

UDK 342; 321.01

CERIF: S115

DOI: 10.5937/AnaliPFB1902035T

Zoran R. Tomić*

JAVNI POREDAK: POJAM I STRUKTURA

Članak je posvećen traganjima za suštinom i strukturom javnog poretka, kao opšte kategorije u svakom pravnom i društvenom sistemu, ali i kao klauzule u međunarodnom privatnom pravu. Predočeni su složenost, dinamika i važnost javnog poretka. Autor naglašava da javni poredak u najširem smislu obuhvata kako prinudne propise, tako i moralna i običajna pravila, pa i ustaljenu i priznatu sudsku praksu najviših sudova – kao i primerene krucijalne društvene vrednosti, institute, ali i mere/radnje javnih tela. Veli da javni poredak ima najmanje dva cilja: 1) zaštitu – ne samo ljudskih sloboda i prava već i društvene celine, zajednice; 2) regulaciju društvenih tokova, posebno javnih službi. Javni poredak se stoga nipošto ne može svesti na ograničavanja (recimo, autonomije volje, posebno slobode ugovaranja) i naređivanja. Obradena su i najvažnija svojstva javnog poretka, a ponuđena je i klasifikacija odnosne kategorije.

Ključne reči: *Osnovne vrednosti. – Javni poredak. – Javni interes. – Zaštita. – Regulacija.*

En droit public, tout est ordre public

(L. Béquet)¹

1. UVOD

„Javni poredak“ je relativno često korišćen termin i u stručnoj literaturi i u zakonodavstvu, pa i svakodnevnom govoru. Zvuči poznato, lako odredive sadržine. No, da li je baš tako? Nije netačno da se on tiče – u

* Autor je redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, ztomic@ius.bg.ac.rs.

¹ Répertoire du Droit administratif, t. VIII, V Contentieux administratif, n. 932.

određenom smislu – celine javnog prava. Ali takvo definisanje bi bilo daleko od preciznog. A, pri tome, ostaje i pitanje razlikovanja, demarkacione linije (ako uopšte postoji?) javnog i privatnog prava (Vodinić 2017, 586–611). Takođe, pitanje je da li se javni poredak iscrpljuje u pravnim normama, da li je njegova sadržina isključivo normativna. Da li uključuje moralni supstrat, legitimne („dobre“), prihvaćene običaje, uhodanu sudsku praksu najvišeg ranga, čak estetski momenat – i možda još ponešto?

Cilj započetog napisa je da se pronikne u strukturu javnog poretka, posebno u unutrašnjem pravu. Da se pokažu i analiziraju njegova razuđenost, različita značenja i važniji problemi u njegovoj primeni, posebno u sudskoj praksi. Autor članka ima u vidu, u prvom redu (ali ne i jedino!), pravnu stranu javnog poretka – ali i razgraničenje od pravnog poretka! – njegovu prirodu, značaj i mesto u nomenklaturi društvenih pojava i pojmova.

Redosled izlaganja je sledeći: prvo se razmatra kategorija javnog interesa kao osnov i okosnica teme započetog članka. Sledi bliže određivanje javnog poretka, njegovih ključnih elemenata, posebno njihove međusobne veze. Zatim se prelazi na razvrstavanje javnog poretka, na njegove vrste i oblike, da bi se – na koncu – izveli odgovarajući zaključci, pa i rezime o srži izabranog pitanja.

2. JAVNI INTERES

Javni interes i javni poredak su teško odvojivi. S jedne strane, ne može se definisati uloga javnog poretka bez javnog interesa kao njegove podloge (Méadel 2007, 8). S druge strane, javni poredak je – između ostalog – skup javnih interesa, i to onih najznačajnijih, krucijalnih. U tom smislu je javni poredak područje najvažnijih javnih interesa koji se bespogovorno štite od svekolikog ugrožavanja.

Interes se uzima kao nešto što privlači pažnju: „ono što (nam) je važno“, „što (nam) odgovara“, „ono što (nas) pokreće“, „podloga naših aktivnosti ili pak samo htenja/želja“... Ako se to „nešto“ tiče većine, odnosno velikog broja članova jedne društvene zajednice, što je kao takvu održava i unapređuje, s ciljem da se obezbede blagostanje i društveni red, mir i sklad – a opet je to „nešto“ dostupno, načelno otvoreno svima – na tragu smo javnom interesu.

Javno je, s jedne strane, antipod tajnom. S druge strane, javno se stavlja naspram privatnog. Javno je u principu svetlo, vidljivo – a tajno, mračno, teško dokučivo, prikriveno. Ukratko i uprošćeno, javno je načelno otvoreno, a tajno zatvoreno tako da je dostupno samo krugu odabranih/određenih.

Javni interes u velikom delu ne mora da se poklapa sa onim državnim, pa ni sa nacionalnim. Izvorno, javno je lišeno te prioritete političke crte. Znači, kod javnog nije u prvom redu posredi „državni razlog“ (Moreau 1989, 352): nije mu smisao održavanje određene političke garniture na vlasti niti određenog političkog poretka i ostvarivanje ciljeva (političkih, vojnih, ekonomskih, kulturnih...) aktuelnih vlastodržaca. Ujedno, javno se ne tiče odnosa domaće države i onih drugih, stranih – osim posredno, kad je posredi obezbeđenje i održanje spoljne bezbednosti ili zaštite granica. Jer, u središtu pažnje javnog interesa nije država već društvo, zajednica, ali i pojedinci – građani, uzeti i svaki ponaosob i kao pripadnici određene celine. U tom pogledu javno se primiče „opštem“ (Méadel 2007, 8). Dakle, legitiman javni interes nije suprotan – niti bi u savremenom demokratskom civilizacijskom poretku smeo da bude – pojedinačnom interesu, bar najvećem broju njih. Naprotiv, standardni pojedinačni interesi se redovno „pronalaze“ u onom javnom.

Kvantitativno uzev, javno se tiče velikog broja povezanih jedinki, koje zajedno drže baš određeni širi interesi u datoj socijalnoj celini. *Kvalitativno*, javni interes preteže nad onim pojedinačnim i grupnim. Javno je, u svim njegovim vidovima, egzistencijalno i esencijalno za dati društveni milje. Ono je nezamenljivo i stalno, ali nije bespogovorno stabilno, okamenjeno, s obzirom na društvenu pokretljivost angažovanih interesa. Zbog svog kapitalnog značaja, javni interes se pravno izražava i štiti, sankcioniše se njegova povreda. On je u krajnjoj liniji zaštićen monopolom državne sile, koja je podvrgnuta vladavini prava.

Tri su opredeljujuća, konstitutivna elementa javnog interesa. Prvo – puno ostvarivanje i zaštita ljudskih sloboda i prava. Drugo – redovno odvijanje društvenog života u svim njegovim komponentama, uz nužne korekcije i unapređenja. Treće – uredan rad državnih organa i javnih tela.

Oblici javnog interesa su uporišne tačke različitih područja društvenog života, kao što su, primerice: spoljna i unutrašnja bezbednost, javni red i mir, kontinuirano i optimalno snabdevanje energentima i hranom, normalno funkcionisanje drugih javnih službi (zdravstvo, obrazovanje, kultura, komunalni red itd.), regulisan i nesmetan saobraćaj, javne komunikacije/veze, čuvanje životne sredine od zagađenja, skladno uređenje javnog prostora, funkcionisanje svih vrsta tržišta, posebno zaštita konkurencije, pružanje informacija od javnog značaja i zaštita podataka o ličnosti – i drugo.

Ilustracije radi, *Ustav Srbije* veli: „Pravo svojine može biti oduzeto ili ograničeno samo u javnom interesu utvrđenom na osnovu zakona, uz naknadu koja ne može biti niža od tržišne.“² Takođe, u Ustavu se na više mesta pominju javne službe, javni poslovi, javne funkcije i javni

² Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, 98/2006, čl. 58 (2) – *Pravo na imovinu*.

funkcioneri, javna ovlašćenja, javno zdravlje itd. Javni interes je posebno svojstven upravnompravnj proceduri, prema *Zakonu o opštem upravnom postupku*,³ znatno manje onoj upravnosudskoj, u smislu *Zakona o upravnim sporovima*.⁴

3. POJAM I ULOGA JAVNOG PORETKA

Pojam *poretka* se zasniva na dve ključne organizacione premise. To su red i sklad. Poredak podrazumeva više elemenata „koji ispunjavaju intelektualne, moralne ili estetske uslove“ (Krokhalev 1992, 23–24). Za Ž.-Ž. Rusoa (*Jean-Jacques Rousseau*) javni poredak je „beton socijalnog poretka“. Presudno je da se tom prilikom postave, konstruišu uslovi zajedničkog života, poduprti pravnim normama. *Charles Debbasch* ukazuje na prostranost kategorije javnog poretka (Debbasch 1978, 75–76). On kaže da se javni poredak sastoji u brizi javne vlasti o „ukupnosti ravnoteža, ekonomskih i socijalnih“; javna vlast je odgovorna za ekonomsku i socijalnu sigurnost građana, to jest za zadovoljenje njegovih društvenih potreba u savremeno doba, pa i za njihovu sreću na makroplanu. S tim u vezi, negativna definicija javnog poretka svodi se na nepostojanje smetnji, poremećaja, odnosno nemira u javnom životu (*M. Bernard*). Ima stanovišta prema kojima je javni poredak čist pravni pojam koji ne prihvata političke, religiozne, ekonomske i moralne kriterijume – ali i onih koja ipak, pod okriljem pravnih normi, uključuju i pojedine od tih sastojaka. Štaviše, javnim poretkom se katkad, prevashodno u pravnoj doktrini, obuhvataju i ciljevi koji se imaju ostvariti (pravda, blagostanje i sl.) (Krokhalev 1992, 25). U svakom slučaju, „javni poredak je takav unutrašnji red koji omogućava jednoj skupini ljudi da bude društvo...“ (Dupuis i Guédon 1988, 11 i dalje). Javni poredak dopušta da svako uživa svoja prava poštujući prava drugih. Javni poredak je ujedno minimalna društvena disciplina za funkcionisanje ustanova javne vlasti i za dobrobit društva.

Javni poredak zahvata celokupno pravo. On ima svoju ulogu i u unutrašnjem i u međunarodnom pravu, posebno u onom privatnom. U unutrašnjem pravu poznaju ga ustavno, krivično, upravno, radno, građansko pravo, materijalno i procesno... Ipak, neka zajednička svojstva javnog poretka mogu se naći, uočiti i analizirati (o tome nešto docnije).

³ Zakon o opštem upravnom postupku, *Službeni glasnik RS*, 18/2016. Tako, javni interes je bilo ograničavajući, bilo zaštitni faktor kod: *Načela ostvarivanja prava građana i ostvarivanja javnog interesa* – čl. 7; garantnog akta – čl. 20 (2); upravnog ugovora – čl. 22 (2); načina pokretanja opostupka – čl. 90 (2); odstupanja od odložnog dejstva žalbe – čl. 155 (2); žalbe u izvršnom postupku i odlaganja izvršenja – čl. 202 (4) itd.

⁴ Zakon o upravnim sporovima, *Službeni glasnik RS*, br. 11/2009. Videti čl. 5 – *Određenje upravne stvari*, i čl. 23 (2) – *Odložno dejstvo tužbe*.

Dva su tradicionalna, osnovna pravna značenja javnog poretka (videti Pak 1986, 596 i dalje; Varadi *et al.* 2010, 154). *Jedno* – da je javni poredak skup pravila kojima se obezbeđuje zaštita sistema vrednosti u jednoj državi, tako da se pravila moraju bespogovorno poštovati. *Drugo* – da je u pitanju institut međunarodnog privatnog prava koji koriguje redovnu primenu merodavne strane pravne norme ili omogućava nepriznavanje strane sudske odluke (Cornu 1987, 561–562 – *Ordre public*), odnosno nepriznavanje dokazne snage strane javne isprave – sve to da bi se zaštitile osnovne domaće/unutrašnje pravne vrednosti (Jakšić 2017, 623, 629; videti Krokhaliev 1992, naročito 6–7). Šire od pravnog poimanja je ono stanovište koje veli da javni poredak čine „posebna pravila kojima se obuhvataju osnovna načela i osnovna shvatanja o moralu, savесnosti, poštenju i dobrim običajima i sankcioniše njihova povreda“ (Pak 1986, 596). Cornu (1987, 562) smatra da se javni poredak – negativno definisano – može uzeti kao društveno stanje u kojem mir, spokojstvo i javna sigurnost nisu poremećeni. Pravila javnog poretka se nameću naročitom snagom i njihova primena se ne može otkloniti. Ona, pisana i nepisana, „u svojoj ukupnosti predstavljaju temelje (socijalne, političke...) ... bitne za funkcionisanje javnih službi, održavanje sigurnosti i moralnosti (u tom smislu obuhvatajući i dobre običaje), za ekonomski promet (ekonomski javni poredak) ili se odnose na staranje o određenim prvorazrednim pojedinačnim interesima (javni poredak individualne zaštite)“ (Cornu 1987, 562).

Javni poredak je s jedne strane uža, a s druge strane šira kategorija od pravnog poretka.⁵ Uži je jer obuhvata samo osnovne, najvažnije temeljne pravne propise jedne države. Moglo bi se čak konstatovati da je javni poredak deo pravnog poretka regulisan javnopravnim normama, to jest onim pravilima koja državi u odnosu na građanina i kolektivitete daju jaču, nadmoćniju poziciju – zabrane, ograničenja, nametanja, kao i regulisanja, u javnom interesu. Javni poredak je, opet, širi od pravnog jer se ne iscrpljuje samo u pravnim propisima i pravnim normama i ponašanju po njima; javni poredak ima, naime, i svoju vrednosnu i institucionalnu stranu.

Prethodni pojam javnog poretka u unutrašnjem pravu svodi se na dve povezane komponente – na ograničenje (okvir, granice, u privatnom pravu osobito), odnosno na zaštitu, i na regulaciju – u javnom pravu, u ustavnom i upravnom pravu naročito. Jer zadaci javne uprave u zadovoljanju javnog interesa svode se i na obezbeđenje javnog poretka i na činidbe u dobrima i u uslugama (Dupuis i Guédon 1988, 396, 398). Tom prilikom se, u skladu sa zakonom i u njegovom izvršenju, upravlja javnim resursima i održavaju postavljene granice slobodama i pravima fizičkih i pravnih lica.

⁵ Ustav Srbije veli da je pravni poredak Srbije jedinstven – čl. 4 (1) i čl. 194 (1).

U javnom pravu, javni poredak je „trasa“ za zadovoljenje krucijalnih javnih interesa, uz neophodna ograničavanja, naročito procesna (Vedel 1978, 23, 551–552) – tako kod upravnih ugovora (videti Richer 2008, 101, 312).

U privatnom pravu, javni poredak je, između ostalog, okvir autonomije volje, naročito kod ugovora. Reč je o imperativnim normama koje pojedinci ne mogu ukloniti ni svojim ponašanjem ni svojim sporazumom (Perović 1990, 162–172; Salma, 1988, 351–352; Cornu 1987, 352). Na delu je „susret“ opšteg i pojedinačnog (Krokhalev 1992, 29 – s pozivom na čl. 6 i 1134 *Code civile français*): sloboda ugovaranja ne može ukloniti principe javnog poretka (i dobrih običaja). Ugovori koji su protivni javnom poretku ništavi su i kao takvi su zabranjeni.

Sve u svemu, *javni poredak je skup krucijalnih društvenih vrednosti, principa, ustanova, normi i mera na temelju javnih interesa kojima se obezbeđuju ostvarivanje i zaštita sloboda i prava građana, normalan tok društvenog života i redovno funkcionisanje javnih službi – i koji se (ti i takvi interesi) mogu, u krajnjoj liniji, izdejsstvovati i primenom državne prinude, pravno propisanim merama javne vlasti za njihovo ostvarenje i obezbeđenje, uz vođenje računa o načelu proporcionalnosti*. Tako je, primerice, u francuskoj sudskoj praksi u pogledu slobode veroispovesti (Long, Weil i Braibant 1984, 85, 88). Znači, ograničenja javnim poretkom se primenjuju samo u meri u kojoj je štite osnovne društvene vrednosti (Krokhalev 1992, 31).

Dakle, *konstitutivni elementi javnog poretka* su: vrednosti, pravni instituti, pravila i radnje (tzv. nenormativne aktivnosti).

1. *Vrednosti* utkane u javni poredak su: one tradicionalne – javni mir, javna sigurnost ljudi i imovine i javno zdravlje, ali i savremene, kao što je uređena konkurencija – zabrana monopola, ili primereni kulturni sadržaji, na granici sa moralom. Takođe, i opšta estetska pitanja mogu da uđu u sferu javnog poretka – recimo zaštita od pokušaja naruživanja prirodnog, istorijskog izgleda grada prilikom narušavanja konzerviranih arhitektonskih zdanja (Moreau 1989, 351–352; Debbasch 1978, 75; Vedel 1978, 23; Moreau 1989, 351; Depuis i Guédon 1988, 11).

2. *Pravni instituti* uklopljeni u javni poredak su, naročito: a) ljudske slobode i prava; b) javne službe; v) nadležnost javnih tela.

a) Ljudske slobode i prava su dvostruko povezani za javnim poretkom. On predstavlja najpre njihov okvir, ograničenje. Jednovremeno, one su i deo javnog poretka. Jer, napad, ugrožavanje ili narušavanje ljudskih sloboda i prava predstavlja udar (i) na javni poredak. Tako je u Francuskoj jedna pozorišna predstava (*Dieudonné*) (videti Stirr 2015, 8–9) bila policijski skinuta sa repertoara (sa sledstvenom sudskom potvrdom) zbog iznetih rasističkih i antisemistških poruka. Takođe, ilustracije radi, u kon-

tekstu borbe protiv terorizma, francuskim Zakonom od 11. oktobra 2010. godine zabranjeno je pokrivanje lica u javnom prostoru).

b) Javne službe premrežavaju celokupno društvo, omogućujući njegovo funkcionisanje. Da bi se to postiglo njihove aktivnosti – autoritativne i neautoritativne – moraju da se obavljaju prema određenim standardima, *lege artis*, ali i uredno, skladno, delotvorno, i da budu pod jednakim uslovima dostupne svima.

v) Nadležnost javnih tela je svakad uređena imperativnim propisima i predstavlja značajno učvršćenje javnog poretka (Foillard 2004, 194; videti i Tomić 2017, 269–270).

3. *Pravila*, pisana i nepisana (ona koja se podrazumevaju i koja proizlaze iz duha društvenog sistema, tradicionalna, običaji) – glavina su javnog poretka. Kod toga, javna uprava obezbeđuje izvršenje, poštovanje javnog poretka, a sud sankcioniše povrede javnog poretka. Ima mišljenja da javni poredak ne čine svi imperativni propisi već samo oni „kojima se štite najosnovnije vrednosti našeg poretka“ (Varadi *et al.* 2010, 156). Izneto gledište smatram neodređenim, fluidnim, te pristajem uz stav da svi imperativni propisi jedne države ulaze u sastav njenog javnog poretka. Ako je tim propisima zaštićen i moral jedne sredine, onda i on, posredno, čini konstitutivni deo javnog poretka.

4. *Nenormativne aktivnosti*, radnje, mere (poglavito policije i /drugih/ javnih službi), posebno one u cilju zaštite osnovnih dobara i društvene regulacije zaokružuju sastav javnog poretka (Cornu 1987, 562). One su preventivne, korektivne i represivne.

Svojstva javnog poretka su brojna:

1) *Neodređenost, relativnost i u vremenu i u prostoru* – globalno i lokalno. Javni poredak je dinamična, promenljiva pojava: usavršavanja njegovog sastava predstavljaju odgovore na izazove vremena i prostora. Javni poredak štiti temeljne interese demokratskog društva, a oni ne mogu da budu dati za svagda i za sve.

2) *Širina/razuđenost, raznovrsnost* (Debbasch 1978, 75), o čemu je bilo reči.

3) *Imperativnost javnog poretka* – bespogovornost primene njegovih akata, mera i instituta.

4) *Temeljni karakter javnog poretka*, kao podloge, ujedno okvira.

5) *Bitnost, važnost* (ranije objašnjena).

6) *Zaštitno-regulacioni karakter* – funkcija mu je: a) da štiti ključne javne interese; b) da upravlja društvenim rizicima, u slučaju negativnih pojava (ataka na ljudska prava i slobode, nesreća, epidemija, zagađenja, elementarnih nepogoda...), kao i da održava nivo i unapređuje one

pozitivne (na području zdravstva, kulture, pronalazaštva i drugih vidova infrastrukture) (Sève 2015, VIII–IX).

7) *Sistemska kakvoća* – on je omotač društva, natkriljuje sve sfere društvenog života, čuvajući njegovu koherentnost i sklad, odnosno naknadno uspostavljajući narušenu ravnotežu.

8) *Uravnoteženost kod primene* – javna uprava i sud se prilikom tumačenja kod primene javnog poretka kreću u ustavnim i zakonskim okvirima, ali imaju i doziranu diskrecionu ocenu u svakom konkretnom slučaju, prateći civilizacijska shvatanja (kulturalna, moralna i sl.) (Krokhalev 1992, 61). Tako je bilo i kada je predsednik jedne francuske opštine zabranio – s pozivom na odbranu javnog poretka – da se otvori *sex-shop* blizu škole ili neke druge ustanove namenjene mladima, kao i u slučajevima kada se određenim merama težilo suzbijanju prostitucije i osiguranju moralnosti i pristojnosti na morskoj obali.⁶ U praksi je važno izvagati hitnost i proporcionalnost (posebno u odnosu na subjektivne pravne situacije), uz stalno vođenje računa o posledicama, kako opstanka – prekidanja ili održavanja – jedne delikatne konkretne situacije, tako i eventualnih javnih mera preduzetih u pogledu nje.

9) *Normativno-nenormativna/realna priroda javnog poretka* – kombinacija, amalgam pravnih akata i materijalnih radnji, što je već komentarisano.

U doktrinarnom određivanju javnog poretka poznati su različiti pristupi (Perović 1990, 165–167). Sreće se opšta klauzula ili/i nabravanje (Varadi *et al.* 2010, 155, 163). Ostaje i mogućnost užeg i šireg definisanja javnog poretka (ograničavamo se na onaj tzv. unutrašnji – šira objašnjenja u narednom odeljku). Prema užem, javni poredak čine samo imperativni propisi, svi ili samo odabrani. Prema širem, u sastav javnog poretka ulaze: 1) imperativni propisi; 2) moralne društvene norme; 3) „dobri“, valjani, legitimni običaji; 4) ustaljeni i priznati stavovi prakse najviših sudova.

4. KLASIFIKOVANJE JAVNOG PORETKA

1. *Unutrašnji i spoljni, posebno evropski*. Kao što je već nagovešteno, dve su osnovne vrste javnog poretka – spoljni, internacionalni i unutrašnji (domaći, nacionalni). *Spoljni* čine, najpre, opšta pravila međunarodnog prava, opšti međunarodni principi. Oni, prihvaćeni od međunarodne zajednice država, čine *ius cogens* i imaju dve glavne komponente: 1) poštovanje ljudskih prava i 2) izvršavanje međunarodnih obaveza u dobroj veri (*bona fide*) (Krokhalev 1992, 84). U javni poredak Saveta Evrope mogu se ubrojiti, pre svega: a) osnovna ljudska prava, koja se

⁶ C. E. (Conseil d'Etat), 30. 5. 1930, *Beaugé*; C. E., 11. 12. 1946, *Dames Hubert et Crépelle* – Stirr 2015, 10.

direktno primenjuju;⁷ b) norme iz Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (1950), sa dodatnim protokolima – čl. 2–14; v) pravni stavovi Evropskog suda za ljudska prava (dalje: Sud – čije je tumačenje Konvencije evolutivno); g) norme Pakta o građanskim i političkim pravima (1966) – čl. 2–27; d) odredbe Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima (1948) (Jakšić 2017, 664).

Pravila evropskog javnog poretka su obavezna za sve članice Saveta Evrope, imaju imperativni karakter. To je „blok“ vrednosti jedinstven za sve evropske države, vrednosti koje potvrđuju njihovo zajedničko evropsko nasleđe (Krokhalev 1992, 74–75). Konkretno, posređi su: 1) garantije ljudskih prava zasnovane na prirodnom pravu; 2) obaveze svake države prema pojedincima koji se nađu na njenoj teritoriji; 3) dostupnost, „otvoren“ pristup Sudu; 4) podvrgavanje kontroli Suda u postupku izvršenja obaveza država članica; 5) pravna mogućnost da Sud radi i *ex offio* – da i nezavisno od traženja pojedinaca ispituje ispunjenost uslova za primenu evropskog javnog poretka; 6) poštovanje odluka Suda; 7) potčinjenost nacionalnih sudova Sudu u pogledu tumačenja Konvencije.

Dakako, internacionalni javni poredak treba razgraničiti od javnog poretka u međunarodnom privatnom pravu (MPP), klauzule koja ima u vidu unutrašnji, domaći javni poredak kao zaštitni osnov odstupanja od standardnih pravila MPP od primene stranog prava (zakona, sudskih odluka, javnih isprava) konkretno.

Unutrašnji javni poredak – u širem smislu – čine: ustavni propisi, ratifikovane međunarodne konvencije i ugovori, zakoni, sprovedbeni propisi (reglmani), moralna i običajna pravila, kao i ustaljena i priznata sudska praksa najviših sudova.

Kategorijom javnom poretka u domaćem pravu naročito se bave: Zakon o obligacionim odnosima (ZOO),⁸ Zakon o parničnom postupku (ZPP)⁹ i Prednact građanskog zakonika Srbije (PGZ)¹⁰. Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja (ZRSZ)¹¹ govori, umesto o javnom poretku, o „Ustavom... utvrđenim osnovama društvenog uređenja“ kao brani od standardne primene merodavnog stranog prava. Takva kovanica – kao navodna oznaka za javni poredak u MPP – čini mi se

⁷ Upućujem na čl. 18 (1) Ustava Srbije.

⁸ Zakon o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85 i 45/89 – odluka Ustavnog suda i 57/89; *Službeni list SRJ*, br. 31/93 i *Službeni list SCG*, 1/2003, Ustavna povelja – čl. 10 – Autonomija volje.

⁹ Zakon o parničnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 72/11, 49/13 – odluka US, 74/13 – odluka US i 55/14 – čl. 3 (3).

¹⁰ Prednact građanskog zakonika Srbije, čl. 6 – Autonomija volje.

¹¹ Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja, *Službeni list SFRJ*, br. 43/82 i 72/82 – ispr.; *Službeni list SRJ*, br. 46/96 i *Službeni glasnik RS*, 46/06 – drugi zakon, čl. 4, 91, 99 tač. 3

zastarelom, preuskom, neodgovarajućom, jednostrano normativnom, uz svođenje odnosnog bastiona zaštite strogo na ustavni nivo.

Zakon o obligacionim odnosima postavlja ograničenje autonomije volje stranaka, naročito slobode ugovaranja – između ostalog – normom javnog poretka. Naime, „strane u obligacionom odnosima su slobodne, u granicama prinudnih propisa, javnog poretka i dobrih običaja, da svoje odnose urede po svojoj volji“. Iz toga proizlazi da je javni poredak, kao granica o kojoj je reč, nešto izvan prinudnih propisa i dobrih običaja, različito od njih. Da li je to onda, na kraju krajeva, u datom miljeu, nepisana kaučuk norma promenljive sadržine – koja niče iz duha društvenog i pravnog sistema – koja „skuplja“ sva druga/ostala ograničenja u opštem interesu, u prvom redu moralna pravila date sredine (Perović 2002, 19–20)?¹²

Stavljajući branu dispozitivnim radnjama stranaka, ZPP veli: „Sud neće dozvoliti raspolaganja stranaka koja su u suprotnosti sa prinudnim propisima, javnim poretkom, pravilima morala i dobrim običajima.“ Znači, i u parničnom kontekstu – koliko god fluidna – sintagma javni poredak praktično ima suženo polje spram prinudnih propisa, morala (*sic!*) i dobrih običaja. Opasnost vreba iz njenog arbitrarnog i neujednačenog shvatanja.

Gotovo identična formula se javlja u PGZ: „Subjekti građanskih prava su slobodni da svoje odnose urede po svojoj volji u granicama prinudnih propisa, javnog poretka, dobrih običaja i morala.“

Stav pisca ovih redova je da je javni poredak – budući po prirodi „neuhvatljiv“ pojam – dovoljan da sâm, skupno, u širem smislu, obuhvati sva neophodna društvena ograničenja pojedinačnih volja, u javnom interesu.

2. *Zaštitni i regulacioni* (što je predočeno kod svojstava javnog poretka).

3. *Materijalni i formalni/procesni*. Materijalni, sadržinski javni poredak tiče se kako nesmetanog ostvarivanja garatovanih ljudskih sloboda i prava, tako i direktne zaštite krucijalnih društvenih vrednosti od različitih prirodnih i društvenih zala i nevolja. A procesni obuhvata, naročito, različite procesne garantije: pravo stranke na izjašnjavanje, proporcionalnost u preduzimanju upravnih mera, pravo na pravne lekove, pravo na blagovremeno i dosledno izvršavanje pravnosnažih sudskih odluka od javne uprave, ali i preventivne mere zaštite od, primerice, terorizma (prisluškivanja, pretresanja, hapšenja...) i drugo (Stirr 2015, 5; Tomić 2018, 188–223). Pojedini pisci konstruišu i *kolizioni javni poredak* u MPP (Stirr 2015, 7; Jakšić 2017, 629).

¹² Perović naziva sva pomenuta ograničenja „granicom kojom se iskazivao opšti interes zasnovan na opštim principa društvenog uređenja“. Tako se, zbog narečene neodređenosti, teret, kazuistički, uglavnom prebacuje na sudsku praksu.

4. *Policijski i ugovorni*. Policijski javni poredak je izraz sprovedbene, posebno podzakonske moći države – da propiše, da zabrani, da nadzire, da izvrši.... (Moreau 1989, 348–350). Ugovorni javni poredak se rasklapa na dva segmenta: 1) na onaj privatnopravni – gde dominira ne samo ograničenje slobode ugovaranja već i zaštita strana ugovornica, ugovornog tkiva ali i trećih lica; 2) na javnopravni, gde se regulišu upravni ugovori, njihova sadržina, odstupanja od opšteg ugovornog modela i, naročito, cilj, kauza – ostvarenje i zaštita javnog interesa (Tomić 2017, 249, 252–253).

5. *Opšti i posebni javni poredak*. Prema zahvaćenim područjima društvenog života, opšti poredak zahvata celinu društvene stvarnosti, a posebni se tiču njenih određenih oblasti. Tako se mogu razlikovati politički, ekonomski, kulturni, monetarni/finansijski, porodični, ekološki javni poredak i drugi (Debouy 1980, 1–2).

6. *Apsolutni i relativni javni poredak*. Tzv. apsolutni javni poredak je preovlađujući: strog je, rigidan, ne trpi odstupanja od primene – tako je kod akcija policije usmerenih na održavanje javnog reda i mira, zaštitu ljudi i imovine. Relativni javni poredak je na određeni način ublažen, umeren: imaju se u vidu, na podlozi propisa, svi momenti jedne konkretne situacije, tako da se tom prilikom kroz tu prizmu odmeravaju različite pravne vrednosti – na primer, analitički se sagledavaju zahtevi javne službe, stepen društvene opasnosti (tako, visina štete, značaj određenog dobra) i vremenska, razvojna dimenzija jednog odnosa; otuda relativni javni poredak ima i temporalnu crtu (Caroline i Legout 2015, 229).

Za ilustraciju relativnog javnog poretka evo i dve norme srpskog prava. Jedna je iz ZOO:¹³ „Ugovor koji je protivan prinudnim propisima, javnom poretku ili dobrim običajima je ništav ako cilj povređenog pravila ne upućuje na neku drugu sankciju ili ako zakon u određenom slučaju ne propisuje što drugo.“ Druga je iz ZUP-a:¹⁴ „Drugostepeni organ ili nadzorni organ rešenjem može na zahtev stranke ili po službenoj dužnosti u celini ili delimično ukinuti rešenje... ako je ono postalo izvršno, a ukidanje je potrebno radi otklanjanja teške i neposredne opasnosti po život i zdravlje ljudi, javnu bezbednost, javni mir i javni poredak ili radi otklanjanja poremećaja u privredi, ako svrha ukidanja ne može uspešno da se otkloni drugim sredstvima kojima se manje dira u stečena prava.“

5. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Sintetičku definiciju, bliže određenje javnog poretka, ne nalazimo ni u zakonodavstvu ni u sudskoj praksi. A ni u doktrini o njegovoj tačnoj

¹³ Član 103 (1).

¹⁴ Član 184 (1) (1).

sadržini nema jedinstva. No, uglavnom postoji slaganje da su u pitanju najvažniji društveni principi, strogi, iako promenljivi u vremenu i prostoru, koji se moraju poštovati od svih i svakoga. Poduprti, zbirno uzev, javnim interesom.

U najužem značenju, javni poredak se sastoji od prinudnih propisa, i to ne svih nego samo onih nosećih. Šire stanovište izjednačava skup prinudnih propisa jedne države (ili čak i određene zajednice država!) – stvaraoaca društvene discipline – i javni poredak. Pisci, odnosno pravni tekstovi koji javni poredak stavljaju rame uz rame sa prinudnim propisima (*sic!*), običajnim pravilima i moralom date sredine, sva je prilika da javnom poretku daju neki „tajnoviti“ smisao nepisanih, podrazumevajućih krunskih i temeljnih načela i instituta?! Kojih, to ne kažu – ostavljajući, izgleda, sudskoj praksi da ih iznalazi i tumači. Opet, moguće je konstruisati i dva znatno šira poimanja javnog poretka. Prema jednom, javni poredak jedne države obuhvata prinudne propise – uključujući i ratifikovane međunarodne konvencije i ugovore – i običajna pravila, ali i moral. Dakle, nema isključivo pravnonormativnu supstancu. Međutim, potpisnik ovih redova se zalaže za još prostranije određenje javnog poretka. Naime, moje je gledište da on obuhvata – osim već predočena tri reda pravila, uz dodavanje ustaljene, proverene i argumentovane prakse najviših sudova – i primerene društvene vrednosti, institute, ali i mere, odnosno radnje javnih tela. Tako shvaćen javni poredak ima najmanje dva značajna i slojevita cilja: 1) zaštitu ljudskih sloboda i prava čoveka i građanina, ali i održavanje optimalnih relacija sklada i ravnoteže i u međusobnim odnosima pojedinaca i spram celine društvene zajednice, odnosno njenih užih teritorijalnih (pod)celina; 2) regulaciju društvenih tokova, posebno javnih službi. Javni poredak se, stoga, nipošto ne može svesti na ograničavanje (recimo, autonomije volje, posebno slobode ugovaranja) i naređivanje.

U primeni javnog poretka neizbežna je dozirana diskreciona ocena, zakonski uokvirena i oplemenjena znanjem. Važno je da u svakom konkretnom slučaju pozivanje na javni poredak – bilo kroz primerenu klauzulu MPP-a (kao odstupanje od inače merodavnog pravila stranog prava), bilo izvan njega – bude konkretizovano, operacionalizovano i jasno i podrobno obrazloženo, osobito od sudova. Tako se javni poredak potvrđuje i „odozdo“, nanova učvršćuje i dograđuje odgovarajućim sadržajem.

Razvrstavanje javnog poretka moglo bi da ima sledeći izgled: 1. *unutršnji i spoljni, posebno evropski*; 2. *zaštitni i regulacioni*; 3. *materijalni i formalni/procesni*; 4. *policijski i ugovorni*; 5. *opšti i posebni*; 6. *apsolutni i relativni*.

Javni poredak nije antiteza slobode. Naprotiv. Legitimni javni poredak, njegove vrednosti i institucije, uvažavaju i štite i slobodu i demokratiju, ali uključuju i misiju pravednog, razumnog i moralnog prava i drugih pravila u civilizacijskom društvenom miljeu.

Neporecivost i nasušnost javnog poretka najbolje izražava sledeća metaforična formula: *il nous faut un rocher!!* (Drago 2015, 213). Ta stena, bastion i socijalni regulator jeste antiteza dezintegracije društva, zloupotreba, zaštitnik od napada i na zajednicu i na njene članove i kolektivite, antipod nemira, nestabilnosti, prekoračenja ovlašćenja.

LITERATURA (REFERENCES)

- Bénoit, Francis-Paul. 1968. *Le droit administratif français*. Paris.
- Caroline, Marie V., i Vincent Legout. 2015. L'ordre public et le contrat. 215–229 u *L'ordre public, Archives de philosophie du droit*, 58 (urednici: Pierre Caye, Jacques Dagery, Dominique Terré, François Vallançon, Michel Waltz). Paris.
- Cornu, Georges. 1987. *Vocabulaire juridique*. 561–562 (*Ordre public*). Paris.
- Debbasch, Charles. 1978. *Institutions et droit administratif, 2 – L'action et le contrôle de l'administration*. Paris.
- Debouy, Christian. 1980. *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*. Paris.
- Drago, Guillaume. 2015. L'ordre public et le Constitution, 199–214 u: *L'ordre public, Archives de philosophie du droit*, 58, (urednici: Pierre Caye, Jacques Dagery, Dominique Terré, François Vallançon, Michel Waltz) Paris.
- Dupuis, Georges, i Marie-José Guédon. 1988. *Institutions administratives, Droit administratif, 2*, éd. Paris.
- Eisenmann, Charles. 1982. *Cours de droit administratif*. tome I. Paris.
- Eisenmann, Charles. 1983. *Cours de droit administratif*. tome II. Paris.
- Foillard, Philipp. 2004. *Droit administratif*. Paris.
- Guggenheim, Daniel. 1970. *L'invalidité des actes juridique en droit suisse et comparé*. Paris.
- Jakšić, Aleksandar. 2017. *Međunarodno privatno pravo*. Beograd.
- Krokhalev, Sergey. 1992. *L'ordre public en droit international privé, comparé français et russe (thèse pour le doctorat en droit)*. Val de Marne.
- Long, Marceau, Prosper Weil i Guy Braibant. 1984. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 8. édition, Paris.
- Méadel, Juliette. 2007. *Les marches financiers et l'ordre public*. Paris.
- Moreau, Jean. 1989. *Droit administratif*. Paris.

- Pak, Milan. 1986. *Međunarodno privatno pravo*. Beograd.
- Perović, Slobodan. 1990. *Obligaciono pravo*. Beograd.
- Perović, Slobodan. 2002. *Predgovor za Zakon o obligacionim odnosima*. Beograd. 18–22.
- Richer, Laurent. 2008. *Droit des contrats administratifs*. 6. édition. Paris.
- Sève, R. 2015. *Avant-Propos: La mesure de l'ordre public, l'ordre public*, dans *L'ordre public, Archives de philosophie du droit*, 58 (urednici: Pierre Caye, Jacques Dagery, Dominique Terré, François Vallançon, Michel Waltz). Paris. VIII–IX.
- Stirr, Bernard. 2015. *Ordre public et libertés publiques*. 8–9 u *L'ordre public, Archives de philosophie du droit*, 58 (urednici: Pierre Caye, Jacques Dagery, Dominique Terré, François Vallançon, Michel Waltz). Paris.
- Salma, Jožef. 1988. *Obligaciono pravo*. Beograd.
- Tomić, Zoran R. 2017. *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku, sa sudskom praksom i registrom pojmova*, Beograd.
- Tomić, Zoran R. 2017. *Upravni ugovori, elementi pravnog režima u Srbiji*. *Pravni život* 10/17, II tom, 10: 249–265.
- Tomić, Zoran R. 2018. *Autonomija volje u upravno-procesnom pravu*. *Pravo i privreda* 56: 7–9, 189–206.
- Vedel, Gérard. 1978. *Droit administratif*. 6. éd. Paris.
- Varadi, Tibor, Bernadet Bordaš, Gašo Knežević i Vladimir Pavić. 2010. *Međunarodno privatno pravo*. Beograd.
- Vodinelic, Vladimir V. 2017. *Javno i privatno pravo*. Beograd.

Zoran R. Tomić, PhD

Full Professor

University of Belgrade Faculty of Law

PUBLIC ORDER: NOTION AND STRUCTURE

Summary

The paper explores the essence and structure of public order as a general principle of every legal and social system, as well as a clause in international private law. The complexity, dynamics and importance of public order are described in this paper. The author emphasizes that public order in the broadest sense entails not only mandatory provisions, but also moral rules, accepted standards and judicial practice. This institute covers crucial social values, institutes and actions of public bodies. Public order has at least two objectives: 1) protection – public order protects human rights and freedoms as well as social community, 2) regulation of social processes, especially of public services. For this reason it is not possible to reduce public order to restrictions and/or orders. Finally, the author introduces the most important characteristics of public order and classifications of this institute.

Key words: *Community. – Basic Values. – Public Order. – Public Interest. – Protection. – Regulation.*

Article history:

Received: 24. 12. 2018.

Accepted: 25. 4. 2019.