

Драган Павић
асистент, Правни факултет, Универзитет у Београду

Јавни поредак заштите

Резиме

Током друге половине XX века индустријски јавно поредак се значајно изменио. Његова садржина проширила се на економску сферу. Уместо да само забрањује, као класични јавни поредак (политички и морални), нови јавни поредак назван привредни (економски) смањрао се позваним да управља привредним животом (привредни јавни поредак усмеравања) или да штишти слабију страну у уговору (привредни јавни поредак заштите)

Правила која се односе на привредни јавни поредак заштите имају две специфичне карактеристике, различите у односу на друге врсте јавног поредака, свој циљ (заштита појединачног интереса) и своју санкцију (рушењивост уговора).

Кључне речи: Јавни поредак – Привредни јавни поредак заштите – Рушењивост (релативна нишавост)

I

Закон о облигационим односима¹⁾ је на самом почетку, у глави I првог дела, која носи назив основна начела, као једно од основних начела предвидео начело слободе уговарања.²⁾ Међутим, ова слобода није неограничена, стране у облигационим односима су слободне да своје односе уреде по својој вољи, али у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја.³⁾

1. Сл. лист СФРЈ бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 и Сл. лист СРЈ бр. 31/93, (у даљем тексту ЗОО).

У нормативном делу Закона, ова начелна норма је допуњена и прецизирана. Сваки уговор да би пуноважно настао мора имати, поред осталог, допуштен предмет и основ. А предмет и основ уговорне обавезе су недопуштени ако су противни принудним прописима, јавном поретку и добрим обичајима.⁴⁾ Иста тријада појмова употребљена је и да би се дефинисао недопуштен услов,⁵⁾ а затим и у материји неважећих уговора. Наиме, уговор противан принудним прописима, јавном поретку и добрим обичајима начелно је ништав, а последица извршења једног ништавог уговора не мора бити реституција, ако је ништав из ових разлога.⁶⁾

Јавни поредак је, дакле, правни институт чија је основна сврха да на општи начин ограничи слободу уговарања. Као такав, настао је у француском праву,⁷⁾ да би затим био прихваћен од других земаља чије се приватно право развијало под утицајем Француског грађанског законика, али не само од њих, као и у неким међународним правним изворима.⁸⁾

Међутим, пре даљих излагања везаних за јавни поредак, односно јавни поредак заштите, чини се да је потребно дати још две претходне напомене. Прво, јавни поредак, као појам, не треба мешати са правним поретком,⁹⁾ чији је он саставни део, нити са јавним правом, мада су по правилу норме јавног права саставни део јавног поретка.¹⁰⁾

2. У првобитном тексту закона овај члан је носио назив "Слобода уређивања облигационих односа", али је приликом измена 1993. г. он промењен у "Аутономија воље". Циљ измена је био "напуштање превазиђених друштвено-економских концепција" (из Образложења предлога Закона о изменама и допунама ЗОО из 93), што је праћено и ослобађањем текста закона од идеолошки наметнуте и облигационом праву неодговарајуће терминологије. Иако су посматрано у целини измене биле успешне, чини се да је чл. 10. могао добити другачији назив, који боље одражава његову садржину. Наиме, начело аутономије воље у уговорном праву има шири домаћај. Почевши од чувене тезе Гуноа (E. Gounot: *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Contribution à l'étude critique de l'individualisme, Dijon, 1912) од већине аутора је прихваћено да су из концепта аутономије воље изведена три велика начела, чија је намена да уређују уговорно право: слобода уговарања, обавезна снага уговора и његово релативно дејство (в. детаљније J. Ghestin: *La formation du contrat*, Principes et caractères essentiels-Ordre public-Consentement, objet, cause, Traité de droit civil, 3^e édition, LGDJ, Paris, 1993, N° 46 и след, стр. 35 и след.). У том смислу би било боље решење да је члан добио назив "Слобода уговарања", који се налазио и у одговарајућем чл. 1. Скице проф. Константиновића, а прихваћен је и од редактора Принципа међународних трговинских уговора (чл. 1.1.), које је објавио Међународни институт за унификацију приватног права (UNIDROIT) и Принципа европског уговорног права Ландове комисије (чл. 1:102).
3. Чл. 10. ЗОО.
4. Чл. 49. и ст. 2. чл. 51. ЗОО.
5. Ст. 1. чл. 75 ЗОО. (Услов и рок су у недостатку општег дела грађанског законика код нас регулисани у ЗОО.)
6. Ст. 1. чл. 103. и ст. 2. чл. 104. ЗОО.
7. Настанак појма везује се најчешће за име једног париског адвоката и професора права из XVIII века (Claude-Joseph de Ferrière, † око 1748), док се сам термин појавио нешто касније. Употребљен је у чл. 10. Декларације о правима човека и грађанина из 1789. г, а затим и у чл. 6. Француског грађанског законика из 1804. г.

Друга напомена тиче се чињенице да се термин јавни поредак употребљава у разним гранама права, при чему постоје одређене разлике у томе шта се под тим термином подразумева. Разлике постоје пре свега између јавног и приватног права,¹¹⁾ али и у приватном праву између материјалног, процесног¹²⁾ и колизионог права.¹³⁾ Даља излагања биће посвећена искључиво јавном поретку у уговорном праву, ослоњена пре свега на француску правну теорију и праксу.¹⁴⁾

II

Као што је речено, јавни поредак представља најопштије средство ограничења слободе уговарања. На жалост, чини се да је то једино око чега постоји општа

8. Нпр. Швајцарски закон о облигацијама (ст. 2. чл. 19.), Италијански грађански законик (чл. 1343.), Грађански законик Квебека (чл. 9.), али и Српски грађански законик и поред тога што је настао под одлучујућим утицајем Аустријског општег грађанског законика (§13.). Посебно су интересантне са гледишта нашег права одредбе у једном од предлога за унификацију европског уговорног права - Европског законика о уговорима (*Code européen des contrats – Livre Premier*, coordinateur Giuseppe Gandolfi, Milano, 2004.). У њему не само да се користе исти термини као и у ЗОО (принудни прописи – *les règles impératives*, добри обичаји - *les bonnes moeurs*, јавни поредак – *ordre public*), већ се на исти начин употребљавају на истим местима: као опште ограничење слободе уговарања (ст. 1. чл. 2.), приликом одређивања када је допуштена садржина уговора (ст. 1. чл. 30), код недопуштеног услова (ст. 1. чл. 53.), ништавости уговора (ст. 1. а) чл. 140.) и реституције као последице неважности (ст. 9. чл. 160.).
Правни системи које обично називамо германским не познају појам јавног поретка у овом смислу. Опште ограничење слободе уговарања изражава се кроз институте законске забране и несагласности са добрим обичајима. В. детаљније Д. Стојановић: *Слобода уговарања и јавни поредак*, Архив бр. 3/68, стр. 391. и след. У аглосаксонским изворима права такође се не користи термин јавни поредак /публик полици/, али је у теорији и судској пракси створена доктрина "public policy", која се понекад употребљава да би објаснила ограничења слободе уговарања. В. нпр. J. Beatson: *Anson's Law of Contract*, 28th edition, Oxford, 2002, стр. 349.
9. Р. Лукић, Б. Кошутић, Д. Митровић: *Увод у право*, Београд, 1999, стр. 423 и след.
10. **J. Carbonier: Droit civil**, t. II, Les biens, Les obligations, PUF, Paris, 2004, N° 984, стр. 2037.
11. У јавном праву (уставном, управном итд.) јавни поредак се повезује са грађанским слободама у политичком смислу. Он је неопходан за њихово остваривање, али истовремено их ограничава, када то захтевају општи интереси (национална сигурност, територијални интегритет, јавна безбедност, ред и мир, заштита здравља итд.) В. детаљније Conseil constitutionnel: *Libertés et ordre public*, Erevan, 2003, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/dossier/quarante/notes/lib-pub.htm>.
12. У грађанском процесном праву јавни поредак, као и у материјалном праву, представља ограничење аутономије воље странака, кроз ограничење начела диспозиције и расправног начела. У ст. 3. чл. 3. Закона о парничном поступку (у даљем тексту ЗПП, Сл. гласник РС бр. 125/04) прописано је да суд неће дозволити располагања странака која су у супротности са принудним прописима, јавним поретком и правилима морала, а исто ограничење аутономије воље странака у поступку важи и у погледу утврђивања чињеница (ст. 3. чл. 7.) и њиховог доказивања (ст. 1. чл. 222.). В. детаљније Б. Познић, В. Ракић-Водинелић: *Грађанско процесно право*, Београд, 1999, N° 238 и след, стр. 131. и след; А. Јакшић: *Грађанско процесно право*, Београд, 2006, стр. 108. и след, као и тамо наведену литературу.

сагласност.¹⁵⁾ Даља излагања обично почињу реченицом да је мало правних појмова који су тако тешки за дефинисање, да он не дозвољава да буде затворен у једну прецизну дефиницију, да је у питању неухватљив појам и сл. Један од аутора који је покушао да дефинише јавни поредак набројао је 22 дефиниције, којима није био задовољан.¹⁶⁾ Додао је своју, али је и она била предмет критике.¹⁷⁾ Међутим, иако јавни поредак измиче прецизном дефинисању, ипак је могуће упознати га кроз неколико његових карактеристичних црта.

Прво питање које се намеће у вези са јавним поретком је где се налазе норме које представљају јавни поредак једне државе. Њихов основни извор су принудни прописи,¹⁸⁾ пре свега закони, али и подзаконски акти, а по неким схватањима и обичаји и колективни уговори у радном праву.¹⁹⁾ Спорно је само да ли се може ставити знак једнакости између императивних норми и норми јавног поретка. Наиме, према неким, мањинским схватањима у оквиру јавног поретка улазе само оне норме чије непоштовање води апсолутној ништавости.²⁰⁾

У савременом праву је такође опште прихваћено да осим овог, који се обично назива писани, текстуални јавни поредак, постоји и виртуелни.²¹⁾ Наиме, законодавац није увек изричит, због чега се често може поставити питање да ли нека норма има императивни или само допунскодиспозитивни, суплетивни карактер. На судовима тада лежи дужност да полазећи од општих принципа, прихваћеног система вредности, утврде да ли је могуће уговорати противно одређеном пропису.

Добре обичаје, иако се у ЗОО наводе посебно, поред јавног поретка,²²⁾ треба сматрати само посебним моралним²³⁾ аспектом јавног поретка.²⁴⁾ У питању су основна правила друштвеног морала која суд најчешће разматра кроз питања допуштености каузе. Под ударом су пре свега уговори којима се вређа полни морал,

13. У међународном приватном праву под јавним поретком се подразумева скуп принципа који се у одређеном правном поретку сматрају фундаменталним и који због тога могу спречити дејства не само воље појединца, већ и страних прописа или других аката ако су им супротни. Посебно у материји сукоба закона ови принципи могу довести до непримене страног права, које би иначе требало применити, према нормама колизионог права. У том смислу се понекад говори о међународном јавном поретку ради разликовања од тзв. унутрашњег. В. детаљније Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић: *Међународно приватно право*, Нови Сад, 2005, стр. 130. и след, као и тамо наведену литературу. У правним системима држава ЕУ ствар се компликује тиме што осим тзв. међународног јавног поретка и унутрашњег јавног поретка постоји и јавни поредак на нивоу ЕУ. В. детаљније J. Ghestin, *op. cit.*, N° 106, стр. 90.
14. Разлог је не само чињеница да је институт јавног поретка настао у Француској, него и то што је и данас француска правна теорија и судска пракса најбогатија у овој области. С друге стране чини се да ни сама идеја јавног поретка заштите није довољно позната код нас, а још мање развијена у теорији, или примењена у судској пракси.
15. J. Ghestin, *op. cit.*, N° 104, стр. 85, као и аутори које наводи у фус ноти 33; J. Царбониер: *оџ. цивџ*, N° 983, стр. 2036; A. Weill, F. Terré: *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, Paris, 1986, N° 239, стр. 248; С. Перовић: *Предговор*, у Коментару Закона о облигационим односима, Београд, 1995, VIII, стр. XIX; В. Станковић, Ж. Ђорђевић: *Облигационо право*, Београд, 1986, стр. 173.
16. Ph. Malaurie: *L'ordre public et contrat*, Reims, 1953, стр. 261.
17. J. Ghestin, *op. cit.*, N° 104, стр. 86.

али и друге вредности. Централни проблеми приликом примене су да се утврди једно објективно значење овог појма, да се он не би свео на моралне концепције самог судије,²⁵⁾ као и његова променљивост током времена.²⁶⁾

-
18. У француском праву то нико не доводи у сумњу. Често се и у самим законским текстовима среће израз да одредба има карактер јавног поретка, под чим се подразумева да не може бити дерогирана вољом уговорних страна. Другим речима да има карактер императивне норме. Стилизација одговарајућих одредби Грађанског законика такође омогућава такво тумачење. Међутим, ЗОО, као и ЗПП, истовремено и паралелно користе термине принудни прописи и јавни поредак, што би могло водити тумачењу да се ради о појмовима различите садржине. Ако се упореде термини из првобитног текста ЗОО, уставом утврђена начела друштвеног уређења, принудни прописи и морал социјалистичког самоуправног друштва, могло би се закључити да је јавни поредак термин којим је замењен термин уставом утврђена начела друштвеног уређења. Сличну дефиницију јавног поретка у процесном праву даје А. Јакшић, *op. cit.*, стр. 109. На први поглед и С. Перовић: *Аутономија воље*, коментар уз чл. 10. ЗОО, у Коментару Закона о облигационим односима, Београд, 1995, стр. 8, сматра да се ради о два различита појма ("Поред принудних прописа, као посебна димензија ограничења принципа слободе уређивања облигационих односа, јавља се јавни поредак ...") Међутим, из дефиниције јавног поретка, (С. Перовић: *Облигационо право*, Београд, 1980, стр. 168. и след.), као и из изричитог става да се "...теорија о јавном поретку схвати као општа теорија о границама слободе уговарања ..." (С. Перовић: *Предговор*, VIII, стр. XX), могло би се закључити да су и принудни прописи укључени у појам јавног поретка и представљају његов саставни део. Чини се да принудни прописи, као и добри обичаји, треба да буду обухваћени појмом јавног поретка, као што је то преовлађујуће схватање у француском праву, иако и тамо постоје мишљења да се о јавном поретку може говорити само ако нема изричите императивне норме. (D. Tallon: *Considération sur la notion d'ordre public dans le contrat en droit français et en droit anglais*, Mélanges Savatier, стр. 883 и след.) У противном овај институт био би лишен значајног дела своје садржине (нпр. привредни јавни поредак је готово у целини садржан у прописима), свео би се на тзв. виртуелни јавни поредак (В. детаљније J. Ghestin, *op. cit.*, N° 113, стр. 94). При томе би се направила вештачка и непотребна разлика између норми за које је прописом изричито утврђено да су императивног карактера и оних које императивни карактер додују тумачењу судске праксе. Због тога би требало прихватити став да јавни поредак обухвата и императивне прописе и моралне норме, а да је њихово посебно навођене у закону, поред јавног поретка, производ жеље законодавца да нарочито укаже на ове елементе садржине јавног поретка. Са практичне стране ово питање није од значаја, јер су последице исте, без обзира да ли је уговор противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима.
19. J. Ghestin, *op. cit.*, N° 116-117, стр. 97. и след. Ово схватање би се могло прихватити у мери у којој обичаји и колективни уговори имају карактер извора права.
20. Аутори наведени у J. Ghestin, *op. cit.*, N° 110, стр. 91, фус нота 66; A. Weill, F. Terré, *op. cit.*, N° 242, стр. 249, фус нота 545.
21. J. Carbonier: *op. cit.*, N° 984, стр. 2037; J. Ghestin, *op. cit.*, N° 113, стр. 94. У нашем праву за то да јавни поредак обухвата императивне прописе и морал, али да се не може свести само на њих, изричито се залаже Д. Стојановић, *op. cit.*, стр. 395. Међутим, његов став да суд може принудити странке и на поштовање диспозитивних норми, због поврде јавног поретка, не би се могао прихватити (*ibidem*, стр. 396).
22. В. супра, фус нота 18.

III

Основна идеја на којој почива институт јавног поретка је идеја о одређеној супрематичности колективитета над индивидуом. Индивидуалне иницијативе у форми уговора не смеју угрожавати најважније друштвене институције, стубове на којима друштво почива: државу,²⁷⁾ породицу²⁸⁾ и појединца.²⁹⁾ Ово би био упрошћени опис јавног поретка у време његовог настанка, због чега се он најчешће назива класичним, традиционалним, а они који желе мало више прецизности говоре о политичком и моралном јавном поретку.³⁰⁾

Јавни поредак у овом смислу и даље игра значајну улогу, али не и кад је реч о привредним активностима. Он одговара оним схватањима, обично називаним либералним, која улогу државе у привреди виде као улогу чувара (*Etat-gendarme*), која само треба да омогући несметано деловање закона тржишта.³¹⁾

23. О томе да добри обичаји и поред употребљеног израза обичаји представљају део моралног, а не обичајног поретка готово да нема дилема. Нешто другачији поглед има Карбоније, који сматра да они имају ослонац и у једном и у другом поретку. (J. Carbonier: *op. cit.*, N° 983, стр. 2036). Што се тиче нашег права да су у питању морална правила може се закључити и на основу тога што је термином добри обичаји приликом измена ЗОО 1993. г. практично замењен термин морал социјалистичког самоуправног друштва. Морал (уз принудне прописе и јавни поредак) се помињао и у Скици проф. Константиновића, као и у ЗПП. Ипак, треба нагласити да се у немачком праву одговарајући термин (*Guttes Sitten*) користи у друге сврхе. (J. Carbonier: *op. cit.*, N° 989, стр. 2044).
24. У том смислу J. Ghestin, *op. cit.*, N° 124, стр. 105; A. Weill, F. Terré, *op. cit.*, N° 244, стр. 251-252, као и аутори цитирани у фусноти 553. Да су моралне норме саставни део јавног поретка прихваћено је и у нашем праву. В. С. Перовић: *Облигационо право*, стр. 168.
25. В. детаљније J. Ghestin, *op. cit.*, N° 125, стр. 106 и след. Кодекс пословне етике (Сл. гласник РС бр. 1/06) могао би представљати поуздано средство објективизације моралних схватања у области трговинског права.
26. У XIX в. уговори о осигурању живота, или о брачном посредовању за новац третирали су као неморални. До скоро су то били уговори о позирању без одеће за накнаду, док су то данас само изузетно (малолетна лица, порнографски карактер итд.)
27. Сваки уговор противан јавноправним прописима (уставу, кривичним законима, фискалним прописима итд.) сматра се ништавим као противан јавном поретку. Примера ради наводе се уговори којим бирач продаје право гласа, оштећени се уздржава од подношења кривичне пријаве против извршиоца кривичног дела, симулује се цена ради смањења пореза итд.
28. Не односи се само на правила породичног, већ и наследног права, при чему се пре свега мисли на личне, а не имовинске односе. Али нпр. дозвољава се споразумни развод брака, али не и уговори о будућем наслеђу.
29. Ради се о заштити интегритета и достојанства људске личности. Као типични забрањени уговори наводе се уговори о продаји органа, о ношењу трудноће за другог уз накнаду итд.
30. Упор. J. Carbonier: *op. cit.*, N° 985, стр. 2038; J. Ghestin, *op. cit.*, N° 119 и след, стр. 100 и след; A. Weill, F. Terré, *op. cit.*, N° 245, стр. 253.
31. Због тога се ова концепција карактерише као минималистичка и негативна. В. нпр. J. Ghestin, *op. cit.*, N° 147, стр. 123; В. Круљ: *Слобода уређивања облигационих односа*, Коментар уз чл. 10. ЗОО, у Коментару Закона о облигационим односима, Ред. Б. Благојевић, В. Круљ, Београд, 1980, стр. 53.

Међутим, већ од краја XIX в. држава почиње постепено да се меша у привредне односе,³²⁾ да би се већ средином XX в. могло говорити о државном управљању привредом. Ради се о различитим мерама економске политике, које би се из угла уговорног права по једној детаљно развијеној и врло прегледној концепцији могле сврстати у четири групе: забрањени уговори, регулисани уговори, контролисани уговори и наметнути уговори.³³⁾

То је дало повода да се говори о једном новом јавном поретку различитом од класичног, који се најчешће назива привредни (економски) јавни поредак /l'ordre public économique/.³⁴⁾ Међутим, уочено је да се овде ради о две врсте норми са различитим циљем и различитим правним последицама: привредном јавном поретку усмеравања /l'ordre public économique de direction/ и привредном јавном поретку заштите /l'ordre public économique de protection/.³⁵⁾

Јавни поредак усмеравања има за циљ да привредни живот регулише у правцу који би био општедруштвено користан. Настао као производ идеје о неопходности државног интервенционизма, крајем XX века, под утицајем неолиберализма,³⁶⁾ доживео је значајне промене.³⁷⁾ Уместо да мере економске политике супституишу законе тржишта, циљ је све више да оне омогуће њихово правилно функционисање. Најбитнији део овог поретка припада праву конкуренције.

Јавним поредком заштите штити се слабија страна³⁸⁾ у различитим врстама уговора (о раду, превозу, осигурању, кредиту, закупу, продаји итд.). Он има за циљ да поново успостави уговорну равнотежу, која се не може остварити спонтаним

32. Прве интервенције настају у вези са уговором о раду и радним односима, где се најочитије показало какве последице привидна слобода уговарања изазива у условима неједнакости уговорних странака. Оне се се испољиле у ограничавању дужине радног времена, заштити малолетника, прописивању минималне наднице итд.

33. J. Ghestin, *op. cit.*, N° 148-167, стр. 123-145.

34. Сматра се да је теорију о привредном јавном поретку засновао Рипер (G. Ripert: *L'ordre économique et la liberté contractuelle*, Etudes Gény, 1934, II, стр. 347.). Понекад се за исти појам користи и термин социјални јавни поредак, односно, оба термина као целина: привредни и социјални јавни поредак. Међутим, чини се да би термин социјални јавни поредак требало избегавати у овом значењу, јер он има специфично значење у радном праву. Тамо се под њим подразумева да индивидуални уговор о раду, или неки други правни акт мање правне снаге, може бити примењен, иако је супротан акту веће правне снаге, под условом да је у корист запосленог. В. детаљније N. Meyer: *L'ordre public en droit du travail*, LGDJ, Paris, 2006; F. Canut: *L'ordre public en droit du travail*, http://panjuris.univparis1.fr/pdf/resume_canut.pdf.

35. Сами називи, који су готово опште усвојени приписују се Карбонијеу.

36. J. Ghestin, *op. cit.*, N° 134, стр. 112.

37. За разлику од класичног јавног поретка и јавног поретка заштите, јавни поредак усмеравања подложен је непрестаним и учестаним променама. Не без ироније је примећено да се ради о принуди која се намеће слободи уговарања од стране економске доктрине која у том моменту држи власт. Добра илустрација овог става у нашем праву су измене Закона о девизном пословању у вези са допуштеношћу девизних клаузула, где су испробане све могућности: забрана, допуштеност, контрола.

38. Најчешће се ради о економској неједнакости, али подређени положај може да произилази и из других разлога.

деловањем тржишних закона. Најчешћа мета овог поретка су уговори по приступу,³⁹⁾ а страна која се штити потрошач,⁴⁰⁾ или можда прецизније непрофесионалац када закључује уговор са професионалцем.⁴¹⁾

IV

Разлика између две врсте привредног јавног поретка на први поглед изгледа јасна. Јавним поретком усмеравања штите се интереси друштва као целине, што се и иначе сматра једном од особина јавног поретка. Јавни поредак заштите намењен је заштити интереса појединца. Међутим, када се разматрају конкретни примери разлика није тако лако уочљива. Као типичан пример може се навести питање забране одређених индексних клаузула код новчаних обавеза. Као циљ ове забране може се сматрати и сузбијање инфлације, али и заштита интереса конкретног дужника.⁴²⁾

Проблем није само теоријског карактера, пошто може да доведе до примене различитих правних режима. Редовна последица повреде јавног поретка је ништавост уговора. То није спорно када су у питању класични јавни поредак и јавни поредак усмеравања, јер се њима начелно штите општи интереси на политичком, моралном или економском плану. Јавни поредак заштите има за циљ пре свега да заштити једну уговорну страну, али такође и да успостави поремећену уговорну равнотежу. У том смислу остварује се и заштита општег интереса за праведношћу уговорних односа. Међутим, општи интерес овде није повређен у истом степену и на исти начин. Због тога је логично да се повреда јавног поретка заштите подвргне другачијем правном режиму, пре свега по питању санкције. Дакле, као и други случајеви у којима се вређа интерес појединца, санкција би начелно требало да буде рушљивост уговора.⁴³⁾

Поништење уговора, а не његово оглашавање ништавим, као последица повреде јавног поретка заштите отвара многа питања, с обзиром на различит правни режим ништавих и рушљивих уговора.⁴⁴⁾ Једно од најчешћих, нарочито у материји потрошачког права, је да ли се странка може унапред одрећи права да захтева поништење уговора. У француском праву одговор је негативан,⁴⁵⁾ а исти став би тре-

39. J. Ghestin, *op. cit.*, N° 136, стр. 115

40. Потрошачко право, под којим се подразумева скуп норми законског и подзаконског карактера чији је циљ заштита потрошача, данас у великом броју земаља представља самосталну правну грану. У Француској нпр. постоји и посебан Законик о потрошњи (В детаљније J. Calais-Auloy, F. Steinmetz: *Droit de la consommation*, Dalloz, Paris, 2006). Код нас је потрошачко право тек у зачетку. Важећи Закон о заштити потрошача (Сл. гласник РС бр. 79/05) представља напредак у односу на претходно стање. Међутим, посматрано у целини нормативна регулатива у овој домену је у великом заостатку за другим државама, не само у квантитативном, већ и квалитативном смислу.

41. A. Weill, F. Terré, *op. cit.*, N° 249, стр. 257.

42. В. детаљније А. Weill, F. Terré, *op. cit.*, N° 247, стр. 256.

бало да важи и код нас.⁴⁶⁾ Не отварајући остала питања могла би се у овом тренутку, полазећи и од француског искуства, само дати генерална оцена да јавни поредак заштите изазива бројне тешкоће и не може се лако уклопити у уобичајено схватање о постојању два одвојена, различита режима неважећих уговора.⁴⁷⁾

43. Тај став је преовлађује у француском праву. В. детаљније F. Eudier: *Ordre public substantiel et office du juge*, thèse, http://www.univ-rouen.fr/454/0/fiche_annuaire/, N° 166 и след, стр. 282. и след. За став правне теорије в. нарочито ауторе наведене у фусноти 3, стр. 283-284, а за судску праксу фус ноту 2, стр. 284-285.

Што се тиче нашег права, треба поћи од одредбе ст. 1. чл. 103. ЗОО. Уговор који је противан јавном поретку начелно је ништав, уз два изузетка. Законом се може прописати и нешто друго, а и циљ повређеног правила може да упућује на неку другу санкцију (подвукао Д.П.).

Неспорно је да је превасходни циљ јавног поретка заштите заштита појединачног интереса, због чега његова повреда треба да буде санкционисана рушљивошћу уговора. У прилог ставу да због повреде јавног поретка уговор може бити погођен санкцијом рушљивости може се навести да је таква санкција већ предвиђена у ЗОО. У питању је институт лезионарних уговора (чл. 139. ЗОО).

Треба напоменути да о том питању постоје и другачији ставови. Сматра се да повреда јавног поретка у материји лезионарних уговора постоји само у правним системима где је прихваћен тзв. објективни појам прекомерног оштећења. Како је у нашем праву прихваћен субјективни појам прекомерног оштећења, који се своди на заблуду о вредности, она је, као и свака мана воље погођена рушљивошћу, док је санкција повреде јавног поретка ништавост (С. Перовић: *Очигледна несразмера узајамних давања*, коментар уз чл. 139. ЗОО, у Коментару Закона о облигационим односима, Београд, 1995, стр. 278; слично и *Облигационо право*, стр. 410). Дакле, лезионарни уговори нису противни јавном поретку, јер нису погођени санкцијом ништавости.

Чини се, међутим, да је могуће и другачије тумачење. Пре свега треба поновити да је ЗОО у чл. 103. изричито предвидео да уговор противан јавном поретку може бити погођен и другом санкцијом, осим ништавости. Због тога се не може прихватити закључак који је базиран на томе да је санкција повреде јавног поретка ништавост. Таквом начину извођења закључака могла би се додати и методолошка примедба да последице треба изводити из узрока, а не обрнуто.

Основно питање у вези јавног поретка није питање карактера последице његове повреде, већ карактера норме која је повређена. У случају прекомерног оштећења, одговарајућим тумачењем ст. 3. чл. 139. ЗОО (одрицање унапред од овог права нема правног дејства) долази се до закључка да је у норма о прекомерног оштећењу императивног карактера, норма јавног поретка (У том смислу и С. Перовић: *Очигледна несразмера узајамних давања*, стр. 280). Поред тога, неспоно је да се у основи института прекомерног оштећења налази начело једнаке вредности узајамних давања. Оно, као и друга основна начела представља принудни пропис и део нашег јавног поретка (Упор. С. Перовић: *Облигационо право*, стр. 163). Дакле, код института прекомерног оштећења ради се о норми која припада јавном поретку. Да ли је довољна само одговарајућа несразмера, или је потребан и субјективни елемент у виду заблуде је питање услова примене, али није од значаја за квалификацију норме. Она у оба случаја остаје норма јавног поретка, а њена повреда води рушљивости уговора.

44. Нпр. поступање суда по службеној дужности, или само на захтев странке. В. детаљније F. Eudier, *op. cit.*, стр. 332.

45. J. Carbonier: *op. cit.*, N° 987, стр. 2040.

46. Тумачење на основу аналогије са правилом које важи у материји лезионарних уговора.

V

Уговорно право је током друге половине XX века и на почетку новог миленијума претрпело многе промене, међу којима су неке од најзначајнијих везане за начело аутономије воље и установу јавног поретка.⁴⁸⁾ Циљ овог рада је био да на њих укаже, с обзиром да се наше друштво, а тиме и право налазе из познатих разлога на рубовима цивилизацијског тока, па ове промене стижу са задршком.

Аутор је уверен да ће тек даљи развој нашег правног система (право конкуренције, потрошачко право, еколошко право итд.) показати прави значај установе јавног поретка, а нарочито јавног поретка заштите. Подсећање већ у овом тренутку на ову, чини се недовољно коришћену установу, иако великог потенцијала,⁴⁹⁾ треба томе да допринесе. Подсећају се наравно и саме странке, али пре свега суд, који има суштинску улогу у примени ове установе.⁵⁰⁾

На самом крају поновимо још једном да се јавним поретком заштите може користити свака уговорна страна којој су због инфериорног положаја наметнуте одређене клаузуле у уговору. Зашто не и улагачи?

47. Упор. А. Weill, F. Terré, *op. cit.*, N° 293-294, стр. 304 и след. Чини се да за сада није могућ одговор на питање да ли последице повреде јавног поретка заштите треба да доведу до преиспитивња концепта о две врсте неважећих уговора. За то је потребно време и успостављање устаљене судске праксе, или евентуално одговарајућа делатност законодавца (Присетимо се не нарочито успелог експеримента у нашем праву са уговорима који су неважећи због тога што нису у сагласности са самоуправним споразумом из чл. 118. – 120. ЗОО).

48. Колико су дубоке промене настале у уговорном праву може се закључити и из покушаја Ж.Гестена да начело аутономије воље, као основно начело у општој теорији уговора, замени начелом корисног и правичног. J. Ghestin: *Корисно и правично у уговорима*, Правни живот бр. 8-9/81, стр. 43.

49. Чини се да се његов потенцијал крије пре свега у прилагодљивости и променљивости његове садржине (Упор. А. Weill, F. Terré, *op. cit.*, N° 242-243, стр. 249 и след. С. Перовић: *Облигационо право*, стр. 170, говори о каучук норми). Ове особине јавног поретка, нарочито у време промена и некоегзистентности правног система, могу у појединим ситуацијама обезбедити адекватну примену права.

50. Нашим судовима се, не без разлога, пребацује недостатак креативности, инертност и аутоматизам приликом одлучивања. За утеху им може послужити једна одлука француског Касационог суда од 7. децембра 2004 (Civ. 1ère n°01-11823). У њој је овај суд, 200 година по доношењу ФГЗ, морао да подсети ниже судове на његов чл. 6. по коме није неопходно да ништавост буде изричито прописана, већ да свака повреда јавног поретка може повући ништавост уговора по самом закону. Ако би се томе додало постојање виртуелног јавног поретка, јасно је колика је моћ у рукама суда.

Dragan Pavić
Junior Faculty Member, University of Belgrade School of Law

L'ORDRE PUBLIC DE PROTECTION

Résumé

Au cours de la deuxième moitié du XXe siècle l'institut d'ordre public a changé significativement. Son contenu s'est étendu à la sphère économique. Plutôt que d'interdire comme l'ordre public classique (politique et moral), nouvel ordre public dit économique a vocation à diriger la vie économique (ordre public de direction) ou à protéger la plus faibles des parties aux contrats (ordre public de protection).

L'ensemble de règles qui se réfère à l'ordre public économique de protection a deux traits spécifiques, différents par rapport aux autres sortes d'ordre public, sa finalité (la protection de l'intérêt particulier) et sa sanction (nullité relative).

Mots-clés: *Ordre public – Ordre public économique de protection – Nullité relative*