

# SLOBODA UREĐIVANJA OBVEZNIH ODNOSA I JAVNI POREDAK

*Prof. dr. Slobodan Perović \**

UDK 347.441.42  
Izvorni znanstveni rad

*Načelo slobode uređivanja obveznih odnosa predviđeno je Zakonom o obveznim odnosima Republike Hrvatske kao i u drugim kodifikacijama obligacionog prava u komparativnom sistemu. Ovo načelo se ograničava prisilnim propisima kao i moralnim imperativima određenog društva. Ta ograničenja često se izražavaju ustanovom javnog poretka i dobrih običaja. Pojam javnog poretka je u pravnoj doktrini naročito francuskog jezičkog područja izazvao živu naučnu debatu, počev od stanovišta da ustanovu javnog poretka nije potrebno imenovati s obzirom na neodređenost pojma, pa preko različitih shvatanja sve do pokušaja da se pruži teorijska definicija javnog poretka i dobrih običaja kao granica slobode uređivanja obveznih odnosa. U tom smislu se u ovom radu čini pokušaj da se preciznije odrede atributi ove ustanove. Pri tome treba naglasiti da Zakon o obveznim odnosima Republike Hrvatske ne upotrebljava izraz "javni poredak", već slobodu uređivanja obveznih odnosa ograničava Ustavom Republike Hrvatske, prisilnim propisima i moralom društva. Bez obzira na ovakvu formulaciju, čini se da naučna debata o ograničenju slobode uređivanja obveznih odnosa putem ustanove javnog poretka, može biti od značaja za praktičnu primenu pomenutog načela.*

*Ključne reči: obvezni odnosi, sloboda uređivanja, prisilni propisi, moral društva, javni poredak.*

Zakon o obveznim odnosima Republike Hrvatske<sup>1</sup> u svom uvodnom delu, kao prvo načelo predviđa slobodu uređivanja obveznih odnosa, razume se, sa određenim ograničenjima. Prema toj odredbi Zakona (članak 2) sudionici u prometu slobodno uređuju obvezne odnose, a ne mogu ih uređivati suprot-

---

\* Dr. sc. Slobodan Perović, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, Bulevar kralja Aleksandra 67, Beograd

<sup>1</sup> Proglašen 25. februara 2005, stupio na snagu 1. januara 2006.

no Ustavu Republike Hrvatske, prisilnim propisima i moralu društva. Na taj način ovaj Zakon je proklamovao slobodu uređivanja obveznih odnosa odnosno autonomiju volje sudionika prometa, ali sa nužnim ograničenjima kojima se zaštićuju opšti interesi pravno organizovanog socijabiliteta u vidu odgovarajućih ustavnih normi, prisilnih propisa i morala društva. U stvari, reč je o ograničenjima ove slobode koja se u komparativnom pravu formulišu na različite načine, često ustanovom javnog poretka i dobrih običaja. S obzirom da je pojam javnog poretka veoma diskutovan u pravnoj literaturi, naročito francuskog jezičkog područja, ovde, u ovom radu će se izložiti osnovni pravci te naučne debate sa uverenjem Autora, da to može biti od koristi i za primenu već pomenute odredbe Zakona o obveznim odnosima Republike Hrvatske i istovremeno odziv za prigodni Zbornik posvećen naučnom jubileju našeg uvaženog akademika Jakše Barbića.

Svaki pravni sistem u svom mozaiku pravnih normi nalazi mesta i za jedno područje na kome su veće mogućnosti individualne aktivnosti i egzaltacije ličnosti. To je domen, bar u principu, inicijative stranaka i mogućnosti regulisanja njihovih pravnih odnosa putem njihovih voljnih akata, ali uvek u okviru i duhu zakonom utvrđenih granica. Tako, s jedne strane, pravni poredak dopušta slobodu ugovornog uređenja odnosa, ali, s druge strane, predviđa i granicu do koje se ta sloboda može prostirati. To je posledica duboke potrebe zajednice da dopusti i omogući slobodno ispoljavanje volje određenih subjekata, ali i da vodi računa o opštim normama zajednice koje se ne mogu prepustiti individualnoj arbitrnosti i proizvoljnosti. Postoji jedan pravni i moralni poredak koji izražava opšte potrebe određene pravno organizovane zajednice i koji, u krajnjem ishodu, služi i kao garantija upravo individualnoj volji i njenom ispoljavanju. Otuda, norme koje predstavljaju opšteusvojena pravila ponašanja do stepena njihove imperativnosti, ne mogu biti narušene voljom stranaka. Te norme izražavaju opšte i zajedničke interese, pa i interese samih stranaka u pitanju.

Problem slobode volje uopšte, pa i ugovorne, nije, dakle, u odstranjenju te slobode, niti u pružanju apsolutne slobode, već u osećanju mere kako u jednom dualitetu zahteva pronaći pravo mesto jednoj i drugoj društvenoj potrebi: potrebi slobode individualne aktivnosti i neophodne potrebe za zaštitom opštih intelektualnih i materijalnih dobara određene zajednice. Rešenje ne može biti proizvoljno od zakonodavca postavljeno, već je ono određeno stepenom razvoja društvene sredine, njenog kulturnog statusa, ekonomske konstitucije i organizacije, filozofskog opredeljenja, moralne emancipacije. Različitost ovih izvanpravnih činilaca je očigledna u raznim sredinama i raznim vremenima. Otuda,

i granice kojima se obeležavaju polja slobode ugovaranja i slobode regulisanja spornih odnosa među samim strankama, nisu ista u raznim pravnim sistemima. Naprotiv, ona se menjaju, kako suštinski, tako i po načinu ispoljavanja, mada se primećuje i jedan stepen zajedničkih atributa, bar kada su u pitanju izvesne ustanove pomoću kojih se to ograničenje sprovodi.

Razume se, ustanova javnog poretka ima prevashodni značaj u čitavom sistemu zaštite osnovnih principa na kojima je zasnovano postojanje i trajanje jedne pravno organizovane zajednice. Ona se javlja kao “demarkaciona linija” koja razdvaja prostor dozvoljenog od prostora nedozvoljenog ugovaranja.

Javni poredak je pojam koji je inspirisao mnoge autore. Skoro da nema poznatijeg dela opšteg karaktera iz oblasti građanskog prava, a da ovom pojmu nije posvećena izvesna pažnja.<sup>2</sup> Ovima se pridružuju brojne studije koje za svoj predmet imaju upravo pitanje javnog poretka.<sup>3</sup> Ali, i pored veoma bogate doktrine, ovaj pojam je do danas ostao čuven po svojoj nepreciznosti, nejasnosti i neuhvatljivosti. Ne bi se moglo reći da je bogat zbir teorija doveo do nekog stabilnijeg rešenja. Naprotiv, čitav spektar različitih, često oštroumnih, ali možda

---

<sup>2</sup> Marty, Raynaud: *Droit civil, Introduction générale a l'étude du droit et des institutions judiciaires*, Paris, 1961, str. 163; Planiol, Ripert, Boulanger: *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, Paris, 1952, str. 39; Bekaert: *Introduction a l'étude du droit*, Bruxelles, 1965, str. 199; Carbonnier: *Droit civil*, t. II, Paris, 1964, str. 386; Weill: *Droit civil, Les obligations*, Paris, 1971, str. 257; Colin, Capitant, Morandiére: *Traité de droit civil*, t. II, Paris, 1959, str. 391.

<sup>3</sup> Simon: *L'ordre public en droit privé*, Rennes, 1941; Malaurie: *L'ordre public et le contrat*, Reims, 1953; Claps-Lienhart: *L'ordre Public*, Lyon, 1934; Marmion: *Etudes sur les lois d'Ordre Public en droit civil interne*, Paris, 1924; Oprea: *Essai sur la notion des bonnes moeurs dans les obligations en droit civil allemand*, Paris, 1935; Saiget: *Le contrat immoral*, Paris, 1939; Pascanu: *La notion, d'Ordre Public par rapport aux transformations du droit civil*, Paris, 1937; Tchavdaroff: *De la notion des cause d'indignité*, Lyon, 1930; Dorat des Monts: *La cause immorale*, Paris, 1956; Bertrand: *La notion d'ordre public en matiČre de nullités*, Lille, 1939; Bonnacase: *La notion juridique des bonnes moeurs, Etudes de droit civil a la mémoire de H. Capitant*, Paris, str. 91; Morandiére: *L'ordre public en droit privé interne, Etudes de droit civil a la mémoire de H. Capitant*, Paris, str. 381; Kayser: *Les nullités d'ordre public*, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1933, str. 1115; Cohendy: *Des intérľts de la distinction entre l'inexistence et la nullité d'ordre public*, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1914, br. I, str. 33; Darbellay: *Théorie générale de l'illicéte*, Fribourg, 1955; Guiraud: *La police et l'ordre public*, Bordeaux, 1938; Bernard: *La notion d'ordre public en droit administratif*, Paris, 1962; Živanović: *Osnovni problemi etike (Filozofije moralne)*, Beograd, 1935; Marković: *Poštenje i moral u pravu*, Arhiv, 1922, str. 332.

i neplodnih komentara, izaziva i danas kod mnogih autora izvestan pesimizam, pa čak i “abdikaciju” pred brojnim teškoćama koje rađa ovaj pojam. Kolika je ta, reklo bi se, misterija, kojom je javni poredak obavijen, najreljefnije pokazuju formule izvesnih autora, koje prerusene u stilske figure, izražavaju teškoće i nedoumice sa kojima su se ti autori sreli prilikom istraživanja ili primene pojma javnog poretka. Tako, istraživati definiciju javnog poretka isto je što i hodati po živom pesku<sup>4</sup> ili ići trnovitim putem.<sup>5</sup> Po nekima, to je jedno pravo mučenje intelekta,<sup>6</sup> u stvari, jedna kaučuk norma koja se može svakojako savijati,<sup>7</sup> to je jedna magijska reč kojom pravnici označavaju najrazličitija pravila kada za njih ne mogu da nađu pravi osnov; uvek kada se zapletu u teškoće, pravnici (civilisti i publicisti, zakonodavci i sudije, praktičari i teoretičari) pozivaju u pomoć taj “čarobni” javni poredak koji treba da ih oslobodi teškoća; nekada se taj paradoks dovodi do kraja kada ovaj pojam predstavlja jedan okvir bez ikakve sadržine.<sup>8</sup>

Ipak, polazeći od rezultata do kojih je teorija o javnom poretku došla, ne može se nikako reći da ima mesta pesimizmu u onoj meri u kojoj on provejava u radovima pomenutih autora. Pojam javnog poretka, kao uostalom i mnogi drugi, je polje na kome se sučeljavaju različita mišljenja koja se ponekad međusobno i isključuju. Činjenica da se o njima mnogo raspravljalo i da se nije došlo do opšteprihvaćenog mišljenja ukazuje samo na otvorenost diskusije i “većitu” aktuelnost pitanja.

Potrebno je, zbog toga, upoznati se prethodno sa raznim shvatanjima ili tačnije, sa evolucijom i osnovnim tendencijama u ovoj materiji. Pri tome, treba reći da se teorija o javnom poretku naročito razgranala u francuskoj doktrini, pošto je francuski Građanski zakonik prvi prihvatio taj izraz. Razume se, različiti izrazi kojima zakonic i obeležavaju istu sadržinu daju nam za pravo, da bar u osnovi, teoriju o javnom poretku shvatimo kao opštu teoriju o granicama

---

<sup>4</sup> Malaurie: *L'ordre public et le contrat (Etude de Droit civil comparé)*, t. I, Reims, 1953, str. 3.

<sup>5</sup> Alglave: *Définition de l'ordre public en matière civile*, *Revue pratique de droit*, 1868, str. 44.

<sup>6</sup> Varelles-Sommières: *Les lois d'Ordre Public et la dérogation aux lois*, *Revue de Lille*, 1899, str. 674.

<sup>7</sup> Kautschuk Paragraphe in K. G. Wurzel, *das juristische Denken Wienne*, 1904, str. 84 (cit. prema Malaurie: *ibidem*).

<sup>8</sup> Génay: *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. II, Paris, 1919, str. 178.

slobode ugovaranja, bez obzira kojim se rečima ta granica obeležava u pojedinom zakoniku. Iz tih razloga potrebno je učiniti jedan teorijski pregled pojma javnog poretka koji je našao mesta u francuskom Građanskom zakoniku i to ne samo u smislu njegove definicije, već u smislu jednog fakta koji proizilazi iz neophodnosti ograničenja slobode ugovaranja. Različiti zakonici granicu slobode ugovaranja obeležavaju različitim izrazima, ali je ta granica uvek izražena u smislu zaštite opštih interesa čija je priroda određena karakterom konkretnog društvenog i pravnog sistema.

Brojnost i polivalentnost ispoljenih mišljenja o pojmu javnog poretka stvaraju teškoće u smislu njihovog grupisanja i stvaranja jedne harmonične celine i opšte slike. Teškoće su dvostruke: prvo, koji kriterijum treba da posluži kao podloga grupisanja, i drugo, kako izbeći opasnost da se neko mišljenje ne "povredi"; naročito, kada ono sadrži u sebi elemente različitih kriterijuma podele.

Imajući u vidu ove teškoće, kao i opasnost koju svaka podela u nauci, iako neophodna, nosi sobom, prilikom grupisanja različitih mišljenja i stvaranja opšte slike o teorijama javnog poretka, čini se, da se može poći od sledećih momenata: kao kriterijum podele treba da posluži stepen apstrahovanja pojma javnog poretka odnosno intenzitet u naporu pojedinih autora da ovaj pojam definišu.

Tako, pojedini autori u principu odbijaju mogućnost, pa čak i potrebu, definisanja javnog poretka, prepuštajući sudu da on prilikom konkretnog rešavanja formuliše odnosno "oseti" granice javnog poretka. Druga grupa autora, u nastojanju da otkrije elemente ovoga pojma, pruža izvesne karakteristične oznake pojma javnog poretka, ali bez pokušaja čvršćeg definisanja. Treći, opet metodom analitičkog nabiranja evidentiraju zakone koji se tiču javnog poretka, a među njima su i oni koji to nabiranje vrše uz izvesnu sintezu.

Najzad, četvrta grupa autora, metodom sintetičkog formulisanja, pokušava da definiše pojam javnog poretka. Prilikom izlaganja opšte teorije javnog poretka, čini se, da će biti najcelishodnije ići ovim redom, ali uz napomenu da pojedina shvatanja sadrže i elemente neke druge "susedne" grupe, tako da će se izložiti samo osnovna tendencija pojedinih mišljenja koja ga svrstava u određenu grupu, dok će se oni drugi elementi shvatiti ipak kao sporadični i sekundarni. To je samo dokaz više da u ovoj materiji nema apsolutno čistih sistema.

Izvestan broj autora zastupa shvatanje da nije ni moguće, ni potrebno, ustanoviti jednu definiciju javnog poretka koja bi bila prihvaćena u praktičnoj primeni prava. Prema ovom shvatanju, pojam javnog poretka treba prepustiti sudu da ga on u svakom konkretnom slučaju utvrđuje i primenjuje bez ikakve

ili bez čvršće sugestije od strane doktrine. Ova teorija se, dakle, usteže od istraživanja definicije javnog poretka, pa čak i od izvesnih direktiva, već sve to jednostavno prepušta sudu. Umesto da sudu u praktičnoj primeni prava pomoćne, ova teorija ga usamljenog prepušta teškoćama koje se javljaju kada pojam javnog poretka treba primeniti u konkretnom slučaju. Ipak, treba primetiti da izvesni autori koji brane ovu teoriju, bar u izvesnoj meri, skreću pažnju sudu na neke principe koje ovaj treba da usvoji u materiji javnog poretka.

Međutim, to su sasvim uopšteni pojmovi, kao što je “javno mišljenje”, “društvena korisnost”, “kolektivna svest”, i sl., što ne može biti od naročite koristi, jer se pomoću ovako uopštenih pojmova ne može bliže odrediti javni poredak.

U krug glavnih pobornika ove teorije spadaju: Morandière (Morandier), Pascanu (Paskani), Demogue (Demog), Josserand (Žosran), Japiot (Žapio) i Huc (Ik).<sup>9</sup>

Teorija o poricanju mogućnosti i potrebe definisanja javnog poretka okupila je brojne autore s kraja devetnaestog i početka našeg veka. Osnovna ideja ovih autora bila je da je javni poredak neprecizan i za pravnu doktrinu neuhvatljiv pojam. Njega nije moguće, a po nekim piscima nije ni potrebno, obuhvatiti čvrstim okvirima jedne naučno zasnovane definicije. Bolje je i celishodnije prepustiti taj posao sudu, koji će sam, prilikom rešavanja konkretnih slučajeva, ustanoviti njegovu sadržinu i njegove okvire.

Međutim, i pored zajedničkog stanovišta za sva mišljenja koja pripadaju ovoj teoriji, treba primetiti i značajne razlike u shvatanjima pojedinih autora. Pre svega, shvatanje koje zastupa Ik razlikuje se od svih ostalih po tome što ovaj autor ne stavlja težište na nemogućnosti ili teškoći definisanja javnog poretka, već na nekorisnosti i bezpredmetnosti ovoga pojma u prisustvu konkretnih zakonskih zabrana.

S druge strane, autori koji se slažu da je nemoguće definisati javni poredak, nisu jedinstveni i u ostalim pitanjima. Tako, neki potpuno prepuštaju dužnost sudu da ovaj odredi sadržinu i okvire javnog poretka i pri tome mu daju najširu slobodu (npr. Paskani), dok drugi autori, bar u začetnoj formi, govore o kri-

---

<sup>9</sup> Morandière: *L'ordre public en droit privé interne*, Études de droit civil a la mémoire de Henri Capitant, Paris, str. 381-401; Pascanu: *La notion d'Ordre Public par rapport aux transformations du Droit Civil*, thèse, Paris, 1937; Demogue: *Traité des obligations en général*, t. II, Paris, 1923, str. 594-753; Josserand: *Cours de Droit Civil positif Français*, Paris, 1938, t. I, str. 86 i sl.; Japiot: *Des nullités en matière d'Actes Juridiques*, thèse, Dijon, 1909; Huc: *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, t. I, Paris, 1892, str. 172-205.

terijumima koje sud treba da uzme u obzir prilikom primene javnog poretka (npr. Demog, Žosran). Neki autori, u izvesnom smislu, prelaze na teren teorije nabiranja zakona koji ulaze u pojam javnog poretka (npr. Žosran, Žapio), dok drugi to ne čine, već javni poredak posmatraju kao sredstvo kojim sud procenjuje ili izmiruje sukob između jedinke i društvene grupe i kojim utiče na ishod borbe za pravo (npr. Morandier, Paskani).

I pored različitih shvatanja u grupi pomenutih autora, ipak se provlači jedno zajedničko nastojanje da, odbijajući da pruže definiciju javnog poretka, otklone nepreciznost ovoga pojma na taj način što će ga prepustiti sudu. Ali, da li se takvom inverzijom "nadležnosti" uklanja nepreciznost pojma javnog poretka? Dosadašnje i teorijsko i praktično iskustvo govori u prilog negativnog odgovora. Šta više, nepreciznost se uvećava i dovodi do još opasnije heterogenosti i proizvoljnosti u primeni ovoga pojma. Takav put vodi sudove u pretorsku praksu koja se u naše vreme, sa gledišta zakonitosti i pravne sigurnosti, ne može uspešno braniti. Zbog toga, izgleda, da je sasvim opravdana potreba za jednom sintetičkom formulom koja bi bila rukovodno načelo u radu sudova i koja bi u dobroj meri otklonila usamljenost suda u pronalaženju sadržine i okvira javnog poretka, a time i sprečila eventualnu proizvoljnost ili samovolju suda u postupku primene pojma javnog poretka na konkretne slučajeve.

Druga grupa autora, za razliku od prethodne, ukazuje na pravac i okvire javnog poretka na taj način što sudu daje samo uopštena uputstva, koja nisu više proste preporuke i široke indikacije, nego bliže smernice, kojima se, u izvesnom smislu, trasira put kojim sud treba da ide u praktičnoj primeni javnog poretka. Ali, ova teorija je daleko od pomisli da treba sudu oduzeti svaku slobodu akcije na putu iznalaženja pojma javnog poretka i svesti ga na pasivnog posmatrača borbe za pravo, koji će, skoro automatski, primenjivati gotovu formulu javnog poretka. U ovoj materiji nije moguće svesti ulogu suda na mehaničko postupanje, što ova teorija naročito ističe. Međutim, s druge strane, ona ističe i moguću opasnost od proizvoljnosti suda u hipotezi velike i skoro neograničene slobode koja mu se daje teorijom o odricanju mogućnosti i potrebe definisanja javnog poretka. Otuda, ova teorija predstavlja, u izvesnom smislu, određenu umerenost i, čini se, najviše sledenu tendenciju.

Među brojnim autorima koji slede ovu teoriju treba posebno pomenuti autore: Planiol-Ripert (Planiol-Riper), Beudant (Bedan), Louis-Lucas (Luj-Lika), Baudry-Lacantineri (Bodri-Lakantineri).<sup>10</sup>

<sup>10</sup> Planiol, Ripert, Boulanger: *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, Paris, 1952, str. 35-42; Beudant: *Cours de Droit Civil Français*, t. I, Paris, 1934, str. 190-200; Louis-Lucas:

Teorije koje pružaju karakteristične oznake javnog poretka predstavljaju vidan napor u sagledavanju sadržine ovoga pojma. Za razliku od teorija koje poriču mogućnost i potrebu definisanja javnog poretka, ova grupa autora se u daleko većoj meri približava njegovom definisanju, mada to ne čini putem pružanja jedne formule koja bi na uopšten i sintetizovan način pokazala njegove atribute. Oni to čine putem konkretnijih uputstava kojima se bliže određuju karakteristične oznake javnog poretka, gde treba naročito istaći teoriju koju zastupaju Planiol i Ripert. Ovi autori pružaju, ne samo neke indikacije, već dosta sigurna sredstva preko kojih se u praktičnoj primeni prava može doći do otkrivanja pojma javnog poretka i zato se za ovo shvatanje može reći da ulazi u red onih shvatanja koja predstavljaju znatan doprinos opštoj teoriji javnog poretka.

To se, sa nešto manje energičnosti, može reći i za ostala shvatanja koja čine teoriju o pružanju karakterističnih oznaka javnog poretka (Luj-Lika, Bedan, Bodri-Lacantineri). Ipak, i pored značajnog doprinosa, ovoj teoriji, kao celini, može se zameriti što nije pokušala da pruži jednu definiciju javnog poretka koja bi sakupila sve one karakteristične oznake na koje ova teorija ukazuje, oznake koje su na ovaj način, ipak, ostale nepovezane armaturom jednog teorijskog pogleda izraženog opštom formulom.

Nadalje, postoje brojna shvatanja, izražena uglavnom u devetnaestom veku, prema kojima se ne istražuje pojam javnog poretka, nego zakoni javnog poretka. Vršiti se jedno nabranje zakona javnog poretka i čini popis tih zakona, bez opšteg i zajedničkog pogleda na ovaj pojam. Doktrina devetnaestog veka, naročito njegove prve polovine, potčinjena je duhu analize zakonskih tekstova u smislu učenja škole egzegeze, koja u ovom vremenu ima brojne pristalice. Na pitanje šta je javni poredak, koji su njegovi okviri i šta on obuhvata sa gledišta intencije zakonodavstva, pristalice ove teorije uglavnom ne daju odgovor u vidu jedne sintetičke formule, već se zadovoljavaju nomenklaturom zakonskih tekstova, koji, prema njihovom mišljenju, treba da uđu u polje javnog poretka. To je, dakle, metod analize i enumeracije zakonskih propisa bez odgovarajućeg uopštavanja i postavljanja teorijskih formula. Ipak, ova osobina se ne odnosi podjednako na sve autore ove teorije i neki od njih su, pored nabranja zakona javnog poretka, pokušali da daju i jedan skupni pogled, ali to ipak ne dominira

---

Volonté et cause. Etude sur le rôle respectif des éléments générateurs du Lien Obligatoire en Droit Privé, thèse, Dijon, 1918; Beudry Lacantinerie: Précis de droit civil, t. I, Paris, 1898, str. 51.



njihovom teorijom. Može se reći da su se autori s početka devetnaestog veka, kao prvi komentatori modernih kodifikacija, uglavnom oslonili na metod egzezeze i nabiranja zakona javnog poretka, dok su se autori iz druge polovine istoga veka, pored nabiranja zakona javnoga poretka, uputili i metodu sinteze i u tom smislu dali prilog opštoj teoriji javnog poretka. Otuda, ovi autori i nisu potpuno u domenu ove teorije, već delimično prelaze u okrilje teorije o sintetičkom formulisanju pojma javnog poretka, ali im je ipak težište na analitičkoj metodi. Za većinu autora koji pripadaju teoriji zakona javnog poretka može se reći da oni vrše izjednačavanje javnog poretka sa javnim pravom, koga, doduše, shvataju u širem smislu, kao pravo kojim se štite opšti interesi, bez obzira na karakter pojedinih zakona.

Među autorima koji pretežno samo nabiranje zakona javnog poretka razlikuju se oni koji vrše konkretna nabiranja od onih koji prema jednom formalnom kriterijumu klasiraju zakonske propise na one koji interesuju javni poredak i one koji su van ovoga pojma. U prvu grupu bi došli Merlin (Merlen), Toullier (Tulie) i Demante (Demant), a u drugu Duranto (Diranto) i Marcadé (Markade). U grupu autora koji pored nabiranja zakona javnog poretka pokušavaju da pruže i neke opšte zaključke spadaju naročito: Demolombe (Damolomb), Laurent (Loran), Larombière (Larombier), Aubry et Rau (Obri i Ro), Houques-Fourcade (Uk-Furkad).<sup>11</sup>

Shvatanja autora devetnaestog veka karakterišu se prisustvom istog metoda: vrši se nabiranje zakona javnog poretka, a ne istraživanje njegovog pojma na planu opštih zaključaka. Ali, ako se jednim skupnim pogledom obuhvate svi autori čiju je pažnju u prošlom veku privukao javni poredak, može se zaključiti da su se oni iz prve polovine prošloga veka, tzv. prvi komentatori francuskog Građanskog zakonika, uglavnom zadržali na jednostavnom nabiranju zakona javnog poretka, bez ozbiljnijeg pokušaja za neka sintetička razmišljanja. Čak

---

<sup>11</sup> Merlin: Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, 5 éd., Bruxelles, 1827, t. 18, str. 442 i sl.; Toullier: Le Droit Civil Français suivant l'ordre du Code, 2 éd., Paris, 1819, t. I, sekc. 7; Demante: Cours Analytique de Code Civil, Paris, 1849, 4 éd., t. I, No 12; Duranton: Cours de Droit Français suivant le Code Civil, Paris, 1884, t. I; Demolombe: Traité de la publication des effets et de l'application des lois en général, t. I, Paris, 1880, str. 14 i sl.; Laurent: Principes de droit Civil Français, t. I, 3 éd., Paris, 1878, str. 82-88; Larombière: Théorie et Pratique des obligations, t. I, Paris, 1885, str. 330 i sl.; Aubry et Rau: Cours de droit civil Français d'après la méthode de Yachariae, 4 éd., t. I, Paris, 1869, str. 116 i sl.; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade: Traité théorique et pratique de Droit Civil, 3 éd., t. I, Paris, 1907, str. 239-247.

i u tom nabranjanju nisu otišli naročito daleko, već su se uglavnom, u svojim radovima, zadržali na reprodukcovanju nekoliko zakona, koji su, prema njihovom mišljenju, ulazili u polje javnog poretka. To su zakoni koji se odnose na organizaciju države, ustavni, administrativni i krivični zakoni, a od zakona privatnog prava uglavnom se ponavljaju zakoni koji se odnose na lični status, sposobnost i nesposobnost lica kao subjekta prava, kao i zakoni iz materije porodičnog prava (Merlen, Tulije, Demant, Duranto, Markade). Radovi ovih autora na polju javnog poretka inspirisani su, dakle, egzegetskim metodom interpretacije pravnih propisa.

Taj zaključak se odnosi i na grupu autora tzv. klasične škole iz druge polovine devetnaestog veka (Demolomb, Loran, Larombier, Furkad, Obri i Ro), ali sa jednom приметnom razlikom u odnosu na prethodne autore.

Naime, izvesni autori klasične škole su, pored metode enumeracije, pokušali da daju i jedan skupni pogled na materiju javnog poretka, ali nisu istrajali na tom putu, već su se osetili sigurnijim na putu nomenklature zakona javnog poretka. U tom pogledu treba posebno pomenuti teoriju Lorana, Larombiera i Furkada.

Međutim, za sve teorije je karakteristično i to što su, u odnosu na prethodne, znatno obogatile katalog zakona javnog poretka, koji je pre njih bio dosta skroman i svodio se uglavnom na nekoliko zakona. U tom smislu je naročito karakteristična teorija Furkada koja veliki broj zakona javnog poretka deli na domen organizacije društva, politike, ekonomije, morala i religije.

Međutim, bez obzira da li je reč o jednoj ili drugoj grupi autora analitičkog metoda, treba istaći njihovo prenatlašavanje "zakonskog elementa". Oni nisu uspeli da u šumi zakona javnog poretka pronađu duh javnog poretka i stvore jednu celovitu teoriju. Ti autori su se uglavnom ograničili na interpretaciju zakona i time iskazali svoju privrženost formuli "ništa bez zakona". Pored toga, treba istaći da autori devetnaestog veka tesno povezuju proučavanje javnog poretka sa principom autonomije volje. Oni o javnom poretku govore samo kao o dodatku slobode ugovaranja. To je u stvari jedna dogma individualističke filozofije koja je sprečavala da se pitanje javnog poretka suštinski posmatra. Nije reč o principu i njegovom izuzetku u smislu nekog aneksa, već o ustanovljenju granica jednog principa koji je vremenom pretrpeo suštinske korekture. Klasična škola je posmatrala te granice kao neophodne samo u meri u kojoj je potrebno osigurati slobodu drugih pojedinaca. Zakoni koji su takve granice predviđali bili su imperativni i izuzetni prema supletornim koji su predstavljali pravilo. Takvu koncepciju autonomije volje, oštro su kritikovali izvesni autori, npr. Guno,<sup>12</sup>

<sup>12</sup> Gounot: *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Dijon, 1912.

koji je izjavio da ona znači jednu netačnu predstavu stvarnosti i da posmatra pojedinca i njegovu volju apstraktno, kao slobodnu volju izolovanu od društvene sredine. On je ukorio tu "robinzonsku" koncepciju prava, naglašavajući da za izolovanog čoveka ne postoji pravo i da "ko kaže pravo, kaže društvena grupa". Kritike upućene autonomiji volje od ovoga autora bile su prihvaćene i dalje produbljene od mnogih autora, a savremeno pravo sa svojim brojnim ograničenjima autonomije volje dokazuje da su ideje o apsolutnoj autonomiji volje ostale u doktrini samo kao neki "ideal" koji nikada nije bio ostvaren.

Izvesni autori na samom kraju prošlog i početka našeg veka stoje na stanovištu da javni poredak treba istraživati otkrivanjem i primenom jednog kriterijuma koji bi bio relativno precizan i koji bi dozvoljavao klasiranje određenih pravila u materiji javnog poretka. Ali, treba odmah reći da i u ovoj grupi autora ne nailazimo uvek na odziv jednog takvog kriterijuma i predložene definicije nisu uvek takve da izražavaju sve zahteve javnog poretka, a, s druge strane, i ovde se nailazi, pored definisanja javnog poretka i na nabranje zakona javnog poretka. U ovoj grupi treba posebno istaći sledeće autore: Vareilles-Sommières (Varej-Somier), Alglave (Alglav), Capitant (Kapitan), Duguit (Digi), Marmion (Marmio).<sup>13</sup>

Shvatanja koja pojam javnog poretka pokušavaju da odrede metodom sintetičkog formulisanja razlikuju se od ostalih upravo po tom metodu. Naime, autori koji su prihvatili ovaj metod, za razliku od ostalih, ne zadovoljavaju se nabranjem zakona javnog poretka ili navođenjem samo nekih karakterističnih oznaka javnog poretka, već pokušavaju da njegov pojam odrede putem pružanja opštih formula odnosno definicija. U tom nastojanju, javni poredak se definiše na različite načine, počev od njegovog značenja u jednom uobičajenom i tekućem smislu, pa sve do filozofskog i pravnog smisla (Varej-Somier). Javni poredak se u pravnom smislu definiše ili kao zajedničko dobro odnosno kao određeni društveni interes ili kao volja zakonodavca prema kojoj svaki zakon može biti proglašen zakonom javnog poretka (Alglav) ili je javni poredak u stvari državni poredak kojim se uređuju institucije i organizacija pravila neophodnih za vršenje i dobro funkcionisanje države (Kapitan), odnosno javni poredak je

---

<sup>13</sup> Vareilles-Sommières: *Les lois d'Ordre Public et la dérogation aux lois*, Revue de Lille, 1899; Alglave: *Action du ministère Public et théorie des Droits d'Ordre Public en matière civile*, 3 éd., Paris, 1874, t. I; Capitant: *Introduction \_ l'étude du droit civil*, 5 éd., Paris, 1927, str. 60 i sl.; Duguit: *Etudes de Droit Public*, t. I, L'Etat, le Droit objectif et la Loi Positive, 1901, str. 551 i sl.; Marmion: *Etude sur les lois d'ordre public en droit civil interne*, Paris, 1924.

skup imperativnih zakona kojima se regulišu vanimovinski odnosi (Marmio) ili je to društveni interes shvaćen u smislu društvene solidarnosti (Digi).

Kao što se vidi, izražena shvatanja, i pored toga što na uopšten način određuju pojam javnog poretka, ipak, nisu takva da se u svemu podudaraju. Primećuju se izvesne zajedničke opservacije u smislu prihvatanja društvenog interesa izraženih imperativnim normama kao dominantne tačke u definiciji javnog poretka. Doduše, treba primetiti izvesna preterivanja u "odlučujućim" tačkama ove definicije. Tako, ne može se reći da zbog toga što se svim zakonima u izvesnom smislu izražavaju opšti interesi, javni poredak čine svi pozitivno-pravni propisi i da između javnog i pravnog poretka nema razlike. To bi bila jedna uprošćena slika ovoga pojma koja ne bi vodila računa o čitavom svetu pravnih normi koji voljom stranaka u konkretnim ugovornim odnosima može biti uređen i na drugačiji način. S druge strane, teorija koja javni poredak određuje voljom zakonodavca, svodi ovaj pojam samo na legislativni element, zanemarujući i druge elemente, a posebno elemente moralne prirode koji nisu neposredno izraženi pravnom normom. Slično važi i za teoriju koja javni poredak svodi na državni poredak, oslanjajući se isključivo na "čvrsto" slovo zakona koje nalazi svoje mesto samo u poretku pozitivnopravnih propisa. Što se tiče shvatanja da se javni poredak isključivo manifestuje preko imperativnih zakona kojima se regulišu vanimovinski odnosi, treba reći, da se ovo danas teško može braniti, s obzirom na činjenicu da je sve više imperativnih normi i u domenu imovinskopravnih odnosa.

Veliki broj ispoljenih shvatanja o pojmu javnog poretka daje osnova zaključku da je reč o jednoj ustanovi društvenog i pravnog poretka koja je složenija od prostog izraza pozitivnopravne norme odnosno zakonskog propisa. Njeno zakonsko određenje je samo jedan od mogućih vidova ispoljavanja tako da se za ovu ustanovu može reći da predstavlja simbiozu elemenata pravnog i društvenog poretka uopšte. Otuda, definicija javnog poretka treba, pre svega, da izrazi tu specifičnost. Potrebno je, dakle, ukazati na činjenicu da je javni poredak satkan od mnoštva osnovnih principa koje prihvata jedna društvena zajednica u svom trajanju i to principa filozofske, etičke, ekonomske, političke i pravne prirode. Međutim, ovi principi ulaze u svet regula javnog poretka posredstvom odgovarajućih društvenih normi i to prinudnih pravnih normi i moralnih imperativa. To je drugi momenat koji bi definicija javnog poretka, takođe, trebalo da ima u vidu.

S obzirom da je reč o društvenim normama koje na opšti način izražavaju opredeljenje i stremljenja jedne društvene zajednice u određenom vremenu, to ustanova javnog poretka ne može biti "okovana u večnosti", apsolutno data,

već je ona promenljiva, kako u vremenu, tako i u prostoru. Uopštena formula ove ustanove treba, zbog toga, da izrazi i njenu, u izvesnom smislu, relativnost odnosno mogućnost njene promene, adaptacije, pa čak i transformacije shodno promenjenim društvenim potrebama i zahtevima. Ovo je, dakle, još jedan element u opštem mozaiku definicije javnog poretka o kome treba voditi računa. Međutim, javni poredak iako nije ustanova koju karakteriše *numerus clausus*, isto tako ona ne sme biti isuviše neodređena i u potpunoj fleksibilnosti predata sudu kao instrument pomoću koga se vrši kvalifikacija ugovora sa gledišta njegove dozvoljenosti odnosno nedozvoljenosti. Tada, preti opasnost da primena ove ustanove ne znači atak na načelo pravne sigurnosti.

To je, možda, *sedes materiae* celog pitanja: kako uskladiti opštost, polivalentnost i fleksibilnost jedne "kaučuk" norme kao što je norma javnog poretka sa preko potrebnom dozom pravne sigurnosti sa kojom svaki pravni poredak mora da računa. Različita shvatanja o pojmu javnog poretka neposredno ili posredno upravo su ovo pitanje imala u vidu, i ono je, u različitim "oscilacijama" mišljenja dobijalo i različite odgovore. U svakom slučaju i ovaj element zaslužuje da bude obuhvaćen definicijom javnog poretka.

Ako se baci jedan skupni pogled na različita shvatanja o pojmu javnog poretka sa stanovišta elemenata definicije javnog poretka koje smo ovde označili kao preko potrebne, može se zapaziti da su ti elementi bili u optici različitih teorija. Međutim, izgleda da su posmatrani izolovano i u izvesnom smislu nepovezano zajedničkim imeniteljem jedne opšte definicije.

Autori koji su porekli mogućnost definisanja javnog poretka nisu se ni trudili da sve ove elemente uzmu u obzir, jer su oni smatrali da to nije ni potrebno, pa ni moguće, jer celo pitanje treba "preseliti" iz domena teorije u domen prakse i ostaviti sudu da on oseti i pronađe granice i sadržinu pojma javnog poretka. Oni autori koji su ukazivali samo na neke karakteristične oznake javnog poretka, već samim tim što su se unapred opredelili za evidentiranje samo nekih karakterističnih oznaka javnog poretka, sami su sebe stavili u položaj da ne vode računa o svim potrebnim elementima javnog poretka koji treba da se steknu u kumulativnom smislu. Oni, pak, koji su se opredelili za sistem kazuistike, nabrajajući zakone javnog poretka, nisu bili u stanju da pruže jednu opštu definiciju javnog poretka koja bi bila ispunjena potrebnim elementima. Najzad, oni autori koji su prihvatili metod sintetičkog formulisanja, uzimali su u obzir neke potrebne elemente i od njih gradili definiciju javnog poretka, ali, pri tome, čini se, da su zanemarili i druge elemente koji su takođe karakteristični za ovaj pojam.

Otuda, izgleda da bi definicija javnog poretka trebalo da bude izgrađena od svih gore pomenutih elemenata u smislu jednog mozaika koji bi različitosti svojih sastavnih delova pružao jedinstvenu celinu ove pravne i društvene pojave.

Uzimajući u obzir sve potrebne elemente za definisanje javnog poretka, elemente koji su se iskristalisali iz dugogodišnje primene ove ustanove u praktičnoj aplikaciji prava, kao i iz veoma bogate teorije koja je u prošlosti pratila ovu ustanovu, može se reći da je javni poredak skup principa na kojima je zasnovano postojanje i trajanje jedne pravno organizovane zajednice, a koji se ispoljavaju preko određenih društvenih normi (pravnih i moralnih) koje stranke u svojim odnosima moraju poštovati. Ovaj opšti pojam javnog poretka primenjen samo na materiju ugovornih odnosa dobio bi sledeći izgled: javni poredak je skup principa na kojima je zasnovano postojanje i trajanje jedne pravno organizovane zajednice, a koji se ispoljavaju preko određenih društvenih normi koje su u domenu predmeta i cilja ugovora tako postavljene da ih ugovorne strane moraju poštovati.

Ustanova javnog poretka, kao što se vidi, po svojim atributima predstavlja specifičnu i veoma složenu pojavu društvenog života. Njeni sastavni delovi, iako u nečemu heterogeni, ipak čine jednu celinu čijom strukturom naročito dominiraju sledeće tačke: skup određenih društvenih i pravnih principa; ispoljavanje ovih principa kroz određene društvene norme; relativna vrednost javnog poretka s obzirom na mesto i vreme; primena javnog poretka ne sme ugroziti načelo pravne sigurnosti.

Sadržina i okvir ustanove javnog poretka, pre svega, zavisi od prirode i karaktera osnovnih principa na kojima je zasnovana jedna zajednica i njena pravna organizacija. Tu su, najpre, principi ekonomskog konstituisanja i ekonomske organizacije jedne društvene zajednice, a zatim principi moralnog poretka, kao i principi koji proizilaze iz određenog političkog i filozofskog opredeljenja. Svi ovi principi kumulativno utiču na izgled javnog poretka, koji, zbog toga, predstavlja žižu u kojoj se ovi principi sjedinjuju kao osnovne determinante pojma. On je u svakom društvu spona, ali ujedno i demarkaciona linija između individue i zajednice. On je spona, jer samim tim što ograničava individualnu volju, on je čini i pravno valjanom u skladu sa opštim interesom i u domenu dozvoljenog ugovaranja omogućava pravni promet između određenih subjekata u datom društvu. Ali, on je i demarkaciona linija, jer razdvaja polje dozvoljenog od polja nedozvoljenog ugovaranja, stavlja granicu individualnoj volji u cilju zaštite opštih interesa. Gde će ta granica biti postavljena i koje će opšte interese

štiti, to upravo zavisi od karaktera pomenutih principa, od stepena istorijske emancipacije jedne društvene zajednice. Granice slobode ugovaranja, koje su satkane od tih izvanpravnih činilaca, bile su u prošlosti, postavljane na veoma različita mesta i na različite načine. Ali, uvek se ispoljavala jedna činjenica: granica slobode ugovaranja sublimira osnovne principe na kojima počiva jedan društveni poredak. Međutim, svi ovi principi ili njihov eho dobijaju u izrazu javnog poretka jedan određeniji i energičniji vid, tako da se oni, posredstvom javnog poretka i sankcijom koju on sobom donosi, ispoljavaju i odražavaju i u svetu pravnih regula. Otuda, javni poredak se ne sastoji samo od pozitivno-pravnih normi koje su snabdevene karakterističnim svojstvima, nego i od drugih pravila ponašanja, pre svega, od moralnih normi odnosno dobrih običaja. I zato se obično kaže da je jedan ugovor ništav ukoliko se protivi javnom poretku ili dobrim običajima. U stvari, dobri običaji ulaze u pojam javnog poretka, oni su samo jedan aspekt javnog poretka,<sup>14</sup> zbog čega je, pleonazam reći "javni poredak i dobri običaji". Ukoliko se to i čini onda je to zbog toga što hoće da se što više istakne pravilo prema kome ugovor ne može proizvoditi pravna dejstva ukoliko je u suprotnosti sa određenim normama moralnog poretka. Ovo dolazi otuda što pravni poredak nije okrutno razdvojen od moralnog poretka.<sup>15</sup>

Ipak, u literaturi su izražena i mišljenja da ove pojmove treba razdvojiti.<sup>16</sup> Dok se pod javnim poretkom podrazumevaju samo pravne norme, dotle se pod dobrim običajima podrazumevaju određene društvene (moralne) norme koje nisu pravno sankcionisane, već su usvojene u opštoj svesti jedne društvene sredine. Sam pojam dobrih običaja u pravnoj literaturi nije iscrpno obrađen. Pristalice

<sup>14</sup> Mazeaud: *Leçons de droit civil*, t. II, Paris, 1962, str. 94.

<sup>15</sup> O odnosu prava i morala postoji bogata literatura; vid. naročito: La règle morale dans les obligations civiles, Paris, 1927; Lévy-Bruhl: *La morale et la science des moeurs*, Paris, 1937; Delos: *Le problème des rapports du droit et de la morale*, *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1933, br. 1-2, str. 84-111; Cardahi: *Droit et morale*, t. I, II, III, Paris, 1950; Darbellay: *La règle juridique. Son fondement moral et social*, Paris, 1945; Salmans: *Droit et morale*, Bruges, 1924; Mestre: *Morale et obligation civile*, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1925, str. 51; Savatier: *Des effets de la sanction du devoir moral*, Poitiers, 1916; Saiget: *Le contrat immoral*, Paris, 1939; Dorat des Monts: *La cause immorale*, Paris, 1956; Aillet: *Morale théorique et science des moeurs* *Archives de Philosophie du droit et de Sociologie*, 1937, br. 3-4, str. 26; Bonnacase: *La notion juridique de bonnes moeurs*, *Etudes de droit civil a la mémoire de Henri Capitant*, Paris, str. 91; Grospiron: *L'exécution des conventions immorales*, Beauvais, 1938; Perić: *O školama u pravu*, Arhiv, 1921, br. 4, str. 241; Živanović: *Osnovni problemi etike*, Beograd, 1935.

<sup>16</sup> Cigoj: *Obligacijsko pravo*, splošni del, Ljubljana, 1962, str. 77.

škole egzegeze<sup>17</sup> pokušali su da nađu definiciju dobrih običaja u samom tekstu zakona. Shodno toj opštoj tendenciji, objašnjenje dobrih običaja bilo je skućeno okvirima neposrednog zakonskog izraza koga teorija uglavnom nije prelazila. Najviše što se u tom smislu učinilo bilo je navođenje nekoliko primera nemoralnih ugovora ili konstatacija da se dobri običaji ne mogu vređati pojedinačnim ugovorima. Za razliku od autora koji su se inspirisali egzegetskim metodom, druga grupa autora u istraživanju pojma dobrih običaja prihvata jednu sociološku tezu.<sup>18</sup> Prema njima, u svakoj epohi ljudskog života postoji jedna doktrina morala koja je usvojena u opštoj svesti. U tom smislu može se uvek reći da postoji jedan javni moral. Ugovori suprotni tom moralu biće, samim tim, suprotni dobrim običajima i kao takvi pogođeni sankcijom ništavosti.<sup>19</sup> Ugovori nisu samo proizvodi slobodne volje, nego i sredstva kojima se postižu ciljevi socijalne utilitarnosti. Oni treba da budu u skladu sa društvenim interesima. Zabranjeni su, dakle, ne samo ugovori kojima se neposredno vređa zakon ili opšti pravni principci, nego i oni kojima se izigrava zakon ili koji su suprotni dobrim običajima. Oni ugovori koji su suprotni dobrim običajima, nazivaju se nemoralnim ugovorima. Oni se ne određuju prema nekom zamišljenom moralnom idealu, već prema faktičkom stanju i opštem mišljenju. To opšte mišljenje ima kreativnu snagu, ono doprinosi stvaranju prava, a takođe utiče i na njegovu modifikaciju.<sup>20</sup>

Čini se, da se pre može prihvatiti jedna sociološka, a ne egzegetska teza, kada je u pitanju određenje moralne norme kao elementa pojma javnog poretka. Moralne norme, karakterišu se specifičnošću svoje sankcije, ali kada se nađu

<sup>17</sup> O ovome vidi: Roger Dorat des Monts: *La cause immorale* (Etude de jurisprudence), Paris, 1956; Duranton: *Cours de droit civil, suivant le code français*, IV éd., t. I, Paris, 1841, str. 8, 24 i sl.; Demolombe: *Traité de la publication des efets et de l'application des lois en général*, t. I, Paris, 1880, str. 14-18; Larombière: *Théorie et pratique des obligations*, t. I, Paris, 1885, 330 i sl.; Huc: *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. I, Paris, 1892, str. 172-205.

<sup>18</sup> Laurent: *Principes de droit civil français*, t. I, 3 éd., Paris, 1878, str. 82-88; Demogue: *Traité des obligations en général*, t. I, Sources des obligations, t. II, Paris, 1923, str. 594 i sl.; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade: *Traité théorique de droit civil*, 3 éd., t. I, Paris, 1907, str. 239; Lucas: *Volonté et cause. Étude sur le Role respectif des Éléments générateurs du Lien obligatoire en Droit privé*, Paris, 1919, str. 156-180; Capitant: *Introduction a l'étude du droit civil, Notions générales*, 5 éd., Paris, 1927, str. 60; Alglave: *Action du Ministère Public et théorie des Droits d'ordre public en matière civile*, 2 éd., t. I, Paris, 1874, str. 491 i sl.; Planiol-Ripert: *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, Paris, 1952, str. 35-42.

<sup>19</sup> Laurent: *ibidem*.

<sup>20</sup> Demogue: *ibidem*.



u polju javnog poretka, onda one dobijaju snagu pravne norme u tom smislu što je ugovor ništav ukoliko se protivi tim normama. Pojam ovih normi je dao Bogišićev zakonik koji na jedan slikovit način određuje da se pod pravilima poštenja podrazumevaju ona pravila na pokoravanje kojima vlast u opšte ne može svagda upravo da prinudi, ali za to narodna svijest svagda osuđuje one koji ta pravila prestupaju.<sup>21</sup> Za naše pitanje je od značaja primetiti da one norme koje sankcioniše “narodna svijest” transformišu svoju sankciju ukoliko se nađu u okviru ustanove javnog poretka.

Polazeći od rečenog, izgleda da rešenje leži u jednoj sredini. Isključivi zahtevi formalnopravne primene prava mogu povrediti osećanje pravičnosti, dok isključivi zahtevi pravičnosti vređaju načelo pravne sigurnosti koje je neophodno u svakoj pravno organizovanoj zajednici. Ako se već opredeljujemo za jednu sredinu, potrebno je ustanoviti neke čvršće kriterijume pomoću kojih bi se izvesne izvanpravne pre svega, moralne norme uvele u polje javnog poretka. To se može, izgleda, postići na taj način što se sud u konkretnom slučaju ne bi samo pozivao na izvesne principe pravnog i moralnog poretka uopšte, dakle, na jedan generalan i u izvesnom smislu apstraktan način, nego bi trebalo da te principe aplicira kroz konkretna pravna sredstva i institute. Sud mora sasvim tačno i precizno da ustanovi da li su se u primeni nekog moralnog načela ispunili svi potrebni uslovi konkretnog pravnog sredstva kojim se to načelo zaštićuje. Čini se, da se samo tako može postići zahtev neophodnog dualiteta koga čine formalnopravna izvesnost i osećanje pravičnosti.

Za javni poredak karakteristične su imperativne norme, što znači takva pravila društvenog ponašanja koja se u određenim pravnim situacijama moraju poštovati. Stranke, stupajući u ugovorne odnose, i pored načela dispozicije, moraju svoje odnose urediti tako da ne vređaju okvire javnog poretka koji su imperativnim putem određeni. Otuda i opšte pravilo ugovornog prava po kome su ugovornici slobodni da u granicama prinudnih propisa odnosno javnog poretka i moralnih imperativa svoje odnose urede po svojoj volji. Propisi imperativnog karaktera izražavaju opšte interese i zbog toga su oni jedan “viši” zakon u tom smislu što ga stranke, pod pretnjom sankcije, moraju poštovati. Ova činjenica je, isticana od mnogih autora koji su se bavili istraživanjem javnog poretka, mada nije od svih viđena na isti način.

Kao sledeći atribut pojma javnog poretka treba istaći njegovu relativnu vrednost s obzirom na vreme i mesto u kome se primenjuje. Relativnu vrednost ove ustanove treba shvatiti tako da ona u jednom društvu nije jedanput za svagda

<sup>21</sup> Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru iz 1888. (čl. 785).

data, ona nije postavljena kao dogma, već je podložna promenama i evoluciji, kako u pogledu same sadržine, tako i u pogledu domašaja njenih okvira.

To proizilazi već iz samog fakta što javni poredak determinišu osnovni principi na kojima se zasniva jedan društveni poredak, pa u zavisnosti od njihove promene, s obzirom na vreme i mesto primene, i javni poredak menja svoj lik. Otuda, okviri javnog poretka se menjaju i to ne samo u zavisnosti od različitih društvenih sistema, nego i u istom društvu, ponekad i u kraćem vremenskom razmaku, pojam javnog poretka dobija drugu sadržinu i drugi obim.

Različita shvatanja o pojmu javnog poretka, isticala su neuhvatljivost ovoga pojma, nesigurnost u njegovoj primeni, nekorisnost ili nemogućnost definisanja, tako da je ta "kaučuk" norma koja se može svakojako savijati, dovodila ili do potpune teorijskopravne abdikacije ili do izvesnih definicija koje nisu bile u stanju da "obuzdaju" javni poredak u njegovom "atakovanju" na načelo pravne sigurnosti. Jer, ako se kaže da sud prilikom konkretne procene važnosti jednog ugovora sa stanovišta javnog poretka, nije ničim drugim vezan, već samo sopstvenim osećanjem nekih opštih načela, bez konkretnije aplikacije, osećanjem koje se može pretvoriti u neograničenu slobodu i moć čiji ishod može značiti i akt koji je *contra legem*, onda je to krupan atak na načelo pravne sigurnosti, koji u krajnjoj konsekvenci dovodi u pitanje i sam opstanak pravnog poretka.

Ustanova javnog poretka, bez sumnje, ne može imati takvu funkciju, ona ne može izolovano delovati, van drugih društvenih instituta i zahteva, a upravo je zahtev svakog društvenog i pravnog poretka izvesna sigurnost pravnih institucija, sigurnost koja nije sama sebi cilj, već koja služi ostvarenju cilja prava. Prema tome, evolucije i promene pravnih institucija su, s jedne strane, nužne jer one treba da prate društvene odnose i zahteve, ali, s druge strane, zajednica pravnih ustanova mora biti prožeta načelom pravne sigurnosti koja će stalno pratiti pravo u pokretu, u njegovom kretanju na putu stalnog nastavljanja i usavršavanja. Jer, ako bi pravo bilo lišeno potrebne doze sigurnosti, ako bi jedno pravo čas bilo pravo, a čas antipravo, ako ne bi bilo objektivnih kriterijuma u njegovoj primeni, onda takvo pravo dovodi do opšte krize pravnog sistema.

Drugim rečima, načelo pravne sigurnosti je neminovni atribut svakog pravnog poretka, čije postojanje ne sme biti ugroženo, kao što to isto načelo ne sme imati toliku moć da pravne institucije "okameni u večnosti", jer bi i tada, kao i u prvoj hipotezi, pravo izdalo sebe i svoju "vokaciju" koju ima u društvu.

Stoga, treba reći, da primena javnog poretka mora zadovoljiti oba zahteva: s jedne strane, da ne dopusti pravne efekte onih akata koji se protive određenim društvenim normama kojima se štiti opšti interes i koje su obuhvaćene pojmom

javnog poretka, ali, s druge strane, javni poredak ne sme biti instrument u rukama suda koji bi ga odveo u pretorsku praksu ili u neku vrstu proizvoljnosti koja bi u stvari značila atak na pravnu sigurnost.

Ovo osnovno pitanje u materiji javnog poretka, čini se, da može biti rešeno na taj način što će se osnovni principi koji ulaze u pojam javnog poretka, u praktičnoj aplikaciji prava, primenjivati kroz konkretnije i određenije ustanove i pravna pravila. Potrebno je, dakle, visoke principe na kojima je zasnovano jedno društvo i njegov pravni poredak, izraziti i sprovesti kroz konkretna pravna sredstva. Ako tako ne bi bilo, onda bi se delatnost suda zasnivala na nekoliko opštih principa u kojima bi se celo pravo iscrplo. Još su Digesta postavila najopštiji pravni princip "*Honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*", ali taj princip u praktičnoj primeni prava mora dobiti sasvim konkretne okvire i konkretnu sadržinu kroz pojedina pravna pravila, ako se hoće da sačuva princip pravne sigurnosti.

Otuda, pozivanje suda samo na izvesne uopštene i dosta apstraktne pojmove i principe, može dovesti do "proizvoljnih" rešenja i do pretorske prakse, pa čak, i pod pretpostavkom da je takav akt bio inspirisan najboljim motivima. Izvesna širina i difuznost takvog pozivanja treba da bude "propuštena" kroz lupu konkretnijih pravnih ustanova i njihovih uslova.

To nikako ne znači da se sud ima odreći ovih opštih principa koji ulaze u pojam javnog poretka. Naprotiv, oni uvek treba da predsedavaju delatnošću suda, ali u praktičnoj primeni javnog poretka, upravo zbog načela sigurnosti pravnog prometa, njih treba konsekventno sprovesti kroz konkretne ustanove i pravna sredstva. Tako npr. princip ekvivalentne razmene materijalnih dobara kod dvostrano obaveznih ugovora je princip javnog poretka; stranke ga moraju poštovati, a sud prilikom rešavanja konkretnog slučaja mora o njemu voditi računa. Ali, sud ne bi mogao da poništi jedan ugovor s pozivom da ovaj princip u konkretnom slučaju nije poštovan, ukoliko ne bi ustanovio da su ispunjeni uslovi koji se zahtevaju za neko konkretno pravno sredstvo (npr. prekomerno oštećenje, zelenaški ugovor, raskid ili revizija ugovora zbog promenjenih okolnosti, postojanje fizičkih ili pravnih mana) kojim se štiti princip ekvivalencije. Da li je princip ekvivalencije narušen u tolikoj meri da ugovor treba poništiti - odgovor daju različiti pravni instituti koji i postoje upravo radi toga da zaštite ovaj princip i sudija, ako se hoće da sačuva načelo pravne sigurnosti, ima njih da se drži. Zadatak je sudije, dakle, da rukovodeći se principom ekvivalencije u konkretnom dvostrano obaveznom ugovoru ustanovi uslove koji se traže za pojedine ustanove, pa ukoliko su se oni stekli, da mu ta konkretna ustanova

posluži kao osnov presuđenja. Čini se, da sud ne bi mogao reći da je jedan ugovor protivan moralu, poštenju, dobrim običajima, i sl. i da kao takav ne proizvodi pravna dejstva, a da to ne obrazloži konkretnim pozivom na odgovarajuće pravne i moralne ustanove.

Iz svega ovoga može se izvesti zaključak da javni poredak, usled njegove opštosti i fleksibilnosti, a zbog očuvanja načela pravne sigurnosti, treba prihvatiti i primeniti kroz određenije ustanove i pravne instrumente.

Tako, da bi primena javnog poretka odgovorila zahtevu opšteg interesa u ime koga se ništi jedan ugovor, ali istovremeno i zahtevu pravne sigurnosti, čini se, da bi primena javnog poretka u materiji ugovora uglavnom trebalo da se odvija kroz pravila koja se odnose na zabranjenost predmeta i cilja (kauze) ugovora.

Na taj način bi se osnovni principi koji ulaze u pojam javnog poretka posmatrali kroz prizmu konkretnijih pravnih sredstava i tako u najvećoj meri zadovoljili zahtevi koji proizilaze iz primene ove ustanove. Tako, teorija o zabranjenoj kauzi ispunjava funkciju, ne samo individualne, već i društvene zaštite, jer se pomoću nje štite opšti interesi koji se javljaju povodom određenih moralnih i materijalnih vrednosti koje su ugrađene u jedan društveni sistem. Ova teorija, za razliku od teorije predmeta ugovora, vodi računa o motivima stranaka. Zabranjeni i nemoralni motivi čine sastavni deo kauze kod dobroćinih ugovora, dok kod teretnih ugovora oni se u načelu ne uzimaju u obzir.

Međutim, i ovde mogu ući u “ugovorno polje” i dovesti do ništavosti ukoliko je zabranjen ili nemoralan motiv bio u svesti stranaka tako da ih je zajedno odveo istom cilju. To znači ako je ugovornik znao ili je morao znati za nedozvoljen motiv svoga saugovornika, onda je takav ugovor nedozvoljen. To omogućava sudu da “zaviri u savest” ugovornika i da jednim veoma elastičnim stavom procenjuje dozvoljenost i moralnost ugovora. On nije ograničen samo na predmet ugovora, već ispituje i njegov cilj, pa i motive stranaka prema utvrđenim pravilima za pojedine vrste ugovora.

Na taj način se u dobroj meri izbegava eventualna proizvoljnost suda u pogledu ocene i konkretne upotrebe osnovnih društvenih i moralnih principa, jer oni “propušteni” kroz teoriju predmeta i kauze ugovora dobijaju konkretniji pravni izgled, a samim tim, i načelo pravne sigurnosti dobija sigurniju podlogu.

Komparativni pregled zakonskih rešenja, kao i stanje pravne nauke u ovoj oblasti, daje nam za pravo da zaključimo da je izraz “javni poredak” nastao u Francuskoj,<sup>22</sup> danas opšteprihvaćen, i pored različitih teorijskih interpretacija.

---

<sup>22</sup> Izraz “javni poredak” (*ordre public*), kao granica slobode ugovaranja, prvi put se sreće u francuskom Građanskom zakoniku. To je poznati čl. 6. ovoga zakonika, prema kome

Međutim, iako je javni poredak svake zemlje specifičan i karakterističan za tu zemlju, s obzirom da on izražava načela na kojima je zasnovana njena sveukupna konstitucija (filozofska, moralna, ekonomska, politička, pravna), ipak, javni poredak svake zemlje prosvjećene civilizacije, danas ne može biti "ostrvo" za sebe, već se on proširuje, pa u izvesnoj meri i unifikuje, savremenim međunarodnim standardima izraženim kroz kodifikovano pravo OUN.

To pravo je ustanovljeno raznim deklaracijama, konvencijama i međunarodnim standardima, kojima su obuhvaćena ljudska prava kao prirodna prava svojstvena svakom čoveku i svim narodima. Time se čini korak ka prevazilaženju pozitivnog prava kao nacionalnog prava, heteronomnog, klasnog, posteriornog, promenljivog i nestalnog i ulasku u široko polje prirodnog prava koje je univerzalno, nadržacionalno, autonomno i pravedno *per se*.<sup>23</sup> Reč je o brojnim

---

se pojedinim ugovorima ne mogu vredati zakoni koji interesuje javni poredak i dobre običaje.

<sup>23</sup> Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, Amsterdam 1734; Jouffroy, *Cours de droit naturel*, Paris 1866; Burlamaqui, *Principes du droit de la nature et des gens*, Paris 1821; Joach Georgi Darjes, *Observations iuris naturalis, socialis et gentium*, vol. 1-2, Jena 1751; Ahrens i Brockhano, *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit*, Leipzig 1868; Selden, *De jure naturali et gentium*, Argentorati 1665; Gottl. Heinecci, *Elementa iuris naturae et gentium*, Halae 1768; Antonio-Maria Bensa, *Iuris naturalis universisumma*, 1885; Christiano Wolfio, *Ius naturae*, Francofurti 1741; Christ. Suliotis, *Le droit naturel ou philosophie du droit*, Paris 1888; Vareilles-Sommières, *Les principes fondamentaux du droit*, Paris 1898; Richard Cumberland, *Traité philosophique des lois naturelles*, Amsterdam 1744; Joël-Benoit, *Droit de Dieu et droits de l'homme*, Paris 1988; Albert Valensin, *Traité de droit naturel*, t. 1-2, Paris 1922; Michel Villey, *Philosophie du droit*, Paris 1984; A. Piot, *Droit naturel et réalisme*, Paris 1930; Georges Gurwitch, *Droit naturel ou droit positif intuitif*, *Archives de Philosophie du droit et de Sociologie Juridique*, 1933, n. 3-4; isti autor: *L'idée du droit social*, Paris 1932; Georges Del Vecchio, *Justice-Droit-Etat*, Paris 1938; Alfred Manišk, *Die idee des naturrechts*, 1926; François Emanuel, *L'idée du droit*, Paris 1937; Louis Le Fur, *Les grands problèmes du droit*, Paris 1937; Jacques Maritain, *Les droits de l'homme et la loi naturelle*, Paris 1947; John Locke, *Essai sur le pouvoir civil*, Paris 1953; Sylvio Trentin, *La crise du droit et de l'état*, Paris-Bruxelles 1935; Félix Senn, *De la justice et du droit*, Paris 1927; Giulio Bruni Rocchia, *La dottrina del diritto naturale*, Milano 1950; Thomas d'Aquin, *Des lois*, Paris 1946; Henri Rommen, *Le droit naturel*, Paris 1945; Henri de Page, *Droit naturel et Positivisme juridique*, Bruxelles 1939; isti autor: *L'idée de droit naturel*, Bruxelles 1936; Emmanuel Lavy, *Introduction au droit naturel*, Paris 1922; Maurice Hauriou, *Aux sources du droit*, Paris 1933; Erich Jung, *Das problem des natürlichen Rechts*, Leipzig 1912; Gorazd Kušelj, *Razmerje med pozitivnim in prirodnim pravom*, *Revija Leonove družbe*, Ljubljana 1931; Mircea Djuvara, *Droit rationnel et droit positif*, *Recueil Gény*,

dokumentima Međunarodne zajednice među kojima posebno treba istaći opštu Deklaraciju o pravima čoveka iz 1948. godine, koja po broju i sadržini prava čoveka predstavlja do sada najveću kodifikaciju prirodnog prava u istoriji pravne kulture. Ona je pored klasičnih, političkih i građanskih prava, obuhvatila još i čitav niz ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava, čime je zaokružen dignitet čoveka kao društvenog bića. Deklaracija je u svom višedecenijskom trajanju postala pravi izvor brojnih dokumenata, univerzalnih i regionalnih: Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (1966), Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (1966), Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i sloboda (1950) sa četrnaest protokola, Američka konvencija o ljudskim pravima (1969), Afrička povelja o pravima čoveka i naroda (1981), Povelja osnovnih prava Evropske unije (2000) koja predstavlja sastavni deo predloga Ustava Evropske unije. Proces zaštite ljudskih prava na evropskom kontinentu išao je i preko završnih dokumenata, brojnih konvencija o evropskoj saradnji u materiji ljudskih prava (završni akti iz Helsinkija, Madrida, Beča, Pariza, Moskve).

S obzirom na implementaciju ljudskih prava (predviđenih u pomenutim dokumentima Međunarodne zajednice) u nacionalna zakonodavstva, pojam javnog poretka doživljava, ne samo kvalitativno i kvantitativno proširenje, već u dobroj meri i unifikaciju onih prava koja ulaze u zaštićeni krug imunitetskih prava odnosno savremene međunarodne standarde.

## Summary

**Slobodan Perović\***

### THE FREEDOM OF REGULATING OBLIGATORY RELATIONS AND THE PUBLIC ORDER

*The article analyses the principle of the freedom of regulating obligatory relations of partners in transport, as well as the limitations of this freedom by the institute of public*

---

I, str. 245-276; Keller K., *Droit naturel et droit positif en droit international public*, Paris 1931; Đorđo Del Vekio, *Pravo, pravda i država, rasprave iz filozofije prava*, preveli sa italijanskog Miodrag Ristić i Đorđe Tasić, Beograd 1940, str. 73 i sl.

\* Slobodan Perović, Ph. D., Faculty of Law, University of Beograd, Bulevar kralja Aleksandra 67, Beograd

*order, coercive provisions and social morality. The concept of public order has inspired many authors, especially in the French-speaking countries. Almost every general publication on civil law pays some attention to this concept, and a number of monographs focus on public order as their main subject. In spite of its rich doctrine, the concept has remained notorious for its lack of precision, its vagueness and ambiguity. The author has classified the ample literature on the subject into four categories: the denial of the possibility and the need to define public order; outlining some characteristic features of public order without attempting to find strict definitions; the method of analytical listing of laws on public order; and the method of synthetic formulation attempting to define the concept of public order. After providing an insight into the scientific debate from the view-point of the above classification, the author tries to define public order by stating that public order is a group of principles underlying the existence and duration of a legally organized community, which are expressed through certain social norms (legal and moral) which should be respected by participants in their mutual relationships. The author specifies the purpose of public order defined in this way and applied in the domain of the subject and cause of the agreement. According to the author, the institute of public order is a specific and extremely complex phenomenon of social life. Although its components are heterogeneous in some respects, they nevertheless constitute a unity whose structure is primarily dominated by the following social and legal principles: a group of social and legal principles; the manifestation of these principles through coercive legal norms and moral imperatives; the relative value of public order with respect to place and time; the application of public order should not endanger the principle of legal security.*

*Key words: obligatory relations, freedom of regulation, coercive provisions, social morality, public order*

### Zusammenfassung

Slobodan Perović\*\*

## DIE FREIHEIT DER GESTALTUNG SCHULDRECHTLICHER VERHÄLTNISSE UND DIE ÖFFENTLICHE ORDNUNG

*In dieser Arbeit werden der Grundsatz der freien Gestaltung schuldrechtlicher Verhältnisse der Beteiligten im Rechtsverkehr sowie die Einschränkungen dieser Freiheit*

---

\* Dr. Slobodan Perović, Professor an der Juristischen Fakultät in Beograd, Bulevar kralja Aleksandra 67, Beograd

durch das Institut der öffentlichen Ordnung, zwingende Vorschriften und die gesellschaftliche Moral analysiert. Der Begriff der öffentlichen Ordnung war für viele Autoren in der Rechtslehre inspirierend, insbesondere im frankophonen Gebiet. Es gibt kaum ein allgemeines Werk zum Bürgerlichen Recht, in dem diesem Begriff keine Aufmerksamkeit gewidmet wäre, und auch zahlreiche monographische Studien behandeln als ihren Gegenstand gerade die Frage der öffentlichen Ordnung. Doch auch neben einer umfangreichen Doktrin hat dieser Begriff bis heute seine Aura mangelnder Präzision, Unklarheit und Ungreifbarkeit bewahrt. Diese umfangreiche Literatur klassifiziert der Autor in vier Richtungen: Ablehnung der Möglichkeit und Notwendigkeit, die öffentliche Ordnung zu definieren; Darlegung einiger charakteristischer Merkmale des Begriffs der öffentlichen Ordnung, jedoch ohne den Versuch einer verbindlicheren Definition; die Methode der analytischen Auflistung der Gesetze der öffentlichen Ordnung; die Methode der synthetischen Formulierung als Versuch der Definition des Begriffs der öffentlichen Ordnung. Nach einem Blick auf die wissenschaftliche Debatte vom Standpunkt der genannten Klassifizierung aus unternimmt der Autor den Versuch, die öffentliche Ordnung als Summe der Prinzipien zu definieren, auf denen der Bestand und die Dauer eines rechtlich organisierten Gemeinwesens begründet sind und die sich über bestimmte gesellschaftliche (rechtliche und moralische) Normen äußern, die die Beteiligten in ihren Beziehungen beachten müssen. Die Anwendung des auf diese Weise definierten Begriffs der öffentlichen Ordnung präzisiert der Autor in der Domäne des Gegenstandes und der causa des Vertrags. Das Institut der öffentlichen Ordnung stellt dem Autor zufolge eine spezifische und sehr komplexe Erscheinung des gesellschaftlichen Lebens dar. Seine Bestandteile bilden trotz ihrer Heterogenität in einzelnen Bereichen eine Gesamtheit, in deren Struktur folgende Eigenschaften besonders dominieren: die Summe bestimmter gesellschaftlicher und rechtlicher Prinzipien, der Ausdruck dieser Prinzipien durch bestimmte zwingende Rechtsnormen und moralische Imperative, der relative Wert der öffentlichen Ordnung hinsichtlich Ort und Zeit, die Anwendung der öffentlichen Ordnung darf das Prinzip der Rechtssicherheit nicht gefährden.

*Schlüsselwörter:* schuldrechtliche Verhältnisse, Gestaltungsfreiheit, zwingende Vorschriften, gesellschaftliche Moral, öffentliche Ordnung