

Др Марко ЂУРЂЕВИЋ

ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

Мр Драган ПАВИЋ

асистент Правног факултета Универзитета у Београду

НЕКОЛИКО МИСЛИ О ОГРАНИЧЕЊИМА СЛОБОДЕ УРЕЂИВАЊА САДРЖИНЕ УГОВОРА У НАШЕМ САВРЕМЕНОМ ПРАВУ*

Резиме

До доношења Закона о изменама и допунама Закона о облигационим односима од 1993. године слобода уговарања садржине уговора из члана 10 била је ограничена принудним прописима, уставом утврђеним начелима друштвеног уређења и моралом социјалистичког самоуправног друштва. После његовог ступања на правну снагу слобода уговарања је ограничена принудним прописима, јавним поретком и добрим обичајима. Преправка члана 10 ЗОО отворила је питања утврђивања садржине и контура ових појмова.

Принудни прописи означавају опште императивне норме садржане у законима и прописима донетим на основу закона. Императивност може произлазити из формулације или смисла норме.

Добри обичаји не означавају фактички обичај, понашање које практикује већина у друштву, нити апстрактно схваћени морал. Према схватању које се може назрети из судских одлука, добри обичаји су норма о моралности, о обичају савесних људи.

Јавни поредак је неодређени правни појам. Језгро појма сачињавају општа правна начела која су изражена у уставним нормама, али у његов састав улазе и општи принципи облигационог права, попут начела заштите слабије стране у уговору, које се може извести из садржине и циља законских норми.

Кључне речи: *уговор, слобода уговарања, принудни прописи, јавни поредак, добри обичаји.*

* Овај рад написан је у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Београду „Идентитетски преображај Србије“.

I Увод

Према одредби из члана 10 Закона о облигационим односима (даље у тексту ЗОО) стране у облигационим односима су слободне у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја, да своје односе уреде по својој вољи. Рубрум члана упућује нас да је његова тема аутономија воље. Да би се боље прецизирао његов досег потребно је подсети се да се аутономија воље испољава у уговорном праву кроз три велика принципа: слободу уговарања, принцип обавезне снаге уговора и принцип релативног дејства уговора.¹ Принцип релативног дејства, да „уговор ствара права и обавезе за уговорне стране“ Закон је утврдио у одредби члана 148 ЗОО,² а принцип да уговор има обавезујућу снагу, „везује стране уговорнице као закон”,³ у члану 17 ЗОО,⁴ према коме су учесници у облигационом односу, без обзира на извор из кога се рађа, дужни да изврше насталу обавезу и да су одговорни за њено неиспуњење. Принцип слободе уговарања има две компоненте: слободу постојања уговора и неформалност уговора. Неформалност уговора је утврђена у одредби из члана 67 по којој „закључење уговора не подлеже никаквој форми“. Слобода егзистенције уговора манифестује се у три могућности: уговорати или не, изабрати саговорника и одредити слободно, у сагласности са другом страном, садржину уговора. Одредба из члана 10 ЗОО решава питање ове последње слободе.⁵ Она нам каже да су уговорне стране начелно

1 Слободан Перовић, *Аутономија воље и принудни прописи*, Будва, 2007, 26.

2 Милан Бркић, „Дужност испуњења обавеза”, *Коментар Закона о облигационим односима* (уредници Борислав Благојевић и Врлета Круљ), Београд 1980, 86; Слободан Перовић, „Начела и значај Закона о облигационим односима”, *Уговорно и одштено право по Закону о облигационим односима* (уредник Милан Петровић), Београд, 1979, 17.

3 Михаило Константиновић, *Облигације и уговори. Скица за законик о облигацијама и уговорима*, Београд, 1996, 42.

4 Слободан Перовић, „Дужност испуњења обавеза” *Коментар Закона о облигационим односима* (уредници Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић), Горњи Милановац, Крагујевац, 1980, 161; Boris Vizner, *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim odnosima). 1. Knjiga*, Zagreb 1978, 95.

5 До таквог става долази се језичким тумачењем израза „[...] своје односе уреде [...]“ у норми из члана 10 ЗОО. У том смислу вид. Борислав Благојевић, „Усаглашавање норми о облигационим односима са савременим захтевима времена“, *Уговорно и одштено право по Закону о облигационим односима* (ур. Зоран Петровић), Београд, 1979, 17. Могуће је међутим, овој норми дати и шире тумачење, које превазилази језичко значење. Ограничење из члана 10 се у том случају односи на све аспекте слободе егзистенције уговора. Такво схватање произлази из судске праксе која је развијана до доношења измена и допуна ЗОО од 1993. године. Наиме, ради посебне заштите друштвене својине – које је неспорно било једно од основних начела друштвеног уређења – привредним субјектима који су располагали средствима у друштвеној својини била је ограничена могућност из-

слободне да уреде садржину уговорног односа,⁶ да заједничком сагласношћу створе појединачне и конкретне уговорне норме⁷ и њима одреде садржину уговора. Стваралачка моћ уговорника је потпуна. Они могу образовати сасвим нову садржину, независну од типизиране садржине најчешћих и најважнијих Законом уређених уговора, направити хибрид, комбиновањем елемената различитих именованих уговора или једноставно, преуредити и прилагодити ове елементе својим потребама.⁸

Слобода уговарања садржине уговора ограничена је принудним прописима, као и јавним поретком и добрим обичајима, појмовима који су у ЗОО уведени Законом о изменама и допунама Закона о облигационим односима из 1993. године.⁹ Закон од 1993. године преправио је изворни текст члана 10 ЗОО која је гласио: „Учесници у промету слободно уређују облигационе односе, а не могу их уређивати супротно уставом утврђеним начелима друштвеног уређења, принудним прописима и моралу социјалистичког самоуправног друштва”.¹⁰ Преправком је стара тријада ограничења — уставом утврђена начела друштвеног уређења, принудни прописи и морал социјалистичког самоуправног друштва — замењена новом. Из пређашње је остао један члан, принудни прописи. Нова тријада само је вратила у живот јавни поредак и добре обичаје. Јавни поредак је већ постојао у Грађанском законнику за Кнежевину Србију до аброгације предатног права, у норми § 13, а појам добри обичаји се

бора сауговорника управо позивањем на члан 10. До оваквог значења одредбе из члана 10 ЗОО долази С. Перовић (вид. Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд 1986, 177 и 315 нарочито фн. 627). У даљем тексту излагање ће бити ограничено на слободу уређивања садржине уговора, која је несумљиво уређена у овом законском члану.

6 Неспорно је да је слобода уговарања принцип српског уговорног права. Може се поставити питање да ли је и уставни принцип. Према мишљењу Владимира Водинелића, аутономија воље зајемчена је у оквиру јемства слободе развоја личности прокламоване у члану 23 став 2 Устава (вид. Владимир Водинелић, *Грађанско право. Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, Београд, 2012, 86). У Француској је слободи уговарања признат уставни значај на основу одлуке Уставног савета од 19. децембра 2000. године. Од тада ужива уставносудску заштиту (вид. Jacques Ghestin, Grégoire Loiseau, Yves-Marie Serinet, *La formation du contrat. Tome 1: Le contrat – Le consentement*, Paris 2013, 188; Pierre-Yves Gahdoun, „Le Conseil Constitutionnel et le contrat, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 31/2011, 1).

7 Hans Kelsen, „La théorie juridique de la convention”, *Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique*, 1-4/1940, 35.

8 Упор. С. Перовић (1986), 192; Јожеф Салма, *Облигационо право*, Нови Сад, 2009, 327.

9 Закон о изменама и допунама Закона о облигационим односима, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, чл. 5.

10 Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78.

појавио у том изражајном облику након аброгације и судска пракса му је придавала исти смисао који је у укинutom § 13 имала реч благонаравије.

Непосредно пред доношење ЗОО, у монографији *Забрањени уговори* професора Слободана Перовића, јавни поредак је био први пут теоријски дефинисан као „скуп принципа на којима је засновано постојање и трајање једне правно организоване заједнице, а који се испољавају преко одређених друштвених норми које су у домену предмета и циља уговора тако постављене да их уговорне стране морају поштовати”. Скуп принципа осмишљен је као множина принципа различитог карактера и порекла, економских (принципа економског конституисања и економске организације), моралних и принципа који произлазе из одређеног политичког и филозофског опредељења. Принципи сами по себи не ограничавају слободу уговарања. Они добијају ту функцију када буду обликовани у позитивно правне норме карактеристичних својстава и моралне норме, односно добре обичаје.¹¹ Дефиницију је С. Перовић задржао и у својим каснијим радовима, после преправке члана 10.¹²

Према наведеној дефиницији јавни поредак нам се представља у смислу синтезе, споја „принципа” – вредносних назора, моралних, филозофских, политичких убеђења, гледишта о организацији односа у економском животу – и друштвених норми, „принудних правних прописа и моралних императива”¹³ кроз које се ти принципи нормативно исказују. Наспрам ове теоријске дефиниције данас стоји законска одредба из члана 10 ЗОО у којој су истакнута три правна облика кроз које се „принципи” изражавају. Поред принудних прописа, добрих обичаја ту је још и *јавни поредак*. Тај јавни поредак назваћемо *јавни поредак у ужем смислу*, да би га разликовали од горе наведеног, а овај други, теоријски појам, назваћемо *јавни поредак у ширем смислу*.

Након преправке члана 10, која је извршена да би се се ЗОО ослободио политичко-идеолошке терминологије¹⁴ и увођења у правни живот јавног поретка и добрих обичаја као законом предвиђених ограничења слободе уговарања може се поставити питање шта чини садржину ових појмова и да ли је преправка имала и неки други смисао осим језичког.

11 Слободан Перовић, *Забрањени уговори*, Београд, 1975, 156.

12 Вид. С. Перовић (2007), 58.

13 С. Перовић (1975), 161.

14 С. Перовић (2007), 51.

II Принудни прописи

Почнимо од принудних прописа, појма који је постојао у изворној верзији ЗОО и накнадном законодавном интервенцијом није промењен. У теоријском дискурсу о грађанском праву под тим термином обично је подразумевана норма донета од стране законодавног органа.¹⁵ Ставови о његовом значењу су током времена еволуирали, тако да се у терминологији Устава РС од 2006. „пропис” користи не само да означи норму донесену у облику закона, него и норме других прописа, општих правних аката донесених на основу закона¹⁶ од других органа државне власти, покрајине, града или општине.¹⁷ Атрибут принудни, премда је везан за прописе, не описује прописе, него карактер норме садржане у пропису. Дакле, принудни пропис је ознака за општу принудну норму насталу законом или другим прописом заснованим на закону.

У науци грађанског права израз принудне правне норме, односно његови језички супститути, императивне односно когентне норме, користи се да би се именовале норме које стоје насупрот диспозитивним.¹⁸ Диспозитивне норме су оне које се примењују, ако стране не уреде однос другачије. ЗОО је у одредби из члана 20, под насловом „Диспозитивни карактер одредаба закона“, казао да су његове одредбе начелно диспозитивне што значи да стране у облигационом односу могу да га уреде другачије него што је Законом предвиђено. У истом члану ЗОО је одредио да уговорне стране немају могућност да однос уреде другачије када то: 1) произлази из поједине одредбе; или 2) из смисла поједине одредбе. Другим речима, таква одредба је принудна. Њену примену стране не могу уговором искључити и свој однос уредити другачије.¹⁹

Принудност неке норме може дакле, бити изречена у тексту или откривена из њеног смисла. У првом случају, реч је о формулацији норме која изрично истиче њен принудни карактер. Примере за ову врсту налазимо на више места у ЗОО. Тако је у неким законским одредбама означено да се решења која садрже *не могу уговором искључити* (на пример у чл. 265 ст. 1, чл. 364 и чл. 644 ст. 5). У другима принудност је изречена та-

15 Вид. Андрија Гамс, *Увод у грађанско право. Општи део*, 4. издање, Београд, 1963, 52.

16 Вид. Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006 (даље у тексту Устав РС), чл. 97, 107, 145, 156 итд.

17 Вид. Устав РС, чл. 79 и 190.

18 Драгољуб Стојановић, Оливер Антић, *Увод у грађанско право*, 2. издање, Београд, 2004, 84; В. Водинелић, 139.

19 Упор. В. Водинелић, 144.

ко што *проглашавају ништавост уговора или уговорне одредбе*, ако је уговорено супротно. Тај начин изражавања примењен је у члановима: 398, 400 ст.1, 458 ст.1, 461, 486 ст. 2 и 3, 513, 544, 545, 548, 551, 576, 671, 684, 849, 870, 918, 929 ст. 2, 973 ст.1, 1044 ст. 3, итд. Најзад, посебан начин исказивања принудности употребљен је у нормама о уговору о осигурању. У члану 900 ст. 1 речено је да се од одредаба које уређују осигурање *може уговором одступити само када је то нормом изричито допуштено*.

Када принудност није изражена формулацијом, када није очигледна, видљива, то не значи да је норма нужно диспозитивна. Наиме, ЗОО каже да императивност може „произлазити из смисла поједине одредбе”. Когентност дакле може да обитава унутар норме, да постоји у потенцији, у могућности да се испољи. Уколико пропис није одредио да уговорне стране могу уговорити другачије или није експлицитно искључио могућност да уговоре што супротно садржини норме, принудност може да буде откривена анализом заповести садржане у норми.²⁰ Расуђивање о карактеру норме остављено је суду. Пред судом ће се питање поставити поводом конкретног спора у коме треба да примени норму из чије формулације није могуће утврдити да ли искључује или дозвољава да се уговори супротно њеној садржини. Одговор онда зависи од испитивања смисла норме и откривања да ли постоји општи интерес да се само таква каква јесте, без икакве измене, примени и „спроведе у животу и да се тиме постигне једнообразност решења у свим случајевима“.²¹

Појам принудни прописи из члана 10 је општи. ЗОО не поставља никакве границе у погледу његовог домаћаја, што значи да слободу уговорних страна да уреде садржину уговора може да ограничи било која норма позитивно правних прописа.²² Когентне норме нису само оне које уређују облигационо правне односе, већ све грађанскоправне норме којима је заштићен општи интерес у оквиру јавног грађанског права.²³ Принудни прописи обухватају и норме изван грађанског права,²⁴ на пример, кривичног.²⁵ Ипак, када је реч о нормама изван грађанског права, ваља приметити да оне нису нужно императивне самим тим што не уређују

20 Б. Благојевић, 16.

21 В. Водинелић, 145.

22 Упор. Врлета Круљ, „Ништави уговори”, *Коментар Закона о облигационим односима* (редактори Борислав Благојевић, Врлета Круљ), Београд, 1980, 292; С. Перовић (1980), 100.

23 О јавном грађанском праву и разликама између јавног и приватног грађанског права, вид. В. Водинелић, 48

24 Вид. В. Vizner, 54; В. Круљ, 292.

25 Не може се на пример, пуноважно уговорити извршење неког кривичног дела.

материјалне грађанско правне односе. Тако прописи о грађанском судском поступку дозвољавају да се закључи споразум о месној надлежности (чл. 65 ЗПП²⁶); прописи о уређењу судова одређују надлежност привредног суда у споровима између привредних субјекта у споровима који настану у обављању делатности (чл. 25 Закона о уређењу судова²⁷), али ипак уговорне стране могу закључити арбитражни споразум и решавање спора поверити арбитражи (чл. 31 Закона о привредним коморама²⁸) и тако искључити његову примену.

III Добри обичаји

Добри обичаји се приближавају принудним нормама чија принудност је потенцијална. Они су правна норма, као што је то и потенцијално принудна норма настала прописом. Осим тога, они су слични и по томе што судији припада да одреди да ли је једна норма добар обичај, као што искључиво у његову надлежност спада изјашњење о томе да је једна норма принудна у случају када нам њена формулација ништа не казује.²⁹ Добри обичаји и потенцијално принудне норме једнаке су и по томе што поглавито садрже забране.³⁰

Разлика између њих је у пореклу. Потенцијално принудне норме се налазе у прописима, а за добре обичаје није сасвим јасно одакле потичу, из морала или обичаја. То питање се на теоријском нивоу отворило након измене ЗОО од 1993. године. До тада се није постављало јер је ЗОО у изворној верзији члана 10, уводећи морал социјалистичког самоуправног друштва као ограничење слободе уређивања садржине уговора, јасно определио етички карактер овог ограничења. Међутим, морал који је ЗОО унео у уговорно право био је један идеално замишљени и тешко одредиви социјалистички морал у самоуправној варијанти, који је пред судију постављао немогућ задатак да га утврди и примени као правну норму, премда се тешко могло рећи да такав морал икада заживео у друштву.³¹

26 Закон о парничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011.

27 *Службени гласник РС*, бр. 116/2008.

28 *Службени гласник РС*, бр. 112/2015.

29 Упор. Jacques Flour, Jean-Luc Aubert, *Les obligations. 1. L'acte juridique*, 6ème édition, Paris 1994, 204.

30 Упор. Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Philippe Stofel-Munck, *Les obligations*, 4e édition, Paris 2009, 325.

31 Вид. Радомир Лукић, „Морал и право“, *Правни живот*, бр. 12/81.

У одговору на питање о моралном или обичајном пореклу добрих обичаја искристалисала су се два мишљења. Једно полази од обичајног концепта, али не испушта морални фактор. По том мишљењу, да би у конкретном случају применио норму о добрим обичајима, судија мора поћи од обичаја, али и имати у виду комплекс владајућих моралних правила у датом друштву и обичај тестирати кроз филтер савесности и поштења.³² По другом схватњу, добри обичаји су директно везани за морал.³³ Уствари, оба мишљења говоре нам о томе да неке моралне норме морају бити изједначене по обавезности са принудним правним нормама.

Судске одлуке у којима су судови разумели добре обичаје у смислу понашања које представљају фактички обичај су реткост и могу се критиковати.³⁴ Те одлуке су сасвим супротне пракси која је добре обичаје поимала као морал још у време важења Грађанског законика.³⁵ То схвата-

32 Оливер Антић, *Облигационо право*, 3. издање, Београд 2009, 220.

33 Вид. С. Перовић, (2007), 51. Додајмо томе да се у правној литератури још у деветнаестом веку држало да реч *благодарвије* из § 13 Српског грађанског законика, која је била превод француског израза *bonnes mœurs*, употребљеног да означи границу слободе уговарања у члану 6 Француског грађанског законика (вид. Андра Ђорђевић, *Систем приватнога (грађанскога) права Краљевине Србије. Прва књига: општи део (прва половина)*, Београд, 1893, 83) означава 'добре нарави', јавно поштење, а не обичај (Ђорђе Павловић, *О обвезностима и уговорима уопште*, Београд, 2014, 253). Благодарвије је у облику *благодаравље* преузето у Општи имовински законик за Кнежевину Црну Гору из 1888. године. Како на основу увида у документа сведочи М. Луковић, већ приликом првог читања будућег законског текста, слушаоци су се сложили да облик *благодаравље* означава морал. Вид. Милош Луковић, *Богишићев законик. Припрема и језичко обликовање*, Београд, 2009, 240.

34 Вид. „По налажењу Апелационог суда у Б., околност да је тужилац предао новац ради закључења фиктивног брака, да би добио потребне папире за боравак и рад у Швајцарској, не представља такво кршење јавног поретка или добрих обичаја да би морало бити санкционирано по члану 104 став 2 Закона о облигационим односима. Не само у ужој средини из које парничне странке потичу, већ уопште и у нашој земљи, а и у иностранству, закључивање фиктивног брака ради добијања дозволе за боравак и рад у иностранству није ни најмање неубичајено. Да ли ће два лица да закључе брак због љубави или због новца је ипак њихова приватна ствар, а јавни интерес, принудни пропис и морална схватања би била угрожена само у случају да се брак не закључује слободном вољом супружника, већ принудом да би један од супружника или треће лице остварило имовинску или какву другу корист.“ Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж 3533/2010 од 21.10.2010 године. Извор: *ParagrafLex*, 1. март 2016. Став суда може се критиковати, јер изражава једно врло упрошћено и погрешно схватање о томе да је добар обичај исто што и обичај, понашање које практикује већина. Доследно томе, ако би већина државних службеника практиковала да закључује корупционе уговоре, корумпирање би било добар обичај. Упор. François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 11e édition, Paris, 2013, 433.

35 Вид. Гојко Никетић, *Начелне одлуке Касационог суда 1868-1908. год.*, Београд, 1908, одлука Опште седнице Касационог суда од 13. септембра 1899, бр. предмета 7043, 148; Гојко Нике-

ње у судској пракси одржало се до доношења ЗОО.³⁶ Након измена од 1993. године и напуштања идеалистичког схватања морала, у нашем праву постаје све присутнија тежња да се добри обичаји схвате реалистичније, ближе друштвеној стварности, као норма о моралности. Она провејава из судских одлука у којима су судови оглашавали неморалним и поништвали уговоре којима се тежило постизању неморалне користи (на пример, уговор о „враџбинама“³⁷, уговор о зајму датом у сврху коцкања³⁸ и уговоре о зајму са превисоком каматом³⁹) или уговоре који су се противили моралности у брачним односима (на пример, поклон који је један супружник учинио другом да би други остао у браку,⁴⁰ уговор на основу кога се један ванбрачни партнер обавезао да исплати другом супружнику или његовом родитељу суму новца да би други ступио у ванбрачну заједницу⁴¹). У ствари, судови све чешће приписују карактер доброг обичаја понашању које описују изразом „придржавање начела савесности и поштења”,⁴² а одступање од таквог понашања, означавају „несавесним“.⁴³ Можда би се могло говорити о замисли да се добри обичаји схвате као обичај савесних људи, чији прекршај повлачи осуду због огрешења.

тић, *Одлуке Опште седнице Касационог суда, Књига десета, Део осми* (средно Гојко Никетић), Београд 1924: одлука Опште седнице Касационог суда 822 од 1. новембра 1905. год, број предмета 223, 822; одлука Опште седнице Касационог суда од 21. фебруара 1908, број предмета 1422, 902; *Одлуке Касационог суда у Београду у грађанским предметима 1940-1942* (издање Министарства правде), Београд, 1943: одлука Касационог суда II Рев 1032/1942 од 12. октобра 1942, бр. 68, 17; одлука Касационог суда I Рев.611/1942 од 11 новембра 1942, бр. 69, 17.

36 Вид. С. Перовић (1975), 212-223.

37 Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 5113/2002 од 19. 12. 2002. год. Извор: *ParagrafLex*, 1. март 2016. године.

38 Вид. Решење Вишег суда у Ваљеву, Гж. 1328/2014 од 28.8.2014. године. Извор: *ParagrafLex*, 1. март 2016. Извор. *ParagrafLex*, 1. март 2016.

39 Вид. Пресуда Вишег привредног суда, Пж. 5953 од 27.11.1996. и Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 31/98 од 25.3.1998. године. Упор. Решење Врховног привредног суда, Сл. 110/86 од 9. март 1965, *Правни живот*, 2/1966, 94, наведена код: С. Перовић, *Забрањени уговори*, Београд 1975, 61.

40 Вид. Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 393/99 од 24. 3.1999. год. Извор: *ParagrafLex*, 1. март 2016.

41 Вид. Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу, Гж. 2125/2013 од 9.9.2013 године (извор: *ParagrafLex*, 1. март 2016). Упор. Пресуда Врховног суда Србије, Гж. 294/56, *Збирка судских одлука*, књ. II, св. 1, 77.

42 Вид. Решење Апелационог суда у Крагујевцу, Гж 2086/2010 од 1.12.2010. год. Извор: *ParagrafLex*, 1. март 2016.

43 Вид. Пресуда Окружног суда у Ваљеву, Гж. 885/2006 од 9.8.2006. год. Извор: *ParagrafLex*, 1. март 2016.

IV Јавни поредак

Појам јавни поредак због своје општости и неодређености изазива највише недоумица које све не могу бити на овом месту целовито разрешене. Задржаћемо се само на једном питању. Из досадашњих излагања видели смо да правне норме којима се изражавају принципи који чине јавни поредак у ширем смислу, принудни прописи и добри обичаји, имају обележја помоћу којих са већом или мањом тачношћу могу да се открију и примене у конкретним случајевима. Остаје питање утврђивања правне норме која оличава границу слободе уговарања садржине уговора, а није принудна, јер не изриче забрану нити намеће обавезу, а нема ни карактер норме о моралности, о добрим обичајима. Таква правна норма представљала би јавни поредак у ужем смислу.

Пре разматрања српског права корисно је погледати какав домаћај има јавни поредак у страним правима у којима је предвиђен као једна од граница слободе уговарања. У француском праву Грађански законик је у члану 6 забранио да се појединачним уговорима дерогирају „закони који се тичу јавног поретка и добрих обичаја“. Та формулација је деценијама разрађивана у правној теорији у покушајима да се јавни поредак дефинише. На крају, од тих напора се одустало са једогласним закључком да се значење појам јавног поретка не може одредити ни номинално ни еnumerативно.⁴⁴ Уместо тога, развијен је један функционални појам, у основи чисто технички, без правно одредиве садржине, који служи да се степењује принудност неке норме.⁴⁵ Јавни поредак у тој конструкцији обухвата све императивне норме: 1) које извиру из прописа; 2) којима су судови у недостатку изричите формулације приписали такав карактер.⁴⁶ Добри обичаји су један од аспеката јавног поретка.⁴⁷ Због тога неки француски писци у најновим издањима својих дела, развијајући доктрину о јавном поретку, унутар појма (*ordre public*) благо раздвајају јавни поредак који се манифестује у изречно или потенцијално принудним правним прописима (тај јавни поредак означавају називом јавни поредак у ужем

44 Упор. Jean Carbonnier, *Droit civil. Introduction*, 21e édition, Paris, 1998, 138.

45 Jean Hauser, „Ordre public et bonnes mœurs“, *Encyclopédie juridique Dalloz*, vo *Contrats et obligations*.

46 Гестен овим императивним нормама додаје оне које су настале из обичаја на које упућује пропис, као и норме створене приватним нормирањем, у колективни уговорима и општим условима пословања. Вид. Jacques Ghestin, *Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin. La formation du contrat*, 3e édition, Paris 1993, 93-96.

47 Вид. Philippe Malinvaud, *Droit des obligations*, 10e édition, Paris 2007, 62-63; J. Ghestin, 105

смислу, *ordre public stricto sensu*) и јавни поредак који се испољава кроз добре обичаје (*bonnes mœurs*).⁴⁸

У швајцарском Законнику о облигацијама правило о ограничењима слободе уговарања је другачије него у француском праву. Јавни поредак је у њему поменут као једно од четири ограничења: „Закон искључује споразуме страна само када прописује правило принудног права или када би одступање од његовог текста било противно добрим обичајима, јавном поретку или правима везаним за личност“.⁴⁹ У овом решењу јавни поредак не окриљује принудне прописе и добре обичаје него је сваки појам (принудни прописи, јавни поредак, добри обичаји, права везана за личност) засебан и има сопствену правну вредност. Они су међу собом одвојени границима, које додуше нису увек сасвим јасно оцртане.⁵⁰ Иако су јавни поредак и принудне норме блиски појмови, њихове садржине се не поклапају.⁵¹ Зато у швајцарском праву уговор може бити противан јавном поретку, а да истовремено не повређује принудну норму, ни добре обичаје, ни права везана за личност. Супротно томе, у француском праву уговор је супротан јавном пореку само ако повређује или императивну норму или добре обичаје.

Термин јавни поредак вратио се у наше законодавство и заузео место „уставом утврђених начела друштвеног уређења“ који су, као што је истакнуто, били један елеменат тријаде ограничења садржине уговора прописане у оригиналној верзији члана 10 ЗОО из 1978. године.⁵² Зато се

48 Вид. J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, 382.

49 Loi fédérale completant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations), art. 19 (доступно на адреси: <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19110009/index.html#index1>). Упор. Швајцарски законик о облигацијама – чл. 1 до чл. 551 – са предговором проф др Михаила Константиновића (превод Светислав Аранђеловић), Београд, 1962, 18.

50 Упор. Драгољуб Стојановић, „Слобода уговарања и јавни поредак“, *Архив за правне и друштвене науке*, бр. 3/1968, 394.

51 Oliver Guillod, Gabrielle Steffen, *Code des obligations I, Commentaire* (eds. Luc Thévenoz, Franz Werro), art. 19-20, Genève, 2003, 132-135; Pierre Engel, *Traité des obligations en droit suisse*, Berne, 1997, 113.

52 „Уставом утврђена начела друштвеног уређења“ као граница слободе уговарања садржине уговора имала су различиту судбину у кодификацијама облигационог права у државама формираним након распада СФРЈ. У словеначкој кодификацији (*Obligacijski zakonik, Uradni list Republike Slovenije*, бр. 83/2001, чл. 3), хрватској (*Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine, Službeni list Republike Hrvatske*, бр. 35/2005, чл. 2) и македонској (*Закон за облигационите односи, Службен весник на Република Македонија*, бр. 18/2001), формулације које означавају ово ограничења личе на ону коју су употребили законописци ЗОО из 1978. године и једна на другу. У словеначком праву учесници у облигационим односима не могу уредити облигациони однос „наспротив уставу“ (чл. 3 OR), а у

с разлогом може поставити питање да ли је јавни поредак у ужем смислу исто што и уставом утврђена начела друштвеног уређења,⁵³ да ли ови појмови имају исту правну садржину. На тако формулисано питање наводе мисли Врлете Круља из Коментара ЗОО. Објашњавајући ограничења слободe уговарања које је постављао члан 10, В. Круљ каже да су она дефинисана на нешто другачији начин него у другим грађанским законима, али не и у принципу другачије, и да ти други законици забрањују да се уговори закључују противно „јавном поретку“ у који улазе *фундаментална начела на којима почива поредак*. На другом месту, у коментару члана 103, говорећи о томе шта је означено уставом утврђеним начелима друштвеног уређења, аутор истиче да то нису само основна начела утврђена у Уводним деловима тадашњег Устава од 1974. године, него и фундаментални принципи нашег права и нашег друштвеног уређења који се могу извући из целине важећих прописа и духа нашег правног система, исказана у уставу као целини.⁵⁴ „Фундаментална начела“, „фундаментални принципи нашег права и нашег друштвеног уређења“, били су по овом објашњењу, уз Основна начела из уводних делова устава, један од два састојка уставом утврђених начела друштвеног уређења. Међутим, ако се зна да су преамбуле у уставима заправо предговори највишим државним правним актима, да су „прича о уставу“, а не правне нормe,⁵⁵ онда се мо-

хрватском, супротно „Уставу Републике Фрватске“ (чл. 2 ЗОО). У Македонији уговорне стране слободно уређују облигационе односе „у сагласности са Уставом“ (чл. 3 ЗОО). У Федерацији БиХ прихваћена је иста формулација као у Хрватској (вид. Закон о преuzimanju Закона о облигационим односима, *Службени лист РБиХ*, бр. 2/92, 13/93 и 13/94). У Црној Гори је од 1993. до 2008. год. уместо „уставом утврђеним начелима друштвеног уређења“ слобода уговарања је била ограничена јавним поретком, а од доношења Закона о облигационим односима (*Службени лист Црне Горе*, бр. 47/2008), то ограничење више не постоји (вид. чл. 3 ЗОО). У Републици Српској, Закон о облигационим односима, у тексту који важи на њеној територији, не помиње уставом утврђена начела, него јавни поредак.

- 53 За одговор није без значаја запазити да се у нормама међународног приватног права о решавању сукоба закона са прописима других земаља, сличан израз, *уставом утврђене основе друштвеног уређења* – којима не може бити супротно меродавно странo право, на чију примену упућује домаћа колизиона норма – користи да би означио међународни јавни поредак, то јест установу јавног поретка. Вид. Закон о решавању сукоба закона и надлежности са прописима других земаља, *Службени лист СФРЈ*, бр. 43/82 и 72/82, *Службени лист СРЈ*, бр. 46/96 и *Службени гласник РС*, бр. 46/2006, чл. 4. Упор. Тибор Варади, Бернадет Бордаш, Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Међународно приватно право*, Београд, 2010, 560.
- 54 *Коментар Закона о облигационим односима* (уредници Борислав Благојевић, Врлета Круљ), Београд 1980, 53 и 296.
- 55 Ратко Марковић, „Устав Републике Србије из 2006 – критички поглед“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/96, 2006.

же закључити да правну садржину уставом утврђених начела друштвеног уређења – једину и искључиву, али маскирану овим изразом – представљају фундаментална начела права, односно фундаментални принципи нашег права. Другим речима, између тих начела и јавног поретка у ужем смислу постоји једнакост.

В. Круљ не одређује појам фундаменталних правних начела, нити наводи која би то начела била, али истиче да се исказују у уставу као целини, из чега би произлазило да су фундаментална правна начела исто што и уставни искази или поједини од њих. Појам јавног поретка тако се своди на уставне ставове који опет могу бити различити по садржини и подобности да буду примењени на конкретне случајеве.⁵⁶ То би могли да буду уставни ставови који стоје у вези са уговором, попут појединих уставних начела,⁵⁷ неких основних начела економског уређења⁵⁸ и јемства људских права и слобода на пример, права границе или слободе границе (*libertés-limites*)⁵⁹ укључујући права и слободе које проистичу из опште-прихваћених правила међународног права и међународних уговора.⁶⁰

Међутим, појам фундаменталних правних начела не би требало свести само на она која су изражена уставним ставовима јер су уставни искази само један вид њихових нормативних уобличења.⁶¹ Начела могу бити оличена и кроз принципе других грана права. У облигационом праву већина их је нормативно изражена у Основним начелима ЗОО.⁶²

56 Вид. Един Шарчевић, „Интегрални и сумативни приступ правним принципима”, *Правни принципи* (уредник Един Шарчевић), Сарајево 2014, 24-28.

57 На пример, забрана сукоба интереса (чл. 6 Устава).

58 На пример, слобода предузетништва (чл. 83 Устава), једнакост правног положаја субјеката на тржишту (чл. 86 Устава).

59 Слобода кретања, слобода мисли, савести, вероисповести, слобода својине, итд (вид. Ратко Марковић, *Уставно право и политичке институције*, 12. издање, Београд, 2009, 456). На основу уставних јемстава, свака страна у уговорним односима може се ослонити на то да ће ове слободе и права бити поштована. Али, могу се замислити случајеви у којима ће бити потребно, да би се омогућило свакој страни у уговору да користи своје право или слободу, да суд интервенише ради решавања конфликта између њихових права. Конфликт се може појавити јер између људских права и слобода не постоји хијерхија и разрешити, по једном мишљењу, испитивањем пропорционалности између права у сукобу (вид. J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, 433).

60 Упор. С. Перовић (2007), 73.

61 Вид. Владан Петров, Саво Манојловић, „Уставна начела у пракси Уставног суда Србије“, *Правни принципи* (уредник Един Шарчевић), Сарајево, 2014, 74.

62 Према мишљењу Б. Благојевића, текстови основних начела су императивне норме и они као принудни прописи ограничавају слободу уговарања. Примера ради наведени су равноправ-

Ипак, поред записаних и прокламових, постоје правна начела врло високог степена општости, која се образују конструкцијом из већег броја норми и чије логичке последице могу бити потом примењене кроз друге правне норме. Као пример могло би се навести начело заштите слабије стране у облигационом праву.

Једну његову манифестацију, начело заштите потрошача, Невенко Мисита је извео из норми Основних начела (чл. 1, 8, 9, и 19), уз указивање на норме које га разрађују (*норме – разраде начела*). То су норме о закључењу уговора (чл. 27, 33, 34, 35, 42), тумачењу уговора (чл. 99, 100), општим условима формуларних уговора (чл. 142, 143), дејству уговора (чл. 121 и са њим повезани чл. 478-500 и чл. 501-507), престанку обавеза (чл. 321 и 378 ст. 1), продаји са оброчним отплатама цене (чл. 542-551) и посебним случајевима одговорности за штету (чл. 183).⁶³ Потребно је истаћи да је норма из члана 1 ЗОО потпуно преуређена Законом о изменама и допунама, а да су норме чланова 8 и 9 брисане. Норме – разраде начела међутим нису промењене овом законодавном интервенцијом. Стога накнадно стављање ван снаге основних начела из чланова 8 и 9 која су привредним субјектима налагале одређене дужности у заснивању и извршењу обавеза из облигационоправних односа у које ступају са потрошачима, не значи да начело не постоји, него само да није више изражено изричито и непосредно. Упркос томе што није текстуално изречено, о постојању начела може се извести закључак логичким повезивањем садржине норми – разраде начела у којима је оно развијено.⁶⁴

Сврха наведених норми–разраде начела јесте заштита једне стране у уговорном облигационом односу, али то не мора нужно бити потрошач, физичко лице које на тржишту прибавља робу или услугу у сврхе које нису намењене његовој пословној или другој комерцијалној делатности.⁶⁵ Осим у нормама у којима је изричито формулисано или из њих проистиче да је адресат физичко лице (на пример, у норми о једногодишњем року застарелости из чл. 321. ст. 1 ЗОО одређено је да она важи за обавезе преузете за потребе домаћинства, а у нормама о продаји са оброчним отплатама цене да се примењују када је купац физичко лице),

ност учесника у облигационом односу, савесност и поштење, забрана стварања и искоришћавања монополског положаја на тржишту, принцип еквиваленције. Вид. Б. Благојевић, 19.

63 Вид. Невенко Мисита, „Начело заштите потрошача у Закону о облигационим односима“, *Правни живот*, бр. 3-4/91, 407-424.

64 В. Водинелић, 149.

65 Вид. Закон о заштити потрошача, *Службени лист РС*, бр. 62/2014 и 6/2016, чл. 5 ст. 1 тач.1.

идеја о заштити је спроведена без обзира на то да ли је страна која треба да буде заштићена физичко лице које има својство потрошача, друго физичко лице, предузетник, правно лице, привредно друштво. Због тога, може се тврдити да руководна идеја правног начела разрађеног у овим нормама има шири домашај, да је она усмерена ка заштити слабије стране у уговору,⁶⁶ а не само ка заштити потрошача.

Најтипичније одредбе ЗОО у којима је начело примењено су одредбе о општим условима формуларних уговора (чл. 142 и 143). Општи услови су апстрактне, опште, стандардизоване уговорне одредбе које је једна страна припремила унапред, без преговора са другом уговорном страном. Друга страна фактички нема слободу уређивања садржине уговорног односа у смислу могућности да својом вољом утиче на изглед конкретних уговорних норми које ће бити примењене на уговорни однос. На тај начин, приступањем општим условима,⁶⁷ закључује се мноштво формуларних уговора: уговори о осигурању, уговори о кредиту, уговори о банкарском депозиту, уговори о финансијском лизингу, уговори о издавању и коришћењу кредитне картице итд. Надмоћност стране која је претходно припремила опште услове и одредила садржину, коју друга страна, без икакве измене, приступањем претвара у садржину уговора је очигледна. Она постоји без обзира да ли је страна која приступа потрошач или неки други правни субјект. Норма из члана 142 ЗОО штити ту страну тако што прописује да се општи услови морају објавити на уобичајени начин и да је обавезују ако су јој били познати, чиме спречава да општи услови у супротном случају постану садржина уговора.

Норма из члана 143 став 2 омогућава суду да у случају спора одбије да примени одредбе општих услова уколико су неправичне, лишвају другу страну права да стави приговоре или одређују да она „губи права из уговора” или право на рок или уколико су претерано строге према њој. Овлашћењем датом суду да контролише садржину општих услова и одбије да их примени у конкретним случајевима, спречава се да општи услови који су приступањем постали конкретне, уговорне, правне норме произведу правно дејство.

Одредба из члана 143 став 2 ЗОО нема когентни карактер, јер не изриче забрану, нити налаже обавезу уговорним странама. Она није принудни пропис. С друге стране, одредба из члана 143 став 3 није ни норма

66 Вид. В. Vizner, 45.

67 Вид. Марко Ђурђевић, „Приступање (адхезија) општој понуди – другачији начин да се закључи уговор“, *Pro et contra*, бр. 1/2002, 45-52.

о моралности, норма о добрим обичајима. Ипак, реч је о норми која онемогућава да поједине уговорне одредбе правно делују између уговорних страна. Дакле, она на један специфичан начин ограничава слободу уговорних страна да уреде садржину уговора. Таква функција израз је примене начела заштите слабије стране које је саставни део законског појма јавни поредак у нашем праву.

V Закључак

У изворном облику ЗОО је у члану 10 ограничио слободу уређивања садржине уговора тријадом појмова: принудни прописи, уставом утврђена начела друштвеног уређења и морал социјалистичког самоуправног друштва. Закон о изменама и допунама ЗОО од 1993. године преправио је норму из члана 10 и заменио два термина из ове тријаде. На места уставом утврђених начела друштвеног уређења и морала вратио је у правни живот јавни поредак и добре обичаје. Преправка члана 10 ЗОО отворила је питања утврђивања садржине и контура ових појмова.

Одговори до којих се у раду дошло су да је појам *принудни прописи* задржао садржину коју је имао. Појам *добри обичаји* унео је новину, јер се у пракси судова ово ограничење не схвата у смислу апстрактног морала, као дотадашње. Добри обичаји су норма о моралности, о обичајима савесних људи.

Постављање појма *јавни поредак* у исту раван са појмовима принудни прописи и добри обичаји довело је до потребе да се утврди његова садржина, која мора бити различита од садржне принудних прописа и добрих обичаја. По мишљењу аутора, јавни поредак, који је у раду назван јавни поредак у ужем смислу, не подудара се у потпуности са појмом уставом утврђена начела друштвеног уређења. Јавни поредак чине општа начела права која се изражавају у уставним ставовима, али, поред њих, у састав јавног поретка улазе и општа начела која се изводе из целовитости норми Закона о облигационим односима, попут начела заштите слабије стране у уговору.

Marko ĐURĐEVIĆ, PhD

Associate Professor at Faculty of Law University of Belgrade

Dragan PAVIĆ, Mag.

Assistant at Faculty of Law University of Belgrade

A FEW THOUGHTS ABOUT THE LIMITATIONS OF FREEDOM OF REGULATING CONTENTS OF CONTRACT IN OUR MODERN LAW

Summary

In Obligations Relations Act the freedom of regulating contents of contract was limited by constitutionally determined principles of social system, mandatory rules and the moral of socialist self-managed society. After the changes in 1993 freedom of contracts has been limited by mandatory rules, public policy (l'ordre public) and good morals (boni mores). More than two decades of using these legal limitations in our law, a question of frame and content of these terms is still actual. Mandatory rules are general imperative norms contained in laws and regulations made according to law. The imperative quality of norms can be explicit or potential when it originates from the concept of the norm. In the second case it is a judge that determines the cogent character of the norm. The notion good morals is similar to potential mandatory norms in terms of it depending on the judge to determine whether a norm is good morals. This notion neither implies factual usages, i.e. behaviour of the majority of citizens, nor moral in abstract sense. The conclusion that can be drawn from court decisions, good morals is norm related to morality, the norm of how conscientious people act. Public policy is not a clearly defined legal term. Its content is almost identical with the content of the term of constitutionally determined principles of social system from the original version of the Obligations Relations Act made in 1978. The core of the concept is made of fundamental law principles expressed in constitution norms, but it includes also general principles of contract law, that can be found in the content and aim of a larger number of legal norms. As an example we can mention the principle of the protection of the weak party to the contract.

Key words: *contract, freedom of contracts, mandatory rules, public policy (l'ordre public), good morals (boni mores).*