriterij utvrđivanja povrede morala uzeli smo stajalište prosječne osobe koja živi u vremenu i društvu u kojem je ugovor sklopljen, o neodrživosti tog ugovora. U praksi to će biti sudac koji će se voditi svojim moralnim osjećajem kao odrazom općedruštvenog mišljenja kako bi zaštitio prvenstveno individualne interese radi postizanja pravednosti, koji ipak ne smiju biti protivni društvenom interesu. Negativnim određenjem možemo reći da pod klauzulu morala društva koja uzrokuje ništetnost ugovora ne spadaju povrede moralnosti koje su beznačajne i uobičajene te koje su propisane drugim načelima i odredbama koji upućuju na neku drugu pravnu posljedicu ili što drugo.

Nadalje, istražili smo kriterije razlikovanja između pojma moral društva i drugih vezanih pojmova. Prvo, zaključili smo da je pojam moral društva uži od pojma javnog poretka koji obuhvaća i pravna pravila. Međutim, ukazali smo na to da svi slučajevi nemoralnosti ne moraju ujedno biti i predmet javnog interesa. Drugo, ZOO/05. je pod moral društva podveo poslovni moral, čime je izmijenio dotadašnje uređenje gdje su dobri poslovni običaji bili zasebno propisani kao zabranjeni. Ipak, unutar pojma moral društva potrebno je i dalje posebno ocijenjivati poslovni moral, jer radi specifičnosti i brzine promjena kod poslovnih odnosa, poslovni moral i moral društva ne moraju se poklapati, pa je moral u poslovnim odnosima primjerenije dokazivati empirijskom metodom, nego etičkom metodom koja se primjenjuje na ocijenjivanje povrede morala društva kao osobnog morala. Konačno, ukazali smo i na razliku u odnosu na načelo savjesnosti i poštenja, kojim je ZOO/05. kod ništetnosti općih uvjeta ugovora zamijenio poslovni moral te smo zaključili da iako se radi o načelima moralnog sadržaja koja se mogu poklapati, glavna razlika je što se načelo savjesnosti i poštenja tiče konkretnog odnosa stranaka i njihovih prava i dužnosti, dok se pod moralom društva ispituje općenito povreda morala u poslovnim, privatnim i obiteljskim odnosima.

Budući da se moral društva procjenjuje prema općem stajalištu društva u kojem je ugovor sklopljen, možemo reći da ta klauzula ima nacionalni karakter. To se posebice dokazalo kod nemogućnosti definiranja ovog pojma u međunarodnim dokumentima te u novoj *lex mercatorii*. Naime, u prošlom desetljeću pojavila se tendencija reguliranja nedopuštenih ugovora u PECL i UNIDROIT načelima. Problem je nastao kako definirati vladajući moral na europskoj ili globalnoj razini,

kad su sociološke, ekonomske, etičke, vjerske, tradicionalne i druge razlike između europskih i svjetskih društava znatne. Do rješenja se došlo usvajanjem pojma „temeljna načela prava“, kao dovoljno širokim konceptom za podvođenje svih budućih slučajeva i ispunjavanje funkcije popunjavanja pravnih praznina. Također, pridonijelo se i pravnoj sigurnosti, jer je nepravni pojam, nacionalnog sadržaja zamijenjen pravnim načelima koja se jednako tumače u svim državama i za koje vrijedi načelo *iura novit curia*.

Summary

**IMMORALITY (CONTRA BONOS MORES) AS THE REASON
FOR INVALIDITY OF CONTRACTS**

This paper will use historical and comparative method to explore the meaning and purpose of the clause „*contra bonos mores*“. It will present different theoretical and legal structures of this concept and give specific examples. The results of this research together with analysis of the domestic legal practice will help to achieve an aim of this paper and find the meaning of concept „moral of society“ in Croatian contract law by formulating criteria for its use and distinction from other related concepts and so to reduce legal uncertainty. Also, the results of this paper will contribute to better understanding of the problem of impossibility to define concept „*contra bonos mores*“ on European and global level, which has resulted in adopting the new concept of „fundamental principles of law“ in European Lex Mercatoria, by which, the principle of freedom of contract is not anymore limited by abstract concept of morality, but by the fundamental principles on which applied *iura novit curia*.

Key words: *principle of freedom of contract, contra bonos mores, moral of society, invalidity of contracts, fundamental principles of European Union member states.*

Zusammenfassung

**MORALWIDRIGKEIT (CONTRA BONOS MORES) ALS GRUND
FÜR VERTRAGSUNGÜLTIGKEIT**

In dieser Arbeit wird man mithilfe der historischen und komparativen Methode die Bedeutung und den Zweck der Klausel *contra bonos mores* in der bisherigen rechtlichen Entwicklung erforschen, so dass man verschiedene theoretische und gesetzgebende Strukturen dieses Konzeptes einschließlich der konkreten Beispiele darstellen wird. Die Forschungsergebnisse und die inländische Rechtspraxis werden uns bei der Erreichung des Arbeitsziels helfen, welches daraus besteht, dass man wegen Reduzierung rechtlicher Unsicherheit die Bedeutung des Begriffs „Gesellschaftsmoral“, sowie die Kriterien für die Unterscheidung zwischen diesem Begriff und den anderen damit verbundenen Begriffen feststellt. Dabei wird man entsprechende Gruppen von Fällen nennen. Die Ergebnisse dieser Arbeit werden auch der richtigen Interpretation des Problems von Unmöglichkeit der Definierung der Phrase *contra bonos mores* auf der europäischen und globalen Ebene beitragen. Das brachte dazu bei, dass man den Begriff „Rechtsgrundsätze“ in Quellen *lex*

mercatoria aufgenommen hat, was, wie man sehen wird, dazu führt, dass der Grundsatz von Vertragsfreiheit nicht durch das abstrakte Konzept der Amoralität beschränkt ist, sondern durch Rechtsgrundsätze, für welche *iura novit curia* gilt.

Schlüsselwörter: Grundsatz der Vertragsfreiheit, *contra bonos mores*, Gesellschaftsmoral, Vertragsungültigkeit, Rechtsgrundsätze von EU Mitgliedsstaaten.

Riassunto

LA CONTRARIETA' AL BUON COSTUME (CONTRA BONOS MORES) QUALE CAUSA DI INVALIDITA' DEL CONTRATTO

Nel presente contributo s'indagherà in chiave storica e comparatistica circa il significato e lo scopo della clausola *contra bonos mores* nell'evoluzione giuridica avvenuta sino ad oggi. L'indagine verrà condotta utilizzando modalità atte a esporre varie strutture teoriche e legislative di tale concetto, riportando anche esempi concreti. I risultati dell'indagine unitamente all'analisi della giurisprudenza interna ci saranno d'ausilio al fine di raggiungere lo scopo di questo contributo e cioè di determinare la nozione di "buon costume" - per ridurre i margini dell'incertezza del diritto - nel nostro diritto contrattuale, ponendo dei criteri per la sua applicazione e dei criteri di distinzione tra questo concetto e gli altri concetti ad esso connessi, offrendo determinati gruppi di casi. Ancora, i risultati di questo lavoro porteranno ad una corretta esegesi del problema dell'impossibilità di definizione della nozione *contra bonos mores* a livello europeo e globale, il che ha comportato l'adozione della nozione „principi giuridici fondamentali“ nella *lex mercatoria*. Un tanto, come vedremo, conduce alla circostanza che il principio dell'autonomia contrattuale non è limitato dal concetto astratto di amoralità, bensì dai principi giuridici fondamentali per i quali vige la regola *iura novit curia*.

Parole chiave: principio di autonomia contrattuale, *contra bonos mores*, buon costume, invalidità del contratto, principi giuridici fondamentali degli Stati membri dell'Unione europea.