

ЈАВНИ ПОРЕДАК И ПРИРОДА СУДСКЕ ВЛАСТИ*

Из пера професора С. Перовића проистекла је још једна значајна монографија „Забрањени уговори“. У њој, као и у претходним монографијама из области уговорног права, писац бриљантно излаже, консултативни бројну домаћу и страну литературу као и судску праксу, целокупну проблематику забрањених уговора. Он посебно испитује развој и границе принципа слободе уговарања, појам јавног поретка, забрањен предмет уговора, забрањен циљ уговора и правне последице забрањених уговора. Свако наведено питање у монографији пажљиво је испитано и заслужује пуну пажњу. Ипак, уз све резерве, можда би било могуће посебан значај указати оном делу монографије у којем се обрађује појам јавног поретка. У прилог оваквог третмана овог питања говори више разлога. Пре свега, установа јавног поретка не представља само значајно ограничење слободе уговарања у имовинском праву него правни појам, институцију, с далеко ширим подручјем примене. Та важност јавног поретка условила је бројне расправе о његовој суштини. На жалост, показало се да је „истраживање дефиниције јавног поретка исто што и ходати по живом песку или појухати јогунастог коња за кога се никад не зна куда ће вас однети“ (1). Стога, сваки покушај одређивања суштине јавног поретка заслужује пажњу, посебно у нас због релативне теоријске заповестављености ове проблематике. Најзад, испитивање улоге суда, степена његове правне везаности при утврђивању садржине јавног поретка, отвара сложено теоријскоправно питање са значајним практичним последицама, питање да ли из несдребених појмова, стандарда, извире овлашћење на вршење дискреционе власти.

У другој глави монографије, професор Перовић опсежно и прецизно износи како теорије које поричу могућност дефинисања јавног поретка, тако и теорије које покушавају на различите начине да утврде ту дефиницију (теорије које пружају карактеристичне ознаке јавног поретка; теорије о законима јавног поретка — метод аналитичког формулисања; теорије о појму јавног поретка — метод синтетичког формулисања). Након критичког осврта на ове теорије, писац покушава да дефи-

* Поводом монографије проф. др Слободана Перовића „Забрањени уговори“, Београд 1973, стр. 264.

(1) Malaugie, *L'ordre public et le contrat*, Reims, 1953, стр. 3; наведено према С. Перовић, *Забрањени уговори*, стр. 100.

нише јавни поредак руководећи се двама идејама, које су »sedes materiae целог питања: како ускладити општост, поливалентност и флексибилност једне „каучук“ норме као што је норма јавног поретка са преко потребном дозом правне сигурности са којом правни поредак мора да рачуна“ (2). Избегавањем дефиниције не отклања се, него само повећава непрецизност појма јавни поредак. Јер такав пут, по мишљењу писца, „води судове у преторску праксу која се у наше време, са гледишта законитости и правне сигурности, не може успешно бранити. Због тога, изгледа, сасвим је оправдана потреба за једном синтетичком формулом која би била руководно начело у раду судова и која би у доброј мери отклонила усамљеност суда у проналажењу садржине и оквира јавног поретка, а тами и спречила евентуалну произвољност или самовољу суда у поступку примене појма јавног поретка на конкретне случајеве“ (3). Ради остварења ове сврхе писац даје следећу синтетичку дефиницију јавног поретка: „Јавни поредак је скуп принципа на којима је засновано постојање и трајање једне правно организоване заједнице, а који се испољавају преко одређених друштвених норми које странке у својим односима морају поштовати“. Овај општи појам јавног поретка примењен само на материју уговорних односа добио би следећи изглед: „Јавни поредак је скуп принципа на којима је засновано постојање и трајање једне правно организоване заједнице, а који се испољавају преко одређених друштвених норми које су у домену предмета и циља уговора тако постављене да их уговорне стране морају поштовати“ (4).

Несумњиво да се дефинисањем у науци јавног поретка и других неодређених појмова помаже суду у њиховој практичној примени. Но, и то је важно запазити, не постоји правна обавеза суда да прихвати дату дефиницију, поготову ако о њој нема сагласности у науци. Међутим, проблем постаје још сложенији када, су дате дефиниције и саме врло апстрактне и неодређене, као што је то случај с дефиницијом јавног поретка. Проф. Перовић истиче „принципе на којима је засновано постојање и трајање правно организоване заједнице“, Капитан (Capitant) указује на „институције и правила неопходна за вршење и добро функционисање државе“ (5), а Диги (Duguit) инсистира на „друштвеном интересу, друштвеној солидарности“ (6). Очигледно да суду у практичној примени норме јавног поретка остаје сложен и одговоран задатак, и ако прихвати дате дефиниције јавног поретка. Суд мора да утврди који су то принципи на којима је засновано постојање и трајање правно организоване заједнице који су повређени уговором, неким другим правним актом или радњом. Оспоравати извесну слободу суда у оваквим ситуацијама била би бесмислица, јер се, на крају крајева, неодређени појмови користе у техници стварања права да би се апстрактна норма могла прилагодити у конкретној примени специфичности сваког случаја. Но, исто тако, нема смисла ни тврђа, да неодређени појмови, посебно правни

(2) С. Перовић, *op. cit.*, стр. 155.

(3) С. Перовић, *op. cit.*, стр. 155.

(4) С. Перовић, *op. cit.*, стр. 155 и сл.

(5) Н. Capitant, *Introduction à l'étude de droit civil*, 5 изд. Париз, 1927, стр. 60 и сл.

(6) L. Duguit, *L'Etat, le Droit objectif et la Loi positive*, Paris, 1901, стр. 551 и сл.

стандарди, сами по себи, у одсуству њихове научне обраде, нужно воде судијској самовољи и произвољности. Произвољност у примени неодређеног појма није толико последица неодређености самог појма, колико достигнутог степена развоја и суштине друштвено-економских односа и политичких принципа из њих проистеклих. Основаност овог закључка потврђује несумњиво утврђена истина да се у већини норми које чине правни поредак ма које модерне државе користе неодређени појмови. Они су нужни због сложености и динамичности друштвеног живота и неизбежне апстрактности и релативне статичности правне регулативе. Стога, исти неодређени правни појмови могу представљати правни основ за потпуну произвољност у поступању државних органа у једном временском раздобљу, а у другом бити темељ креативне примене права у друштвеном и индивидуалном интересу.

Не губећи из вида ову друштвену условљеност права, не само у његовом стварању него и примени, било би значајно испитати степен правне везаности суда у утврђивању садржине појма јавни поредак и других неодређених појмова. Наиме, поставља се питање да ли из неодређеног појма проистиче за суд или други орган овлашћење на вршење дискреционе власти? Ово питање било је предмет оштрих расправа у правној науци. Сходно времену у коме су давани, одговори су различити. У старијој правној науци, посебно аустријској и немачкој, није се уопште постављало питање овлашћења судова на вршење дискреционе власти. Указивало се да је вршење дискреционе власти битно обележје управе, јер управа делује, у начелу, слободно. Стога, дискрециона власт била је примаран а не изведени појам. Зачимљиво је да је ово становиште у бити заступао и Јеринг, познати немачки писац, који је подвргао први жестокој критици теорију појмовне јуриспруденције. Он је истицао: „Судија у неку руку не треба ништа друго да је до живи, персонификовани закон. Кад би правда могла с неба да сиђе те да се лати пера да право тако опредељено тачно и детаљно обележи, да његова примена постане само један шаблонски рад, за правосудство се не би ништа савршеније дало замислити, јер би то онда било царство правде на земљи... Идеја о целисходности опире се у толикој мери једној за свагда стално одређеној и детаљној норми да би потпуно одсуство обавезне снаге ма какве норме увек далеко првичније било, него ли апсолутно обавезна снага — преношење идеје обавезности правосудства на све гране државне делатности укочило би државни механизам” (7). Но, данас су оваква схватања, која су била карактеристична за државе у којима није постојала подређеност управе закону, напуштена. У правној држави подвргнути су закону управа и судство. Стога, у науци не оспорава се више могућност судства да буде носилац дискреционе власти (8). Проблем је само у томе да ли неодређени појмови садрже овлашћење за државни орган (суд или управу) на вршење дискреционе власти. Мишљења о овом проблему су подељена. Бернацик (Bernatzik) енергично заступа идеју да закон даје овлашћење за вршење дискреционе власти

(7) Р. Ихеринг, *циљ у праву*, књига I, Београд 1894, стр. 268. и сл.

(8) И. Крбек, употребљава термин слободна оцена за режим ограниченог, а дискрециона оцена за режим пуног начела законитости; *Управно право*, књ. I, Београд 1955, стр. 170.

употребом неодређених појмова. Истина, Бернацик сматра и вршење дискреционе власти изрицањем права, тј. обликом правне везаности. Једино премисе из којих се извлачи закључак у вршењу дискреционе власти много су неодређеније. Откривање суштине ових неодређених категорија претпоставља сазнање јавног интереса. То сазнање препуштено је, пак, мишљењу власти која примењује норме. Положај власти у утврђивању садржине неодређеног појма, категорије (које Бернацик назива техничком оценом) исти је с положајем вештака када врши вештачење. Њен закључак не може се обарати као неисправан, што не значи да не могу постојати и другачија мишљења⁽⁹⁾. Насупрот Бернацику, чија теорија одише временом апсолутизма у којем је настала, Тецнер (Tezner) заступа гледиште да нема ни једног појма око кога се не би могао водити спор при његовој конкретној примени. Он оштро напада Бернацикову теорију, посебно његову категорију техничке оцене, указујући баш у ње на значај тумачења закона и управносудске контроле⁽¹⁰⁾. Полемици Бернацика и Тецнера прикључили су се бројни писци. Лемајер (Lemaier) не сматра да сваки неодређени појам отвара пут дискреционој власти као Бернацик, али сабацује и Тецнерову тврђу да се о сваком појму може водити спор. Он указује да се само у сваком конкретном случају на основу законских норми може утврдити да ли неодређени појам отвара пут дискреционој власти. Лаун, пак, чини разлику између појма „јавни интерес“, који увек даје места вршењу дискреционе власти и осталих неодређених појмова⁽¹¹⁾, а В. Јелинек (W. Jellinek) указује да дискрециона власт претпоставља неодређени појам, али да сваки неодређени појам не отвара пут вршењу дискреционе власти (слободне оцене)⁽¹²⁾.

Основне идеје изнете у наведеним делима налазе се и у радовима других писаца. Но, може се ипак запазити процес приближавања различитих схватања како о самој природи дискреционе власти, тако и о неодређеним појмовима као извору за вршење власти. Стога, постепено нестаје разлика између схватања суштине дискреционе власти у аустро-немачкој и француској правној теорији, и све више долази до изражаја гледиште да сваки неодређени појам не садржи овлашћење за вршење дискреционе власти⁽¹²⁾. Стога, може се поставити питање на основу којих кри-

(9) E. Bernatzik, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Wien 1886; И. Крбек, *Дискрециона оцјена*, Загреб, 1937, стр. 344; Б. Тасић, *Дискрециона власт у немачко-аустријској литератури*, Архив за правне и друштвене науке, Београд, 1928, књ. 33 и 34.

(10) F. Tezner, *Das freie Ermessen*, Wien, 1924, стр. 16 и сл., И. Крбек, *Дискрециона оцјена*, стр. 346.

(11) Laun, *Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft*, 1911, стр. 62; И. Крбек, *Дискрециона оцјена*, стр. 351; Занимљиво је да француска теорија поступа управо обрнуто. У њој се јавни интерес сматра ограничењем у вршењу дискреционе власти. Упоредити: G. Vedel, *Droit Administratif*, T. I, Paris, 1958, стр. 180.

(12) W. Jellinek, *Verwaltungsrecht*, 3. изд. Берлин, 1950, стр. 30 и сл.; *Gesetz, Gesetzsetzung und Zweckmässigkeitserwägung*, стр. 36 и сл.

(13) Међутим, А. Мерк, сходно својој теорији о ступњевитости правног поретка и тези о неразлучивој повезаности ако та стварања и примене права, сматра да је слободна оцена нужна појава у праву на путу од апстрактног ка конкретном. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien und Berlin, 1927.

теријума се утврђује да ли неодређени појам даје или не даје овлашћење за вршење дискреционе власти?

Дискрециона власт постоји само онда, ако из неодређеног појма који садржи правна норма проистиче за државни орган више могућности понашања. Између тих могућности државни орган бира једну, коју сматра у датом случају најцелисходнијом. Извршен избор у конкретном случају не обвезује државни орган да поступи на исти начин у потоњим идентичним случајевима. Јер дискрециона власт се признаје у закону државном органу ради доношења најсврхисходнијег решења у конкретном случају. Но, ова могућност избора не даје места самовољи државног органа. Наиме, државни орган бира једну између више апстрактно истовредних могућности прописаних норми (14). При том избору државни орган не сме ићи за својим личним интересом, него интересом друштва, јавним интересом, интересом јавне службе. Стога, акт донет у вршењу дискреционе власти није дискрециони акт који не подлеже уопште контроли законитости. Напротив, као и сваки други акт, и овај акт подвргава се контроли законитости, једино неки његови делови измићу контроли, јер би иначе суд преузео на себе вршење дискреционе власти, на шта правним прописима није овлашћен (15). Обрнуто, ако неодређени појам не даје могућност избора државном органу, већ оставља могућност само једног, одређеног понашања, нема основа за вршење дискреционе власти. Другим речима, иако би било могуће из норме извући више алтернатива понашања због њене неодређености, само једна алтернатива је у сагласности са законом. Стога, примењивач права мора тумачењем на утврди право значење правне норме, објективно и динамички, тако да исто значење примени и у потоњим идентичним случајевима. Тумач мора да се уздигне, према томе, при утврђивању садржине неодређеног појма, изнад конкретног случаја који треба да реши и да посматра све идентичне случајеве. Он је дужан да следи вољу закона а не сопствену вољу и једино, при тумачењу неодређених појмова, теже је утврдити те објективноправне услове које поставља норма.

Када из саме норме која садржи неодређени појам јасно проистиче овлашћење на вршење дискреционе власти, нема никаквог проблема. На жалост, правни прописи, из бројних разлога, ретко ће садржати овакво изричито одређење. Напротив, да ли изванредно неодређени појам даје право на вршење дискреционе власти моћиће се утврдити тек на основу потпуне анализе смисла и сврхе норме односно закона (16).

Јавни поредак представља, такође неодређени појам, стандард, чија се конкретна садржина мења зависно од ситуације, места и времена, али без промене саме његове суштине. Као и други правни стандарди, јавни поредак може представљати основ за вршење дискреционе власти суда, уколико се на то суд изричито овласти или уколико то про-

(14) Р. Лукић, Увод у право, Београд 1974, стр. 211; И. Крбек предлаже, стога, употребу термина „дискрециона оцјена“ као комбинацију француског термина »le pouvoir discretionnaire« с немачким термином »das freie Ermessen«. Управно право, стр. 170.

(15) И. Крбек, Управно право, стр. 173.

(16) Упореди: И. Крбек, Дискрециона оцјена, стр. 397 и сл.; Управно право, стр. 173.

истиче из смисла и сврхе норме. Обрнуто, ако то није случај, суд је дужан утврдити садржину појма јавни поредак сходно правилима о објективном и динамичком тумачењу. Дефиниције јавног поретка дате у правној науци немају утицаја на природу овлашћења која из норми проистичу за судску власт. Но, то нимало не умањује допринос научног одребења суштине јавног поретка за примену права и обезбеђење правне сигурности. Јер, несумњиво, првенствени је задатак науке да теоријски расветли суштину основних правних појмова и тако допринесе мањем колебању, лутању и неједначености судске праксе. У том смислу треба посебно указати на значај обраде појма јавни поредак у делу „Забрањени уговори” проф. С. Перовића.

Будимир Кошуткић