

УДК 342; 321.01

CERIF: S115

DOI: 10.5937/AnalPFB1902035T

Зоран Р. Томић*

ЈАВНИ ПОРЕДАК: ПОЈАМ И СТРУКТУРА

Чланак је посвећен трагањима за суштином и структуром јавног поретка, као опште категорије у сваком правном и друштвеном систему, али и као клаузуле у међународном приватном праву. Предочени су сложеност, динамика и важност јавног поретка. Аутор наглашава да јавни поредак у најширем смислу обухвата како принудне прописе, тако и морална и обичајна правила, па и устаљену и признату судску праксу највиших судова – као и примерене круцијалне друштвене вредности, институте, али и мере/радње јавних тела. Вели да јавни поредак има најмање два циља: 1) заштиту – не само људских слобода и права већ и друштвене целине, заједнице; 2) регулацију друштвених токова, посебно јавних служби. Јавни поредак се стога нипошто не може свести на ограничавања (рецимо, аутономије воље, посебно слободе уговарања) и наређивања. Обрађена су и најважнија својства јавног поретка, а понуђена је и класификација односне категорије.

Кључне речи: *Основне вредности. – Јавни поредак. – Јавни интерес. – Заштита. – Регулација.*

En droit public, tout est ordre public
(L. Béquet)¹

1. УВОД

„Јавни поредак“ је релативно често коришћен термин и у стручној литератури и у законодавству, па и свакодневном говору. Звучи

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, ztomic@ius.bg.ac.rs.

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

познато, лако одредиве садржине. Но, да ли је баш тако? Није нетачно да се он тиче – у одређеном смислу – целине јавног права. Али такво дефинисање би било далеко од прецизног. А, при томе, остаје и питање разликовања, демаркационе линије (ако уопште постоји?!) јавног и приватног права (Водинелић 2017, 586–611). Такође, питање је да ли се јавни поредак исцрпљује у правним нормама, да ли је његова садржина искључиво нормативна. Да ли укључује морални супстрат, легитимне („добре“), прихваћене обичаје, уходану судску праксу највишег ранга, чак естетски моменат – и можда још понешто?

Циљ започетог написа је да се проникне у структуру јавног поретка, посебно у унутрашњем праву. Да се покажу и анализирају његова разуђеност, различита значења и важнији проблеми у његовој примени, посебно у судској пракси. Аутор чланка има у виду, у првом реду (али не и једино!), правну страну јавног поретка – али и разграничење од правног поретка! – његову природу, значај и место у номенклатури друштвених појава и појмова.

Редослед излагања је следећи: прво се разматра категорија јавног интереса као основ и окосница теме започетог чланка. Следи ближе одређење јавног поретка, његових кључних елемената, посебно њихове међусобне везе. Затим се прелази на разврставање јавног поретка, на његове врсте и облике, да би се – на концу – извели одговарајући закључци, па и резиме о сржи изабраног питања.

2. ЈАВНИ ИНТЕРЕС

Јавни интерес и јавни поредак су тешко одвојиви. С једне стране, не може се дефинисати улога јавног поретка без јавног интереса као његове подлоге (Méadel 2007, 8). С друге стране, јавни поредак је – између осталог – скуп јавних интереса, и то оних најзначајнијих, круцијалних. У том смислу је јавни поредак подручје најважнијих јавних интереса који се беспоговорно штите од свеколиког угрожавања.

Интерес се узима као нешто што привлачи пажњу: „оно што (нам) је важно“, „што (нам) одговара“, „оно што (нас) покреће“, „подлога наших активности или пак само хтења/жеља“... Ако се то „нешто“ тиче већине, односно великог броја чланова једне друштвене заједнице, што је као такву одржава и унапређује, с циљем да се обезбеде благостање и друштвени ред, мир и склад – а опет је то „нешто“ доступно, начелно отворено свима – на трагу смо јавном интересу.

Јавно је, с једне стране, антипод тајном. С друге стране, јавно се ставља наспрам приватног. Јавно је у принципу светло, видљиво –

а тајно, мрачно, тешко докучиво, прикривено. Укратко и упрошћено, јавно је начелно отворено, а тајно затворено тако да је доступно само кругу одабраних/одређених.

Јавни интерес у великом делу не мора да се поклапа са оним државним, па ни са националним. Изворно, јавно је лишено те приоритетне политичке црте. Значи, код јавног није у првом реду посредни „државни разлог“ (Mogeaу 1989, 352): није му смисао одржавање одређене политичке гарнитуре на власти нити одређеног политичког поретка и остваривање циљева (политичких, војних, економских, културних...) актуелних властодржаца. Уједно, јавно се не тиче односа домаће државе и оних других, страних – осим посредно, кад је посредни обезбеђење и одржање спољне безбедности или заштите граница. Јер, у средишту пажње јавног интереса није држава већ друштво, заједница, али и појединци – грађани, узети и сваки понаособ и као припадници одређене целине. У том погледу јавно се примиче „општем“ (Méadel 2007, 8). Дакле, легитиман јавни интерес није супротан – нити би у савременом демократском цивилизацијском поретку смео да буде – појединачном интересу, бар највећем броју њих. Напротив, стандардни појединачни интереси се редовно „проналазе“ у оном јавном.

Квантитативно узев, јавно се тиче великог броја повезаних јединки, које заједно држе баш одређени шири интереси у датој социјалној целини. *Квалитативно*, јавни интерес претеже над оним појединачним и групним. Јавно је, у свим његовим видовима, егзистенцијално и есенцијално за дати друштвени миље. Оно је незаменљиво и стално, али није беспоговорно стабилно, окамењено, с обзиром на друштвену покретљивост ангажованих интереса. Због свог капиталног значаја, јавни интерес се правно изражава и штити, санкционише се његова повреда. Он је у крајњој линији заштићен монополом државне силе, која је подвргнута владавини права.

Три су опредељујућа, конститутивна елемента јавног интереса. Прво – пуно остваривање и заштита људских слобода и права. Друго – редовно одвијање друштвеног живота у свим његовим компонентама, уз нужне корекције и унапређења. Треће – уредан рад државних органа и јавних тела.

Облици јавног интереса су упоришне тачке различитих подручја друштвеног живота, као што су, примерице: спољна и унутрашња безбедност, јавни ред и мир, континуирано и оптимално снабдевање енергентима и храном, нормално функционисање других јавних служби (здравство, образовање, култура, комунални ред итд.), регулисан и несметан саобраћај, јавне комуникације/везе, чување животне средине од загађења, складно уређење јавног простора, функционисање свих врста тржишта, посебно заштита конкуренције,

пружање информација од јавног значаја и заштита података о личности – и друго.

Илустрације ради, *Устав Србије* вели: „Право својине може бити одузето или ограничено само у јавном интересу утврђеном на основу закона, уз накнаду која не може бити нижа од тржишне.“² Такође, у Уставу се на више места помињу јавне службе, јавни послови, јавне функције и јавни функционери, јавна овлашћења, јавно здравље итд. Јавни интерес је посебно својствен управноправној процедури, према *Закону о општем управном поступку*,³ знатно мање оној управној судској, у смислу *Закона о управним споровима*.⁴

3. ПОЈАМ И УЛОГА ЈАВНОГ ПОРЕТКА

Појам *поретка* се заснива на две кључне организационе премисе. То су ред и склад. Поредак подразумева више елемената „који испуњавају интелектуалне, моралне или естетске услове“ (Krokhalev 1992, 23–24). За Ж.-Ж. Русоа (*Jean-Jacques Rousseau*) јавни поредак је „бетон социјалног поретка“. Пресудно је да се том приликом поставе, конструишу услови заједничког живота, подупрти правним нормама. *Charles Debbasch* указује на пространост категорије јавног поретка (Debbasch 1978, 75–76). Он каже да се јавни поредак састоји у брзи јавне власти о „укупности равнотежа, економских и социјалних“; јавна власт је одговорна за економску и социјалну сигурност грађана, то јест за задовољење његових друштвених потреба у савремено доба, па и за њихову срећу на макроплану. С тим у вези, негативна дефиниција јавног поретка своди се на непостојање сметњи, поремећаја, односно немира у јавном животу (*M. Bernard*). Има становишта према којима је јавни поредак чист правни појам који не прихвата политичке, религиозне, економске и моралне критеријуме – али и оних која ипак, под окриљем правних норми, укључују и поједине од тих састојака. Штавише, јавним поретком се каткад, превасходно у правној доктрини, обухватају и циљеви који се имају остварити (правда, благостање и сл.) (Krokhalev 1992,

² Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, 98/2006, чл. 58 (2) – *Право на имовину*.

³ Закон о општем управном поступку, *Службени гласник РС*, 18/2016. Тако, јавни интерес је било ограничавајући, било заштитни фактор код: *Начела остваривања права грађана и остваривања јавног интереса* – чл. 7; гарантног акта – чл. 20 (2); управног уговора – чл. 22 (2); начина покретања опоступка – чл. 90 (2); одступања од одложеног дејства жалбе – чл. 155 (2); жалбе у извршном поступку и одлагања извршења – чл. 202 (4) итд.

⁴ Закон о управним споровима, *Службени гласник РС*, бр. 11/2009. Видети чл. 5 – *Одређење управне ствари*, и чл. 23 (2) – *Одложено дејство тужбе*.

25). У сваком случају, „јавни поредак је такав унутрашњи ред који омогућава једној скупу људи да буде друштво...“ (Dupuis и Guédon 1988, 11 и даље). Јавни поредак допушта да свако ужива своја права поштујући права других. Јавни поредак је уједно минимална друштвена дисциплина за функционисање установа јавне власти и за добробит друштва.

Јавни поредак захвата целокупно право. Он има своју улогу и у унутрашњем и у међународном праву, посебно у оном приватном. У унутрашњем праву познају га уставно, кривично, управно, радно, грађанско право, материјално и процесно... Ипак, нека заједничка својства јавног поретка могу се наћи, уочити и анализирати (о томе нешто доцније).

Два су традиционална, основна правна значења јавног поретка (видети Пак 1986, 596 и даље; Варади *et al.* 2010, 154). *Једно* – да је јавни поредак скуп правила којима се обезбеђује заштита система вредности у једној држави, тако да се правила морају беспоговорно поштовати. *Друго* – да је у питању институт међународног приватног права који коригује редовну примену меродавне стране правне норме или омогућава непризнавање стране судске одлуке (Cornu 1987, 561–562 – *Ordre public*), односно непризнавање доказне снаге стране јавне исправе – све то да би се заштитиле основне домаће/унутрашње правне вредности (Jakšić 2017, 623, 629; видети Krokhaliev 1992, нарочито 6–7). Шире од правног поимања је оно становиште које вели да јавни поредак чине „посебна правила којима се обухватају основна начела и основна схватања о моралу, савесности, поштењу и добрим обичајима и санкционише њихова повреда“ (Пак 1986, 596). Cornu (1987, 562) сматра да се јавни поредак – негативно дефинисано – може узети као друштвено стање у којем мир, спокојство и јавна сигурност нису поремећени. Правила јавног поретка се намећу нарочитом снагом и њихова примена се не може отклонити. Она, писана и неписана, „у својој укупности представљају темеље (социјалне, политичке...) ... битне за функционисање јавних служби, одржавање сигурности и моралности (у том смислу обухватајући и добре обичаје), за економски промет (економски јавни поредак) или се односе на старање о одређеним прворазредним појединачним интересима (јавни поредак индивидуалне заштите)“ (Cornu 1987, 562).

Јавни поредак је с једне стране ужа, а с друге стране шира категорија од правног поретка.⁵ Ужи је јер обухвата само основне, најважније темељне правне прописе једне државе. Могло би се чак констатовати да је јавни поредак део правног поретка регулисан јавноправним нормама, то јест оним правилима која држави у одно-

⁵ Устав Србије вели да је правни поредак Србије јединствен – чл. 4 (1) и чл. 194 (1).

су на грађанина и колективитете дају јачу, надмоћнију позицију – забране, ограничења, наметања, као и регулисања, у јавном интересу. Јавни поредак је, опет, шири од правног јер се не исцрпљује само у правним прописима и правним нормама и понашању по њима; јавни поредак има, наиме, и своју вредносну и институционалну страну.

Претходни појам јавног поретка у унутрашњем праву своди се на две повезане компоненте – на ограничење (оквир, границе, у приватном праву особито), односно на заштиту, и на регулацију – у јавном праву, у уставном и управном праву нарочито. Јер задаци јавне управе у задовољању јавног интереса свODE се и на обезбеђење јавног поретка и на чинидбе у добрима и у услугама (Dupuis и Guédon 1988, 396, 398). Том приликом се, у складу са законом и у његовом извршењу, управља јавним ресурсима и одржавају постављене границе слободама и правима физичких и правних лица.

У јавном праву, јавни поредак је „траса“ за задовољење круцијалних јавних интереса, уз неопходна ограничавања, нарочито процесна (Vedel 1978, 23, 551–552) – тако код управних уговора (видети Richer 2008, 101, 312).

У приватном праву, јавни поредак је, између осталог, оквир аутономије воље, нарочито код уговора. Реч је о императивним нормама које појединци не могу уклонити ни својим понашањем ни својим споразумом (Перовић 1990, 162–172; Салма, 1988, 351–352; Cornu 1987, 352). На делу је „сусрет“ општег и појединачног (Krokhalev 1992, 29 – с позивом на чл. 6 и 1134 *Code civile français*): слобода уговарања не може уклонити принципе јавног поретка (и добрих обичаја). Уговори који су противни јавном поретку ништави су и као такви су забрањени.

Све у свему, *јавни поредак је скуп круцијалних друштвених вредности, принципа, установа, норми и мера на темељу јавних интереса којима се обезбеђују остваривање и заштита слобода и права грађана, нормалан ток друштвеног живота и редовно функционисање јавних служби – и који се (ти и такви интереси) могу, у крајњој линији, издејствовати и применом државне принуде, правно прописаним мерама јавне власти за њихово остварење и обезбеђење, уз вођење рачуна о начелу пропорционалности*. Тако је, примерице, у француској судској пракси у погледу слободе вероисповести (Long, Weil и Braibant 1984, 85, 88). Значи, ограничења јавним поретком се примењују само у мери у којој је штите основне друштвене вредности (Krokhalev 1992, 31).

Дакле, *конститутивни елементи јавног поретка су: вредности, правни институти, правила и радње (тзв. ненормативне активности)*.

1. *Вредности* уткане у јавни поредак су: оне традиционалне – јавни мир, јавна сигурност људи и имовине и јавно здравље, али и савремене, као што је уређена конкуренција – забрана монопола, или примерени културни садржаји, на граници са моралом. Такође, и општа естетска питања могу да уђу у сферу јавног поретка – рецимо заштита од покушаја наруживања природног, историјског изгледа града приликом нарушавања конзервираних архитектонских здања (Moreau 1989, 351–352; Debbasch 1978, 75; Vedel 1978, 23; Moreau 1989, 351; Depuis и Guédon 1988, 11).

2. *Правни институти* уклопљени у јавни поредак су, нарочито: а) људске слободе и права; б) јавне службе; в) надлежност јавних тела.

а) Људске слободе и права су двоструко повезани за јавним поретком. Он представља најпре њихов оквир, ограничење. Једновремено, оне су и део јавног поретка. Јер, напад, угрожавање или нарушавање људских слобода и права представља удар (и) на јавни поредак. Тако је у Француској једна позоришна представа (*Dieudonné*) (видети Stirr 2015, 8–9) била полицијски скинута са репертоара (са следственом судском потврдом) због изнетих расистичких и анти-семистских порука. Такође, илустрације ради, у контексту борбе против тероризма, француским Законом од 11. октобра 2010. године забрањено је покривање лица у јавном простору).

б) Јавне службе премрежавају целокупно друштво, омогућујући његово функционисање. Да би се то постигло њихове активности – ауторитативне и неауторитативне – морају да се обављају према одређеним стандардима, *lege artis*, али и уредно, складно, делотворно, и да буду под једнаким условима доступне свима.

в) Надлежност јавних тела је свакад уређена императивним прописима и представља значајно учвршћење јавног поретка (Foillard 2004, 194; видети и Томић 2017, 269–270).

3. *Правила*, писана и неписана (она која се подразумевају и која произлазе из духа друштвеног система, традиционална, обичаји) – главнина су јавног поретка. Код тога, јавна управа обезбеђује извршење, поштовање јавног поретка, а суд санкционише повреде јавног поретка. Има мишљења да јавни поредак не чине сви императивни прописи већ само они „којима се штите најосновније вредности нашег поретка“ (Варади *et al.* 2010, 156). Изнето гледиште сматрам неодређеним, флуидним, те пристајем уз став да сви императивни прописи једне државе улазе у састав њеног јавног поретка. Ако је тим прописима заштићен и морал једне средине, онда и он, посредно, чини конститутивни део јавног поретка.

4. *Ненормативне активности*, радње, мере (поглавито полиције и /других/ јавних служби), посебно оне у циљу заштите основних добара и друштвене регулације заокружују састав јавног поретка (Cohn 1987, 562). Оне су превентивне, корективне и репресивне.

Својства јавног поретка су бројна:

1) *Неодређеност, релативност и у времену и у простору* – глобално и локално. Јавни поредак је динамична, променљива појава: усавршавања његовог састава представљају одговоре на изазове времена и простора. Јавни поредак штити темељне интересе демократског друштва, а они не могу да буду дати за свагда и за све.

2) *Ширина/разуђеност, разноврсност* (Debbasch 1978, 75), о чему је било речи.

3) *Императивност јавног поретка* – беспоговорност примене његових аката, мера и института.

4) *Темељни карактер јавног поретка*, као подлоге, уједно оквира.

5) *Битност, важност* (раније објашњена).

6) *Заштитно-регулациони карактер* – функција му је: а) да штити круцијалне јавне интересе; б) да управља друштвеним ризицима, у случају негативних појава (атака на људска права и слободу, несрећа, епидемија, загађења, елементарних непогода...), као и да одржава ниво и унапређује оне позитивне (на подручју здравства, културе, проналазаштва и других видова инфраструктуре) (Sève 2015, VIII–IX).

7) *Системска каквоћа* – он је омотач друштва, наткриљује све сфере друштвеног живота, чувајући његову кохерентност и склад, односно накнадно успостављајући нарушену равнотежу.

8) *Уравнотеженост код примене* – јавна управа и суд се приликом тумачења код примене јавног поретка крећу у уставним и законским оквирима, али имају и дозирају дискрециону оцену у сваком конкретном случају, пратећи цивилизацијска схватања (културна, морална и сл.) (Krokhalev 1992, 61). Тако је било и када је председник једне француске општине забранио – с позивом на одбрану јавног поретка – да се отвори *sex-shop* близу школе или неке друге установе намењене младима, као и у случајевима када се одређеним мерама тежило сузбијању проституције и осигурању моралности и пристojности на морској обали.⁶ У пракси је важно извагати хитност и пропорционалност (посебно у односу на субјективне правне ситуације), уз стално вођење рачуна о последицама, како опстанка

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

– прекидања или одржавања – једне деликатне конкретне ситуације, тако и евентуалних јавних мера предузетих у погледу ње.

9) *Нормативно-ненормативна/реална природа јавног поретка* – комбинација, амалгам правних аката и материјалних радњи, што је већ коментарисано.

У доктринарном одређивању јавног поретка познати су различити приступи (Перовић 1990, 165–167). Среће се општа клаузула или/и набрајање (Варади *et al.* 2010, 155, 163). Остаје и могућност ужег и ширег дефинисања јавног поретка (ограничавамо се на онај тзв. унутрашњи – шира објашњења у наредном одељку). Према ужем, јавни поредак чине само императивни прописи, сви или само одабрани. Према ширем, у састав јавног поретка улазе: 1) императивни прописи; 2) моралне друштвене норме; 3) „добри“, ваљани, легитимни обичаји; 4) устаљени и признати ставови праксе највиших судова.

4. КЛАСИФИКОВАЊЕ ЈАВНОГ ПОРЕТКА

1. *Унутрашњи и спољни, посебно европски.* Као што је већ наговештено, две су основне врсте јавног поретка – спољни, интернационални и унутрашњи (домаћи, национални). *Спољни* чине, најпре, општа правила међународног права, општи међународни принципи. Они, прихваћени од међународне заједнице држава, чине *ius cogens* и имају две главне компоненте: 1) поштовање људских права и 2) извршавање међународних обавеза у доброј вери (*bona fide*) (Krokhaliev 1992, 84). У јавни поредак Савета Европе могу се убројити, пре свега: а) основна људска права, која се директно примењују;⁷ б) норме из Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (1950), са додатним протоколима – чл. 2–14; в) правни ставови Европског суда за људска права (даље: Суд – чије је тумачење Конвенције еволутивно); г) норме Пакта о грађанским и политичким правима (1966) – чл. 2–27; д) одредбе Универзалне декларације о људским правима (1948) (Јакшић 2017, 664).

Правила европског јавног поретка су обавезна за све чланице Савета Европе, имају императивни карактер. То је „блок“ вредности јединствен за све европске државе, вредности које потврђују њихово заједничко европско наслеђе (Krokhaliev 1992, 74–75). Конкретно, посредни су: 1) гаранције људских права засноване на природном праву; 2) обавезе сваке државе према појединцима који се нађу на њеној територији; 3) доступност, „отворен“ приступ Суду; 4) подвргавање контроли Суда у поступку извршења обавеза држава чланица; 5) правна могућност да Суд ради и *ex officio* – да и независно од

⁷ Упућујем на чл. 18 (1) Устава Србије.

тражења појединаца испитује испуњеност услова за примену европског јавног поретка; 6) поштовање одлука Суда; 7) потчињеност националних судова Суду у погледу тумачења Конвенције.

Дакако, интернационални јавни поредак треба разграничити од јавног поретка у међународном приватном праву (МПП), клаузуле која има у виду унутрашњи, домаћи јавни поредак као заштитни основ одступања од стандарних правила МПП од примене страног права (закона, судских одлука, јавних исправа) конкретно.

Унутрашњи јавни поредак – у ширем смислу – чине: уставни прописи, ратификоване међународне конвенције и уговори, закони, спроведбени прописи (реглмани), морална и обичајна правила, као и устаљена и призната судска пракса највиших судова.

Категоријом јавном поретка у домаћем праву нарочито се баве: Закон о облигационим односима (ЗОО),⁸ Закон о парничном поступку (ЗПП)⁹ и Преднацрт грађанског законика Србије (ПГЗ)¹⁰. Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља (ЗРСЗ)¹¹ говори, уместо о јавном поретку, о „Уставом... утврђеним основама друштвеног уређења“ као брани од стандардне примене меродавног страног права. Таква кованица – као наводна ознака за јавни поредак у МПП – чини ми се застарелом, преуском, неодговарајућом, једнострано нормативном, уз свођење односног бастиона заштите строго на уставни ниво.

Закон о облигационим односима поставља ограничење аутономије воље странака, нарочито слободе уговарања – између осталог – нормом јавног поретка. Наиме, „стране у облигационом односима су слободне, у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја, да своје односе уреде по својој вољи“. Из тога произлази да је јавни поредак, као граница о којој је реч, нешто изван принудних прописа и добрих обичаја, различито од њих. Да ли је то онда, на крају крајева, у датом миљеу, неписана каучук норма променљиве садржине – која ниче из духа друштвеног и правног система – која „скупља“ сва друга/остала ограничења у општем интересу, у првом реду морална правила дате средине (Перовић 2002, 19–20)?¹²

⁸ Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85 и 45/89 – одлука Уставног суда и 57/89; *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени лист СЦГ*, 1/2003, Уставна повеља – чл. 10 – Аутономија воље.

⁹ Закон о парничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/11, 49/13 – одлука УС, 74/13 – одлука УС и 55/14 – чл. 3 (3).

¹⁰ Преднацрт грађанског законика Србије, чл. 6 – Аутономија воље.

¹¹ Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља, *Службени лист СФРЈ*, бр. 43/82 и 72/82 – испр.; *Службени лист СРЈ*, бр. 46/96 и *Службени гласник РС*, 46/06 – други закон, чл. 4, 91, 99 тач. 3

¹² Перовић назива сва поменута ограничења „границом којом се исказивао општи интерес заснован на општим принципа друштвеног уређења“. Тако се, због наречене неодређености, терет, казуистички, углавном пребацује на судску праксу.

Стављајући брану диспозитивним радњама странака, ЗПП вели: „Суд неће дозволити располагања странака која су у супротности са принудним прописима, јавним поретком, правилима морала и добрим обичајима.“ Значи, и у парничном контексту – колико год флуидна – синтагма јавни поредак практично има сужено поље спрам принудних прописа, морала (*sic!*) и добрих обичаја. Опасност вреба из њеног арбитрерног и неуједначеног схватања.

Готово идентична формула се јавља у ПГЗ: „Субјекти грађанских права су слободни да своје односе уреде по својој вољи у границама принудних прописа, јавног поретка, добрих обичаја и морала.“

Став писца ових редова је да је јавни поредак – будући по природи „неухватљив“ појам – довољан да сâм, скупно, у ширем смислу, обухвати сва неопходна друштвена ограничења појединачних воља, у јавном интересу.

2. *Заштитни и регулациони* (што је предочено код својстава јавног поретка).

3. *Материјални и формални/процесни*. Материјални, садржински јавни поредак тиче се како несметаног остваривања гаратованих људских слобода и права, тако и директне заштите круцијалних друштвених вредности од различитих природних и друштвених зала и невоља. А процесни обухвата, нарочито, различите процесне гаранције: право странке на изјашњавање, пропорционалност у предузимању управних мера, право на правне лекове, право на благовремено и доследно извршавање правноснажних судских одлука од јавне управе, али и превентивне мере заштите од, примерице, тероризма (прислушкивања, претресања, хапшења...) и друго (Stirr 2015, 5; Томић 2018, 188–223). Поједини писци конструишу и *колизиони јавни поредак* у МПП (Stirr 2015, 7; Јакшић 2017, 629).

4. *Полицијски и уговорни*. Полицијски јавни поредак је израз спроведбене, посебно подзаконске моћи државе – да пропише, да забрани, да надзире, да изврши... (Moreau 1989, 348–350). Уговорни јавни поредак се расклапа на два сегмента: 1) на онај приватноправни – где доминира не само ограничење слободе уговорања већ и заштита страна уговорница, уговорног ткива али и трећих лица; 2) на јавноправни, где се регулишу управни уговори, њихова садржина, одступања од општег уговорног модела и, нарочито, циљ, кауза – остварење и заштита јавног интереса (Томић 2017, 249, 252–253).

5. *Општи и посебни јавни поредак*. Према захваћеним подручјима друштвеног живота, општи поредак захвата целину друштвене стварности, а посебни се тичу њених одређених области. Тако се могу разликовати политички, економски, културни, монетарни/финансијски, породични, еколошки јавни поредак и други (Debouy 1980, 1–2).

6. *Апсолутни и релативни јавни поредак*. Тзв. апсолутни јавни поредак је преовлађујући: строг је, ригидан, не трпи одступања од примене – тако је код акција полиције усмерених на одржавање јавног реда и мира, заштиту људи и имовине. Релативни јавни поредак је на одређени начин ублажен, умерен: имају се у виду, на подлози прописа, сви моменти једне конкретне ситуације, тако да се том приликом кроз ту призму одмеравају различите правне вредности – на пример, аналитички се сагледавају захтеви јавне службе, степен друштвене опасности (тако, висина штете, значај одређеног добра) и временска, развојна димензија једног односа; отуда релативни јавни поредак има и темпоралну црту (Caroline и Legout 2015, 229).

За илустрацију релативног јавног поретка ево и две норме српског права. Једна је из ЗОО:¹³ „Уговор који је противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима је ништав ако циљ повређеног правила не упућује на неку другу санкцију или ако закон у одређеном случају не прописује што друго.“ Друга је из ЗУП-а:¹⁴ „Другостепени орган или надзорни орган решењем може на захтев странке или по службеној дужности у целини или делимично укинути решење... ако је оно постало извршно, а укидање је потребно ради отклањања тешке и непосредне опасности по живот и здравље људи, јавну безбедност, јавни мир и јавни поредак или ради отклањања поремећаја у привреди, ако сврха укидања не може успешно да се отклони другим средствима којима се мање дира у стечена права.“

5. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Синтетичку дефиницију, ближе одређење јавног поретка, не налазимо ни у законодавству ни у судској пракси. А ни у доктрини о његовој тачној садржини нема јединства. Но, углавном постоји слагање да су у питању најважнији друштвени принципи, строги, иако променљиви у времену и простору, који се морају поштовати од свих и свакога. Подупрти, збирно узев, јавним интересом.

У најужем значењу, јавни поредак се састоји од принудних прописа, и то не свих него само оних носећих. Шире становиште изједначава скуп принудних прописа једне државе (или чак и одређене заједнице држава!) – ствараоца друштвене дисциплине – и јавни поредак. Писци, односно правни текстови који јавни поредак стављају раме уз раме са принудним прописима (*sic!*), обичајним правилима и моралом дате средине, сва је прилика да јавном по-

¹³ Члан 103 (1).

¹⁴ Члан 184 (1) (1).

ретку дају неки „тајновити“ смисао неписаних, подразумевајућих крунских и темељних начела и института?! Којих, то не кажу – остављајући, изгледа, судској пракси да их изнајде и тумачи. Опет, могуће је конструисати и два знатно шира поимања јавног поретка. Према једном, јавни поредак једне државе обухвата принудне прописе – укључујући и ратификоване међународне конвенције и уговоре – и обичајна правила, али и морал. Дакле, нема искључиво правнонормативну супстанцу. Међутим, потписник ових редова се залаже за још пространије одређење јавног поретка. Наиме, моје је гледиште да он обухвата – осим већ предочена три реда правила, уз додавање устаљене, проверене и аргументоване праксе највиших судова – и примерене друштвене вредности, институте, али и мере, односно радње јавних тела. Тако схваћен јавни поредак има најмање два значајна и слојевита циља: 1) заштиту људских слобода и права човека и грађанина, али и одржавање оптималних релација склада и равнотеже и у међусобним односима појединаца и спрам целине друштвене заједнице, односно њених ужих територијалних (под)целина; 2) регулацију друштвених токова, посебно јавних служби. Јавни поредак се, стога, нипошто не може свести на ограничавање (рецимо, аутономије воље, посебно слободе уговарања) и наређивање.

У примени јавног поретка неизбежна је дозирана дискрециона оцена, законски уоквирена и оплемењена знањем. Важно је да у сваком конкретном случају позивање на јавни поредак – било кроз примерену клаузулу МПП-а (као одступање од иначе меродавног правила страног права), било изван њега – буде конкретизовано, операционализовано и јасно и подробно образложено, особито од судова. Тако се јавни поредак потврђује и „одоздо“, нанова учвршћује и дограђује одговарајућим садржајем.

Разврставање јавног поретка могло би да има следећи изглед: 1. *унутришњи и спољни, посебно европски*; 2. *заштитни и регулациони*; 3. *материјални и формални/процесни*; 4. *полицијски и уговорни*; 5. *општи и посебни*; 6. *апсолутни и релативни*.

Јавни поредак није антитеза слободе. Напротив. Легитимни јавни поредак, његове вредности и институције, уважавају и штите и слободу и демократију, али укључују и мисију праведног, разумног и моралног права и других правила у цивилизацијском друштвеном миљеу.

Непоречивост и насушност јавног поретка најбоље изражава следећа метафорична формула: *il nous faut un rocher!!* (Drago 2015, 213). Та стена, бастион и социјални регулатор јесте антитеза дезинтеграције друштва, злоупотреба, заштитник од напада и на заједницу и на њене чланове и колективитете, антипод немира, нестабилности, прекорачења овлашћења.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Bénoit, Francis-Paul. 1968. *Le droit administratif français*. Paris.
- Caroline, Marie B., и Vincent Legout. 2015. L'ordre public et le contrat. 215–229 у *L'ordre public, Archives de philosophie du droit*, 58 (уредници: 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 у: *L'ordre public, Archives de philosophie du droit*, 58, (уредници: Pierre Caye, Jacques Dagery, Dominique Terré, François Vallançon, Michel Waltz) Paris.
- Dupuis, Georges, и 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.
- Јакшић, Александар. 2017. *Међународно приватно право*. Београд. (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 и 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.
- Пак, Милан. 1986. *Међународно приватно право*. Београд. (Pak, Milan. 1986. *Međunarodno privatno pravo*. Beograd.)
- Перовић, Слободан. 1990. *Облигационо право*. Београд. (Perović, Slobodan. 1990. *Obligaciono pravo*. Beograd.)

- Перовић, Слободан. 2002. *Предговор за Закон о облигационим односима*. Београд. 18–22. (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 (уредници: Pierre Caye, Jacques Dagery, Dominique Terré, François Vallançon, Michel Waltz). Paris. VIII–IX.
- Stirr, Bernard. 2015. *Ordre public et libertés publiques*. 8–9 у *L'ordre public, Archives de philosophie du droit*, 58 (уредници: Pierre Caye, Jacques Dagery, Dominique Terré, François Vallançon, Michel Waltz). Paris.
- Салма, Јожеф. 1988. *Облигационо право*. Београд. (Salma, Jožef. 1988. *Obligaciono pravo*. Beograd.)
- Томић, Зоран Р. 2017. *Коментар Закона о општем управном поступку, са судском праксом и регистром појмова*, Београд. (Tomić, Zoran R. 2017. *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku, sa sudskom praksom i registrom pojмова*, Beograd.)
- Томић, Зоран Р. 2017. *Управни уговори, елементи правног режима у Србији*. *Правни живот* 10/17, II том, 10: 249–265. (Tomić, Zoran R. 2017. *Upravni ugovori, elementi pravnog režima u Srbiji*. *Pravni život* 10/17, II том, 10: 249–265.)
- Томић, Зоран Р. 2018. *Аутономија воље у управно-процесном праву*. *Право и привреда* 56: 7–9, 189–206. (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.
- Варади, Тибор, Бернадет Бордаш, Гашо Кнежевић и Владимир Павић. 2010. *Међународно приватно право*. Београд. (Varadi, Tibor, Bernadet Bordaš, Gašo Knežević i Vladimir Pavić. 2010. *Međunarodno privatno pravo*. Beograd.)
- Водинелић, Владимир В. 2017. *Јавно и приватно право*. Београд. (Vodinelić, 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.