

АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

Година XIX

Септембар — Децембар 1971.

Број 5 — 6

ГРАНИЦЕ СЛОБОДЕ УГОВАРАЊА

1. Сваки правни систем у свом мозаику правних регула налази места и за једно подручје на коме су веће могућности индивидуалне активности и егзалтације личности. То је домен, бар у принципу, иницијативе странака и могућности регулisaња њихових односа изјавама њихових воља, у оквиру и духу законом утврђених правила. Од стране правног поретка странкама је пружена једна слобода уговорног уређења односа, слобода одлучивања, избора и регулisaња тих односа. Та тзв. слобода уговарања била је, од најстаријег времена до наших дана, увек у праву присутна, али увек са својим веома покретљивим границама. Некада, са веома скромним оквири-ма, као да бледи и нестаје из правног поретка у коме се још само њени трагови примећују, да би у неком другом времену доминирала правним поретком у симбиози са идејом о превласти индивидуалне воље над законом. Посматрана са стансвишта великих кодификација грађанског права, у прошлости и данас, та слобода никада није апсолутна. Може се, дакле, говорити само о њеним ширим или ужим границама. То произилази већ из самог појма и двојства израза „слобода обвезати се“. Има у тим речима, ако се до краја доследно прати њихов смисао и значење, неког неслагања, неке антиномије ⁽¹⁾. Слободна воља претпоставља одсуство сваке унутрашње или спољашње препреке, она у ствари значи безузрочност вољне радње. Она је апсолутно слободна ако је сама себи узрок, ако сама од себе почиње и ако не наилази ни на какву препреку или сметњу у спољњем свету ⁽²⁾. С друге стране, „обвезати се“ управо значи поставити слободној вољи једну препреку, услед чега она више и није слободна. Додуше, ова доктрина индетерминизма није општеприхваћена и према доктрини детерминизма људска воља није слободна, јер је она увек потпуно одређена једном или другом групом представа, она је одређена законима стварности. Слобода није особина људске природе, већ је слобода одређена ситуација, тј. човеков однос према спољашњим условима или према себи самоме и зато

⁽¹⁾ Дел Векио: Право, правда и држава. Расправе из филозофије права. Београд, 1940, стр. 110.

⁽²⁾ Петровијевић: О слободи воље, Београд, 1906, стр. 9' и сл.

се може говорити само о мањем или већем степену слободе ⁽³⁾. Индетерминизам би у праву нашао највеће упориште у теорији аутономије воље, док би детерминизам, у свом доследном значењу, свео уговорне субјекте на просте безвољне чиниоце. У уговорном праву, изгледа, нема места ни за један од ових праваца у њиховом искључивом смислу. Постоји у материји уговора слобода воље, али не у смислу њене безграничне аутономије, нити у смислу безвољних субјеката, већ у смислу једног принципа који трпи бројна ограничења и који никада у праву није био безрезервно прихваћен. То је у основи последица релативности свих категорија и регула друштвеног живота. То је последица дубоке потребе заједнице да, с једне стране, допусти и омогући слободно испољавање индивидуалне воље, али, с друге стране, да води рачуна о општим регулама заједнице које се не смеју препустити појединачној произвољности. Постоји поредак који изражава опште потребе једне правно организоване заједнице, један ред и извесност у примени тога поретка, који, у крајњој линији, служи и као гаранција управо индивидуалној вољи и њеном испољавању. Отуда се норме које представљају општеу својена правила понашања у једној заједници не могу нарушавати вољом појединаца. Оне изражавају опште интересе, па и интересе самих странака у питању. Проблем није, дакле, у одстрањењу слободе или у пружању апсолутне слободе, већ у осећању мере како у једном дуалитету пронаћи право место једној и другој друштвеној потреби: слободи индивидуалне активности и заштити општите добара једне заједнице. Решење, без сумње, не може бити произвољно од законодавца постављено, већ је оно диктирано степеном моралне, економске, филозофске и политичке еманципације једне средине. Ови метаправни чиниоци неминовно делују на карактер једног правног поретка. Њихова различитост је очигледна у разним срединама и разним временима. Отуда, и границе којима се обележава поље слободе уговарања нису исте у разним правним системима. Напротив, оне се мењају и суштински и по начину испољавања, мада се један минимум заједничког ипак може приметити, бар када су у питању извесне установе којима се то ограничење спроводи. Погледајмо, најпре, како су та ограничења изгледала у старом праву.

2. Ако се посматра историја римског права, од првобитних извора па до Јустинијана, може се рећи да је слобода уговарања, на један општи начин, била сачувана правилима снажно присутног формализма, као и оквирима појма *»boni mores«*. Првобитно римско право карактерише формализам

(3) У оквирима детерминизма срећу се две верзије појма слободе: теорија Хобса и Спинозе. Обе полазе од следећег: Човекова слобода није особина људске природе, није независна од узрочних условљености датих у подједнакој мери сваком човеку, него је то једна одређена ситуација — човеков однос према спољашњим условима или према себи самоме. Слобода није „дета“ човеку као уробена особина, него се може једино стицати и проширивати ширењем људске владавине — материјалне, интелектуалне или моралне — над природном средином. Слобода не претпоставља одрицање од детерминистичке интерпретације свега, па чак ни одрицање од најекстремније схваћене нужности ових догађаја; ситуација је исто као и све друге ситуације детерминисана законима стварности. Слобода је конкретна ситуација или пак збир конкретних ситуација. Према томе, може се говорити о мањем или већем степену слободе који је неки човек постигао, тј. о ужем или ширем обиму појава над којима је он способан да влада. Слобода је индивидуална ситуација — однос појединачног човека према околини или према самоме себи. Вид.: Колаковски: Филозофски есеји. Биће и постојање у појму слободе, Београд, 1964, с. 137.

у закључивању уговора. Правну заштиту уживали су само они уговори који су закључивани у строго прописаној форми, уз изговарање одређених речи, вршење одређених радњи, гестова, и сл. Испуњење форме представљало је конститутивни елемент уговора, тако да у одсуству форме уговор није настајао. Странке су се обвезивале испуњењем форме која је имала магијску моћ, тако да се један уговорник осећао обвезаним да изврши престацију према саговорнику, без обзира на његову противничиндбу. Изговорена реч или извршени обред производио је, готово увек, осећање религијског култа и страх од религијске санкције. Странке нису, дакле, поседовале слободу у избору начина испољавања воље, већ је све било унапред прописано и подређено „вањској одјећи” сходно правилу *»forma dat esse rei«*. Тај строги формализам који је „необично снажно цвetaо” ⁽⁴⁾ у првих шест векова Рима био је последица неразвијене размене и правног промета, неразвијености државног апарата, примитивности Римљана тога периода и великог утицаја религије на правни поредак ⁽⁵⁾. Неразвијеност друштвених односа и мали број уговора који је пратио ове односе није био терен на коме би индивидуална активност угрозила или нарушила постојећи поредак ствари. Ретки акти размене били су под апсолутном контролом форме, тако да странке нису биле у могућности да својом вољом учине нешто што би било супротно владајућим принципима тадањег времена. Индивидуална воља у том периоду била је, дакле, незнатне моћи у иначе ретким актима промета, а уколико је и долазила до изражаја, била је скучена и утиснута у строге и чврсте оквире форме. У таквим приликама, индивидуална воља у смислу уговорног обвезивања није могла представљати никакву опасност за постојећи друштвени поредак, због чега писани извори тога периода и не садрже ограничења воље у смислу данашњег јавног поретка, добрих обичаја и сличних појмова. Међутим, строги прописи о форми изјаве воље и њено свођење на унапред предвиђене оквире у којима једино може да ужива наклоност правног поретка, значе у суштини крупно ограничење слободе уговарања. То је ограничење многим ауторима послужило као основ закључку да у читавом периоду римског права није уопште постојала слобода уговарања, већ да је она плод каснијег времена ⁽⁶⁾. Такав закључак, изгледа, не би могао бити прихваћен, јер формализам ограничава странке у погледу избора начина испољавања воље, али не и у погледу основне опције: уговарати или неуговарати. Чак и у погледу ограничења слободе воље путем форме, историја римског права пружа доказе о томе да индивидуална воља није била притиснута формом увек на исти начин и истим интензитетом

(4) *Bonnecase: Supplément au traité théorique et pratique de droit civil de Baudry-Lacantinerie, t. II, Paris, 1923, стр. 453.*

(5) Стојчевић: Римско облигационо право, Београд, 1960, стр. 33; *Ihering: L'esprit du droit romain, t. III, Paris, 1887, стр. 210; Cuij: Les institutions juridiques des romains, t. I, Paris, 1891, стр. 720; Levy-Bruhl: Aspects sociologiques du droit, Paris, 1955, стр. 89; De Kulanž: Античка држава, Београд, 1956, стр. 149; Машкин: Историја старог Рима, Београд, 1951, стр. 84; *Girard: Manuel élémentaire de droit romain, Paris, 1911, стр. 484; Lepointe-Monier: Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français, Paris, 1954, с. 185.**

(6) По извесним ауторима аутономија воље има свој извор у канонском праву. Вид.: *Ripert: La règle morale dans les obligations civiles, Paris, 1927, стр. 39; Planiol-Ripert; Traité pratique de droit civil français, t. VI, Obligations, Paris, 1930, стр. 19 и сл. Waline: L'individualisme et le droit, Paris, 1945, стр. 169; насупрот: Gounot: Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Dijon, 1912, стр. 84; Благојевић: Уговори по присанку, Београд 1934, стр. 19.*

том. Напротив, већ у периоду Републике, извесни уговори се потпуно ослобађају форме, док се други и даље заључују у прописаној форми, али форми која је сада далеко једноставнија и лакша. Тачно је, додуше, да се римско право није никада на један општи начин ослободило правила *«ex nudo pacto actio non nascitur»*, али је исто тако тачно да је римско право током своје историје све више признавало пуноважност неформалних уговора, да би у Јустинијановом праву наишли на велики број уговора ослобођених сваке форме. Зато се може рећи да је и у римском праву постојала слобода уговарања, која је, бар што се тиче ограничења путем формализма, била све већа са еволуцијом овога права. Међутим, како је формализам током времена слабио пружајући на тај начин шире поље индивидуалној вољи, све се више учвршћивао појам *«mores»*, а доцније и *«boni mores»*, као значајан начин преко кога се вршило ограничење слободе уговарања. После првих шест векова римског права и владавине првобитног схватања формализма јавља се појам *«mores»* који је представљао основне обичаје владајуће у приватном и јавном сектору живота и прихваћене од свих у граду Риму (7). Повреда *«mores populi Romani»* је истовремено и повреда основа права односно правних принципа (8). Према архаичном схватању, чувар јавног морала био је цензор који је водећи *«nota censoria»* спречавао повреду јавних обичаја путем јавног и званичног укора упућеног ономе ко наруши јавни морал. То није била грађанскоправна санкција, већ више једна репресијзна мера установљена од магистрата (9). Уосталом, последице недопуштеног уговарања нису, по класичном праву, биле исте у свим случајевима таквог уговарања. Различитост санкција у том погледу послужила је римским правницима да све законе поделе на оне који су забрањени уговор проглашавале ништавим (*leges perfectae*), законе који нису предвиђали ништавост него само казну или друге неповољне последице за уговорника који је прекршио закон (*leges minus quam perfectae*) и најзад, законе који су извесне уговоре забрањивали, али нису предвиђали никакву санкцију (*leges imperfectae*). Ништавост као општа и јединствена санкција забрањених уговора постала је тек у петом веку (439. г.), за време цара Теодосија II и Валентинијана III (10). Иначе, *«mores civitatis»* у историји римског права нису остали исти. Они су се мењали, и у том смислу, грчка филозофија је имала великог утицаја. Постепено, поред старих римских обичаја *«mos majorum»*, у живот Римљана продиру страни обичаји тако да долази до супротстављања између обичаја града *«boni mores»* и страних обичаја *«mali mores»* (11). Римски правници тога доба нису били наклоњени продору страних обичаја. О продирању нових обичаја и грчке филозофије у живот Римљана, Марко Тулије Цицерон је писао да се на отаџбинско тло не увози само роба и нова учења него и нови обичаји и нов морал, тако да од старих римских обичаја ништа не остаје нетакнуто (12). Настојање да се што више заштите *«boni mores»*

(7) Senn: *Des Origines et du contenu de la notion de bonnes moeurs*, Recueil d'études sur les Sources du Droit, in l'honneur de François Gény, Paris, 1934, t. I, стр. 53 и сл.

(8) Koschimbahr-Lyskowski: *Conventiones contra bonos mores*, Mélanges de Droit Romain dédiés à Georges Cornil, Paris, 1926, t. II, стр. 30.

(9) Simon: *L'ordre public en droit privé*, Rennes, 1941, стр. 20.

(10) Хорват: Римско право, Загреб, 1967, стр. 192.

(11) D. 47. 10. 15. 6

(12) Cicero, *De Republica*, 2. 4.

добило је од седмог века Рима и практични правни изглед, у чему је велику улогу одиграо претор. Увођењем *exceptio doli* могао се одбити захтев тужиоца с позивом на повреду добрих обичаја ⁽¹³⁾. Тако се, ради очувања старих римских обичаја и одбране од страних утицаја све више учвршћивао појам »*boni mores*« као граница слободе уговарања. Али, ипак овај појам није могао да остане имун од продора страних утицаја, а посебно утицаја грчке филозофије. Она је постепено све дубље и дубље продирала у римске концепције ⁽¹⁴⁾. Она поучава своје нове присталице да по природи ствари постоје обичаји који су добри и који нису добри и да се та квалификација заснива једино на општем мишљењу. У складу са добрим обичајима поступа онај ко поштује „природне принципе“, а то значи онај ко се придржава савесности, онај ко ради и производи, подиже и васпитава децу, испуњава религијске обавезе, поштује другог, и сл. ⁽¹⁵⁾. Према томе, повреда „добрих обичаја“ није само напад на правне принципе већ и на принципе морала. Отада, појам „добри обичаји“ постаје веома широк. При томе, нису била напуштена ни стара схватања о обичајима града Рима, тако да су они увек остали »*mores civitatis*«, али са тенденцијом да се посматрају као »*boni*«, што је заслуга грчке филозофије. Поступати »*contra bonos mores*« значило је тада и поступати »*turpe*« ⁽¹⁶⁾. Према тексту Папинијануса, супротан је добрим обичајима сваки акт којим се вређа пиетет, побожност, мило срђе, правична накнада и истина ⁽¹⁷⁾. С друге стране, према старим обичајима града, слободан човек не може бити продан ⁽¹⁸⁾, отров не може бити предмет уговора ⁽¹⁹⁾, а такође, ни *res sacrae* ⁽²⁰⁾, итд. Све је то ван промета и супротно поступање би било противно добрим обичајима — »*adversus bonos mores civitatis*«. Претор на један општи начин не признаје важност ових уговора јер су они супротни основама права ⁽²¹⁾. Од интереса је поминути и један Улпијанов фрагмент који гласи: »*Privatorum conventio juri publico non derogat*« ⁽²²⁾, а који се повезују са текстом Папинијуса: »*Jus publicum privatorum pactis mutari non potest*« ⁽²³⁾. Очигледно је да се и овим текстовима постављају границе индивидуалној вољи. Међутим, речи »*jus publicum*« ипак се не могу схватити као синоним појма јавног поретка и добрих обичаја, како то извесни аутори мисле ⁽²⁴⁾. *Jus publicum* према *Digesta* је оно право које се односи на римску државу, а приватно оно које се тиче користи појединаца ⁽²⁵⁾. Зато изгледа да је појам »*boni mores*« шири од »*jus publicum*« и да стога представља општини оквир којим се ограничава слобода уговарања. Као што смо видели, он је испуњен старим обича-

(13) Senn: наведено дело, стр. 59; D. 47. 10. 15. 2; D. 47. 10. 15. 23.

(14) Senn: *De la Justice et du Droit*, Paris, 1927, стр. 4 и сл.

(15) Senn: *Des origines et du contenu de la notion de bonnes moeurs*, *Recueil d'études sur les Sources du Droit en l'honneur de François Gény*, Paris, 1934, t. I, стр. 60 и сл.

(16) D. 2. 14. 27. 4; D. 45. 1. 26. 27; D. 45. 1. 123; D. 47. 10. 15. 2

(17) Simon: наведено дело, стр. 23.

(18) D. 18. 1. 70

(19) D. 18. 1. 30. 32

(20) D. 18. 1. 22; D. 45. 1. 83. 5

(21) D. 47. 10. 15. 6

(22) D. 50. 17 *De regulis juris*, 45, 1

(23) D. 2. 14. 38

(24) Вид.: Simon: наведено дело, стр. 56.

(25) D. 1, 1, 2.

јима (*«mores»*), али, доцније, проткан и чисто етичким концептом (*«boni»*) који се углавном формирао под утицајем грчке филозофије. Ако се хоће, на крају једним скрућеним погледом да обухвати еволуција граница слободе утоварања у римском праву, може се рећи да су те границе на неки општи начин чинили формализам и појам *«boni mores»*. У периоду потпуне владавине формализма и неразвијених друштвених односа није било потребе за посебним прописима о заштити општих интереса, у смислу данашњег појма јавног поретка и добрих обичаја, пошто су прописи о форми покривали поље заштите тих интереса. Међутим, како је еволуција текла у правцу ослобађања права од формализма упоредо са развојем друштвених односа и правног промета, јављале су се и регуле обухваћене појмом *«boni mores»*, којима се штитио постојећи правни и морални поредак. Отуда, иако римско право није познавало израз „јавни поредак“, он се, у суштини, и у том праву налази са увек истим циљем да спречи домаћај индивидуалне воље преко граница утврђених основним принципима и установама једног друштвеног поретка.

3. Доба раног феудализма карактерише се поновном владавином формализма у уговорном праву. После пропасти римске државе долази до великог застоја у развоју права и правне науке. Враћање на натуралну затворену кућну привреду, нарочито у западним областима Римске Империје, није био процес у коме би се облигационо право, као право промета, могло развијати. Варварски законици (*Lex Salica, Lex Ripuaria, Lex Alamannorum, Lex Visigothorum, Lex Burgundiorum*, и др.) означавају повратак архаичног формализма у коме поново преовлађује симболика и ритуал. Правни послови се закључују у строго одређеним формама уз испуњење симболичких гестова. Обавезе странака нису последица њихове сагласности, већ фактичког преноса ствари или извршеног обреда. Постоје две велике категорије уговора: они који се закључују *«res»* и они који су потчињени другим формалностима. Купопродаја која се у римском праву ослободила сваке форме постала је у овом периоду реални уговор. Обавеза купца да плати цену не настаје из сагласности о предмету и цени, већ из факта што је ствар једне од странака прешла на другу. Форма уговора огледала се у извршењу једног обреда у коме се дужник обвезивао да ће извршити одређену обавезу према повериоцу, предајући овоме штап (*festuca*). То су били односи засновани на тзв. *fides facta*⁽²⁶⁾. Позивање на добре обичаје било је ретко у овој епохи. Веће присуство форме и формализма сводило је појам добрих обичаја на уске оквире и не много значајне институте друштвеног поретка. У ствари, захтеви строгог формализма тада су представљали довољну гаранцију од повреде друштвеног поретка индивидуалном вољом. Строгост форме поново преузима функцију појма *«boni mores»* који се од доба републике римског права почео нагло ширити. На тај начин, границе слободе утоварања у доба раног феудализма у многоме подсећају на границе постављене још у првобитном римском праву. Ипак, неки фрагменти, у смислу позивања на добре обичаје у овом периоду, заслужују да буду по-

(26) Brissaud: *Manuel d'histoire du droit privé*, Paris, 1935, стр. 427; Barmann: *Pacta sunt servanda. Considérations sur l'histoire du contrat consensuel*, Revue internationale de droit comparé, Paris, 1961, No 1, стр. 23; Esmein: *Etudes les contrats dans le très ancien droit Français*, Paris, 1883, стр. 33; Dareste: *Nouvelles études d'histoire du droit*, Paris, 1906, стр. 149

менути. Тако, уговор се не може одржати уколико је закључен са неморалним циљем или подвалом или ако је супротан добрим обичајима или закону⁽²⁷⁾. Као што се види, постоји овде ограничење индивидуалне воље у том смислу да она не може бити противна извесним принципима. Али, ови фрагменти нису представљали слово закона, а поред тога, они не дају одговор на питање шта се има подразумевати под појмом добрих обичаја, нити наводе примере уговора супротних добрим обичајима. Изгледа, да се, и поред поменутих текстова, може закључити да је период варварских законика, почев од краја V века, у доброј мери „закаснио“ еволуцију ослобађања права од формализма и учвршћивања појма јавног поретка и добрих обичаја као граница слободе уговарања⁽²⁸⁾.

4. Период другог раздобља европског феудализма (тзв. каснији феудализам) карактеристичан је, за наше питање, по двојству световног и канонског права. Развојни пут граница слободе уговарања био је паралелно обележен регулама световног и канонског права. Али, у том паралелизму било је у извесним епохама изразите премоћи једног права над другим. Тако, у средњем веку све до Тридентског сабора (1545—1564) очигледна је премоћ канонског права, а од тада све је веће освајање световног права. Још у XIII веку било је покушаја да се одговори на питање који су правни послови супротни добрим обичајима. Карактеристичан је у том смислу текст старог француског писца Боманоара (*Phillippe de Beaumenoire*) који се сматра првим теоретичарем француског права. По њему, уговори су јачи од закона, па их зато треба поштовати и испуњавати, али не и оне уговоре којима се постиже неки недозвољени циљ. Тако, кад се један човек обавезе да ће за одребеној суми новца истући или убити трећег, онда се неће дуговати уговоре на сума, јер се такве обавезе не треба придржавати; такав уговор је забрањен и као такав неће бити пуноважан. „Има још уговора којих се не треба придржавати: као кад обећам да платим дугове из коцке или зеленашења или се обавезем неком човеку да за његов рачун или за рачун неког другог учиним нешто што би му више шкодило него користило. Правни послови противни праву били би нпр. ако тестаментом оставим више од петине мог имања или ако дам првој жени више од половине имања или другој више од четвртине или ако уговором оставим једном детету толико да друга деца, ако их има, остану без наследства — све такве обавезе не треба да буду одржане. Правило да је уговор јачи од закона односи се на сопствену ствар, која према обичајном праву не иде другоме; јер истина је да моје наследство по обичају припада мојим наследницима ако га не продам или не отуђим за живота из неких оправданих разлога; нити, пак, могу своје наследство оптеретити оним што остаје жени после мужевљеве смрти више него што се то по обичају ради — и због тога се тих обавеза не треба придржавати. Уговори који су закључени противно добрим обичајима — као кад бих уговорио да нешто украдем или учиним нешто рђаво, да некога истучем, или кад бих се одрекао цркве — не могу бити пуноважни: ниједне такве обавезе не треба се придржавати па чак и када бисмо се заклели да је

(27) *Pierre de Fontaine: Conseil à un ami*, XV, 1 (цит. према *Simon*: наведено дело, стр. 27).

(28) *Planiol, Ripert, Boulanger: Traité élémentaire de droit civil*, t. II, Paris, 1952, стр. 16.

испунимо. Свака обавеза у циљу вршења неког зла и која је противна добрим обичајима може бити опозвана" (29). Као што се види, текстови овог аутора су врло изричити. Он даје примере уговора који се не могу одржати с обзиром на околности под којима су закључени. Код тих уговора не може се применити правило да су уговори изнад закона. Воља странака не може произвести правна дејства ако се тиме вребају добри обичаји, утврђени друштвеним поретком. Са те тачке гледања овај аутор набраја многе забране у материји правних послова. Ту је закон тај који је изнад уговора. Уговор не може бити противан јавним обичајима, правним принципима и основама друштвеног поретка. Та општа правила стварају једну непремоствену препреку индивидуалној вољи. Ако се у овим фрагментима не налази на израз „јавни поредак“, као што то није било ни у римском праву, употребљени изрази и појмови су веома слични јер се помоћу њих у ствари врши ограничење слободе уговарања.

5. Границе слободе уговарања у средњем веку биле су постављене и канонским правом. Ово право, сходно свом учењу о метафизичком поретку и бесмртности душе, стајало је на становишту да се индивидуалном вољом не може ништа пуноважно уговорити што би било супротно духовном добру. Онај ко уговара у складу са правилима канонског права, спасава своју душу у свом натприродном крају. Напротив, ако се уговором вребају правила канонског права, онда се чини грех и спас душе изостаје. Како су категорије канонског права ван граница искуства и просторновременске стварности, то ограничења слободе воље постају апсолутна и непроменљива вредност. Помоћу појма „спаса душе“ и „општег (јавног) добра“, као чисто духовних творенина, канонско право заштићује свој метафизички поредак ствари. Са гледишта овога права, у смислу граница слободе уговарања, значајну улогу одиграла је промисорна и комфирмативна заклетва. Заклетва је у ствари била један формалан уговор религијског карактера. Промисорна заклетва састојала се у формули коју је изговарало лице које чини обећање, а која се састојала у изговарању речи *»per Deum iuro et sic me Deus adiuvet«*. Она се нарочито примењује од 13. и 14. века и то за скоро све уговоре. У њој се препознаје утицај римске стипулације и германске *fiâes facta*. Шта је у ствари та заклетва значила на пољу забрањених уговора и које су њене карактеристике и дејства? Пре свега, она није била именовани уговор, већ више један начин уговарања, један образац и формула за закључење разних уговора. Она, дакле, није била уговор са одређеним и непромењеним предметом, већ више оквир опште примене. По тој особини она је подсећала на римску стипулацију. Према томе, њено поље примене било је врло широко, скоро да је достигало неограничен домаћај. Заклетва је била једностран уговор. Клетвеник пружа обавезу према Богу и то је главна обавеза, а обавеза према саговорнику била је акцесорне природе. Она је била апстрактан уговор. Производила је дејства независно од каузе. За њено закључење није се захтевала пословна способност као у другим случајевима. Довољно је било да се поседује потребна моћ расуђивања, што значи да су је могла чинити и лица млађа од 25 година. Недостаци воље, изгледа, нису утицали на њену пуноважност. Оба-

(29) *Philippe de Beaumanoir: Coutumes du Beauvaisis, Paris, 1899, стр. 152, 160*

веза створена заклетвом била је незастарива и непреносива. Као што се види, поље примене заклетве било је веома широко. За наше питање веома је важна чињеница да су се помоћу заклетве могли пуноважно закључити и они уговори који су иначе били забрањени световним, па чак и канонским правом. На тај начин се, с једне стране, јављају забрањени уговори на плану световног и канонског права, али, с друге стране, ти уговори престају бити забрањени ако се закључе у форми заклетве. Тако нпр. *pacta comissoria*, забрањена код залоге и хипотеке, могла је бити предмет пуноважне заклетве; удата жена могла је помоћу заклетве да отуђи своја миразна добра; лица млађа од 25 година могла су заклетвом да отуђе своја добра; одрицање од будућег наследства, мада је било забрањено световним правом, могло је бити предмет заклетве; помоћу заклетве било је могуће закључити уговор о поклону, чак и када нису били испуњени захтеви законом постављени; заклетвом се могао закључити поклон међу супрузима, када је овај законом био забрањен. Ово су све били уговори који нису могли бити пуноважно закључени по прописима световног права. Међутим, заклетвом су могли бити закључени и они уговори који су по самом канонском праву били забрањени. Тако нпр., по канонском праву, био је забрањен зајам са каматом. Међутим, овај је могао бити пуноважно закључен ако је био сачињен у форми заклетве ⁽³⁰⁾. Ипак, моћ промисорне заклетве није била без граница. Канонисти постављају правило да заклетва неће имати обавезну снагу ако је супротна добрим обичајима. Али, они узимају израз »*boni mores*« у једном уском и посебном значењу. Они под тим изразом подразумевају природну правичност (*boni mores naturales*), насупрот правилима уведеним арбитрерним законима друштва (*boni mores civilis*). Заклетвом се не могу врећати само *boni mores naturales*. Поставља се скоро апсолутно правило да заклетва нема дејства ако се тиме чини грех. Канонисти иду и даље у томе и изјављују да је ништава свака заклетва која је супротна закону или другим актима који се ослањају на јавни интерес. Али, тај интерес је увек идентификован са интересима цркве ⁽³¹⁾. Поред промисорне заклетве којом се ствара нова облигација, у канонском праву била је у употреби и заклетва за „консолидовање“ или „потврду“ већ постојеће односно раније установљене облигације. То је домен комфирмативне заклетве. Она преображава једну већ постојећу облигацију у облигацију према Богу. Поставило се питање да ли ова заклетва има моћ да поврати ваљаност једној облигацији која је ништава по »*jure civili*« или »*jure pontificio*«. То питање дао је места живим дискусијама ⁽³²⁾. Сигурно је да сама заклетва мора бити ваљана, тј. да не сме вре-

(30) *Esmein: Le serment promissoire dans le droit canonique Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, Paris, 1888, стр. 248 и даље; *Brissaud*: наведено дело, стр. 148, 447 и сл. *Colion-Capitant: Cours élémentaire de droit civil*, t. II, Paris, 1920, стр. 265; *Ihering: Navedeno delo*, стр. 183; *Rouxel: Recherche des principes généraux régissant l'Evolution contemporaine du formalisme des Actes juridiques*, Cherbourg, 1934, стр. 17; *Spics: De l'observation des simples conventions en droit canoniques*, Paris, 1928, стр. 167; *Boyer: Recherches historiques sur la résolution des contrats*, Toulouse, 1924, стр. 212; *Перовић: Формални уговори у грађанском праву*, Београд, 1964, стр. 9 и сл.

(31) *Simon*: наведено дело, стр. 33; *Esmein*: наведено дело, стр. 270 и сл.

(32) *Girard: Manuel élémentaire de droit Romain*, 8 éd., Paris, 1929, стр. 739; *Brissaudi: Cours d'histoire générale du Droit Français Public et Privé*, t. II, стр. 1405

ћати »*boni mores naturales*«, али за уговор који је помоћу ње требало да буде консолидован, изгледа да се доста често правила разлика између ништавих облигација »*ipso jure*« и »*exceptionis ore*« и само ова друга је могла постати ваљана помоћу комфирмативне заклетве ⁽³³⁾.

6. Почев од друге половине 16. века примена заклетве и канонског права, уопште, постаје све више ограничена и постепено губи велики део своје моћи. Помоћу разних средстава и са разних страна почиње да се напада свемоћ заклетве. Постепено се прихвата схватање да владар може, пре свега, преко једне опште мере да посматра сваку заклетву као повреду утврђеног световног закона. Поред тога, правници тога периода све више истичу да се верници имају покоравати и цивилним законима и да би било погрешно да се заклетвом може заобићи цивилно право. Ако би се заклетвом изигравали прописи цивилног права, онда би таква заклетва била ништава. Тако се у 16. веку ствара теорија према којој је ништава свака заклетва која је супротна одредбама закона и којом се вређају добри обичаји и јавни интереси. Од тада се под појмом добрих обичаја не подразумевају само *boni mores naturales* (природна правичност), како су то раније прокламовали канонисти већ и *boni mores civilis*. Повреда цивилног закона значила је повреду утврђеног друштвеног поретка. Тако се добри обичаји трансформишу и потчињавају јавним интересима ⁽³⁴⁾. Ипак, та еволуција није текла без тешкоћа и бројни су текстови из тог периода из којих се види да су једну такву забрану многи и даље оправдавали чисто метафизичким разлозима. Али, и поред тога, може се рећи да се од краја 16. и почетка 17. века појам јавног интереса у доброј мери схвата и „световно“, тако да се убудуће њиме штите и грађански закони. У том периоду Лориер (*Laurière*) бележи принцип да се индивидуалним споразумима не могу вређати закони; али, ако су у питању суплеторни закони, онда се они могу дерогирати уговорима и само у том случају се може рећи да су уговори изнад закона ⁽³⁵⁾. Тако, већ на почетку 17. века чини се разлика између императивних и диспозитивних норми у смислу одређивања домена јавног интереса. Међутим, прву кохерентну теорију о границама слободе уговарања поставио је у 17. веку француски теоретичар Дома (*Domat*). Своја излагања он почиње прокламацијом принципа слободе обвезивања кога повезује са прометом материјалних добара. Али, треба ипак ставити једну границу тој слободи. Свака обавеза је дозвољена само ако је у сагласности са друштвеним поретком. Оно што га вређа забрањено је и кажњиво. Обезбеђања у уговорима којима се вређају закони и добри обичаји не обавезују никог. Странке могу вређати само оне законе који су установљени у њиховом интересу, али оне не могу вређати законе којима се заштићује друштвени поредак. Дома се не задржава само на констатацији забрањености уговора којим се вређа друштвени поредак. Он у том смислу врши прецизирање. Забрањени су уговори којима се вређају закони. И како постоје две врсте закона — они који представљају природно право и они који су

(33) *Simon*: наведено дело, стр. 34.

(34) *Tison: Le Principe de l'autonomie de la volonté dans l'Ancien Droit Français, Paris, 1931, стр. 97, 160 и сл.*

(35) *Laurière: notes »Institutes Coutumières« d'Antoine Loysel, Paris, 1846 (цит. према Simon: наведено дело, стр. 37).*

позитивно право — то постоје и две врсте забрањених уговора. Једни, којима се вређа природно право и добри обичаји и други, који су супротни позитивном праву. Тако, противно је природном праву и добрим обичајима уговарање крађе или убиства или насиља. Такви уговори су увек забрањени, они су противни природном праву, мада су уједно забрањени и позитивним правом. С друге стране, забрањени уговор који би се противио само позитивном праву био би нпр. уговор о продаји неке ствари чији је промет законом забрањен. Поред тога, Дома указује и на могућност повреде друштвеног поретка путем одрицања од неког права које је дато појединцу. У свим уговорима — каже Дома — свако може да се одрекне свога права руководећи се својим користима, али све то под условом да се тиме не вређа правичност, закони, добри обичаји и интереси трећих лица. Преузета обавеза у том смислу била би ништава, и аутор ту разликује две врсте ништавости: ништавост услед пословне неспособности странке која се одриче од права и ништавост због повреде закона или добрих обичаја. Као што се види, Дома је анализирао појмове: добри обичаји, недозвољеност, законску забрану, правичност, и сл. Он је с правом закључио да су ови различити изрази само манифестација заштите друштвеног поретка. Међутим, када је у питању израз „јавни поредак“, треба рећи да је Дома био веома близу томе изразу, или тачније, тај израз је био на маргини његове теорије ⁽³⁶⁾. Он говори о друштвеном поретку, о његовој повреди, о јавности и њеној заштити — што је сасвим близу израза јавни поредак. Усталом, пустимо самог аутора да нам о томе каже: „С обзиром да је сваки човек члан одређене друштвене групе, он мора да испуњава задатке и функције које су утврђене његовим положајем у тој групи. Ти задаци и функције су у ствари обавезе члана групе и он их осећа као сопствене законе. Будући да је сваки појединац везан за одређену друштвену групу чији је члан, он не може ништа предузети што би вређало поредак те групе. Садржина његове потчињености групи уврђена је законима поретка те групе и моћи Божјом. Обавеза сваког појединца, дакле, има оквире у поретку друштва чији је он члан и та обавеза налаже да се ништа не чини према другима у нарушењу тог поретка. Они који би нарушили тај поредак, чинили би неправду другима и проузроковали би једну дисхармонију, чиме би била повређена јавност лица или добара и све то, најзад, води повреди добрих обичаја и спољњег поретка” ⁽³⁷⁾. Из овога текста се види да је Дома у своју теорију уградио схватање о једном спољњем поретку у сваком друштву, поретку који, под претњом ништавости, не сме бити повређен индивидуалном вољом. Међутим, тај поредак, према Доми, по свом пореклу је метафизички и заснован је, бар у друштвеним системима Запада, на принципима хришћанског морала. У његовом „друштвеном поретку” превагу добијају религијски принципи над принципима позитивног права, али, према Доми, и принципи позитивног права улазе у појам друштвеног поретка, за разлику од учења канониста пре Доми. Као што се види, теорија ДOME није остварила неки нарочити напредак у односу на претходне, јер се и она у суштини ослања на метафизичке идеје. Међутим, она је поставила једну синтезу дотадашњих фраг-

⁽³⁶⁾ Simon: наведено дело, стр. 42

⁽³⁷⁾ Domat: *Traité des Loix*, ch. V, § 2,3

ментарних излагања и највише се приближила појму, па чак и изразу, јавног поретка. Поред тога, она је у свет императивних норми које се не смеју „дирнути“ појединачним уговорима или одрицањем од права, увела, поред принципа природне правичности, и принципе позитивног права. — После теорије коју је поставио Дома, аутори се у 18. веку углавном ограничавају на репродуковање формуле да обавезе преузете вољом странака треба испуњавати са изузетком ако се њима вређају добри обичаји и друштвени поредак ⁽³⁸⁾. Извесно прецизирање појма добрих обичаја извршио је Потје (*Pothier*) који је дао неке примере забрањених уговора. Он каже да је уговор забрањен ако му је циљ противан правичности, савесности и добрим обичајима; тако нпр. забрањен би био уговор између заложног повериоца и купца о преносу својине на заложеној ствари, јер заложни поверилац има законску обавезу да ствар врати власнику. Овај аутор продубљује теорију о границама слободе уговарања на тај начин што у недозвољеном циљу види пример забрањеног уговора, што представља претечу теорије недозвољене каузе ⁽³⁹⁾.

7. Принцип слободе уговарања добија најшире могуће оквири у учењу теорије аутономије воље. Произашла из политичког либерализма проповеданог од филозофа 18. века и економског либерализма током 19. века, теорија аутономије воље представља тријумф појединца над друштвом ⁽⁴⁰⁾. То је једно филозофско схватање према коме обавезе међу људима настају зато што то они хоће. Индивидуална воља је изнад закона, она поседује стваралачку снагу. Воља је извор облигација, а не закон као спољни ауторитет. Пошто је човек слободан, обавезу може преузети само он и то одлуком своје слободне воље. Отуда се обавезна снага уговора заснива на вољи, а не на закону. Индивидуална воља је аутономна и суверена. Будући да се вољом странака слободно регулишу њихови односи, уговор је, изнад свега, акт правичности. Странка која је уговором преузела обавезу не може се жалити да јој је тешка, пошто је ту обавезу слободно преузела. Отуда и максима теорије аутономије воље „Ко каже уговор каже правичност“ ⁽⁴¹⁾. Као што се види, учење о аутономији воље израз је индивидуалистичке филозофије и економског либерализма. То учење долази као последица поставки и циљева француске револуције које је ова истакла против феудализма, а у корист ослобођења личности од разних друштвених стега, привредних, политичких и интелектуалних. Са француском револуцијом феудалну спутаност индивидуе замењује слободна воља, која заједно са извесним елементарним правима човека чини саставни део основних идеја новог друштвеног система. Прокламовање једнакости и слободе међу људима, неограничене приватне својине, слободе индивидуалне активности — имало је утицаја и на уговорно право. Створен је један постулат по коме су само појединци, сходно свом природном праву, позвани да потпуно

(38) *Argou: Institution au Droit Français, vol. 2, Paris, 1771, t. II, стр. 336.*

(39) *Pothier: Oeuvres, t. II, Paris, 1848, no 15, стр. 12, 25 и сл.*

(40) *Marty, Raynaud: Droit civil, II, 1 vol., Les obligations Paris, 1962, стр. 30; Planiol. Ripert, Boulanger: Traité élémentaire de droit civil, t. II, Paris, 1952, стр. 6; Gounot: Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Dijon, 1912; Перовић: Облигационо право I, Општа теорија уговора, Београд, 1968, стр. 2—17.*

(41) *Ripert: La règle morale dans les obligations civiles, Paris, 1927, стр. 40; Carbonnier: Théorie des obligations, Paris, 1963, стр. 81.*

слободно стварају и регулишу своје грађанскоправне односе. Граница те слободе може бити само слобода другог. Узима се да индивидуална слобода може бити ограничена, али да се та ограничења могу правдати само у мери која је потребна за одржавање слободе другог, а не ради заштите општих интереса. Границе аутономије воље схватају се као секундарна појава или тачније, слободна воља и њене границе представљају израз два лица исте идеје — идеје аутономне воље. Слобода и њено ограничење не схватају се, дакле, као теза и антитеза, већ као једна хармонична целина у коју се сливају слободне воље и њихове препреке које постоје једино зато да би омогућили потребну слободу других. Ограничење слободе воље не представља, дакле, акт неког спољњег ауторитета изнад воље, већ управо акт воље којим се омогућава и који је неопходан ради пуне слободе других.

8. У светлу учења о аутономној вољи принцип слободе уговарања добија веома широко поље. У погледу садржине уговора, он се, најпре, испољава у једној генералној опшији: уговорати или неуговарати. У случају да се странка определи на закључење уговора, од њене слободне воље зависи избор другог уговорника. Странке су, затим, потпуно слободне у одређивању садржине уговорног односа, оне својом вољом суверено одређују елементе уговора и регулишу међусобна права и обавезе. Оне могу закључивати различите уговоре, без бозира да ли су они законом предвиђени или не, јер су неименовани уговори исте правне важности као и именовани. Уговор слободно закључен ужива правну заштиту исто као да је реч о обавези коју је закон предвидео. Једанпут закључен сматра се да је уговор неповредив у том смислу што никоме не припада право (ни суду, ни трећим лицима, нити само једној странци) да га мења у било ком правцу. То право резервисано је само за заједничку вољу, што у ствари представља нов уговор, а за принцип слободе уговарања нов тријумф. Сходно општем принципу да су странке слободне у заснивању и регулисању међусобних односа, принцип слободе уговарања налаже правило да су странке слободне и у погледу начина на који ће изразити своју вољу. Обавезне форме које би закон предвиђао значиле би извесно ограничење слободне воље, па отуда принцип слободе уговарања налаже да се уговори закључују *solo consensu*.

9. Теорија аутономије воље и принцип потпуне слободе уговарања као последица и примена ове теорије на материју уговора, није никада у свом буквалном значењу био прихваћен у законодавству. Учење о безграничној слободи воље није могао ниједан правни систем да прихвати, па чак ни Француски грађански законик који је израз и тријумф индивидуализма. Али, ако није било прихваћено у буквалном смислу и у смислу једне до краја доследне примене, ово учење је инспирисало многе законике и кодификације грађанског права у 19. и 20. веку. То значи да су границе слободе уговарања данас знатно шире у односу на време пре појаве теорије аутономије воље, али и далеко уже у односу на поставке ове теорије. Уосталом, учење о аутономији воље и принцип потпуне слободе уговарања изазвао је у доктрини краја 19. и почетка 20. века оштре реакције ⁽⁴²⁾. То

(42) О овоме в.: Coumaros: *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique*, Bordeaux, 1931; Gounot: наведено дело; Planiol, Ripert, Boulanger: *ibidem*.

учење било је оспорено истицањем друштвених циљева у први план. Индивидуална воља може бити само средство у служби општедруштвених потреба. Она се не може схватити као аутономна јер се њено правно дејство и принудна снага заснива на закону. Индивидуална воља мора бити потчињена заједничким интересима и у том смислу законодавац предвиђа установу јавног поретка чије оквири странке не могу мењати. Човек је део друштва, део извесног броја друштвених група, чијим се правилима мора покоравати тако да је слобода његове воље сведена на један ограничен домен ⁽⁴³⁾. Учењу о аутономној вољи била је упућена и критика у погледу тврђења да се сваким уговором постиже правичност. Примећује се да би једно такво тврђење морало бити засновано на претпоставци потпуне једнакости уговорника, што у стварности није тако ⁽⁴⁴⁾. Извесни аутори, као што је нпр. Гүно (*Gounot*) упућивали су теорији аутономије воље веома оштре критике ⁽⁴⁵⁾. За њега, теорија аутономије воље значи једну нетачну представу стварности. Она посматра јединку изоловану од друштвене средине, апстрактно, а не стварно и конкретно. За Гүноа, постоји ту, без сумње, једна заблуда. За изолованог човека право не постоји: ко каже право, каже друштвена група. Због тога Гүно жигосује ту „робинзонску“ концепцију која долази од представника учења о аутономији воље. Он каже да човек од свог рођења има своје место које је одређено правилима извесног броја колективитета која постављају одређене дужности и права. Човек је део породице, он врши одређену професију, он је грађанин овог или оног града, он је везан за одређену државу својим држављанством, итд. Право је, дакле, скуп правила којима се регулишу односи између људи у једном друштву. Отуда, може се рећи да је аутономија воље један погрешан начин изражавања, једна врста заблуде. Она је данас потпуно поражена и на сваком кораку пружа доказе своје неистине ⁽⁴⁶⁾. — Ако се посматрају гледишта присталица теорије аутономије воље и њихових енергичних противника, изгледа да је истина негде на средини. Може се рећи да законодавац није имао слуха за претеривања изражена у доктрини у једном или другом правцу. Законодавства и судска пракса познају принципи слободе уговарања са неопходним ограничењима. Та ограничења, разуме се, нису иста у разним грађанским законима, али она су, у ширем или

(43) *Planiol, Ripert, Boulanger: ibidem*

(44) Често у пракси економски јачи уговорник намеће „свој закон“ другом уговорнику, тако да се уговор очевидно може јавити и као инструмент помоћу кога се скрива и оправдава експлоатација људи. Још је 1869. године француски правник *Acolias* приметио: „Ако један рудар прихвати да ради десет часова дневно на 500 стопа испод површине земље за најамнину која једва покрива трошкове исхране њега самог и његове породице, ако прихвати да се за ту надицу изложи опасности да евентуално настрада од експлозије запаљивих гасова, поплаве или одроњавања земље, ако најзад пристаје да за ту исту најамнину непрекидно уништава своје здравље и да неизбежно умре у року краћем од 10 година, остављајући у наследство својој деци ужасну егзистенцију коју је и сам имао — онда несумњиво да изгледа парадоксално уврстити један такав уговор међу оне који су израза аутономије индивидуе“ (*Acolias: Manuel de droit civil, t. II, Paris, 1869, стр. 719*).

(45) *Gounot*: наведено дело; *Geny: Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, Paris, 1919, t. II, no 171*; *Lucas: L'autonomie de la volonté en droit privé interne et en droit civil à la mémoire de Henri Capitant, Paris, стр. 469*.

(46) *Gounot*: наведено дело, стр. 318, 419.

ужем опсегу, увек постављена. Погледајмо како она изгледају у грађанским законикима нашег времена.

10. Упоредноправни преглед важнијих кодификација грађанског права европских земаља указује на једну разлику појмова и израза којима се ограничава слобода уговарања. Могло би се рећи да се у том погледу разликују три групе законика. Једна група која познаје јавни поредак и добре обичаје (француски, Српски грађански законик, Општи имовински законик за Црну Гору и швајцарски Законик о облигацијама). Друга, која познаје само добре обичаје (немачки и аустријски грађански законик) и трећа, која познаје правила социјалистичке заједнице, као границу слободе уговарања (совјетски, пољски, мађарски и чехословачки грађански законик). О нашем позитивном праву биће посебно речи.

11. Израз „јавни поредак” (*l'ordre public*), као граница слободе уговарања, први пут се среће у француском Грађанском законик. То је познати чл. 6. овога Законика, према коме се појединим уговорима не могу вређати закони који интересују јавни поредак и добре обичаје. Поред ове одредбе, значајна је и одредба према којој је кауза недозвољена када је законом забрањена и када је противна добрим обичајима или јавном поретку (чл. 1133). Иначе, Законик се служи овим изразом и у материји службености (чл. 686), услова (чл. 900), и др. (47). У поступку израде Законика главна дебата се, о питању јавног поретка, водила управо око текста данашњег чл. 6. Законика. Тај текст има своју историју у претходним радовима (48). Прва три пројекта која је поднео Камбасерс (*Cambacérès*) (49) и која су била снажно прожета револуционарним духом и заносом, предвиђала су „јавно поштење и друштвени поредак” као границу слободе уговарања. Наиме, предложени текст је предвиђао ништавост уговора у оној мери у којој садржи циљеве противне јавном поштењу и друштвеном поретку. Пројекат који је поднео Жакемино (*Jacqueminot*) није предвиђао једну општу одредбу о границама слободе уговарања. Из овога пројекта вредно је поменути само једну одредбу из материје поклона према којој, у свим располагањима међу живима и за случај смрти — немогући услови, као и они који су супротни законима и обичајима и они који ограничавају слободу поклонопримца или права човека и грађанина — сматраће се као да нису ни написани. Пројекат Порталиса (*Portalis*) садржавао је формулу према којој се уговором не могу вређати закони који се тичу јавног права. Али, у материји каузе, пројект је имао одредбу према којој је кауза недозвољена када је забрањена законом, или када је супротна добрим обичајима или јавном поретку. По многим ауторима израз „јавно право” у овом пројекту треба схватити као синоним израза „јавни поредак” али то није општеприхваћено мишљење (50). Према измењеном тексту „претходне главе” Законика, Порталис је предложио одредбу према којој повреда закона који се тиче јавности или добрих обичаја не може бити покривена уговором или одрицањем од права. Најзад, Булај (*Boulay*) је предложио нову редакцију текста која је била усвојена, а према њој се појединим

(47) Вид. чл. 1172. 1387 *Code civil*-a.

(48) *Fenet: Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil, Paris, 1827.*

(48) *Fenet:* наведено дело, т. I, стр. 66, 99, 171, 278.

(50) *Simon:* наведено дело, стр. 56.

уговорима не могу вређати закони који интересују јавни поредак и добре обичаје. — Одредба чл. 6. Француског грађанског законика подстакла је многе ауторе на размишљање о самом појму и правним последицама јавног поретка, тако да су у Француској никле бројне теорије о јавном поретку⁽⁵¹⁾. И поред веома различитих теоријских мишљења, судска пракса је у примени овога појма показивала више смисла за реалност и за један „смиренији“ став. Путем јавног поретка и добрих обичаја, судови су штитили домен индивидуалне слободе, слободе рада и трговине, статуса личности, брака и усвојења, традиционалног морала и сл. Преко тих појмова судска пракса је проглашавала ништавим све уговоре који на овај или онај начин компромитују моралне погледе и основне принципе друштвеног поретка. Тако су нпр. као ништави били посматрани следећи уговори: поклон учињен конкубини да би се придобила или одржала њена наклоност; уговор о брачном посредовању у коме посредник ма на који начин врши притисак на одређена лица да ступе у брак; уговори који имају за циљ стварање, одржавање или искоришћавање јавних кућа; уговори који се односе на хазардне игре ако су закључени под условима који су забрањени позитивним правом; уговори у којима се један уговорник обвезује да ће уз накнаду коју добија од свог саговорника или трећег, употребити свој утицај и углед који ужива у одређеном кругу да би своме саговорнику учинио неку корист (тзв. трговина утицајем); разни уговори поводом изборне агитације, куповине гласова и уопште изборне корупције; уговори који имају за циљ драматуршки или сличан „успех“ који се закључују са групом лица која ће се „одушевљавати“ за време представе и тиме утицати на стварање одређеног јавног мњења; уговори који имају за циљ да се омете правилно извођење јавне продаје; уговори којим се остварује нека фискална превара; уговори којима се врши уступање неке јавне функције уговори којима се регулишу новчана давања у циљу „добровољног“ развода брака, итд.⁽⁵²⁾. У свим овим случајевима судска пракса је истицала јавни поредак и добре обичаје као границу слободе уговарања, без обзира што је некада одређени уговор био забрањен и посебним текстом закона. Јавни поредак и добри обичаји схваћени су као општи заједнички именитељ свих забрана у материји уговора.

12. Као општи оквир у коме индивидуална воља може уживати правну заштиту Српски грађански законик предвиђа „јавни поредак“ и „благонравље“. На један изванредно јасан и сликовит начин овај законик прво прокламује принцип слободе уговарања, а затим одмах поставља гра-

(51) *Malaurie: L'ordre public et le contrat, Reims, 1953; Marmion: Etude sur les d'ordre public, Lyon, 1934; Pascanu: La notion d'ordre public par rapport aux transformations du droit civil, Paris, 1937; Masson: De la notion d'ordre public dans ses rapports avec la jurisprudence civile et commerciale, Paris, 1899; Simon: L'ordre public en droit privé, Rennes, 1941; Kayser: Les nullités d'ordre public, Revue trimestrielle de droit civil, 1933, стр. 1115—1140; Morandière: L'ordre public en droit privé interne, Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant, Paris, стр. 381—401; Saiget: Le contrat immoral, Paris, 1939; Monts: La cause immorale, Paris, 1956; Bertrand: La notion d'ordre public en matière de nullités, Lille, 1939; 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, Paris, 1874, t. 1.*

(52) *Carbonnier: Théorie des obligations, Paris, 1963, стр. 202; Saiget: Le contrat immoral, Paris, 1939, стр. 346 и сл.; Monts: наведено дело, стр. 52.*

нице тој слободи. То је познати § 13. према коме „воља и наредба човечија заступа закон, а закон накнађа вољу и наредбу човечију. Но, у ономе што се тиче јавног поретка и благонравља, не може се ништа изменити вољом или уговором”. Овај текст много више подсећа на одредбу француског Грађанског законика о јавном поретку (чл. 6), него на свој изворник аустријски Грађански законик. Поред тог општег правила законик је имао и посебна правила којима је забрањивао закључење одређених уговора. То је уговор о посредовању за закључење брака, уговор лекара са болесником „што ће се лечења болести какве примити”, уговор којим би правозаступник прекупио поверену му парницу, уговор о продаји будућег наследства (§ 539). Поред забране ових уговора, српски Грађански законик је предвиђао да се „уговор може само о оним стварима чинити, које међу људима пролазе, и које су могуће и дозвољене” (§ 538). Овом одредбом српски Грађански законик је на општи начин прокламовао принцип да пуноважни уговор може бити закључен само ако за свој предмет има неку ствар која је у промету и која је дозвољена односно чији је промет дозвољен. На тај начин ова одредба би се више односила на забрањеност предмета уговора, за разлику од одредбе §-а 539. која би се више односила на забрањеност циља уговора. Овај Законик је забрањивао закључење још и ових уговора: уговор којим би се неко унапред одрекао застарелости или би уговорио дужи време застарелости од онога што је законом прописано (§ 950); побочне уговоре који би били противни природи залогa и зајма: уговор да повериоцу припадне залога, ако му се зајам на време не врати; да поверилац залогу по својој вољи за напред одређену цену продати или за себе задржати може; да дужник залогу нигда искупити или на никог другог пренети не може; или да поверитељ не може захтевати продају залогa за измирење и пошто уговорено време за повраћај зајма протече. Према законодавном решењу од 15. децембра 1844. забрањени су уговори између младожење и девојачких родитеља којима би се младожења обавезивао да плати што или учини какав поклон због женидбе⁽⁵³⁾.

13. Једна од основних одлика Општег имовинског законика за Црну Гору од 1888. године јесте, бар у односу на друге кодификације тога времена, чвршће повезивање права са моралом. У ствари, постоји у том Законику међусобно прожимање правног и моралног поретка, што се веома јасно опажа код питања граница слободe уговарања. Успостављајући те границе, Законик често помиње јавни поредак, поштење, благонравље, правичност и друге сличне изразе. Под правилима благонравља и поштења Законик подразумева „она правила обичне љуцкоте и правичности, на поковање којима Власт у опште не може свагда управо да принуди, али за то народна свијест свагда осуђује оне који та правила престапају” (чл. 785). Идеја забране предмета уговора добила је место у две одредбе од којих је једна општа (чл. 15), а друга конкретнији израз те забране (чл. 513). Граница слободe уговарања одређена је и одредбом о забрани уговора који се противе поштењу и моралним нормама (чл. 915). За разлику

(53) Марковић: Грађанско право, I књига, Београд, 1912, с. 232; Арачбеловић: Основни облигационог права, Београд, 1936, стр. 87.

од горе поменутих, ова одредба је обухватнија и односи се не само на забрањен предмет уговора, већ и на забрањен циљ уговора ⁽⁵⁴⁾.

14. Друга група законика познаје само „добре обичаје“ као општу границу слободе уговарања. Израз „јавни поредак“ ови законици не познају. То су немачки и аустријски грађански законик. Основни текст немачког Грађанског законика о питању ограничења слободе воље гласи да је ништав сваки правни посао који је супротан добрим обичајима (§ 138). Прецизирање тог правила извршено је забраном зеленашког уговора (§ 138, ст. 2), уговора о игри и опклади (§ 762), уговора о брачном посредовању уз накнаду (§ 656) а такође и у материји неоснованог обogaћења (§§ 817, 819) и деликтне штете (§ 826). Као што чл. 6. француског Грађанског законика има значај основног текста у материји забрањених уговора, тако и § 138. немачког Грађанског законика представља један општи начин заштите јавних интереса. Припремни радови на доношењу немачког Грађанског законика говоре да је у пројекту прве комисије (чл. 106) у материји забрањених уговора била предвиђена не само повреда добрих обичаја него и повреда јавног поретка. Тиме се овај пројекат сасвим приближио француском Грађанском законик. Међутим, друга комисија је изменила текст чл. 106. и избацила израз „јавни поредак“. При томе, овај израз није замењен изразом „супротан моралу“, како је то било предложено, већ изразом „добри обичаји“, који, према мишљењу комисије, садржи право објективно мерило у поступку примене закона. Комисија је била мишљења да израз „јавни поредак“ може бити примењен у неком другом праву, али не и у грађанском праву, где му недостаје потребна прецизност. Одбијање израза „јавни поредак“ од стране друге комисије било је предузето са потпуним одобравањем представника влада, али и са значајном дебатом која је вођена у парламенту, која се, додуше, ни по својој ширини, ни интензитету, не може мерити са дебатом вођеном поводом чл. 6. француског Грађанског законика. Ако се пореде текстови ова два законика који се односе на ограничење воље путем установе јавног поретка и добрих обичаја, сигурно се закључује да међу њима не влада идентичност. Разлика је у ширини круга дозвољеног уговарања. Наиме, јавни поредак обухвата и добре обичаје, али добри обичаје не обухватају потпуно јавни поредак. Јавни поредак је, према томе, шири појам и може изгледати да је чист плеоназам помињати и добре обичаје ако се прихвати израз јавни поредак. Ипак, та два израза често иду заједно јер се тиме уноси више јасноће и скреће пажњу суду да јавни поредак није само појам и израз политичког опортунитета већ и установа моралног поретка. Међутим, и поред теоријског разликовања ова два појма ⁽⁵⁵⁾, судска пракса је показала да се у практичној примени права ова два појма приближавају и да у многим ситуацијама практично имају исто значење. Тако, слично француској судској пракси и немачки судови су проглашавали за ништаве уговоре оне из домена индивидуалне слободе,

(54) Према тој одредби „што се гол. због лоштења и благонравља, не може без стида учинити, бива као да је, и само по себи, тварно немогуће“.

(55) Немачка правна теорија се више бавила питањем добрих обичаја него питањем јавног поретка јер BGB не познаје израз јавни поредак. Међутим, та два појма се у извесној мери преплићу. За немачку правну теорију в.: *Oprea: Essai sur la notion de bonnes moeurs dans les obligations en droit civil allemand, Paris, 1935, стр. 88.*

обављања трговине или индустрије, обављања слободних професија, из домена односа радника и послодавца, ванбрачне заједнице, организовања и експлоатације јавних кућа, хазардних игара, и др. ⁽⁵⁶⁾.

15. Ограничење слободе уговарања у аустријском Грађанском закону утврђено је на један општи начин речима да се уговори о свему могу закључивати што се у промету налази, али да предмет пуноважног уговора не може бити оно, што се не може учинити, што је сасвим немогуће или што је недопуштено (§ 878). Као што се види, законодавац прво прокламује слободу уговарања, а одмах затим поставља ограничења правилном да предмет уговора не може бити оно што је забрањено. Ако се погледају претходни радови на доношењу овог Законика види се да је текст §-а 878. био усвојен без већих дискусија ⁽⁵⁷⁾. Међутим, овај текст се у практичној примени права показао као непотпун. Њиме су, без сумње, обухваћени уговори који су противни законским прописима, али остаје отворено питање да ли су ту обухваћени и уговори који су противни моралним нормама. С друге стране, текст § 878. односи се само на недопуштен предмет уговора, а не односи се и на недопуштен циљ уговора. Због ових недостатака дошло је до измене у новелираном тексту Законика. Трећом новелом која је проглашена царском наредбом од 19. марта 1916. године, текст §§ 878. и 879. добио је нову верзију која гласи: уговор, који се огрешује о неку законску забрану или добре обичаје, ништав је. Законик, при томе, прецизира ништавост једним *exempli causa* набрајањем уговора који су супротни добрим обичајима као што су: уговор о брачном посредовању, уговор о прекупу парнице од стране правозаступника, уговор којим се отуђује будуће наследство и зеленашки уговор (§ 879. нов. АГЗ). Овом новелом АГЗ се приближио другим кодификацијама грађанског права европских земаља, а посебно немачком Грађанском закону, који такође само добре обичаје предвиђа као границу слободе уговарања. Нови текст представља побољшање и у том смислу што се није ограничио само на недопуштен предмет уговора, као што је то био случај са старим текстом. Новим текстом се предвиђа да је уговор ништав ако се „огрешти“ о неку законску забрану или добре обичаје, што значи да је обухваћен не само недопуштен предмет већ и недопуштен циљ уговора. Међутим, и поред тога, новелрани текст се може критиковати јер не садржи израз „јавни поредак“ који је, у сваком случају, шири појам од добрих обичаја. Најзад, треба се подсетити да је све до аброгације предратног правног система у Хрватској и Славонији важио стари, тј. новелирани текст АГЗ, што је од значаја за историјска, а такође, и теоријска истраживања питања забрањених уговора у нашем праву.

16. Кодификације грађанског права источноевропских земаља (Основи грађанског законодавства СССР и савезних република од 1962; Грађански законик РСФСР од 1964; Грађански законик Мађарске Народне Републике од 1959; Грађански законик Народне Републике Пољске од 1964; Грађански

(56) *Оргса*: наведено дело, стр. 149.

(57) Растовчан: Морал, добри обичаји и злоупотреба права у грађанском закону, Загреб, 1927, стр. 31 и сл.

законик Чехословачке Социјалистичке Републике од 1964) не познају изразе „јавни поредак“ или „добри обичаји“, што је карактеристика многих кодификација европских земаља прошлог и овог века. Оне познају једну савсим нову формулу која се обично изражава речима „правила социјалистичке заједнице“, „принципи друштва које гради комунизам“, „интереси радног народа“ и сл. Погледајмо како је то питање регулисано у совјетском праву. Основи грађанског законодавства као и ГЗ РСФСР (чл. 5) постављају опште ограничење у погледу вршења грађанских права и испуњавања обавеза речима: грађанска права штите се законом, осим случајева када се она врше противно њиховој намени у социјалистичком друштву у периоду изградње комунизма. При вршењу права и испуњавању обавеза грађани и организације дужни су да поштују законе; да уважавају правила социјалистичке заједнице и моралне принципе друштва које гради социјализам. Ова основна одредба добила је свој конкретнији израз у чл. 14. Основа и у чл. 48. Грађанског законика РСФСР где се каже да је неважећи сваки правни посао који не одговара захтевима закона. У совјетској литератури је прихваћено мишљење да ове одредбе представљају „истинско оружје у борби са остацима капитализма у свести људи, са остацима приватносојинске психологије и представама које су противне јавним интересима. Ове одредбе имају за циљ васпитавање новог човека, како је то постављено Програмом КПСС. Грађанска права у СССР имају различите циљеве, али се они сви сливају у један општи циљ — изградња комунистичког друштва“⁽⁵⁸⁾. Поред тога, „интереси социјалистичке заједнице“ узимају се као критеријум за одузимање предмета уговора у корист државе, уколико постоји зла намера странака (чл. 49. ГЗ РСФСР и чл. 14, ст. 6. Основа). У судској пракси чешће се могу видети уговори које судови поништавају на основу неке конкретне забране, али има случајева да су судови проглашавали уговоре неморалним односно забрањеним само на основу опште одредбе чл. 5. Грађанског законика⁽⁵⁹⁾. Иначе, ништавост правног посла, који не одговара захтевима закона (чл. 48), конкретније је предвиђена као ништавост у случају правног посла закљученог са циљем који противуречи интересима државе и друштва; правног посла правног лица закљученог противно његовим циљевима; правног посла који закључе малолетници млађи од 15 година; правног посла који закључи грађанин про-

(58) Рясенцев: Услови и юридическе последице отказа у заштите грађанских прав, Советскаја юстиција, 1962, 9, стр. 7.

(59) Тако нпр. проглашен је, као неморалан и према томе ништав, уговор на основу кога је једна старија жена прихватила обавезу да издржава свога пунолетног и за рад способног братаца само због тога што се овај обавезао да ће је сахранити уз поштовање свих прквених обреда и да ће јој на гробу подићи споменик. Такав правни посао не одговара захтевима чл. 5. ГЗ, јер се противи правилима социјалистичке заједнице и принципима комунистичког морала. Вид.: Советское гражданское право (одговорни редактор Рясенцев), Москва, 1965, стр. 203; као противно правилима социјалистичке заједнице има се сматрати и узимање накнаде за уступање становања, што би иначе припадало праву личне својине чак и у одсуству непосредне законске забране — Рясенцев: *ibidem*. У једном случају, једно лице које је имало стан у Москви систематски је издавало у закуп своју кућу коју је поседовало у Кракову и тако за две године остварило већу суму новца. Врховни суд РСФСР је стао на становиште да је ово лице остваривало своје право личне својине у противности са његовом друштвеном наменом, па је удовољило захтеву месног совјета да се кућа овог лица одузме у корист државе без икакве накнаде (Билтен Врховног суда РСФСР, 1961, бр. 6, стр. 4—6. Рясенцев: *ibidem*).

глашен за пословно неспособног; фиктивни и симуловани правни посао (чл. 49—53). Ранији ГК РСФСР из 1922. године (чл. 30) предвиђао је три категорије правних послова који не одговарају захтевима закона: они који се непосредно противе законској забрани, они који су закључени ради изигравања закона и они који су управљени на отворено наношење штете држави. Данашњи ГЗ РСФСР не познаје ту класификацију, али и теорија и судска пракса указује на чињеницу да противзаконити правни послови нису само они који су очигледно противни законској забрани него и они код којих је незаконити циљ брижљиво маскиран или је циљ правног посла упућен очигледној штети по интересе државе и друштва⁽⁶⁰⁾. Реч је о непоштовању захтева закона у најширем смислу речи. Ту се имају у виду не само закони савезних и аутономних република него и сви подзаконски акти, као и акти планирања народне привреде, а такође, и правила социјалистичке заједнице⁽⁶¹⁾. Код правних послова који се непосредно противе законској забрани довољно је, да би се установила његова ништавост, супротставити га конкретној законској забрани. Тако нпр. према чл. 106. ГЗ грађанин може имати у личној својини једну стамбену зграду или део зграде који не може бити већи од 60 квадратних метара стамбене површине. Уколико би сопственик зграде или дела зграде закључио уговор противно овој законској забрани, такав уговор као противзаконит био би ништав. Уговор који би се, такође, противио непосредној законској забрани био би нпр. уговор којим би ксерисник земљишне парцеле дао ову у закуп. Та забрана је последица укидања приватне својине на земљи у СССР-у, тако да се не може у корист физичког лица прибавити било каква закупнина поводом земљишне парцеле. У судској и арбитражној пракси ређе се срећу уговори који се непосредно противе некој законској забрани. Отуда, судска пракса више познаје оне забрањене уговоре који се закључују у циљу изигравања закона. Ови уговори добијају спољни облик пуноважног посла, али у свом дејству они скривају противзакониту садржину; нпр. уговор којим се продаје стамбена зграда по цени која у себи скрива и вредност земљишне парцеле ништав је, јер се он у ствари закључује ради продаје земљишне парцеле, што је забрањено⁽⁶²⁾. Не одговарају захтевима закона и правни послови које закључују социјалистичке организације

(60) Иоффе: Советское гражданское право, Москва, 1967, стр. 288 и сл.; Иоффе, Толстой, Новый гражданский кодекс РСФСР, Ленинград, 1965, стр. 60 и сл.

(61) Правни послови морају бити у складу са планом исто као што морају бити у складу са законом. Уколико су супротни планским задацима проглашавају се ништавим; тако нпр. ако је једно предузеће, нарушавајући план расподеле, закључи уговор о испоруци својих производа другом предузећу које те производе по плану расподеле не треба да има — такав уговор као противзаконит не подлеже извршењу. Али, ако је он испуњен, онда производи које је предузеће добило и новац који је предузеће-произвођач добило за испоручене производе, подлеже одузимању у корист државног прихода (Генкин, Братусь, Лунц, Новицки: Советское гражданское право; том I, Москва, 1950, стр. 235).

(62) Законом је забрањена продаја зграде државног предузећа за новац, а допуштен је само бесплатни пренос од једне организације другој по одлуци овлашћеног органа. Да би заобишли ту забрану, једна ленинградска привредна организација је у ствари продала другој организацији своју салу за ручавање, а продају инвентара остварила је помоћу неколико различитих уговора. Споља гледано, сви ти уговори су испуњавали захтеве закона, али у суштини; они су прикривали забрањену купопродају, па је арбитража прогласила ој уговор ништавим (вид.: Иоффе, нав. дело, 289).

а који су у супротности са установљеним планским задацима. То произилази из чл. 34, ст. 2. Основа и чл. 159. ГЗ РСФСР према коме „садржина уговора који се закључује на основу планског задатка мора одговарати томе задатку”. Према одлуци Министарског савета СССР од 23. јула 1959. године, органи арбитраже, по захтеву заинтересованих предузећа, организација или по сопственој иницијативи, дужни су да поништавају уговоре, потпуно или делимично, уколико су они у супротности са законом, решењима владе, државним плановима и задацима ⁽⁶³⁾. Иначе, за примену ништавости коју предвиђа чл. 48. ГЗ РСФСР довољно је установити чињеницу да правни посао не одговара захтевима закона. То значи да је правило постављено на чисто објективном критеријуму и није потребно установити намеру странака за нарушење закона. Тако нпр. ништав је уговор о заједничком раду између грађана и социјалистичких организација (чл. 434), без обзира да ли странке знају да је такав уговор забрањен. Напротив, ништавост коју предвиђа чл. 49. ГЗ РСФСР са одузимањем предмета уговора у корист државе, претпоставља и објективне и субјективне ознаке. Објективне се огледају у противправном карактеру садржине уговора, а субјективне, у знању странке у моменту закључења уговора да је он противан интересима социјалистичке државе и друштва. Ова ништавост налази примену у низу случајева, а нарочито поводом противзаконитих уговора који имају за предмет земљу. Поред тога, она се примењује и на правне послове путем којих грађани систематски извлаче приходе добијене без улагања сопственог рада из имовине која се налази у њиховој личној својини или из незаконитих валутних операција. Понекад закључени уговор има својства која га чине противним државним и друштвеним интересима, мада то не би произлазило из његове садржине; тако нпр. продаја стамбене зграде од стране грађанина јесте акт сам по себи дозвољен. Али, он је противзаконит ако се закључује ради извлачења незарађених прихода ⁽⁶⁴⁾ или ако се тиме скрива имовина од конфискације ⁽⁶⁵⁾.

17. Принцип слободе уговарања трпи бројна ограничења и у нашем позитивном праву и судској пракси. Ако се занемаре одговарајуће одредбе раније важећих грађанских законика, може се рећи да су границе слободе уговарања утврђене на један општи и на један посебан начин. Опште ограничење путем установе јавног поретка или неког сличног појма није постављено ни законом о облигацијама, ни грађанским закоником, из простог разлога пошто ових закона у нашем правном систему још нема ⁽⁶⁶⁾.

(63) Советское гражданское право (одговорни редактор Рисенцев), Москва, 1965, стр. 201.

(64) Райхер: Об особом виде противозаконных сделок, сборник „Актуальные вопросы советского гражданского права”, 1964, с. 55.

(65) Райхер: ибидем; Иоффе. наведено дело, стр. 293.

(66) Тезе основних и општих одредаба Законика о грађанско-правним односима (намењене јавној дискусији, Библиотека Савезне скупштине, Београд, (1970) у чл. 2. предвиђају: Субјекти у грађанско-правним односима су равноправни и слободно и самостално уређују међусобна права и обавезе. Њиховом вољом не може се отклонити примена принудних норми, нити се смеју врећати моралне (алтернативно: друштвене) норме социјалистичког самоуправног друштва. — Према Скици за законик о облигацијама и уговорима (М. Константиновић: Облигације и уговори, Београд, 1969) „Стране уговорнице су слободне, у границама принудних прописа, јавног поретка и морала, да своје односе уреде по својој вољи” (чл. 1).

Додуше, Закон о парничном поступку предвиђа да суд неће уважити располагања странака која су у противности са принудним прописима, јавним моралом и одредбама међународних уговора (чл. 3, ст. 3), али тај текст је упућен процесноправном изгледу ствари. Опште ограничење слободе уговарања судска пракса примењује руководећи се основним принципима и духом друштвеног и правног поретка. При томе, опажа се, за разлику од кодификованих грађанскоправних система, необично богат збир израза и појмова путем којих се то ограничење спроводи. Ту су, пре свега, неке класичне формуле „јавни поредак“, „добри обичаји“, „савесност и поштење“, „јавни морал“ — али и „норме социјалистичког морала“, „интереси друштва“, „на штету друштвене заједнице“, „основни принципи друштвеног поретка и правила јавног морала“, и сл. На добре обичаје и јавни поредак судови су се најчешће позивали приликом поништења уговора због несразмерности престације; одрицања од права на поништење теретног уговора због прекомерног оштећења; одрицања од права на опозив поклона; уступања стана под видом преноса својине на покућанству; образовања и одржавања ванбрачне заједнице; резервисања права продавца да одустане од уговора и да при томе задржи део примљене капаре или уговорене цене; осигурања склопљеног после насталог случаја, и др. ⁽⁶⁷⁾ Поштење и савесност истицало се као граница дозвољеног уговарања, нарочито у случају превисоке посредничке провизије или када посредник наплати провизију од једне уговорне стране и без њеног знања наплати за исти посао провизију и од друге уговорне стране; у случају уговора о посредовању при продаји некретнина у коме се налогодавац обавезује да плати провизију и у случају када некретнину сам прода; у случају поништења уговора због оштећења преко половине закљученог између привредних организација, тражи се да је сауговорник поступао противно начелу поштења и савесности; одредба уговора према којој зајмодавац, ако му зајмопримац у уговореном року не врати ствар исте врсте и количине, може тражити од зајмопримца, уместо повраћаја ствари, исплату новчаног износа који знатно премаша вредност ствари — посматрана је као противна начелу поштења и савесности ⁽⁶⁸⁾. Као уговор противан нормама социјалистичког

⁽⁶⁷⁾ Пресуда Врховног суда Југославије, Рев 883/65, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, 1966, бр. 7, одлука бр. 41; пресуда Врховног суда Хрватске, Гж 1872/69, Преглед судске праксе, Врховни суд Хрватске, 1970, I, стр. 5; решење Врховног суда Југославије, Рев 3011/64, Збирка судских одлука, књига IX, свеска 3, бр. одлуке 347; решење Врховног суда Босне и Херцеговини суд Југославије, 2827/65, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, 1966, бр. 8, стр. 37; пресуда Врховног суда Србије, Гж 2949/56, Збирка судских одлука, књ. II, св. 1, бр. 76; пресуда Врховног суда Србије, Гж 2806/56, Збирка судских одлука, књ. II, св. 1, бр. 77; пресуда Врховног суда Словеније, Рев 128/61, Збирка судских одлука, књ. VI, св. 3, бр. 254; упутство Савезног врховног суда о начину решавања спорова који настају у вези са породичним заједницама, Су 42/54, Збирка одлука врховних суда донетих у кривичном и грађанском судском поступку 1953—1955, Београд, 1957, стр. 42; пресуда Врховног суда Југославије, Рев 1577/65, Збирка судских одлука, књ. X, св. 3, бр. 321; пресуда Врховног суда Југославије, Рев 2652/64, Билтен врховног суда Југославије, 1964, бр. 13, стр. 17.

⁽⁶⁸⁾ Пресуда Врховног привредног суда П 153/62, Збирка судских одлука, књ. VII, св. 2, бр. 262; пресуда Врховног привредног суда П 262/64, Збирка судских одлука, књ. IX, св. 3, бр. 532; пресуда Врховног суда Словеније, 224/65, Наша законитост, 1965, бр. 6, стр. 517; пресуда Врховног привредног суда, Сл 491/58, Збирка судских одлука, књ. IV, св. 3, бр. 524; решење Врховног привредног суда, 110/66, Правни живот, 1966, бр. 2, стр. 94.

морала посматран је уговор о продаји одређених ствари из друштвене имовине, по изузетно ниским ценама, у корист ограниченог круга потрошача ⁽⁶⁹⁾. Као супротан интересима друштва посматран је у судској пракси уговор о опклади којом једна страна обећава другој одређену ствар уколико ова ступи у одређени брак ⁽⁷⁰⁾. Схватање да заједничка градња куће без писменог уговора који се захтева чл. 145. Закона о стамбеним задругама нема правног дејства — одбачено је у судској пракси као противно принципима друштвеног поретка и правилима јавног морала ⁽⁷¹⁾.

18. Поред општих ограничења путем јавног поретка, добрих обичаја, јавног морала и сл., наше право познаје многобројна посебна ограничења слободе уговарања. Она су предвиђена појединим законима и односе се како на сам акт закључења, тако и на садржину и форму уговора. У односу на акт закључења уговора, границе слободе уговарања могу се пратити у домену обавезног закључења уговора, сагласности трећег за закључење уговора, као и у домену слободе избора уговорника. Што се тиче обавезног закључења уговора, треба рећи да је и у нашем праву правило да се уговори закључују у одсуству законског наређења. Али, има случајева када закон изричито предвиђа да извесна лица морају закључити одређени уговор. То је нпр. случај са уговором о обавезном осигурању одређених лица и ствари који се по закону мора закључити ако се једно лице нађе у законом предвиђеној ситуацији. ⁽⁷²⁾ То ће бити, такође, и када неко обавља одређену активност од ширег друштвеног интереса, као што су нпр. јавне службе превоза лица и ствари, пружање основних комуналних услуга у градским насељима, јавни депозитари, и сл. Слобода уговарања ограничена је често и захтевом законодавца да се државни органи или неко треће лице сагласи са закључењем одређеног уговора. Дозвола и одобрење за закључење уговора предвиђена је у низу случајева позитивно-правним прописима ⁽⁷³⁾. У смислу ограничења слободе избора уговорника постоји једна општа забрана која је последица двојства својинских режима, друштвеног и приватног. Наиме, физичка или приватноправна лица не могу бити субјекти уговора који има за предмет неку ствар која не може бити у приватној својини. У једном таквом уговору избор уговорника ограничава се на друштвеноправна лица. Поред тога, извесна лица имају

(69) Решење Врховног суда Југославије, Рев 3635/63, Збирка судских одлука, књ. IX, св. 1, бр. 26.

(70) Пресуда Врховног суда Босне и Херцеговине, Рв 23/62, Билтен Врховног суда Босне и Херцеговине, 1962, бр. 4, стр. 6.

(71) Пресуда Врховног суда Југославије, Гж 13/68, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, 1968, бр. 13, стр. 33.

(72) Према чл. 1. Закона о обавезном осигурању имовине и лица од 5. априла 1965. године, обавезно се осигуравају: 1. средства у друштвеној својини којима управљају радне и друге организације и државни органи; 2. путници у јавном превозу, посаде ваздухоплова и професионални ватрогасци — од последица несрећног случаја; 3. корисници односно сопственици моторних возила — од одговорности за штете причињене трећим лицима; 4. корисници односно сопственици ваздухоплова — од одговорности за штете причињене трећим лицима.

(73) Закон о промету земљишта и зграда од 23. јуна 1954. године — чл. 20, 21, 22, 28; Основни закон о старатељству од 11. априла 1947. године — чл. 23, 25; Закон о пословним зградама и просторијама од 22. априла 1959. год. — чл. 30; Закон о стамбеним односима од 22. априла 1959. год. — чл. 35; Уредба о грађењу од 13. августа 1958. год. — чл. 2.

обавезу да своје производе продају лицима које закон одреди⁽⁷⁴⁾, или је њихова слобода избора уговорника ограничена пречим правом куповине или пречим правом закупа⁽⁷⁵⁾. У погледу ограничења саме садржине уговора, треба рећи да није редак случај да се одређени елементи уговора законом императивно одређују, нарочито цена код уговора о купопродаји⁽⁷⁶⁾. Понекад се законом предвиђа о којим елементима уговора странке морају да постигну сагласност; тако је нпр. код уговора из стамбено-правне области, уговора о кредиту закљученим између банке и тражиоца кредита, уговора о грађењу, и др.⁽⁷⁷⁾. Ограничење у погледу садржине уговора нарочито је видљиво код уговора по приступу, чији је број све већи у нашем праву⁽⁷⁸⁾. Слобода странака у погледу избора начина на који ће изјавити своју вољу ограничена је постојањем већег броја формалних уговора. Још почетком нашег века у правној доктрини истакнуто је мишљење да присуствујемо „ренесанси формализма“⁽⁷⁹⁾. Све је више уговора који се по закону, под претњом ништавости, морају закључити у одређеној форми. Код таквих уговора индивидуална воља је потчињена закону. У нашем позитивном праву постоји више десетина формалних уговора, одакле се закључује да је слобода странака у погледу начина испољавања воље знатно ограничена⁽⁸⁰⁾.

19. Ако се, од архаичног права до наших дана, прати људска мисао изражена правним прописима и кодексима, приметити се да је сукоб између јединке и друштвене групе, индивидуализма и социјалне идеје, увек у центру пажње сваке правно организоване заједнице. Тај сукоб у једном времену добија епилог у свестраној егзалтацији појединца над друштвом, да би у другом времену исказао енергичну превласт друштва над појединцем. И тако се право у својој историјској осцилацији креће на путу од

(74) Основни закон о дувану од 17. марта 1965. год. — чл. 4, 5; Закон о обавезној испоруци сировина, репродукционог материјала и друге робе ради обезбеђења одређених потреба од интереса за целу земљу од 30. децембра 1965. год.

(75) Закон о искоришћавању пољопривредног земљишта од 19. октобра 1959. год. — чл. 14; Основни закон о шумама од 20. априла 1961. год. — чл. 12; Основни закон о заштити споменика културе од 24. марта 1965. год. — чл. 12; Закон о својини на деловима зграда од 22. априла 1959. год.

(76) Закон о друштвеној контроли цена од 22. јула 1962. год.

(77) Закон о стамбеним односима (чл. 128), Закон о пословним зградама и просторијама кон о банкама и кредитним пословима од 24. марта 1965. (чл. 113—118), Уредба о грађењу (чл. 8).

(78) Благојевић: Уговори по пристанку, Београд, 1934; Аранђеловић: Основи облигационог права, Београд, 1929, стр. 71; Вуковић: Обвезно право, књ. II, Загреб, 1964, стр. 110; Јакшић: Облигационо право, Сарајево, 1962, стр. 114; Перовић: Облигационо право, I, Београд, 1968, стр. 49.

(79) Moeneclae: *De la renaissance du formalisme dans les contrats en droit civil et commercial français*, Lille, 1914; Rouxel: *Recherche des principes généraux régissant l'évolution contemporaine du formalisme des actes juridiques*, Cherbourg, 1934; Перовић: Формални уговори у грађанском праву, Београд, 1964.

(80) Захтев законодавца за испуњење форме нарочито се примећује у домену промета некретнина, стамбеноправних односа, закупних односа, имовинскоправних односа задруга и њихових чланова, ауторског и проналазачког права, и др. Вид.: Перовић, наведено дело, стр. 23).

индивидуе до друштвене групе. Где ће се „тренутно“ зауставити, зависи од филозофског и политичког опредељења једне средине и од степена њене моралне цивилизације. Границе слободе уговарања саткане су од тих метаправних чинилаца. Постављене су тако да изражавају основне принципе на којима почива један друштвени поредак. Формализам првобитног римског права и појам *»boni mores«* смењују се са формализмом средњовековног и канонског права, да би уступили место широко схваћеној слободи воље у лицу теорије аутономије воље, али ипак са ограничењима јавног поретка и добрих обичаја, ограничењима која се, најзад, у колективистичким правима изражавају правилима социјалистичке заједнице. Најчешће, те границе су чврсто постављене, и оне не дозвољавају индивидуалној вољи било какво испољавање које није у складу са постављеним императивима. Та заједничка гачка може се применити чак и са видокруга два антипода, идеалистичког и материјалистичког погледа на свет. Законници који су инспирисани једним или другим погледом имају пред собом исту појаву: слобода уговарања није безгранична. Њој се супротстављају општа правила друштвеног поретка чија садржина и оквир зависи од природе и карактера основних принципа на којима је засновано једно друштво. Најчешће, та правила су постављена тако да се у њих не сме сумњати, да изван њих нема истине. Све што је мимо тих правила, немилосрдно је погодно санкцијом ништавости. Изгледа, ипак, да се границе слободе уговарања не могу постављати тако да чине једну нетолерантну пресласт једне или друге тачке у историјској осцилацији права. Индивидуална воља мора имати широко поље испољавања у једном правном систему, али не на начин да би се друштвени поредак „предао“ пред снагом те воље, већ да би у складној равнотежи робовали законима како бисмо били слободни ⁽⁸¹⁾.

Др Слободан Перовић

РЕЗИЈОМЕ

Границы свободы заключения сделок

Принцип свободы заключения сделок существует в праве с древних времен до наших дней, но границы его всегда менялись. Иногда, суженный до скромных пределов, он как бы бледнел и исчезал из правопорядка, становясь едва заметным, чтобы затем, в другую эпоху, стать доминантным в симбиозе с идеей преобладания индивидуальной воли над законом. В Римском праве границы свободы заключения сделок были, в общем порядке,

⁽⁸¹⁾ *Legibus idcirco omnes servimus, ut liberi esse possimus (Sec. Cicero — Pro Clue. 53, 146).*

установлены господствующим формализмом и понятием »*boni mores*«. Наряду с эволюцией в этом праве, все больше протекавшей в направлении освобождения права от формализма а в особенности под влиянием греческой философии, стало шире применяться и понятие »*boni mores*«. Однако, после падения старого Рима наступает длительный застой в развитии права и юридической науки, а вторичный формализм в этом периоде напоминает формализм первобытного Римского права (т.наз. *fides facta*) с его твердо определенными границами свободы заключения сделок. За время второго периода европейского феодализма на Западе, в отношении принципа свободы заключения сделок характерным является двойственность мирского и канонического прав. Согласно данному учению о метафизическом порядке и бессмертности души, каноническое право заняло точку зрения, по которой волеизъявление о заключении сделки считалось недействительным, если оно было противно взглядам церкви. Однако, дав промиссорную присягу, можно было заключить сделку о том, что запрещалось мирскими и даже каноническими правами. Принцип свободы заключения сделок значительно раздвигает свои рамки в учении теории об автономной воле, вытекшей из политического либерализма, проповедывавшегося философами 18 века и экономическим либерализмом 19. века. Индивидуальная воля, согласно данному учению, поставлена над законом и лишь она является обладателем творческой силы. Однако указанное учение никогда в своем буквальном и до конца последовательном смысле не было усвоено законодательством. Многие законодательства были лишь инспирированы этим учением, усваивая свободу заключение сделок в качестве основного принципа права гражданских правоотношений, но до определенных границ. Если ознакомимся с проведенными кодификациями гражданского права в прошлом и нашем веках, мы увидим, что границы эти установлены в общем порядке или подведены под понятие „общественный порядок“ (Французский гражданский кодекс, Сербский гражданский кодекс 1844 г., Швейцарский гражданский кодекс об обязательствах), или под понятие добрых обычаев (Германский и Австрийский гражданские кодексы) или же под понятие, правила социалистического общежития“ (Советский, Польский, Венгерский и Чехословацкий гражданские кодексы). Независимо от различия в терминологии, употребляемой в указанных кодексах, границы свободы заключения сделок всегда определяются разными метаправовыми факторами и, по существу, зависят от философских, политических и моральных установок данного общественного содружества. В свете этих установок правопорядок „решает“ конфликты между отдельными лицами и общественной группой, между индивидуализмом и социальной идеей. Границы, устанавливаемые правопорядком индивидуальной воле, иногда проведены весьма основательно и не подлежат оспариванию. Все, о чем заключена сделка вне этих границ, считается недействительным. Судя по всему, границы свободы заключения сделок все же не следует устанавливать так, чтобы представляли не знающее за терпимость превосходство общества над отдельным лицом или отдельного лица над обществом. Следовало бы, чтобы границы эти способствовали установления гармоничного равновесия, при котором мы бы подчинялись закону, чтобы быть свободными.

SUMMARY

Limits of Freedom of Contracting

The principle of freedom of contracting has always been present in the jurisprudence since the ancient times up to now, but its limits were always mobile. Sometimes within very modest frames, it seemed to fade and vanish from the legal system where its traces only are noticeable, while in other times it dominated the legal system in the symbiosis with the idea about supremacy of individual will over law. In the Roman Law the limits of freedom of contracting were established, in a general way, by a strongly felt formalism and concept »boni mores«. Since the evolution in the Roman Law tended to release law from formalism, the concept »boni mores« was more widely applied, especially through the influence of Greek philosophy. However, after the fall of old Rome development of law and jurisprudence stagnated, so that the renewed formalism in this period is reminiscent of the formalism in the original Roman law (so-called *fides facta*) and the limits of freedom of contracting are firmly established. The period of the second era of European feudalism in the west is characterized, as to the principle of freedom of contracting, by the duality of the lay and canon laws. According to this teaching of the metaphysical order and immortality of soul, the standpoint of canon law was that nothing may be contracted in full validity by individual will if contrary to the spiritual good. It was possible to contract anything prohibited under the lay, and even canon law on a promissory oath. The principle of freedom of contracting is given the broadest possible frames in the teaching of the theory on the autonomy of will resulting from the political liberalism as preached by the 18th century philosophers and by economic liberalism in the 19th century. Individual will, according to this teaching, is placed above law and it is possessing creative force. However, this teaching has never been accepted in legislation, either in its literal or completely consequent sense. Many legislations have only been inspired by this teaching accepting freedom of contracting as the basic principle of contract law, but with indispensable limits. If one considers important codifications of the civil law from the last and current centuries, these limits are set in a general way or by the notion »public policy« (French Civil Code, Serbian Civil Code of 1844, Swiss Civil Obligation Law), or in the notion of good usage (German and Austrian Civil Codes), or in the notion »rules of social community« (Soviet, Polish, Hungarian and Czechoslovak Civil Codes). Regardless of the different terms used in the cited codes, the limits of freedom of contracting are always woven of some meta-legal factors, while essentially depending of the philosophical, political or moral determination of a social community. The legal system »resolves«, in the light of these determinations, the conflict between the individual and the social group, individualism and social idea. The limits set by the legal system to the individual will were formerly very firmly set, so that the should not

be doubted. Anything outside these limits is subject to the sanction of voidness. It seems, however, that the limits of the freedom of contracting should not be set so as to be an intolerable supremacy of society over an individual, or of an individual over society. The limits should be a harmonious equilibrium in which we shall slave to laws in order to be free.

RÉSUMÉ

Les limites de la liberté contractuelle

Le principe de la liberté contractuelle a été depuis les temps les plus reculés jusqu'à nos jours constamment présent dans le droit, mais toujours avec ses limites variables. Autrefois, avec de cadres très modestes comme s'il pâlit et disparaît de l'ordre public dans lequel on ne remarque que ses traces, afin de dominer dans une autre période sur l'ordre public dans la symbiose avec l'idée de la suprématie de la volonté individuelle sur la loi. Dans le droit romain les limites de la liberté contractuelle étaient, d'une manière générale, établies par le formalisme puissamment présent et la notion »boni mores«. Comme l'évolution dans ce droit se développait de plus en plus dans le sens de l'affranchissement du droit du formalisme, de même la notion »boni mores«, surtout sous l'influence de la philosophie grecque, acquerrait un champ d'application de plus en plus large. Cependant, après l'écroulement de la Rome antique s'ensuivit une longue phase de stagnation dans le développement du droit et de la science juridique, de sorte que le formalisme réapparut dans cette période rappelle le formalisme du droit romain primitif (appelé *fides facta*) et les limites solidement établies de la liberté contractuelle. La période de la seconde phase du féodalisme européen à l'Occident est caractéristique en ce qui concerne le principe de la liberté contractuelle, par la dualité du droit laïque et du droit canonique. Conformément à sa doctrine sur l'ordre métaphysique et l'immortalité de l'âme, le droit canonique s'était placé sur le point de vue qu'avec la volonté individuelle on ne peut rien contracter valablement qui serait contraire au bien de l'âme. Par le serment promissoire il était possible de contracter aussi ce qui était interdit par le droit laïque et même par le droit canonique. Le principe de la liberté contractuelle acquiert les cadres aussi larges que possible dans l'enseignement de la théorie relative à l'autonomie individuelle qui découlait du libéralisme politique enseigné par les philosophes du XVIII^e siècle et du libéralisme économique du XIX^e siècle. La volonté individuelle, selon cet enseignement, est située au-dessus de la loi et c'est elle qui possède la force créatrice. Cependant, cet enseignement n'a jamais été adopté dans la législation ni dans le sens littéral ni jusqu'au bout d'une manière conséquente. Beaucoup de législations se sont seulement inspirées de cet enseignement, en adoptant la liberté contractuelle en tant que principe fondamental du droit contractuel, mais avec des limites indispensables. Si l'on observe les grandes codifications du droit civil du siècle dernier et de ce siècle, on peut remarquer que ces limites sont établies d'une manière générale soit par la notion de »l'ordre public« (Code civil français, Code civil serbe de 1844, Code des obligations suisse), soit par la notion des »bonnes moeurs« (Codes civils allemand et autrichien), soit enfin par la notion de la »règle de la collectivité socialiste« (Codes civils soviétique, polonais, hongrois, tchécoslovaque). Sans tenir compte de la différence des expressions employées dans ces codes, les limites de la liberté contractuelle sont toujours combinées avec certains facteurs métajuridiques et dans le fond elles dépendent de la détermination philosophique, politique et morale d'une collectivité sociale. A la lumière de

ces déterminations l'ordre juridique »règle« le conflit entre l'individu et le groupe social. Les limites que l'ordre juridique prescrit à la volonté individuelle sont parfois solidement établies, de sorte qu'il ne faut pas avoir de doute sur elles. Tout ce qui se trouve en dehors de ces limites est frappé de la sanction de nullité. Il paraît quand même que les limites de la liberté contractuelle ne doivent pas être établies de telle manière qu'elles constituent une prédominance intolérable de la société sur l'individu ou des individus sur la société. Il serait nécessaire que ces limites expriment un équilibre harmonieux dans lequel nous serons asservi aux lois afin de pouvoir être libres.