

2014

PRIRODNO PRAVO I NAČELO SAVESNOSTI I POŠTENJA

Uvodna usmena reč koju je Autor održao na Dvadeset sedmom susretu Kopaoničke škole prirodnog prava koji je bio posvećen opštoj godišnjoj temi »PRAVO I NAČELO SAVESNOSTI I POŠTENJA« u okviru stalnog naslova škole »Pravda i pravo« koji je održan 13–17. decembra 2014. godine.

Na ovom simpozijumu podneseno je 188 referata raspoređenih u 6 tematskih oblasti (katedri) Heksagona prirodnog prava: I. *Pravo na život* (život, zdravlje, ekologija, sport); II. *Pravo na slobodu* (krivično-pravna i procesna zaštita ličnosti; sloboda ličnosti – opšta sloboda i porodičnopravna sloboda ličnosti; upravno-pravna zaštita slobode); III. *Pravo na imovinu* (kodifikacije; svojina i druga stvarna prava; svojina i nasleđe; restitucija i privatizacija; porezi i poreska politika; ugovor i odgovornost za štetu; privredna društva; međunarodni privredni ugovori, arbitraža; osiguranje; banke i bankarski poslovi; radni odnosi); IV. *Pravo na intelektualnu tvorevinu* (industrijska svojina, autorsko pravo); V. *Pravo na pravdu* (sud u koneksitetu pravde – sudska praksa, procedura, izvršenje; međunarodni odnosi i pravda – međunarodno pravo – elementi inostranosti; pravo Evropske Unije); VI. *Pravo na pravnu državu* (pravna država – teorijska i praktična iskustva).

Tekst ove usmene reči zabeležen je audio-tehnikom i kasnije autorizovan (sa označenjem međunaslova) i publikovan pod istim naslovom u časopisu »Pravni život« br. 1–2 iz 2015. godine.

*Poštovane kolege, srodnici po pravdi naše pravničke vokaciji
Vi, koji činite Dvadeset sedmi krug životopisa naše Škole koja je
samo jedna kaplja u okeanu prirodnog prava
Škola je, ne samo Dvadeset sedmi kolegijum pravničkog
i filozofskog znanja i zdanja, već i epitet prijateljstva i kulture mira
koji sledimo od izvora posebnosti do ušća neporolaznosti
naše intelektualne kulture
Uvaženi i cenjeni gosti dobro došli u ovu veliku familiju prava
gde smo svi sui iuris i svi istovremeno prvi među jednakima,
Dame i Gospodo*

Jeste i biće

Dozvolite mi, da vam sa osećanjem najvećeg digniteta koji imam pred ovim susretom znanja i savesti, uputim kolegijalne reči stručne i naučne časti

Reči vere u jutro demokratske kulture i sveopšte tolerantnosti kao izraza kulture razuma i vrline pravde, koja će nam, na univerzumu *sile života*, ne samo formulirati, već i ostvariti kodifikovana prirodna (ljudska) prava.

Ona prava koja čine savremene zbornike sačinjene u okviru Ujedinjenih nacija i drugim miroljubivim asocijacijama i integracijama, ili, drugim rečima, koja će nam proklamovana prava, sa spiska lepih želja pretvoriti u realni svet života.

Na sva ova pitanja, Kopaonička škola prirodnog prava svojim dosadašnjim publikovanim opusom, svojom racionalnom koncepcijom prirodnog prava obuhvaćenom našim Heksagonom (pravo na ži-

vot, slobodu, imovinu, intelektualnu kulturu, pravdu i pravnu državu) odgovara lepotom Dobrog na kojoj su ispisane reči: *i jeste i biće* vrhova komutativne i distributivne pravde, i pored svih stranputica *naoružane nepravde* koja se danas u svetu sve više umnožava.

Prirodno pravo je mera svih prava

Ideju prirodnog prava vekovi ispisuju znamenitim rečima: *Ius est ars boni et aequi*.

Da je nekim slučajem, Ulpianus danas ovde sa nama, rekli bi mu, da ova njegova *regula iuris* živi u večitoj mladosti i da se na našem jeziku prevodi rečima – *Pravo je nauka o dobrom i pravičnom*.

Kada tome dodamo i sentencu Paulusa “savesnost je svojstvo čoveka koje je suprotno nepoštenju i svakoj vrsti prevare”, onda možemo da otpočnemo sa našom ovogodišnjom opštom temom *Pravo i načelo savesnosti i poštenja*.

Ali, pre nego što se upustimo u ovu životnu temu, evo još jedne antičke konstatacije koja nam dolazi od Protagore (stav “Homo –mensura”), i koja glasi: *Čovek je mera svih stvari*. Usušujem se da ovim rečima danas ovde dodam: *Prirodno pravo je mera svih prava*.

Sa ovim rečima, otvaram Dvadeset sedmo plenarno zasedanje Kopaoničke škole prirodnog prava.

Tačke spajanja Podsećanja

Poslednjih godina našim decembarskim danima predsedavale su sledeće teme: pravo na slobodu, pravo i vreme, pravo i prostor, pravo i odgovornost, pravo i moral, pravo i dostojanstvo, a ove godine evo nam i *savesnost i poštenje*, koje u izvesnom smislu povezuje glavnu misao svih dosadašnjih opštih tema, ili bar ulazi u ovaj krug ljudskosti koja nosi obeležja vrline pravde.

Redosled

Da bi već na početku znali kojim pravcima ćemo se kretati, evo kratkog redosleda izlaganja. To su tri veće celine: 1. opšte osobine Pri-

rodnog prava, njegov izvor i razvoj sve do savremenih kodifikacija; 2. pojam savesnosti i poštenja i njegova konkretna obeležja; 3. savesnost i poštenje u komparativnom i posebno našem pravnom sistemu, sa naglaskom na Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije.

Plemeniti glas

Savesnost i poštenje taj plemeniti glas Univerzuma i njegov odjek u opredeljenom Individualitetu, čini pravni poredak svake organizovane zajednice bogatijim za još jednu dimenziju ljudskosti, humanijim za jedan viši stepen moralne dispozicije, za još jedan krug kulture mira i vrline pravde.

Agresija

“Zakonskog neprava”

Naprotiv, onaj pravni sistem koji sopstvenim činom ili agresijom drugih, liši sebe epiteta savesnost i poštenja, pretvara podnošljivo pravo u nepodnošljivo “zakonsko nepravo”. Ono nepravo koje jednoglasnom snagom i samovoljom zakonskog fakta, briše pravnu civilizaciju izraženu u večnoj i prvoj zapovesti Digesta: *Honeste vivere* – a istovremeno s njom, briše i sve izvedene imperative: nikoga ne vređati i svakom dati ono što mu pripada.

Nesavršeno pozitivno pravo

Između autonomije savesnosti i poštenja i antinomije nesavesnosti i nepoštenja, nalazi se promenljivo, prostorno ograničeno i nesavršeno tzv. pozitivno pravo, koje je ili podnošljivo ili nepodnošljivo sa gledišta tolerancije, nesimulovane demokratije, duhovne slobode i kulture razuma.

Prirodno pravo

Izraz opšte kulture

Iznad njega, kao uzor koji je nadživeo sve vekove, stoji prirodno pravo kao deo opšte kulture – intelektualne, duhovne i materijalne,

nadklasne i nadnacionalne, kulture svakog čoveka i svih ljudi zajedno, bez obzira na sve razlike koje postoje u fizičkim i umnim svojstvima ljudi, njihovim asocijacijama i širim zajednicama, sve do državnih subjektiviteta i njihovih miroljubivih saveza.

Otuda, pozitivno pravo, dostiže u svojoj izvornosti i izvršnosti, onaj stepen svoje kulture koji je utvrđen i životno potvrđen kulturnim identitetom prirodnog prava.

Apsolutno i relativno dejstvo

I po tome: načelo savesnosti i poštenja u prirodnom prava nalazi svoju pravu i jedinstvenu domovinu. Isto načelo u pozitivnom pravu nailazi na svoju nesigurnu (varljivu) dvojnost.

Tačnije, u prirodnom pravu ovo načelo ima *apsolutno dejstvo*, dok u pozitivnom pravu, ono ima samo *relativno dejstvo*.

Uzorno pravo

U tom kontekstu potrebno je ustanoviti tačke razdvajanja, ali i tačke vezivanja, jer je prirodno pravo kako uzorno i predsedavajuće pravo, sa manjim ili većim dejstvom, obuhvaćeno okvirima pozitivnog prava, u smislu uzora legitimiteta prava.

Razlike

U stvari, razlike između ove dve ideje prava koje se ispoljavaju ili kroz pozitivizam osiromašene egzegeze, ili kroz prirodno pravo kao univerzalno i pravedno *po sebi* – čine neko zajedničko zdanje ukupnosti pravnog sistema, koje, kada u većem stepenu dobija izvornu energiju prirodnog prava, srazmerno tom stepenu, stiže i kvalifikaciju pravednog prava, i obrnuto, stiže obeležja podnošljivog ili nepodnošljivo nepravednog prava.

Univerzalnost

I zato, i na ovom mestu ponovimo već ponovljeno: višeznačajni karakter prirodnog prava, raširen na svim meridijanima savremenog

prostranstva, ima ulogu kao uzorni, supsidijarni i korektivni izvor prava.

Primena

To čini i naša Kopaonička škola prirodnog prava, ali samo kao jedna “slamka među vihorove”u opštem identitetu i integritetu prirodnog prava. Zbog svega toga, neka nam bude dopušteno, upravo radi šireg razumevanja savesnosti i poštenja, da i ovom prilikom u kratkim crtama ukažemo na evoluciju i višesmerno značenje prirodnog prava.

Čini se, da bi bez ovog filozofskog pogleda, prikaz načela savesnosti i poštenja samo sa stanovišta *stricti iuris* značenja, bio osiromašen za čitavu dimenziju njegove suštine koja u pravnom poretku unosi element životne realnosti.

Iz svih tih razloga, evo nas najpre na osnovnim obeležjima prirodnog prava, a zatim na pravnom karakteru savesnosti i poštenja na razgranatom polju različitih pravnih disciplina.

Atributi

prirodnog prava

U tom smislu naznačićemo nekoliko bitnih atributa prirodnog prava.

Pre svega, kada je reč o njegovom izvornom poreklu, treba reći da se starost rodne kuće prirodnog prava utvrđuje brojem stoleća, a najstarija era njegova je postojbina.

U stvari, filozofija prirodnog prava nadživela je sve vekove, da bi nam se danas kao *racionalna koncepcija*, predstavila imenom ljudskih prava ili prava čoveka u kodifikovanim Zbornicima Ujedinjenih nacija i drugim miroljubivim međunarodnim organizacijama i zajednicama.

Priridno pravo ispoljeno u opštim deklaracijama i poveljama prošlih vremena, koncentriše se, pre svega, na život i slobodu čoveka, a zatim na svojinu, sigurnost, jednakost u pravima, suprostavljanje nasilju, kulturi mira.

Iznad voljnosti i proizvoljnosti

Naći se pod svodom prirodnog prava znači biti iznad prolaznosti pozitivnog prava, njegove voljnosti ili proizvoljnosti, u svakom slučaju iznad oskudice sadašnjosti. I po tome: pitanje istorijskog kraja prirodnog prava, pitanje je njegovog početka.

Terminologija

Pre izlaganja izvora i evolucije filozofije prirodnog prava, prethodno zadržimo se na važnom terminološkom pitanju, a zatim na opštim mestima razvoja prirodnog prava od antičke sve do savremene društvenosti i njenog pravnog sistema.

Dobro je poznato da su se u prošlosti, a takođe i danas u određenom delu sveta, prirodna prava nazivala *pravima čoveka*.

Međutim naročito posle Drugog svetskog rata, u mnogim aktima posvećenim prirodnom pravu čoveka u okviru delatnosti Ujedinjenih nacija, upotrebljen je naziv *ljudska prava* koji se do danas održao u stručnoj i opštoj javnosti.

I ne samo održao, već svojom učestalošću toliko okupirao naš intelektualni i praktični život, da je, u izvesnom smislu, postao stalni pratilac, pa i njegov sastavni deo.

Terminološka opčinjenost

Počev od brojnih međunarodnih i domaćih normativnih akata ili standarda, pa preko najraznovrsnijih medija, sve do "odbrane" nekog antipravnog i antiljudskog čina, izraz *ljudska prava* predsedava našim svakodnevnim htenjima, interesima ili očekivanjima.

U stručnoj, a naročito nestručnoj javnosti, ljudska prava se shvataju kao neka nova kategorija svemoćnog prava ili *nadprava*, iza kojih stoje određeni uticajni faktori međunarodne ili regionalne zajednice i koji pomoću njih ostvaruju određene ciljeve.

Kada se jedna povreda ljudskih prava "leči" odmazdom ili ucenom, onda se radi o zloupotrebi ljudskih prava, jer se ona vrše protiv njihovom cilju.

Izraz *ljudska prava* i *prava čoveka* dolaze iz različitih velikih jezičkih područja – anglosaksonskog (Human Rights) i romanskog (Droit de l'Homme). Nema suštinskih razlika i mogu se upotrebljavati istovremeno, ali da se zna da je *prirodno pravo* njihov genusni i izvorni pojam.

Heterogeno i autonomno pravo

Pre nego što pređemo na izvore i razvoj prirodnog prava, zadržimo se još na razlikovanju pozitivnog od prirodnog prava, kao i njegovom kohezionom ishodu.

Pozitivno pravo je heteronomno i zavisi od mnogih činilaca određenog socijaliteta, dok je prirodno pravo autonomno, nezavisno od voljnog faktora i kao tvorevina prirode, leži u samom čoveku u njegovoj prirodi.

Pozitivno pravo je nesavršeno i nezavršeno, dok je prirodno pravo u filozofskom smislu apsolutno dato.

Pozitivno pravo je promenljivo i nestalno, dok je prirodno pravo nepromenljivo; pozitivno pravo je neopšte, dok je prirodno pravo univerzalno, a to znači da nije samo ni nacionalno ni klasno.

Prirodno pravo kao pravedno pravo nije bilo nikada uspostavljeno kao celovit sistem, već ono ima u odnosu na pozitivno pravo važan trostruki odnos: uzorni, supsidijarni i korektivni.

Prvobitni izvori Grčki sofisti

Kada je reč o prvobitnim izvorima prirodnog prava, treba naglasiti da se prema opšte usvojenom gledištu izvori prirodnog prava vezuju za grupu grčkih filozofa iz druge polovine petog stoleća stare ere koji su nam poznati pod zajedničkim imenom – grčki *sofisti*. Nešto mlađi su Stoici (Stoička škola u rimskom pravu) koja će trajati sve do petog veka naše ere. Zaokruženu celinu dali su Platon i naročito Aristotel.

Tri obeležja

Antičko shvatanje prirodnog prava koje je poniklo u učenju grčkih sofista i književnosti (Sofokle: Antigona) i koje je preraslo u filozofski sistem Platona i Aristotela i dalje razvijano kroz rimsku stojičku školu, zasnivalo se na tri osnovna stava: 1. zakon kao delo ljudske volje podčinjen je višim zakonima prirode; 2. suštinsko svojstvo prirodnog prava jeste *pravda* kao moralna kategorija koja ujedinjuje komutativnu i distributivnu pravdu; 3. zakon može biti pravedan i nepravedan.

Različite interpretacije

Svatanje prirodnog prava izraženo u antičkoj Grčkoj i rimskoj filozofiji i etici poslužilo je kao temelj za dalji razvoj prirodnog prava. Najpre, u dva pravca: teološka interpretacija, naročito u smislu srednjevekovne sholastike (Toma Akvinski) i interpretacija koja prirodno pravo odvaja od teologije u smislu laicizacije prirodnog prava i svodi ga na racionalno objašnjenje (Hugo Grocijus).

Dalja evolucija

U okviru racionalne koncepcije prirodnog prava, javljaju se opet dva osnovna pravca: jedan koji prirodno pravo svodi na biološko – racionalno objašnjenje i drugi, koji prirodno pravo objašnjava isključivo autoritetom uma, zbog čega se i naziva racionalno ili umno objašnjenje prirodnog prava.

Biološko-racionalna doktrina, počev od 17 veka, ispoljila je stav po kome se prirodno pravo objašnjava povezanošću čovekovog određenog biološkog svojstva sa njegovim umom. Ta svojstva su ili čovečiji nagon društvenosti (Hugo Grocijus), nagon samoodržanja (Tomas Hobs), stanje bezpomoćnosti (Pufendorf) ili jedno imanentno svojstvo čoveka težnja za životom (Tomazius) ili čovekovo osećanje pravde (Spenser) ili najzad koherentna teorija biološko - umnog pravca devetnaestoga veka (Henri Arens).

Evolucijom biološko racionalne doktrine, teorija prirodnog prava došla je do čisto racionalne koncepcije po kojoj je razum (ljudski

um) izvor ukupnog saznanja, što je proizlazilo iz opšte filozofije racionalizma 17 veka (Rene Dekart).

Racionalna koncepcija, Kant

Racionalna koncepcija dobila je svoju filozofsku sublimaciju u 18 veku u delima Imanuela Kanta, koja je do danas u suštini ostala jedan od glavnih izvora objašnjenja prirodnog prava. Putem teorije *saznanja* koja se prostire na čulnu oblast (empirijsko saznanje) i nečulnu oblast (transcedentno saznanje) došlo se do sinteze o *čistom umu* kojim se stiče transcedentno saznanje kao i saznanje iz čulne oblasti. Prema ovoj filozofiji, pomoću čulnosti predmeti nam bivaju dati, a razumom se zamišljaju i uopštavaju. Na toj postavci moralni zakonski imperativi proizilaze iz uma iz čega sledi zaključak da je ljudski um *zakonodavac* prirodnog prava, zbog čega se on, prema ovoj filozofiji, i naziva *umnim prirodnim pravom*.

Primena racionalne koncepcije

Teorijski izgrađena, racionalna koncepcija prirodnog prava, doživela je svoju najširu primenu u drugoj polovini 20 veka sve do danas u brojnim dokumentima Ujedinjenih nacija i standarda međunarodne zajednice, tako da se danas može govoriti, ne samo o renesansi prirodnog prava, već o jednoj, do sada najpotpunijoj kodifikaciji prirodnog prava čoveka koja je učinjena u istoriji pravne i moralne civilizacije.

Brojne deklaracije, povelje, konvencije, završna dokumenta i drugi opšti akti u okviru delatnosti Ujedinjenih nacija kojima je stvoren jedan novi pravnički svet, imaju za svoj zajednički imenitelj *kulturu razuma i vrlinu pravde*, dva stuba misaonog zdanja racionalne koncepcije prirodnog prava.

Ovako razvijen opus prirodnih prava praćen je danas bogatom književnošću na različitim jezičkim područjima, uglavnom pod naslovom *ljudska prava* ili *prava čoveka*.

Dva vida opstojnosti

Ideja prirodnog prava sa stanovišta načina izražavanja, imala je dva vida svoje opstojnosti: jedan filozofski i drugi pravno normativan izraz koji se u prošlosti očitovao u mnogim poveljama i deklaracijama (Magna carta libertatum 1215, Bil o pravima 1689, Deklaracija o nezavisnosti 13 američkih država 1776, francuska Deklaracija o pravima čoveka i građanina 1789).

Svi ovi akti samo su *parcijalno* regulisali izvesna pitanja u sferi prirodnih prava čoveka – klasična građanska i politička prava, dok su ekonomska, socijalna i kulturna prava bila izvan pomenutih konvencija.

Zajednička savest

Prirodna prava čoveka, za razliku od pomenutih deklaracija, doživela su svoju obuhvatnost i skoro potpunu kodifikaciju u dokumentima Ujedinjenih nacija i odgovarajućim međunarodnim organizacijama koja danas čine maticu zajedničke savesti iz koje su proizašla brojna Dokumenta međunarodne zajednice, ali izvršenje i praktična ostvarenja ovih prava predstavljaju hroničnu teškoću koju savremeni svet još nije u stanju da otkloni.

Proizilazi: s jedne strane kodifikacija i implementacija i internacionalizacija tih prava, i s druge strane, u velikom njihovom delu - neostvarenje.

Deklaracije

Univerzalnost prirodnih prava proklamovano je pre svih i iznad svih Opštom deklaracijom o pravima čoveka (1948) i to je najveća kodifikacija prirodnog prava u istoriji pravne kulture: pored klasičnih građanskih i političkih prava, ona je obuhvatila čitav niz ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava, čime se dobio jedan zaokruženi dignitet čoveka kao društvenog bića.

Ona je postala pravi izvor mnogih dokumenata univerzalnog i regionalnog karaktera kao što su naprimer Međunarodni pakt o političkim i građanskim pravima (1966), Međunarodni pakt o ekonom-

skim, socijalnim i kulturnim pravima (1966), Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i sloboda (1950), Američka konvencija o ljudskim pravima (1969), Afrička povelja o pravima čoveka i naroda (1981), Povelja osnovnih prava Evropske unije (2000).

Horizonti Univerzalne deklaracije o pravima čoveka iz 1948. godine, sadrže najveće ljudske vrednosti: život, sloboda i sva druga prava koja otuda proizilaze. Sva ta prava našla su mesta i u Heksagonu Kopaoničke škole prirodnog prava.

Univerzalnost svetskog prava

Putem implementacije prirodnog prava, autoritet prirodnog prava dobio je u svom legitimitetu i širini toliko mesta da se govorilo o začecima jednog univerzalnog svetskog prava što se i danas govori i piše, ali, čini se, više u sferi lepih želja nego u stvarnosti.

Antinomija

Univerzum pravednog prava nije nastupio. Umesto njega, antinomija je potpuna: kodifikacija prirodnog prava predstavlja veličanstvenu misaonu zgradu, ali istovremeno i delimičnu negaciju te zgrade.

Razne vrste agresije

Kao prvu agresiju pomenimo *ekstremno siromaštvo* u jednom delu sveta, gde objektivno nije moguće ostvariti proklamovana ljudska prava naročito u sferi ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava. Humanitarna katastrofa preti negacijom prava na život – *bolest gladi* odnosi ogroman broj ljudi. S druge strane agresija se ogleda u faktu postojanja antipravnih država, zloupotrebe ljudskih prava, nuklearnog oružja, ugroženost prirode sve do moguće ekološke katastrofe, samouništenje (genocid), terorizam (organizovani i neorganizovani), ogromne svojinske razlike, političke ucene (vi, clam, prekario) kao znak osiromašene kulture koja dovodi do upotrebe osiromašenog uranijuma kao sredstva za masovno uništenje ljudi.

Demokratija i civilizacija

Polazeći od pomenutih agresija na život i slobodu ljudi, možemo konstatovati: tamo gde je demokratija došla pre civilizacije stradala je civilizacija.

Organizovana umnost

Kako izaći na put renesanse pravednog prava u "poremećenom"svetu (Maluf).

Samo nas organizovana umnost čovečanstva može izvesti do očuvanja spomenika prošlosti i razvoja humane budućnosti (Fukuja-ma, Naša posthumana budućnost).

Na moguće pitanje – kako i kojim načinom – odgovaramo kategoričkim imperativom: ostvarenjem svih onih prava i sloboda koja su proklamovana i kodifikovana u dokumentima Ujedinjenih nacija i svih drugih miroljubivih asocijacija i integracija, univerzalnog, regionalnog i nacionalnog karaktera.

Kada je u prošlosti umna snaga čovečanstva, i bez kodifikovanih ljudskih prava, uspela da oslobodi svet od raznih okova diktature i antiumnosti, počev od robovlasništva, pa preko srednjovekovne, sve do svetskih ratova, onda danas sa daleko većim intelektualnim i tehnološkim kapacitetom, ona *može i mora* da ostvari svestranu primenu proklamovanih prava ljudskosti.

Učini dobro

A to znači: na mnogim stranama sveta pravo se vraća svom primitivnom izvoru - *učini zlo*, druga strana sveta inspirisana je nalogom *ne naučni zlo*, a pravo koje je nadahnuto autoritetom uma čini začetak treće epohe *učini dobro* .

Na toj mogućnosti Kopaonička škola prirodnog prava snagom svoje duhovne slobode, na svo zlo savremenog sveta odgovara *lepotoj dobrog*.

Pacta sunt servanda

Poštovanje date reči i *boni mores*, kao atributi načela savesnosti i poštenja, imali su svoju evoluciju počev od prvobitnih antičkih izvo-

ra sve do savremenog prava. U rimskom pravu zavisno od perioda razvoja, ali u svakom slučaju važio je kao princip: data reč mora se poštovati. Reč je morala biti data kroz ispunjenje određene forme koja je imala i sakralni karakter. Doduše već od perioda republike taj princip ustupa mesto konsensualizmu, ali ne kao princip već kao zbir pojedinih slučajeva (npr. *emptio venditio*, *locatio conductio*, *mandatum*). Sa popuštanjem formalizma istovremeno jača ograničenje putem tadašnjeg standarda *boni mores* koji je označavao oblike poštenog i časnog ponašanja. Razume se, da su se dobri običaji menjali, uostalom kao i danas i u tom pogledu treba pomenuti uticaj grčke filozofije koji nije bio mali. U stvari postepeno pored starih rimskih običaja *mos majorum*, u život Rimljana prodiru strani običaji tako da dolazi do suprotstavljanja između domaćih običaja *boni mores* i stranih običaja *mali mores*. Rimski pravници toga doba nisu bili naklonjeni prodoru stranih običaja. O prodiranju novih običaja i grčke filozofije u život Rimljana, Marko Tulije Ciceron je pisao da se na otadžbinsko tlo ne uvozi samo roba i nova učenja nego i novi običaji i nov moral, tako da vladavina starih rimskih običaja nije više netaknuta. Nastojanje da se što više zaštititi *boni mores* dobilo je u rimskom pravu i praktični pravni izgled, u čemu je veliku ulogu odigrao pretor. Uvođenjem *exceptio doli* mogao se odbiti zahtev tužioca s pozivom na povredu dobrih običaja. Tako se, radi očuvanja starih rimskih običaja i odbrane od stranih uticaja sve više učvršćivao pojam *boni mores* kao granica ugovaranja. Ali, ipak ovaj pojam nije mogao da ostane imun od prodora stranih uticaja, a posebno uticaja grčke filozofije. Ona je postepeno sve dublje i dublje prodirala u rimske koncepcije.

Širina polja "dobri običaji"

Povredu dobrih običaja nije samo napad na pravne principe već i na principe morala. Taj pojam postaje veoma širok. Pored tzv. novih običaja nisu bila napuštena ni stara shvatanja običaja Rima, tako da su oni uvek ostali *mores civitatis*, ali sa tendencijom da se posmatraju kroz *boni*, što je zasluga grčke filozofije. Postupati *contra bonos mores* značilo je tada i postupati *turpe*. Prema tekstu Papinianusa, suprotan je dobrim običajima svaki akt kojim se vređa pietet, pobožnost, milosrđe, pravična naknada i istina. S druge strane, prema starim običajima grada, *slobodan* čovek ne može biti prodan, otrov ne može biti predmet ugovora, a takođe, ni *res sacrae*, itd. Sve je to van prometa i

suprotno postupanje bi bilo protivno dobrim običajima. Pretor na jedan opšti način ne priznaje važnost ovih ugovora jer su oni suprotni osnovama prava.

Čuvar javnog morala

Cenzori, kao poseban i visoki magistrat, između ostalog su sačinjavali tzv. *nota censoria*, koji su u stvari bili spiskovi nečasnih ljudi koji su za sobom povlačili *infamiju*. Ona je označavala loš glas, sramotu za čoveka koji se nalazio na tom spisku, a koja je umanjivala i pravnu i poslovnu sposobnost. S obzirom na razloge postojale su sledeće infamije: *infamija immediata* koja nastaje ipso iure zbog načina života (napr. nečastan otpust iz vojske), *infamija mediata* zbog osude za određena dela, a zatim privatni delikti kao što su krađa, neispunjavanje civilnih dužnosti i sl. Prema propisima pretorskog edikta, oni koji su bili pod infamijom nisu mogli sudelovati u sudskom postupku, gubili su aktivno i pasivno pravo glasa, nisu mogli zaključiti brak sa osobom iz viših društvenih slojeva i sl. Kao što se vidi, infamija je proizvodila ozbiljna dejstva za pravnu i poslovnu sposobnost, a ona je direktna posledica narušavanja dobrih običaja – *boni mores*.

Granica slobode ugovaranja

Pojam *boni mores* bio je granica slobode ugovaranja, i njegova povreda nije samo napad na pravne principe nego i na moralne ili u širem smislu, prirodne principe. U daljoj evoluciji pojam *boni mores* je u srednjovekovnoj tradiciji našao mesta i u *promisornoj zakletvi* koja je predstavljala formalni ugovor religijskog karaktera slična rimskoj stipulaciji. Bitno je naglasiti da zakletva nije imala obaveznu snagu ukoliko je bila suprotna dobrim običajima.

Boni mores i autonomija volje

Princip slobode ugovaranja, ograničen arhaičnim i srednjovekovnim formalizmom i pojmom *boni mores*, dobija u XIX veku najšire okvire u učenju teorije autonomije volje. Tako Francuski građanski zakonik (1804) proklamuje autonomiju volje, ali uvodi *javni poredak*

i dobre običaje kao granicu autonomije volje. Nećemo se ovde zadržavati na brojnim teorijama o autonomiji volje, jer bi nas to udaljilo od teme. Recimo samo to, da je Francuski građanski zakonik prvi uveo pojam *javnog poretka* koji je i danas u velikoj upotrebi, dok je austrijska i nemačka doktrina ostala pri izrazu dobrih običaja. Međutim, kada je u pitanju ograničenje putem javnog poretka, ne mogu, a da ne pomenem i paragraf 13 Srpskog građanskog zakonika (1844) koji glasi: volja i naredba čovečija zastupa zakon, a zakon naknađa i volju i naredbu čovečiju. No u ovome što se tiče javnog poretka i *blagonaravlj*a, ne može se ništa izmeniti voljom ili ugovorom.

O pojmu javnog poretka postoje brojne teorije, počev od one koja kazuje da ovaj pojam ne treba definisati, pa preko onih teorija koje daju samo smernice za određivanje ovog pojma i teorije koje pojam javnog poretka prepuštaju nabranju zakonskih odredbi koje ulaze u ovaj pojam, sve do teorija koje ipak daju jednu sintezu u smislu definisanja javnog poretka.

Uzimajući u obzir sve relevante momente, čini se, da bi se javni poredak mogao definisati kao skup principa na kojima je zasnovano postojanje i trajanje jedne pravno organizovane zajednice, a koji se ispoljavaju preko određenih društvenih normi, pravnih i moralnih, koji se moraju poštovati u smislu zakonskih i moralnih imperativa čija povreda povlači odgovarajuću sankciju. Kao što se vidi, javni poredak podrazumeva i moralne norme u okviru kojih značajno mesto zauzima i načelo savesnosti i poštenja.

Definicija savesnosti i poštenja

Posle uvodnog izlaganja, posle razvoja prirodnog prava i posle razvoja pojma dobrih običaja i javnog poretka prelazimo na definisanje načela savesnosti i poštenja.

Polazeći od racionalne koncepcije prirodnog prava, kao i od normativne kulture pozitivnog prava, ovde se iznosi jedan pokušaj definisanja načela savesnosti i poštenja, koji, čini se, može doprineti da se ovo načelo bliže odredi u čitavom mozaiku teorijskih i legislativnih teškoća koje prate ovo načelo u njegovom sintetičkom formulisaju.

Sa tom impresijom Autor ovih redova čini jedan od mogućih predloga definisanja savesnosti i poštenja, koje sa područja metapravnih disciplina ulazi u okvir jurističkog sveta, gde uživa odgovarajuću primenu i zaštitu pravnih i moralnih imperativa. Evo, dakle, tog predloga:

Savesnost i poštenje je ljudska vrlina koja podrazumeva subjektivnu procenu o konkretnom Dobrom ili Lošem ponašanju, i to na osnovu odgovarajućih standarda vladajućih na određenom prostoru i vremenu a koji su zaštićeni normama prirodnog i pozitivnog prava.

Iz ove definicije proizilaze sledeći elementi: 1. savesnost je ljudska vrlina; 2. savesnost podrazumeva subjektivnu procenu kao glavni kriterijum za rasuđivanje; 3. savesnost prosuđuje o Dobrom i Lošem ponašanju; 4. savesnost proizilazi iz ustaljenih pravila ponašanja - društvenih standarda; 5. savesnost kao subjektivna procena zasnovana je na objektivnim vrednostima s obzirom na prostor i vreme; 6. savesnost uživa apsolutnu zaštitu prirodnog prava i relativnu zaštitu pozitivnog prava.

Termonologija

Što se tiče etimološkog značenja sintagme “savesnost i poštenje”, kao i različitih izraza koji u izvesnoj meri zamenjuju načelo savesnosti i poštenja, treba reći da tu postoje različite mogućnosti, kako u pogledu terminologije na različitim jezičkim područjima, tako i u pogledu brojnih izraza koji su slični ili srodni ovoj sintagmi. Tako, kada je reč o uporednoj jezičkoj terminologiji, u upotrebi su reči: *bona fides*, *bonne foi*, *Treu und Glauben*, *bouna fede*, *Good Faith and Fair Dealing*. Svi pomenuti izrazi u osnovi ovoga značenja pripadaju familiji “generalnih klauzula” u smislu odgovarajućih društvenih i pravnih standarda koji se odnosi na savesnost i poštenje subjekata prava u njihovim odnosima, bez obzira na razlike koje postoje u pojedinim pravnim disciplinama. Kada su u pitanju različiti izrazi na našem jeziku koji su slični ili srodni sa sintagmom “savesnosti i poštenja”, sa manjim ili većim odstupanjima u odnosu na reči “savesnosti i poštenje” mogu se navesti sledeće reči: *savestan*, *ugledan*, *uljudan*, *revnostan*, *predan*, *pažljiv*, *marljiv*, *odan*, *obazriv*, *uredan*, *tačan*, *nepogrešan*, *uzoran*, *spravedljiv*, *pravedan*, *nepristrasan*, *revnosan*.

Savesnost je ljudska vrlina

Među mnogim vrlinama kao moralnim vrednostima i osobinama ličnosti, tačnije, kao pozitivno etičko svojstvo čoveka, načelo savesnosti i poštenja, po svom izvornom i izvedenom dejstvu i značenju, spada u taj genusni pojam koga nazivamo ljudskim vrlinama.

U opštem značenju, ljudske vrline su bile i ostale predmet različitih filozofskih značenja, počev od antičkog, pa sve do našeg vremena. Formirale su se kraće ili duže liste nabiranja pojedinih vrlina. Za Sokrata, u vrline spadaju, pre svega znanje, a zatim, pravednost, hrabrost, pobožnost. Platon ističe četiri osnovne vrline: razboritost, hrabrost, umerenost i pravednost, vezujući ih za "delove duše" čoveka u njegovom psihičkom životu, a kada je reč o društvu, onda vrline proizilaze iz strukture konkretnog društvenog poretka. Aristotel je označio čak četrnaest vrlina: hrabrost, umerenost, darežljivost, plemenitost, ponos, čast, blagost, ugodljivost, pravost, ophodljivost, stidljivost, negodovanje, pravičnost, prijateljstvo.

Međutim, Aristotelov doprinos teoriji vrlina je višestruk: nije reč samo o nabiranju vrlina, već i o njihovom uopštavanju i podeli, tako da Aristotel sve vrline deli na dijanoetičke vrline i etičke vrline. Dijanoetičke se stiču proučavanjem, učenjem i revnosnim vežbanjem (dakle, intelektualnim radom), dok ova druga kategorija vrlina proizilazi iz uobičajenih navika i odgovarajućih društvenih standarda.

Princip sredine

Pored podele vrlina na dijanoetičke i etičke, Aristotelov doprinos se ogleda i u samom definisanju etičkih vrlina, a ponajviše u tome, što je, primenjujući princip sredine (prosečnosti) došao do relevantnih vrlina koje ulaze u polje dostojanstva, npr. umerenost je sredina između neosetljivosti i razuzdanosti, hrabrost je sredina između plašljivosti i neustrašivosti, ponos je sredina između poniznosti i oholosti.

Ovaj princip sredine, koji podrazumeva jednaku udaljenost od dve krajnosti, Aristotel je ugradio i u sam pojam vrline, uz elemente slobodne volje i razmišljanja o izboru sredine između dve krajnosti.

Kada je reč o pojmu vrline, Aristotel je određuje na sledeći način: Vrlina je odabiračka naklonost volje, koja se drži sredine podesne

za sopstvenu prirodu, a određene razmišljanjem, i to onako kako bi je odredio razuman čovek. A sredina je držanje između dveju mana, jedne koja je preteranost i druge koja je nedostatak. Drugim rečima, vrlina je sredina između dve suprotne osobine volje, od kojih jedna prevršuje srednju i pravu meru, a druga je ne dostiže.

Kao što se vidi, broj ljudskih vrlina nije taksativno određen u smislu numerus clausus, već on zavisi od opšteg pogleda na određene etičke vrednosti čoveka koje, bar u nekim svojim osobinama, razlikuju s obzirom na prostorne i vremenske okvire. Otuda, u gore pomenu te ljudske vrlina, po svojim etičkim svojstvima, načelo savesnosti i poštenja ulazi u pojam ljudskih vrlina.

Subjektivno – objektivna procena

Vrlina savesnosti i poštenja podrazumeva subjektivnu procenu kao glavni kriterijum za ocenu jednog akta ili ponašanja sa gledišta savesnosti i poštenja, i to prema drugim kao i prema samom sebi. Ona je, dakle, u svojoj osnovi subjektivne prirode, ali to je samo jedna njena strana, koja uglavnom ne može biti samonikla i donesena u robinzonskom ambijentu. Naprotiv, ona se, neposredno ili posredno, formira na bazi uobičajenih predstava o mnogim događajima u društvenim vrednostima ispoljenim ili vladajućim u nekom organizovanom socijalitetu i to od stepena podnošljivosti do stepena moralne imperativnosti. Otuda, može se reći da vrlina savesnosti i poštenja predstavlja subjektivno-objektivnu kategoriju gde, čini se, subjektivni kriterijum ipak ima veću težinu u odnosu na objektivni. Tome ide u prilog i okolnost, što često moralni sud nekog čoveka o određenom događaju prevashodno zavisi od njegovih fizičkih, duhovnih, intelektualnih, obrazovnih i drugih sličnih ili srodnih osobina gde objektivni kriterijum nema prevashodni uticaj.

Dobro i loše ponašanje

Savesnost i poštenje nalaže pravnom i moralnom subjektu da u svakom konkretnom slučaju prosuđuje o Dobrom ili Lošem ponašanju i u zavisnosti od te procene donosi odluku o sopstvenoj prestaciji

koja je u sferi moralne sposobnosti određenog subjekta i ona za njega predstavlja neizbežnu dužnost.

Prema stanovišta mnogih autora etičke filozofije moralne norme su u tesnoj vezi sa onim što se naziva Dobro, za razliku od nečega što je loše ili rđavo (zlo).

Moralnim normama se obuhvata čitav spektar društvenih pravila ponašanja, koja rukovođena načelom Dobrog, određuju ili ostvaruju vrhovnu vrednost čoveka kao bića prirode i sve oblike njegove organizovane društvenosti.

Moral je, dakle, svodni imenitelj za sve delatnosti koje uživaju epitet Dobrog, počev od subjektivnih i emotivnih atributa nekog individualiteta (npr. čulno zadovoljstvo, pristojnost i učtivost, sreća, počast, zdravlje, profesionalni uspeh, prijateljstvo), pa preko nekih opštih značenja priznatih ljudskih vrednosti (npr. dostojanstvo, sloboda, tolerancija, kultura mira), sve do najvišeg Dobra očuvanja opstanka sveta na našoj planeti, posebno putem zaštite zdrave životne sredi ne kao neminovnog preduslova života na našoj planeti. Razume se, to istovremeno znači i zapovest svih društvenih normi (naročito pravnih i moralnih) koja glasi: uzdržavanje od upotrebe svake vrste antiumne proizvodnje, držanja i upotrebe raznih oružja i drugih sredstava akumulirane energije radi masovnog uništenja i ugrožavanja svih oblika života na Zemlji, sa pretećom opštom kataklizmom opstanka.

Generalne klauzule

Već je rečeno da savesnost i poštenje proizilaze iz ustaljenih pravila ponašanja u određenoj sredini, i to na način "generalne klauzule" koja ima sve kvalifikacije "pravnog standarda". Zakonodavac, u nemogućnosti da sve slučajeve iz društvenog života predvidi i reguliše do poslednjeg detalja, često se koristi tzv. pravnim standardima, kao što su npr. dobar otac porodice, dobar privrednik, javni moral, opasna aktivnost i drugi srodni pojmovi koji ulaze u polje legislative, ali često i sa određenim stepenom neizvesnosti upravo zbog što se sadržina jednog standarda prepušta oceni suda prilikom konkretnog pozivanja na **odgovarajući pravni standard**. Neki od pravnih standarda su u čestoj i dugotrajnoj upotrebi u sudskoj i poslovnoj praksi, tako da su kao već izgraženi i ustaljeni pojmovi česti u praktičnom životu do te mere da ne izazivaju preterane teškoće u njihovoj primeni. To je slučaj i sa

“generalnom klauzulom” o savesnosti i poštenju koja je još od rimskog prava (*boni mores*) se danas u stalnoj upotrebi, tako da se može reći da je ona kroz prošlu i savremenu pravnu praksu, zakonodavstvo i pravnu doktrinu dobila epitet izgrađenog pravnog standarda, razume se, uzimajući u obzir prostor i vreme njene primene.

Ipak, u pravnoj teoriji se postavilo pitanje da li primena generalne klauzule može ugroziti pravnu sigurnost koja predstavlja jedno od obeležja pravne države u smislu zajedničkog imenitelja svih činilaca koji tvore jedan pravni sistem.

Pravna sigurnost kao deo pravde

Pravna sigurnost, kao jedan deo pravde i kao element pravne države, uživa epitet univerzalne vrednosti. Pravna sigurnost ne može izolovano delovati van drugih društvenih instituta i zahteva, već je ona upravo inkorporirana u društveni organizam i čini organsku celinu sa ekonomskom i socijalnom sigurnošću odgovarajuće zajednice. I baš zbog toga, zahtev je svakog pravnog poretka i izvesna sigurnost pravnih institucija, sigurnost koja nije sama sebi cilj, već koja služi ostvarenju cilja prava.

Prema tome, evolucije i promene pravnih institucija i pravnih regula su, s jedne strane, nužne jer one treba da prate društvene odnose u “svetu života”, ali, s druge strane, kumulacija pravnih ustanova mora biti prožeta načelom pravne sigurnosti koja će stalno pratiti pravo u pokretu, u njegovom kretanju na putu stalnog nastavljanja i usavršavanja, pa i u periodima revolucionarnih preobražaja društva, jer se i tada, neki kontinuitet pravne civilizacije mora održati i poštovati.

Ako bi pravo bilo lišeno potrebne doze sigurnosti, ako bi jedno pravo čas bilo pravo, a čas antipravo, ako ne bi bilo objektivnih kriterijuma u njegovoj primeni, ako jedno pravo ne bi sačekalo da preživi paperje, onda takvo pravo ne može računati na krila.

Drugim rečima, načelo pravne sigurnosti je neminovni atribut svakog pravnog poretka, čije postojanje ne sme biti ugroženo, kao što to isto načelo ne sme imati toliku moć da pravne institucije “okameni u večnosti”, jer bi i tada kao i u prvoj hipotezi, pravo izdalo sebe i svoju vokaciju koju ima u društvu.

Pravna sigurnost je, dakle, relativan pojam i stvar je odgovorne zakonodavne politike da pristupi donošenju, odnosno izmeni zakona samo onda kada za to postoje duboko verifikovani zahtevi društvene zajednice i nauke.

Pri tome, pravna sigurnost se ne ostvaruje samo poštovanjem relativno stabilnih opštih **pravnih načela, nego i poštovanjem** relativne trajnosti svih drugih propisa, koji su, poput sitnih kapilara, u “službi” osnovnog krvotoka jednog društvenog organizma.

Iz svega rečenog proizilazi da pravna nesigurnost ne proističe iz opštih pravnih standarda i generalnih klauzula kao što je savesnost i poštenje, već pre svega zbog nedovoljnog legitimiteta (posebno naučnog i stručnog) prilikom donošenja određenih zakona, njihovog neopravdanog menjanja u smislu stalnih dopuna i izmena, nadalje, zbog neprimene zabrane retroaktivnosti, a naročito u postupku izvršenja gde se često krši ustavni princip o trodelnoj podeli vlasti.

Polazeći od činjenice nekoherentnosti zakonskih propisa, kao i drugih činilaca koji utiču na legitimitet i legalitet prava, može se konstatovati da pozitivno pravo često ne dostiže onaj stepen stabilnosti koji ga čini atributom pravne države.

Pravna nesigurnost se ogleda u više pravaca: neopravdan broj stručno i naučno neproverenih promena pojedinih zakonskih rešenja; u nekim oblastima samo u toku jedne kalendarske godine više puta promeni zakonsko rešenje, tako da se i pravni stručnjak teško tu snalazi.

To stvara osećaj nepoverenja u zakonska rešenja što se odražava i na pravnu svest onih kojima je pravo upućeno. Već je rečeno da pravnu nesigurnost čini i nepoštovanje pravila o zabrani retroaktivnosti, čime nastaje nesigurnost i to već u postupku stvaranja prava.

Pravna nesigurnost je još veća u primeni prava u smislu neobjektivne primene ili neprimene zakona, čime se zalazi u širu oblast stručnosti, umnosti i nezavisnosti sudijske dužnosti u kontekstu trodelne podele vlasti.

Posebno pravna nesigurnost je svojstvena u postupku izvršenja pravosnažnih izvršnih odluka sudske i upravne vlasti, što često obezvređi ranije vođeni sudski postupak – parnični, krivični ili upravni. Na taj način, umesto vladavine prava i pravne sigurnosti, na sceni se može pojaviti vladavina pravne nesigurnosti.

Zaštita načela savesnosti i poštenja

Savesnost i poštenje je zaštićeno normama prirodnog i pozitivnog prava, o čemu je već bilo reči. Međutim, na ovom mestu, naročito podvlačimo da se ta zaštita obezbeđuje dvojstvom prinudnih propisa pozitivnog prava i moralnim imperativima prirodnog prava. Tačnije: načelo savesnosti i poštenja ima imperativni karakter i strane u svojim pravnim odnosima ne mogu ovo načelo isključiti ili ga ograničiti. To, između ostalog, znači da ovo načelo nije i ne može biti nikakav deklarativni "ukras", već sveopšta norma čiju dispoziciju prati i obezbeđuje pravni i moralni imperativ.

Preduslovi

Načelo savesnosti i poštenja može biti primenjeno u većem ili manjem stepenu zavisno od izvesnih društvenih preduslova koji utiču na ovo načelo. Ti preduslovi su brojni i ovde pominjemo samo one preduslove koji u većem stepenu određuju i omogućuju da se načelo savesnosti i poštenja primenjuje kao jedno više jedinstvo svih tih preduslova. Među njima nalaze se i sledeći preduslovi: stanje svesti i savesti u pogledu pravde i pravičnosti; tolerancija kao sposobnosti znak duhovnog punoletstva; stanje moralne zasnovanosti; ekonomska konstitucija; stanje političke zrelosti i prosvećenosti; pravna, ekonomska i socijalna sigurnost; zaštita životne sredine; zaštita zdravlja kao uslova života i kao prirodnog prava svakog čoveka; radne navike i radna etika ; porodična struktura; kultura mira; stupanj ostvarenih prirodnih (ljudskih) prava.

Sloboda i načelo savesnosti i poštenja

Sloboda je neka vrsta pretpostavke savesnosti i poštenja. Čovek koji je sputan okovima nasilja bilo koje vrste gubi i slobodu i dostojanstvo. Svaka diktatura opozicija je slobodi i dostojanstvu. Tim povodom postavlja se pitanje da li čovek kao jedinka u jednoj antipravnoj državi koja se zasniva na samovolji tzv. vlasnika vremena i svih drugih agresija na ličnost čoveka - može opstati u svojoj rešenosti da se drži načela savesnosti i poštenja.

Razvijajmo ovu misao dalje: ako je jedan socijalitet ugrožen agresijom nuklearne i druge akumulirane hemijske energije sa ciljem masovnog uništavanja ljudi (npr. hirošima antiumnosti); ako organizovani ili neorganizovani terorizam **preti da liši živote mnogih** nedužnih građana; ako se genocid u miru kao i u ratu javlja kao antiprirodna pojava uništenja ljudi samo zato što se po nekom svom identitetu razlikuju od drugih; ako u savremenom svetu svakodnevno preti ekološka katastrofa; **ako je u savremenom svetu bolesti gladi veća od svih drugih bolesti**; **ako je preteća ucena postala prvo žalosno slovo međunarodne i regionalne realnosti** kao i sve druge agresije na ljudski život, slobodu i savest - **onda se postavlja pitanje da li u jednom "poremećenom" svetu može pojedinac da se održi u poštovanju načela savesnosti i poštenja**. Možda možemo zamisliti da je i to moguće ali u svakom slučaju to za većinu ljudi nije moguće. Razume se sve to ne treba da nas obeshrabri, jer istorija naše civilizacije očito govori da je organizovana umnost čovečanstva sposobna i snažna da nas oslobodi raznih okova prinude i da nas izvede na put života i slobode kao osnovnih prirodnih prava i kao činjenice da svi dolazimo i odlazimo na isti način.

U kontekstu rečenog načelo savesnosti i poštenja kreće se prostorima racionalne slobode koja se ogleda u prirodnom pravu čoveka da svojim voljnim radnjama vrši izbor sadržine i načina svoje delatnosti u različitim područjima individualnog i zajedničkog života, ali tako da, držeći se pravednog zakona i tolerancije kao izraza kulture razuma, ne vređa istu i jednaku slobodu drugih.

Sudijska nezavisnost

Svi do sada izloženi atributi savesnosti i poštenja, kao i njegovi preduslovi odražavaju se i na područje nezavisnosti sudstva. Kao dokaz ove istine neka nam posluže reči Aristotela "ići sudiji znači ići pravdi".

Pitanje nezavisnosti sudije nije samo pravno pitanje. To je pitanje opšte kulture jedne zajednice. Kultura koja je određena prirodom i domašajem osnovnih principa na kojima je zasnovana ta zajednica, njenim filozofskim opredeljenjem, ekonomskom i političkom konstitucijom, tehničkom civilizacijom, moralnom emancipacijom, jurističkom opservacijom.

U tom širem krugu zbivanja prava i pravde na bilo kom stepenu prostorno vremenske datosti, princip nezavisnosti sudije predstavlja demarkacionu liniju koja deli polje prava od pustinje neprava.

U uslovima nepravne države, gde je legitimitet i legalitet prava ispod dozvoljenog stepena društvene tolerancije, gde vladavinu prava zamenjuje vladavina samovoljnog fakta-vlasti, strasti ili interesa pojedinačnog ili grupnog, gde se eliminiše načelo podele vlasti i ceo život svodi na politički monizam i njegovu strogu hijerarhiju, tu se sudijska nezavisnost svodi na zavisnost od partijske, a ne zakonske, odluke. Takva zavisnost pretvara sudiju u derivat jednosmernog naloga (političkog, nacionalnog, rasnog ili klasnog) i sudija tada objektivno nije u stanju da primeni pravedno pravo. U hipotezi, dakle, nepravne države, pravo doživljava brodolom, a s njim tone i princip nezavisnosti sudije. Ići takvom "pravu" i takvom sudiji, znači ići anti-pravdi.

Cela istorija prava je tu, da nam posvedoči ovu tvrdnju. I ne samo istorija, već i **komparativna stvarnost**. Naprotiv, kada se demokratski princip organizuje po načelu ustavnosti i zakonitosti, tada se nezavisnost sudije obezbeđuje delovanjem pravne države. To znači, da nezavisnost sudije, kao neminovni atribut njegove funkcije, predstavlja organski deo pravne države. **To je ona država koja je u svom pravnom sistemu u tolikom stepenu obezbedila vladavinu načela legitimiteta i legaliteta, da se ona kreću u granicama društvene tolerancije.**

Suprotno ovome, može se konstatovati da su mnogi savremeni pravni sistemi, naročito u realizaciji principa legaliteta, u stvari jedan konglomerat prava u nebitnim i neprava u bitnim stvarima.

Dvanaest tablica

Uzimajući u obzir prirodu sudijske misije, Kopaonička škola je još pre više od deset godina formulisala XII tablica sudijske nezavisnosti. Razume se, da ovom prilikom neću reprodukovati svih dvanaest tablica, ali ću vas podsetiti samo na neke od njih. Tako: sudija u izricanju pravde nezavisan je od bilo koje vlasti, osim vlasti legitimnog zakona; sudija je ličnost javnog poverenja; vršenje sudijske dužnosti ne sme biti predmet nedostojnih uticaja, podsticanja, pritisaka, pretnji ili intervencija, direktnih ili indirektnih od strane bilo koga i iz bilo kojih razloga; svako je dužan da, u granicama prinudnih propisa, javnog poretka i morala poštuje nezavisnost sudije i da se uzdrži od

svakog akta nedostojnog uticaja. Svako lice koje svojim aktom nedostojnog uticaja naruši ili ugrozi nezavisnost sudije, kazniće se po zakonu.

Tolerancija i odgovornost

Iz dosadašnjeg izlaganja može se izvesti zaključak da se načelo savesnosti i poštenja nalazi u mozaiku konkretnog socijalibiliteta gde se, pored već rečenog, tolerancija i odgovornost javljaju kao ambient u kome se načelo savesnosti i poštenja adekvatno primenjuje. Po principu tolerancije, niko nema prava da sebe stavlja iznad drugoga i da prigrabljeno silom pluralizam života pretvara u monizam svoje vlasti i uprave. Dakle, u ovim okvirima kreće se i načelo savesnosti i poštenja koje pretpostavlja, ne samo identitet određene društvene zajednice, već i integritet njegovog stepena civilizacije i ostvarene demokratske kulture. U tom smislu načelo savesnosti i poštenja povlači za sobom i različite vrste odgovornosti zavisno od prirode pojedinih pravnih disciplina u kojima se proklamuje i primenjuje. Ovo tim pre, ako se zna, da je odgovornost ustanova pravne, moralne i svake druge civilizacije, koja nastaje povredom odgovarajućeg pravila ponašanja koju prate unapred ustanovljene sankcije, a čiji su uslovi i sadržina primereni prirodi i vrsti povređenog dobra.

Primena u našem pravu

Posle izlaganja načela savesnosti i poštenja sa stanovišta prirodnog i pozitivnog prava, sada sledi izlaganje ovog načela u našem pozitivnom pravu, pre svega, obligacionom i stvarnom pravu, kao i u nekim drugim granama prava.

Kada je reč o Zakonu o obligacionim odnosima, treba reći da je savesnost i poštenje formulisano kao osnovno načelo, s tim da se ono neposredno ili posredno predviđa u većem broju konkretnih odredbi ovoga Zakona.

Prema Zakonu o obligacionim odnosima (čl. 12) načelo savesnosti i poštenja određeno je na sledeći način: u zasnivanju obligacionih odnosa i ostvarivanju prava i obaveza iz tih odnosa strane su dužne da se pridržavaju načela savesnosti i poštenja.

Postavilo se pitanje da li je ova odredba imperativnog ili dispozitivnog karaktera, s obzirom da u brojnim odredbama ovoga Zakona posebno se navodi savesnost i poštenje kao uslov važnosti i primene odgovarajućih odredbi.

Na osnovu svega do sada rečenog, ovo načelo ima imperativni karakter, što znači da ga stranke moraju poštovati pod "pretnjom" odgovarajuće sankcije.

U pogledu mišljenja da ova generalna klauzula u svojoj praktičnoj primeni unosi u pravni poredak određeni stepen nesigurnosti, o tome je već bilo reči: podsećamo na konstataciju da se uzroci pravne nesigurnosti nalaze na drugoj daleko dubljoj strani kao posledica nelegitimiteta i nelegaliteta prava, a ne u primeni ovog standarda koji ima svoj izgrađeni identitet, a to znači i potrebnu sigurnost u primeni.

Polazeći od pomenutih činjenica, imperativnost ovog načela se danas jasnije izražava njegovom drugom tačkom, prema kojoj, strane ne mogu da isključe ili ograniče obavezu primene načela savesnosti i poštenja. **Taj stav izražen je i u međunarodnim izvorima, kao i u Prednarcu Građanskog zakonika Republike Srbije.** Pri tome, ostaje pitanje kakav je onda odnos ovoga imperativnog načela, kada se savesnost i poštenje u istom Zakonu često **nalazi posebno naglašeno kod pojedinih ustanova i pravnih sredstava obligacionih odnosa.** Odgovor se nalazi u konstataciji da ovo načelo **na taj način dobija značenje kao neposredni uslov za nastanak odgovarajuće pravne situacije**

Pojedini slučajevi

Načelo savesnosti i poštenja nalazi se i u drugim ustanovama, naročito u obligacionom pravu i ovde ćemo navesti samo neke opšte odredbe koje se tiču ovoga načela, a zatim i neke konkretne slučajeve.

Tako, načelo ekvivalencije odnosno načelo jednake vrednosti davanja u zasnivanju dvostranih ugovora povređeno je npr. kod prekomernog oštećenja, zelenaških ugovora, uticaja promenjenih okolnosti, na egzistenciju ugovora, prevara, pretnja i prinuda kao mana volje i druge slične pravne situacije.

Tako, npr. Zakon o obligacionim odnosima prekomerno oštećenje shvata u subjektivnom smislu čime se približava načelu savesnosti i poštenja jer predviđa da očigledna nesrazmera uzajamnih davanja u jednom dvostranom ugovoru i u vreme njegovog zaključenja ošteće-

na strana može zahtevati poništenje samo ako za pravu vrednost tada nije znala niti je morala znati. U stvari, sam pojam prekomernog oštećenja moguće je odrediti na dva načina: subjektivno i objektivno. Prema subjektivnom shvatanju pojam prekomernog oštećenja se svodi na nedostatak volje. Potrebno je da se oštećenje javi kao posledica činjenice da volja ugovornika nije bila slobodno izražena. Drugim rečima, prisustvo zablude ili prevare treba da dovede do prekomernog oštećenja zbog čega se ono u suštini svodi na zabludu o vrednosti stvari.

Povreda načela savesnosti i poštenja još je više izražena kod zelenaškog ugovora pod kojim se podrazumeva takav ugovor u kome neko, koristeći se stanjem **nužde ili teškim materijalnim stanjem drugog**, njegovim nedovoljnim iskustvom, lakomislenošću ili zavisnošću, ugovori za sebe ili za nekog **trećeg korist koja je u očiglednoj nesrazmjeri** sa onim što je on drugom dao ili učinio ili se obavezao dati ili učiniti.

Pojam zelenaškog ugovora treba razlikovati od prekomernog oštećenja i pored izvesnih zajedničkih osobenosti. Za razliku od prekomernih ovlašćenja pojam zelenaškog ugovora zasniva se na dva kumulativno postavljena uslova: **subjektivni i objektivni**. Prema objektivnom, potrebno je ustanoviti **očiglednu nesrazmjeru između činidbe i protivčinidbe, a prema subjektivnom - da ta nesrazmera proizilazi iz nekog subjektivnog stanja drugog ugovornika**, kao što je nužda, teško materijalno stanje, nedovoljno iskustvo, lakomislenost ili zavisnost. Ovaj subjektivni moment je upravo **karakterističan sa staništa** pojma i konkretne primene načela savesnosti i poštenja.

Što se tiče mana volje a posebno nedostataka saglasnosti pod dejstvom prevare ili prinude primena načela savesnosti i poštenja je očigledna. Prevara se sastoji u namernom preduzimanju određenih radnji jednog ugovornika u cilju izazivanja ili održavanja zablude kod drugog ugovornika. U suštini i ovde je reč o pogrešnoj predstavi o pravnim činjenicama potrebnim za punovažnost ugovora, samo što ta pogrešna predstava proizilazi iz određenih radnji i postupka drugog ugovornika. Zbog toga prevara ili kako se ona još naziva "izazvana zabluda", u strogom smislu reči i ne predstavlja neki poseban, potpuno nezavisan, nedostatak volje. Ona je u stvari jedna vrsta zablude i to kvalifikovana zabluda koja za sobom povlači teže pravne posledice nego obična zabluda. Pojam prevare podrazumeva sticaj dva elementa: jedan, psihološkog karaktera, koji se svodi na nameru jednog ugo-

vornika da drugog navede ili održi u zabludi, i drugi, koji je povezan sa ostvarenjem takve namere i koji se oglada u preduzimanju različitih postupaka koji dovode do formiranja pogrešne predstave o relevantnim činjenicama. Oba elementa zajedno utiču na volju ugovornika tako da on, u njihovom odsustvu, ne bi izaključio ugovor. To znači da između prevare i izjave volje mora da postaji uzročna veza.

Nameru lica koje čini prevaru treba shvatiti kao njegovu svest otome da će radnje koje je on preduzeo izazvati zabludu kod drugog ugovornika. Prema tome, prevara uvek pretpostavlja mala fidei na strani onoga ko se njome služi. **Ona se realizuje putem određenih radnji ili postupaka koji proizlaze iz aktivnog ili pasivnog ponašanja lica koje čini prevaru.**

Kada je reč o prinudi upotrebom fizičke sile (*vis absoluta*) ili pretnje u smislu pritiska na volju ugovornika (*vis compulsiva*), očigledno da je tu reč o potpunoj ugoženosti načela savesnosti i poštenja.

Kriterijum pravičnosti

Već je rečeno da načelo savesnosti i poštenja podrazumeva i primenu kriterijuma pravičnosti kao konkretizovane pravde. Zakon o obligacionim odnosima pravičnost kao element za odlučivanje predviđa na više mesta.

Tako, tu je, pre svega, materija odgovornosti za prouzrokovano štetu. Pod uticajem pravičnosti, a u korist oštećenog kao žrtve deliktne radnje, savremeno pravo je ovde modifikovalo mnoga klasična pravila. U tom smislu i Zakon predviđa odgovornost po osnovu pravičnosti. Naime, kod odgovornosti za drugog, Zakon predviđa da u slučaju štete koju je prouzrokovalo lice koje za nju nije odgovorno, a naknada se ne može dobiti od lica koje je bilo dužno da vodi nadzor nad njim, sud može, kad to pravičnost zahteva, a naročito s obzirom na materijalno stanje štetnika i oštećenika, osuditi štetnika da naknadi štetu, potpuno ili delimično. Isto tako, ako je štetu prouzrokovao maloletnik sposoban za rasuđivanje koji nije u stanju da je naknadi, sud može, kad to pravičnost zahteva, a naročito s **obzirom na materijalno stanje roditelja i oštećenika**, obavezati roditelje da naknade štetu, potpuno ili delimično, iako za nju nisu krivi.

Pravičnost, kao kriterijum za odlučivanje, Zakon predviđa i kod odgovornosti u slučaju udesa izazvanog motornim vozilima u pokre-

tu. Ako je do udesa došlo isključivom krivicom jednog imaoaca, primenjuju se pravila odgovornosti po osnovu krivice, a ako postoji obostrana krivica, svaki imalac odgovara za ukupnu štetu koju su oni pretrpeli srazmerno stepenu svoje krivice. Međutim, ako nema krivice nijednog, imaoici odgovaraju na ravne delove, ako razlozi pravičnosti ne zahtevaju što drugo. To pravilo je, takođe, predviđeno i kod pitanja regresa isplatioca kod odgovornosti više lica za istu štetu.

U materiji tumačenja ugovora Zakon, takođe, predviđa pravičnost kao mogući kriterijum presuđenja. Kada je reč o tumačenju ugovora, treba, pre svega, reći da Zakon polazi od subjektivno-objektivnog metoda tumačenja. Po njemu, pri tumačenju spornih odredaba ne treba se držati doslovnog značenja upotrebljenih izraza, već treba istraživati zajedničku nameru ugovarača i odredbu tako razumeti kako to odgovara načelima obligacionog prava utvrđenim ovim zakonom. Time je prihvaćeno jedno rešenje koje odgovara potrebama života i koje je u skladu sa stavom naše pravne teorije o ovom pitanju, kao i sa stanovištem naše sudske prakse. Naime, tumačiti ugovor, kao delo zajedničke volje stranaka, a ne voditi računa o toj volji, znači u stvari negirati ugovor kao individualni pravni akt. Međutim, zajednička volja stranaka ne može biti apsolutni kriterijum prilikom tumačenja ugovora. Volja stranaka je u savremenom ugovornom pravu ograničena kogentnim pravilima i prilikom tumačenja ugovora o tim granicama se mora voditi računa. Zbog toga, pri tumačenju ugovora potrebno je ispitati zajedničku volju stranaka u skladu sa određenim pravnim i moralnim imperativima. Rukovodeći se ovim osnovnim kriterijumom u domenu tumačenja ugovora, Zakon poznaje i neka dopunska pravila. Prema tim pravilima nejasne odredbe u ugovoru bez naknade treba tumačiti u smislu koji je manje težak za dužnika, a u teretnom ugovoru u smislu kojim se ostvaruje pravičan odnos uzajamnih davanja. Šta je pravičan odnos uzajamnih davanja sud će procenjivati sa gledišta opštih načela obligacionog prava utvrđenim ovim zakonom. Kao što se vidi, kriterijum pravičnosti i ovde ne znači nikakvu proizvoljnost, već se vezuje za izvesna opšta načela, među kojima je i načelo jednake vrednosti davanja.

Kriterijum pravičnosti Zakon pominje i kod mogućnosti raskidanja ili izmene ugovora zbog promenjenih okolnosti, ali i tu samo u simbiozi sa izvesnim objektivnim pokazateljima. Tako, ugovor se može raskinuti ili izmeniti iz ovog razloga, samo ako bi po opštem

mišljenju bilo nepravično održati ga na snazi; on se neće raskinuti ako druga strana ponudi ili pistane da se odgovarajući uslovi ugovora pravično izmene; ako izrekne raskid ugovora, sud će na zahtev druge strane osuditi stranu koja ga je zahtevala da naknadi drugoj strani pravičan deo štete koju trpi zbog toga.

U nekim posebnim slučajevima Zakon utvrđuje visinu odgovarajuće naknade putem unošenja kriterijuma pravičnosti, predviđajući, na taj način, pojam tzv. pravične naknade. Ovaj pojam se naročito primenjuje u materiji naknade nematerijalne štete gde se predviđa da u slučaju smrti ili teškog invaliditeta nekog lica sud može dosuditi članovima njegove uže porodice pravičnu novčanu naknadu za njihove duševne bolove. U stvari, to je samo jedan vid opšteg pravila o naknadi moralne (neimovinske) štete prema kome, za pretrpljene fizičke bolove, za pretrpljene duševne bolove zbog umanjena životne aktivnosti, naruženosti, povrede ugleda, časti, slobode ili prava ličnosti, smrti bliskog lica kao i za strah, sud će ako nađe da okolnosti slučaja, a naročito jačina bolova i straha i njihovo trajanje to opravdava, dosuditi pravičnu novčanu naknadu, nezavisno od naknade materijalne štete kao i u njenom odsustvu.

Pravična naknada

Pored toga, pojam pravične naknade Zakon predviđa i u nizu slučajeva ugovorne odgovornosti; tako, u slučaju raskida ugovora o građenju od strane naručioca, ovaj je dužan isplatiti izvođaču odgovarajući deo ugovorne cene za dotle izvršene radove, kao i pravičnu naknadu za učinjene neophodne troškove; kod ugovora o nalogu, ako drukčije nije ugovoreno, nalogodavac duguje naknadu u uobičajenoj visini, a ako o tome nema običaja, onda pravičnu naknadu; kod ugovora o komisionu, Zakon predviđa odredbu, prema kojoj ako je u datom slučaju naknada nesrazmerno velika prema obavljenom poslu i postignutom rezultatu, sud je može, na zahtev komitenta, sniziti na pravičan iznos; isto važi i za ugovor o trgovinskom zastupanju; kod opštih uslova ugovora koje određuje jedan ugovornik, sud može odbiti primenu pojedinih odredaba opštih uslova koje lišavaju drugu stranu prava da stavi prigovore, ili onih na osnovu kojih ona gubi prava iz ugovora ili gubi rokove, ili koje su inače nepravične ili preterano stroge prema njoj. Najzad, pomenimo i odredbu u materiji javnog obeća-

nja nagrade, prema kojoj ako je više lica izvršilo radnju istovremeno, svakom pripada jednak deo nagrade, ukoliko pravičnost ne zahteva drukčiju podelu.

Konkretizacija načela savesnosti i poštenja

Kada je reč o konkretizaciji načela savesnosti i poštenja, evo nekoliko primera. Prema Zakonu ugovorom se **može proširiti odgovornost dužnika i na slučaj za koji on inače ne odgovara, ali se ispunjenje** ovakve odredbe ne može zahtevati ako bi to bilo u suprotnosti sa načelom savesnosti i poštenja. **Zakon predviđa savesnost i poštenje** kao relevantni kriterijum i u materiji raskidanja ili izmene ugovora zbog promenjenih okolnosti. Naime, pri odlučivanju o raskidanju ugovora **odnosno o njegovoj izmeni sud će se rukovoditi i načelima** poštenog prometa, vodeći računa naročito o cilju ugovora, o normalnom riziku kod ugovora odnosne vrste, o opštem interesu, kao i o interesima obeju strana. Pri tome, strane se mogu ugovorom unapred odreći pozivanja na određene promenjene okolnosti, ali samo ako to nije u suprotnosti sa načelom savesnosti i poštenja.

Isto načelo primenjeno je i kod pregovora koji prethode zaključenju ugovora. Ovo stoga **šta strana koja je vodila pregovore bez namere da zaključi ugovor odgovara za štetu nastalu vođenjem pregovora** a takođe odgovara za štetu i strana koja je vodila pregovore u nameri da zaključi ugovor, pa odustane od te namere bez osnovanog razloga i time drugoj strani prouzrokuje štetu.

Kod ugovora o posredovanju, nalogodavac **može opozvati nalog za posredovanje kad god hoće, ako se toga nije odrekao i pod uslovom** da opozivanje nije protivno savesnosti.

Može se pomenuti primena ovog načela i u materiji uslova. Prema Zakonu, ugovor je zaključen pod uslovom ako njegov nastanak ili prestanak zavisi od neizvesne činjenice, **ali se smatra da je uslov ostvaren** ako njegovo ostvarenje, protivno načelu savesnosti i poštenja, spreči strana na čiji je teret određen, a smatra se da nije ostvaren ako njegovo ostvarenje, protivno načelu savesnosti i poštenja, prouzrokuje strana u čiju je korist određen.

Načelo savesnosti i poštenja primenjuje se i u slučaju procene savesnosti jednog lica, od čega zavise brojne pravne posledice, među

kojima, obaveza na naknadu štete dolazi u red najvažnijih posledica. Tako, savesna strana može zahtevati naknadu štete koju je pretrpela usled zaključenja ugovora koji nema pravno dejstvo zbog toga što ga je pravno lice zaključilo van okvira svoje pravne sposobnosti.

U slučaju poništaja ugovora zbog zablude, druga savesna strana ima pravo da traži naknadu pretrpljene štete.

Kod posledica ništavosti ugovora i primene odgovarajuće sankcije, sud vodi naročito računa o savesnosti ugovornih strana, o značajna ugroženog dobra, kao i o moralnim shvatanjima.

Prigovor prividnosti ugovora ne može se isticati prema trećem savesnom licu; kod sticanja bez osnova, sticalac ima pravo na naknadu nužnih i korisnih troškova, ali ako je bio nesavestan, naknada za korisne troškove mu pripada samo do iznosa koji predstavlja uvećanje vrednosti u trenutku vraćanja.

Kod cesije, ustupilac odgovara za naplativost ustupljenog potraživanja ako je to bilo ugovoreno, ali samo do visine onoga što je primio od prijemnika, kao i za naplativost kamata, troškova oko ustupanja i troškova postupka protiv dužnika; pri tome, veća odgovornost savesnog ustupioca ne može se ugovoriti.

Primena dobrih običaja

Pored pravičnosti i načela savesnosti i poštenja Zakon, u naporu da preko realnih životnih odnosa koriguje strogu formalnopravnu primenu norme, predviđa i mogućnost primene dobrih običaja odnosno dobrih poslovnih običaja. On to, najpre čini u smislu propisa kojima se utvrđuju osnovna načela, a zatim vrši konkretizaciju tog načela na mnogim mestima. Tako, kod opštih uslova ugovora koje određuje jedna strana, Zakon predviđa da su ništave odredbe opštih uslova koje su protivne samom cilju zaključenog ugovora ili dobrim poslovnim običajima, čak i ako su opšti uslovi koji ih sadrže odobreni od nadležnog organa. Zakon na ovaj način zaštićuje onu ugovornu stranu koja pristupa ugovoru i koja je, uglavnom, ekonomski slabija strana. Nekad Zakon upućuje na primenu poslovnih običaja, kao što je to npr. u oblasti ugostiteljstva odnosno ugovora o angažovanju ugostiteljskih kapaciteta.

Primena običaja predviđena je Zakonom na više mesta. Tako, kod zaključenja ugovora, Zakon predviđa da se izlaganje robe sa označenjem cene smatra ponudom, ukoliko drukčije ne proizilazi iz okolnosti slučaja ili običaja; predlog za zaključenje ugovora učinjen neodređenom broju lica, koji sadrži bitne sastojke ugovora čijem je zaključenju namenjen, važi kao ponuda, ukoliko drukčije ne proizilazi iz okolnosti slučaja ili običaja; ako su ugovorne strane posle postignute saglasnosti o bitnim sastojcima ugovora ostavile neke sporedne tačke za docnije, ugovor se smatra zaključenim, a sporedne tačke, ako sami ugovarači ne postignu saglasnost o njima, urediće sud vodeći računa o prethodnim pregovorima, utvrđenoj praksi između ugovarača i običajima; Zakon, takođe, predviđa primenu običaja i kod prihvatanja ponude, kao i kod pitanja dejstva ponude u slučaju smrti ili nesposobnosti jedne strane. Kod pitanja pravne valjanosti dejstva legitimacionih papira i znaka, Zakon predviđa da se treba držati zajedničke volje izdavaoca i primaoca znaka, kao i onoga što je uobičajeno. U materiji novčanih obligacija, u slučaju ispunjenja novčane obaveze pre roka, dužnik ima pravo da od iznosa duga odbije iznos kamate za vreme od dana isplate do dospelosti obaveze, samo ako je na to ovlašćen ugovorom ili to proizilazi iz običaja. Kod kupovine na probu, kupac je dužan da obavesti prodavca da li ostaje pri ugovoru, u roku koji je utvrđen ugovorom ili običajem, a ako takvog nema, onda u primerenom roku koji mu bude odredio prodavac, inače se smatra da je odustao od ugovora. Kod ugovora o zakupu, plaćanje zakupnine se vrši u rokovima određenim ugovorom ili zakonom, a u nedostatku ovih, kako je uobičajeno u mestu gde je stvar predata zakupcu; dužina otkaznih rokova kod ovog ugovora može se takođe odrediti mesnim običajima, kao i procena da li zakupljena stvar ima odgovarajuća svojstva. Najzad, u nizu ugovora kojima se vrše razne usluge, Zakon predviđa uobičajenu naknadu kao pravilo dopunsko dispozitivne prirode - npr. kod ugovora o prevozu, nalogu, trgovinskom zastupanju, posredovanju, ugovora o kontroli robe i usluga, ugovora o organizovanju putovanja.

Trihotomija pojmova

Kao što se vidi, Zakon o obligacionim odnosima je kroz odredbe o osnovnim načelima, kao i kroz mnoge druge konkretne odredbe, prihvatio jednu trihotomiju pojmova (pravičnost, savesnost i pošte-

nje, dobri običaji) koja služi kao korekcija tehniziranim pravnim normama (tzv. tvrdi slučajevi). Ali, u tom dopunjavanju pravnih propisa, kao što je već ukazano, postoji opasnost da se pređe granica čija bi povreda značila ugrožavanje cilja prava i njegove izvesnosti u postupku primene. Otuda, na sudskoj praksi je odgovorna dužnost da prilikom konkretne primene pomenutih pravila pronađe takva rešenja koja je neće svoditi na običan automatizam, ali koja je neće ni transformisati u pretorsku praksu, jer načelo pravičnosti mora uvek ostati u centru zbivanja. To znači, da odredbe o primeni izvesnih metapравnih merila (običaj, moral) ne treba pratiti pogledom egzegeze, pogledom koji je okupiran samo slovom zakona i koji zbog toga nije u stanju da vidi duh i smisao zakona. Takav pristup u savremenom pravu ne bi bio adekvatan društvenim zahtevima, i načelima društvenog uređenja. Naprotiv, primenu običaja i drugih vanpravnih normi u oblasti obligacionih odnosa, treba prihvatiti saznanjem da ta pravila ponašanja, zajedno sa pravnim normama, čine celinu pravne organizacije određene zajednice. Sve to još više znači da se primena ovih odredbi Zakona nikako ne sme svesti na automatizam formalne logike koji bi izgubio iz vida cilj i smisao odgovarajućih pravnih pravila.

Naturalne obligacije

Pored izloženih konkretnih pravnih situacija u kojima načelo savesnosti i poštenja dobija odgovarajuće mesto evo još jednog polja primene ovog načela koje ima i neka svojstva opštosti. Naime, reč je o naturalnim (prirodnim) obligacijama koje se zasnivaju na moralnim dužnostima ili na civilnim obligacijama koje su iz nekog razloga ostale bez predviđene sankcije prinudnog ostvarenja, kao što je npr. zastarela obaveza.

Naime, prema Zakonu o obligacionim odnosima izvršenje neke prinudne obaveze ili neke moralne ili društvene dužnosti, ne može se tražiti po osnovu sticanja bez osnova (neosnovanog obogaćenja). Drugim rečima, to znači ako je neko isplatio zastareli dug koji nije mogao sudskim prinudnim putem da se naplati, a taj dug časti je ipak ispunio, smatra se da je ispunio nešto što je bio dužan dati po svojoj savesti i da stoga nema pravo na povraćaj datog.

Ugovori u privredi

Načelo savесности i poštena nalazi primenu i kod ugovora u privredi kao i u materiji zaštite potrošača. Tako prema Opštim uzansama za promet robom (1954), načelo poštenja i savесности predviđa s kao osnovno načelo koga se stranke moraju pridržavati u poslovima prometa robom. Srtanke se ne mogu pozivati na neku od ovih uzansa ako bi njena primena u datom slučaju proizveela posledice protivne rom načelu.

Zaštita potrošača

Kada je reč o primeni načela savесности i poštenja u oblasti trgovinskog prometa, potrebno je navesti i izvesna rešenja postojećeg Zakona o zaštiti potrošača koja detaljno regulišu primenu ovoga načela na oblast zaštite potrošača (iako izraz "potrošač" nije pravni već više ekonomski pojam). Prema ovom Zakonu pre svega se na jedan uopšten način definiše profesionalna pažnja koja predstavlja povećanu pažnju i veštinu koja se u pravnom prometu osnovano očekuje od trgovca u poslovanju sa potrošačima, u skladu s dobrim običajima i načelom savесности i poštenja. Pored ovog opšteg određenja profesionalne pažnje u vezi sa načelom savесности i poštenja, ovaj Zakon posebno reguliše Nepošteno poslovanje koje je zabranjeno, a trgovac snosi teret dokazivanja tačnosti podataka u vezi sa proizvodom koje je dao pre, za vreme i nakon zaključenja ugovora. Ali, ono što je važnije, to su odredbe Zakona kojima se određuje pojam nepoštenog poslovanja. Prema Zakonu poštovanje je nepošteno: 1) ako je protivno zahtevima profesionalne pažnje; 2) ako bitno narušava ili preti da bitno naruši ekonomsko ponašanje, u vezi s proizvodom, prosečnog potrošača na koga se to poslovanje odnosi ili kome je izložen, odnosno ponašanje prosečnog člana grupe, kada se poslovanje odnosi na grupu.

Trgovac bitno narušava ekonomsko ponašanje potrošača ako svojim poslovanjem bitno umanjuje sposobnost potrošača da razborito odlučuje, usled čega potrošač donosi ekonomsku odluku koju inače ne bi doneo.

Pri tome, nepoštenim se naročito smatra obmanjujuće poslovanje, nasrtljivo poslovanje, kao i povreda dužnosti obavešavanja u skladu sa ovim zakonom. U nepošteno poslovanje se ubraja i povreda

dužnosti obaveštavanja potrošača kao i povreda obaveštavanja potrošača o njegovim pravima u skladu sa ovim zakonom, u vezi sa: 1) ugovorima na daljinu; 2) ugovorima o turističkom putovanju i vremenski podeljenom korišćenju nepokretnosti; 3) označenjem cena; 4) ugovorima zaključenim upotrebom elektronskih sredstava.

U nepošteno poslovanje ubraja se i povreda dužnosti obaveštavanja potrošača o njegovim pravima u vezi sa medicinskim proizvodima za ljudsku upotrebu; finansijskim uslugama na daljinu; zajedničkim ulaganjem u prenosive hartije od vrednosti; posredovanjem u osiguranju; životnim osiguranjem i drugim vrstama direktnog osiguranja; prodajom finansijskih instrumenata; prospektom koji se objavljuje u slučaju javne ponude hartija od vrednosti ili njihovog prihvatanja za trgovanje, u skladu sa zakonima kojima se uređuju navedene oblasti.

Sa gledišta načela savesnosti i poštenja značajne su odredbe ovoga Zakona koje se odnose na obmanjujuće poslovanje. Pod obmanjujućim poslovanjem smatra se poslovanje trgovca kojim navodi potrošača da donese ekonomsku odluku koju inače ne bi doneo, tako što mu daje netačna obaveštenja ili na drugi način dovodi ili preti da dovede prosečnog potrošača u zabludu u pogledu: postojanje ili prirode proizvoda; osnovnih obeležja proizvoda; obaveza trgovca da označi i ukaže na lice koje posredno ili neposredno podržava ili preporučuje trgovca ili proizvod; cene ili načina na koji je obračunata ili postojanja određenih pogodnosti u pogledu cene; potrebe za servisiranjem, delovima, zamenom ili popravkom; položaja, osobina ili prava trgovca ili njegovog zastupnika koji se odnose na njegov identitet ili imovinu; prava potrošača, uključujući pravo na zamenu stvari ili vraćanje novca ili rizika kojima može da bude izložen.

Obmanjujuće poslovanje obuhvata i stvaranje opšteg utiska kojim se prosečni porošac navodi da donese ekonomsku odluku koju inače ne bi doneo, bez obzira na tačnost obaveštenja koja su mu data.

Zakon, pored obmanjujućeg poslovanja, reguliše i tzv. nasrtljivo poslovanje koje postoji ako uzimajući u obzir sve okolnosti konkretnog slučaja, trgovac uznemiravanjem, prinudom, uključujući fizičku prinudu ili nedozvoljenim uticajem, narušava ili preti da naruši slobodu izbora ili ponašanje prosečnog potrošača u vezi sa određenim proizvodom i na taj način navodi ili preti da navede potrošača da donese ekonomsku odluku koju inače ne bi doneo.

Nedozvoljeni uticaj, u smislu ovog zakona, jeste i zloupotreba pozicije moći u cilju vršenja pritiska na potrošača na način koji bitno ograničava sposobnost potrošača da razumno odlučuje, bez obzira da li se upotrebljava ili stavlja u izgled upotreba fizičke sile. Nadalje, zakon reguliše i pitanje oblika poslovanja koji se smatraju nasrtljivim poslovanjem, i u tom smislu predviđa posebnu zaštitu maloletnika kao i Kodeks ponašanja koji predstavlja sporazum ili odluku trgovaca ili grupe trgovaca kojim se uređuju pravila tržišnog postupanja trgovaca ili grupe trgovaca.

Kao što se vidi, u ovom zakonu su detaljno regulisana mnoga aktuelna pitanja u oblasti prometa robom a koja se u krajnjem ishodu svode na načelo savesnosti i poštenja kao opšteg načela u pravnom i ekonomskom prometu.

Zloupotreba prava

Načelo savesnosti i poštenja može biti ugroženo ili povređeno i na taj način kada se određeno subjektivno pravo vrši protivno njegovoj svrsi, što se u pravnoj teoriji naziva zloupotrebom prava.

Naime, vršenje subjektivnih prava na području građanskopravnih disciplina podrazumeva preduzimanje onih ovlašćenja iz kojih se sastoji subjektivno pravo (*facultas agendi*), a čiju sadržinu i pravnu prirodu određuju norme objektivnog prava (*norma agendi*). To znači da se vršenje subjektivnih građanskih prava kreće u granicama individualne i opšte svrhe objektivnog prava. Iz toga proizilazi da vršenje prava ne može istovremeno biti i dozvoljeno i nedozvoljeno.

Bez obzira na teorijski spor o voljnoj ili interesnoj suštini subjektivnog prava, kao i o pojedinim vrstama subjektivnog prava, na ovom mestu bitno je naglasiti da se subjektivna građanska prava u najvećem broju vrše na osnovu slobodne dispozicije njihovih titulara i to preduzimanjem odgovarajućih faktičkih i pravnih radnji shodno prirodi konkretnog subjektivnog prava.

Iz ovoga proizilazi da je vršenje subjektivnih prava slobodno ali da je ono ograničeno slobodom drugih subjekata u tom smislu što se vršenjem svoga prava ne smeju vredati tuđa prava jer bi to bilo protivno svrsi datog subjektivnog prava.

Sve je to šira osnova za formulisanje teorije zloupotrebe prava koja je i u našem pozitivnom pravu predviđena odredbama koje zabranjuju vršenje prava protivno cilju zbog koga je ono zakonom ustanovljeno ili priznato.

Međutim, razvoj teorije zloupotrebe prava išao je u pravcu objektivizacije kriterijuma u tom smislu da se pod zloupotrebom prava podrazumeva svako vršenje svoga prava koje je protivno cilju zbog je ono zakonom ustanovljeno ili priznato, što bi u krajnjoj suštini bilo protivno načelu savesnosti i poštenja.

Zakon o obligacionim odnosima predviđa zabranu zloupotrebe prava kada se ono vrši protivno cilju zbog koga je ono zakonom ustanovljeno ili priznato, što predstavlja objektivnu koncepciju zloupotrebe prava koja svojim okvirima obuhvata i subjektivnu tezu koja se sastoji u nameri da se vršenjem svoga prava nanese šteta drugome. Teorija zloupotrebe prava koja je u očiglednoj suprotnosti sa načelom savesnosti i poštenja, primenjuje se i u drugim granama građanskog prava kao što je Zakon o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima, kao i Zakon o parničnom postupku prema kome je sud dužan da spreči i kazni svaku zloupotrebu prava koje imaju stranke u postupku.

Svojinski odnosi

Načelo savesnosti i poštenja, pored obligacionog prava, naročito je zastupljeno u stvarnom pravu, posebno kod različitih načina sticanja svojine. Tako, za originalno sticanje svojine putem održaja zahteva se savesna i zakonita državina sa različitim rokovima za pokretne i nepokretne stvari; za sticanje svojine od nevlasnika, između ostalih uslova, neophodna je savesnost sticaoca na pokretnoj stvari koju je pribavio uz naknadu od nevlasnika koji u okviru svoje delatnosti stavlja u promet takve stvari.

Kada su u pitanju različiti načini sticanja svojine putem priraštaja kao što su građenje i sejanje na tuđem zemljištu, pored drugih uslova, načelo savesnosti je od bitnog značaja za rešenje svih pomenuatih pitanja. U svim tim slučajevima, između ostalog, gleda se na savesnost odnosno nesavesnost jedne ili druge strane u postupku sticanja prava svojine.

Svodna reč

Na kraju ovog uvodnog referata koji se bavio načelom savesnosti i poštenja i njegovim brojnim značenjima, posebno sa vidokruga prirodnog i pozitivnog prava, evo jednog opšteg zaključka: neka načelo savesnosti i poštenja, kao izraz ljudskog blagonaravlja, širi svoje horizonte u ostvarenoj kulturi mira u kojoj se “sva ljudska bića rađaju slobodna i jednaka u dostojanstvu i pravima”. Neka Dvadeset sedmo zasedanje Kopaoničke škole prirodnog prava doprinese sigurnijem ostvarenju racionalne slobode i dostojanstva kao apsolutne svrhe ljudskosti.

