

Aktuelnosti moralizacije ugovornog prava

Actualities of Moralization of Contract Law

Dr. sc. Branko Morait
sudija Suda Bosne i Hercegovine
Branko.Morait@sudbih.gov.ba

Sažetak: Moral nije stečena karakteristika osobe. Jedan se ne rađa kao moralna osoba, kao što je rođen sa nekim urođenim, prirodnim zakonima, koji nikada ne mogu biti oduzeti od njega. Ako su, međutim, oni nasilno odvedeni, stalno se iznova vraćaju, u istom obliku i kapaciteta. Osoba je moralna ili nije. Dominantan broj pojedinaca u jednoj društvenoj grupi koji se ponašaju moralno čine moral grupe. Međutim, u suštini stvari, ne postoji takva stvar kao kolektivni moral, baš kao što ne postoji kolektivna krivica. To je nezamislivo obilježiti članove određene grupe kao moralne i nemoralne, ako je sve što rade je poštovanje moralnih normi ili kodove. Moral je način na koji osoba tretira dobrotu, to jest, običaja dobrote. Poštovanje ovih moralne kodekse je ono što čini njegov moralni stav i moralno ponašanje. Ugovor o potrošačkim kreditima u švajcarskim francima podriva stabilnost bankarskog tržišta. Moralno ponašanje učesnika ovog ugovornog odnosa spriječilo bi aktuelna sporenja.

Ključne riječi: Moral, pravo, valutna klauzula, finansijske usluge

JEL klasifikacija: K12

DOI: dx.doi.org/10.14706/DO16312

Historija članka:

Dostavljen: 11.12.2015.

Recenziran: 25.02.2016.

Prihvaćen: 26.02.2016.

Summary: *Morality is not acquired characteristic of a person. One is not born as a moral person, as he is born with some innate, natural laws, that can never be taken away from him. If, however, they are forcefully taken away, they keep returning again and again, in the same form and capacity. A person is virtuous or he is not. Predominant number of individuals in one social group that behave morally make up the group's morals. However, in the essence of the matter, there is no such thing as a collective morality, just like there is no collective guilt. It is unthinkable to mark members of certain or religious group as moral and immoral, if all they are doing is obeying moral norms or codes. Morality is the way that a person treats goodness, that is, customs of goodness. Obeying these moral codes is what makes up his moral stance and moral behavior. The contract on consumer credit in Swiss francs undermining the stability of the banking market. The moral behavior of the participants of this contractual relationship would stop the current controversy.*

Keywords: *ethics, law, indexed, financial services*

JEL Classification: *K12*

DOI: *dx.doi.org/
10.14706/DO16312*

Article History:

Submitted: 11.12.2015.

Reviewed: 25.02.2016.

Accepted: 26.02.2016.

UVOD

U jednoj novijoj polemici vođenoj o postmodernizmu i neoliberalizmu oslikavaju se protivrječnosti savremenog svjetskog i našeg tranzicionog poretka čiji je promoter neoliberalna ideologija a čiji je izumitelj tzv. transnacionalna buržoaska oligarhija. Ta svjetska, vladajuća oligarhija insistira samo na ekonomskoj efikasnosti ne obazirući se i ne uzimajući u obzir kategorije kao što je moral, pravednost, dostojanstvo, socijalna odgovornost i sl. U raljama ove nadnacionalne oligarhije nalazi se i nacionalna buržoazija koja je prigrabila (ponovno) ideologiju liberalizma a koja je insistirala na principima individualnih sloboda i vladavine prava na nivou nacionalne države, donekle ukorijenjene u sopstvenom narodu (naciji) te nije mogla biti potpuno indiferentna na socijalnu zaštitu sopstvenog naroda. Polemičari ističu i da je za ekonomiju veoma važan moral koji vlada u društvu, jer kakav je moral takva će biti i kultura, pa i pravna kultura iz koje proizilaze zakoni koji regulišu i ekonomsku sferu. I, najzad, zaključuju da nema dugoročno održivog stabilnog razvoja društva u kom preovlađuju zakoni koji nisu zasnovani na moralu.¹

Afere potresaju tržište bankarskih usluga. Krediti sa valutnom klauzulom, odgovornost jemaca za dugove glavnih dužnika, promjenljive i lihvarske kamatne stope, sve se to dešava uz veliku medijsku pasku i uz učešće raznih tužilac i branilaca banaka, odnosno građana u svojstvu dužnika. Klupko se sve više zapetljava usljed kontroverznih tumačenja eksperata koji staju na jednu ili drugu stranu spora. Sudovi oprezno i sporo pokušavaju da rasijeku Gordijev čvor.

1. Moralno i (ili) pravno

Pitanja koja se javljaju danas ne potiču od juče nego od antičkih mislilaca, teze i antiteze, kao što su: ljubav i mržnja, egoizam i altruizam, savjest i iskušenje, pravo i pravda, moral i nemoral, demokratija i tiranija, univerzalno i partikularno, jednakost i diskriminacija, odražavaju vječnu upitanost.²

Moral je sinonim za dobro. Po jednom stanovištu moralno dobro je ono što je zadovoljstvo i cilj. Uloga etike, kao nauke o moralu, je da čovjeku omogući

¹ Prema: Jovan B. Dušanić, "Neoliberalizam ipak postoji-odgovor Mijatoviću 2" ;KUN-Klturni dodatak „Politike“ od 25. avgusta 2012.

² Ibid., 323.

postizanje moralnog cilja, zadovoljstva. Moral je autonomna norma, koju čovjek zadaje samome sebi kako bi ostvario ljudsko dostojanstvo, čovječnost.³ Suština morala je apsolutna, unutrašnja, neizbježna i nesumnjiva dužnost da uskladi svoje ponašanje sa svojom sopstvenom savješću. Ukoliko to ne uspije moralan, čovječan, pojedinac osjeća grižu savjesti, koja čini da se osjeća kao nečovjek i da bude izvrnut sopstvenom autopreziru koji može da ga odvede čak i u suicid, kao najteži vid samokažnjavanja, jer već i griža savjesti stvara neprijatne osjećaje prema samome sebi.⁴ Samo moralan čovjek je kulturno biće, samosvjesno i odgovorno biće koje služi opstanku ljudske vrste. Moralna norma je vrhovna norma, tako da konkuriše religioznoj normi, koja, zbog svetog oreola, čini se ima veću snagu, tako da više utiče na moral nego moral na nju. Moralna norma uređuje život, a religiozna život na drugom svijetu. Moral je društveni fenomen, fenomen čovječstva.⁵

Unutrašnja moralna sankcija je griža savjesti, samoprezir i samokažnjavanje do suicida. Vanjska društvena moralna sankcija je bojkot, prezir njega kao nečovjeka, preko ostrakizma do smrtne kazne kao društvene sankcije izvršenjem linča.⁶

Među glavne vrijednosti koje se mogu smatrati aksiomatskom podlogom za razlikovanje morala od nemorala, moralnog od nemoralnog, poredane od dobra nasuprot zlu jesu: istina nasuprot laži, pravda-nepravda, sloboda-nesloboda (ropstvo), red (poredak)-nered (haos), mir nasuprot ratu.⁷

Nasuprot moralu stoji pravo koje se definiše kao heteronomno, vanjsko pravilo koje izvana djeluje na ljude, a prinudu organizuje i sprovodi država putem svojih demokratskih, zakonodavnih i izvršnih organa. Moralne norme su isključivo zaštićene društvenom sankcijom, koja može biti i efikasna. Međutim, moralne norme, zbog svoje prirode, nisu podesne za državnu sankciju. Moral uređuje unutrašnju stranu ljudskog ponašanja, dok je pravna norma regulator društvenih, međuljudskih odnosa, na koje je moguće uticati moralnom

³ Ibid, 212

⁴ Ibid., str. 214.

⁵ Ibid.

⁶ Ibid., 215.

⁷ Ibid., 217-228.

prinudom. Niko se ne može natjerati da vjeruje, ali se može prinuditi da plati dug.⁸

Razvoj nepravničkih pravila često se razvija od morala, preko običaja do prava. Preko pravnih običaja, zapravo društvenih običaja koje pravo zbog značaja sankcionira, pravo se veže za običaje. Društveni običaji nastaju i nestaju a samo neki se pretvaraju u pravne. Značajna društvena norma koja ima autonomnu sankciju je moral. Unutrašnja moralna sankcija je griža savjesti, a spoljna je moralna osuda, izopštenje nemoralnog prestupnika sve do najtežih sankcija spontanog, neorganizovanog oblika. Moral utiče na pravo tako što najvažnije moralne norme pravo prisvaja. Poznata je uzrečica da je pravo minimum morala, moralni minimum. Moralizacija prava je poželjna i zapažena pojava, ali je zapažena i pojava da mnoge pravne norme bivaju sukobljene s moralom. Moral vladajućeg društvenog sloja često se od strane obespravljenih smatra za nemoral i obratno. Pravo nemoralne radnje sankcionira kada one uđu u sferu pravnih odnosa tako što propisuje opšte norme koje određuju da nemoralne radnje predstavljaju uzrok nevažnosti pravnih poslova ili se kvalificiraju kao protivpravne i zabranjene.⁹

I u razvoju prava postoji pravo po sebi, kao tvorevina koja sadrži suštinu prava i koja se otkriva, kao prirodno pravo ili objektivno pravo i pravo koje sankcionira država ili pozitivno pravo. Od države zavisi koliko će sadržaj objektivnog prava preuzeti u pozitivno pravo. Predmet filozofije prava je objektivno pravo, a predmet pravne nauke (teorije prava) je pozitivno pravo.¹⁰

2. Moralna norma

Moralna obaveza ima dvojak karakter, jer djeluje spolja (društveno) i iznutra (individualno), za razliku od pravne i običajne koja je jednostrana, isključivo društvena. Moralna obaveznost nagoni pojedinca da moralno postupi kada se nađe u određenoj moralnoj poziciji i ukazuje se kao безусловnost, imperativnost i munjevito, trenutno reagovanje. Nakon toga slijedi moralni sud. Moralni sud može biti pozitivan ili negativan, ako je moralna norma prekršena. Tome slijedi moralna sankcija koja može biti individualna i unutrašnja (npr. griža

⁸ Ibid., 322.

⁹ Ibid., 323.

¹⁰ Ibid, 325.

savjesti) a može biti i spoljašnja odnosno društvena (prezir, isključenje iz zajednice).

Pod uticajem darvinizma tvrdi se da prema stanju društvenog razvoja nema još djela koja su apsolutno dobra ili loša, tako da nema nikakvog moralnog zakona koji bi važio kao sveopšti, apsolutni i neizmjenjivi.¹¹ Izvedeni iz etičara evolucionista su učenja koja napuštaju apsolutne principe i moralna načela, počev od Fridriha Ničea, marksista i pristalica individualizma.¹² Individualistički moral je razvijen od elemenata hrišćanstva i antičke filozofije, prvi put postpuno razvijen tokom renesanse i od tada se proširio na ono što znamo kao zapadnoevropsku civilizaciju. Sadrži poštovanje pojedinca kao takvog, priznavanje njegovih spostvenih pogleda i ukusa kao vrhovnih u vlastitoj sferi. Tolerancija je jedina riječ koja zadržava značenje načela, koje potpuno nestaje uspostavljanjem totalitarne države.¹³ Kantov moralni imperativ karakteriše sveopštost i nužnost. „Radi samo po onoj maksimi (ličnoj volji individue) za koju u isto vrijeme možeš htjeti da postane sveopšti zakon.“¹⁴ „Radi tako da ti čovječanstvo kako u tvojoj osobi, tako i u osobi svakog drugog, ne služi nikada samo kao sredstvo nego uvijek ujedno i kao cilj.“¹⁵ Moralni zakon kao kategorički imperativ vrijedi apsolutno, bez obzira da li se često ili rijetko ili se nigdje na svijetu ne ispunjava.¹⁶ Dobru volju čine dva principa: objektivni princip ili zakon koji propisuje djelovanje i subjektivni princip ili maksima kojom se volja nagoni na propisno djelovanje. Ako volja izvrši od zakona zahtijevanu radnju ne iz dužnosti nego iz naklonosti ili očekivanog cilja, imamo samo legalnost; uradi li ona zahtijevanu radnju jedino iz dužnosti, radi zakona., pa čak i protiv naklonosti, onda imamo moralnost.¹⁷ Prevodeći ove kantovske teze na pravni teren, pozitivni zakoni koji su uređeni kao moralne dužnosti i koji su adresirani na moralne pojedince imaju preduslov da se primjenjuju kao kategorički imperativ.

Moralan pojedinac mora da ima svijest (saznanje ili moć saznanja) i savjest koji pojmovi imaju etimološki korijen.¹⁸ Savjest je saznanje (svijest) svoje

¹¹ Ibid., XI

¹² Ibid., XII

¹³ F.A.Hayek; Put u ropstvo, Globalbook, 33.

¹⁴ Protojerej dr Atanasije M. Popović, docent Univerziteta., 342.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid., 338.

¹⁷ Ibid., 339.

¹⁸ Ibid., 440.

vrste. Savjest se često označava kao zakonodavac, sudija i osvetnik i time se metaforički u njoj samoj ujedinjuju tri funkcije: zakonodavna, sudska i izvršna.¹⁹ Pod zakonom, u savjesti se podrazumijevaju pravila ili moralni ideali; suđenje po savjesti je ocjena s aspekta moralnog dostojanstva subjekta koji je izvršio određenu radnju, a izvršna funkcija (izvršenje) sadržano je u osjećajima, radosnim ili mučnim.²⁰ Osuda postupaka (djela i riječi) po savjesti, kao i „nečiste savjesti“ (misli i namjera) kao saznanje dobijeno suđenjem o tim postupcima, dovodi do griže savjesti.

Prema Imanuelu Kantu, savjest je moralna samosvjest koja se zamišlja kao unutrašnji sudija nad svim slobodnim radnjama; kao subjektivni princip odgovornosti koja se snosi pred Bogom zbog svojih djela.²¹

U moralnom postupku sadržane su tri karike odlučivanja: *ispravno, treba i dužnost*. Moralni čovjek poznaje pravilo (ispravno), sudi da treba da ga izvrši i izvršava ga vršeći dužnost. Dodali bi za pravnu dužnost, da pravni subjekt ne mora da poznaje pravilo, ne zna da sudi da treba da ga izvrši i ne izvršava ga. Kao pandan moralnom čovjeku, pravni čovjek pod pritiskom, saznaje pravilo, sudi da mora da ga izvrši kako ne bi trpio pravnu sankciju i nevoljno izvršava dužnost odnosno obavezu.

Moralne i pravne dužnosti se po svojoj prirodi i posebno prinudi razilaze. Moralna dužnost se vrši bez prinude ili je ta prinuda duboko unutrašnja, dok se pravne dužnosti vrše zbog prinude i ta prinuda dolazi spolja. Pravne dužnosti nema ako nije pripremljena i adresovana izvana.

Moralna pravila, ponekad, su samoočigledna: npr. „dugove treba plaćati“, jer novac koji dugujemo treba povjerocu vratiti.²² Druga pravila nisu očigledna, jer postoje suprotna stanovišta: prigovor savjesti-kad regrut odbija da služi vojsku, jer mu to savjest ne dozvoljava ili kada jedni smatraju razvod braka ispravnim a drugi neispravnim.²³ Prema Mabbotovoj varijanti utilitarizma, moralna pravila ili načela (opšte maksime) obrazuju se iz iskustva i indukcijom.

¹⁹ Ibid., 443.

²⁰ Ibid., 444.

²¹ Imanuel Kant *Metafizika morala*, Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića, Sremski Karlovci-Noví Sad, 1993., 239.

²² John David Mabbot, *Uvod u etiku*, Nolit, Beograd, 1981, 45.

²³ Ibid., 47.

„U velikom mnoštvu pojedinih slučajeva (po Adamu Smithu) zapažamo ono što se sviđa ili ne sviđa našim moralnim sposobnostima, što one odobravaju ili ne odobravaju, te iz tog iskustva indukcijom ustanovljavamo opšta pravila.“²⁴Zanimljivo je, i zbog vremena u kojem smo sada, stanovište G.E.Moore, da se jednog moralnog pravila treba držati jedino ako je ono u isti mah opšte korisno i opšte primjenjivano. „U društvu u kojem su izvjesne vrste krađe opšte pravilo, korisnost uzdržavanja od takve krađe od strane jednog pojedinca postaje vrlo sumnjivo, čak i ako je opšte pravilo rđavo.“²⁵

Imanuel Kant dijeli dužnosti prema samom sebi i prema drugima. Samoodržanje je čovjekova samosvojna dužnost koja se razgraničava od njenih suprotnosti u vidu suicida, bludnog samooskrnavljenja, samoomamljivanja i nemoralnih poroka (laži, škrtosti i lažne poniznosti). Najzad tu je moć suđenja ili dužnost suđenja nad samim sobom po savjesti. Moralne dužnosti prema drugim ljudima, „samo kao ljudima“ su: ljubav i poštovanje, dobronamjernost uz okvirima čovjekoljublja koja obuhvata dužnosti: dobročinstva, zahvalnosti i saučestvovanje. Poroci koji vrijeđaju dužnosti poštovanja drugih ljudi su: oholost, ogovaranje i ruganje.²⁶ Sreća je nagrada za vrlinu-čovjek se posredstvom sreće pokreće da vrši svoju dužnost, sreća je nagrada vrline. Srećan je-u duši blažen.²⁷

3. Pravne i moralne dužnosti

Kant predlaže sistem opšte nauke o dužnostima čiju okosnicu čine: etika, nauka o moralu, nauka o dužnostima, nauka o vrlini, koja je vezana za unutrašnji zakon i samoprinudu (moralni imperativ). Drugu okosnicu sistema predstavlja sistem nauke o pravu, za spoljašnje zakone i spoljašnju prinudu (pravna dužnost).²⁸Nauka o pravu formira odnos svrhe prema dužnosti polazeći od svrhe pronalazi maksimu radnji primjerenih dužnosti. Za etiku je svrha sama po sebi dužnost, moralna dužnost.²⁹ Dužnost vrline se od pravne dužnosti bitno razlikuje po tome što je za pravnu dužnost spoljašna prinuda moralno moguća, dotle dužnost vrline počiva na slobodnoj samoprinudi (na primjer: čovjek ne ide na

²⁴ Ibid., 48.

²⁵ Ibid., 61.

²⁶ Imanuel Kant, op. cit., 266.

²⁷ Ibid., 179

²⁸ Ibid., 181.

²⁹ Ibid., 184.

zabavu koja bi mu prčinila zadovoljstvo, jer ima službene obaveze ili posjetu bolesnom ocu).³⁰Etika daje samo maksime radnji svoje vlastite volje, a ne same radnje. Pravo daje zakone za radnje pa i opšte volje (volje drugih).³¹Etičke dužnosti su široke, pravne dužnosti su usko obavezujuće.³² Širina se ogleda u nepotpunosti obavezivanja čovjeka na radnju-pa je utoliko savršenija njegova radnja na koju se samoodluči.³³ Otuda su pravna načela, principi, maksime bliske etičkim dužnostima, više nego pravnim dužnostima.

Nepotpune dužnosti su dužnosti vrline. Njihovo ispunjenje jeste zaslug (meritum) ali njihov prekršaj nije odmah krivica (demeritum) nego samo moralna bezvrijednost. Svaka radnja protivna moralnoj dužnosti zove se prestup(peccatum). Namjerni prestup, koji je postao načelo, je porok (vitium).

Opšti pravni princip jeste da je sloboda samovolje svakoga ezistirajuća sa slobodom svakoga po nekom opštem zakonu.³⁴Pravo u užem smislu postoji zbog mogućnosti opšte uzajamne prinude koja se povezuje sa svačijom slobodom po opštim zakonima.³⁵Sve dužnosti se dijele na pravne i moralne. Moralne dužnosti se ne mogu izdejsstvovati nikakvim spoljašnjim zakonodavstvom (jer je to unutrašnji akt duše); mada se mogu zapovijediti spoljašnje radnje koje tamo vode, a da pri tom subjekt ne načini sebi svrhu od njih.³⁶

Pravičnost (aequitas) nije ni u kom slučaju razlog za zahtijevanje etičke dužnosti od drugih (njihove blagonaklonosti i dobrote), nego se onaj koji iz tog razloga nešto zahtijeva oslanja na svoje pravo, samo mu nedostaju uslovi potrebni sudiji po kojima bi ovaj mogao da odredi sa koliko ili na koji način da se zadovolji njegovom zahtjevu.³⁷

Zašto se nauka o moralu naziva naukom o dužnostima a ne o pravima, razlog je slijedeći: mi poznajemo svoju vlastitu slobodu (iz koje proizilaze svi moralni zakoni, dakle i sva prava kao i dužnost) samo preko MORALNOG

³⁰ Ibid., 185.

³¹ Ibid., 190.

³² Ibid 191.

³³ Ibid., 192.

³⁴ Ibid., 32.

³⁵ Ibid., 34.

³⁶ Ibid., 40.

³⁷ Ibid., 36.

IMPERATIVA (moralnog zakona u meni), a on je STAV koji zapovijeda dužnost iz koga se poslije može razviti moć da se drugi obavezuju, tj. pojam prava.³⁸Sloboda iz koje proizilaze svi moralni zakoni je nezavisnost od samovolje nekog drugog koja nas na nešto prisiljava. Ako može da postoji zajedno sa slobodom svakog drugog, po nekom opštem zakonu, je jedno jedino, iskonsko pravo, koje pripada svakom čovjeku na osnovu čovječstva. Atributi slobode su: prirodna jednakost, tj. nezavisnost da čovjek od drugih ne bude na nešto više nego što i njih može uzajamno obavezati; kvalitet čovjeka da bude svoj vlastiti gospodar (*sui iuris*). Kvalitet neporočnog čovjeka je u tome da prije svakog pravnog akta nikome nije učinio nepravu. Da drugima ne sužava njihovo i da slobodno saopštava svoje misli pa makar bile i lažne, jer do drugih stoji da li će mu vjerovati ili ne. Ako laže, to je čovjek čijim se riječima ne može vjerovati i približava se prijekoru da se nazove lažljivcem, pa se granična linija koja dijeli ono što pripada pravu od onog što pripada etici samo tako može povući.³⁹

Podjela pravnih obaveza, prema Ulpianu, je poznata i uvažena: budi čestit čovjek (*honeste vivere*); ne čini nikome nepravdu (*neminem laedere*), pa makar morao zbog toga istupiti iz svake veze s drugima i izbjegavati svako društvo; stupi u neko udruženje s drugima u kome se svakom može dati ono što je njegovo (*suum cuique tribuere*). Kada bi se prevelo, kako se inače prevodi-daj svakom što mu pripada, ono što je njegovo-, to bi predstavljalo besmislicu, jer nikom ne možeš dati ono što već ima.

4. Moralno u prirodnom i pozitivnom pravu

Škola prirodnog prava se neprestano regeneriše održavajući, ako ne vječnu mladost a ono, zasigurno, neprolaznu svježinu i otrežnjavajuće, osvješćujuće djelovanje u svakom (svom) prostoru i vremenu. Škola prirodnog prava je sublimisala osnovnu ideju, da postoji jedno prirodno, univerzalno i autonomno pravo, nepromjenjivo i nezavisno od ljudske volje koje proizlazi iz ljudske prirode i ljudskog društva.⁴⁰Osnovni stav Kopaoničke škole prirodnog prava, koji se nadovezuje na sublimat učenja škole prirodnog prava od antičkih do naših dana (koji odaju priznanje prirodnom pravu kroz razne međunarodne akte o priznanju i zaštiti ljudskih prava), jeste da pozitivno pravo može biti u

³⁸ Ibid., 41.

³⁹ Ibid., 39.

⁴⁰ Slobodan Perović, Besede sa Kopaonika, 79.

skladu sa prirodnim, a da je idealno kada se takav spoj prirodnog i pozitivnog prava uspostavi.⁴¹ Ako se pozitivno pravo kosi sa prirodnim, prednost u ocjeni treba dati prirodnom pravu, jer je ono univerzalno i nepromjenjivo, čime bi se isključila svaka samovolja zakonodavca pozitivnog prava.

Među osnovne crte razlikovanja prirodnog od pozitivnog pravfa, profesor Perović navodi:

Pozitivno pravo je heteronomno, jer je izraz ljudske volje formatiran zakonima koji sadrže državnu prinudu, a prirodno je autonomno, nezavisno od faktora koji oblikuju volju zakonodavca.

Pozitivno pravo nije praveno, po sebi, jer je proizvod društvene konvencije ili snage organizovane društvene sile, dok je prirodno pravo praveno po sebi, proizlazi iz same prirode čovjeka kao ljudskog bića, po sebi, i čovjek ga ima kao što prirodom vladaju prirodni zakoni tako bi čovjekom trebalo da vlada prirodno pravo.

Prirodno pravo je univerzalno i ne prepoznaje nikakve međuljudske razlike, dok je pozitivno pravo nacionalno i kao takvo uobziruje i nacionalne i rasne i klasne razlike, te je kao takvo partikularno.

Prirodno pravo je po prirodi stvari nepromjenjivo i vječno a pozitivno promjenljivo i nestabilno. Zbog toga se prirodno pravo i njegova načela približavaju moralnim principima, a pozitivno pravo mijenja svoju bliskost sa prirodnim pravom i sa moralom u svom istorijskom hodu.⁴²

Prirodno pravo je apsolutno i primarno, a pozitivno izvedeno i sekundarno.

Najzad pozitivno pravo je počesto nepravdeno, a prirodno savršeno, idealno i uzvišeno, u skladu sa prirodom.⁴³

⁴¹ Ibid., 80.

⁴² Ibid., 108.

⁴³ Ibid., 109.

Izvor prirodnog prava je u autoritetu uma, kao prirodne pojave, za razliku od pozitivnog prava koje proizlazi iz promjenljive, hirovite volje jednih društvenih grupa u odnosu na druge, koja se prečesto ne osvrće na prirodni autoritet racionalnog uma, nego nagonima: vlasti, strasti, interesa bilo pojedinačnih ili grupnih, nacionalnih ili klasnih i sl.⁴⁴

U vidu preliminarnog zaključka može se ponoviti pokušaj zasnivanja triparticije pozitivnog i prirodnog prava.⁴⁵ Prirodno pravo se javlja kao *uzor* mnogim rješenjima pozitivnog prava, prirodno pravo se javlja kao *supsidijarni i neposredni izvor prava* i kao korektivni faktor pozitivnom pravu. Radi se o dualitetu pozitivnog (počesto nepravdenog) i prirodnog prava (pravednog po sebi) koji se rješava formulom triparticije: *uzorno, supsidijarno i korektivno* dejstvo prirodnog prava u odnosu na pozitivno.⁴⁶

5. Moralnost prava

Prema jednoj poznatoj klasifikaciji⁴⁷ osam je zahtjeva unutrašnje moralnosti prava. Prvi zahtjev je opštost prava tj. da pravila moraju da postoje. Drugi zahtjev je promulgacija-pravila treba da budu objavljena, U tom kontekstu Fuller ističe da je istorija Common Law istorija podudarnosti između moralnih i pravnih zahtjeva., te to umanjuje snagu primjedbe da su pravila Common Law, nasuprot kodifikacijama prava, teško pristupačna.⁴⁸ Treći je zahtjev zabrana retroaktivnosti zakona. Kako navodi Fuller, u Ustavu Nju Hempšira iz 1784. stoji: "Retroaktivni zakoni su visoko štetni, opresivni i nepravdeni. Nijedan takav zakon stoga, neće se donijeti, bilo za odluku o građanskoj parnici, bilo za kažnjavanje prekršaja." Četvrti zahtjev je jasnost zakona. Jasnoću zakona uslovljava priroda predmeta koji se zakonski uređuje. Prividna jasnoća je štetnija nego li poštena neodređenost. I ovo zavisi od predmeta. Osuđuju se zakonske odredbe koje zahtijevaju primjenu standarda „pravično“ ili „razumno“.⁴⁹ Peti zahtjev je da se izbjegavaju kontradikcije u zakonima Protivrječnost je suprotna logici, zakonu identiteta. Šesti je zahtjev da se zakonom ne smije zahtijevati nemoguće. Samo

⁴⁴ Ibid., 116.

⁴⁵ Ibid., 130.

⁴⁶ Ibid., 203., 311-312.

⁴⁷ Lon L. Fuller, *Moralnost prava*, CID, Podgorica, 1999.

⁴⁸ Ibid., 52.

⁴⁹ Ibid., 67.

moguće izvršenje zakonske činidbe formira pravo kao sistem podvrgavanja ljudskog ponašanja vladavini prava.⁵⁰ Sedmi princip unutrašnje moralnosti prava je onaj koji zahtjeva da se zakoni ne mogu suviše često mijenjati. To je legislativna nestabilnost koja je srodna sa štetnošću retroaktivnih zakona.⁵¹ Najzad, osmi zahtjev unutrašnje moralnosti prava jeste proces ostvarenja pravila, prava na tužbu, na zastupanje, unakrsno ispitivanje, tumačenje. Tumačenje je naročito bitna funkcija primjene prava od koje se traži da osmisli puteve kako sudije i drugi primjenjivači zakona ne primjenjuju zakonsko pravo po svome hiru ili čangrizavoj doslovnosti, nego u skladu sa principima tumačenja.⁵² Pravilnost u tumačenju je put u zakonitost kao praktičnu vještinu.

U Etici Aristotel postavlja pitanje da li je lako postupati pravedno sa drugima? Odgovara analogijom sa medicinom: "Laka je stvar znati posljedice upotrebe meda, vina kukurjeka, kauterizacije i rezanja. Ali znati kaklo, za koga i kada ih treba primijeniti kao lijekove, nije manji pothvat nego biti ljekar."⁵³ Parafrazirajući, s aspekta pravnika, možemo primijetiti: lako je znati da zakoni treba da budu jasno izloženi kao generalna pravila koja su po dejstvu prospektivna i dostupna saznanju svakog građanina. Međutim, znati kako, pod kojim okolnostima i u kojoj ravnoteži ove stvari treba postići, ne predstavlja manje nego da se bude zakonodavac.

Moralnost prava i prirodno pravo? Traži se odgovor na pitanje da li principi unutrašnje moralnosti prava predstavljaju neku varijantu prirodnog prava? Odgovor je nedvosmisleno DA! Unutrašnja moralnost prava je zapravo proceduralna verzija prirodnog prava-to je način na koji se sistem upravljanja ljudskog ponašanja mora konstituisati i primjenjivati.⁵⁴ Navodi se posebno kritičko pojmovno određenje „valadavine prava“, koji pojam je, prema profesoru Fridmanu, oznaka za postojanje organizovane vlasti koja djeluje pomoću različitih sredstava pravnog zapovjedanja. U ovom smislu sva savremena društva žive pod vladavinom prava, fašistička, kao i socijalistička i liberalne države.⁵⁵

⁵⁰ Ibid., 79.

⁵¹ Ibid., 81.

⁵² Ibid., 83.

⁵³ Ibid., 95.

⁵⁴ Ibid., 97.

⁵⁵ Ibid., 108.

Društvena norma će se smatrati pravnom ako njeno nevršenje ili kršenje redovno prati, kao prijetnja ili činjenica, primjena fizičke sile od pojedinaca ili grupe koja posjeduje društveno priznato pravo da tako radi.⁵⁶

Etika naučnika i nauke u prvi plan stavlja zajednički misaoni napor. Mada genijalni ljudi mogu izvesti naučne poduhvate i revolucionarne pothvate i prevrate oni su to u stanju da urade jedino gradeći na mislima, nalazima i greškama prethodnika i saradnika. Unutar naučne zajednice sloboda individualnog naučnika nije jednostavna mogućnost samopotvrđivanja, nego je neophodno sredstvo za efikasno organizovanje opšteg traganja za naučnom istinom. Poziv naučnika ima svoj posebni etos, svoju unutrašnju moralnost.⁵⁷ Prema Kantu, „mi ne smijemo očekivati dobar ustav zato što su oni koji ga stvaraju moralni ljudi. Prije će biti da zbog dobrog ustava možemo očekivati društvo sastavljeno od moralnih ljudi.“⁵⁸

Unutrašnja moralnost prava zahtijeva da pravila postoje, da su poznata i da se poštuju u praksi od onih koji su zaduženi za njihovu primjenu.⁵⁹ U literaturi pravnog pozitivizma, kako ističe Fuller, nadugačko se ispituju odnosi prava i morala. Uobičajeno se ističe da moralna shvatanja mogu da usmjeravaju zakonodavstvo, da obezbijede standarde za kritikovanje postojećeg prava i da se mogu uzeti u obzir prilikom tumačenja prava. Bavljenje obratnim uticajem, uticajem prava na moral, mnogo je nezapaženije i svodi se na zapažanje da dugovažeća, dugotrajajuća pravna pravila mogu biti posmatrana i shvatana kao moralno ispravna. Kao primjer se navodi: bolesna majka ima dvije kćeri, samo je jedna njeguje i pazi; majka ne ostavi testament, a zakon priznaje svakoj pola imovine majčine. Pažljiva i majci odana kći ima „moralno pravo“ na cijelu imovinu iako je zakon raspoređuje na dva jednaka dijela.

6. Moralnost pozitivnog (obligacionog) prava

Moral je skup normi koje određuju čovjekovo ponašanje u društvu, prema društvu kao cjelini, prema drugim ljudima i prema samome sebi. Na primjeru moralizacije obligacionog prava prikazaćemo metod kojim se služi

⁵⁶ Ibid., 109.

⁵⁷ Ibid., 121.

⁵⁸ Ibid., 153.

⁵⁹ Ibid., 158.

pozitivno pravo kako bi moralno osnažilo svoje norme i upozorile adresate normi na potrebu moralnog ponašanja u pravnim odnosima. Pozitivno obligaciono pravo je dobar primjer implementacije i participacije moralnih imperativa u korpus obligacionih odnosa. Obligacioni odnosi utemeljeni na principu autonomije volje i zabrani prouzrokovanja štete moralne imperative ugradili su u ustanovu javnog poretka i dobrih običaja. Javni poredak je skup principa na kojima je zasnovana jedna zajednica i njena pravna organizacija. Principi se sastoje od imperativnih propisa i moralnih imperativa: javni poredak ima relativnu vrijednost, jer je promjenljivog sadržaja te mora da stalno zadržava načelo pravne sigurnosti pred relativnošću javnog poretka tako što će se vrhovni principi destilovati kroz konkretnije pravne ustanove i pravila.⁶⁰ Preko unifikacije, kodifikacije, harmonizacije i drugih metoda savremene internacionalizacije prava i javni poredak savremenih država sve se više unifikuje, jer se tako prevazilazi pozitivno pravo kao nacionalno pravo, tako da ne može biti više „ostrvo“ nacionalnih vlastodržaca već se teži da postane i postaje sve više univerzalno, postojano, nadnacionalno i pravredno, pa tako i moralno.⁶¹

Od najstarijih vremena ljudi su stvarali pravila kojima su uređivali najraznovrsnija ljudska ponašanja, nastajala, često stihijno, da se ovlada prirodom ili društvenim procesima. Vremenom su se ustalila, tako da su brojni običaji vremenom prerasli u moralne norme, te postoji gledište da se porijeklo morala treba tražiti u običajima.⁶² Podsjetićemo na pojavu Opštih uzansi za promet robom iz 1954. koje su bile dobri kodifikovani privredni običaji naročito važni za kupovinu i prodaju robe, ali su privredni sudovi iste shodno primjenjivali, u nedostatku pozitivnih propisa obligacionog prava, i na druge pravne poslove.⁶³ Opšta uzansa broj 3. „Načelo poštenja i savjesnosti. Poštenje i savjesnost je osnovno načelo koga se stranke moraju pridržavati u poslovima prometa robom. Stranke se ne mogu pozivati na neku od ovih uzansi, ako bi njena primjena u datom slučaju proizvela posljedice protivne tom načelu.“ Ovim se posebno istakao značaj dobrih poslovnih običaja i zabrana strankama da posluju suprotno ovima. Sadržina dobrih poslovnih običaja može biti predmet utvrđivanja na sudu. Naglašeno je da je ovo načelo ujedno osnovno načelo našeg prava i da se ono

⁶⁰ Slobodan Perović, Besede sa Kopaonika, 201.

⁶¹ Ibid., 202.

⁶² mos, moris.lat. običaj, narav; ethos ,grč.-običaj; ethikos, grč.-moralan

⁶³ Dr Ratomir Kašanin i Tiosav velimirović: Opšte uzanse za promet robom-sa objašnjenjima i sudskom praksom, 1974. „Savremena administracija“, Beograd, 3.

primjenjuje ne samo u prometu robe, već pri zaključivanju i ispunjavanju svih ugovora. Time je izvršeno priznanje morala kao izvora prava⁶⁴ odnosno vrhovnog pravnog načela. Komentatori ističu da će se odredbe ugovora prvenstveno procjenjivati na osnovu sadržaja normi ugovora i zakona, ali i na osnovu morala, saglasnosti ugovorenog ponašanja sa dobrim poslovnim običajima, te su moralne norme dopunski regulativ. Čak i pravni posao koji, u konkretnom slučaju, tumačenjem pravnih propisa, nije ništav, može postati nedozvoljen i ništav, ako bi njegovo ispunjenje izazvalo posljedice suprotne načelu savjesnosti i poštenja. Ni jedna stranka iz sopstvenih nemoralnih postupaka ne može izvlačiti korist. Iz ove odredbe Opštih uzansi o značenju načela savjesnosti i poštenja sudovi su izveli čitav spektar moralnih zabrana i dobrih poslovnih običaja, kao što su: zabrana nelojalnih postupaka i zahtijevanje međusobnog povjerenja i saradnje učesnika u prometu, zabranu ugovaranja kamatne stope preko 12%, dok se to propisom ne uredi. U ugovorima prava i obaveze stranaka moraju biti uzajamno uslovljene i ekvivalentne. Provizija za posredovanje mora se kretati u granicama koje odgovaraju uloženom trudu i učinjenim troškovima, a ako je nesrazmjerna u odnosu na obavljeni posao biće sankcionisana ništavošću. Sloboda volje odnosno sloboda ugovaranja jeste postulat, ali se ne smije koristiti preko granica uobičajenih normi u poslovanju, te se neće poštovati i zaštititi slobodno izražena volja, ako iz takve proizilazi ugovorna odredba protivna načelu savjesnosti i poštenja. Svaka špekulacija je protivna dobrim poslovnim običajima, protivna načelu savjesnosti i poštenja.⁶⁵ Iz ovog kratkog podsjećanja vidimo koliki je visok stepen moralizacije ugovornog prava postizan stvaralačkom primjenom Opšte uzanse broj 3. Opštih uzansi za promet robom dobrom praksom privrednih sudova. Tekovine ove sudske prakse ugrađene su u Osnovna načela Zakona o obligacionim odnosima. Odredba člana 12., Načelo savjesnosti i poštenja, kao jedno od osnovnih načela Zakona o obligacionim odnosima nije naslijedilo vrhovni značaj u Zakonu o obligacionim odnosima kakav je imalo u Opštim uzansama za promet robom, nego je postalo jedno od načela Zakona odnosno pozitivnog obligacionog prava. Odredba člana 12. ZOO. glasi: "U zasnivanju obligacionih odnosa i zasnivanju prava i obaveza iz tih odnosa učesnici su dužni pridržavati se načela savjesnosti i poštenja." Paralelno s ovim načelom, uvedena su, kao posebna načela i posebne odredbe Zakona: Načelo slobode ugovaranja, odnosno autonomije volje, Zabrana zloupotrebe prava, Načelo jednake vrijednosti davanja, Zabrana prouzrokovanja štete, Ugovorna odgovornost,

⁶⁴ Ibid., 9.

⁶⁵ Ibid 12

Načelo pažljivog postupanja u izvršavanju obaveza i ostvarivanju prava i dr. Posebno je izdvojeno, kao načelna odredba, „Primjena dobrih poslovnih običaja“. Sadržaj glasi: „Učesnici u obligacionim odnosima dužni su u pravnom prometu postupati u skladu s dobrim poslovnim običajima. Na obligacione odnose se primjenjuju uzanse ako su učesnici u obligacionim odnosima ugovorili njihovu primjenu ili ako iz okolnosti proizilazi da su njihovu primjenu htjeli.“

Kako su moralne norme i dobri poslovni običaji integrisani u ustanovu javnog poretka najbolje se vidi iz sentence jedne sudske odluke Vrhovnog privrednog suda koja glasi: „*Ako je ugovor u celini ili pojedine njegove odredbe u suprotnosti sa prinudnim zakonskim propisima ili usvojenim načelima privrednog prava ili javnim poretkom i interesima privrede uopšte, kao i sa dobrim običajima u privredi, onda takav ugovor, odnosno takve ugovorne odredbe ne mogu da proizvedu pravne posledice, odnosno ne mogu da uživaju sudsku zaštitu.*“

Inače, javni poredak, dobri običaji i pravila morala su granice slobode ugovaranja.⁶⁶Kako u svojoj monografiji o zabranjenim ugovorima izlaže profesor Perović, poslije prvih šest vjekova vladavine formalizma u rimskom pravu javlja se pojam „*mores*“ kao vladajući, opšteprihvaćeni običaji u privatnom i javnom sektoru antičkog grada Rima. Povreda „*mores populi Romani*“ je bila istovremeno i povreda osnova prava odnosno pravnih principa. Čuvar javnog morala bio je tada cenzor koji je putem javnog i zvaničnog ukora, jedne represivne mjere ustanovljene od strane magistrata, spriječavao povrede javnih običaja odnosno javnog morala.⁶⁷Rimski pravници su različitim zakonskim sankcijama proglašavali ništavim zabranjene ugovore: *leges perfectae* su zakoni koji su zabranjene ugovore proglašavali ništavim, *leges minus quam perfectae* su aktere zabranjenih ugovora kažnjavali ali ne i poništavali i *leges imperfectae*, koji su zabranjivali ali nisu poništavali takve ugovore. Vremenom se sve više učvršćivao pojam „*boni mores*“ kao granica slobode ugovaranja. Povreda „dobrih običaja“ nije samo napad na pravne principe već i na principe morala.⁶⁸ Mada rimsko pravo nije poznavalo pojam „javni poredak“ on se latentno i tamo nalazio s ciljem da spriječi domašaj individualne volje preko granica utvrđenih osnovnim

⁶⁶ Prof. dr Slobodan Perović: Zabranjeni ugovori-u imovinsko-pravnim odnosima, Beograd, 1975.

⁶⁷ Ibid. 8.

⁶⁸ Ibid., 9.

principima i ustanovama društvenog poretka.⁶⁹ Inkorporacija jedne moralne norme u ustanovu javnog poretka čije prisustvo tada lišava jedan ugovor pravnih efekata dovodi do toga da povreda te norme više nije praćena samo javnom osudom i grižom svjesti, već i pravnom sankcijom izraženom u ništavosti ugovora.⁷⁰ Kroz afirmaciju pojma javnog poretka, javljaju se shvatanja da javni poredak kao skup pravnih propisa i imperativnih normi treba razdvojiti od dobrih običaja i moralnih imperativa radi očuvanja pravne sigurnosti. Tako se prema teoriji zabranjenih ugovora zabrane razlikuju kao zabrane ugovora kojima se vrijeđa zakon ili opšti pravni principi kao i ugovori koji su suprotni dobrim običajima i koji se nazivaju nemoralnim ugovorima. Moralne norme koje sankcioniše „narodna svijest“, kada se nađu u okvirima pojma javnog poretka dobijaju snagu pravne norme tako što je ništav ugovor protivan moralnim normama. Teškoća je to što se stvaraju uslovi za pravnu nesigurnost i arbitrarnost prilikom ocjene valjanosti nekog ugovora.⁷¹ Da bi se postigla oba cilja, i inkorporacija moralnih imperativa u javni poredak i pravna sigurnost predloženo je i u Zakonu o obligacionim odnosima usvojeno, da se primjena javnog poretka u materiji ugovora koncentriše u pravila o zabranjenosti predmeta i kauze ugovora. Zabranjeni i nemoralni motivi čine sastavni dio kauze kod dobroćinih ugovora, dok se kod teretnih ugovorta to načelno ne uzima u obzir, izuzev ako je ugovornik znao ili mogao znati za nedozvoljen motiv svoga saugovornika. To omogućava sudu da zaviri u savjest ugovarača i da elastičnim metodom procjenjuje dozvoljenost i moralnost ugovora.⁷² Tekovine neše najbolje pravne teorije i sudske prakse ugrađene su i u pozitivno pravo, Zakonom o obligacionim odnosima. „Ugovor koji je protivan prinudnim propisima, javnom poretku ili dobrim običajima ništav je ako cilj povrijeđenog pravila ne upućuje na neku drugu sankciju ili ako zakon u određenom slučaju ne propisuje što drugo.“⁷³ Odredbom člana 103. stav 4. ZOO predviđeno je održanje ugovora na snazi ako je zaključenje ugovora zabranjeno samo jednoj strani, a odgovaraće samo strana koja je prekršila zabranu. Članom 104. stav 1. predviđena je restitucija, a stavom 2. zabrana restitucije nesavjesnoj strani ili ustupanje restituisane vrijednosti javnom fiskusu. Stavom 3. istog člana daje se uputa sudu da prilikom odlučivanja vodi računa o savjesnosti ugovarača, o značaju ugroženog

⁶⁹ Ibid., 10.

⁷⁰ Ibid., 158.

⁷¹ Ibid., 159

⁷² Ibid., 165.; Prof.dr Mihailo Velimirović, Vrlinizaciona obligacionog prava, Pravna riječ, Banja Luka, broj 5/ 2005

⁷³ Član 103. stav (1) Zakona o obligacionim odnosima

dobra ili interesa, kao i omoralnim shvatanjima. Time se vodilo računa i o tradicionalnoj maksimi, *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.⁷⁴ Pravne posljedice ništavih ugovora obuhvatile su u Zakonu o obligacionim odnosima primjenu pravila *Nemo auditur*, pravila restitucije, oduzimanje predmeta u korist trećeg i naknadu štete.⁷⁵

Domaće pozitivno pravo u Zakonu o obligacionim odnosima postavilo je za novčane obaveze načelo monetarnog nominalizma. Ako se monetarni nominalizam tumači kao kogentna, imperativna, norma onda bi unošenje zaštitnih valorističkih klauzula u ugovor vodilo ka ništavosti takvog ugovora.⁷⁶

ZAKLJUČAK

Moral je čovjekovo stečeno svojstvo. Čovjek se ne rađa kao moralan čovjek, kao što se rađa sa urođenim, prirodnim pravima koja mu se nikako ne mogu oduzeti. Ako se nasilno i oduzimaju ona se vraćaju stalno iznova u istom obliku i kapacitetu. Čovjek je moralan ili to nije. Zbir, mnoštvo, pretežan broj pojedinaca u jednoj društvenoj grupi koji se ponašaju moralno čine moralne grupe. Ali, po prirodi stvari, nema kolektivnog morala, kao što nema ni kolektivne krivice. Nezamislivo je pripadnike jedne nacije ili religijske grupe označiti kao moralne ili nemoralne ukoliko oni slijede svoje moralne norme ili moralne običaje. Moral je odnos pojedinca prema dobru odnosno dobrim običajima. Pridržavanje pojedinca moralnih običaja je njegov moralni stav i moralno ponašanje. Mnogo je moralnih prestupa danas, ali, po našem mišljenju, najrazorniji je korupcija. Ona dovodi do haosa cjelokupni međuljudski saobraćaj i obesmišljava sve ljudske napore. Moralni kodeksi se pripremaju za sve vrste profesija, ali se oni nesmetano krše. Moralni kodeks ljekara, profesora, sudija i drugih časnih profesija u, zapravo, spisak dobrih želja i preporuka. Pitanje je

⁷⁴ Prof.dr Slobodan Perović, *Zabranjeni ugovori*, 231.; Dr Bogdan Loza, *Ugovori protivni moralu-posljedice njihovog zaključenja i izvršenja*, Narodna uprava, broj 7-8, Godina XI, Sarajevo, 1960.

⁷⁵ Član 108. ZOO, „Odgovornost lica krivog za ništavost ugovora“ („Ugovarač koji je kriv za zaključenje ništavog ugovora odgovoran je svome saugovaraču za štetu koju trpi zbog ništavosti ugovora, ako ovaj nije znao ili prema okolnostima nije morao znati za postojanje uzroka ništavosti.“)

⁷⁶ Komentar Zakona o obligacionim odnosima, redaktori: prof.dr Borislav T. Blagojević i prof.dr Vrleta Krulj, „Savremena administracija“, Beograd, prvo izdanje, str. 871.

koliko te dobre zbirke dobrih običaja utiču na svakog ⁷⁷pripadnika te profesionalne zajednice ponaosob.

Bankarske usluge u Bosni i Hercegovini, kao i u regionu našle su se na tapetu javnosti zbog optužbi da su nepravedne i štetne prema građanima kao potrošačima. Iznevjereni klijenti pozivaju u pomoć sudove i zakonodavna tijela. Ugovaranje kredita uz pomoć valutne klauzule u stranoj valuti branioci klijenata smatraju zloupotrebom prava, jer nisu društveno-ekonomski uslovi takvi da bi se banke morale štititi da održe načelo monetarnog nominalizma i da vrate onaj broj novčanih jedinica koji bi odražavao unutrašnju vrijednost datog novca i vraćene sume od strane klijenta. Pozivaju se i na načelo ravopravnosti strana i načelo zaštite ekvivalentne razmjene u obligacionim odnosima. Banke se drže principa da je ugovor zakon za stranke i da valutna klauzula ima dvije oštrice, zavisno od kretanja kursa strane valute. Radi se o špekulativnoj ulozi valutne klauzule koja se, kao bumerang, vratila na stranu klijenata. Isto tako se pozivaju na načelo poštenja i savjesnosti.

S druge strane, zakonodavna intervencija u vidu donošenja propisa o konverziji kredita u švajcarskim francima u konvertibilne marke, tako što bi banke bile dužne u roku od 30 dana po stupanju na snagu toga zakona ponuditi korisnicima kredita nove ugovore o konverziji i reprogramu kredita i izvršiti novi obračun kredita sa fiksnom kamatnom stopom od 5% na godišnjem nivou. Sve ove i slične inicijative su zakašnjele intervencije koje se kose sa ustavnom zabranom retroaktivnog dejstva propisa, kao i sa ustavnom nadležnošću za donošenje zakona o obligacionim odnosima. Šansa je davno propuštena da se u sistemskom zakonu o obligacionim odnosima usklađenim sa direktivama EU 2003. godine donesu dva zakona o obligacionim odnosima. Nacrt ZOO FBiH/RS od 16. juna 2003.⁷⁸ projektovao je „potrošački kreditni ugovor“ u odjeljku 2 (čl. 687-699). Odredba člana 394. Zakona o obligacionim odnosima propisuje: „Kad obaveza ima za predmet svotu novca, dužnik je dužan isplatiti onaj broj novčanih jedinica na koji obaveza glasi, izuzev kad zakon određuje što drugo.“ Prema našem mišljenju, ova načelna odredba je imperativna norma, a izuzetak od nje mora biti propisan zakonom. Odredba člana 395. Zakona o obligacionim odnosima, „valuta obaveze“ propisuje: „Ako novčana obaveza,

⁷⁷ Slobodan Perović, *Besede sa Kopaonika.*, 177.

⁷⁸ Vidi na sajtu: *Ruessmann.jura.UNI-SB.DE/BiH-PROJECT/DATA/OBLIGACIJE%2016.06.03.*

protivno posebnom saveznom zakonu, glasi na plaćanje u zlatu ili nekoj stranoj valuti, njeno ispunjenje se može zahtijevati samo u domaćem novcu prema kursu koji je važio u trenutku nastanka obaveze.“ Valuta obaveze znači valuta u kojoj je izražena obaveza, odnosno na koju predmet obligacije glasi. Smisao odredbe člana 395. ZOO je da se osujete špekulacije sa domaćim novcem u kojem se, po zakonu, izražavaju i izvršavaju novčane obaveze u pravnom prometu. Kada bi se dozvolilo da se novčana obaveza konvertuje prema paritetu (cijeni) strane valute u vrijeme dospelosti odnosno faktičkog plaćanja, to bi značilo da se valutna klauzula, tj. klauzula kojom se iznos domaćeg novca na koji predmet obligacije glasi, vezuje za promjene kursa strane valute, smatra punovažnim sastojkom ugovora i da se shodno tome samo vrši konverzija stranog novca u domaći. Slijedom ovoga nije nužno za rješavanje nepovoljnog položaja dužnika po ugovorima o kreditu u švajcarskim francima donositi poseban zakon.⁷⁹

Podsjećanja radi, propuštena je prilika, još 2003. Godine, da se ova pitanja detaljnije i pravično urede, u skladu sa evropskim standardima, Zakonom o obligacionim odnosima.⁸⁰ Nacrt ZOO, u redakturi profesora Helmuta Ruessmanna, projektovao je posebne odredbe za „potrošački kreditni ugovor“ u Odjeljku 2. (čl.687-699). Stranke ovog ugovora su: davalac kredita (preduzetnik) i potrošač. Ovaj propis se ne primjenjuje na započinjanje obrtničke ili samostalne profesionalne djelatnosti preko 100.000 KM iznosa kredita. Forma ugovora je pismena i ugovor sadrži: netto iznos kredita, ukupni iznos svih obročnih plaćanja, način otplate i način prestanka ugovora, kamatnu stopu i troškove kredita, uslove pod kojima se mogu mijenjati faktori koji određuju cijenu, troškove osiguranja i obazbjeđenja. Nepoštovanje forme i sadržaja ugovora zaštićeno je sankcijom ništavosti. Potrošač ima pravo na opoziv izjave o pristupanju ugovoru. Davalac kredita može zahtijevati naknadu štete samo do visine zakonske kamatne stope. Regulisano je i raskidanje od strane davaoca kredita i prijevremeno plaćanje od strane potrošača.

U pokušajima uređivanja ovog pitanja treba spomenutu Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga FBiH⁸¹. Ovim zakonom uređuju se prava korisnika-

⁷⁹ Prijedlog zakona o konverziji kredita u švajcarskim francima u konvertibilne marke Maria Karamatića, izaslanika u Domu naroda Parlamentarne skupštine BiH

⁸⁰ Nacrt ZOO FBiH/RS od 16.juna 2003. Godine (*Ruessmann.jura.UNI-SB:DE/BiH-PROJECT/DATA/OBLIGACIJE%2016.06.03.*)

⁸¹ “Službene novine FBiH”, broj 31/2014

potrošača finansijskih usluga. Definišu se finansijske usluge kao bankarske usluge, usluge mikrokreditiranja i usluge finansijskog lizinga. Ugovor o kreditu ima značenje utvrđeno zakonom kojim se uređuju obligacioni odnosi. Značajna je odredba člana 5. ovog zakona po kojoj su davaoci finansijskih usluga dužni osigurati zaštitu prava i interesa korisnika donošenjem i dosljednom primjenom opštih uslova poslovanja i drugih internih akata, koji moraju biti usklađeni s propisima i zasnovani na dobrim poslovnim običajima i pravičnom odnosu prema korisniku, što obuhvata set prava: -pravo na ravnopravan status, -zaštitu od diskriminacije, -informisanje, -određenost ili odredivost ugovorenih obaveza, kao i -pravo na prigovor i obeštećenje, u svim fazama odnosa davaoca sa korisnikom.

Zaštitu žiranata, *post festum*, ponudio je i Zakon o zaštiti žiranata u FBiH.⁸² Najzad, 10.11.2015. godine Dom naroda Parlamentarne skupštine BiH usvojio je dopune Zakona o zaštiti potrošača, koje je predložio Savjet ministara BiH, a kojim je propisano da kredit ne može biti indeksiran ni u jednoj drugoj valuti osim u EURU.

Sve ove zakonske mjere dolaze *post festum*, a sudovi sude prema stanju materijalnog prava u trenutku nastanka odnosa. Deficitarnost moralnih obzira kod ugovaranja finansijskih usluga od strane davaoca (preduzetnika) prema korisniku (potrošaču), sudovi moraju cijeniti i sankcionisati utvrđujući odnos ugovornih obligacija prema ustanovi javnog poretka, posebno dobrim običajima (*bona mores*).

⁸² "Službene novine FBiH", broj 100/2013