

1993

MOĆ I NEMOĆ UGOVORA

Uvodna usmena reč koju je Autor održao na VII sesiji Kopaoničke škole civilnog prava koja je bila posvećena temi »UGOVOR I NJEGOVO IZVRŠENJE« u decembru (13–16) 1993. godine.

Na ovom simpozijumu podneseno je 113 referata raspoređenih u 13 tematskih oblasti: promet nepokretnosti; bankarski poslovi; ugovor o obezbeđenju kredita; nominalizam i valorizam; ugovori koji se odnose na pravni položaj preduzeća; ugovori u privredi; osiguranje; industrijska svojina i autorsko pravo; ugovori sa elementom inostranosti; arbitražni ugovori; ugovori u radnim odnosima; ugovori u oblasti medicine; upravni ugovori.

Tekst ove usmene reči zabeležen je audio-tehnikom i kasnije autorizovan i publikovan u časopisu »Pravni život« br. 1–2 iz 1994.

*Poštovane Kolege,
odazvanici prava,
Pobornici Kopaoničke
škole prirodnog prava,*

Okupili smo se i ove Sedme godine, opet na temelju jedne istine. Skoro da nas dva milenijuma deli od vremena Gajevih Institucija, tog prastarog udžbenika prava čiji su fragmenti ugrađeni i u čuvena Digesta. Njihov tvorac Gaius, ili kako su ga njegovi učenici i učeni pravници nazivali, *naš Gaius* (Gaius noster), konstatovao je još tada ovu istinu: sve obligacije nastaju ili iz ugovora ili iz delikta.

I ta istina, ta *summa divisio*, preživela je vekove. Ugovor i delikt, reči su kojima je iskazan čitav moralni i pravnički univerzum.

Ova Škola, postupajući po nalogu te istine, svoje prošlogodišnje decembarske dane posvetila je *deliktnim obavezama*. Ove godine, svoje znanje i svoju savest, ona predaje *Ugovoru i njegovom izvršenju*.

Time Škola iskazuje svoju privrženost jednoj velikoj porodici prava evropske pravničke kulture, zasnovane na rimskoj i pandektnoj prošlosti.

Ali, nije to jedina tradicija koju ova Škola prihvata. Prošle godine, ona je svoju sesiju posvetila profesoru Mihailu Konstantinoviću, koji je svoja pravnička i opšta znanja sticao na dubokim izvorima evropske kulture, dubljim nego što je njegova rodna Srbija tada mogla

da ima. Francuska je bila njegova druga domovina iz koje je prenosio ta stečena znanja na našu pravničku javnost, i ta znanja se i sada nalaze i u ovoj dvorani.

*
* *
*

Ovogodišnje Savetovanje i ova naša dva toma razmišljanja o *Ugovoru i njegovom izvršenju*, posvećeno je opet jednom velikanu naše i evropske pravničke misli, u čast i spomen na delo Živojina Perića. On je bio učitelj Mihaila Konstantinovića, a to znači i naš učitelj, i zato bih ga nazvao *Perić noster*.

Svoje mlade dane živeo je u Srbiji (rođen 1868. godine u selu Stublinama kraj Obrenovca) i to je bilo vreme kada je ta zemlja svoju pamet znala na jedan drugi način da predstavi i iskoristi.

Tadašnju Srbiju su predstavljali njeni kulturni poslenici, inteligenti, autoriteti, svaki u svom domenu. To je bilo vreme Jovana Cvijića i Slobodana Jovanovića, Skerlića i Geršića, Stevana Mokranjca i Petrovića »alasa«, Jovana Žujovića i Stojana Novakovića. Njihov savremenik bio je Živojin Perić.

Zaputio se on, kao dečak, da iz Stublina stigne na Sorbonu, da tamo studira pravo, o trošku svoga oca Milisava i majke Pelagije. Taj trošak je na najbolji način opravdao. Tamo je završio studije prava i tamo će kasnije osvojiti same vrhove evropske pravničke kulture. Doći će, pred kraj prošloga veka, u svoju Srbiju, kao pariski fakultetlija sa znanjem francuskog, nemačkog i latinskog, da bi u vladi Jovana Avakumovića tadašnje Srbije, postao pisar četvrte klase Ministarstva finansija. Takva je bila tada hijerarhija vrednosti i tako se započinjao činovnički put.

Međutim, taj činovnički put je bio kratak, i Perić je našao svoj put koji je i morao biti njegov, a to je put visoke pravničke vokacije. On je bio civilista, ali ujedno i publicista i enciklopedist i filozof prava. Njegova dela su na širokom horizontu prava i ne samo prava. Pisao je na svim evropskim jezicima (preko 600 bibliografskih jedinica) i držao predavanja na uglednim pravnim ustanovama (Haška akademija za međunarodno pravo). Stekao je počasni doktorat na Lion-

skom univerzitetu i bio član mnogih naučnih društava širom Evrope (francuskih, nemačkih, engleskih, belgijskih), kao i član Srpske akademije nauka.

Kada je 1938. godine, posle skoro pedeset godina naučnog rada i četrdeset godina profesure na Pravnom fakultetu u Beogradu, Perić, po sili zakona, otišao u penziju, javili su se najveći umovi prava toga doba da u njegovu čast prilože svoje studije.

Bili su to: *Louis Josserand* (počasni doajen Pravnog fakulteta u Lionu i sudija Kasacionog suda u Parizu), *Eduard Lambert* (profesor Pravnog fakulteta u Lionu i direktor Insituta za uporedno pravo pri Lionskom univerzitetu), *Réne Demogues* (profesor građanskog prava na Pravnom fakultetu u Parizu).

Nad imenom Živojina Perića nadodaju se reči najplodnijeg našeg pravnog pisca i najkрупnije figure pravništva slovenskoga juga. Te gradacije, razume se, mogu biti subjektivne, ali bez sumnje, može se reći da je ime Živojina Perića u privatnom pravu jednako imenu Slobodana Jovanovića u javnom pravu, a to je sami vrh piramide pravne i društvene nauke uopšte.

Umro je 1953. godine u svojoj 86. godini u jednom malom mestu u Švajcarskoj gde je od polovine okupacije i posle rata živeo kod svoje kćerke koja je tamo bila udata. I danas počiva u tuđini, kao počasni građanin Švajcarske.

Za proteklih četrdeset godina nijedna pravnička organizacija njegove zemlje nije našla za shodno da mu bar jedan cvetić položi na grob, a znala je da to obilato čini kada je trebalo da se pokloni nekom od simbola antiprava. Otkud taj veo zaborava.

Ovaj zaborav, kao i mnogi drugi, čini se, da dolaze kao posledica poluvekovne indoktrinacije naše pravničke javnosti. Obrazovana na jednoj nasilničkoj doktrini prava kao volje vladajuće partije i revolucionarne svesti kao izvora prava, ona, objektivno nije mogla ni da sazna za svoje velikane, klasike našeg ili stranog prava, a još manje da oceni njihovu vrednost.

Jedna revolucionarna svest izbrisala je čitavu pravnu civilizaciju ove zemlje, pa sa njom i Živojina Perića i njegovo delo. Čovek evolucije nije mogao biti priznat od revolucije. Njegovo ime, razume se, i ne samo njegovo, bilo je čeličnim sunderom izbrisano sa table naše

pravničke javnosti skoro pola veka, što nije nimalo štetilo njemu, već nama i našoj kulturi.

I zato, Kopaonička škola prirodnog prava, ta koncentrisana pravnička svest i savest, oslobođena svih meta-pravnih uticaja, a posebno svake političke tenzije, posvećuje ova svoja dva toma u spomen na delo Živojina Perića kao simbola onog prava i pravnog poretka kojim se postiže i održava pravda kao stožerna vrlina, a ne nasilnička i prolazna volja vladajuće partije.

Njegovo delo je antipod svakom lokalizmu i nasilju. Živojin Perić je bio pacifist. Većega verovatno nismo imali. On je poneo baklju ujedinjenja Evrope, na principima mira i na shvatanju Evrope kao federalne države. U tom smislu, on je svojim radovima, publikovanim tridesetih godina ovoga veka, bio preteča i vizionar današnje Evrope organizovane kao Unije, a do juče kao Evropske ekonomske zajednice.

I danas, evo paradoksa i obrnute srazmere na štetu našu. Što je današnja Evropa bliža ostvarenju tih ideja Živojina Perića, to je današnja Srbija dalja od tih ideja.

Zašto je današnja Srbija stekla robinzonski položaj i stigla na pusto ostrvo kada je u prošlosti bila na zelenom drvetu Evrope, pitanje je, koje čeka naučni odgovor.

Duboko je verovao u pravo i zakon i iznad svega zalagao se za sigurnost pravnog poretka. Poštovanje zakona bila mu je uvek prva ideja. Kao religiozni hrišćanin, evolutivni put i mir putem prava bila mu je životna opsesija koja ga nikad nije napustila.

Možda i zbog toga, on nikada nije mogao da prihvati da se jednim zakonom mogu ukinuti svi zakoni u jednoj zemlji, kako je to bilo učinjeno u Jugoslaviji 1946. godine.

Prema nekim izvorima (Bartoš, Anali, 1954), kada je Živojin Perić u Švajcarskoj posle rata dobio tekst Zakona o nevažnosti svih pravnih propisa donetih pre 1941. godine, rekao je, da u onoj zemlji u kojoj se jednim zakonom ukidaju svi zakoni, u toj zemlji više nema zakona.

Možda je to bio i odlučujući moment što se neće vratiti u svoju zemlju. Ostao je veran svojoj naučnoj savesti i svom izabranom putu: čovek je najjači kad je sam.

I posle ovog vela zaborava, koje je donelo jedno dirigovano i siromašno vreme, idući logikom socijalno prirodnih ciklusa, kao da se

javlja neka iskra nade da je na redu renesansa i uspostava hijerarhije društvenih vrednosti. Ako ništa drugo, uzdajmo se u Mojre, grčke boginje sudbine, da će tako i biti.

Možda su i ova dva toma rasprava o ugovoru i njegovom izvršenju sa preko stotinu referata proizašli iz vaših pera i vaše savesti i posvećeni Živojinu Periću kao paradigmi pravničke kulture, neka začetna ohrabrenja na putu vaspostavljanja takvog prava i pravnog poretka koji će biti legitiman u svom izvoru i legalan u svojoj primeni.

*
* *

U ova četiri naša dana, govorićemo o ugovoru i njegovom izvršenju, a to znači da ćemo se naći na horizontu pravne i moralne civilizacije.

Težište naših rasprava je na ispunjenju ugovora, jer se ugovor zaključuje da bi se izvršio. Izvršenje je njegova kauza. I zato, ugovorna obligacija nosi u sebi klicu svoje smrti. Ona se gasi kada postigne svoj cilj. Onako kako je to inače i sa živim bićima. Kao što je fizička smrt svakog živog bića sastavni deo njegovog života, tako je i sa ugovornom obligacijom. Ona živi da bi se ispunjenjem ugasila.

Prema tome, u ova četiri dana bavićemo se životom ugovorne obligacije i kauzom njenog postojanja. Setimo se jednog fragmenta kod Saleja. Po njemu, dejstva svih obligacija mogu se svesti na jednu jedinu reč: ispunjenje.

A kada su Napoleona njegovi generali ubeđivali u ispravnost predložene vojne strategije pred neku bitku, znao je da kaže – sve zavisi od izvršenja. I mi ovde znamo, kada je u pitanju ugovor, da kažemo, sve zavisi od njegovog izvršenja.

*
* *

Svaka ugovorna obligacija nosi sobom i pitanje, šta je to što obavezuje čoveka da održi svoju reč i ugovor ispuni, šta ga prisiljava da is-

puni dato obećanje? Da li se svest o obaveznosti ispunjenja ugovora zasniva na moralnosti ili na legalnosti ili na njihovoj kumulaciji?

U stvari, pitanje je: »Zar nije dosta što će reč koju sam dao svih dana mojih biti gospodar«? Ovim pitanjem Faust želi da položi dokaze svoje moralne ličnosti.

Jer, održati reč i ispuniti obećanje, pitanje je časti i dužnosti savesti. Ali, njegov stalni pratilac zao duh Mefistofel, moralnim obećanjem nije zadovoljan i on traži sigurnija sredstva obezbeđenja: »Dovoljan je i ovaj listić prvi, potpisaćeš se kapljicom krvi«.

U ovom Geteovom pitanju simbolizuje se čitav pravni i moralni svet skupljen u jednom ugovornom aktu koga nazivamo saglasje volja. I zaista, održati reč, ispuniti ugovor, to znači, ne samo biti zastrašen pravnom sankcijom, nego i naći se pred sobom, pred svojom časću i pred svojim dostojanstvom.

Da bi, dakle, htenje ugovorne volje došlo do stepena moranja, potrebno je da ga prati neka moć prinude, koja može biti pravna ili moralna.

Kada su te dve moći prinude podudarne i izražene jurističkom normom, mi tada imamo jednu idealnu zgradu prava, jedan visok stepen primerenosti pravne norme moralnom faktoru. Za takvu pravnu normu možemo kazati da predstavlja »etički maksimum«. Ali, pošto norme prava i morala mogu ići i putevima divergencije, tako da kada pravna norma jednim delom napusti moralni faktor, ona prelazi u »minimum morala«. Međutim, kada ona napusti život i okrene leđa moralu, tada dolazi do krize prava i pravnog poretka, sve do pobune fakta protiv prava.

Hoću, dakle, da kažem, da poštovanje ugovora u velikoj meri zavisi od usklađenosti pravnog i moralnog poretka. Drugim rečima, kada jedan društveni sistem obezbedi visok stepen socijalne, ekonomske i pravne stabilnosti, onda se i princip »*pacta sunt servanda*« nalaži na tom istom stepenu.

Naprotiv, kada te sigurnosti nema i kada pravne i moralne ustanove zapadnu u krizu, onda tu istu sudbinu doživljava i pitanje izvršenja ili neizvršenja ugovora. Kao deo opšteg mozaika prava, on prati sudbinu celine.

Ugovor je delo i sinteza dva kulturna dobra: prava i morala. On je još u svom praobliku nosio i pitanje njegove moći i njegove nemoći. Dokle može individualna volja kao pojedinačno htenje da se raširi, a da ne povredi opšta pravila i opšta dobra društva u kome je nastala. To je suštinsko pitanje ugovora i njegovog izvršenja.

Granice slobode ugovaranja nisu na isti način postavljene. One su zavisne od prostorno vremenske stvarnosti. U svakom slučaju, nema bezgranične slobode ugovaranja, jer »ko kaže pravo, kaže društvena grupa«, a ugovor se zaključuje u društvenoj grupi koja ima svoje opšte imperative. Prema tome, slobodi volje u ugovornom pravu suprotstavljaju se opšta pravila društvenog poretka čija sadržina i okvir zavise od prirode i karaktera osnovnih principa na kojima je zasnovana konstitucija jednog društva.

Ako se posmatra istorija rimskog prava od prvobitnih izvora, pa do Justinijana, može se postaviti pitanje gde su tamo bile granice slobode ugovaranja i zašto se čovek u tom milenijumu ugovorom obvezivao i izvršavao data obećanja, čega se on to plašio u slučaju da ugovor ne izvrši?

U odgovoru na postavljeno pitanje, mora se poći od opšteg svojstva tog prava, da je ono bilo pod snažnim uticajem formalizma i religijskog kulta. Prvobitno rimsko pravo karakteriše formalizam u zaključenju ugovora, tako da je ispunjenje forme predstavljalo konstitutivan element ugovora – *forma dat esse rei* (forma daje suštinu stvarima). Pravnu zaštitu uživali su samo oni ugovori koji su zaključivani u strogo propisanoj formi, uz izgovaranje određenih reči, vršenje određenih rituala, radnji, gestova.

Obećanje date reči i ispunjenje te reči, bilo je pod snažnim dejstvom moralne i religiozne prinude. Forma je imala magijsku moć. Izgovorena reč ili izvršeni obred proizvodio je gotovo uvek osećanje religijskog akta i strah od religijske sankcije. Onaj koji je dao obećanje u jednom ugovoru, naročito u prvobitnom rimskom pravu, vršio je to pomoću jednog rituala koji je stvarao osećaj obaveze prema nekim višim silama i to je ono što je predstavljalo prinudnu moć njegove date reči.

Prema Gajevim Institucijama, evo kako se zaključivao jedan verbalni kontrakt: Obećavaš li da ćeš dati – obećavam. Daćeš – daću. Obećavaš – obećavam. Časti ti – časti mi. Zaklinješ se čašću – zaklinjem se čašću. Učinićeš – učiniću. Reći, spondesne – spondeo, bile su svete reči koje su se izgovarale i koje su unosile osećaj prinudne moći i religijske dužnosti.

Neće tako biti tokom cele istorije rimskog prava. Evolucija je tekla u pravcu oslobađanja prava od formalizma, da bi u doba Digesta mnogi ugovori bili oslobođeni okvira formalizma, mada rimsko pravo nikada nije na jedan opšti način proklamovalo princip neformalnog zaključenja ugovora. Ali, ovo nije nikakva lekcija iz rimskog prava, pa se neću dalje zadržavati na toj retrospektivi ugovornog prava. Ipak, treba primetiti da je proces oslobađanja prava od formalizma bio istovremeno praćen sve većim prisustvom *dobrih običaja (boni mores)*, koji opet sa stanovišta morala toga doba predstavljaju granicu slobode ugovaranja.

Doba ranog feudalizma karakteriše se ponovnom vladavinom formalizma u ugovornom pravu. Vraćanje na zatvorenu kućnu privredu nije mogao biti proces u kome bi se ugovorno pravo razvijalo. Dolazi do ponovne vladavine rituala prilikom zaključenja ugovora i straha od religijske sankcije (*fides facta*).

Period drugog razdoblja evropskog feudalizma, karakterističan je po dvojstvu svetovnog i kanonskog prava. Ovo pravo, shodno svom učenju o metafizičkom poretku i besmrtnosti duše, stajalo je na stanovištu da se individualnom voljom ne može ništa ugovoriti što bi bilo suprotno duhovnom dobru. Ako se ugovorom vredaju pravila kanonskog prava, onda se čini greh i spas duše izostaje. U tom smislu treba naglasiti ulogu zakletve (promisorne i konfirmativne), koja je, ustvari, bila jedan formalan ugovor religijskog karaktera. Ona se sastojala u formuli koju je izgovaralo lice koje se obavezuje i to upotrebom tačno određenih svetih reči. U tome je promisorna zakletva kanonskog prava slična sa rimskom stipulacijom. Zakletva nije bila imenovan ugovor, već jedan okvir u koji su mogli doći svi ugovori, što znači da je imala neograničen domašaj. Kletvenik je preuzimao obavezu prema božanstvu, i to je glavna obaveza, a obaveza prema saugovorniku bila je akcesornog karaktera. Inače, u pravnoj literaturi se ističe, da je promisorna zakletva uticala na pravnu svest, tako da, i kada je kasnije u

velikoj meri izgubila svoje polje primene (posle Tridentskog sabora, polovina XVI veka), ljudi su se navikli da treba da održe datu reč.

Dolazi Francuska revolucija i tu se stvari iz osnova menjaju. Princip slobode ugovaranja ograničen arhaičnim i srednjevekovnim formalizmom i pojmom *boni mores*, dobija u XIX veku najšire okvire u učenju teorije autonomije volje. Sa Francuskom revolucijom feudalnu sputanost zamenjuje sloboda volje. Proizašla iz političkog liberalizma XVIII veka i ekonomskog liberalizma XIX veka, ona je zasnovana na filozofskom shvatanju prema kome obaveze među ljudima nastaju zato što to oni hoće. Individualna volja je iznad zakona i on je tu samo kao spoljni autoritet, kao neki supletorni fakt, koji će obezbediti izvršenje ugovora ukoliko ono ne bude dobrovoljno preduzeto. Prema toj teoriji, ugovor je iznad svega akt pravičnosti, i otuda »ko kaže ugovor – kaže pravičnost« jer je ugovor strankama zakon. Ipak, takva bezgranična autonomija volje nije nigde ostvarena, pa se može govoriti samo o njenom širem ili užem polju primene.

Ovakvom teorijom autonomije volje inspirisaće se velike evropske kodifikacije građanskog prava prošlog i našeg veka, kao što su francuski Građanski zakonik s početka, i nemački Građanski zakonik s kraja XIX veka. Obe kodifikacije, prihvatajući autonomiju volje, poznaju i njena opšta ograničenja putem ustanove javnog poretka i dobrih običaja.

Pomenuću vam Građanski zakonik Kraljevine Srbije iz 1844. godine, koji će kazati, da volja i naredba čovečija zastupa zakon, a zakon naknađa volju i naredbu čovečiju. No u onome što se tiče javnog poretka i blagonaravlja, ne može se ništa izmeniti voljom ili ugovorom.

Bio bih nesrećan da sam zaboravio da pomenem Bogišićevu kodifikaciju (Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru od 1888. godine), koja je, više nego neka druga, znala da ovu pravnu situaciju predstavi na svoj originalan način, predviđajući zajedničku zgradu za norme prava i morala. Pod pravilima morala i blagonaravlja Zakon podrazumeva: ona pravila obične ljuckote i pravičnosti, na pokoravanju kojima Vlast uopšte ne može svagda upravo da prinudi, ali zato narodna svijest svagda osuđuje one koji ta pravila prestupaju.

Kao što se vidi, praktična primena teorije autonomije volje morala je da reši i jednu antinomiju: kada individualno htenje dopre do

imperativa društvenog fakta, onda se ustanova javnog poretka i dobrih običaja javlja kao granica slobode ugovaranja, kao jedan viši smisao kojim se izražava određena zajednička volja.

I tako smo došli do naše aktuelne kodifikacije prava obligacionih odnosa, do Zakona o obligacionim odnosima, koji je donesen u jednom vremenu, sada već prohujale ideološke zablude, i koji je 1978. godine, predvideo da se ne može ništa punovažno ugovoriti što je suprotno moralu socijalističkog samoupravnog društva. To je bilo vreme kada su politekonomisti, ti zvaničnici nesvojinske koncepcije tzv. društvene svojine, proterali obligacioni ugovor sa pozornice prava, i umesto njega, dekretom uveli tzv. samoupravni sporazum i društveni dogovor.

Nismo čekali dugo, i evo ova 1993. godina, donela nam je izmenu Zakona u ovom delu, tako da smo se vratili javnom poretku i dobrim običajima, pojmovima koji su, i pored teorijske spornosti, opštepoznati na svim meridijanima pravničkog sveta. Ovo, za razliku, od morala socijalističkog samoupravnog društva, koji je bio poznat i nikad dovoljno upoznat samo na jednoj mrvici univerzuma prava.

Uzged budi rečeno, pojam javnog poretka i dobrih običaja bio je prihvaćen i u Skici profesora Mihaila Konstantinovića, i taj deo Skice, kao što je već istaknuto, ove 1993. godine, doživeo je neku vrstu svoje reinkarnacije. Negdašnji đaci jedne velike pravničke škole koju je profesor Konstantinović zasnovao svojim opusom, pozvani u postupak zakonodavne procedure, predložili su oslobođenje teksta Zakona svih okova metapравnih značenja koja su delovala kao antiteza tradicionalnoj tezi obligacije. Taj predlog je bio prihvaćen, pa je moral socijalističkog samoupravnog društva napustio Zakon, gde mu nikada i nije bilo mesto, čime je, bar za trenutak, pobuna prava nadjačala samovolju fakta.

Pojam javnog poretka i dobrih običaja inspirisao je mnoge autore. Teorija o javnom poretku naročito se razvila u francuskoj pravnoj književnosti, jer je izraz »javni poredak« prvi put prihvaćen u francuskom Građanskom zakoniku 1804, da bi se zatim proširio i na mnoge druge zakonike uporednog prava. Izvestan broj autora zastupao je shvatanje da nije ni moguće, ni potrebno, ustanoviti jedinstvenu definiciju javnog poretka koja bi bila prihvaćena u praktičnoj primeni prava.

Taj pojam, prema ovom shvatanju, treba prepustiti sudu da ga on u svakom konkretnom slučaju utvrđuje i primenjuje bez čvršće sugestije od strane pravne teorije.

Prema drugom shvatanju, ne treba ostaviti sudu široku slobodu u postupku primene javnog poretka, već treba od strane teorije dati karakteristične oznake ovog pojma, kao i ukazati na njegovu sadržinu i okvir – kogentnost propisa (pravnih i moralnih) kojima se zaštićuju određeni opšti interesi.

Prema trećem shvatanju izraženom uglavnom u devetnaestom veku, vrši se nabiranje zakona javnog poretka i čini popis tih zakona, bez opšteg i zajedničkog pogleda na ovaj pojam.

Najzad, prema četvrtom, danas vladajućem shvatanju, javni poredak se istražuje otkrivanjem i primenom jednog kriterijuma odnosno definicije, koja bi bila relativno precizna i koja bi dozvoljavala klasiranje određenih pravila u materiji javnog poretka. Ali, treba odmah reći, da u okviru ovog shvatanja, postoje brojne definicije javnog poretka, tako da nema poznatijeg dela opšteg karaktera iz oblasti građanskog prava, a da ovom pojmu nije posvećena određena pažnja.

S obzirom da ovo nije čas iz teorije javnog poretka, na njemu se više nećemo zadržavati u smislu teorijske analize, već samo toliko, da bi ukazali na moguću opasnost u postupku njegove primene, a ta opasnost se zove pravna nesigurnost do koje može doći usled sudske proizvoljnosti prilikom rešavanja konkretnih pravnih situacija.

S toga se široki okvir javnog poretka mora propustiti kroz neke manje kapilare, kroz izgrađene i sigurnije pravne kategorije, kao što je predmet i kauza ugovorne obaveze. Otuda, moglo bi se reći, da je javni poredak skup principa na kojima je zasnovano postojanje i trajanje jedne pravno organizovane zajednice, a koji se ispoljavaju kroz određena pravna i moralna pravila koje stranke u svojim odnosima moraju poštovati u domenu predmeta i kauze ugovorne obaveze.

Kada je reč o ugovoru i njegovom izvršenju gledano optikom javnog poretka, očigledno je da se sigurnost pravnog prometa i pravnog poretka mora konkretizovati kroz teoriju predmeta i teoriju kauze ugovorne obaveze. Profesor Konstantinović, koga sam pomenuo na početku ovog izlaganja, doneo nam je teoriju Rene Kapitana koja je nastala u Francuskoj tridesetih godina ovoga veka i koja je prokrčila put do nekih zelenih polja u veoma zamršenoj teoriji kauze.

Ova teorija, za razliku od teorije predmeta, vodi računa o motivima stranaka. Nedopušteni (zabranjeni, nemoralni) motivi čine sastavni deo kauze kod dobroćinih ugovora, dok kod teretnih ugovora oni se u načelu ne uzimaju u obzir. Međutim, i ovde mogu ući u »ugovorno polje« i dovesti do ništavosti ukoliko je nedopušten motiv bitno uticao na odluku jednog ugovornika da zaključi ugovor iako je to drugi ugovornik znao ili morao znati, tako da ih je zajedno odveo istom cilju.

To omogućava sudu da »zaviri u savest« ugovornika i to primenom jasnih i sigurnih pravila s obzirom na podelu ugovora na dobroćine i teretne. On nije ograničen samo na predmet ugovora, već ispituje i njegov cilj primenom rečenih pravila, što sve u dobroj meri utiče da se izbegne eventualna proizvoljnost suda u pogledu ocene i konkretne upotrebe osnovnih principa koji čine sadržinu javnog poretka. Kada se, dakle, ti principi »propuste« kroz teoriju predmeta i teoriju kauze ugovora, onda oni dobijaju konkretniji pravni izgled, a samim tim, i načelo pravne sigurnosti dobija izvesniju podlogu.

*
* *

Do sada je bilo reči o tom suštinskom pitanju ugovora i njegovog izvršenja sa stanovišta mogućnosti i nemogućnosti jedne individualne volje da ostvari željene efekte u jednoj zajednici u kojoj vladaju opšta pravila ponašanja i koja moraju biti poštovana od pripadnika te zajednice.

A sada, za trenutak napustimo to polje i pitajmo se, kada je reč o ugovoru i njegovom izvršenju, šta se događa kada nema tog konflikta individualne i zajedničke volje, već naprosto, neko je dao reč u jednom ugovoru da će ga izvršiti, ali su se u međuvremenu okolnosti promenile, od vremena kada je reč data do vremena kada je nju trebalo ispuniti. Da li je tada moralno ili nemoralno odustati od datog obećanja. Pitanje je, dakle, mogućnosti odustanka ili izmene ugovora zbog promenjenih okolnosti.

Kao što je poznato, pitanje ima svoju evoluciju, kako na pravnom, tako i na moralnom planu. Tako, rimsko pravo je do kraja osta-

lo verno principu »*pacta sunt servanda*«, dok je u delima rimskih filozofa i moralista bila istaknuta ideja da nije nemoralno odustati od datog obećanja i neispuniti ugovor, ako su se okolnosti u međuvremenu promenile. U tom smislu, Seneka će reći: »Da biste imali moju reč, potrebno je da sve okolnosti budu onakve kakve su bile kad sam dao obećanje«.

Ipak, čvrstina načela pravne sigurnosti dugo nije dozvoljavala da se prihvate ovi moralni stavovi rimskih filozofa stoičke škole. Na njihovu reinkarnaciju trebalo je čekati više stoleća. Preko kanonskog prava i škole postglosatora (XIV–XVI vek), teorija o promenjenim okolnostima (*rebus sic stantibus*) dobila je precizniji izraz u italijanskoj doktrini XVII veka.

Međutim, ova teorija nije našla mesta u velikim evropskim kodifikacijama XIX veka, jer je to bilo vreme vladavine autonomije volja i individualističke filozofije prava, prema kojoj je ugovor »zakon za stranke«, i on se ima izvršiti bez obzira na promenjene okolnosti. Trebalo je čekati posledice Prvog i Drugog svetskog rata, da bi teorija *rebus sic stantibus* dobila mesto u zakonodavstvu.

Teorija o promenjenim okolnostima je danas tu među nama u našoj pravničkoj javnosti, u našem zakonodavstvu i u našem Zakonu o obligacionim odnosima. Mogućnost raskida ili izmene ugovora zbog promenjenih okolnosti praćena je kumulacijom uslova: izvanrednost događaja, otežano ispunjenje obaveze, odnosno neostvarenje svrhe ugovora, i da su promenjene okolnosti nastupile pre isteka roka određenog za ispunjenje obaveze.

Otežano ispunjenje obaveze mora postići stepen očiglednosti da ugovor više ne odgovara očekivanjima ugovornih strana i da bi po opštem mišljenju bilo nepravično održati ga na snazi takav kakav je.

Ovako prihvaćena teorija o promenjenim okolnostima, počev od rešenja Opštih uzansi (1954) pa sve do danas aktuelnih odredbi Zakona o obligacionim odnosima, bila je praćena bogatom sudskom praksom (pre svega privrednih sudova) koja je sa dužnom pažnjom primenjivala pomenute uslove, ali koja je i znala da štiti i održi princip po kome se ugovor mora poštovati.

Tako je ova teorija, sačinjena od elemenata pravnog i moralnog poretka, danas u našem pravu dobila značajno mesto, s obzirom na

krupne i česte izmene ekonomskog života, što se sve odražava i na ispunjenje obligacionog ugovora.

*
* *

Najzad, još jedno pitanje koje pokreće ugovor i njegovo izvršenje. Kada se vodi misao kroz taj univerzum pravnog i moralnog sveta, videli smo da u raznim istorijskim vremenima, prevagu nekada dobija pravo, nekada moral ili religija, ali u jednoj vrsti obligacija prevaga je na strani moralne sankcije.

To su prirodne ili prirodne obligacije koje znače dug časti. One ne poseduju moć sudskog prinudnog izvršenja, ali ako se dobrovoljno izvrše, dužnik se ne može pozivati na isplatu nedugovanog i tražiti povraćaj datog. Smatra se da je takav dužnik izvršio jednu obavezu koju je po moralnim pravilima bio dužan da izvrši.

Kao što se vidi, ove obligacije se istovremeno oslanjaju na pravni i moralni poredak, ali sa izrazitom premoći moralnog poretka. I upravo na tom dvojstvu društvenog poretka, nikle su i dve teorije koje objašnjavaju prirodu ovih obligacija.

Po jednom shvatanju, prirodne obligacije su samo one koje su bile civilne, ali koje su kasnije izgubile pravnu sankciju i na taj način se pravno degenerisale (teorija o nesavršenim civilnim obligacijama), a prema drugom širem shvatanju koje danas sve više dobija pristalica, prirodne obligacije se izjednačavaju sa dužnostima savesti, sa moralnim dužnostima (teorija o moralnim dužnostima). Od usvajanja jedne ili druge teorije, zavisi i širina kruga u kome se ove obligacije javljaju u pravnom životu jedne zajednice.

*
* *

Iz svega ovoga, čini se, da sledi jedan zaključak. Izvršenje ugovora je pravni i moralni čin. Kao takav, on deli sudbinu celine pravnog i moralnog poretka.

Ako je taj poredak istorijski određen, izgrađen i stabilan, ako su njegove norme zasnovane na potrebnom stepenu legitimiteta i ako se one primenjuju po principu legaliteta, onda se izvršenje ugovora odvija na siguran način.

Drugim rečima, u jednoj stabilnoj pravnoj državi, stabilan je i ugovor i njegovo izvršenje. Socijalna, ekonomska i pravna sigurnost, svojstvena pravnoj državi, predstavlja širok kontekst društvenih uslova u kojima princip *pacta sunt servanda* dobija svoje pravo mesto i puno značenje.

Naprotiv, u uslovima krize prava i morala, nestabilnih ekonomskih odnosa i socijalne i pravne nesigurnosti, ugovor i njegovo izvršenje ne mogu biti sigurni.

Ukoliko su, dakle, pravne i moralne sankcije koje obezbeđuju ispunjenje ugovora zahvaćene opštom krizom društvenih institucija, ugovor tada ostaje bez prinudne moći, prepušten proizvoljnosti stranaka.

U stalnoj nesigurnosti i opštem neredu ne može biti reda i sigurnosti u izvršenju ugovora.

Tako, jedna izrazita monetarna nestabilnost mora se odraziti i na izvršenje ugovora. Ako je ta nestabilnost dostigla takve razmere da se samo u toku jednog dana, i to više puta, bitno promeni vrednost domaćeg novca, onda je očigledno da i zaključeni ugovor ne može preživeti više takvih dana.

U takvoj situaciji više ne pomaže ni klauzula *rebus sic stantibus*, ni druga pravna sredstva koja imaju za cilj da zaštite princip ekvivalentne razmene.

Ugovor tada silazi sa pozornice prava i ide u potpunu proizvoljnost, u stihiju.

Dakle, princip *pacta sunt servanda* ima svoje mesto i značenje samo u pravnoj, a ne i u kriznoj ili antipravnoj državi.

Prema tome, kada ovaj princip izostane, njegovo mesto zauzimaju razni mefistofeli koji traže »kapljčicu krvi«, kao sredstvo ličnog obezbeđenja.

I tada ceo pravni sistem ide u jedan regres. Sa takvim mefistofelima vraćamo se na najprimitivnije forme prava. To je vreme Zakona od XII tablica, više vekova pre Hrista. To je period prava koje je na-

ređivalo odmazdu (sistem taliona), pravo koje je *Perić noster* nazvao »učini zlo«.

Za takvo pravo karakterističan je sistem tzv. *personalne egzekucije* i primitivan postupak *manus injectio*. A to znači, da je poverilac, nad dužnikom koji neće dobrovoljno da izvrši svoju obavezu, dobijao *manus* (simbolično je stavljao ruku na njega) i pravo da ga vodi kod sebe i da ga stavi u okove.

Neko je rekao da se istorija ponavlja. Čini se, da to ovoga puta važi samo za neke meridijane prava na kojima personalna egzekucija sa svojim sistemom *manus injectio* doživljava svoju reinkarnaciju.

*
* *
*

Više puta je ova Škola na svojim decembarskim zasedanjima ukazivala na opasnost retrogradnog puta prava koji vodi u antipravo.

Publikovali smo našu misao. Na ovim skupovima donosili smo zaključke, podnosili preporuke i slali poruke. Sve to, uvek, sa potrebnim stepenom stručne i naučne argumentacije i koncentrisane pravničke savesti.

Taj Opus, nažalost, kao da je stvaran samo za istoriju, za neke naše buduće potomke koji će o nama sud donositi. Ustvari, taj Opus ostao je po strani sadašnjice jer njom upravljaju faktički moćnici koji ne primećuju moć prava i njegovu kulturnu misiju.

Oni idu nekim svojim putem, gurajući i sve nas na taj put. I zato jesmo još tu gde smo, a nigde nismo. I nikad nismo bili tu gde danas nigde nismo.

Razni »vlasnici vremena« kojima zakon u topuzu leži izbrisali su naš pravnički put iz brojnog stanja.

A taj topuz leži u dva para ruku. Jedan se zove *zlo domaće*, a drugi, *napast strana*.

Čije su ruke u tom košmaru prve, čiji su prsti u tom tragičnom aktu duži, pitanje je koje čeka naučni odgovor. Onaj koji se danas emituje sa svih strana, domaćih i stranih, nije pravi odgovor. On je trenutni, poput mesečevog sjaja, i za istoriju nikakvu težinu neće imati.

I zato će ova Škola nastaviti da zida svoje Zdanje. Ono nije novo jer se zasniva na univerzalnim vrednostima škole Prirodnog prava. Pitanje je onda, šta mi ovde u ovoj našoj Školi gradimo kada već imamo univerzalnu zgradu koja je preživela vekove, od Platona i Aristotela do danas.

Za naše uslove to znači: svaka sesija ove Škole sa svojim publikovanim rečima predstavlja jedan napor da na tom starom zdanju dogradi jedan svoj doksat, svoj mali prostor, sa koga ćemo bolje videti okean prava, ali i pustinju neprava.

I suviše su velike žrtve ljudske, moralne, državne, pravne i materijalne, da bi se drugačije mogli ponašati, ako hoćemo da otkrijemo smisao našeg pravničkog bitisanja.

U toj ulozi, ova Škola je upozorenje ili ohrabrenje za sve izgubljene i nestale sa polja prava, za sve brodolomnike otuđene savesti koji u sopstvenoj golgoti čekaju krajnji čin.

Poluvekovna metappravna i jednosmerna indoktrinacija stvorila je u njihovom duhovnom biću jednu tenziju negativne energije prema pravu kao praksi i nauci o dobrom i pravičnom, a nasilje uzdigla do stepena autonomne volje vladajuće klase.

Tragovi takve energije dosegli su čak i do jednog nerazuma koji skoro da nije vredan pažnje – *de minimis non curat praetor*. Ona je našla za shodno da se ispreči čak i organizovanju ovog našeg Savetovanja, ove 1993. godine.

Na njihovo ukupno zlo, ova Škola odgovara lepotom dobrog. Može se biti u ovoj Školi, može se biti i izvan nje, ali se ona ne može zaobići na putu istine. Legitimno pravo i pravni poredak je, pre svega, izraz jedne kulture, a kultura se ne može učiniti nevidljivom.

Da je tako, svedoče nam i reči sa *Besede na gori*: ne može se grad sakriti kad na gori stoji.

A ovaj naš, na sazvežđu Raškom, visoko na Gori stoji.

