

Драган М. Митровић

ТЕОРИЈА
ДРЖАВЕ И ПРАВА

ТРЕЋИ ТОМ
Поредак и систем права

ИЗАБРАНА ПРАВНА ДЕЛА
Књига VIII

Драган М. Митровић

ИЗАБРАНА ПРАВНА ДЕЛА
Књига VIII
ТЕОРИЈА ДРЖАВЕ И ПРАВА
Трећи том
Поредак и систем права

Драган М. Митровић
ИЗАБРАНА ПРАВНА ДЕЛА
Књига VIII
ТЕОРИЈА ДРЖАВЕ И ПРАВА
Трећи том
ПОРЕДАК И СИСТЕМ ПРАВА

Издавач
Досије студио

За издавача
Мирко Милићевић

Уредник
Душан Мрђеновић

Рецензенти овог издања
Проф. др Александар Фатић
Проф. др Саша Бован
Проф. др Марко Трајковић

© 2026. Драган М. Митровић
Open Content License



www.dosije.rs

ДРАГАН М. МИТРОВИЋ

ИЗАБРАНА ПРАВНА ДЕЛА

Књига VIII

ТЕОРИЈА ДРЖАВЕ И ПРАВА

ТРЕЋИ ТОМ

ПОРЕДАК И СИСТЕМ ПРАВА

Београд • 2026.

САДРЖАЈ

НАПОМЕНА УЗ ОВО ИЗДАЊЕ	13
------------------------------	----

ПРВИ ДЕО ПРАВНИ ПОРЕДАК

УВОД

ОПШТИ ПОЈАМ И САСТАВ ПРАВНОГ ПОРЕТКА	17
1. Природни, друштвени и правни поредак	17
2. Састав правног поретка	21
3. Стање правног поретка	22

ПРВИ ОДЕЉАК НОРМАТИВНИ ЕЛЕМЕНТ ПРАВНОГ ПОРЕТКА

I глава

ПРАВНА НОРМА	25
Први одсек	
ПРАВНА НОРМА КАО ПРАВИЛО	25
1. Норма као друштвено правило које садржи заповест. . .	25
2. Врсте друштвених норми	30
2.1. Друштвене норме у ширем смислу	31
2.2. Друштвене норме у ужем смислу (друштвени прописи)	31
3. Појам правне норме	36
3.1. Шта је правна норма	37
3.2. Шта није правна норма: чланови и параграфи. . . .	39

4. Састав правне норме	40
4.1. Главни елементи правне норме: диспозиција и санкција	41
4.2. Споредни елементи правне норме: претпоставка диспозиције и претпоставка санкције	49
5. Врсте правних норми	51
6. Повезивање правних норми	52
Други одсек	
ВАЖЕЊЕ ПРАВНИХ НОРМИ	54
1. Учења о важењу правних норми	54
2. Основни начини важења правних норми	56
2.1. Важење правних норми у простору и важење простора у праву	56
2.2. Важење правних норми у времену и времена у праву	58
3. Персонално, системско и друге врсте важења правних норми	62
II глава	
ПРАВНИ АКТ	65
Први одсек	
ОПШТИ ПОЈАМ ПРАВНОГ АКТА	65
1. Претходни појам правног акта	65
2. Појам и обележја правног акта	67
2.1. Карактеристични случајеви неслагања унутрашњег акта са његовим спољним изразом	68
2.2. Доношење правних аката	70
3. Облик и садржина правног акта	71
4. Формални и садржински појам правног акта	73
Други одсек	
ОПШТИ ПРАВНИ АКТИ (ФОРМАЛНИ ИЗВОРИ ПРАВА)	75
1. Појам формалног извора права	75
2. Стварање формалних извора права	77
Трећи одсек	
НАЈВАЖНИЈИ ФОРМАЛНИ ИЗВОРИ ПРАВА	80
1. Закон	80

1.1. Општи појам закона	80
1.2. Устав	82
1.3. Законик (кодификација)	86
1.4. „Обични“ закони	89
1.5. „Посебни“ закони и „закони који то нису“	90
1.6. Сличности и разлике између устава и закона	92
1.7. Законодавни поступак	93
2. Подзаконски државни и друштвени општи акти	94
2.1. Два главна значења општих правних аката нижих од закона	94
2.2. Врсте подзаконских прописа	95
2.3. Сличности и разлике између закона и подзаконских прописа	97
3. Акти друштвених организација (аутономно право)	98
3.1. Појам и обележја аутономног права	98
3.2. Карактеристичне врсте аката аутономног права	99
3.3. Примери црквеног и социјалног права рада	101
4. Уговор (уговорно право)	103
5. Обичај (обичајно право)	105
5.1. Обичајна норма као извор права	105
5.2. Обичајно право	107
6. Судска пресуда (судски прецедент и прецедентно право)	108
7. Судска пракса и пракса других органа	110
8. Правна наука (доктрина)	111
Четврти одсек	
ПОЈЕДИНАЧНИ ПРАВНИ АКТИ	113
1. Појам и подела појединачних правних аката	113
1.1. Потпуни појединачни правни акти	114
1.2. Непотпуни појединачни правни акти	115
2. Најважније врсте појединачних правних аката	116
2.1. Указ	116
2.2. Управни акт	116
2.3. Правни посао	117
2.4. Судски акт	119

ДРУГИ ОДЕЉАК	
ФАКТИЧКИ ЕЛЕМЕНТ ПРАВНОГ ПОРЕТКА	
I глава	
СУБЈЕКТ И ОБЈЕКТ ПРАВА	121
Први одсек	
СУБЈЕКТ ПРАВА	121
1. Правна личност и субјект права	121
2. Врсте субјеката права	124
2.1. Физичко лице	124
2.2. Правно лице	128
2.3. Виртуелни лик	132
Други одсек	
ОБЈЕКТ ПРАВА	134
II глава	
ПРАВНИ ОДНОС, ПРАВНА ЧИЊЕНИЦА	
И ПРАВНА РАДЊА	137
Први одсек	
ПРАВНИ ОДНОС	137
1. Појам и врсте правног односа	137
2. Састав правног односа:	
правно овлашћење и правна обавеза	139
3. Врсте правних овлашћења и правних обавеза	142
3.1. Субјективно право	142
3.2. Надлежност	146
3.3. Право на правну заштиту	147
3.4. Злоупотреба правног овлашћења	148
4. Статичност (правно стање) и динамичност	
(настанак, промена и престанак) правних односа	152
Други одсек	
ПРАВНЕ ЧИЊЕНИЦЕ	155
1. Појам и врсте правних чињеница	155
2. Просторно-временска одређеност правних чињеница	157
Трећи одсек	
ПРАВНЕ РАДЊЕ	158
1. Појам правне радње	158
2. Врсте правних радњи	158

III глава	
ТУМАЧЕЊЕ ПРАВА	161
Први одсек	
ПОЈАМ ТУМАЧЕЊА ПРАВА	164
1. Тумачење права и његов значај	164
1.1. Уопште о појму тумачења права	164
1.2. Тумачење права као свакодневна правничка делатност и њен значај	165
2. Предмет тумачења права	166
2.1. Схватања о предмету тумачења права	166
2.2. Кругови тумачења права	166
3. Тумачење права у ужем и ширем смислу	167
3.1. Тумачење правних норми и попуњавање правних празнина	167
3.2. Врсте правних празнина које се попуњавају тумачењем у ширем смислу	168
3.3. Недоумице поводом одређивања и попуњавања правних празнина	169
4. Врсте тумача и тумачења права	170
4.1. Тумачење државних органа	171
4.2. Тумачење друштвених субјеката	172
4.3. Доктринарно тумачење	173
4.5. Оперативно и друге врсте тумачења права	173
5. Средства тумачења права	174
5.1. Традиционална средства тумачења права	174
5.2. Приговори теорије аргументације	175
5.3. Обавезност средстава тумачења права	176
Други одсек	
ПОСТУПАК ТУМАЧЕЊА ПРАВА	177
1. Припремни и главни део поступка тумачења правне норме	177
1.1. Утврђивање аутентичног текста правне норме	177
1.2. Утврђивање позитивности правне норме	178
1.3. Делови главног поступка тумачења права	178
2. Језичко тумачење и значење правне норме	179
2.1. Појам и врсте језичког тумачења	179

2.2. Јасно и нејасно језичко значење правне норме.	181
2.3. Основна правила језичког тумачења.	182
3. Право значење правне норме	182
3.1. Учења правних школа о правом значењу.	182
3.2. Везано тумачење и његове главне врсте.	184
3.3. Слободно тумачење (или стварање) права	187
3.3. Право значење у формалном и материјалном смислу.	188
4. Средства и врсте тумачења за утврђивање правог значења приликом тумачења у ужем смислу	188
4.1. Логичко тумачење.	189
4.2. Систематско тумачење.	190
4.3. Циљно (телеолошко) тумачење.	191
4.4. Историјскоправно тумачење	193
4.5. Упоредноправно тумачење.	194
5. Средства за утврђивање правог значења приликом тумачења у ширем смислу	194
5.1. Аналогија.	194
5.2. Разлог супротности	197
5.3. Разлог „утолико пре“	199
5.4. Разлог „ауторитета“	200
5.5. Разлог „природе ствари“	200
5.6. Разлог „апсурдности“	201
5.7. Уско тумачење изузетака	202
5.8. Попуњавање правних празнина општим начелима	203
6. Упоредивање и исправљање језичког и правог значења	204
6.1. Упоредивање језичког и правог значења норме.	204
6.2. Исправљање језичког и правог значења норме	205
IV глава	
ПРИМЕНА ПРАВА	209
Први одсек	
ПОЈАМ И ПОСТУПАК ПРИМЕНЕ ПРАВА.	209
1. Општа знања о примени права	209

1.1. Појам и врсте примене права	210
1.2. Особине и услови за примену права	213
2. Поступак примене правне норме.	214
2.1. Утврђивање чињеница	215
2.2. Правно закључивање	219
2.3. Непосредна примена и остваривање права	219
Други одсек	
ПРАВНИ ОБЛИК	220
1. Појам правног облика	221
2. Процедуралност правног облика	222
3. Злоупотреба правног облика	223

ТРЕЋИ ОДЕЉАК

ЗАКОНИТОСТ КАО ЕЛЕМЕНТ ПРАВНОГ ПОРЕТКА

1. Нормативна законитост	225
1.1. Појам, врсте и обележја нормативне законитости	225
1.2. Правна снага и обавезност правних аката	230
1.3. Правна средства за обезбеђење законитости правних аката	231
1.4. Правни лекови	233
1.5. Заштитник грађана (омбудсман)	236
1.6. Санције због незаконитости правних аката	237
2. Правоснажност правних аката	239
3. Ступање на снагу правних аката	241
4. Извршност правних аката	243

ЧЕТВРТИ ОДЕЉАК

ВРЕДНОСНИ ЕЛЕМЕНТ ПРАВНОГ ПОРЕТКА

1. Правда	246
2. Правичност	249
3. Слобода	251
4. Људско достојанство	254
5. Толеранција	255
6. Ред	258

7. Мир	258
8. Сигурност.....	259
9. Једнакост.....	261
10. Целисходност	261
11. Делотворност.....	262
12. Чисто техничко-правне вредности	262

ДРУГИ ДЕО ПРАВНИ СИСТЕМ

I глава

СИСТЕМ ПОЗИТИВНОГ ПРАВА

И ПРАВНИ СИСТЕМ	267
1. Системност права	267
2. Појам и систематизација позитивног и научног правног система	269
3. Предмет систематизовања и састав правног система ...	271
3.1. Правне установе и подустанове	272
3.2. Правне гране и подгране	273
3.3. Правне области и подобласти.....	274
3.4. Правни подсистеми и системи	274

II глава

ГЛАВНИ СВЕТСКИ ПРАВНИ СИСТЕМИ

1. Правни системи Истока	277
1.1. Кинеско право	278
1.2. Индијско-браманско право	278
1.3. Јеврејско и мухамеданско право.....	279
2. Правни системи Запада	281
2.1. Европско континентално право	283
2.2. Англосаксонско право.....	284
2.3. Право Европске уније	285
3. Правни трансплантати	286
АБСТРАКТИ	291
BRIEF CONTENTS	299

НАПОМЕНА УЗ ОВО ИЗДАЊЕ

Књига *Теорија државе и права* је први пут интегрално објављена 2010. године (изд. „Досије студио“ из Београда, 593 стр.). Овог пута је раздељена у три тома због обима текста и величине књижног формата *Изабраних правних дела*: први том са поднасловом „Држава, право и њихов однос“, други том са поднасловом „Теорије о држави, праву и њиховом односу“ и трећи том са поднасловом „Поредак и систем права“.

У трећем тому, односно VIII књизи *Изабраних правних дела*, додатно су обрађени поредак и систем права због бољег сагледавања односа државе и права.

Сва три тома *Теорије државе и права* могу се сматрати врстом енциклопедијског штива из области правне теорије и филозофије. Они могу да користе свима који желе да се подробније упознају са традиционалним проблемима и карактеристичним резултатима некадашње и садашње правне науке, укључујући њене нове карактеристичне проблеме и најновије резултате.

У Београду, 2022. године

Аутор

ПРВИ ДЕО
ПРАВНИ ПОРЕДАК

УВОД

ОПШТИ ПОЈАМ И САСТАВ ПРАВНОГ ПОРЕТКА

1. Природни, друштвени и правни поредак

Правни поредак представља веома сложену али јединствену целину. Он је сам за себе целина, али је и део света као врхунске целине. Као такав, правни поредак се разликује од универзалног, природног или општег друштвеног поретка, као и од нормативног, моралног, економског, политичког или неког другог посебног друштвеног поретка.

Некада је правни поредак изједначаван са *универзалним* или *иприродним* поретком који влада светом. Готово сви антички народи, а посебно Грци и Римљани, познавали су и развијали учења управо о таквом поретку, у коме влада природно право. Много касније, иста идеја се сусреће у учењу Томе Аквинског о универзалном хијерархијском устројству светског поретка, с том разликом што је његов творац Бог, а не обоготворена природа. После Аквинског, у Енглеској су исту пантеистичку идеју развијали Ричард Хукер (*Richard Hooker*) и Вилијам Блекстон (*William Blackstone*). Према Хукеру, право је као смислен и сврсисходан поредак правила истоветно са „било којом врстом правила или закона (*canon*), којима су делатности (*actions*) регулисане“, док према Блекстону: „Закон у свом најопштијем и свеобухватном смислу означава правило акције, па се без разлике примењује на све врсте акције, како живе тако и неживе, рационалне или ирационалне. Зато кажемо: закони кретања, гравитације, оптике или механике, као и природни и државни закони (*laws of nature and of nations*). И то је оно правило делатности које је прописао неко виши, а нижи је обавезан да се покори“.¹ На крају XIX века,

1 R. Hooker, *Laws of Ecclesiastical Polity*, I, Cambridge University Press, 1989, 18; W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, New York 1884, I. Вид. Г. Фасо, Београд – Подгорица 2007, 254–255, 367–368.

исту универзалистичку идеју развио је у свом учењу Глигорије Гершић, према коме право, као и читаво друштво, подлеже једном свеопштем закону који управља целом васионом, што значи да се и у правном поретку одражавају основни закони који прожимају универзум. Из тога се може закључити како у право спадају природни и људски закони, тј. „све врсте правилности које управљају људским акцијама и збивањима у целокупном универзуму, подједнако се односећи на живу и неживу природу“. Изгледа, ако можемо веровати ономе што видимо, „да су цео свет, и ствари божанске и оно што називамо годишњим добима, регулисани законом и поретком“.²

Наведена учења су постепено занемарена у друштвеним и правним наукама. У противном, свако ко би прекршио друштвено или правно правило могао би да се извини тиме што није прекршио природно правило. Зато се приликом одређивања појма правног поретка, уместо најширег космолошког оквира, полази од најширег друштвеног оквира. То се чини на основу очигледних разлика између природних закона и друштвених норми. Те разлике је потврдио Галилеј (*Galileo* или *Galilei*) својом чувеном реченицом: „Библија нас учи како се иде на небо, а не како се небо креће.“

Поменуте разлике између природних закона и друштвених норми постоје у погледу:

- *стварања* ове две врсте правила (природни закони су резултат дејства природних сила: њих човек не ствара, већ открива и тумачи, док друштвене норме човек ствара својом свесном делатношћу а затим их тумачи);
- *снаге* (природни закони дејствују без изузетка, природном неминовношћу, независно од човекове воље и свести, док друштвене норме не дејствују са таквом неминовношћу, због чега су подржане друштвеним санкцијама);
- *подношења* преко које дејствују (природни закони дејствују непосредно на материју и човека, а друштвене норме посредно, само на човека, и то прво на човекову свест и вољу, па тек затим на самог човека);
- *циља* (природни закони немају никакав циљ, док су друштвене норме изразито телеолошки саздане зато што њихов циљ представља извесну вредност);

2 Г. Гершић, *Енциклопедија права*, предавање (Београд 1902), Ниш 1995, 35.

- оцене ових двеју врста правила (за природне законе таква оцена је бесмислена, док је за друштвене норме веома смислена, јер се норме оцењују према вредности циља који остварују);
- санкције (природни закони немају санкције, јер се врше снагом неминовности, тј. не могу да се прекрше, док друштвене норме могу да се прекрше).³

Разлика између природних закона и друштвених норми постоји и у погледу *њредвидљивосїи* (закони природе не садрже предвиђање будућих догађаја: они се само откривају људском духу, док управо то није случај са друштвеним нормама). Речју, „Људски закон нам казује шта можемо очекивати да ће друштво учинити под извесним околностима, а природни закон нам казује шта можемо очекивати да ће учинити природни предмети под извесним околностима. И један и други садржи обавештења упућена нашој интелигенцији“ (Томас Хенри Хаксли /*Thomas Henry Huxley*/).⁴

На основу разлика између природних закона и друштвених норми може се одредити појам *друштвеној њорейка*. Према Веберу (*Max Weber*), то је „поредак с извесним специфичним јемствима да постоји вероватност да ће емпиријски важити“, односно да постоји „правилност у понашању“. ⁵ Он се састоји из друштвених норми, стварног понашања људи, вредности које се преко тог понашања остварују и одређених правилности које наведене елементе заједно одржавају у релативном складу.

Важан део друштвеног поретка чини *њравни њоредак*. Он постоји поред економског, политичког, обичајног, моралног итд. поретка, који такође улазе у састав општег друштвеног поретка и делимично се додирује или укршта са њим и његовим другим посебним врстама. До тога је дошло пошто се у развоју европске правне цивилизације право одвојило прво од морала, затим од вере и на крају од политике, поставши својеврстан облик друштвеног знања које претендује на место основних и потврђених истина. У том смислу, правни поредак треба посматрати са становишта правне науке, која се по много чему разликује од

3 Вид. Р. Лукић, *Теорија државе и њрава*, 115–116.

4 Т. Н. Huxley, *Introductory (Science Primers)*, 1882, 12. Нав. према: Х. Келзен, *Ойшїа њеорија њрава и државе*, Београд (1951) 1998, 224.

5 М. Вебер, *Привреда и друшїиво*, II, Београд 1976, 324.

других институционализованих облика знања. Правни поредак је, дакле, врста друштвеног поретка регулисана правом. Он представља особено јединство правних норми и људског понашања по тим нормама, које се остварују према утврђеном начелу законитости и одговарајућим друштвеним и правним вредностима.

Од правног поретка, који је реална појава, треба разликовати *идеалан* и *сјонтиан* правни поредак. Први представља чисто вредносни поредак људских идеја прихваћених као друштвени и правни идеали. То је људски недостижан поредак у коме се право уопште не крши, због чега он постаје морални поредак. Утопијској слици таквог правног раја супротан је спонтани поредак на који право нема никакав утицај. Између ова два поретка налази се правни поредак.

Унутар правног поретка могу се уочити још две његове врсте. Када се каже правни поредак, првенствено се мисли на непосредни (у смислу изричит, видљив, разоткривен) правни поредак (*explicate order*), са којим се непосредно рачуна у људским односима. Али, постоји и посредни (у смилу прикривен, мање видљив, неразоткривен) правни поредак (*implicate order*), чији је задатак да координира све делове непосредног поретка и прида им смисао у односу на друге ствари или појаве. На ту страну правног поретка је у новије време указивао Жан Карбоније (*Jean Carbonnier*) говорећи о новонастајућем „инфраправу“ друштвених подгрупа, а нешто пре њега Дејвид Бом (*David Bohm*), говорећи првенствено о природном поретку, његовом значењу и врстама бивствовања.⁶ Сам посредан правни поредак је много шири од непосредног, јер се односи на целокупно сачувано правно знање и искуство. Зато се каже да је целокупно кретање права одређено постојањем посредног поретка. Он се примећује захваљујући деловању *начела њравилносји*, које изражава потребу за међусобном усклађеношћу свих друштвених и нормативних творевина, или *начела сањравилносји*, према коме све норме, акти и људске радње треба да буду међусобно усаглашени творећи јединствену правну целину. То су само неки примери много ширег распрострањања посредног поретка. Сасвим другачија је ситуација са *начелом законитјосји*, које је као посебан елемент правног поретка резултат његовог свесно-планског стварања, због чега припада непосредном, а не посредном поретку.

6 Вид. D. Bohm, *Wholeness and the Implicate Order*, London 1980.

2. Састав правног поретка

Правни поредак се састоји из правних норми, људског понашања, законитости и правних вредности, због чега се могу разликовати четири његова главна елемента. Ти елементи су у исто време главни делови правног поретка.

Нормативни елементи. – Састоји се из великог броја најразноврснијих љравних норми и љравних актиа. Док су правне норме правила о понашању односних субјеката, правни акти су изјаве воље којима се стварају правне норме или одређују услови за њихову примену. Норме садрже друштвено признате захтеве и очекивања, који се, опет, појављују у текстовима правних аката, од којих су и данас најважнији закони.

Фактички елементи. – Он садржи људске материјалне (материјалне) радње. Оне омогућавају да се правне норме примењују. Њих врше људи (лица, љравни субјекти) поводом одређених добара (ствари, љравни објекти), руковођени одговарајућим љравним чињеницама, на основу којих ступају у љравне односе (друштвене односе регулисане правним нормама). Због тога у састав фактичког елемента правног поретка улазе сви његови поменути делови.

Законитост. – Између нормативног и фактичког елемента правног поретка морају да постоје што складнији правно уређени односи. Њихово усклађивање обезбеђује трећи елемент који се назива законитост. У противном, правни поредак би престао да буде ефикасан. Будући да се законитошћу утврђује поредак одвијања свих делова нормативног и фактичког елемента, то и она улази у састав правног поретка као његов посебан елемент.⁷ У ширем и ненормативном смислу законитост се испољава у облику закономерности или правилности.

Вредносни елементи. – Састоји се из вредности које се под одређеним условима појављују као идејни извори права. Постоје две врсте таквих вредности: чисто друштвене (слобода, живот, здравље, породица итд.) и чисто љравне (сигурност, делотворност, целисходност, јасност, одређеност итд.). Друштвене вредности нису особене за право, али су у тесној вези са правним вредностима, док правне вредности нису особене за друштво, али су у тесној вези са друштвеним вредностима. Између њих се налазе

⁷ Вид. Р. Лукић, *Увод у љраво*, Београд 1994, 198–199.

мешовите „друштвено-правне“ вредности, које је право тако рећи „присвојило“ и прилагодило својим потребама. Оне се често представљају као врхунске правне вредности (друштвена правда и правна правда, друштвена сигурност и правна сигурност, друштвени ред и мир и правни ред и мир, друштвена и правна слобода итд.).

Сви наведени елементи правног поретка распоређени су према строго утврђеном редоследу. У систему Европског континенталног права, правни поредак започиње најопштијим нормама и актима, наставља се појединачним нормама и актима, а завршава њиховим законитим примењивањем преко људског сврсисходног понашања одређеног односним вредностима.

3. Стање правног поретка

Правни поредак није појава која се не мења, већ је „динамичка појава у непрекидном кретању и стварању“. Будући да он није ништа друго до „један начин испољавања друштвеног поретка“, стварних људских односа, то се људско понашање непрестано мења, а са њим и правни поредак. У њему се „непрестано стварају и укидају одговарајуће норме односним правним актима, настају, мењају се и престају одговарајући односи“, мења се положај правних субјеката који врше различите материјалне радње и понашају се сагласно са правним нормама итд. И „тај сталан покрет тече по одређеном реду, па се стога и зове *поредак*“.⁸

Правна наука постојано изучава и прати *стање* правног поретка. Она то чини или са становишта какав он збиља јесте (*de lege lata*), или, пак, са становишта какав би требало да буде (*de lege ferenda*). У првом случају, правна наука објашњава састав, везе и начин функционисања делова и целине правног поретка, а у другом критички претреса и предлаже решења за његово побољшање. Шта ће од та два да претегне, зависи од тога колико је правни поредак ефикасан, под условом да се од људи не захтева да чине нешто што не могу да испуне чак и када су надахнути најбољим намерама, нити нешто што они свакако чине и без правних заповести. Тек када се поведе рачуна о тим ограничењима, може се разматрати степен ефикасности правног поретка, тј. његово стање и квалитет, које може да буде боље или горе. Нарочито се

8 *Ibid.*, 199.

на основу остваривања начела законитости могу одредити квалитет и успешност датог правног поретка. Сматра се да се правни поредак „нормално“ примењује када у њему постоје „аберације“ без „деформација“. Поента је у његовој нормалној промени, јер се ради о творевини у којој се непрестано одвијају најразличитије врсте промена унутар сваког његовог главног елемента, поделе-мента итд.

ПРВИ ОДЕЉАК НОРМАТИВНИ ЕЛЕМЕНТ ПРАВНОГ ПОРЕТКА

Нормативни елемент представља први, главни део правног поретка. Он се састоји из *јравних норми*, као правила о понашању, и *јравних акција*, као психичких радњи којима се стварају правне норме или одређују услови за њихову примену.

I глава ПРАВНА НОРМА

Први одсек ПРАВНА НОРМА КАО ПРАВИЛО

Све норме представљају правила понашања. Због тога се још називају друштвени прописи, конвенције, стандарди итд. Најважнију врсту друштвених норми представљају правне норме.⁹ Поред њих, постоје друштвене норме које нису правне.

1. Норма као друштвено правило које садржи заповест

Друштвеним нормама се регулишу најразличитији друштвени односи, због чега постоје њихове најразличитије врсте: учтивост, бонтон, пристојност, такт, мода, хигијена итд. Најважније

9 Вид. G. H. von Wright, *Norm and Action*, London 1963.

друштвене норме су обичајне, моралне и религијске. Оне постоје поред норми бројних друштвених организација и државе као посебне друштвене организације.

Свим друштвеним нормама је заједничко да представљају *зајовесџи* о понашању људи снабдевене друштвеним санкцијама и другим заједничким обележјима. Њихов скуп сачињава *нормативни друштвени систем*, који је део друштвеног а једним делом и правног поретка.

Норме, такође, садрже исказе. Према Хансу Келзену (*Hans Kelsen*), одлучујући тренутак за разликовање норме од исказа о некој норми јесте то што су норме носиоци значења једне реченице, а искази носиоци значења у облику неке тврдње или суда: „Реченица, чије је значење неки исказ, нешто описује. Реченица, чије је значење нека норма, нешто *јрописује*. Она није ни истинита нити неистинита. То се формулише и тако, што се каже: искази имају индикативно или декларативно значење, норме (додуше, само норме које нешто заповедају) имају императивно значење.“¹⁰ Дакле, то што норме садрже заповести представља њихово тзв. *императивно* или *нормативно значење*. Оно је готово увек изражено прескриптивним исказима којима се утврђује да нешто „треба“ (*Sein*). Поред императивног значења, друштвене норме имају и друго, *индикативно значење*, када се нормама утврђује оно што се догађа, што „јесте“ (*Sollen*). То значење норме је готово увек изражено дескриптивним исказима, додуше, само онима који не садрже ни скривене заповести.

За све друштвене норме је важно да располажу једним и другим значењем. То значи да све норме треба да садрже прескриптивне и дескриптивне исказе. Њихову суштину чини то што су оне императивна правила, тј. заповести о понашању људи изражене прескриптивним исказима. Ту дескриптивни искази служе само да би се сазнала или боље разумела заповест у норми. Уосталом, норме се не доносе због приповедања, већ због заповедања.

Од питања да ли је норма императивно или индикативно правило, а свака правна норма је у исто време императивно и индикативно правило, с тим што у њој увек претеже њена императивна страна, треба разликовати питање начина на који су заповести у норми формулисане. Да би се одговорило на то друго питање, потребно је разликовати прескриптивне исказе у ужем и ширем смислу од дескриптивних исказа у ужем и ширем смислу.

10 Х. Келзен, *Елементи теорије правних норми. Изабрани јозни сјиси*, Београд – Подгорица 2003, 36.

Заповести у норми су најчешће несумњиво и јасно саопштене у облику „заповедног требања“ („тражења“) да се нешто изврши (чињење) или не изврши (нечињење). Њих садрже *прескриптивни искази у ужем смислу* (нпр., Јанко је дужан да плати порез од 10.000 динара). Али, постоје и прескриптивни искази у *ширем смислу*, као прескриптивна употреба језика и правног говора, који нису праве заповести, већ молбе, савети, препоруке, обећања или захтеви.¹¹ Такви прескриптивни искази, за које се каже да *не* садрже заповести, који су у ствари „требање без заповести“, имају као циљ да утичу на разум и вољу људи ради подстицања, усмеравања или дисциплиновања људског понашања у одређеном правцу, исто као и прескриптивни искази у ужем смислу који садрже праве заповести (нпр., када службено лице каже да је музика прегласна, није тешко закључити да та особа у ствари захтева да се музика утиша; али када приватно лице које нема власт то исто каже, сматра се да оно моли, предлаже или саветује да се музика утиша).

Постоји неколико врста прескриптивних исказа у ширем смислу.

Од заповедног тражења најудаљенији су прескриптивни искази изражени у облику *молби*, *савета* и *препорука*. Заједничко им је да нису обавезујући, принудни, нити подржани санкцијом због њиховог неиспуњавања или неприхватања. Њихова примена зависи једино од уверљивости којом делују на разум и вољу лица којима су упућени.

За разлику од молби, савета и препорука, *обећања* представљају такве прескриптивне исказе у ширем смислу којима субјект сам од себе, пред самим собом или другим лицима, тражи од себе или налаже себи да нешто учини, или не учини, што се прихвата и сматра његовом обавезом. Важнија обећања се често дају јавно, у облику свечане заклетве. Зато су она за један степен обавезнија врста тражења од молби, савета или препорука.

Правим друштвеним нормама најближи су *захтеви*, који су не само пуко „тражење“ већ и посебна врста принудних прескриптивних исказа за сва лица на која се односе. У њима се предочава зло које друга лица могу да претрпе у случају одбијања да испуне те захтеве. Захтеви се, дакле, налазе на средини између „требања без заповести“, карактеристичног за молбе, савете, препоруке и обећања, и „заповедног тражења“ карактеристичног за

11 Упор. N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Torino 1993, 69–73; N. Visković, *Teorija države i prava*, Zagreb 2001, 120.

праве друштвене норме. Они могу да буду легитимни и нелегитимни. *Лејитимни* захтеви се изричу на основу других друштвено утемељених и прихваћених моралних, обичајних или правних норми које субјекта овлашћују да захтева нешто од другог (нпр., родитеља да захтева од деце увек пристојно понашање). *Нелејитимни* захтеви, пак, нису друштвено утемељени ни признати (нпр., захтев разбојника: „Паре или живот!“). Такође, нелегитимни су и они захтеви којима се прекорачују овлашћења садржана у друштвено утемељеним и признатим нормама (нпр., када родитељи захтевају од деце да чине нешто што очигледно шкоди њиховом васпитању или здрављу). Али, захтеви увек најснажније од свих наведених прескриптивних исказа у ширем смислу утичу на понашање лица којима су упућени. Будући да захтеви садрже претњу неким злом, они страхом од могућег зла (санкције) мотивишу лица да их испуне (нпр., жртву да преда паре разбојнику). Али, лица могу захтеве да испуне и њиховим добровољним прихватањем из навике или уверења (нпр., када родитељ издржава или помаже своје пунолетно дете на студијам).¹²

Сви прескриптивни искази у ширем смислу, изражени у облику молби, савета, препорука, обећања или захтева, наликују друштвеним правилима која садрже праве заповести, али не располажу њиховом обавезујућом снагом. Они су „требање без заповести“. Насупрот њима, прескриптивни искази у ужем смислу увек садрже праве заповести изражене у облику „заповедног требања“. То значи да за одређивање карактера друштвених правила само требање није довољно, већ је потребно и да оно буде изражено у легитимном заповедном облику.

Поред прескриптивних исказа у ужем и ширем смислу, постоје и дескриптивни искази у ужем и ширем смислу. *Дескриптивни искази у ужем смислу* не садрже чак ни скривену заповест, већ пружају само *обавештења о норми*. Њима се „тврди“, „описује“ или „објашњава“ нешто што јесте, што је било или што ће бити (нпр., „Србија је република“, „Јанко је осуђен због утаје пореза“ или „Марко се позива на војну вежбу“). Али, изузетно, заповест у норми може да буде саопштена привидно у дескриптивном облику (*дескриптивни искази у ширем смислу*) као скривени прескриптивни исказ. У том случају, норма садржи прескриптивни исказ у облику „заповедног требања“, само што оно није видљиво изражено. Згодан пример прескриптивних исказа изражених у облику дескриптивних исказа представљају

12 *Ibid.*, 121–122.

тзв. „норме дефиниције“: нпр., када се одређује какав је орган „скупштина“ (представнички орган који има одређен састав, организацију, надлежност, начин рада итд.), како изгледа државна застава (црвено-плаво-бела) итд. И норме дефиниције садрже скривене заповести. Само, оне нису видљиво изражене: да је реч о заповести показује то што скупштина не може другачије да буде основана и уређена, државна застава не може другачије да изгледа или да се користи итд. Ко би ту поступио другачије, постао би подложен државној санкцији.

Изгледа да је постојање прескриптивних и дескриптивних исказа у ширем смислу постојани извор заблуда о правној норми, када се утврђује како друштвене и правне норме нису или не морају да буду заповести. А као што је познато, „заблуда о праву ником не користи“ (*Error iuris nulli prodest*).

Прескриптивни и дескриптивни искази, разликују се једни од других по разним основима, али најважнија разлика произлази из њихове функције – прескриптивни искази саопштавају нечије жеље и вољу, чиме *нејосредно* утичу на људско понашање у одређеном правцу, док прави дескриптивни искази обавештавају о чињеницама, чиме *јосредно* утичу на понашање људи у жељеном правцу. Такође, наведена разлика између прескриптивних у ужем и дескриптивних исказа у ширем смислу омогућава да се о нормама као друштвеним правилима која садрже заповести закључи још понешто.

Све друштвене норме које садрже „заповедно требање“ представљају „савршене“, тј. „праве“ друштвене норме, независно од тога да ли је у њима заповест формулисана изрично (прескриптивним исказима у ужем смислу) или прећутно (дескриптивним исказима у ширем смислу, као код норми дефиниције), јасно или нејасно, одређено или неодређено итд. То значи да су у норми оба елемента друштвено призната: легитимно тражење и легитимна санкција, за разлику од захтева код кога то не мора да буде случај (јер постоје и нелегитимни захтеви са претњом употребе нелегитимне санкције).

Све норме које у различитим степенима садрже „требање без заповести“ представљају „несавршене“, „привидне“ или „могуће“ норме, и то само када су легитимна оба њихова елемента. Будући да су такве норме изражене прескриптивним исказима у ширем смислу, њихово постојање показује да разлика између чисто императивног и чисто индикативног значења не може тако одсечно да се одреди.

За разлику од исказа који садрже „заповедно требање“ и творе норму, дескриптивни искази у ужем смислу садрже само „обавештења о норми“ (нпр., у претпоставкама диспозиције и санкције). Они олакшавају ближе упознавање са смислом и садржајем заповести у норми, упућују на постојање прескриптивних исказа у норми и само на тај посредан начин одређују понашање људи. То значи да норма не може да постоји без требања или заповести, тј. да садржи само дескриптивне исказе у ужем смислу.

За све норме може да се каже да садрже прескриптивне и дескриптивне исказе (као што садрже главне и споредне елементе). „Прави“ прескриптивни искази у ужем смислу и „привидни“ дескриптивни искази у ширем смислу чине норму обавезним императивним правилима, „привидни“ прескриптивни искази у ширем смислу чине норму само могућим императивним правилима понашања, док „прави“ дескриптивни искази у ужем смислу не чине никакве норме већ садрже обавештења о њима. Зато је за норму важније њено *примарно*, императивно од њеног *секундарног*, индикативног значења. Управо због тога се каже да норма као друштвено правило садржи заповест.¹³ Дакле, Џон Остин (*John Austin*), познат по својој императивној правној теорији (по којој право као људска творевина представља заповест суверена), није сасвим у праву кад тврди да све правне норме садрже заповести, али је свакако у праву када тврди да је заповест суштинско обележје сваке норме „пуне“ правне вредности, за разлику од правних норми „умањене вредности“ или чисто друштвених норми.¹⁴

2. Врсте друштвених норми

Друштвене норме могу да се разврстају на различите начине и врсте: регулативне и конструктивне (Имануел Кант /*Immanuel Kant*/), когнитивне, експресивне и моралне (Талкот Парсонс /*Talcot Parsons*/), личне и безличне (Алф Рос /*Alf Ross*/), опште и посебне (Норберто Бобио /*Norberto Bobbio*/), обичајне, моралне и правне (Никола Висковић); у ширем и ужем смислу (Радомир Лукић) итд.

13 B. Morgan, K. Yeung, *An Introduction to Law and Regulation*, Cambridge University Press, 2007, 24–32.

14 Вид. J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, London 1954.

2.1. Друштвене норме у ширем смислу

Оставимо ли по страни природне законе које људски дух не ствара, већ открива и тумачи, у друштвене норме у ширем смислу спадају тзв. техничке норме и технички стандарди.

Техничке норме. – Оне представљају упутства којима се регулише човеков однос према природи како би се произвело жељено дејство у стварности (нпр., ко жели да буде здрав, мора да одржава личну хигијену). Ипак, техничке норме могу да се прекрше. Али, њихов прекршилац неће због тога бити санкционисан, јер немају санкцију. Довољно је то што због њиховог непридржавања неумитно наступају нежељене штетне последице за односног субјекта.

Технички стандарди. – За разлику од техничких норми, којима се уређује човеков однос према природи, технички стандарди представљају скуп међусобно повезаних техничких и друштвених правила којима се посредно уређују односи међу људима поводом добара (нпр., несолидно изграђена кућа може да се сруши а њени станари да буду повређени; приликом индустријске обраде намирница тачно је прописано који адитиви могу да се користе и у којој дозвољеној количини како се не би нарушило здравље потрошача; које хигијенске, здравствене и медицинске норме морају да се поштују пре, током и после хируршког захвата итд.).

Важне техничке норме, а нарочито технички стандарди, које се налазе на средокраћи између природних закона и правих друштвених норми, могу да буду снабдени друштвеним и правним санкцијама када то налаже посебно важан друштвени интерес. Због тога се каже да такве друштвене норме у ширем смислу постају друштвени прописи. То је нпр. случај са нормама којима се одређује карантин лицима или животињама због опасности од преношења и ширења заразне болести.

2.2. Друштвене норме у ужем смислу (друштвени прописи)

Друштвене норме у ужем смислу или друштвене прописе – за разлику од друштвених норми у ширем смислу – људски дух збиља ствара, а не открива. Зато те норме представљају заповести једне воље упућене другој вољи, и то заповести које су снабдевене друштвеним санкцијама у случају њиховог кршења.

Друштвеним нормама у ужем смислу непосредно се уређују односи међу људима. Према томе ко их ствара и другим њиховим обележјима, а нарочито према томе ко примењује санкцију у случају њиховог кршења, друштвене норме могу да се разврстају на три главне врсте.

Норме дифузне заједнице – Прву главну врсту сачињавају нормe дифузне заједнице, тј. прописи које ствара и примењује друштвена група у којој не постоје специјализовани органи, нарочито не за примену санкција. У најважније такве нормe спадају обичај, традиција и морал. На пример, нормe које налажу да млађе особе поздрављају старије представљају обичајне нормe; нормe које налажу прославу породичног празника представљају нормe које припадају традицији (традицијске нормe); док нормe које налажу лично поштење и истинoљубивост представљају моралне нормe.¹⁵

Обичај (од лат. *mos, moris* – у смислу обичаја, карактера, нарави, понашања) јесте друштвена норма која настаје самостално, мање-више спонтано, дуготрајним понављањем истог понашања у истим или сличним ситуацијама, тако да се код људи створи свест о његовој обавезности (нпр., да млађе особе прве поздрављају старије).

Традиција (од лат. *traditio* – предање, у смислу раширености и прихваћености у народу) такође игра важну улогу у праву, јер се већина друштвених и правних норми преноси из старих или најстаријих права у савремено право управо захваљујући традицији. Њу сачињавају друштвене нормe које је обично веома тешко разликовати од старих или древних обичајних норми (стогодишњих или обичаја од памтивека). Једина поуздана разлика између традиције и таквих древних обичајних норми постоји у погледу степена њихове обавезности који је, ипак, слабији када је реч о традицији. У европском континенталном праву веома значајну улогу има римска правна традиција, која се препознаје у различитим правним изрекама и начелима која се користе за тумачење правних норми или попуњавање правних празнина. Жива снага традиције је најочигледнија када се једна правна установа одржава само захваљујући нормама традиције, јер налаже одређено понашање иако за њега није могуће наћи некакав рационалан правни основ у савременом друштву (нпр., наслеђивање врло далеких сродника често нема никакав основ у савременим правима, али има у тра-

15 Ph. Harris, *An Introduction to Law*, Cambridge University Press, 2007, 23–26.

дицији). Традиција је данас особито јака у гранама наследног и породичног права. Понекад традицијске норме постају обичајне или чак правне (нпр., у Енглеској се и данас сматра да неке норме које припадају традицији имају уставни карактер).¹⁶ Традиција показује да је право стара културна творевина човечанства.

Морал (од лат. *moralis* – моралан) представља такође посебну врсту друштвених норми, која је изворно сасвим аутономна. То важи само за лични морал, а не за друштвени који је хетерономан као и сви други друштвени прописи. На пример, моралне су све норме које налажу да будемо поштени и истинољубиви. Будући да је човеково генеричко својство да је морално биће (насупротив тзв. „моралним наказама“), осећајем за моралност натопљени су сви човекови поступци и све човекове творевине, укључујући и бројне врсте друштвених прописа. Због тога се у правној науци поставља питање односа моралних норми према тим другим врстама друштвених прописа, а нарочито према правним нормама.¹⁷ Та недоумица се може разрешити тако што ће се сматрати да поред чисто моралне и чисто правне области постоји област у којој се морал и право укрштају и преплићу.¹⁸

Норме друштвених организација, – Другу главну врсту друштвених прописа чине норме друштвених организација, тј. прописи које стварају и примењују диференцирани и специјализовани органи различитих друштвених организација. На пример, норме које налажу тачан долазак на посао, вршење тачно одређених врста послова на тачно одређен начин за неку организацију итд. представљају норме друштвених организација. Оне сачињавају бројне унутрашње друштвене прописе којима се уређују положај запослених, техничка организација рада, начин обављања конкретне делатности итд. Када држава почне да примењује санкцију за кршење таквих друштвених прописа, они постају аутономни правни прописи.

Норме које ствара или само примењује држава. – Трећу главну врсту друштвених прописа сачињавају норме које ствара или само примењује држава, тј. *правне норме*. Оне су правне у проширеном и суженом смислу: или зато што садрже сва или највећи

16 *Правна енциклопедија*, 1460.

17 Вид. М. Трајковић, *Етичка димензија права – правнотеоријски аспекти*, докторски рад, Нови Сад 2008.

18 Д. Митровић, Г. Вукадиновић, „Област права и морала“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, Год. LI, бр. 1, Нови Сад 2017, 9–23.

број заједничких обележја права (нпр., спољашњост, хетерономност, друштвеност, регулативност, мерљивост и прецизност итд.), или зато што их држава као посебна друштвена организација са монополом физичке силе и бројним специјализованим органима санкционише, а често и ствара. На пример, када норме захтевају да се вози десном страном, да се плати одређени износ пореза или да се за путовање у иностранство располаже визираним пасошем, такве норме представљају правне, а не друштвене норме.

Право, морал и групе врше друштвених норми. – Правило је да су друштвени прописи обавезнији када су подржани моралним нормама. То посебно важи за правне норме, јер право и морал усмеравају људско понашање ради остварења одређених вредности, прилагођавају се спољним утицајима и променама у друштву и теже ка постизању потпуног обухватања односа који су предмет њиховог нормирања на непротивречан, јасан и одређен начин.¹⁹ Ипак, због изразите правне надмоћи државе у савременим друштвима, појавила су се схватања која сасвим раздвајају морал од права (Хуго Гроцијус /*Hugo Grotius*/, Кристијан Томазијус /*Christian Thomasius*/, Имануел Кант, Јохан Готлиб Фихте /*Johann Gottlieb Fichte*/, Карл Шмит /*Karl Schmitt*/, Ханс Келзен, Херберт Харт /*Herbert Hart*/, Џозеф Раз /*Joseph Raz*/, Ричард Поснер /*Richard Allen Posner*/ и други), насупрот схватањима која поистовећују морал са правом (као што је био случај у антици са учењима Платона (*Plato*) и Аристотела (*Aristotle*) или у средњем веку са учењем Томе Аквинског (*Thomasius Aquinas*). Данас преовладава треће становиште, да право представља „етички минимум“ (Георг Јелинек /*Georg Jellinek*/), у смислу да моралне норме неопходне за одржавање друштва постају правне, односно да исправно право мора да садржи барем „минимум моралности“ (Лон Фулер /*Lon L. Fuller*/), упркос томе што се право и морал делом „допуњавају“, а делом „одбијају“ једно од другог (Артур Кауфман /*Arthur Kaufmann*/).²⁰ Као што истиче Јирген Хабермас (*Jürgen Habermas*): „Морал више не лебди изнад права, он улази у позитивно право, а да се у њему не раствара.“²¹ То треће становиште потврђује и правна пракса која и те како води рачуна о томе да ли је нека правна норма супротна моралној, или

19 Џ. Раз, *Етика у јавном домену*, Београд – Подгорица 2005, 229–230.

20 А. Кауфман, *Право и разумевање права*, Београд – Ваљево 1998, 176–179.

21 J. Habermas, *Kako je moguća legitimnost putem legalnosti*, Zagreb 1987, 140. Нав. према: D. Vrban, *Sociologija prava*, Zagreb 2006, 149.

не, посебно да ли је тумачење правне норме сагласно са јавним моралом.²² Упркос наведеним мишљењима, право је готово увек испод морала, а не само испод правде.²³

Правне норме се такође разликују од обичајних, традицијских, моралних и других друштвених норми према степену своје формализованости, јер за обичајне, традицијске и моралне норме често није могуће тачно утврдити субјекте обавеза и овлашћења, док је то релативно лако учинити за правне норме. Разлика постоји и у погледу санкције, јер субјекти код обичајних, традицијских и моралних норми немају обавезу да примене санкцију, већ само „право да је примене“, што управо није случај са правним нормама, код којих је примена санкције правна обавеза надлежног органа. Исто тако, док се важење обичајних, традицијских и моралних норми заснива на вероватноћи примене психичке казне против прекршиоца, важење правних норми заснива се на вероватноћи примене физичке принуде према прекршиоцу. Затим, правне норме су непосредно везане са организацијом државне власти, због чега су институционализоване од тренутка стварања до тренутка примене, док то није случај са обичајним, традицијским и моралним нормама. Зато код обичајних, традицијских и моралних норми није развијена посебна хијерархијска лествица, нити је посебним механизмима обезбеђена њихова кохерентност, потпуност и одређеност, што је управо случај са правним нормама. То значи да друштвени обичаји, традиција, моралне норме и норме друштвених организација постају правне тек када стекну већину обележја правности (у случају одређивања права у проширеном смислу), од којих је нарочито карактеристична државна санкција као најважније обележје у случају одређивања права у суженом смислу. Али, исто тако, и правне норме могу да постану друштвене или техничке. До тога долази или када норме изгубе већину својих правних обележја, или када држава престане да примењује своју санкцију.

Све друштвене норме у ужем смислу могу да се одреде као правила или прописи упућени човековој свести и вољи, који налажу људима како треба да се понашају у друштву ради постизања извесних циљева. Када та правила располажу већином заједничких правних својстава или могућношћу примене државне санкције, реч је о правним нормама које су тесно везане за организацију државне политичке власти. Оне су формално и садржински

22 Ph. Harris, *An Introduction to Law*, Cambridge University Press, 2007, 18 и даље.

23 *Ibid.*, 19. Вид. *Правна енциклопедија*, Београд 1979, 717–718.

сређене према хијерархијском начелу у систем у коме су правна начела кохерентности, потпуности и одређености подржана коришћењем посебних правних техника.

3. Појам правне норме

Правна норма представља посебну врсту друштвених норми. Она је, као што се обично каже, правило о понашању људи снабдевано државном санкцијом (ко убије другог биће кривично кажњен; ко учини штету дужан је да је надокнади итд.).²⁴ Али, не мисле сви правни писци тако. Постоје писци који сматрају да „правне норме могу постојати без санкције, али не могу бити без државног органа који би санкцију накнадно одредио и осигурао казнено извршење“;²⁵ што значи да је за правни карактер неке друштвене норме довољно да постоји само „могућност“ да државни орган накнадно одреди и изврши санкцију. Када би се то дословно прихватило, држава би постала екстраправни чинилац, један потпуни правни Левијатан. Ипак, у таквом схватању има истине, јер право збиља познаје норме без санкција (*leges imperfectae*), као што је случај са уставним начелима о праву грађана на рад, срећу или неповредивост приватности. Такве норме не садрже одредбе о нечијој обавези да их правно осигура санкцијама, нити да санкције буду извршене. Због тога је ту реч о привиду права или барем нечем попут „голог права“ (*nudum ius*). Али, ни такве норме нису безначајне са гледишта политичке културе јер се може догодити да оне, ипак, накнадно добију санкцију (доношењем законске одредбе о њиховој санкцији или пресудом уставног или неког другог суда), када збиља накнадно постају потпуне правне норме (*leges perfectae*). Такође, постоје писци (Норберто Бобио, Жорж Гурвич /*Georges Gurvich*/, Еуген Ерлих /*Eugen Ehrlich*/ и други) који сматрају да санкција није одлучујућа за правни карактер друштвених норми јер се већина норми примењује добровољно, а не принудно. То би значило да основ њихове обавезности проистиче из њихове унутрашње, моралне, а не спољашње, принудне физичке снаге.²⁶

24 Вид. Р. Лукић, 200–201.

25 В. Perić, *Struktura prava*, I, Zagreb 1978, 43.

26 N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, 135.

Ставови наведених писаца нису сасвим неприхватљиви ако се има на уму да се правним могу сматрати и норме слабијег степена правности (када се појам права одреди у проширеном смислу), па чак и норме које немају државну санкцију под условом да располажу већином других заједничких правних својстава. Али тврдња да је правна и она друштвена норма која своју обавезност изводи само из добровољне примене, тј. властите моралне снаге није прихватљива. Био би то необичан начин да се право сведе на лични морал. У том случају, правне би биле само друштвене норме које морално мотивисани појединци добровољно извршавају. Уз то, поред очигледно веће обавезности коју норми обезбеђује претња од примене или сама примена државне санкције, постоје и друга важна мерила која друштвеним нормама такође обезбеђују правни карактер (вредносна усмереност норми, њихов садржај, њихова аутономност или хетерономност, степен везаности за државу, начин настајања и санкционисања, познатост творца норми и одређеност лица којима је норма упућена, кодификованост норми, врста и састав понашања које се нормама захтева, њихова императивност или атрибутивност итд.).²⁷ Нека од тих мерила нису довољно одређена, јер се подједнако успешно могу применити на друштвене и правне норми, док су друга мерила научно непоуздана. Ипак, она су интересантна, јер из другачијег угла објашњавају претварање друштвених норми у правне.

3.1. Шта је правна норма

У правној науци се правна норма схвата као једна и недељива целина. Она не може да се удвоји или подели а да и даље буде норма. Њен задатак је да уреди друштвене односе и произведе жељено дејство у стварности сагласно са постављеним циљевима и вредностима.

Једно од препознатљивих својстава правне норми представља то што се она издваја од других друштвених правила поседовањем свих или барем већине заједничких правних обележја. Према истом мерилу и саме правне норми се разликују међу собом, образујући три врсте права различитог степена правности (потпуно, непотпуно и недовршено право). Иако међусобно раз-

27 Г. Вукадиновић, *Теорија државе и права II*, Нови Сад 2008, 109–114.

личите и тројако разврстане, оне ипак нису међусобно неповезане. И управо због тога што се правне норме не могу схватити само изоловано, право постаје „свет норми“.²⁸

Правна норма такође увек мора да представља заповест о понашању људи у друштву, при чему је од начина на који је заповест у норми изражена неупоредиво важније да норма садржи „заповедно требање“.

Правна норма као заповест упућена разуму и слободној вољи постоји да би се применила у стварности. Да би се постигао тај циљ, примењују се потпуне и несавршене правне норме снабдеване санкцијом државе када разум или воља закажу. Недовршене („голе“) норме се у таквим ситуацијама само изузетно користе, када се због погодног садржаја снабдевају санкцијама државе у случају њиховог кршења.

Правним нормама се нарочито штити организација економске и политичке власти, а тиме систем и поредак људског понашања у друштву.

За постојање правне норме важно је да она буде изражена. Сигурније је када је норма изражена у писаном него у неписаном облику. То нарочито важи за највише државне акте.

Важно је и то да норма располаже одговарајућом садржином.

Будући да садржина права није стална, што важи и за његове норме, то ни границе права нису прецизне и поуздане. Ту непознаницу покушао је да реши Константин – Коста Стојановић у свом делу *Обласи њрава*.²⁹ Према њему, ради се о „широком проблему, који се у крајњој линији своди на одређивање појма права. Затим писац „проверава“ да ли право постоји и пре него што је описано и критички испитано. У суштини, ради се о одговору на питање: постоје ли такви друштвени односи који су правни и пре него што су регулисани правом. Тај, иначе стари проблем правне теорије, Стојановић решава на помало неуобичајен начин тако што закључује да се границе права налазе у хуманости која одређује смисао права преко морала као изворног и првобитног људског правила. Доводећи у везу право са моралом, Стојановић анализира однос правних и моралних правила, илуструје га

28 N. Bobbio, 3.

29 Вид. K. Stoyanovitch, *Le domaine du droit*, Paris 1967; Д. Митровић, *Зборник за теорију њрава*, IV, САНУ, Београд 1990, 359–362.

решењима других истакнутих правних мислилаца и допушта да проблем области, тј. граница права, остане нерешен и без јасног одговора. Али, то не значи да тај проблем не може барем да се опише. До истог закључка дошао је Бенедето Кроче (*Benedetto Croce*), по коме покушај да се тачно одреде границе права за правне истраживаче не представља „Рт добре наде“, већ „Рт бродоломника“. Једноставно, постоје питања на која није могуће пружити задовољавајући одговор.

За правну норму је такође важно да буде саставни део позитивног права, а не то на ком се државном подручју распростире или колико временски важи. То значи да све правне норме припадају одређеном правном систему и поретку јер су прописане, санкционисане и међусобно хијерархијски усаглашене са другим правним нормама. Тиме се повећава њихово појединачно и заједничко дејство.

За правни карактер норме, сматра већина писаца, ипак су најважније њена везаност за државу и ефикасност, која се у крајњем постиже применом државне санкције када све друго закаже, нарочито када закажу добровољна примена или морална присила. Због тога се каже да је несумњиво правна она норма која своју ефикасност извлачи из делатности одговарајућих државних органа.³⁰

3.2. Шта није правна норма: чланови и параграфи

Од правне норме треба разликовати чланове или параграфе у правним актима јер се они сасвим ретко подударају са једном целом правном нормом. Један члан или параграф најчешће садржи део једне, а понекад и више правних норми. У том случају делови исте правне норме се налазе у различитим члановима истог акта или се један део правне норме налази у једном, а други у сасвим другом правном акту.³¹ Тек узета заједно, оба дела норме сачињавају једну потпуну правну норму. Њиховим састављањем, тј. повезивањем у норму, баве се правна наука и правна пракса приликом догматског истраживања права, односно стварања, тумачења и примене права. Правна норма, дакле, не може да постоји без свих својих делова. Само, они не морају да буду на истом месту, тј.

30 Вид. А. Ross, *Directives and Norms*, London 1968.

31 N. Visković, 168–172.

у истом члану или параграфу, као што се понекад дешава када се норма и параграф подударају.

4. Састав правне норме

Свака правна норма има сложен састав, тј. састоји се из три или четири елемента, од којих су два главна: диспозиција и санкција. Оба главна елемента садрже два прескриптивна исказа, тј. две заповести о понашању. Поред главних елемената, правне норме имају један или два споредна елемента: претпоставку санкције и претпоставку диспозиције. Обе су два дескриптивна исказа у ужем смислу, тј. два описа услова или догађаја који треба да се испуне, остваре, да би се активирали главни елементи у правној норми. Претпоставка санкције је стални споредни елемент норме, док је претпоставка диспозиције нестални споредни елемент јер је садрже само условне норме.

Наведени састав правне норме навео је поједине писце да правну норму објашњавају као да у њој стварно постоје две врсте норми: прва, примарна, састављена од претпоставке диспозиције и диспозиције, и друга, секундарна, састављена од претпоставке санкције и санкције. По таквом логичком следу, прва врста норми била би упућена свим субјектима права, а друга само државним органима задуженим за примену санкције. Ако таква тврдња можда и може да се прихвати, није могуће прихватити још једну нужну последицу која из тога следи – да постоји норма са заповешћу без санкције (примарна норма) и норма без захтева али са санкцијом (секундарна норма). Уместо тога, у правној теорији се у највећем броју случајева диспозиција и санкција исправно сматрају алтернативним правилима понашања у правној норми, а не двома правним нормама. Захваљујући томе, може се објаснити зашто кршење диспозиције представља услов за примену санкције. Тај услов описује претпоставка санкције, док услов за примену диспозиције описује претпоставка диспозиције условне правне норме.³² Тиме се постиже да сви елементи правне норме буду тачно подешени да изражавају исто вредносно опредељење свог творца.

32 Упор. Р. Лукић, 202–218; N. Visković, 157–159; Г. Вукадиновић, 96–106.

4.1. Главни елементи правне норме: диспозиција и санкција

Диспозиција правне норме. – Диспозиција је први главни део норме. Она је примарно, условно, релативно, алтернативно и нормативно (обичајно, морално или неко друго друштвено) правило понашања, тј. заповест једне воље (која располаже влашћу) упућена другој вољи (нпр., да је свако дужан да плати порез). Правна норма без диспозиције не би могла да постоји. Ипак, диспозиција није норма, већ део правне норме, њен нормативан састојак који норми не обезбеђује правни карактер.

Диспозиција садржи условну (релативну и алтернативну) заповест, јер субјект слободно може да бира како ће да се понаша (пошто он може и да прекрши диспозицију). Али, ако је диспозиција једна условна заповест, то не значи да је и правна норма као целина једна условна заповест јер, поред диспозиције, правна норма садржи и санкцију као секундарно правило понашања, чију примену у крајњем обезбеђује држава својим апаратом принуде.

Диспозиције правних норми могу да се разврстају на различите начине. Сагласно са тим, постоје следеће *врсте диспозиција*.

Према начину на који је формулисана заповест, разликују се наређујуће и забрањујуће од овлашћујућих и декларативних диспозиција. *Наређујуће* диспозиције наређују субјекту да се понаша на одређен начин, тј. заповедају му да изврши извесну позитивну радњу (грађани су дужни да плаћају порез, родитељи да васпитавају децу, војни обвезници да служе војску, дужници да врате дуг итд.). *Забрањујуће* диспозиције забрањују субјекту да се понаша на одређени начин, тј. налажу му негативну радњу (пасивност, уздржавање, нечињење: нпр., забрањено је убијати, красти, клеветати другог итд.), што значи да је у њима заповест исто тако јасно формулисана и изражена, као код наређујућих диспозиција. *Овлашћујуће* диспозиције, пак, овлашћују субјекта на једно понашање. Оне субјекту нити наређују нити забрањују одређено понашање (нпр., свако има право на заштиту здравља). И оне садрже заповест за све друге да не ометају овлашћеног субјекта у уживању неког његовог права. Најзад, *декларативне* (проглашавајуће) диспозиције пружају опис, објашњење или дефиницију и на изглед не садрже никакву заповест, због чега се називају „норме дефини-

ције“ (нпр., оне одређују изглед државне заставе или грба, састав неког државног органа или шта је „брод“, „стан“ итд.). Међутим, и такве диспозиције садрже заповест. Само та заповест није уочљива, скривена је или се подразумева, јер је изречена дескриптивним исказима у ширем смислу. Из тога следи да су све диспозиције императивна правила која одређују обавезу за субјекте на које се њихова заповест односи независно од тога како је њихова заповест формулисана. Али, као што је поменуто, саме диспозиције не прибављају норми правни карактер.

Према степену слободе, тј. одређености, диспозиције могу да се разврстају на апсолутно и релативно одређене. *Апсолутно одређене* диспозиције (категоричке, императивне, когентне, стриктне) садрже тачно одређену заповест која односним субјектима не оставља никакву слободу. Такве су наређујуће и забрањујуће диспозиције. Њихову посебну врсту представљају тзв. „норме дефиниције“, које су добар пример прескриптивних исказа скривених у дескриптивним исказима у ширем смислу. Као што је речено, иако се овим нормама дефинишу појмови, оне нису мање правне од других норми, јер се њима одређују овлашћења и обавезе односних субјеката припређени посебном санкцијом због њиховог непоштовања (нпр., санкцијом у Закону о употреби грба, заставе и химне) или се њихова санкција састоји у томе што ће свака другачија употреба дефинисаног израза произвести незаконит акт. Насупрот њима, *релативно одређене* (дисјунктивне) диспозиције располажу различитим степенима слободе, тј. одређености за односне субјекте.

Најважније релативно одређене диспозиције јесу диспозиције са неодређеним појмовима и правним стандардима, алтернативне диспозиције, диспозиције које дају дискрециону власт и диспозитивне диспозиције. Најодређеније су диспозиције са недовољно одређеним појмовима и правним стандардима, а најнеодређеније диспозитивне диспозиције.

Диспозитивне диспозиције са неодређеним појмовима и правним стандардима настале су због превелике сложености, разноврсности и непредвидљивости друштвеног живота, као и немогућности њихових твораца да унапред правом обухвате целокупан друштвени живот. Због тога њихови творци посежу за неодређеним појмовима, јер би, у противном, морали да доносе бесконачно велик број норми које би право учиниле неупотребљивим. Ти појмови, иако

унапред неодређени, тачно се одређују и прецизирају накнадно, и то према околностима конкретног случаја. На пример, у норми која налаже родитељима да васпитавају и издржавају своју малолетну децу, неодређени појмови су „васпитање“ и „издржавање“, јер сви родитељи не васпитавају и не издржавају своју децу на исти начин. Да ли, пак, родитељи збиља васпитавају и издржавају своју малолетну децу и како то чине, накнадно се тачно утврђује у сваком конкретном случају.

Поред ових, у праву, нарочито у грађанском, трговачком, породичном и управном праву, често се користе неодређени појмови који се називају *правни стандарди*. То су појмови који мењају конкретну садржину, али не мењају своју суштину („савестан“, „добар домаћин“, „брза возња“, „опасан“, „јавни ред и мир“, „јавни морал“, „општи интерес“, „добар грађанин“, „правична накнада“ итд.). Њихова суштина је у томе што се за сваку конкретну ситуацију од односног субјекта обавезе захтева да се влада онако како би се „просечно“ понашао обичан, нормалан човек. Да би се проценило да ли је субјектово понашање у складу са нормом, или не, узима се у обзир не само конкретна ситуација већ и претходно дефинисан стандард понашања (нпр., по лепом дану и на аутопуту, брзина од 130 километара још није недопуштено брза возња, али ноћу на рђавом путу и брзина од 50 километара може то да буде).³³ Очигледно, суштина диспозиција са неодређеним појмовима и правним стандардима јесте у томе што за сваки конкретан случај постоји само једно понашање које потпуно одговара диспозицији, док свако друго понашање представља њен прекршај, деликт. Једино, то понашање није унапред одређено у норми, већ је надлежним субјектима остављено да га накнадно тачно одреде.

Алтернативне диспозиције или диспозиције са слободом избора предвиђају два или више могућих понашања за односног субјекта обавезе. Та понашања су унапред потпуно одређена. Једино што у њима није одређено конкретно понашање које ће субјект обавезе да изабере, јер то зависи од његове воље (нпр., поверилац има право да захтева враћање дуга, док дужник има право да изабере да ли ће да врати ствар коју дугује или ће да исплати њену новчану вредност). Код алтернативних диспозиција субјект овлашћења може само да захтева да субјект обавезе испуни своју

33 Р. Лукић, 207–209.

дужност, али не може од субјекта обавезе да захтева на који ће начин да је испуни. С друге стране, субјект обавезе не може сам да одреди на који ће начин да изврши своју обавезу према субјекту овлашћења. Он само може да изабере једно између два или више тачно унапред одређених и понуђених понашања. У томе се једино састоји његова слобода. Такве релативно одређене диспозиције називају се алтернативним. Алтернативна је и норма чија санкција овлашћује судију да бира између новчане и затворске казне за одређено кривично дело.

Диспозиције са дискреционом влашћу (овлашћењем, правом, слободном оценом) још су мање одређене. Њима се овлашћују државни органи, посебно управни и судски, да у конкретном случају који је предвиђен правном нормом тачно одреде једно једино могуће понашање за односног субјекта обавезе (које је у складу са правном нормом) руководећи се начелима законитости и целисходности (јавног интереса, службе). Ту је, дакле, државни орган као субјект овлашћења једини слободан да одреди то једно једино могуће понашање за односног субјекта обавезе.³⁴ На пример, управни орган дискреционо поступа када одлучује о томе да ли ће да изда, или не, путну исправу, оружани лист или грађевинску дозволу. Али, тако поступа и судски орган (на основу свог слободног судијског уверења) када за утврђено кривично дело обичне крађе, за које је (нпр.) припрећена казна затвора од три месеца до три године, осуди неко лице на годину дана. Једино законодавац не поступа дискреционо, јер се тада поставља тешко питање ко га је на то овластио правном нормом (Бог, Историја, Разум, Апсолутни дух?).

Дискрециона власт је, дакле, посебна врста делегиране (правом предвиђене и додељене) државне власти. То није самовољна власт, као што би могло да се учини, јер је државни орган дужан да се руководи не само начелом законитости већ и начелом целисходности, тј. јавним интересом или интересом службе. Ако он то не чини, већ се руководи личним интересом, тада злоупотребава своју надлежност, тј. поверену власт. Зато је дискрециона власт управних и судских органа ограничена. Њихове одлуке не могу да се оспоравају због нецелисходности (нпр., зато што је грађанину одбијен захтев за издавање путне исправе, оружаног листа или грађевинске дозволе), већ само због незако-

34 I. Krbek, *O diskrecionoj ocjeni*, Zagreb 1937, 265 и даље.

нитости (нпр., када је грађанин за учињено кривично дело крађе осуђен на два месеца или четири године затвора, а законом је предвиђена казна затвора од три месеца до три године). Али, дискрециона власт је и тачно одређена, јер државни орган коме је та власт дата није слободан да ствара норму по свом нахођењу. Њему је унапред тачно одређено какву норму треба да створи. Једино у чему је орган слободан јесте да може да препозна и изабере једну између више понуђених норми. Дакле, у оквиру тог свог дискреционог права, орган може слободно да се креће, процењујући конкретне околности у сваком појединачном случају, али под условом да власт врши у интересу службе. У противном, његов акт биће поништен.³⁵ Подразумева се да дискреционо поступање не постоји у случају правне празнине, јер је орган овлашћен да изабере норму а не да је ствара.

Диспозитивне (заменљиве) диспозитивне допуштају још већу слободу односним субјектима да уреде своје односе. Њима се допушта да диспозитивне правне норме замене диспозитивном коју сами створе сагласношћу својих воља (нпр., законски рок за испоруку робе је осам дана, изузев ако се продавац и купац другачије не договоре). Очигледно, ту је слобода субјекта далеко већа. У случају диспозитивне диспозитивне, дакле, субјект на кога се односи диспозитивна сам ствара диспозитивну којом регулише сопствено понашање или понашање других субјеката, као што је записано у параграфу 13 Грађанског законика Србије из 1844. године: „воља и наредба човечија заступа закон“, а када те воље нема, „закон надокнађује вољу и наредбу човечију“. Али, то не значи да диспозитивне диспозитивне нису обавезне или да су мање обавезне од других. Оне су такође обавезне јер дотични однос мора да се регулише на обавезан начин. Само се субјектима препушта да тај однос уреде сами и на другачији начин од оног предвиђеног у закону. Када субјекти употребе то своје овлашћење, њихова диспозитивна је обавезна као и било која друга принудна диспозитивна. Али, када субјекти ћуте, сматра се да су прихватили законско решење.³⁶ Диспозитивне диспозитивне најчешће се сусрећу у гранама права где важи начело аутономије воља странака (грађанско, наследно, облигационо, трговачко итд. право).

35 Упор. Р: Лукић, 210–212; N. Visković, 175–176.

36 Упор. Р: Лукић, 212–214; N. Visković, 175.

Санкција њравне норме. – Санкција је други главни или завршни део правне норме. Она је алтернативно и секундарно правило понашања које је обавезно за прекршиоца диспозиције. Али, она је алтернативно и примарно правило понашања за одговарајући државни орган који треба да примени санкцију према лицу када оно одбије да се понаша по прописаној санкцији правне норме која се на њега односи. За државни орган, дакле, примена санкције према прекршиоцу норме представља понашање по диспозицији неке друге правне норме која му налаже такво поступање. У већ поменутом примеру са плаћањем пореза, санкцију чине речи „биће кажњен“ ко не плати порез. Казну за кршење санкције примењује за то надлежан државни орган поступајући према диспозицији неке друге норме. То значи да је субјекту остављено на вољу да бира хоће ли да примени или крши диспозицију. Али то није случај са санкцијом по којој он мора да се понаша, јер га на то присиљава претња примене државне силе. Дакле, санкција представља „секундарну диспозицију“, која ступа на снагу и постаје обавезна тек када се не испуни „примарна диспозиција“. То значи да ни сама санкција не представља правну норму. Она је бесмислена без диспозиције чијем остварењу служи. Али, једино санкција норми обезбеђује правни карактер, што није случај са диспозицијом норме.

Када се ради о *врстама санкција*, оне, као и диспозиције, могу да буду мање-више одређене (алтернативне, дискреционе или чак диспозитивне /нпр., уговорна казна; *stipulatio poenel*). Исто тако, оне могу да буду апстрактне и конкретне, зависно од тога да ли се налазе у општој или појединачној норми (нпр., припрећена законска казна затвора од три месеца до три године и донета судска пресуда којом се неком окривљеном лицу изриче казна затвора од једне године).

Будући да су санкције правних норми уперене према својим прекршиоцима, који због тога подлежу санкцији, подложност прекршилаца диспозиције санкцији назива се *њравна одговорност*. Она се одређује према разним мерилима. На пример, према томе да ли се санкција односи на једно или више лица, разликује се данашња *индивидуална* од некадашње *колективне* одговорности. Такође, постоје *субјективна* (долозна, кулпозна) и *објективна* (каузална) одговорност. Прва се заснива на постојању кривице (умишљаја /*dolus*/), а друга на постојању штете (нехата /*culpa*/). Према врсти прекршаја и санкције, постоје *кривична*, *грађанска*,

дисциплинска итд. одговорност. Такође, постоји и тзв. „одговорност за другога“ (нпр., одговорност родитеља или старатеља за малолетне особе, одговорност за поступке душевно болесних или умно заосталих особа, као и новија одговорност послодаваца за раднике).³⁷

Савремена права познају разлоге који ослобађају од правне одговорности (кривице), као што су: *случај (casus)*, када штетна радња није скривљена умишљајем или нехатом), *заблуда (error)*, када се штетна радња чини погрешним увиђањем), *виша сила (vis maior)*, када је лице неотклоњивом силом спречено да изврши своју обавезу), *нужна одбрана* (када лице одбија истовремени противправни напад од себе или других), *крајња нужда* (када лице чињењем штете од себе и других отклања истовремену и нескривљену опасност) и *чињење штеђе уз ирисијанак оштећеној* (када оштећена особа пристане на штету која је правно дозвољена, морално прихватљива и односи се на добра којима она као оштећеник располаже).³⁸

Поред нормативног значења (као „делови правне норме“, тј. секундарне диспозиције), *санкције у свом другом значењу означавају и саму иринудну меру* коју примењује државни орган према прекршиоцима. Оне такође могу да се поделе према односним мерилима на више карактеристичних врста: према врсти добара која се одузимају од прекршиоца на *иелесне, имовинске и моралне* санкције; према циљу који треба да остваре на *рејрибутивне* (одмазда) и *реститивне* (преваспитавање, накнада штете, повраћај у пређашње стање); према коме или чему се изричу на *санкције према лицима* и *санкције према акцима* итд. Прве, санкције према лицима, одређене према врстама и степенима кривице, деле се на *умишљај* (тежа кривица, *dolus*) и *нехати* (лакша кривица, *culpa*), као и на *санкције за кривична дела* (казне: смртна казна, казна затвора, конфискација имовине итд.), *санкције за имовинске, грађанске деликте* (имовинске казне: накнада штете и повраћај у пређашње стање), *санкције за дисциплинске прекршаје* (дисциплинске казне, које се састоје у одузимању извесних права која потичу из службе) и *санкције за административне прекршаје* (административне новчане и затворске казне, сличне блажим кривичним казнама). Друге,

37 D. Vrban, 272–281.

38 N. Visković, 164–165.

санкције према актима, састоје се у *поништавању* или *укидању* незаконитих нормативних аката који се ниште или руше сразмерно степену своје незаконитости. У случају ништавости, по службеној дужности се поништавају све правне последице незаконитог правног акта од дана његовог доношења. У случају рушљивости, заинтересованим субјектима се оставља слобода да сами одлуче хоће ли, или не, да захтевају санкционисање таквог незаконитог акта, с тим што изречена санкција дејствује од тренутка поништавања акта. Када је, пак, реч о незаконитим материјалним актима, људским радњама, примена санкције има као последицу враћање у пређашње стање које је постојало пре извршеног прекршаја, а понекад и одмазду над прекршиоцем норме (нпр., када се неко за пример другима кажњава строгом законском казном).

Будући да санкције према лицима представљају примену државне принуде, оне морају да буду ограничене, сразмерне, тачно одређене и спецификоване. То посебно важи за кривичне санкције, јер се њима одузимају ограничавају најважнија људска добра. Зато се у кривичном праву примењује начело према коме санкција не може да се примени за дело које није унапред одређено законом, нити за дело чија санкција није унапред и тачно одређена законом (тзв. *начело лејалијетета* у кривичном праву).³⁹ Може се поставити питање ко санкционише државни орган који не примени санкцију према прекршиоцу, тј. који прекрши диспозицију норме која га обавезује на примену санкције. Очигледно, то чини виши државни орган који је диспозицијом неке друге правне норме обавезан да санкционише такав нижи орган. И тако редом, све до сувереног државног органа, који нема ко правно да санкционише јер је он највиша власт. Зато норме које „регулишу понашање суверена нису стварно правне“, већ „политичке“. Њих суверен не врши из „страха од правне санкције“, већ из свог „убеђења“.⁴⁰ Тиме се још једном показује како целокупно право почива на несанкционисаним нормама, на уверењу, уосталом као и читава зграда науке која такође почива на уверењу да наука пружа истинита сазнања.

Постоје и правне области у којима санкција не може да испуни наведене услове: нпр., у међународном праву рат представља

39 М. Чубински, *Закон и стварност у совјетској Русији*, Београд 1925, 18 и даље.

40 Р. Лукић, 212, 216.

најтежу санкцију, али њега може да добије онај ко је повредио међународно право; или, у унутрашњем праву, норме које садрже санкцију према суверену, али нема ко да је примени. За разлику од норми које имају санкцију, али она не може да се изврши, постоје и норме које уопште немају санкцију, што чини умесним друго питање: да ли су такве норме правне, или не. Одговор на то питање зависи од тога како је претходно одређен појам права. Ако се појам права одреди у суженом смислу, такве норме нису правне, већ политичке, религијске, моралне или неке друге (нпр., природне облигације које могу пуноважно да се испуне, али без права на тужбу; закони без санкције *leges imperfectae*; норме међународног трговачког права *lex mercatoria* итд.). Али и такве норме могу да постану правне када их накнадно санкционишу државни органи. Ако се право, пак, одреди у проширеном смислу, тада правност наведених норми зависи само од тога да ли оне располажу већином заједничких обележја права. Ако располажу већином правних обележја, могу се сматрати правним „непотпуним“ нормама, тј. нормама „умањене вредности“ или чак „недовршеним“, тј. „голим“ правним нормама, али ипак правним нормама.

4.2. Споредни елементи правне норме: претпоставка диспозиције и претпоставка санкције

Претпоставка диспозиције. – Претпоставка (хипотеза, услов) диспозиције представља део норме који одређује чињенице или околности које морају да постоје да би диспозиција као главни елемент могла да се примени. То значи да за односног субјекта наступа дужност да се понаша по захтеву садржаном у диспозицији тек пошто су испуњени услови описани у претпоставци диспозиције.

Претпоставку диспозиције садрже само условне опште и појединачне норме. Када општа норма прописује да је свако ко има имовину дужан да плати порез, онда речи „свако ко има имовину“ чине претпоставку диспозиције те норме; или, када норма прописује да сви запослени који наврше шездесет пет година живота или четрдесет година радног стажа стичу право на пуну старосну пензију, онда се претпоставка диспозиције састоји

у навршених „шездесет пет година живота“ или „четрдесет година радног стажа“ као услова за примену диспозиције. То важи и за појединачну норму (нпр., ако Јанко наследи имовину већу од десет милиона динара, дужан је да плати тачно одређен новчани износ према важећој пореској скали). Дакле, претпоставком диспозиције одређује се догађај који још није наступио, али који је могућ, вероватан или чак неизбежан. Али, да би за односног субјекта наступила обавеза да поступа по диспозицији, тај догађај мора да се оствари.

Претпоставка диспозиције се другачије назива „примарна претпоставка“. Она може да буде мање-више јасна или нејасна, одређена или неодређена. Када је претпоставка потпуно одређена, субјект на кога се норма односи нема готово никакву слободу да одлучује о примени диспозиције правне норме. И, обратно, што је претпоставка мање јасна или одређена, субјектова слобода одлучивања је већа. У том случају, претпоставка диспозиције почиње речима „ко“, „ако“, „када“ итд.

Претпоставка санкције. – Претпоставка (хипотеза, услов) санкције је „секундарна претпоставка“. Она садржи опис прекршаја диспозиције (или деликта) који тек треба да се догоди да би се применила санкција (нпр., ко не плати порез, у противном, биће кажњен; ту речи „у противном“ представљају претпоставку санкције јер описују деликт). Дакле, и претпоставка санкције описује извесну чињеницу, док сама не одређује никакво понашање. Зато ни она нема нормативан, већ индикативан карактер, као и претпоставка диспозиције.

Претпоставку санкције треба разликовати од прекршаја, деликта. Претпоставка санкције је нужан део сваке правне норме. Она пружа одређење деликта и као таква представља спону диспозиције и санкције, док је прекршај, деликт, део стварности, чињеница која се налази изван норме, која је у ствари последица кршења норме. Он се састоји у понашању које је супротно понашању које се захтева у диспозицији правне норме, тј. у неизвршењу правне обавезе супротно или забрањеном радњом. Деликт је, дакле, негација диспозиције и услов за примену санкције описан у њеној претпоставци.⁴¹

41 Упор. Р. Лукић, 204 и 214; N. Visković, 157–159.

5. Врсте правних норми

Правне норме се разврставају према више различитих мерила.

Према степену уопштености, правне норме се деле на апстрактне и конкретне. *Апстрактне* норме регулишу унапред неодређен број случајева на такав начин да су за њихову примену потребне конкретне норме, као што је случај са начелима правног и друштвеног поретка која се нужно разрађују конкретним нормама. *Конкретне* норме, пак, могу непосредно да се примене, било да су опште (нпр., свако је дужан да плати порез на наследство), било појединачне (нпр., Јанко је дужан да плати порез на наследство).

Према томе да ли садрже претпоставку диспозитије, тј. да ли су одређени услови за њихову примену, правне норме се деле на условне и безусловне. *Условне* норме се доносе за ситуације које тек треба да наступе. У њима се предвиђа један или више услова за примену диспозитије. Тек када се ти услови испуне, норма може да се примени. *Безусловне* норме се доносе за ситуације (стања, догађаје) које већ постоје, због чега могу одмах да се примене.

Према обиму и кругу субјеката на које се односе, правне норме се деле на опште и појединачне. *Опште* норме се односе на унапред неодређен број субјеката и ситуација (нпр., сви грађани су дужни да плаћају порез; свако је дужан да служи војску; родитељ је дужан да васпитава децу итд.). Њихову општост подржава њихова сталност, трајност, што значи да се једном примењена општа норма односи на све описане субјекте или случајеве док они постоје. *Појединачне* норме се односе само на један тачно одређен случај који се у норми тачно именује (нпр., Јанко је дужан да плати порез од 10.000 динара). Али, појединачна норма постоји и када се односи на више лица или случајева, под условом да се тачно именују таква лица или наведу такви случајеви. Подразумева се да појединачне норме морају да буду сагласне са општим нормама када оне постоје.

Према територијалном важењу, правне норме се деле на *генералне* и *локалне*. Прве важе на целокупном простору државе или на његовом највећем делу, а изузетно и преко граница државе (међународне, наднационалне или регионалне норме), а друге на мањим деловима државног простора (нпр., општинске, статутарне норме градова или предузећа).

Према степену слободе односних субјеката, тј. према степену одређености, правне норме се (као и диспозиције) деле на *ајсо-лујино* и *релативно* одређене, тј. на *којенјне* (нпр., норме дефиниције појма) и *дисјунктивне* норме, а ове последње према степену одређености њихове диспозиције на норме са *неодређеним јојмовима*, *алтернативне* норме, *норме с дискреционом влашћу* и *дисјозитивне* норме.

Према начину на који је заповест у норми формулисана, правне норме се деле на *наређујуће*, *забрањујуће*, *овлашћујуће* и *декларативне*. И у овом случају је очигледна истоветност са истом таквом поделом диспозиција.

Према предмету регулисања, правне норме се деле на *уставне*, *имовинске*, *радне*, *ујравне*, *јрјовачке*, *кривичне*, *јроцесне* итд.

Према творцима, правне норме се деле на *државне* (законске, судске, извршно-управне), *аујономне* (друштвене: обичајне, црквене, компанијске итд.) и *мешовитје* (државно-аутономне).

Према правцу деловања у времену, правне норме се деле на норме са *активном* и *рејроактивном снајом*, тј. повратним дејством.

Према правној снази којом располажу, правне норме се деле на *највише*, *више*, *ниже* и *најниже*. Највише су уставне норме, а најниже норме у појединачним правним актима. Између њих се налазе више и ниже правне норме, које су на основу своје правне снаге и начела кохерентности, потпуности и одређености међусобно повезане у јединствену целину.⁴²

6. Повезивање правних норми

Повезивање норми према њиховој правној снази у јединствену целину постиже се коришћењем *јравнојтехничких начела* која изражавају темељне вредности датог система права. Прво је *начело кохеренјносјти*, које изражава потребу права као система да буде што је могуће више усклађено, са што мање антиномија, празнина и неодређености, тј. да буде што мање противречна целина. *Начело јојјјуносјти* допуњава претходно начело, нарочито

42 Упор. Р. Лукић, 201–202; N. Visković, 172–176; Г. Вукадиновић, 114–117.

када је засновано на традицији римске јуриспруденције и каснијег европског континенталног права, јер му је циљ садржинско заокруживање права. Најзад, *начело одређености* састоји се у захтеву да више и општије правне норме буду што јаснија и прецизнија подлога за доношење нижих и мање општих норми.

За повезивање правних норми врло је значајно разликовање апстрактних од конкретних и општих од појединачних норми. Значајно је и разликовање државних од аутономних и мешовитих норми, јер се и на тај начин између наведених врста норми успоставља логичан и хијерархијски сређен однос. Он се састоји у томе што се апстрактним нормама постављају начела целокупног правног система и поретка. Та начела се даље разрађују конкретним (општим и појединачним) нормама, чиме се стварају и одређују услови за примену права. Општим правним нормама се унапред прописују једнака правила понашања за све субјекте права, док се појединачним нормама та општа правила даље разрађују и примењују у конкретним случајевима. Ту апстрактне норме служе као подлога општим, а опште норме као подлога појединачним нормама. Такође, и опште норме се разврставају на више и ниже. Више опште правне норме су подлога нижим општим правним нормама. Али, све опште норме су увек „више“ од појединачних правних норми, које су у односу на њих увек „ниже“. Зато све појединачне норме не смеју да противрече свим општим нормама. То важи и за саме опште норме: ниже опште морају да буду у складу са вишим општим, и тако све до највиших апстрактних норми на којима се заснива право. Апстрактне норме не морају да буду у складу са вишим од себе нормама, јер такве не постоје.

Да би се одржала описана сагласност међу нормама, између свих њих се успоставља једна врста чврсте хијерархије. Најважније државне правне норме су највише, посебно оне којима се уређују политички односи власти и државне организације. Такве норме се налазе у највишим и најважнијим правним актима (уставима и законима). Тек затим своје одговарајуће место заузимају аутономне и мешовите државно-аутономне правне норме, којима се уређују економски и пословни односи (норме које се налазе у колективним уговорима о раду, статутима, правилницима, пословницима, обичним уговорима итд.). На крају, појављују се појединачне државне и аутономне норме (нпр., укази, управни и судски акти или правни послови), којима се непосредно регулишу конкретни друштвени односи. Тиме се обезбеђује да се поје-

диначне норме доносе према општим нормама као њиховим изворима, тј. да појединачне норме индивидуализују опште норме и омогућавају њихову непосредну примену. Али, и од тог правила постоје изузеци, јер неке опште норме могу да се примењују непосредно, без појединачних норми, док неке појединачне норме могу у случају правне празнине да се доносе без ослонаца на општу норму јер такав ослонац не постоји.⁴³

Од начина на који се правне норме повезују зависи њихов систем. Он може да буде сасвим једноставан, обично састављен из једне опште и једне појединачне норме, само из опште норме (када она може непосредно да се примени) или само из појединачне норме (у случају правне празнине). У развијеним правима, систем и поредак правних норми врло су сложени и разуђени, јер се састоје из готово неизмерног низа апстрактних и конкретних, општих и појединачних, виших и нижих итд. норми, које самостално или заједно доносе државни и друштвени субјекти.⁴⁴

Други одсек ВАЖЕЊЕ ПРАВНИХ НОРМИ

Важење правних норми се односи на прихватање једне или више норми или начела као делова правног поретка који је погодан за примену у оквирима институционалног уређења права и друштва. То се чини препознавањем или преузимањем односних норми или начела, чиме се постиже њихова формална исправност. Она показује да је право релативно самостална целина која дејствује према себи својственим мерилима.⁴⁵

1. Учења о важењу правних норми

У правној теорији постоје различита учења о важењу правних норми. Према Оти Вајнбергер (*Ota Weinberger*), постоји природноправно, вредносно (аксиолошко), реалистичко-социолошко,

43 N. Visković, 178–179.

44 P. Лукић, 218–219.

45 D. Vrban, 222.

системско-динамичко и институционално учење о важењу правних норми.

Природноправно учење полази од претпоставке да постоји једно „натпозитивно“, тј. природно право, према коме треба да се усмерава позитивно право. Разлог је објаснио св. Августин (*Aurelius Augustinus*) следећим речима: „неправедан закон уопште није закон“ (*lex iniusta*). Ово учење природноправну норму сматра безусловним основом важења позитивноправне норме или барем оквиrom унутар кога се ствара позитивно право.

Природноправном учењу је блиско, а делом је подударно с њим, *вредносно (аксиолошко) учење* које полази од неког пожељног циља који се сматра пресуђујућим идеалом или добром за расуђивање о важењу правних норми (као што су слобода, правда, правичност, правна сигурност, једнакост, мир, ред итд.).

Према *реалистичко-социолошким*, а у ствари политичким учењима, важење позитивне норме се одређује на основу њене ефикасности, која се изводи из моћи односних институција, по најпре државе, као што потврђује изрека Томаса Хобса /*Thomas Hobbes*/: „Право није оно што је праведно, него оно што је наређено“ (*Auctoritas, non veritas facit legem*). Према модернијем социолошко-политичком приступу, важење норме се изводи из међудејстава тзв. „живог права“ (до кога долази деловањем друштвених субјеката – покретача друштвеног и правног живота /Еуген Ерлих/), са предвиђањем оног што ће судови да одлуче (Оливер Вендел Холмс /*Oliver Wendell Holmes*/).⁴⁶

Према *системско-динамичком учењу*, за чији су настанак најзначајнији Ханс Келзен и Херберт Харт, правно правило важи независно од вредносног мерила само зато што је део система хијерархијски распоређених правних правила. Место правила зависи од његове правне снаге, а она извире из основне или пранорме која је „највиши разлог важења једног нормативног поретка“ (*Grundnorm*, Келзен),⁴⁷ односно из „правила признања“ (*rules of recognition*, Харт) на основу кога се утврђује које правне норме припадају односном систему позитивног права. Харт на тај начин одваја важење од стварања права, што није случај са Келзеновим позитивистичким и нормативистичким учењем о важењу норме.

Најзад, према *институционалном учењу*, које је прва одредила Ота Вајнбергер, важење правне норме може да се одреди

46 D. Vrban, *Država i pravo*, Zagreb 2003, 489–491.

47 X. Келзен, *Елементи теорије правних норми. Изабрани позни сјиси*, 86.

само једнаким уважавањем деловања главних нормативних и фактичких чинилаца (аката и факата, као што су држава и њени органи који стварају и примењују право, укључујући и утицај нормативне свести субјеката који примењују право), што доводи до важења норме. Поновим тумачењем и „преосмишљавањем“ Келзеновог учења, Вајнбергерова важење правне норме везује за „највише правило које упућује на институције, тј. државу и њене органе који стварају и примењују право“.⁴⁸

2. Основни начини важења правних норми

Правне норме важе на различите начине. Најпознатије је њихово просторно и временско важење, јер и право, а не само држава, има своју просторно-временску димензију. Али, неки писци (као Ханс Келзен) сматрају да персонално и системско важење имају предност над просторним и временским, што се не може прихватити као сасвим исправно, осим када се следи дух њихових учења о праву као затвореном систему.⁴⁹

Просторно, временско, персонално и системско важење представљају врсте формалног важења правне норме за разлику од њеног материјалног важења. Поред формалног и материјалног, постоје вредносно и етичко важење правних норми.

2.1. Важење правних норми у простору и важење простора у праву

Све правне норме важе на конкретном простору, ма колики он био, од универзалних норми Уједињених нација до локалних норми општина и месних заједница. Између та два сасвим несразмерно велика, односно мала простора, постоји право које важи на простору сваке конкретне државе. Будући да је универзално право здружених народа још у настајању, а право општина и месних заједница одавно подређено држави, произлази да су по правним

48 D. Urban, 491.

49 Вид. Х. Келзен, *Ојшита теорија државе и права*, 95; Н. Л. А. Харт, „Scandinavian Realism“, у: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, 1983, 164 и даље.

нормама непосредно обавезна да се понашају сва лица унутар простора (подручја) државе. То важи и за ствари које се налазе на простору државе, јер се и на њих примењују норме дотичне државе. У томе се данас састоји начело просторног важења правних норми. Оно важи независно од тога да ли се простор државе смањује или увећава.

Некада, у старом и средњем веку, владало је начело персоналног важења норми. Сматрано је да свако лице има дужност да примењује право своје државе без обзира на то да ли се налази у њој, или не. То начело је данас преокренуто у своју супротност, чиме је просторност (или, како се непрецизно каже, територијалност) превагнула над персоналношћу, а територија над држављанством. Наравно, тиме нису решени проблеми са којима се сусрећу домаћи држављани и странци, а поготово лица без држављанства. Тим важним правним питањима „сукоба закона“ (у ствари, сукобима различитих правних система и поредака, од чијег решења зависи судбина појединаца или чак читавих друштвених група), подробно се бави међународно приватно право, поред уставног, управног итд. права.⁵⁰

Од сложеног проблема важења правних норми у виртуелном простору треба разликовати проблем важења виртуелног права у виртуелном простору.⁵¹ То је замишљена просторна димензија у којој се одвија правни метасвет, то најновије интелектуално средиште ове све више информатизоване цивилизације. Та мање-више необична просторна димензија тиче се нечег сасвим обичног – да право може да постоји чак и у „виртуелном простору“, без физичког простора. Такву могућност важења права потврђује све већи обим електронског пословања виртуелних компанија, сличних организација или појединаца као чисто виртуелних субјеката права (тзв. виртуелних ликова / аватара/), све до постојања виртуелних држава (као што је једно време био случај са тзв. „виртуелном Југославијом“). Најновије је важење и примена права у вештачком рачунарском метауниверзуму. Дакле, право не важи само у физичком простору (државни простор или подручје) већ и само поседује свој (виртуелни) простор или подручје.⁵²

50 Р. Лукић, 307–308.

51 J. L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Paris 1985, 115, у: Г. Вукадиновић; Р. Степанов, *Теорија државе и права I*, Петроварадин 2001, 348.

52 Вид. D. Mitrović, "Virtual Reality and Virtual Subjects of Law", *Journal on Legal and Economic Issues of Central Europe*, Vol. 3, No. 1, London 2012, 2–8.

2.2. Важење правних норми у времену и времена у праву

Правне норме важе не само просторно већ и временски. Можда је та димензија важења правних норми још изазовнија и важнија од његове просторне димензије. И у овом случају треба разликовати право у времену од времена у праву.⁵³

Важење њправа у времену односи се на еволуцију и примену права кроз време, јер неки правни односи настају, мењају се или нестају. За разлику од њега, *важење времена у њправу* представља изузетно важну хронометријску и хронолошку правну категорију. Тачно одређено време у праву може да представља одлучујући тренутак за настанак, мењање или престанак правних односа (нпр., време рођења, стицања пунолетства, закључења уговора, испоруке купљене робе итд.).

Време у праву може да се посматра и другачије, са становишта активног и ретроактивног важења норми, њиховог збирног и појединачног важења или важења у зависности од тога да ли је реч о општим и појединачним или условним и безусловним нормама.

Правило је да норме важе активно, од тренутка доношења, у будућност (*et pro futuro*), неодређено време, док је изузетак да важе од тренутка доношења унатраг, у прошлост (ретроактивно / од лат. *retro agere*/).

Активно важење норми може да се посматра збирно (са становишта правног система и поретка) или појединачно.

Када је реч о *збирном активном важењу* норми у времену, правни систем и поредак важе и обавезују односне субјекте права на основу своје ефикасности. Она постоји када се норме примењују у већини случајева који искрсавају у пракси. Али, условне норме могу да важе и када се не примењују. Довољно је да оне чине саставни део система и поретка који се примењују, који су ефикасни. И обратно, правни систем и поредак нестају када постану неефикасни, тј. када престану да се примењују у већини случајева. Њиховим нестанком, престају да важе правне норме које улазе у њихов састав. Тај тренутак, када стари поредак нестаје због новог поретка, који га смењује, назива се *формалнојправна револуција*. Она није аутоматски повезана са политичком и социјалном револуцијом, иако се изводи обично у току или непосредно по окон-

53 Г. Вукадиновић; Р. Степанов, I, 349.

чању политичке и социјалне револуције као њихова последица, а не као узрок.

Када је реч о појединачном активном важењу правних норми у времену, за сваку конкретну општу норму мора да се одреди време њеног важења. Овом приликом такође треба разликовати два тренутка: време када норма почиње да важи, тј. када ступа на снагу, од времена када норма престаје да важи. Те тренутке је много теже утврдити у неписаном него у писаном праву.⁵⁴

Тренутак када норма почиње да важи, тј. ступа на снагу, значи да од тренутка доношења норме сваки субјект на кога се она односи мора ту норму да примењује под претњом примене санкција. Тренутак ступања на снагу може да буде означен у самој правној норми или уопште за све правне норме или њихове врсте, при чему се одређује још један рок (од тренутка доношења до тренутка ступања на снагу), који служи за упознавање субјекта са садржајем норме (*vacatio legis*). Време ступања на снагу појединачне норме најчешће се одређује у појединачном правном акту. Према томе, опште и појединачне норме ступају на снагу, тј. почињу да важе од тренутка њиховог изгласавања или изрицања, објављивања, уручења адресату, истеком рока (обично 15 дана) од објављивања (односно уручења), или повратно (ретроактивно, од неког времена пре њиховог доношења). У развијеним правним системима правне норме редовно ступају на снагу, тј. почињу да важе тек истеком рока, док у другим случајевима норме изузетно могу да ступе на снагу и пре истека рока.

Од правила да правна норма важи за будућност постоји изузетак – када норма важи ретроактивно. Ту је реч о изузетку од правила да је најранији тренутак када норма ступа на снагу тренутак њеног доношења, јер су у том случају норме такорећи обавезне за односне субјекте и пре него што су донете. Само се за такве норме каже да располажу ретроактивном (повратном) снагом.

Ретроактивна снага правне норме има као последицу да се правни карактер и правне последице радњи које су се десиле у прошлости, за време важења бивших норми, не цене по тим, већ по новијим нормама којима је дата повратна снага. Ипак, и ту постоје извесна ограничења. Пре свега, норма која има повратну снагу може да се примени само под условом да поступак примене правних норми није потпуно окончан, тј. да правни акти нису по-

54 Р. Лукић, 309–313.

стали правоснажни. Затим, правне норме не могу да имају ретроактивну снагу ако то у њима није изричито одређено. Најзад, дејство таквих норми за односне субјекте мора да буде повољније (позитивна санкција /за разлику од негативне санкције, тј. казне/) од дејства претходне норме по којој су се понашали. На пример, ако је лице осуђено по старијој норми, оно новом нормом са повратном снагом може да буде ослобођено, али не може да буде теже кажњено зато што се није понашало у складу са претходно важећом нормом; или, законском нормом са повратном снагом не може да се повећа стопа доприноса за пензионо и инвалидско осигурање, али део преплаћеног износа може да се врати осигураницима. Из реченог јасно произлази зашто није оправдано давати правним нормама ретроактивну снагу, осим изузетно. Чак и када постоје озбиљни разлози за то, треба водити рачуна да се повратном снагом у најмањој могућој мери угрози правна сигурност. Ретроактивна снага се најчешће даје оним нормама којима се попуњавају правне празнине.⁵⁵

Много је теже одредити *тренутак када активна норма престaje да важи*, јер се тај тренутак не одређује увек јасно. Он зависи од тога о којој је врсти правних норми реч. На пример, безусловна норма престaje да важи чим је примењена, а када то није случај, чим је овлашћени субјект укине. Када је реч о условним нормама, које обично дуго трају, оне престaje да важе нестанком друштвеног односа који су регулисале, изричитим укидањем од стране овлашћеног субјекта или прећутним укидањем.

Тренутак када норма престaje да важи зависи не само од врста норми већ и од *правила која се користе за ошклањање противречности* (антиномија) између правних норми које регулишу исте друштвене односе. Те противречности могу да буду хијерархијског, временског или посебног (специјалног) карактера. У случају *хијерархијске противречности*, нижа норма противречи вишој норми потпуно или делимично (нпр., када статут или уредба забрањују оно што устав и закон допуштају). Будући да је очигледно реч о незаконитој нижој норми, она се укида одлуком надлежног органа на основу тужбе према начелу да виша норма укида нижу (*lex superior derogat inferiori*). У случају *временске противречности*, правило је да новија норма укида старију норму потпуно или делимично. Сматра се да старија норма важи све

55 С. Перовић, *Ретроактивност закона и других ошћих аката*. Теорија сукоба закона и времена, Београд 1987.

док не буде укинута новом правном нормом исте или веће правне снаге, односно да престаје да важи када нова норма исте или веће правне снаге има супротну садржину (*lex posterior derogat priori*). У случају *прошивречности због посебности* (специјалности норми), примењује се правило да обе норме важе али тако да једна представља изузетак у односу на другу, с тим што новија општа норма не укида ону старију посебну, док старија посебна норма укида новију општу норму (*lex specialis derogat legi generali*).⁵⁶ На пример, специјална норма овлашћује одличне студенте на коришћење института тзв. убрзаног студирања, чиме се они изузимају од опште норме која одређује редовни режим студирања за студенте; или, специјална норма предвиђа могућност универзитетским професорима да добију титулу „emeritus“ по одласку у пензију, чиме се они изузимају од опште норме која одређује редован режим за одлазак у пензију универзитетских наставника итд.⁵⁷

Примена наведених начела (хијерархијског, временског и по специјалности) ради утврђивања важења правних норми релативно је једноставна, изузев ретких случајева када дође до противречности између њих самих.⁵⁸ Та начела постоје зато што право има потребу да се прилагоди животу, како би се знало каквим овлашћењима и обавезама располажу односни субјекти, укључујући и ситуације које дуго трају, а не одговарају праву, јер и оне морају да му се прилагоде. У противном, губе се односна правна овлашћења и обавезе.

Сама правна пракса, а не само правна наука, одавно је утврдила карактеристичне случајеве када правне норме престају да важе. До тога долази изричитим укидањем (*abrogatio*), када се донесе нова норма у којој се каже да старија норма више не важи; прећутним укидањем (*derogatio*), када се донесе нова норма исте или више правне снаге која уређује исте односе на другачији начин од старије норме, с тим што се у новој норми не каже да ли старија норма важи, или не; истеком времена (када је одређен рок важења), укидањем због дуготрајног непримењивања норме (њеног заборав), изобичајењем норме (*deseutudo*) или револуционарним укидањем целокупног система правних норми (формалноправна револуција).

56 N. Visković, 241.

57 D. Vrban, 466–467.

58 N. Bobbio, *Eseji iz teorije prava*, Split 1988, 122 и даље.

3. Персонално, системско и друге врсте важења правних норми

Постоје и друга мерила на основу којих може да се одреди важење правних норми, поред просторног и временског. Посебно место припада персоналноности и системности, односно персоналном и системском важењу правних норми.

Персонално важење правне норме односи се на шири или ужи круг субјектата (адресата) права. Најшире персонално важење имају међународне норме које су упућене целокупном човечанству или неком његовом делу (нпр., норме Повеље УН или резолуције Савета безбедности). Веома широко персонално важење имају правне норме које се односе на све становнике неке државе (нпр., уставне норме или норме кривичних, имовинских и других закона). Уже важење, пак, имају опште правне норме које се односе само на неке категорије грађана (на јавне службенике, пензионере, студенте, ђаке итд.). Најуже персонално важење, пак, имају појединачне правне норме у појединачним правним актима (укази, пресуде, решења и правни послови). Од тога правила изузетке представљају норме у судским прецедентима и норме које се односе на особе са дипломатским имунитетом.

Системско важење правне норме зависи од места норме у систему права, тј. од њених веза са другим нормама. Нижа норма налази основ свог важења непосредно у вишој норми, која је њен извор, али она мора посредно да буде у складу и са другим, од себе вишим правним нормама. Такође, системско важење норме се одређује не само на основу њених вертикалних веза са другим нормама већ и на основу хоризонталних и побочних (центро-периферних) веза између ње и других позитивних норми. То је могуће зато што систем права представља једну логички и хијерархијски сређену кохерентну целину.⁵⁹

У правној теорији просторно, временско, персонално и системско важење норми сматрају се врстама *формалној важења*. Поред формалног постоји и *материјално важење* које се изводи из делотворности (ефикасности) норме, а не из врсте друштвених односа који су предмет правног регулисања, као што се понекад погрешно каже, јер је то задатак технике стварања права а не материјалног важења правних норми.

59 Х. Келзен, 95 и даље.

Поред формалног и материјалног, постоје барем још две врсте важења – *вредносно важење*, које се изводи из праведности норме, и *етичко важење*, које се изводи из исправности норме. На тај начин теоријски се додатно истиче условљеност важења правне норме њеном делотворношћу, праведношћу и исправношћу, чиме се потврђује и учвршћује формално обавезујућа снага сваке норме у систему права.

II глава ПРАВНИ АКТ

Први одсек ОПШТИ ПОЈАМ ПРАВНОГ АКТА

1. Претходни појам правног акта

У правној науци и данас постоји неслагање поводом питања шта је правни акт. До тога често долази зато што је за одређивање појма правног акта потребно претходно га разграничити од појма правне норме. То је у правној теорији поједине писце навело да посумњају у оправданост употребе појма правног акта који постоји упоредо са појмом правне норме.⁶⁰ По њима, није потребно да се удвостручују називи за једну појаву, јер је реч о истој ствари која се само различито назива. Због тога је потребно укинути тај неоправдани и штетни дуализам, наметнут добрим делом утицајем француске правне школе на правне теоретичаре и практичаре. Према другим писцима, поред појма правне норме потребно је и корисно да постоји и појам правног акта без обзира на то колико су ова два правна појма у теорији успешно развијена и међусобно разграничена. Између појма правног акта и правне норме, дакле, не може се ставити знак једнакости ма колико они били слични, јер је појам правног акта шири од појма правне норме. Свака правна норма је правни акт, али сваки правни акт није правна норма. То значи да појам правног акта не треба изједначавати са појмом нормативног правног акта, јер постоји и појам материјалног правног акта. И они су правни, али нису нормативни.

Залагање у правној теорији за укидање дуализма правног акта и правне норме, и то у корист правне норме а на штету правног

60 Упор. В. Perić, *Struktura prava*, I, 110–111; О. Mandić, *Država i pravo*, II, Zagreb 1958, 66.

акта, има суштински недостатак који оспорава умесност таквог настојања. Наиме, правна норма се не може објаснити из себе саме, као некакав правни феникс, јер је потребно да постоји нешто што изазива и ствара правну норму, а то је управо правни акт, који претходи норми или је барем временски истоветан са њом. С друге стране, залагање у правној теорији за постојање појма правног акта и његово разграничење од појма правне норме, које је иначе прихватила већина правних писаца, на први поглед изгледа очигледно, умесно и прихватљиво, под условом да се избегну претеривања која доводе до нетачности.

Једно од карактеристичних претеривања својствених првој групи писаца представља тврдња да је правна норма исто што и правни акт, иако је исправније рећи да је правна норма производ правног акта, који јој логички претходи, ствара је и одређује њена формална и материјална својства. То значи да правна норма и правни акт нису исти појмовно, а ни временски. Као што запажа Келзен: „Акт је једно бивство, важење је једно требање. Акт је такође *услов* али не *разлој* важења. Разлог важења неке норме, неког требања не може да буде неко бивство, већ може бити једино једно требање, тј. важење неке друге норме.“⁶¹ Уз то, правни акт може да садржи само део једне или делове двеју или више правних норми, што такође оспорава тврдњу о његовој излишности. Друго карактеристично претеривање, својствено другој групи писаца, односи се на тврдњу да сваки правни акт није правна норма, због чега се уопштено закључује да постоје две врсте правних аката: они који садрже норме и они који их не садрже. Таква тврдња може да се прихвати само када се прецизира, и то тако што ће се направити разлика између нормативних правних аката (који стварају, тј. садрже правну норму или одређују услове за њену примену или примену њених делова) и материјалних правних аката (који су људске радње сагласне или противне праву). Такође, треба избећи грешку коју је начинила традиционална правна теорија апсолутизујући разлику између нормативног и материјалног акта, тј. правног акта и материјалне радње, јер је та разлика, ипак, релативна – нормативни правни акт је оправдани резултат психичких и физичких (дакле, свесних материјалних) радњи људи, док су материјални правни акти оправдани само када су засновани на праву (као претходном резултату психичких и физичких радњи људи). Из тога се може закључити како су материјални акти изведени из нормативних правних аката, који их заснивају и одређују.

61 Х. Келзен, *Елементи теорије правних норми. Изабрани позни сајиси*, 51.

Приликом одређивања претходног појма правног акта могуће је приклонити се становишту већине писаца под поменутиим условима и јединственим појмом правног акта обухватити нормативне и материјалне правне акте. Први припадају нормативном елементу правног поретка, а други његовом фактичком делу. Заједно, творе исти јединствени претходни појам правног акта.

Нормативни правни акти се деле на опште (устав, закони, подзаконски прописи, акти друштвених организација, уговори, обичаји итд.), који су извори права јер садрже општу правну норму, и појединачне (нпр., државне и друштвене, потпуне и непотпуне: указе, управне и судске акте, као и правне послове, са њиховим бројним врстама), који нису извори права (изузев судских прецедената и судске праксе у англосаксонском праву) јер садрже појединачну правну норму. Материјални правни акти се деле на различите врсте људских правних радњи.

2. Појам и обележја правног акта

За разлику од правне норме као правила снабдевног државном санкцијом или барем већином других заједничких обележја права, нормативни правни акт се одређује као *психички акт* – изјава воље или разума, или истовремено воље и разума. Он се разликује од материјалне људске радње, телесног акта, јер се састоји у доношењу извесне одлуке која садржи извесну норму (правило о понашању) или представља услов за примену неке друге норме. У првом случају, реч је о општим правним актима, тј. изворима права, а у другом о појединачним правним актима.⁶²

Будући да је нормативни правни акт увек психички акт, он је *унутрашњи акт* воље и разума за разлику од материјалног правног акта. Он је и *несазнатљив* непосредно, што није случај са телесним актом, и *крајкојтрајан* (као све психичке појаве, пошто се психички доживљаји брзо смењују једни за другим), што не мора да буде случај са телесним актом. Због тог значајног ограничења, потребно је да се нормативни правни акт (који је као унутрашњи акт непосредно несазнатљив и краткотрајан акт воље или разума) учини трајним и доступним другима, тј. да буде *материјализован*. За постизање тог циља користе се различита средства која акт треба споља да изразе, а која чине његов спољни

62 Упор. Р. Лукић, 220–227; N. Visković, 176–178; Г. Вукадиновић, 119–124.

израз. Захваљујући томе, сваки нормативни правни акт се састоји из два главна елемента: унутрашњег психичког акта (изјаве воље и разума) и његовог спољног израза (материјализације), при чему се у практичном правном саобраћају примећује само његов спољни израз (ако је акт усмен, он се чује; ако је писан, он се чита итд.). Ипак, спољни акт није прави акт, како би могло да се помисли, већ средство да се изрази тај прави, невидљиви, унутрашњи правни акт. Он то мора верно да учини, јер, у противном, искрсава проблем неслагања унутрашњег правог правног акта са његовим спољним изразом.⁶³ На пример, „прави“ уговор представљају садржаји свести и воље купца и продавца, док је његов спољни израз у облику писаног или усменог уговора само средство да се тај прави уговор изрази.

За разлику од нормативних аката, материјални правни акти не садрже материјализацију као посебан трећи елемент, јер они сами представљају материјализацију свести и воље свог правотворца.

2.1. Карактеристични случајеви неслагања унутрашњег акта са његовим спољним изразом

Правна наука је одавно уочила карактеристичне случајеве неслагања спољног израза са унутрашњом суштином правног акта.

Најједноставнији случај представља *омашка* (грешка у изражавању: нпр., када се у уговору напише 100 уместо 1.000 динара, или када сведоци усменог тестаментa нетачно изјаве како гласи тестамент). Омашка као чест узрок неподударања унутрашњег акта са његовим спољним изразом постоји или када је творац нормe *хитео* нешто да изрази па то стварно није учинио у норми (нпр., када погрешно наведе или пропусти да наведе дозвољену брзину вожње у граду од 50 километара на час), или када ниједан „просечан“ човек не би на такав начин формулисао норму, учинивши је немогућом за примену или неприхватљивом за интересе које право нормално штити (нпр., када се за дозвољену брзину вожње у граду пропише 500 уместо 50 километара на час). Будући да је тешко утврдити стварну вољу творца нормe у случају омашке, уместо субјективног, у пракси се користи објективан појам омашке на основу кога се уочени недостатак уклања.

Омашку треба разликовати од *несавршености нормe*. Несавршеност не може да се исправља, док омашка мора да се исправља.

63 Р. Лукић, 220–222.

Од омашке такође треба разликовати *штиамјарске и друје грешке* приликом објављивања нормe, јер омашка постоји само када се налази у оригиналном тексту.

Остали случајеви неслагања нису тако једноставни. Први такав случај представља *зablуда (error)*, која постоји када субјект доноси акт погрешно процењујући чињенице које су толико другачије да он, када би знао какве су оне стварно, никада не би донео такав акт (нпр., када се склопи уговор са малолетним лицем). То је случај тзв. „зablуде о чињеницама“ (*error facti*) за разлику од тзв. „правне зablуде“ (*error iuris*), тј. зablуде о самом праву (нпр., о постојању и садржини правних правила). Други такав случај представља *превара (dolus)*, која постоји када је погрешна процена доносиоца акта изазвана намерном делатношћу другог лица (нпр., лажним представљањем). Најзад, трећи такав случај представља *принуда (metus)*, када се физичким или психичким средствима или само њиховом претњом тако делује на доносиоца да он донесе акт какав не жели (нпр., потпише тестамент који је саставио неко други против његове воље или преда новац разбојнику).⁶⁴ Ту, у ствари, не постоји неслагање унутрашње воље са њеним спољним изразом, већ само неодољива сила или претња њом, због чега лице прихвата оно што неће.

Случајеве зablуде, преваре и принуде право предвиђа и забрањује када год је то могуће. Због тога право готово увек допушта да се докаже постоје ли наведена неслагања, укључујући и начин на који унутрашњи правни акт може да се исправно и тачно сазна. Такође, право одређује ко све може да покрене поступак за поништавање аката који су донети због зablуде, преваре или принуде, а затим и мере за уклањање наведених узрока неслагања. На пример, да би се избегла зablуда или превара, формом правног акта предвиђа се да он може бити донет само после брижљивог испитивања чињеница које укључују и претходно испитивање да ли је лице које је донело такав акт малолетно, душевно болесно или раније осуђивано. Приликом доношења важних аката подробно се одређује поступак којим се утврђује има ли принуде или преваре (нпр., приликом закључења брака будући супружници се питају да ли су принуђени да закључе брак), док се против превараната и силеција примењују кривичне казне.

Све речено о неслагању унутрашњег акта са његовим спољним изразом важи и за материјалне правне акте, до чега долази

64 Р. Паунд, *Јуриспруденција*, II, Београд – Подгорица 2000, 150–151.

када (нпр.) надлежни истражни орган тачно изврши радњу прикупљања доказа али на непрописан начин, због чега окривљени мора да буде ослобођен оптужбе.

2.2. Доношење правних аката

Право само уређује своје стварање. Та особина је навела неке писце (као Ханса Келзена) да истакну способност права на „саморегулисање“. И збиља, правне норме се стварају правним актима, док се доношење правних аката регулише претходним вишим правним актима, који садрже норме којима се одређује доношење каснијих нижих правних аката. Роналд Дворкин је Келзену идеју о саморегулисању права проширио својом идејом о самоусавршавању права.

Како ће неки нормативни правни акт да буде регулисан, зависи од читавог низа различитих околности. Ипак, од правила да виши правни акти одређују доношење каснијих нижих правних аката постоји један изузетак. То је доношење првог устава, које је правно сасвим слободно, јер се њиме успоставља правни поредак. Први устав представља формалну основу из које настаје читава зграда правних аката са њиховим нормама, али се сам не ослања ни на какву формалну основу управо зато што је први. Сви каснији уставни се ослањају на претходни устав, чиме се обезбеђује неопходан правни континуитет, изузев у случају формалноправне револуције, после које нови устав преузима улогу првог устава.⁶⁵ И обратно, доношење нижих правних аката регулише се вишим правним актима. Нарочито се подробно регулише доношење важних правних аката (закона, уредби итд.), а мање важних овлашно.

Укратко описаним начином регулисања и стварања правних аката, од врха до дна, обезбеђује се да они буду међусобно сагласни, да сложено дејствују у истом правцу и испуњавању своју друштвену функцију. Али, када се каже да право регулише доношење својих правних аката, то значи да оно уређује и њихову садржину, а не само поступак доношења. Тиме се постиже да буду регулисана „оба битна елемента сваког правног акта – тзв. његов облик (форма), као и његова садржина (материја)“.⁶⁶

65 Х. Келзен, 127.

66 Р. Лукић, 223.

3. Облик и садржина правног акта

Сваки правни акт има свој облик и своју садржину. Они морају да одговарају једно другом. У противном, правни акт не постоји или је неисправан, због чега такође не постоји.

Облик правној акти се обично се одређује као скуп материјалних чинилаца и начина помоћу којих се акт ствара и испољава. Облик је строже одређен него када је реч о садржини правног акта, где је већа слобода стваралаца права. Том већом слободом у погледу садржине акта може да се објасни потреба за доношењем нижег акта, јер се вишим актом често недовољно подробно одређује садржина.⁶⁷

Облик правног акта је одређен постојањем одговарајућих елемената. Њихов број и особености зависе прво од тога да ли је реч о нормативним или материјалним правним актима, а затим и од тога о којој је врсти нормативних и материјалних правних аката реч.

Облик нормативној правној акти. – Састоји се из три елемената: надлежности субјекта за његово доношење, поступка доношења и материјализације акта, како би други субјекти могли акт да сазнају.

Први елемент, *надлежност* за доношење правног акта представља овлашћење државних органа или друштвених (недржавних, аутономних) субјеката да доносе одређене акте. Правило је да се надлежност даје оном субјекту за кога се сматра да ће акт да донесе на најбољи начин. То су најчешће посебни органи, специјализовани за доношење извесних врста аката, чије се доношење управо зато ставља у њихову надлежност, као што је случај са актима законодавних, извршно-управних и судских органа. Само изузетно, неки орган може да буде овлашћен да доноси и такве акте за које није специјализован (нпр., када управни орган има надлежност за доношење судског акта у случају управноправног спора).

Други елемент, *посредство* по коме се акт ствара, састоји се из низа конкретних радњи чији је циљ да обезбеде да акт буде донет на тачно предвиђен и најисправнији начин (после саслушања субјекта, контрадикторне расправе итд.). Поступком може да се убрза или успори доношење акта, омогући прикупљање неопходних чињеница или спречи субјективни утицај приликом доношења акта. Када поступак није унапред одређен, он је слободан.

67 *Ibid.*, 224–227.

Најзад, *материјализација* акта се састоји у телесној радњи, којом се акт споља изражава, и самог материјалног средства помоћу кога се обезбеђује његово трајање. Акт се најчешће изражава језиком (усмено или писано), што не значи да то не може да се учини и другим радњама (нпр., покретима /руковањем којим се склапа, закључује правни посао/). Када је реч о материјалном средству које мора да буде чулно, лако опазиво и што трајније, оно се бира тако да важнији акти дуже трају (нпр. камен, бронза, глина, пергамент) од мање важних аката (нпр., папир, светлосна, звучна, ликовна или дигитална порука). Овом приликом такође долази до изражаја предност писаног облика над неписаним, јер писани акт јасније, трајније и објективније изражава намере свога творца. Он по правилу садржи мноштво норми систематизованих у одређене целине, због чега је прегледнији од неписаних аката. У њему су правне норме изражене прецизније и опширније, а, по потреби, уз њега може да се приложи и одговарајуће образложење (као у пресуди или решењу). На тај начин, писани облик нормативних правних аката олакшава њихово објављивање и упознавање великог броја субјеката са садржајем њихових правних норми. Тиме се обезбеђује да акт, било где и било када, тачно сазнају сви заинтересовани субјекти, а не само у тренутку његовог доношења или материјализације (када је акт изречен или изведен).

Садржина нормативној правној актиа. – састоји се из главног и споредног елемента.

Главни елемент сачињава сама *изјава* воље или разума, која производи одређене правне последице, тј. доводи до настанка, промене или нестанка извесних права и обавеза. Према главном елементу сви нормативни правни акти се деле на опште и појединачне, зависно од тога да ли се актом стварају правне норме или постављају услови за њихову примену.

Споредни елемент садржине нормативног правног акта састоји се у његовом *означавању* (о којој је врсти акта реч, који га субјект доноси, правни основ доношења, место и време доношења, а често и поступак по коме се акт доноси, циљ због кога се доноси, потписи одговарајућих органа, печати итд.). Заиста би било тешко без споредног елемента знати да ли правни акт уопште постоји, да ли је уопште реч о правном акту, да ли важи, какво му је дејство, где се налази, ко га је донео итд. Означавање правног акта треба разликовати од његовог спољног израза, што се постиже материјализацијом (која је трећи елемент облика, а не споредни елемент садржине нормативног правног акта).

На основу елемената форме и садржине доносе се различите врсте нормативних правних аката, као што су: државни акти, акти друштвених организација и акти грађана; уставни и законодавни акти, акти шефа државе, акти владе, судски и управни акти; виши и нижи акти; општи и појединачни акти; генерални и партикуларни акти; акти уставног, грађанског, породичног, финансијског, трговачког, радног, социјалног или кривичног права; акти материјалног и формалног (процедуралног) права итд.⁶⁸

Материјални правни акти. – Поред нормативних правних аката (општих и појединачних), постоје и материјални правни акти, тј. људске радње које право регулише. Као и нормативни акти, и они могу по свом облику и садржини да се одреде у формалном и садржинском смислу.

Облик материјалној правној акти. – Када се ради о облику материјалног правног акта, он има само два елемента – надлежност субјекта и поступак извршења. Одређивање надлежности и поступка за вршење материјалних аката може да буде мање или више строго. Строго се регулишу само материјални акти државних или најважнијих друштвених органа, док се акти приватних лица све више уређују по начелу аутономије воље. Нарочито су подробно регулисани акти примене физичке принуде, како би се обезбедила законитост рада државних органа и заштитиле грађанске и људске слободе и права. Трећи елемент, материјализација, који постоји у нормативном правном акту, овде из очигледних разлога не постоји.

Садржина материјалној акти. – Одређивање садржине материјалној акти не представља ништа друго до одређивање врсте телесне радње коју субјект треба да изврши, из које се иначе састоји садржина материјалног правног акта (нпр., радње којима саобраћај на раскрсници регулише саобраћај).

4. Формални и садржински појам правног акта

Сви нормативни и материјални акти који имају исте елементе облика припадају истој врсти правних аката, као што је случај и са свим актима који имају исте елементе садржине. То значи да

68 N. Visković, 177–178.

за сваки нормативни и материјални правни акт могу да се створе два његова појма – формални и садржински.

Приликом одређивања формалног појма правног акта најважнији елемент представља надлежност субјекта, а тек затим поступак. Зато у формално исту врсту нормативних или материјалних правних аката спадају сви акти за чије је доношење надлежан исти субјект и који су донети по истом поступку предвиђеном за њихово доношење (нпр., закон је увек закон, независно од материје коју регулише, када га доноси парламент по законодавном поступку, односно наплата мандатне казне због погрешног паркирања увек је и само то када је према прописаном правилу службе изриче овлашћено службено лице). И обратно, за одређивање истог садржинског појма нормативног или материјалног правног акта важе елементи садржине правног акта. На основу тога може се закључити да у садржински исту врсту нормативних или материјалних правних аката спадају сви акти који имају исти главни елемент, тј. изјаву воље или разума, независно од њихове форме, тј. субјеката који их доносе и поступка по коме се то чини (нпр., садржински су исти сви нормативни акти који уређују исте својинске односе, независно од тога да ли су они формално закони, уредбе, статuti итд., односно садржински су исти сви материјални акти којима се изриче мандатна казна, за разлику од других аката којима се регулише саобраћај или изводе истражне радње).

Правило је да сви нормативни или материјални правни акти који имају исту форму имају и исту садржину, тј. да се њихови формални и материјални појмови подударају (нпр., закон је закон само када је то у формалном и материјалном смислу, што важи и за мандатну казну). Што је неки акт формално и садржински важнији, мање је субјеката овлашћено да га доноси, поступак за његово доношење је строжи, а средства материјализације поузданија.⁶⁹ Када није тако, реч је о формално или садржински неисправном акту (нпр., када акт донесе ненадлежан субјект или када је акт донет по другачијем поступку, односно када је садржина акта супротна оној која је утврђена прописом). Због тога се за сваки прекршај прописа о форми и садржини правног акта примењује санкција према акту (поништавање), а често и према субјекту који је акт донео (казна). Изузетке представљају тзв. формални закони (који су закони у формалном, али не и у садржинском смислу /нпр., закон о цивилној листи владара/), уредбе са законском снагом (које су формално подзаконски прописи, а

69 Р. Лукић, 227.

садржински закони) итд. Ипак, право предвиђа доношење таквих аката и не прописује санкције због неслагања њихове форме и садржине, као што је случај са другим формално или садржински неисправним нормативним или материјалним актима.

Други одсек ОПШТИ ПРАВНИ АКТИ (ФОРМАЛНИ ИЗВОРИ ПРАВА)

Реч „извор права“ или „правно врело“ има фигуративно значење мале научне вредности. Ипак, оно није сасвим некорисно, јер сликовито дочарава начин на који се ствара право и основ његовог важења (свака виша општа правна норма представља извор ниже опште правне норме: устав је извор закона, закон подзаконских прописа итд.). То је уобичајено значење по коме је формални извор права сваки општи правни акт који садржи опште правне норме. Помоћу формалних извора као средства, изражавају се материјални и вредносни извори права.

1. Појам формалног извора права

Формални извор права, за разлику од материјалног и вредносног, представља општи, а изузетно и појединачни правни акт који се примењује као општи, због чега постоје два његова значења. Када се извором назива општи правни акт (нпр., устав или закон), што је уобичајено, реч је о *ојштем* значењу формалног извора права. Када се, пак, извором назива појединачни правни акт (нпр., судски прецедент или судска пракса у англосаксонском праву) који дејствује као општи акт, реч је о *посебном* значењу формалног извора права. За појам формалног извора права, дакле, најважније је да правни акт садржи норму која важи за унапред неодређен број случајева који су у њој предвиђени, независно од тога колико ће пута норма бити примењена. Ипак, и тада постоји јасна разлика између општег и посебног значења формалног извора права. У случају општег правног акта, норма може да се односи и на сличне случајеве, док се у случајевима судског прецедента и судске праксе појединачна норма односи само на унапред неодређен број истоветних случајева.

Иако је могуће замислити поредак без икаквих извора права, сви иоле развијени правни пореци познају изворе права у формалном смислу. Али, који ће извори права да постоје и како ће да буде уређен њихов однос, зависи од бројних околности, а пре свега од степена развијености друштвеног и правног поретка. Развијени пореци имају више извора права и мање правних празнина од мање развијених правних поредака, који имају мање извора права и више правних празнина. Постојање формалних извора такође омогућава остваривање важних правних вредности, пре свих правне сигурности и једнакости, јер се извори доносе унапред и односе на све случајеве исте или сличне врсте. Захваљујући томе, субјекти унапред тачно знају како гласе правне норме и урачунавају последице својих поступака руководећи се начелом правне једнакости.

Различити формални извори права карактеристични су за европски континентални и англосаксонски правни систем. На европском континенту преовлађује писано право у облику закона као главног извора (почевши од XVIII века), док је обичајно право потиснуто, а судски прецедент готово да уопште не постоји. У англосаксонском праву, пак, преовлађују обичај и судски прецедент. Међутим, и у њему све више јача улога закона и писаног права, док у континенталном праву закон постепено слаби у корист подзаконских прописа (аката владе) и судске праксе. На тај начин долази до постепеног приближавања ова два велика правна система, па чак и до стварања новог система права заснованог на особеностима претходна два, као што је случај са системом комунитарног права Европске уније. То значи да постоје извори права који се мање-више појављују у свим порецима, који су, дакле, најважнији. Већина њих постоји и у нашем праву. Они могу да се поделе у три врсте: *државни* (устав, закон, подзаконски прописи итд.), *друштвени* (недржавни, аутономни: нпр., спољашњи /обичаји, колективни уговори о раду/ и унутрашњи /статут и друга унутрашња регулатива/) и *мешовити* (државно-аутономни /нпр., када држава закључи уговор са неком међународном или домаћом трговачком организацијом или када учествује у закључивању колективног уговора о раду/). Првенство имају државни извори права. Ипак, то правило више није апсолутно, јер се данас све чешће норме међународних организација (нпр., Уједињених нација, Међународне организације рада или Савета Европе) непосредно примењују у домаћим правима, док аутономне норме у колективним уговорима о раду и трговачким узансама редовно обавезују судове и органе управе.

Сви формални извори права тако су распоређени да *писани* извори права (које оличава закон) имају предност над *неписаним* (које оличава обичај). Будући да су писани извори много прецизнији од обичаја, у европском континенталном праву обичај је потиснут, постајући од некадашњег главног извора права допунски (супсидијаран) извор, нижи од свих писаних извора. У англосаксонском праву, које не познаје хијерархију каква постоји у европском континенталном праву, обичај је задржао снагу равну снази писаних извора.⁷⁰ Штавише, неки обичаји у Енглеској и данас имају уставни карактер и снагу, док други обичаји у земљама англосаксонског права могу да укину писану законску норму (случај изобичајења *deseutudo*).

2. Стварање формалних извора права

Стварање права представља нарочито важну делатност. Да би постојао правни поредак, потребно је да он претходно буде створен, што се управо чини делатношћу стварања права. Тек када је право створено, оно може да се тумачи и примењује, тј. да важи и буде ефикасно. Али и тада треба водити рачуна да се у праву стално догађају различите промене, јер неке норме нестају док се друге мењају, због чега морају да се стварају нове правне норме и доносе нови правни акти. Зато се каже да је стварање права веома сложена делатност приликом које стваралац мора да води рачуна да буду обезбеђени јасноћа, прецизност и гipкост правних норми, без којих право не може ваљано да се разуме и примењује. Али, стварање права је и чисто техничка делатност, због чега може да се говори о посебној *техници стварања права*.⁷¹ Њен циљ је да проучи питања најбољих поступака за припрему и обраду правних аката, да реши који ће формални извори права да постоје, какав треба да буде однос између писаног и неписаног права а какав између општих и појединачних норми, какав правни облик треба да имају правни акти итд.⁷²

Сва наведена питања се решавају применом одговарајућих *општих техничких метода стварања права*: метода спонтаног

70 Ph. Harris, 78–81.

71 B. Morgan; K. Yeung, *An Introduction to Law and Regulation*, Cambridge University Press, 2007, 42–64.

72 P. Лукић, *Методологија права*, Београд 1977, 178–208.

(без посебне свести, плана и познатог творца) и метода свесно-планског стварања (са познатим творцем). У првом случају, улога свести и плана много је мања, а у другом много већа. Такође, пожељно је да творац приликом стварања права што је могуће више користи „народни“, а не „стручњачки“ језик, јер ће на тај начин право да буде разумљивије грађанима. Најбоље је када творац мисли сложено, а изражава се једноставно.

Методи свесно-планског стварања права прилагођени су мање-више карактеристичним врстама правних аката. То дозвољава да се говори о различитим техникама стварања правних аката. Међу њима, посебно место припада *номојтехници*, коју законодавац користи када доноси законе или друге сличне правне акте са снагом закона. Поред ознаке за методе, истим изразом *номотехника* се означава посебна дисциплина у којој се ситемски излажу знања о стварању права. Она данас спада у општу правну технику стварања права.

Поред општих техничких метода, постоје и *посебни технички методи* свесно-планског нормирања, као што су таксативни, примерични, казуистички, апстрактни, начелни и прецедентни метод.⁷³

Таксативним нормирањем се наводе случајеви који су предмет правног регулисања, због чега се норме у правном акту примењују тачно на случајеве који су у њему изричито наведени. На пример, ако су наведени случајеви 1, 2, 3 и 4, правни акт не може да се примењује на случајеви 5, 6, 7 итд. Такво нормирање се често користи у кривичном праву.

Примеричним нормирањем се у правном акту наводе најважнији случајеви на које се тај општи акт примењује, а затим се њихова примена проширује коришћењем аналогije на друге случајеве који су им слични. На пример, ако су у акту наведени случајеви 1, 2, 3 и 4, такав акт може да се примењује и на друге сличне случајеве 5, 6, 7 или 8, али његова примена не може да се расплине на преостале случајеве 10, 11, 12 итд., који су у било каквој вези са примерично наведеним случајевима. Зато се приликом ове врсте нормирања тумачењем и применом права накнадно утврђује о којим је сличним случајевима тачно реч. Такво нормирање се често користи у грађанском праву и делу радног права.

Казуистичким нормирањем одређују се случајеви који се посебно наводе у правним актима. То није ни таксативно ни примерично нормирање, већ селективно нормирање прилагођено одговарајућем

73 Вид. Ђ. Гатарић, *Стварање права*, Загреб – Бања Лука 1991, 105–122.

циљу (нпр., када се правни акт односи на изабране случајеве 2, 6 и 15, и само на њих, али не и на случајеве који претходе или следе за изабраним случајевима). Таквим нормирањем правотворац у акту посебно истиче значај изабраних случајева које нормира.

Апстрактним нормирањем се у правном акту на апстрактан начин одређују случајеви који потпадају под замишљени случај којим се обухвата читав категорија унапред неодређених конкретних сродних случајева (нпр., када су у акту под општенаведени случај 1 подведени сви други случајеви 2, 3, 4, 5). То се постиже извлачењем заједничких обележја из низа конкретних случајева и истим таквим састављањем опште норме тако да њом буде обухваћен читав низ конкретних случајева које је творац норме имао на уму, било да они постоје, било да ће тек да настану. Таквим начином нормирања користи се правотворац када доноси најважније правне акте.

Начелним нормирањем се на исти начин као и апстрактним нормирањем одређују случајеви у којима право има да се примени, али на сложенији и разуђенији начин (нпр., када дође до примене случаја 1, под њега су подведени случајеви 2, 3, 4, 5, а када дође до примене случаја 2, случајеви 6, 7, 8, 9). Такав начин нормирања често користе уставотворац и законодавац, али и састављачи колективног уговора о раду или статута предузећа.

Прецедентно нормирање значи да ако је извор права прецедент 1, он треба да се примени на све исте будуће ситуације 1₁, 1₂, 1₃, 1₄ итд. У противном, мора да се примени други прецедент (на пример, 2₁, 2₂ ... 15₁, 15₂ итд.) или неки општи правни акт уместо прецедента.⁷⁴

Ниједан од наведених општих или посебних техничких метода није довољан. Општи технички методи стварања права су исувише општи, док су посебни технички методи исувише конкретни. Зато правотворац мора умешно да их комбинује ако жели да се створено право успешно примењује.⁷⁵

74 Ph. Harris, 85 и даље.

75 Ђ. Гатарић, 105–120.

Трећи одсек

НАЈВАЖНИЈИ ФОРМАЛНИ ИЗВОРИ ПРАВА

У сваком иоле развијеном позитивном праву постоји велики број извора права. Данас се њихов број мери стотинама хиљада или чак милионима. Нарочито је у англосаксонском праву велик број извора права због судских прецедената и судске праксе (нпр., давне 1960. године само у САД постојало је више десетина милиона томова прецедената, док садашњи њихов број уопште не може тачно да се одреди).

Нешто је повољнија ситуација у европском континенталном праву, у коме су најважнији извори права закони, државни акти нижи од закона, писани недржавни акти, судски прецеденти, обичаји и уговори, а у англосаксонском праву још и судска пресуда, судска пракса и пракса других органа. Правна наука готово ни где више није формални извор права, иако је то некада била, што значи да је њена улога другачија, а не мања. У нашем позитивном праву најважније изворе права, поређане према њиховој правној снази и хијерархијском редоследу, представљају устав, закон, државни акти нижи од закона, акти друштвених организација, уговори и обичај, слично као и у другим државама које припадају европској правној традицији.

1. Закон

Закон представља најважнији формални извор права. Он је постојани део сваког правног система и поретка. Али, значење закона није постојано.

1.1. Општи појам закона

Реч „закон“ (*lex*) има више различитих значења. Ову стару српску реч познају сви словенски језици, и то из прасловенског доба племенских заједница, крајем старе и почетком нове ере. Тада је закон означавао „обичај“, „брак“, „завет“, „веру“ или „вероисповест“. Поменути прастара значења речи закон сачувана су до данас највише у српским народним песмама и дијалектима. Најстарији сачувани корени закона везују је за власт римског ма-

гистрата, јер је први европски историјски потврђен Законик XII таблица донет 449. године пре н. е. у старом Риму. Када се данас каже „закон“ (*Law, Act, Statute* у енглеском, *loi* у француском, *Gesetz* у немачком, *diritto* и *legge* у италијанском итд.), најчешће се мисли на једно од три његова правна значења: у првом и *најширем*, закон означава свако писано или неписано правно правило уопште (у том смислу закон представљају обичај и судска пресуда); у *средњем*, закон означава све писане правне изворе за разлику од неписаних (у том смислу закон представљају и владарске ордонансе или уредбе владе); и, најзад, у *најужем*, закон означава само онај писани извор који има највећу правну снагу зато што га доноси законодавни орган по посебном поступку.⁷⁶

Прво значење закона припада далекој историји, када је целокупно право изједначавано са законом, а друго позном средњем веку, када закон добија истакнуто место захваљујући појачаној нормативној активности централизоване државне власти у настајању. Само треће значење закона је савремено, јер се закон одређује као посебан општи правни акт (формални извор права) у формалном и садржинском смислу. У противном, постоји неслагање форме закона са његовом садржином. Право у неким случајевима допушта таква неслагања (формални закон, буџет, пословник о раду парламента итд.). Оно није пожељно, али је корисно.

Наведени савремени појам закона као највишег правног акта тачан је само када не постоји посебан устав у формалном смислу. На пример, Енглеска је једина земља која нема формални устав, али, наравно, има устав у материјалном смислу (и своје законе / *Acts*/). Једино се унапред тачно не зна које га све норме сачињавају. Када Енглеска не би имала устав ни у материјалном смислу, не би била држава, већ географски простор насељен људима. Али, када формални устав постоји, закон постаје највиши акт после устава упркос томе што је устав настао из закона. Због тога се и устав може сматрати законом у ширем смислу. Најзад, поред устава као највишег закона и тзв. „обичних закона“, постоје законици, уставни, органски, основни или општи закони, као и специјални закони, који општи појам закона још више усложњавају. Такво разликовање формално истих општих аката са формално истом правном снагом више је данак политичко-правним потребама него логичкој недоследности која је очигледна: да се исти правни акти хијерархијски разврставају на највише, више, обичне, ниже и најниже. Очигледно је да се мерило за такво разврставање тиче

76 Р. Лукић, *Увод у право*, 233.

значаја и обима материје која се регулише тим врстама закона. Поменути хијерархија закона још је сложенија у федерацијама, у којима истовремено могу да постоје све поменуте врсте закона у савезној држави и федералним јединицама.

На основу реченог може се одредити *ирейходни ойшии йојам закона*, полазећи од елемената форме и садржине (материје) правног акта. Закон у формалном смислу представља општи правни акт који доноси законодавни орган по законодавном поступку. Закон у материјалном смислу представља општи правни акт који садржи опште правне норме којима се уређује законска материја.

На основу општег појма закона може да се одреди појам устава, кодификације, посебно важних, обичних, посебних и специјалних закона.

1.2. Устав

Устав представља правни акт са највећом правном снагом, због чега се налази на врху хијерархијске лествице правних аката. Он је темељ целокупног поретка једне земље. Њиме се регулишу основна политичка и социјална права и слободе човека и грађанина, економски састав друштва (својина, новац, тржиште, планирање, здравље итд.) и организација власти у држави.

За разлику од латинске речи *constitutio*, која је неупоредиво старија, реч устав потиче од старословенске именице „устав“, старе десетак векова. Сусреће се у старосрпском језику у облику *йисаної* (акта), посведоченог прво почетком XIII века у једној исправи краља Стефана Првовенчаног, а затим и у даровници цара Душана средином XIV века. Сама реч устав потиче од глагола „уставити“ (као „поставити“, „установити“, „одредити“), у смислу „оно што је постављено, установљено, одређено“ (као лат. *constitutio*). Као правни акт, устав се прво односио на религијску и црквену тематику, а тек затим на световну област власти када се преплитао са законом. Данас се ова реч користи још само у чешком и словеначком језику, и то у женском облику „ustava“, док се други словенски народи служе интернационализмом „конституција“, од латинског „constitutio“ (основ, темељ), као и други европски народи (у италијанском „constituzione“, у француском и енглеском „constitution“, у немачком „Konstitution“ итд.). Карактеристичне су следеће српске изведенице из речи устав: „уставност“, „уставотворац“, „уставобранитељ“, „уставотворна скупштина“,

„уставни закон“ итд. Интересантно је да су оба израза, који се и данас користе, настали много пре појаве модерних устава.

Појам устава. – Као и сви други општи правни акти, тако и устав може да се одреди у формалном и материјалном смислу. *Устав у формалном смислу* је највиши правни акт који доноси посебан уставотворни или обичан законодавни орган по посебном уставотворном или посебном законодавном поступку. Он је настао из политичке потребе да се најважније правне норме о организацији државне власти, нарочито норме о организацији највиших државних органа, формално истакну као више и чвршће од законских норми. То се постиже или одређивањем посебног уставотворног органа за доношење устава (уставотворна скупштина) или, чешће, одређивањем посебног поступка (уставотворног или законодавног), који је увек тежи, сложенији и спорији од обичног законодавног поступка. Тиме се обезбеђују већа стабилност и трајност устава. Када у федеративној држави постоји више устава, они се међусобно разврставају на више (савезне) и ниже (републичке).

Устав у материјалном смислу, пак, пре може да се одреди према врстама норми које садржи него према предмету који се његовим нормама регулише. То одступање у корист формалног мерила корисно је, јер омогућава да се устав разграничи од других општих аката у материјалном смислу. Полазећи од реченог, устав у материјалном смислу сачињавају „само оне правне норме које одређују организацију највиших органа државне власти и начела целокупног правног поретка и државне организације“.⁷⁷ То значи да он увек садржи две врсте норми: опште конкретне, којима се непосредно уређује организација највиших органа државне власти, и опште апстрактне, које се односе на државну организацију и правни поредак у целини. Ова друга врста норми јесу уставна начела. Она се прво разрађују општим, конкретним законским нормама, којима се конкретно утврђују овлашћења и обавезе односних субјеката, а затим и другим, нижим општим правним нормама, све до појединачних правних норми. На пример, највиши државни органи (нпр., скупштина, поглавар државе, шеф државе, врховни судски орган) образују се непосредно на основу конкретних уставних норми, док се апстрактно начело политичког плурализма разрађује конкретнијим законским и другим нормама.

77 Р. Лукић, 237.

Иако устав у материјалном смислу постоји од самог почетка у свакој држави (јер први акт државне власти којим се одређује њен носилац, независно од формалноправног основа и облика тог акта, није ништа друго до устав у материјалном смислу), човечанство је све до краја XVIII века живело искључиво под режимом устава у материјалном смислу, када је коначно уобличен његов формални појам. Изузетак представља монашка држава Света Гора, која је свој формални устав добила 972. године. Он представља најстарији написани и сачувани спис те врсте у свету. Сачињен је у 28 тачака и потписало га је педесет седам лица, од којих су четрдесет двојица били игумани (колико је те године било „живих“ манастира). Исписан је на јарећој кожи, због чега се још назива „Јарац“ (*Трајос*). Данас се чува у Протату (суду) у Кареји као својеврсни темељац прве и једине монашке државе на свету. С друге стране, Енглеска нема свој писани устав, што не значи да уопште нема устав.⁷⁸

Данас устав представља јединствен писани акт највише правне снаге. Али, и ту има одступања. У неким земљама (нпр., у Канади, Немачкој или Израелу) устав се састоји из више аката уставног значаја који тек сви заједно сачињавају устав. Исто тако, у неким земљама устав се доноси и мења готово као обични закони (Немачка). Најзад, устав (нпр., енглески) постоји само у материјалном смислу и једним делом се састоји из неписаних правила (уставних обичаја, традицијских норми, конвенција). Очигледно, појам устава, а тиме и његове врсте, могу се одредити тек имајући у виду наведена одступања.⁷⁹

Врсте устава. – Постоји неколико главних подела и врста устава. Пре свега, уставу могу да се поделе према свом облику на писане и неписане. *Писани* уставу су највиши закони у једној замљи. *Неписани* уставу, као изузеци од правила, карактеристични су нпр. за Енглеску. Ипак, појам неписаног устава није исправан, јер суштина енглеског уставног права није у томе што устав није написан или записан, већ у томе што законски пропис није једини његов извор. Енглеско уставно право, осим *закона* (*statut law*), чине и други извори: *ујовори* (нпр., један члан из Велике повеље слобода /*Magna carta libertatum*/), *ојшије љраво* (*common law*), тј. правни прописи који важе за судове, тзв. уставне нагодбе и уставно обичајно право (на коме почива целокупан енглески парламен-

78 К. Ј. Фридрих, *Конституционализам (ограничавање и контрола власти)*, Београд – Подгорица, 1996, 9–23.

79 М. Јовичић, *Закон и законичност*, Београд 1977, 216 и даље.

таризам) итд. Све друге државе имају писане уставе, иако је мисао о писаном уставу настала током револуционарних превирања у Енглеској XVII века. Будући да је Хобс настанак сваке државе изводио из уговора о уједињењу (*factum unionis*), уставотворног уговора (*factum constitutionis*) и уговора о потчињености (*factum subjectionis*), енглески револуционарни официри су, подстакнути Хобсовим учењем, саставили нацрт устава који није прихваћен. Затим су у Енглеској одустали од увођења писаног устава. Али, друге државе су преузеле ову енглеску иницијативу. Одмах пошто су се седамдесетих година XVIII века америчке колоније одвојиле од Енглеске, њихова прва брига била је да сазову уставотворну скупштину. Уставно питање је још једном истакнуто 1789. године, када је избила Француска грађанска револуција, од када почиње доба писаних устава.⁸⁰

У блиској вези са поделом устава на писане и неписане, постоји још једна њихова слична подела – на кодификоване и некодификоване. *Кодификовани устав*и као јединствени писани правни акти садрже основна начела и норме о организацији државе и друштва. *Некодификовани устав*и се налазе у дифузно стању, пошто нису јединствени и целовити правни акти (тзв. *дифузни устав*). Писани устав се даље деле према начину доношења на подарене („октроисане“ /*constitution octroyée*/) и донете у уставотворним скупштинама. *Подарени* устав се настају слободном одлуком апсолутне власти која саму себе добровољно ограничава (Уставна грамата Луја XVIII из 1814. године, Устав Немачке из 1849. године, Устав Етиопије из 1931. године, Устав Краљевине Југославије из 1931. године итд.). Другу врсту устава, почевши од Француске револуције (захваљујући учењу и залагању опата Сјејеса /*Emmanuel Joseph Sieyès*/), доносе посебне *уставотворне скупштин*е као највише власти у земљи (нпр., југословенски устав из 1946. године донела је уставотворна скупштина, док је све касније уставе донела законодавна скупштина).

Устави се исто тако према начину свог мењања деле на чврсте и гипке. Наведену поделу увео је у уставну и политичку теорију државе и права Џејмс Брајс (*James Bryce*). Разлика је у томе што *тврди* устав и олакшавају допуне и промене (нпр., Устав Немачке), док су *чврсти* устав начелно непроменљиви (нпр., Устав САД). Добра страна гипких устава је што се они лако прилагођавају друштвеним потребама, али је њихов недостатак у томе што основни државног уређења могу да се мењају према тренутној вољи

80 Е. Спекторски, *Држава и њен животи*, Београд (1933) 2000, 88–89.

парламентарне већине. Добра страна чврстих устава је већа стабилност државног поретка и политичких навика, али је њихова мана то што не воде довољно рачуна о друштвеним променама. Гипки уставни се мењају као обични закони, док то није случај са чврстим уставима.⁸¹

Уставна декларација. Најстарију уставну декларацију представља чувени Киров цилиндар. Он је и најузвишенији персијски (ирански) правни артефакт, чији се оригинал налази у Британском музеју у Лондону а верна копија у седишту Уједињених нација у Њујорку. Подсећа на глинени клип кукуруза. На њему су клинастим писмом урезане одредбе које се сматрају првом повељом о људским правима уопште. Одредбе садрже позив на верску и етничку слободу, забрањују ропство и сваку врсту угњетавања, одузимање власништва насилице или без надокнаде, укључујући чак и право држава-чланица тадашњег Персијског царства да саме одлуче хоће ли, или не, да се подвргну Кировој владавини, што је посведочено његом изјавом у повељи: „Ја се никад не одлучујем за рат да бих владао.“ Другу најпознатију уставну декларацију, донету готово два миленијума после Кировог цилиндра, представља Велика повеља о слободама (*Magna carta libertatum* из 1215, а затим 1216, 1217 и 1225 године). Ипак, прву модерну уставну декларацију, познату под називом Декларација права човека и грађанина, донела је француска уставотворна скупштина 26. августа 1789. године. Од тада до данас доношене су различите уставне декларације, укључујући својевремено и Уставну декларацију Заједнице Србије и Црне Горе.⁸² Насупрот томе, Европски парламент је 2005. године донео устав који није прихваћен од свих држава-чланица. Тиме је пренебрегнута чињеница која је ближа правом стању ствари: да је карактеру Европске уније примеренија уставна декларација, која јесте уставни акт, али није класичан устав.⁸³

1.3. Законик (кодификација)

Иако би требало да су нововековни европски уставни закони настали из кодификација, макар у сублимираном и дорађеном облику, то ипак није био случај. Разлог је веома једноставан – није

81 Упор. Р. Марковић, *Уставно право и политичке институције*, Београд 1995 (2001), 30–32 и 34–48; В. Perić, *Struktura prava*, 145–158.

82 Вид. *Нови уставни закони бивше Југославије*, Београд 1995.

83 Вид. А. Фира, Д. Симоновић, *Институционални оквир Европске уније након Лисабонског уговора*, Сремска Каменица 2008.

постојала жеља да се правно сачува доба са којим се на револуционаран начин раскинуло. И као што то увек бива, право се приклонило захтевима живота. Ипак, у извесним историјским приликама постојала је снажна жеља да се целокупан друштвени живот обухвати једним великим законом, тако да се цео правни систем смести у тај јединствени велики закон (нпр., Хамурабијев законик у Вавилону, Законик XII таблица у Риму, Јустинијанов *Corpus iuris civilis* и *Василике* у РOMEЈСКОМ царству или Душанов законик са Законоправилом св. Саве у Србији).⁸⁴ Али, ни тада, као ни сада, то није било могуће постићи, што не значи да је престала потреба за доношењем релативно великих закона који обухватају све (општа кодификација) или само једну област сродних друштвених односа (посебна, делимична кодификација). Ти велики закони, који обухватају једну или чак више правних области, односно правних грана, називају се *законици* или *кодекси*, а доношење таквих великих закона *кодификација*.⁸⁵

За успешну кодификацију потребно је да се стекне много *услова*, а пре свега да се постигне стабилност, одређеност и развијеност економског и политичког система и поретка који жели да се кодификује. У противном, када је поредак неразвијен, тада недостаје грађа за кодификацију.

За кодификацију су најважнији повољни политички услови. Међу њима нарочито важно место припада истакнутим појединцима, тј. ауторитету којим они располажу. Захваљујући томе, кодификовано право се одржава ауторитетом власти, па чак и позивањем на богове, због чега је оспоравање и испитивање квалитета у том погледу увек на губитку. У ствари, невероватно је колико се често кодификације стварају за *националне хероје*, деспоте и војсковође или настају по њиховом захтеву (нпр., краљ Липит-Иштар, владар који је „одговоран“ за стварање једног од најранијих познатих законика, вероватно почетком XIX века пре н. е.; Хамураби, краљ Вавилона у XVIII веку пре н. е., познат колико по својим освајањима, толико и по свом закону; Мојсије, који је између XIV и XII века пре н. е. свој народ ослободио египатског ропства и прибавио му „Десет заповести“; Гај Јулије Цезар и Гнеј Помпеј Велики, који су такође желели да кодификују право Рима, али је то успешно учинио тек Јустинијан I између 529. и 534. године доношењем *Corpus Iuris Civilis*. У IX-X веку у РOMEЈСКОМ царству, на подстицај Ва-

84 Вид. А. В. Соловјев, *Постанак и значај Душановог законика*, Београд 2001.

85 Р. Лукић, 241–244.

силија I а под каснијим покровитељством Лава VI Мудрог, састављена је нова правна кодификација у 60 томова под називом *Василике*. У нешто новијем добу, подстицај за настанак прве модерне европске кодификације, пруског „Allgemeines Landrecht“, дошао је од Фридриха II Великог, док је Наполеон I Бонапарта био „одговоран“ за настанак *Codé Civil*-а из 1804. године. Како год, реч је о сложеној појави која се јавља из неколико разлога, од којих се један тиче жеље освајача да буде упамћен као мудар и мирољубив човек, јер су право и правда највеће добро мира. Уз то, такав човек жели да буде и зачетник нове епохе. Следећи разлог се несумњиво тиче нестрпљења које један такав предузетан човек осећа према запетљаности и нејасноћама које задиру у сваки правни систем, нарочито у онај који је развијен без свеобухватне замисли. Оно што он жели јесте систем који је сам за себе ауторитет, и то такав систем у коме се налази одговор на свако питање до кога заинтересоване стране могу лако да дођу. Таквом истакнутом појединцу је много више стало да брзо дође до поузданог одговора него до префињености или апсолутног квалитета. На тај начин је наглашена централна улога ауторитета права, а не његов квалитет. За многе људе, укључујући и законодавце, изгледа да је важније да право буде приступачно него да има објективно савршена правила. Данас је такође случај да се право лакше усваја због угледа и ауторитета онога који га обнародује, те отуда делом и долази до прихватања правила која су више него неприкладна.

Поред политичких услова, за успешну кодификацију потребно је да буду испуњени економски и други друштвени услови, укључујући и чисто правне услове. Посебно је важно да право располаже развијеним правним појмовима, установама и техникама за стварање правног система као једне опште, систематизоване и прегледне непротивречне целине, за шта је потребно време и читав низ других закона подупртих правном праксом и правном науком. Уз то, треба водити рачуна о дубини и обиму кодификовања друштвених односа. Сматра се да законик не треба да иде исувише у подробности, јер су само начела трајна. Што се законик више бави појединостима, краће траје. Али, законик увек мора да буде јасан и прецизан, чега нема без развијене законодавне технике и знатног удела стручњака приликом њиховог састављања. На крају, треба водити рачуна и да језик законика не буде сувише стручан, већ народни, како би га што већи број људи разумео.⁸⁶

86 *Ibid.*, 243.

Упркос испуњености свих потребних услова, до кодификације права не мора да дође, као што је случај с англосаксонским правом.⁸⁷ Ипак, кодификација омогућава већу правну сигурност и једнакост него обични закони, јер се њом ствара јасан, прегледан и лако доступан извор права који се исто тако лако употребљава.

1.4. „Обични“ закони

Обични закони такође могу да се одреде у формалном и материјалном смислу, исто онако као што је учињено са законом уопште. То значи да је закон у формалном смислу посебан правни акт који доноси законодавни орган по обичном законодавном поступку. Тај поступак је тако уређен да закони могу лакше и чешће да се доносе и мењају од устава. Изузетно, за посебно важне законе може да се одреди посебан, строжи поступак, којим се ти закони приближавају уставу, или, пак, убрзан и скраћен поступак, када то налажу неодложни хитни разлози. Док поступак за доношење и промену закона може да се учини тежим или лакшим, споријим или бржим, једна ствар је увек постојана – закон увек доноси законодавац, тј. скупштина, парламент. То је готово апсолутно својство закона. Од њега постоји само један изузетак – када се закон доноси референдумом. У том случају, законодавца представља непосредно сам народ, а не парламент као представничко тело народа. Због тога се каже да је закон најважнији извор права после устава,⁸⁸ јер има мању правну снагу од устава, али већу од подзаконских прописа. Такво место закона на хијерархијској лествици општих аката такође се сматра његовим апсолутним својством упркос извесном броју изузетака. Будући да је закон најважнији акт после устава, уставом се одређују органи који доносе законе, поступак за њихово доношење и њихов садржај.

Законом се такође уређују најважнији друштвени односи после устава, мада је тачније рећи да се њиме уређују сви односи које устав непосредно и подробно не уређује, што значи да законом могу да се уређују и односи који су предмет устава. Због тога се каже да закон у материјалном смислу сачињавају све норме којима се заснивају конкретна овлашћења и обавезе односних субјеката. И збиља, имајући на уму ауторитет и демократско порекло парламента, законима се уређују готово сви односи који су од највећег животног значаја. Тек када су регулисани законом,

87 Р. Паунд, *Јуриспруденција*, II, Београд – Подгорица 2000, 363–397.

88 Р. Лукић, 233–234 и 239–241.

ти односи добијају правни облик који одговара њиховом значају. Ипак, то својство материјалног појма закона није апсолутно, јер у пракси законом могу да се уреде односи за које није потребно законско регулисање, односно чије регулисање може да се препусти подзаконским прописима или актима аутономног права. Тако долази до неслагања форме са садржином закона упркос правилу да закон у формалном смислу мора да се подудара са законом у материјалном смислу.

1.5. „Посебни“ закони и „закони који то нису“

Поред устава који је закон у ширем смислу, законика који је велики закон и обичних закона, постоје посебни и специјални закони. До њиховог настанка је дошло због све већег усложњавања државне и правне организације од када је превладало схватање да неким законима треба повећати њихову правну снагу. То је постигнуто тако што је законодавац задужен да по „строжем поступку“ донесе такве посебне законе. Тиме су ти закони за један степен уздигнути на хијерархијској лествици закона. То је начин на који настају *орјански*, *основни* или *ојшићи* закони. Али, законодавац такве законе може да донесе само по „посебном поступку“ који је строжи од поступка за доношење посебних закона. На тај начин настају тзв. *уставни закони*.

Постоје и *системски закони*. Њима се уређује читава једна област друштвених односа, али не све области. По томе се системски закони фактички издвајају од других врста закона, нарочито од општих и обичних закона, што формално не мора увек да буде случај.

Упркос реченом, због велике сложености и брзине којом се данас одвија друштвени и правни живот, закон је почео да губи важност у корист других правних извора који се брзо доносе и брзо мењају или је под налетом ужурбаног живота промењен његов формални појам. На тај начин су у Француској настали тзв. *административни закони* (декрет-закони), који се такође сматрају законима у формалном и материјалном смислу. Једино их уместо скупштине доноси шеф државе или влада. У Великој Британији, пак, постоје *секундарни* (подређени, делегирани) закони (*Statutory Instruments /SIs/*). Они представљају делове „права Уједињеног Краљевства одвојене од парламентарних аката који не захтевају пуно парламентарно одобрење пре него што постану закон... Обично их парламенту представља неки од владиних

министара, спроводећи легитимно право које му је дато Законом о Парламенту⁸⁹. У наведеном разликовању, као што може да се примети, постоји знатна нелогичност. Ако може да се прихвати да је устав закон над законима, тешко може да се прихвати да постоје и закони над законима.

Поред наведених врста закона са повећаном снагом, постоје *специјални закони (lex specialis)*, који се односе само на поједине категорије грађана у одређеним ситуацијама (нпр., Закон о високом школству) или се њима одређује тренутак ступања на снагу закона и других аката. Такви закони представљају изузетак, па се као такви и примењују.

Наведене врсте закона представљају законе у формалном и материјалном смислу, укључујући чак и уставни закон, који је пре устав него закон. Међутим, постоје акти који су закони само формално (буџет, завршни рачун, пословник о раду скупштине) или само материјално (уредба са законском снагом).⁹⁰

Буџет је један од најважнијих формалних закона. Под њим се у *формалном смислу* подразумева предрачун државних прихода и расхода за одређено време, обично за годину дана. Њега доноси скупштина у облику закона на предлог владе као овлашћеног предлагача. У *садржинском, материјалном смислу*, пак, буџет је акт владе, а не прави законски акт, јер се њиме не постављају никаква општа правила, већ се влади и њеној финансијској управи у облику закона издају упутства за рад у једној години (та година се назива фискална или буџетска, јер се не подудара са календарском годином). Дакле, буџет у материјалном смислу представља акт извршне власти (влада). Али, он је закон зато што шеф извршне власти мора да га поднесе на одобрење, тј. усвајање, парламенту који одлучује о буџету на исти начин као када доноси обичне законе.⁹¹

Буџету је сличан *завршни рачун*. Разлика се састоји у томе што завршни рачун представља веродостојан извештај владе о оствареним приходима и учињеним расходима на крају фискалне године. Он је једнако важан, а можда и важнији, од буџета. Због тога власти кад год могу проналазе изговор да га не поднесу парламенту на увид и усвајање.

89 Вид. *Encyclopaedia Britannica* 2000 CD или www.answers.com.

90 Р. Марковић, 30–32 и 34–48.

91 С. Јовановић, *О држави. Основи једне правне теорије*, Београд 1922, 216. Вид. Д. Поповић, *Наука о порезима и пореско право*, Београд 1997.

Пословник о раду скупштинине такође представља закон у формалном смислу, јер се доноси на исти начин као обични закони, али он није закон у материјалном смислу јер садржи унутрашња (интерна) правила о раду скупштине, а не конкретна овлашћења и обавезе за све односне субјекте, као што је случај са правим законом.

Најзад, карактеристичан случај неслагања формалног са материјалним појмом закона представљају *уредбе са законском снагом* којима влада или шеф државе могу не само да уреде законску материју већ и да суспендују или промене закон који донесе парламент.⁹² У формалном смислу, пак, уредбе са законском снагом су акти највише извршне власти (влaде), али су у материјалном смислу закони. Оне треба да замењују законе само за одређено време, обично док трају разлози за суспендовање закона (нпр., док траје проглашено ванредно стање), али тако да сила не гази устав и законе.

1.6. Сличности и разлике између устава и закона

Између устава и закона у формалном и материјалном смислу постоје одређене сличности и разлике.⁹³

Формалне сличности између устава и закона потичу од сличности органа који их доносе, нарочито када устав и закон доноси исти (законодавни) орган, због чега се ова два акта сврставају у исти појам закона у ширем смислу. Сличности постоје и у погледу поступка. Он се данас за устав све више ублажава, чак дотле да је у неким земљама поступак за промену устава готово исти као и за промену закона (типки устави). Наведену сличност у погледу поступка за доношење устава и закона увећава строжи поступак који се захтева за доношење „закона са појачаном снагом“. Дакле, формална разлика између устава и закона није тако велика као што може да се учини. Закон је највиши општи акт који није устав.

Када је реч о уставу и закону у материјалном смислу, закон садржи опште конкретне норме којима се непосредно *не* уређује организација највиших државних органа и које *нису* начела. Он садржи опште норме којима се утврђују конкретна овлашћења и обавезе односних субјеката. Ни ова разлика није сасвим прецизно направљена, али је барем јасна. Разлог се налази у великој сличности устава и закона, али и у постојању „мешовитих“ правних аката (уставни закон).

92 Р. Марковић, 11.

93 Р. Лукић, 235 и 238–241.

1.7. Законодавни поступак

Доношење закона одвија се према претходно прописаном законодавном поступку. Због тога се каже да се „акт законодавства, поступак доношења закона, који се може састојати из мноштва аката, јасно разликује од закона, који је – као што се фигуративно изражава – његов 'продукт', кроз њега бива 'произведен' и који – без испомагања метафором изражено – јесте његов *смиао*“.⁹⁴

Будући да је реч о најважнијем правном акту после писаног устава, поступак за доношење закона обично је тако подешен да буде спор, подробан и свеобухватан, како би најважније правне норме могле пажљиво да се претресу. Он почиње подношењем *предлоја* закона (који као овлашћени предлагач најчешће подноси влада, али то могу да учине шеф државе, група посланика или грађани) и изградом *нацрта* закона. Предлог и нацрт закона обично претходно брижљиво припремају посебни стручни и политички органи (посебни одбори састављени од неколицине посланика и представника свих парламентарних странака, који су специјализовани за унутрашњу политику, спољну политику, правосудје, привреду, просвету, школство, културу итд.). Њихов задатак је да претходно испитају основаност конкретног предлога и дају мишљење о њему са властитим предлозима измена и допуна. Понекад се такав предлог може ставити на општу дискусију, када се о њему изјашњавају грађани. Предлог се увек подробно *прећреса* најпре у једном или више одбора законодавног тела, а затим и на седници једног скупштинског дома (пленуму) или заједничкој седници (општем пленуму) оба дома ако је скупштина дводома, када се у сваком дому или на заједничкој седници домова води расправа о целини или деловима претходно у одборима пречишћеног текста закона, дају амандмани на текст закона и понекад усаглашавају ставови у погледу усвојених текстова закона образовањем заједничке комисије. Поред првог дома, о закону може независно да се изјасни и други дом. Након тога, ако постоји кворум, приступа се *одлучивању* о закону. Приликом гласања најчешће се тражи обична већина гласова. Закон је изгласан када добије потребну већину гласова посланика у скупштини или када га изузетно потврди народ изјашњавањем на референдуму (*референдумски закон*). После тога закон се *објављује* у службеним новинама, како би се грађани са њим упознали, а после извесног времена и *свијуа на снагу*, обично у року од 15 дана (*vacatio legis*). Понекад се између

94 Х. Келзен, *Елементи теорије правних норми. Изабрани позни сјиси*, 43.

изгласавања и објављивања закона умеће *санкција*, тј. потврђивање закона од стране шефа државе или његова забрана (*вето*), као и његова *промулација*, када шеф државе својим потписом потврђује да је дотични закон заиста донела законодавна власт по поступку предвиђеном за његово доношење. Тиме се отклања сумња у веродостојност и исправност закона, због чега сви треба да га примењују.⁹⁵

Поступак за доношење закона знатно се разликује од поступка за доношење законика, који је неупоредиво свеобухватнији, тежи, сложенији и дуготрајнији, док је то у све мањој мери случај са поступком за доношење устава.

2. Подзаконски државни и друштвени општи акти

Следећу основну врсту извора права представљају општи акти нижи од закона. У њих спада читав низ државних и друштвених општих аката различитих по називу, својствима и правном карактеру које доносе бројни државни и друштвени органи нижи од законодавца. Њихову најважнију врсту чине подзаконски прописи које доносе представнички и извршно-управни органи државне власти. У подзаконске прописе спадају и општи акти аутономног права нижи од закона које доносе бројни друштвени субјекти.

2.1. Два главна значења општих правних аката нижих од закона

Опште акте ниже од закона у *најширем* смислу формално сачињавају сви општи правни акти слабије правне снаге од закона које доносе државни или друштвени органи према унапред утврђеном поступку за њихово доношење. Материјално, пак, то су акти којима се *не* утврђују конкретна овлашћења и обавезе субјеката (као што је случај са законом у материјалном смислу), већ начин остваривања тих законских овлашћења и обавеза. Ове акте најчешће доносе органи извршне власти, обично влада или шеф државе, али могу да их доносе представнички, судски (у случају судског прецедента или судске праксе) или недржавни (друштве-

95 Р. Лукић, 241; N. Visković, 186–187.

ни, аутономни) органи, што зависи од решења у конкретним правима. Свим подзаконским општим актима је заједничко да их не доноси парламент (који доноси уставе, законе итд.) и да су слабије правне снаге од закона, тј. да су хијерархијски нижи од закона, због чега не смеју да му противрече.

Државне опште акте ниже од закона у *ужем* смислу сачињавају само подзаконски општи акти државних органа, тзв. *подзаконски прописи*, због чега они спадају у чисто државне изворе права. Будући да ових аката има више, они међу собом нису исте правне снаге, већ се хијерархијски разврставају и уређују према хијерархијском положају органа који их доноси. Тако се долази до још једне нелогичности: да постоје прописи нижи од закона који су међу собом виши и нижи. Од тога има одступања, јер влада може изузетно да доноси прописе исте правне снаге са законом (тзв. уредбе са законском снагом), а не само прописе различите ниже правне снаге од закона. Подробније изведена хијерархија подзаконских прописа зависи од конкретних решења у позитивном праву.⁹⁶

2.2. Врсте подзаконских прописа

Подзаконски прописи се деле на оне које доносе централни органи и оне које доносе нецентрални (обласни или локални) органи. Подзаконски прописи централних органа такође се међусобно разликују по свом доносиоцу и поступку за њихово доношење, јер неки пут прописе доносе колегијални, а следећи пут инокосни органи.⁹⁷

Постоје три главне врсте подзаконских прописа. Оне се одређују према органима главних врста државне власти.

Подзаконски прописи представничких органа (статути, одлуке, закључци, наредбе, пословници итд.) – *скупштина* (општине, града или покрајине) јесу општи нормативни акти организационог, функционалног или мешовитог (организационо-функционалног) карактера са подзаконском снагом. У нашем праву најважније место имају *скупштине* (општине и града), који је највиши правни акт локалне самоуправе, и статут покрајине, који је највиши акт те политичко-територијалне аутономије. Статутом се уређује делокруг послова сваке од поменутих заједница, утврђују њихова права, дужности и одговорности, територијални распоред, устројство и надлежност њихових органа, као и поједи-

96 Р. Лукић, 241–242.

97 N. Visković, 187–189.

ни елементи правног положаја грађана у тим заједницама. Поред статута, скупштине доносе различите одлуке, којима се извршавају и конкретизују поједине законске одредбе или уређује њихова унутрашња организација.

Подзаконске прописе извршно-управне власти доносе влада и шеф државе. У карактеристичне подзаконске прописе извршне власти спадају уредбе, одлуке, упутства, општа решења и правно обавезни начелни ставови и смернице донети у облику закључака или неком другом облику.

Уредба је најважнији подзаконски пропис који доноси влада или шеф државе. Због тога се уредба сматра класичним подзаконским прописом којим се извршавају закони.⁹⁸ Према класичном учењу, уредбом могу да се регулишу само питања која су јој законом препуштена „у одређеној мери“, јер не постоји никаква материја која би била чисто „уредбодавне природе“. Ипак, њом не може да се регулише уставна или законска материја, док сва друга питања могу да се регулишу уредбом само када за то постоји законско овлашћење. Такво класично учење истрајава на постојању знатних разлика између закона и уредбе. Међутим, последњих седам деценија приметно је све веће преношење тежишта нормирања са парламента на извршну власт. То се чини или *изузетно* (када наступе ванредне ситуације: рат, непосредна ратна опасност, тероризам, економске и политичке кризе, природне катастрофе итд.), или *редовно* (нпр., када се проширује опсег државних послова). Због тога је класично учење о уредби донекле ублажено или измењено. До одступања од класичног схватања уредбе обично долази када се законом регулишу најважнији друштвени односи, док се сви други мање важни односи регулишу уредбом; када се законска материја регулише апстрактно, док уредбу управо одликује конкретност и детаљност регулисања (што уредбу приказује као „збирку детаља“ /Жан-Етјен-Мари Порталис, *Jean-Etienne-Marie Portalis*); или када се законом регулише релативно стабилна, тј. стална материја, док се уредбама регулише променљива, флексибилна материја.

Наведена три случаја показују да се уредба разликује од закона према степену важности друштвених односа (*вредносно* мерило), методу који се користи за регулисање друштвених односа (*методолошко* мерило) и степену променљивости друштвених односа (*техничко-динамичко* мерило). Поред њих, користе се и друга мерила која такође омогућавају разликовање уредбе од закона.⁹⁹

98 М. Јовичић, 105–107.

99 З. Томић, *Управно право*, Београд 1998, 154–162.

И саме уредбе могу да се разврстају на административне, правне и полицијске (Слободан Јовановић,¹⁰⁰ за извршавање закона на основу законског овлашћења (наређења), које су донете на основу генералног уставног овлашћења и са законском снагом (Миодраг Јовичић), или на неки други сличан начин.¹⁰¹

Најпознатија је *уредба са законском снагом*, којом привремено могу да се обуставе или укину (дерогирају) поједине законске одредбе, па чак и цели закони. Због таквог правног дејства уредба са законском снагом не само што није „*secundum legem*“ него није чак ни „*infra legem*“, пошто могућношћу укидања закона постаје „*contra legem*“. То значи да се само формално ради о подзаконском акту.

Извршна власт, поред уредби, доноси *групе врста одлука*, којима уређује поједина питања и мере од општег значаја. На пример, *правилником* се разрађују поједине одредбе закона, других прописа и општих аката; *наредбом* се извршавају одредбе закона, других прописа и општих аката скупштине или владе, тј. наређује се или забрањује одређено поступање у случају који има општи значај; *упутством* (инструкцијом) се прописује начин рада и обављања послова државних органа управе или недржавних органа и организација са јавним овлашћењима итд.

Најзад, трећа врста органа који могу да доносе опште правне акте јесу *органи правосуђа*, што је предвиђено у правима појединих земаља које припадају англосаксонском систему. У нашем праву и правима земаља које припадају европском континенталном систему, судови не могу да доносе подзаконске прописе.

2.3. Сличности и разлике између закона и подзаконских прописа

Када је реч о закону и подзаконским прописима, много је лакше одредити разлику између њих и закона у формалном смислу (него између закона и устава у формалном смислу), јер органи који их доносе често припадају различитим врстама државне власти, због чега је поступак по коме се доносе ти акти знатно другачији. Ипак, између ових аката могу да постоје извесне формалне сличности (посебно када влада или шеф државе доносе административне или декрет-законе, као што је случај у француском праву).

100 С. Јовановић, 208–211.

101 М. Јовичић, 114–118.

Много је теже одредити разлику између закона и подзаконских прописа у материјалном смислу, јер ови последњи регулишу исте правне односе као и закон, само на „мање важан“ и „детаљнији“ начин, што значи да подзаконски прописи конкретизују законске норме. Они су допуна (закону) којом се ништа самостално не решава. Такав приступ има слабих страна, јер изгледа као да закон не може да конкретизује норме које садржи, а може. Зато је за одређивање разлике између закона и подзаконских прописа у материјалном смислу од појма конкретизације корисније друго мерило које се заснива на „улози и значају закона у демократији“.¹⁰² Према њему, само закон (који је, поред устава, једини непосредан израз народне воље, из чега проистиче његова надмоћ над актима извршне и управне власти) може да одређује овлашћења и обавезе субјеката, док подзаконски општи акти одређују *начин* на који ће та овлашћења и обавезе да се остварују. То показује да политички разлози односе превагу над формално-логичким разлозима приликом одређивања правног места ових аката. Али, подзаконским прописима најлакше може да се извитопери и осујети остваривање законских овлашћења и обавеза утврђивањем начина на који ће та законска овлашћења и обавезе да се остварују. Зато је важно да грађани имају своје мишљење о детаљима, а не само о начелима.

3. Акти друштвених организација (аутономно право)

3.1. Појам и обележја аутономног права

Држава није једини, иако је најважнији стваралац права. Поред ње, различите друштвене организације (привредне, трговачке, здравствене, школске, културне, спортске итд.) могу да доносе своје акте којима прописују норме о понашању својих чланова, али не сасвим самостално и независно од државе, без њеног знања, овлашћења или признања. На пример, држава може својим диспозитивним нормама да *овласћи* друштвене субјекте да доносе опште правне акте. Она може и да сачека да аутономни акти буду донети, па тек затим да им (накнадно) *иризна* правни карактер. Такво право које стварају друштвени субјекти, за разлику од државног права, назива се *аутономно* (недржавно, друштвено, социјално) *право*.

102 *Ibid.*, 239.

Аутономно право располаже одређеним препознатљивим *обележјима*. Поред бројних субјеката и разноврсних општих правних аката, оно располаже карактеристичним предметом и начином регулисања друштвених односа. Предмет чине сви друштвени односи у којима влада аутономија, док мање-више формализовани начини за доношење аутономних аката понекад знатно подсећају на начин доношења државних прописа. Аутономно право, исто тако, поседује неопходну меру принудности, укључујући и могућност примене државне санкције. Најзад, иако главне вредности које аутономно право остварује у друштву нису суштински другачије од вредности које остварује право уопште, оне су ипак особене у извесном смислу јер је аутономно право више усмерено на мирно решавање сукоба и успостављање унутрашње организације рада и живота а мање на решавање важнијих друштвених сукоба, о чему се стара држава. Таква усмереност омогућава аутономном праву да испољи и оствари друге вредности које га приказују као право са изразитом тежњом ка једнакости, која је супротност тежњи ка доминацији која обележава државно право. Чак и када је под заштитом државе, аутономно право „контрабалансира“ државном праву својим прописима и обичајима. Због тога се каже да оно има интегративну, кооперативну и демократизујућу улогу.¹⁰³ Та улога савремено аутономно право приказује као извор правног плурализма, покретача еволуционог развоја права, чиниоца повезивања друштвених колективитета и све важније средство за организовање друштвеног живота.

3.2. Карактеристичне врсте аката аутономног права

У савременим порецима постоји велики број субјеката стваралаца аутономног права. То су најчешће различите врсте органа аутономних организација и заједница. Њихова бројност, која се данас сматра пре знаком снаге него слабости државе, одређује улогу и значај различитих аутономних правних аката који су неупоредиво бројнији од прописа државног права. Они могу да се поделе на спољашње и унутрашње. У најважније *спољашње* опште аутономне акте спадају различите врсте колективних уговора о раду и уговора у предузећу, а у *унутрашње* статуту предузећа, правилници, пословници и други акти унутрашње регулативе.

103 Ж. Гурвич, *Социологија права*, Београд – Подгорица 1997, 95.

Унутрашњи акти су изразито нормативног карактера, док то не мора да буде случај са спољашњим аутономним актима.¹⁰⁴

Посебно су важни *колективни уговори о раду* (општи, гранични и локални), који се закључују између послодавачких и радничких (синдикалних) организација поводом регулисања односа у раду и поводом рада. Изузетно, у њиховом закључивању може да учествује влада (надлежни министар или неки други посебно образован државни орган) или неки друштвени орган (нпр., привредна комора) као неутрална трећа страна или посредник. Правно дејство колективних уговора односи се на стране које су учествовале у његовом закључивању, али и на стране које накнадно приступе закљученом колективном уговору. Зато су колективни уговори прво „legal rights“, а у ретким случајевима и „social rights“. Изузетно, колективни уговори могу да буду обавезни за раднике и послодавце који нису чланови односних радничких и послодавачких удружења или који нису учествовали у преговарачком процесу нити су накнадно приступили закљученом колективном уговору. До тога долази када се колективним уговорима прошири правно дејство.¹⁰⁵ Њихову најновију врсту представљају „наднационални“ европски колективни уговори о раду, који у последњих тридесетак-четрдесетак година могу непосредно да се закључе између главних европских социјалних партнера: европских синдиката и европских удружења послодаваца.¹⁰⁶ Карактеристичну санкцију због кршања одредаба колективних уговора представља накнада штете.

Одредбе колективних уговора конкретизују се тзв. *уговорима у предузећу*, који се закључују између шефа предузећа и савета предузећа (у коме се налази синдикални повереник или представник неког другог радничког органа и тела). Правно дејство уговора у предузећу, које је често запретено испуњавањем различитих претходних услова, односи се на све запослене раднике, а не само на стране које су уговор непосредно закључиле, као што је случај са другим врстама колективних уговора.

Колективни уговори и уговори у предузећу не спречавају власника или шефа предузећа да својим прописима прецизније регулишу рад и услове рада у предузећу. То се чини тзв. основним

104 Д. Митровић, *Аутономно право*, Београд 2007, 113–135.

105 Упор. М. Despax, *Conventions collectives*, Paris 1966, 2, 134 и 156–161; J. Rivero, J. Savatier, *Droit du travail*, Paris 1987, 357–360; O. Kahn-Freund, *Labour and the Law*, London 1983, 178–182.

106 Б. Лубарда, *Европско радно право*, Београд – Подгорица 2004, 157 и даље.

правилном или *статутним предузећа*, у коме су предвиђена дисциплинска овлашћења шефа предузећа према запосленима. У предузећу се доносе и различити општи правни акти засновани на статуту (правилници, пословници и слично).¹⁰⁷

3.3. Примери црквеног и социјалног права рада

Постоје две карактеристичне врсте аутономног права: црквено право, као најстарије, и социјално право рада, као најразвијеније.¹⁰⁸ Ово друго треба разликовати од ширег појма социјалног права, у смислу друштвеног права које постоји упоредо са државним правом.

Црквено право у најширем смислу уређује положај, организацију и делатност цркве унутар себе и друштва, тј. унутрашње црквене односе (унутрашње црквено право или канонско право у ужем смислу) и спољашње црквене односе, тј. односе цркве ка држави и другим религијским организацијама (спољашње црквено право, канонско право у ширем смислу). Прва врста односа регулише се аутономно, чисто црквеним нормама (канонима, *ius canonicum*), а друга црквеним и државним нормама (*ius ecclesiasticum*). Од норми црквеног права треба разликовати тзв. „религијске норме“ које нису правне.

Црквено право данас представља врсту аутономног права чије се норме истовремено налазе у областима јавног и приватног, националног и међународног, унутрашњег и спољашњег права итд. Оно је скоро потпуно чисто организационо регулисање једне сложене друштвене организације, по чему је слично организационим нормама других организација (статути синдиката, политичких странака, удружења). Њиме се у првом реду регулишу односи власти (црквена хијерархија) и организације, а мање имовински односи. За црквено право је такође карактеристично да се њиме подробије уређује остваривање заједничких интереса, а мање решавају сукоби интереса. Али, када се спор појави, пре свега у области идеологије и верских правила, стране у спору се обраћају сталном црквеном суду, који према тачно утврђеном поступку решава спор, изриче санкције које се организовано извршавају итд.¹⁰⁹ Тиме утицај државног права на црквено није умањен.

107 Б. Лубарда, *Коллективни уговори о раду. Упоредно право. Теорија, пракса*, Београд 1990, 137–148.

108 Д. Митровић, *Аутономно право*, 85–88 и 106–108.

109 Р. Лукић, „Појам права“, *Зборник за теорију права*, св. II, Београд 1982, 22.

Државно право је и даље одвојено од црквеног, али црквено није од државног.

Социјално право рада представља врсту аутономног права рада насталог у индустрији и фабрикама. Њиме се уређују индивидуални и колективни односи у раду, уз узајамно учешће послодаваца и радника, односно послодавачких и радничких организација. Субјекти социјалног права рада су власници, послодавци и радници, односно послодавачка и радничка удружења или њихови савези, шефови предузећа, фабрички савети, раднички повереници или други субјекти (владе, арбитраже, радне групе итд.). Предмет социјалног права рада сачињавају сви односи везани за извршавање радних обавеза, радну дисциплину, висину најамнице, заснивање и престанак радног односа итд. Њиме се уређују имовински и организациони (радни) односи, али не и односи јавне власти који су у надлежности државе. На пример, колективним уговорима о раду не могу да се дерогирају прописи јавног поретка (императивни прописи), док други прописи могу да се замене повољнијим одредбама за раднике коришћењем клаузуле „in favorem laboratoris“.¹¹⁰

Социјално право рада је првенствено средство за мирно решавање колективних радних спорова између сукобљених страна. Због њиховог решавања су развијени селективни механизми за њихово решавање мирним или насилним путем. У мирне начине спадају мирење (*conciliation*), посредовање (*mediation*) и арбитража (*arbitration*), а у насилне обустава рада (штрајк, *strike*), затварање предузећа (*lock-out*), бојкот (*boycott*), пикетинг (*picketing*) и црне листе (*blacking*).¹¹¹ Код мирних метода за решавање колективних радних спорова јавна власт (држава) само предлаже или налаже сукобљеним странама да прибегну добровољном решавању спора, али она није овлашћена да им наметне своју одлуку. У томе се данас састоји интегративна улога социјалног права рада. Да је тако, потврђује поступак колективног преговарања који се не прекида чак ни по закључењу колективног уговора о раду. Његово закључивање је само формални чин после кога отпочиње нови круг преговарања. Код принудних метода, пак, јавна власт (држава) обавезује стране да се потчине судији или арбитру (принудна арбитража) чија одлука (санкција) обавезује странке без обзира на њихову вољу. Само у случају обуставе рада или затварања пре-

110 Б. Лубарда, *Колективни уговори о раду. Упоредно право. Теорија, пракса*, 120–121.

111 Б. Лубарда, *Решавање колективних радних спорова*, Београд 1999, 85–159.

дузећа, држава може непосредно да примени своја средства принуде ради прекидања колективног радног спора. Она то може да учини чак и када колективни уговори нису правно обавезујући.

У социјалном праву рада, као што може да се примети, још је израженија друштвена страна права. Оно је сво саткано од спорова, судова, санкција, њиховог извршења, што га чини изразито динамичним извором права. Може се помислити да је тиме утицај државног права на социјално умањен. Али, није тако. Државно право је и даље одвојено од социјалног, али социјално није од државног.

4. Уговор (уговорно право)

Уговор је двострани или вишестрани правни акт настао сагласношћу воља двеју или више страна које теже остварењу различитих циљева. Када уговорне стране теже остварењу истог циља, такав двострани правни акт се зове *сјоразум* (нпр., споразум брачних другова о презимену).¹¹² Из реченог следи да је уговор само онај двострани или вишестрани правни акт у коме свака страна има различит циљ (нпр., приликом склапања купопродајног уговора, купац жели одређену ствар за новац, а продавац договорену своту новца за продату ствар). Будући да уговор не настаје обичном изјавом воље, већ „сагласном изјавом воља“ уговорних страна, сваку уговорну страну може да сачињава један или више конкретних субјеката који уговором желе да произведу различите правне последице. Упркос томе, није сваки уговор извор права. То је само онај који садржи опште правне норме. Полазећи од тог мерила, уговори могу да се поделе на опште, који су извори права, и појединачне (правне послове), који то нису.

Уговор је током развоја права готово увек имао улогу важног правног извора. У једном периоду римског права сматрано је да се чак и закон заснива на уговору, јер настаје „*suffragium*“ (јавним гласањем, у чему се огледа сагласност народа /*consensus populi*). Важност уговора за право посебно је истакла уговорна природноправна школа, позната по свом учењу о урођеним природним правима човека и друштвеном уговору (Томас Хобс, Џон Лок /*John Locke*/, Шарл Монтескје /*Charles-Louis de Secondat Montesquieu*/, Жан-Жак /*Jean-Jacques Rousseau*/, Имануел Кант

112 Х. Келзен, *Чиста теорија права*, 202–203.

и други). Та идеја је данас предмет обновљеног интересовања читавог низа познатих правних мислилаца (Џон Ролс /*John B. Rawls*, Лон Фулер, Отфрид Хефе /*Otfried Höffe*/ и други). Будући да је уговор важан извор права, његовим подробним изучавањем нарочито се бави уговорно (облигационо) право.

С обзиром на то да у доношењу уговора учествују бројни субјекти, сви уговори као извори права могу да се поделе на *државне* (нпр., између две или више држава или органа исте државе), *недржавне* (нпр., између две или више компанија или органа исте компаније) и *мешовити* (нпр., између државе, тј. њеног органа, и неке компаније: Владе Републике Србије и компаније *Microsoft*). Такође, уговори могу да се поделе на *међународне*, *наднационалне* и *унутрашње* (који такође могу да буду државни, недржавни и мешовити), као и на *спољашње* (екстерне, који се закључују између два или више самосталних државних или друштвених субјеката) и *унутрашње* (интерне) који се закључују између субјеката који су саставни делови једне веће самосталне целине (нпр., уговор између органа у држави или погона у предузећу).

Данас велики значај имају колективни уговори о раду. Ипак, најважнија је улога уговора у међународном праву, који су свакако најважнији извор права у тој области (пored препорука, смерница, модел-закона и других аката који спадају у тзв. „меко“ право /*soft law*/). *Међународни уговори* важе у унутрашњем праву као закони, јер ратификацијом најчешће добијају облик закона, али су са гледишта међународног права и даље посебни правни акти, јасно различити од закона.¹¹³ Због тога се у теорији позитивног права разматра питање самосталности међународних уговора као извора права и истиче како они не могу да се сматрају посебним извором, већ грађом из које други извори права црпу своју садржину (пошто, строго формално посматрано, у унутрашњем праву не постоји некакав посебан државни или недржавни општи акт који би се звао међународни уговор и разликовао од других општих аката). То значи да међународни уговор у унутрашњем праву мора да добије форму неког другог правног акта да би постао извор права. Такав поступак, којим се мења правни облик међународног уговора, назива се *рајификација*.

Поступак ратификације одвија се по следећем редоследу: после потписивања међународног уговора следи његова ратификација у парламенту. Затим следи потписивање и издавање ратификационе исправе (указом монарха или председника). Тиме се

113 Вид. В. Perić, 162–163.

потврђује да је међународни уговор прихваћен и легално одобрен, из чега настаје његова правна обавезност за дотичну страну. У трећем делу следи размена ратификационих исправа међу државама потписницама уговора, о чему се саставља записник. После тога уговор ступа на снагу. Наведени делови могу да буду допуњени предавањем ратификационих исправа на чување или регистравањем ратификованих међународних уговора (нпр., у Секретаријату Уједињених нација).¹¹⁴

Какав ће облик међународни уговор да добије ратификацијом, зависи од субјекта који ратификује уговор. Правило је да уговори које закључи држава добијају облик закона, тј. да морају да буду преобличени у закон како би били правно обавезујући у унутрашњем праву. Треба запазити да се међународни уговор као двостран или вишестран акт који је закључила држава јасно разликује од закона којим се ратификовани уговор у унутрашњем праву чини обавезним. Реч је, дакле, о два акта са истом садржином. Први државу као потписника непосредно обавезује на међународном, а други на унутрашњем плану. Посматрано са становишта међународног права, закон је потврда уговора који је закључила држава; посматрано са становишта унутрашњег права, уговор је грађа коју је законодавац пренео у закон.

Понекад се ратификација врши у облику подзаконског прописа. За ратификацијом, изузетно, може да досегне и друштвена организација (нпр., када закључи уговор са неком међународном организацијом).¹¹⁵

5. Обичај (обичајно право)

5.1. Обичајна норма као извор права

Обичај на неки начин представља изузетак од свих наведених врста формалних извора права, јер не постоји његов јасан творац, нити се јавља у писаном облику. Ипак, обичај јесте посебан формални извор права. До тога долази када држава призна неку усмену (*ius non scripta*) општу обичајну норму која је у друштву настала самостално, мање-више спонтано, дуготрајним понављањем истог понашања у истим или сличним ситуацијама.¹¹⁶

114 *Ibid.*, 162–163.

115 *Правна енциклопедија*, 1187–1188.

116 Упор. Р. Лукић, 248–250; N. Visković, 190–192.

Модерна правна техника користи два главна начина помоћу којих се прихвата неки обичај. Први начин је законодавни, када обичај постане правно признат законодавном дозволом. То је случај *кодификације* (позакоњења) обичаја, када неписана обичајна норма постане писана законска норма. Од кодификације треба разликовати преузимање обичајне норме од стране државе, тј. *рецејцију* обичаја. Други начин је судско-извршни, када судови или извршни органи пре или без дозволе законодавца прихватају обичаје и тако „ad hoc“ стварају обичајно право. До тога долази или непосредно, када се закон позива на обичај, или посредно, када нема закона, под условом да су испуњени други потребни услови (да обичај није противан правним прописима, моралним начелима, начелима правног поретка и да је усклађен са суштином и развојем дотичног друштва).

Правни обичаји се укидају на исти начин на који се доносе: изрично, противним законом или „неосетно и прећутно“, противним правним обичајем (изобичајењем /*deseutudo*/). Тако нешто је незамисливо у европском континенталном праву, у коме обичај има место и улогу допунског (супсидијарног) извора права.

Од обичаја које државни органи санкционишу и примењују, треба разликовати обичаје којима се руководе сами државни органи. Најважније врсте таквих обичаја представљају *уставни обичај*, у чијем образовању учествују искључиво уставни државни органи¹¹⁷ и *судски обичај*, који настаје када се нека норма толико устали да судови постану свесни њене обавезности и сматрају да не смеју да је не примене упркос одсуству заповести.

Обичајним нормама се по правилу регулишу исти друштвени односи које традиционално регулишу норме државног права (имовински односи, односи власти и организациони односи). То је посебно случај са имовинским односима (својина, уговори, наслеђе, накнада штете итд.). У нешто мањој мери, то је случај и са односима власти (породична, сеоска, племенска) и организационим односима (због примене санкције). С друге стране, због истоветности или сродности предмета регулисања, може да дође до сукоба обичајног и државног права. Тај сукоб се по правилу решава у корист државног права, барем када се ради о европском континенталном систему. Исто тако, обичајима се често регулишу друштвени односи у којима постоје изражени друштвени сукоби појединаца или припадника заједнице. Њима се прецизно утврђују права и обавезе чланова заједнице, често прецизније од пи-

117 Р. Марковић, 15–18.

саног државног права. Најзад, обичајне правне норме располажу санкцијама. То може да буде државна, друштвена или истовремено државна и друштвена санкција. Иако се обичајима регулише спољашње понашање, изузетно, приликом примене норме или санкције, узима се у обзир и психичко стање појединца. Обичајима се остварују вредности реда, мира, сигурности, правде итд., због чега је такође важно да норме обичајног права подржавају државно право.¹¹⁸

Данас важно место припада узансама (за промет робом и услугама), трговачким и другим пословним обичајима, нарочито међународним трговачким и пословним обичајима.

5.2. Обичајно право

Скуп правних обичаја назива се обичајно право. Њега сачињавају сва правна правила чији се формални извори не налазе у неком пропису који доноси државни орган, него у правилима друштвене средине под условом да их санкционише држава.

Некада је обичајно право било главни извор права. У старом римском праву је тзв. старо „*ius civile*“ истовремено било и правни обичај и религијски обред (*manipatio, stipulatio, manumissio* итд.). Друштвени и правни значај обичаја поново је порастао у средњем веку, у коме је право претежно било обичајно. На његовој основи настале су друге врсте средњовековног права (еснафско и цеховско, градско, земаљско, трговачко, задружно итд.), као и зборници обичајног права. У модерном добу је опадању обичајног права најпре допринело канонско, а затим државно право, тако да се данас обичај примењује као допуна закону (*secundum legem*) или као замена закону (*praeter legem*), али и тада му је потребно државно признање. Енглеска је једина земља у Европи у којој се средњовековно обичајно право непрекидно развијало до данас, али је и оно задржано више по форми.¹¹⁹

Обичајно право почива на три важне претпоставке: општости примене, дуготрајном вршењу и уверености у исправност обичаја.

Обичајно значи да обичаји морају да буду општеприхваћени од великог дела припадника заједнице. Према величини заједнице и броју чланова који су створили или прихватили обичаје, разликује се неколико врста обичајног права. Када обичајно право из-

118 Р. Лукић, „Појам права“, 20–21.

119 Р. Паунд, II, 208–224.

ражава вољу целог народа, тј. целе друштвене заједнице у оквиру државе, реч је о општем или заједничком обичајном праву. Када обичаји изражавају вољу једног дела народа на једном делу државне територије, реч је о партикуларном обичајном праву. Када, пак, обичаји изражавају вољу појединих слојева (друштвених кругова) становништва или појединих заједница у држави (нпр., Римокатоличке цркве или трговачког удружења) или вољу чланова међународних организација и удружења, реч је о специјалном (унутрашњем или међународном) обичајном праву.

Диуоипрајностī (longa et diuturna consuetudo) значи да обичаји треба да се врше у дужем периоду, сталним и непрекидним понављањем радњи на које се њихове норме односе. То време не може прецизно да се одреди. Некада се сматрало да је то време потребно за застарелост. Римокатоличка црква је то раздобље одредила на четрдесет година.

Увереносī у исправност обичаја (*opinio iuris sive necessitatis*) представља израз заједничког уверења чланова заједнице о правој неопходности обичаја и потреби његове правне обавезаности, тј. принудљивости, под условом да је обичај „разумно погодан“ (*rationabilis*) за односне прилике дате заједнице, као и да је толико снажан да нема против себе супротан обичај. То уверење се назива правним уверењем или правном свешћу о обавезности обичаја.¹²⁰

Наведени услови обичајним нормама прибављају чврсту друштвену стабилност. Обичајно право које је једном учвршћено у народу тешко се напушта чак и када га закони истискују.

6. Судска пресуда (судски прецедент и прецедентно право)

Судска пресуда представља карактеристичан извор у англосаксонском праву које се највећим делом „састоји из обичајног права потврђеног и разрађеног судским пресудама, а мањим делом из писаних правних извора“.¹²¹ Када се судском пресудом доносе појединачне норме које решавају конкретан спор али важе за све будуће такве случајеве, и то не применом неког другог правног извора већ самосталним судским стварањем правног извора, таква пресуда се назива прецедент а право (створено преце-

120 В. Perić, 173–182.

121 Р. Лукић, *Увод у право*, 251.

дентима) прецедентно право. Ипак, није свака судска пресуда извор права, јер обичне судске пресуде важе само између странака у спору (*inter pares*). То је само она у којој се појединачном нормом решава конкретан случај који се сматра обавезним за све будуће исте такве случајеве, тј. која важи „*et pro futuro*“. Тако се постиже да појединачна судска норма делује као општа. Али, општост прецедентне норме је ужа, тј. није иста са општошћу законске или неке сличне опште норме, јер ове друге могу да се примене и на сличне, а не само на истоветне случајеве као прецедент. За примену прецедента на конкретан случај меродавна је истоветност (дословност), а не сличност (аналогност).

Велики део англосаксонског права и данас се састоји из судских прецедената, тј. прецедентног права. Ипак, само пресуде највиших судова стичу карактер извора права (нпр., све пресуде врховних судова у Енглеској, Шкотској или у САД аутоматски постају судски прецеденти), док пресуде нижих судова то постају тек када неки други судови у одређеном периоду почну да их користе као образац за решавање истих случајева.¹²² Такво стање је утицало на правну теорију у англосаксонским земљама, која је истакла једно особено схватање по коме судије као ствараоци права имају истакнуту улогу. Такво схватање је повратно утицало на настанак теорије тзв. „слободног стварања права“. Снага прецедентног права довела је чак до тога да је и само право почело да се одређује као „предвиђање како ће судови стварно да поступе и ништа више“ (Оливер Вендел Холмс). Из тога следи да право није ништа друго до производ процеса доношења прецедената. Оно је „царство судија“.¹²³

Прецедентно право има својих добрих и лоших страна. Његова изразито добра страна је еластичност, односно то што је неупоредиво боље од закона прилагођено друштвеној стварности. Али, то води стварању несавршеног права које је недовољно систематизовано, непрегледно и пуно празнина, иако се те празнине стално попуњавају новим прецедентима. Уз то, оно је сувише круто и конзервативно, јер су судови дужни да се држе застарелих пресуда. Оно је и непрегледно, као што је поменуто, јер се број прецедената у развијенијим земљама мери милионима или десетинама милиона, чиме се нарушавају начела законитости, правне сигурности, једнакости итд. Увођењем нових информатичких технологија, а посебно стварањем правних банака података, лоше особине

122 Р. Паунд, II, 233.

123 В. Perić, 169–173.

прецедентног права се ублажавају и готово да бледе пред његовим предностима ослобођеним већине поменутих недостатака.

У нашем праву судске пресуде формално нису извор права, што не значи да наши судови не воде рачуна о пресудама других судова, а посебно највиших правосудних органа. На тај начин и у нашем праву поједине пресуде стичу снагу тзв. „фактичког извора права“. Једино судије приликом решавања конкретних случајева не могу формално да се позову на њих.¹²⁴

7. Судска пракса и пракса других органа

Судска пракса и пракса других органа постоји у свакој држави. Без ње, државни органи не би могли нормално да врше своју свакодневну делатност. Али, она је извор права само у англосаксонском правном систему.¹²⁵

Судском праксом и праксом других државних органа назива се једнако поступање, тј. доношење истих пресуда или аката за истоветне случајеве. Њено постојање је неопходно, јер органи који доносе ниже акте на основу виших, посебно појединачне, увек располажу извесном слободом приликом њиховог доношења, што значи да два или више органа могу различито да примене један виши правни акт у истом случају, чиме се нарушава начело једнакости, једно од основних правних начела (нпр., када два суда за исто кривично дело изведено под истим околностима донесу различите пресуде). Таква повреда начела правне једнакости не постоји када органи примењују исти виши правни акт али различито поступају у различитим околностима (нпр., када два суда донесу различите пресуде за исто кривично дело које је изведено под различитим околностима). У том случају, неједнакост је оправдана, јер је тада неједнака примена опште норме у ствари њена једнака примена, само у различитим околностима. Проблем је, дакле, у одређивању „које су то околности исте, а које различите“.¹²⁶

Да би се избегла опасност од повреде правног начела једнакости због различитог квалификовања истих или истог квалификовања различитих околности, предузимају се одговарајуће организационе мере чији је циљ да уједначе поступање законо-

124 Р. Лукић, 251.

125 Р. Паунд, II, 206.

126 Р. Лукић, 252.

давних, извршно-управних и судских органа у случајевима када они различито примењују устав, законе или друге прописе. Изузетно је значајно да судови у таквим случајевима поступају једнообразно, јер управо они свакодневно одлучују о правном стању субјеката који су им се обратили за помоћ. Нарочито је врховним судовима дата надлежност да се старају о уједначеном поступању нижих судова, али и судска већа виших судова имају право да дају примедбе о недостацима у суђењу који су запажени током вођења поступка по правним лековима пред нижим судовима. Врховни судови у својим одлукама, такође, могу да изражавају своје начелне ставове поводом врсте правног случаја или спора. Те одлуке нису правно обавезне за ниже судове, али фактички утичу на обликовање њихових правних одлука. Оне се сакупљају и повремено објављују у службеним збиркама. Најзад, и други судови могу једнако да поступају, и то не зато што су на то обавезни, већ зато што увиђају да је то за њих корисно. Судови се обично дужи период држе једном утврђене судске праксе, тј. правног схватања које изражава правна пракса, јер њена честа промена руши не само правну једнакост већ и правну сигурност. Такво њихово поступање под одређеним условима може да се претвори у неку врсту *судској обичаја*.

Судска пракса није извор у нашем праву, иако је врло слична признатим изворима права. Ипак, то не значи да наши судови не воде рачуна о пракси других судова, чиме судска пракса, ипак, стиче снагу „фактичког“ извора права. Они само не могу да се формално позову на њу приликом решавања конкретног случаја. То важи и за праксу других државних и друштвених органа.

8. Правна наука (доктрина)

У праву се повремено али постојано поставља питање да ли правна наука (доктрина) може да буде посебан формални извор права, што би значило да најистакнутији правни стручњаци могу да доносе опште правне акте, као што је било у извесним правним системима и временима која припадају историји.

У римском праву, од Октавијана Августа до Септимија Севера (од краја I века пре н. е. до почетка V века н. е.), а нарочито у доба принципата, мишљења чувених правника Гаја, Улпијана и Јулијана представљала су извор права (тзв. *ius respondendi ex auctoritate*

principis). Наведени правници били су овлашћени да парничним странкама дају правно обавезне изјаве о односном спорном питању. Те изјаве су имале снагу закона. Деобом на Источно и Западно римско царство, за време цара Теодосија II и Валентијана III, донет је 426. године тзв. Закон о цитирању (*Lex citationis*), на основу кога су за судове постала обавезна мишљења петорице класичних правника: Папинијана (*Aemilius Paulus Papinianus*), Гаја (*Gaius*), Паула (*Iulius Paulus*), Улпијана (*Domitius Ulpianus*) и Модестина (*Herennius Modestinus*). У доба средњовековне рецепције римског права, заједничко мишљење правника, тј. мишљење тадашње целокупне науке, у коме су били сагласни сви тада познати правници (*communis opinio doctorum*), такође је представљало извор права. На тај начин су се током дугог периода поједина мишљења правне науке искристалисала у јасне и прецизне формуле које служе као општи принципи за решавање извесних сложених питања под условом да се не противе позитивним изворима права. Те формуле се називају правним максимама, изрекама или брокарима.

Даљи развој права променио је схватање улоге и места правне науке. Нарочито је јачање законодавне активности парламента учинило да правна наука престане да буде формални извор права. Ипак, и данас је значајно питање да ли правна наука може да буде извор права, јер је утицај науке на људску праксу одувек био велик. У историји се често догађало да поједини правни системи или најважнији законици настану под одлучујућим утицајем учења истакнутих правних стручњака и научника. То није случајно, јер правна наука од свог настанка до данас стално обрађује позитивно право, догматички излаже његов садржај, објашњава га тумачењем (какво оно јесте *de lege lata*), оцењује са гледишта праксе и предлаже како би га требало променити (какво би оно требало да буде *de lege ferenda*). Тиме правна наука попуњава и усавршава правни систем, објашњава његове нејасности, измирује противречности итд. Самим тим, она утиче на примену права и стварање праксе, посебно судске праксе и прецедентног права. Она то чини учествовањем у стручним припремама за стварање права, тумачењем права, давањем предлога и оцена постојећег стања права у целини или појединих његових институција, руководећи се научним, политичким, етичким, стручно-техничким разлозима или разлозима ефикасности.¹²⁷ То је навело неке писце, као што је Теодор Штернберг (*Theodor Sternberg*), да устврде како правној

127 *Ibid.*, 206–207.

науци изнова треба признати право на тзв. „слободно научно стварање права“, што би је убрзо произвело у главни извор права.

Будући да правна наука одавно није извор права, њено мишљење ни за кога више није правно обавезно. Оно може да буде прихваћено само када онај који га прихвата оцени да је оно тачно. Важност правне науке зависи од снаге и убедљивости њених аргумената. Зато се може десити да се једно научно мишљење фактички дуго поштује и примењује, па чак и да норме које изграђује правна наука стварно буду врло близу правном извору. Али, правно посматрано, мишљење правне науке не може да буде извор права.¹²⁸ Упркос томе, нека законодавства су почела изричито да се позивају на помоћ правне науке као допунског извора права (нпр., важећи Швајцарски грађански законик у члану 1, став 3 препоручује судији да се приликом доношења одлуке надахне ставовима који су уврежени у правној науци). То се објашњава потребом да се растерети правностваралачка делатност државе. Исти процес се одвија у међународном праву, у коме снага правне науке такође све више долази до изражаја. На пример, у члану 38 Статута Међународног суда правде стоји да ће се одлуке у споровима пред тим судом доносити и на основу учења најпозванијих стручњака међународног јавног права различитих народа, и то као помоћно средство за утврђивање правних правила.¹²⁹ Очигледно, правни научници и стручњаци су и данас добрим делом градитељи савременог друштва.

Четврти одсек ПОЈЕДИНАЧНИ ПРАВНИ АКТИ

1. Појам и подела појединачних правних аката

Појединачни правни акти, у целости или делимично, стварају или садрже појединачне норме. Због тога они нису извори права, изузев судског прецедента и судске праксе у англосаксонском праву. Њиховим доношењем се завршава процес стварања правних норми, тј. нормативног елемента правног поретка. Једино што преостаје јесте њихово извршење људским телесним радњама у правним односима међу субјектима права.

128 *Id.*, 253–257.

129 В. Perić, 204–210.

Бројни појединачни правни акти могу да се разврстају према субјектима који их доносе на *државне* и *друшћивене*. Постоји и друга важна подела на *йошћуне* и *нейошћуне* појединачне правне акте. Први стварају или садрже појединачну диспозицију и појединачну санкцију, тј. целу појединачну норму, а други само појединачну диспозицију или само појединачну санкцију, тј. само један главни елемент појединачне норме.

Будући да се у пракси јасно разликују потпуни од непотпуних појединачних аката, логично је закључити како они имају свој посебан облик. Али није тако. Потпуни појединачни правни акти немају свој посебан правни облик, већ га преузимају од непотпуних појединачних аката. То значи да се њихов формални и материјални појам одређује према формалном и материјалном појму непотпуних појединачних правних аката. И обротно, непотпуни појединачни правни акти имају свој посебан облик. Он зависи од тога да ли акти садрже појединачну диспозицију (указ, управни акт, правни посао) или појединачну санкцију (судски акт), односно да ли их доносе државни и друштвени органи (управни акт, правни посао, судски акт) или само државни органи (указ увек доноси монарх или председник републике). Али, ни код непотпуних појединачних аката не постоји јасна разлика између њихове форме и садржине. То посебно важи за управни акт и правни посао, јер у материјалном смислу оба садрже појединачну диспозицију, а то се одражава и на потпуне појединачне акте. Зато се разлика између управног акта и правног посла изводи коришћењем других мерила (субјекта, циља, поступка итд.).¹³⁰

1.1. Потпуни појединачни правни акти

Потпуни појединачни правни акти су веома ретки јер ретко постоји потреба да садрже оба нормативна елемента у норми. Међутим, прави разлог зашто се они тако ретко сусрећу у пракси јесте у томе што су диспозиција и санкција толико међусобно различите да се надлежност за њихово стварање и примену даје различитим специјализованим органима (нпр., суд изриче санкцију на основу диспозиције у закону, али је не извршава). То је разлог зашто потпуни појединачни правни акти немају посебан облик, већ га преузимају од непотпуних појединачних правних аката (нпр., потпун *йојединачни* акт извршне власти постоји када шеф државе поставља високе државне службенике; потпун *ујравни*

130 Упор. Р. Лукић, 258–267; N. Visković, 192–195.

појединачни правни акт када управни орган нареди да се позвани одазове позиву иначе ће бити кажњен казном затвора; потпун *правни посао* када се у уговору одреди и казна за његово кршење; потпун *судски акт* када суд одреди да је разведени супружник дужан да другом супружнику исплаћује одређен месечни износ на име издржавања малолетног детета, иначе ће бити кажњен).

У пракси се потпуни појединачни акти ретко сусрећу код извршно-управне власти, а много чешће код уговорних страна и судске власти. Нарочито судови могу да доносе потпуне акте који садрже појединачну судску диспозицију и санкцију.

1.2. Непотпуни појединачни правни акти

Овим актима се одређује или само појединачна диспозиција (којом се у различитој мери разрађује диспозиција опште норме или самостално доноси појединачна норма са појединачном диспозицијом којом се попуњава правна празнина), или само појединачна санкција (којом се изриче казна према прекршиоцу неке опште или појединачне норме). Када је реч о појединачној диспозицији, она може да буде или аутоматска примена једне јасне и одређене опште правне норме (нпр., када општа норма одређује износ затезне камате, појединачна наређује да се плати 1.000 динара због неуредног отплаћивања дуга) или разрада и конкретизација и индивидуализација опште норме (нпр., када општа норма наређује да се одржава мир, појединачна диспозиција наређује да ноћу престане ларма).

Појединачни акти који одређују појединачну диспозицију су нужни у праву. Њихов значај је толики да се пре може замислити правни поредак без општих него без појединачних аката. Ове акте доносе или државни органи или друштвени субјекти, због чега у формалном смислу настају три таква акта: указ, управни акт и правни посао. Изузетно, ако постоји спор о томе како гласи диспозиција, она може да се донесе и судским актом. Када је, пак, реч о појединачној санкцији, њу доноси судски орган када обавља своју редовну делатност. Поступак по коме се доносе појединачни судски акти сложен је и подробно уређен процедуралним нормама. Пошто се тим нормама истиче улога судског органа који решава спорни случај, судски акти су можда најважнија врста појединачних правних аката, јер се пре може замислити поредак који изриче санкције за одређене врсте понашања него поредак у коме се сви понашају по диспозицијама правних норми.¹³¹

131 Р. Лукић, 260–262.

2. Најважније врсте појединачних правних аката

Постоји неколико карактеристичних врста појединачних правних аката. Њиховим изучавањем се подробно баве позитивноправне дисциплине. Најважнији су указ, управни акт, правни посао и судски акт.

2.1. Указ

Указ у *формалном смислу* представља акт којим шеф државе одлучује о пословима из свог делокруга (промулгује законе, поставља високе државне службенике или дипломате, одлучује о помиловању осуђених, додељује ордене итд.). Иако је указ акт високе правне снаге, он није извор права, тј. општи правни акт, јер садржи појединачну правну норму за конкретан однос. На пример, акт о помиловању увек се односи на поименичног осуђеника, насупрот закону о амнестији којим се неодређени број осуђених лица ослобађа даљег издржавања казне или им се казна смањује и ублажава. У *материјалном смислу*, указ је само онај појединачни акт који одређује појединачну диспозицију која субјекта чије понашање регулише начелно обавезује и против његове воље.¹³²

Иако у материјалном смислу садржи појединачну диспозицију као управни акт и правни посао, указ се јасно разликује од тих аката према органу који га доноси, врсти друштвених односа који су предмет регулисања, поступку доношења, циљу због кога се доноси итд., с тим што је разлика између њега и управног акта нешто блажа. Изгледа да је апсолутна разлика између указа и других појединачних правних аката у томе што указ увек доноси државни орган, тј. шеф државе, док са свим другим појединачним правним актима то не мора да буде случај.

2.2. Управни акт

Управни акт у *формалном смислу* доноси управни орган по одређеном управном поступку. То је, дакле, акт којим неки државни или друштвени орган одлучује о индивидуалним стварима из свог делокруга на основу закона и других општих правних аката.

132 N. Visković, 192.

Таквим конкретним одлучивањем извршавају се општи правни акти (нпр., издаје се дозвола за градњу куће, разрезаје порез појединцу или одређује време одласка у пензију). Такође, управни акт се доноси према претходно тачно утврђеном управном поступку, због чега он начелно има исти састав као пресуда. С друге стране, пошто је управа створена да доноси појединачне акте, управни акт у материјалном смислу је онај појединачни акт који одређује појединачну диспозицију која субјекта чије понашање регулише обавезује и против његове воље.¹³³

Управни акт постоји само када је то у формалном и садржинском смислу. Ипак, управа понекад доноси акте који су само формално управни док садржински представљају општи законски, потпун или непотпун појединачни акт (правни посао или судски акт). Када се утврди да је управни акт формално и(или) материјално незаконит, предвиђена је могућност подношења жалбе вишем управном органу или тужбе суду. Када се утврди незаконитост таквог управног акта, он се поништава а ствар враћа у првобитно стање или се надокнађује причињена штета (нпр., скуп може поново да се одржи или да се врати новчани износ неосновано наплаћене рате са затезном каматом).¹³⁴

Најважнија и најпознатија врста управног акта је *решење*. Оно се доноси по посебном управном поступку и има начелно исти састав као судска пресуда. То значи да се решење може оспоравати због формалне и материјалне незаконитости као пресуда најпре жалбом пред вишим управним органом, а затим тужбом пред судом. Поред решења, управни органи доносе различите врсте *закључака* и *одлука*.

2.3. Правни посао

Правни посао у формалном смислу представља појединачни акт недржавног, тј. друштвеног субјекта (појединца или организације) који настаје сагласношћу њихових воља и закључује се у правно утврђеном облику. Правни посао у материјалном смислу одређује појединачну диспозицију која је за односне субјекте обавезна само када они на њу пристану. Као субјект правног посла може да се појави и држава, али не као носилац власти, већ као једна страна у правном послу.

133 Упор. Р. Лукић, 264; N. Visković, 194–195.

134 Упор. Р. Лукић, 262–264; N. Visković, 194–195.

Будући да управни акт и правни посао у материјалном смислу садрже појединачну диспозицију, поставља се питање њиховог разликовања. Пре свега, управни акт је увек акт власти (државне или друштвене), док је правни посао увек акт сагласности воља. Управни акт је такође једнострано обавезна наредба, а не двострано или вишестрано обавезна уговорна одредба као правни посао, што значи да он може непосредно да буде примењен принудом (нпр., када полиција нареди да се разиђу учесници неlegalног скупа). То представља озбиљан изузетак од општег правила по коме једино санкције које изриче суд могу непосредно да се примене принудом. Зато се каже да је циљ због кога се доноси управни акт обично сасвим другачији од циља због кога уговорне стране склапају правни посао. Такође, управним актом се врши свакодневна конкретна државна или пословна делатност која је за управне органе обавезна, док субјекти могу и да не закључе уговор. Ипак, управни акт није могуће према субјектима јасно разграничити од правног посла јер га доносе како државни органи (нпр., решење општинског органа о издавању дозволе за градњу), тако и друштвени органи (нпр., када органи предузећа или установе својим решењем распоређују раднике на поједина радна места, одређују време годишњих одмора или изричу запосленима дисциплинске казне због повреда радних обавеза).

Правни послови су изузетно важно средство којим друштвени субјекти слободно регулишу своје односе унутар општих оквира које прописује држава својим правним актима. Њима се конкретизују и индивидуализују опште правне норме (тестамент, брак, уговор итд.). Важно је уочити да правни послови нису правно обавезни све док субјект не пристане на њих (наследник може да одбије да прими наследство, младожења да не ступи у брак, уговорна страна да не закључи уговор итд.).

Правни послови се закључују у неписаном или писаном облику свуда где влада *начело аутономије воље*, које представља „својство воље да може сама себи да буде закон“. Оно и данас представља „темељ достојанства људске и сваке умне природе“,¹³⁵ јер без њега нема „аутономије личности“ (индивидуалног идентитета и интегритета) нити „аутономије колективитета“ (колективног идентитета и интегритета). Начело аутономије воље значи да правни субјекти могу слободно да располажу властитим стварима и способностима, укључујући и могућност да свесно жртвују своје интересе (нпр., када продају ствар испод њене тржишне вредности).

135 И. Кант, *Метафизика њудорехе*, Сарајево 1967, 199, 203.

Таква разноврсност је довела до тога да временом настане много врста правних послова који се подробно изучавају у разгранатој области приватног, а посебно грађанског и облигационог права.

Најважнија је подела правних послова на *једностране* (тестамент) и *двостране*, односно вишестране (уговор о раду, најму, куповини, зајму, чувању робе, превозу итд.). Двострани правни послови (уговори) могу да буду једнострано или двострано обавезујући. Из првих произлази обавеза само за једну страну, док друга страна има само овлашћење (нпр., уговор о поклону). Из других, пак, произлазе обавезе и овлашћења за обе уговорне стране (нпр., уговор о купопродаји) према правилу „дајем да ми даш“ (*do ut des*). Такође, двострани правни послови се деле на *консензуалне* и *реалне*. За прве је довољно да се јасно изрази воља странака, док је за друге потребна и предаја (*traditio*) ствари која је објект уговора. Посебну врсту правних послова представљају *шијски уговори*, који се склапају тако што једна страна понуди другој готов текст уговора, погодан за све врсте уговарања одређене врсте, док друга страна текст уговора може да потпише или не потпише.¹³⁶

Правни послови морају такође да буду формално и материјално законити. У противном, заинтересоване стране могу да поднесу тужбу суду ради њиховог поништавања, односно укидања због незаконитости, неморалности, заблуде, преваре или принуде.

2.4. Судски акт

Судски акт у *формалном смислу* доноси суд према посебном судском поступку. У *материјалном смислу*, пак, судски акт садржи појединачну санкцију. Он се увек доноси на основу закона и других општих правних аката, изузев у случају правне празнине. Њиме се решава конкретан спор и одређује конкретна санкција у кривичном, грађанском, трговачком, управном или неком другом поступку.

Према томе да ли суд изриче санкцију, или не, разликују се потпуни од непотпуних судских аката. *Пошјуни* судски акти се састоје из утврђивања прекршаја и изрицања санкције, а *непошјуни* из утврђивања да прекршај не постоји и одлуке да санкција не може да се примени, тј. одлуке о одустајању од санкције. Али, обе врсте судских аката увек морају да садрже два елемента: први, који представља утврђивање једне чињенице, и други, који представља саму судску одлуку.

136 Упор. Р. Лукић, 264–265; N. Visković, 195–196.

Судске акте по правилу доносе државни судови. Али, судску функцију могу да обављају у тачно одређеним случајевима и изабрани судови (нпр., мировна већа или арбитраже). Будући да суд доношењем судског акта решава спор који представља „ненормалну“ друштвену ситуацију, он се као неутрална страна активира тек када то од њега затражи једна страна у спору (тужилац). Али, за тежа кривична дела суд је дужан да покрене поступак по сопственој иницијативи (*ex officio*). Суд расправља спор и својом одлуком га окончава. Његова одлука, обично пресуда која се доноси по веома сложенем поступку, не може да се доводи у питање нити спор може бесконачно да се обнавља, осим изузетно, у тачно одређеним случајевима, када је дозвољено улагање правних лекова. Суд такође прецизира диспозицију опште норме и доноси појединачну санкцију која одговара конкретном појединачном случају. Зато судски акт има карактер непроменљивости, неопозивости и ненападљивости.¹³⁷

Да би остварили своју улогу, судски органи су врло пажљиво организовани према начелу судске независности. Најстроже је забрањено свима, па и највишим државним органима, да судовима издају наредбе како ће да раде и суде. Али ти органи (парламент или шеф државе) могу да коригују судску одлуку под одређеним условима и у тачно утврђеним случајевима. Када се то догоди коришћењем амнестије и помиловања, судска пресуда не престаје да важи. Она је и даље пуноважна, само се поништава примена у њој изречене санкције.

Најважнији судски акти су пресуде, а затим решења и друге одлуке судово. *Пресуда* садржи појединачну (индивидуалну) норму којом се одређују конкретна овлашћења и обавезе странама у спору или утврђује постојање кривице и одмерава њен степен. Она се доноси на крају судског поступка и састоји се из четири дела: *увода* (који садржи основне податке о суду, странкама и спору), *изреке* (осуђујуће или ослобађајуће одлуке), *образложења* одлуке и *йоуке* о правном леку. Најважнија је изрека пресуде, којом се усваја или одбија тужба којом је започет судски поступак, и то на основу судског утврђивања правних (*questio iuris*) и чињеничних питања (*questio facti*).¹³⁸ Пресуда се проглашава усмено и странкама доставља у писаном облику, од када почиње да тече рок за улагање правног лека (жалбе или неког другог).¹³⁹

137 Р. Лукић, 265–266.

138 N. Visković, 194.

139 Упор. О. Мандић, *Država i pravo*, I-II, Zagreb 1958 (1961, 1969); В. Перич, *Struktura prava*, I, Zagreb 1978 (1994).

ДРУГИ ОДЕЉАК ФАКТИЧКИ ЕЛЕМЕНТ ПРАВНОГ ПОРЕТКА

Фактички елемент представља други главни део правног поретка. Састоји се из људских материјалних (телесних) радњи којима се правне норме примењују. Материјалне радње врше људи као правни субјекти поводом одређених добара (правних објеката). Будући да се људи налазе међусобно у правним односима, тј. у друштвеним односима регулисаним правним нормама, то и они улазе у састав фактичког дела правног поретка. На крају се правне норме тумаче, утврђују се чињенице, а затим се непосредно примењују тако да производе одговарајућа дејства у стварности.

І глава СУБЈЕКТ И ОБЈЕКТ ПРАВА

Први одсек СУБЈЕКТ ПРАВА

1. Правна личност и субјект права

Појам субјекта права. – Личност, тј. лице, особа, персона (од лат. *persona* у смислу „личност“ /као „особа“/, али и „лице“ /као „маска“/) представља друштвени појам који се у праву претвара у правну личност, физичко или правно лице коме је признато својство субјекта права. Зато су личност и субјект исти појмови у праву. Једино је друштвени појам личности шири од правног појма субјекта. Субјект права је, дакле, посебна врста друштвене личности.

Право не може да постоји без личности, јер је оно због њих створено. Данас су сви људи у *ширем* смислу субјекти права. Ипак, постојали су пореци у којима сви људи нису били субјекти, већ објекти права. Али, и када се човек појединачно посматра као субјект права, може се приметити како неки субјекти права имају развијену свест и вољу, док други ту свест и вољу немају, због чега не могу да схвате правне норме нити могу да се по њима владају.¹⁴⁰ Ипак, и таква лица се сматрају субјектима права, јер им право ставља нешто у корист или на терет без обзира на њихову свест и вољу. Такође, од римског права до данас постоје организације (установе, удружења, задужбине итд.) које се сматрају субјектима права. Иако нису физичка лица, оне су састављене од физичких лица, што показује да човек сам по себи није једини субјект права. Најзад, у једном хипотетичком и сасвим ограниченом смислу, поново се пробија идеја да и животиње могу под одређеним условима и у ограниченој мери да буду субјекти права, тј. поседници пасивне правне способности. Таква могућност је (нпр.) предвиђена Уставом Немачке из 2002. године, који је животињама признао уставна права, или Уставом Новог Зеланда, у коме је признато да су примати више од обичних живих бића.¹⁴¹ То је случај и са нешто старијом законском регулативом. На пример, у немачком Закону о заштити животиња из 1972. године, у члану 1 пише: „Циљ овог закона је да због одговорности човека за животињу као састворење штити њен живот и њену добробит. Нико не сме животињи без разумних разлога наносити бол, патњу или повреду.“¹⁴² Најновије је признавање својства субјекта права тзв. виртуелним ликовима (аватарима). Једино није постигнута сагласност поводом одређивања њихове правне природе.

У посебном, *ужем* смислу, субјект права је само оно лице које је подвргнуто позитивном праву државе, под условом да располаже са три важна својства: могућношћу поседовања (власништво), способношћу или надлежношћу за стварање правних аката (правотворство) и способношћу да одговара за своје противправне поступке (правна одговорност). Сва три својства заједно сачињавају јединствен појам субјекта права (поседника, ствараоца права и правно одговорног лица). Подразумева се да сваки субјект права располаже одговарајућим правним идентитетом.

140 Р. Лукић, 280.

141 Вид. М. Пауновић, *Права животиња*, Београд 2005.

142 Нав. према: N. Visković, 134.

Правни субјект је носилац пасивне и активне правне способности, тј. овлашћења и обавеза. Пасивном правном способношћу за субјекта се везују правом утврђена овлашћења и обавезе (супружника, наследника, власника, повериоца, дужника итд.). Та врста способности се стиче рођењем физичког лица или оснивањем и регистравањем правног лица. И обратно, она се губи физичком смрћу или гашењем и исписом правног лица из регистра.

Правни ајенти и заступник. – Од субјекта права, који је увек носилац пасивне правне способности, треба разликовати лице (физичког или правног субјекта) које као носилац активне правне способности (нпр., пословне) може свесно и вољно да поступа по правним нормама. Такво активно (и пасивно) способно лице назива се *правни ајенти*. Поступајући по правним нормама, оно може да дела у свом или туђем интересу. У првом случају реч је о власнику, о чему ће бити речи у делу о врстама субјективног права, а у другом о заступнику, о чему ће одмах бити речи.

Због постојања физичких лица која немају активну способност и правних лица која без физичких лица не могу да производе правне последице, као и због свих других правних субјеката који не могу или не желе сами да врше неке правне радње, неопходно је да постоји правно заступање као нека врста замене другим правним субјектима. Зато се каже да је *заступник* самостална и посебна врста правног агента који за друга физичка и правна лица врши одређене послове у њиховом интересу. Он увек дела у име заступљеног лица (заступљеника), тако да је то лице (а не заступник као правни агент) субјект правног посла. На пример, у праву се сматра да је пословно неспособно лице закључило уговор о купопродаји преко заступника, што значи да је оно субјект права својине на купљеној ствари а не његов заступник.

Постоји неколико карактеристичних врста заступања и заступника: *законско* заступање (нпр., родитељ је законски заступник свога малолетног детета). Посебну врсту законског заступања представља *стањушарно* заступање (нпр., када декан као овлашћено лице заступа факултет). Поред ова два заступања, постоје и *стајаршељско* заступање (нпр., када *стајаршељ* на основу пресуде или решења надлежног органа заступа малолетно лице без родитеља или неурачунљиво лице) и *уговорно* заступање (нпр., када пословно способно физичко лице има свог заступника, адвоката, кога ангажује да га заступа због службеног пута, посла или болести, или када адвокат заступа неко правно лице /предузеће/, с тим што у том случају заступник правног лица мора јасно да

се разликује од органа правног лица). Однос између заступника пословно способног лица и заступаног сличан је односу између заступника и заступљеника пословно неспособног лица.¹⁴³

Пасивна и активна правна способност субјеката права, као што може да се примети, нису њихова природна, већ правна својства, која правни поредак признаје људима (физичким лицима) и њиховим творевинама (правним лицима).¹⁴⁴ То је оно што право као врста метастварности додаје тзв. обичној стварности.

2. Врсте субјеката права

2.1. Физичко лице

Човек, појединац, представља физичко лице у праву које располаже својим правним идентитетом. Идентитет се одређује на основу личног имена, пребивалишта и држављанства. На основу њега, физичка лица стичу и остварују своја приватна и јавна субјективна права (нпр., бирачко право). Место пребивалишта користи се за примену материјалног и процесног права, за одређивање месне (територијалне) надлежности, укључујући и област међународног приватног права (нпр., у случају сукоба правних норми које се тичу статусних односа, надлежно право се одређује како према држављанству физичког лица, тако и према месту његовог пребивалишта). Зато се каже да је свако физичко лице субјект права, тј. поседник пасивне и активне (делатне) способности.

Правна (пасивна) способност. – Способност физичког лица да буде носилац правних овлашћења и обавеза назива се правна способност. Правну способност имају сви субјекти права. Она се стиче рођењем, а под одређеним условима и пре рођења, као што је случај са правилом које је утврђено у старом римском праву да се зачето а нерођено дете сматра рођеним када је то у његовом интересу (*nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodas eius agitur*). Данас је све присутнија потреба да се и „човеку у настајању“ призна правна способност, како би се нерођено људско биће кривичноправно и приватноправно заштитило од повреда (физичких, хемијских, генетских итд.).¹⁴⁵ И обратно, правна

143 N. Visković, 210–211.

144 Упор. Р. Лукић, 280–288; N. Visković, 207–211.

145 Г. Вукадиновић; Р. Степанов, 323.

способност физичког лица престаје његовом физичком смрћу, под условом да се зна када тачно настаје физичка смрт (за шта се данас често користе све унапређенији и прецизнији форензички стандарди и средства). Тим и другим сличним питањима баве се биоетика и биојуридика. Правна способност, исто тако, престаје судским проглашењем несталог лица за умрло. Некада је у Наполеоновом *Codé Civil*-у постојала установа тзв. *цивилне смрти*, која се односила на лица осуђена на смрт, доживотну робију или трајно прогонство. Проглашавајући њихову правну смрт пре физичке смрти, право је гасило сва њихова права и обавезе, предајући држави да регулише сва затечена имовинска и породична овлашћења и обавезе таквих осуђеника.

Данас је *ѡтѡјуна* правна способност синоним за субјекта права као таквог. Али, може се говорити и о *делимичној* или *оѡраниченој* правној способности (нпр., зачето а нерођено дете, привремено нестала лица или осуђеници делимично лишени својих грађанских права).

Активна (делатна) ѡравна сѡспособност. – Ова врста способности физичког лица је строже одређена од његове пасивне правне способности. Наиме, право се не задовољава само тиме да субјекту призна правну способност. Оно исто тако захтева да је физичко лице користи, али не самовољно, већ под одређеним условима. Зато право познаје и признаје субјектима тзв. активну (делатну) способност, која није ништа друго до скуп овлашћења физичких лица да правно делају, тј. да својим свесним и вољним радњама изазивају одговарајуће правне последице за себе и друге независно од тога да ли су оне сагласне (законите) или противне праву (прекршаји, деликти). Речју, ко није пасивни поседник овлашћења и обавеза, не може активно да дела у правном саобраћају.

Врсѡе активне ѡравне сѡспособностѡи. – Активна (делатна) способност субјектата изведена је из њихове пасивне способности. Она се односи на њихову пословну, политичку, деликтну, процесну, брачну, породичну, радну итд. способност.

Пословна сѡспособност представља способност физичког лица да својим радњама заснива овлашћења (права) и преузима дужности (обавезе) у области имовинског (грађанског) промета (нпр., да као купац закључи правни посао). *Полиѡичка сѡспособност* се састоји у субјектовом праву да као грађанин бира друге, али и да сам буде изабран на одређено време за носиоца јавне функције. То друго, пасивно право – да се буде изабран, нешто је строже

постављено када је реч о највишим државним функцијама. *Деликћина сјособносћ* се састоји у могућности учесника у правном саобраћају да се огреше о право, тј. да изврше противправну радњу чак и мимо своје свести и воље и сnose одговорност због ње. Она означава подложност прекршиоца правне норме санкцији и одређује се према старосном добу. Потпуна деликћна способност данас се стиче пунолетством, док је за лакше прекршаје (деликће) предвиђена посебна, тзв. малолетничка деликћна одговорност. *Процесна сјособносћ* се састоји у овлашћењу и обавези неког субјекта да буде пасивна или активна страна у спору, као и да користи дозвољена правна средства. Без располагања процесном способношћу, нико непосредно и правно ваљано не може да оствари своја оспорена или угрожена права и интересе пред надлежним органом. *Брачна и йородична* способност, пак, састоје се у могућности физичких лица да закључе брак или да имају породицу. Поред наведених способности, физичка лица могу да располажу *радном* или неком другом другом врстом активне правне способности.

Иако је данас више возачки него брачно способних лица, питање брачне способности (нпр., због година старости, нарушеног физичког или душевног здравља) додатно се компликује захтевима припадника тзв. „аскриптивних“ друштвених група да им се призна право на закључивање брака са особама истог пола, што је у неким земљама учињено, тј. правно дозвољено. Таква решења на неубичајен начин изнова покреће питање утврђивања брачне и породичне способности, нарочито када се њено стицање разматра у перспективи рађања деце од тзв. „сурогат-мајки“ или усвајања деце од стране „супружника“ у тзв. „истополним браковима“. Али, они актуелизују и питање начина коришћења других поменутих врста активне правне способности, посебно политичке способности засноване на полу или сексуалној оријентацији припадника таквих група, зашта се залажу неки писци (Кристијан Томушат / *Christian Tomuschat*/, Отфрид Хефе и други). То њихово залагање је почело да даје горке плодове (нпр., у Холандији је од стране групе „Martijn“ основана политичка странка педофила под називом „Странка комшијске љубави, слобода и различитости“).¹⁴⁶

Услови за сћицање и йресћанак активне сјособносћи. – Потпуна активна способност стиче се пунолетством (како где, од 16 до 25. године живота). Али, право и пре пунолетства може физич-

146 Вид. „Холандија полако легализује педофилију“ (<https://www.vesti.rs> од 1. 10. 2013).

ком лицу да призна *делимичну* или *ођраничену* активну способност на основу разлика између тзв. млађих малолетника, старијих малолетника и пунолетних лица. За *млађе малолетнике* (обично од 14 до 16. године) надлежни су родитељи или старатељи (када немају родитеље или када родитељи не могу да их васпитавају или издржавају). За *старије малолетнике* (обично од 16 до 18. године) више нису потпуно надлежна поменута лица, јер старији малолетници могу самостално да закључују послове мање вредности или значаја, да ступе у радни однос, располажу стеченом зарадом итд. Они могу и брак да закључе, али само на основу претходне судске одлуке и сагласности родитеља или старатеља. На тај начин је старијим малолетницима призната активна способност као да су пунолетна лица, али само за конкретну ситуацију коју је одобрио судски орган (нпр., за закључење брака). Таква активна способност није иста са активном способношћу *јунолетних лица*. Тек стицањем пунолетства, право таквим младим лицима признаје *јошјуну* или општу активну способност, што значи да пунолетна лица могу самостално да закључују све правне послове које правни поредак не забрањује, да под истим условима учествују у јавном животу итд. Наведене разлике између малолетних и пунолетних лица данас се све више ублажавају у погледу доба за активно укључивање у правне послове, посебно између старијих малолетника и пунолетних лица.

Физичко лице може потпуно да буде *лишено* активне правне способности (пословне, политичке, кривичне, процесне итд.) због доба живота, здравља или правних одлука. То лишење може да буде потпуно или делимично у зависности од тога у којој је мери утврђена неспособност лица за здраворазумско расуђивање на основу стандарда „просечног човека“. Али, активна правна способност може да буде ограничена и због расе, нације, порекла, пола, вере, имовине итд., а таквим примерима обилује људска историја. Због тога се у теорији поставља питање да ли делимично ограничавање једне врсте активне правне способности утиче на ограничавање њених других врста. Одговор зависи од узрока који доводе до ограничавања активне правне способности. Ако је реч о здравственим разлозима, нарочито оним који утичу на ментално стање и расуђивање лица, тада ограничавање једне врсте активне способности доводи до ограничавања њених других врста. Али, ако су разлози друштвене природе, делимично ограничавање једне врсте активне правне способности не мора да доведе до ограничавања њених других врста.

Правна свест. – Располагање активном правном способношћу подразумева постојање свести и воље физичког лица. Та правна свест (и воља) увек се односи на активног субјекта права и састоји се у *познавању права* и *поседовању става према праву* (позитивног или негативног). Али, и непознавање правне норме чини садржај правне свести. Састоји се у непознавању садржаја права и одсуству става према њему, што може да буде узрок правног огрешења. Због тога су још стари Римљани тврдили да „непознавање норме шкоди“ (*Ignorantia legis nocet*). Али, право под одређеним условима и околностима изузетно може да дозволи одступање од тог правила.¹⁴⁷ Очигледно, хоће ли човек да поштује или да прекрши правну норму, то зависи не само од његовог става према норми већ и од околности које окружују субјекта и норму.

2.2. Правно лице

Појам правног лица. – Субјект права је и правно (морално) лице. Оно је друштвена творевина којој је признато својство субјекта права јер је „довољно организована и уобличена“ целина, која се јасно издваја од других сличних људских творевина. Иако правно лице нема своју посебну свест и вољу, оно је ипак признато као субјект права, као и физичко лице које ту свест и вољу има. То је учињено због тога што и правно лице представља „центар интереса и делатности људи“, односно располаже овлашћењима и обавезама које одговарају његовом карактеру и циљу због кога је основано.¹⁴⁸ Једино што та овлашћења и обавезе не могу да буду везани за својство човека да буде родитељ, супружник или да располаже одређеним грађанским правима. То значи да за физичка лица важи начело слободе, док за правна лица важи начело њеног ограничавања. Физичким лицима је, дакле, дозвољено да нешто чине, или не чине, све док њихово понашање изричито није забрањено правним нормама. То је сасвим у складу са схватањем да је слободно (тј. правно дозвољено) све што није правно забрањено. Правна лица, пак, смеју нешто да чине само ако је то изричито дозвољено правним нормама, што је у складу са схватањем да је слободно само оно што право прогласи таквим. Наведена разлика између физичких и правних лица у погледу њихове активне и пасивне способности правда се карактером правних лица и њиховим специјализованим активностима.¹⁴⁹

147 Р. Лукић, 283–284.

148 *Ibid.*, 284–285.

149 N. Visković, 210.

Први облици правних лица створени су у старом Риму (акционарска друштва, принцепсова државна благајна /*fiscus*/ итд.). Али, израз „правно лице“ први је у XVII веку сковао Хуго Гроцијус за означавање удружења и корпорације, које тада још нису биле тако бројне. Тек када је у XIX веку развијена привреда довела до увећања капитала, повећан је број и друштвени значај правних лица. Даљи развој друштва омогућио је да појам правног лица буде проширен на најразличитија удружења, установе и задужбине, а затим на синдикате, удружења послодаваца, политичке странке и друге врсте удружења, све до територијалних јединица и саме државе. Тако је створен савремени појам правног лица по коме и држава може да се сматра једном правном установом, која је трајнија од физичких лица која улазе у састав њених органа. Она је као правно лице носилац одређених овлашћења и обавеза у унутрашњем и међународном поретку, власник непокретне и покретне имовине, страна која склапа међународне и друге уговоре, одговара за штету коју причине њена службена лица итд.

Природа ѡравној лица. – У правној науци постоје три главне теорије којима се објашњава ѡрирода ѡравној лица. Према првој и најстаријој, тзв. *теорији фикције*, правно лице се сматра привидним, вештачким субјектом права. Према другој, тзв. *теорији неѡације*, негира се субјективитет правног лица као таквог, тј. сматра се да је реч о пуком скупу физичких лица која су једини носиоци овлашћења и обавеза. Најзад, према трећој, тзв. *теорији реалности*, признаје се субјективитет правном лицу које се сматра једним центром делатности и интереса. Захваљујући теорији реалности, правно лице се појављује као посебна друштвена и правна творевина која располаже овлашћењима и обавезама као физичко лице или чак у већој мери од њега. Његова суштина је у томе што је реч о друштвеној организацији у којој учествује више људи који врше извесна овлашћења и дужности, с тим што правне последице њихових радњи нису урачунате непосредно њима, већ целој организацији, тј. правном лицу. Правно лице је, дакле, субјект права без способности да „лично“, тј. непосредно врши своја овлашћења и обавезе. То, уместо њега, чине његови органи када делају као његови заступници. Због тога правно лице као целина има извесна овлашћења и обавезе према члановима из којих се састоји. Али то нису све теорије. На пример, Роско Паунд (*Roscoe Pound*) наводи у својој књизи *Јурисѡрудениција* друге бројне теорије којима се објашњава суштина правног лица, као што су: теорија концесије, теорија организма, теорија групне личности,

Јерингова „теорију заграде“, теорија власништва, Келзенова теорија итд.¹⁵⁰

Елементи њравној лица. – Правно лице је веома сложена творевина састављена од великог броја елемената. У главне *елементне њравној лица* спадају: његов циљ, средства којима располаже, чланство, органи, статут, јединственост и идентитет.

Правна лица се оснивају за постизање најразличитијих циљева (економских, политичких, државних, просветних, здравствених итд.). Ти циљеви морају да буду правно допуштени, што значи да држава може да забрани правна лица која су основана ради постизања правно забрањених циљева. Правна лица такође располажу средствима (имовином, апаратом, механизмима) које њихово чланство користи ради остваривања резултата (сврхе, циља). Међутим, правно лице није пуки збир људи. Оно је пре један колектив који располаже специјализованим органима за вршење тачно одређених врста послова. Ти органи руководе правним лицем, представљају га споља и изнутра, ступају у правне односе, стичу, мењају и гасе права и обавезе правног лица итд. Због тога органи правног лица нису само овлашћени, већ су и обавезни да обављају послове из свог делокруга. Једино се њихове радње урачунавају правном лицу, а не члановима у органима који му позајмљују своју свест и вољу. Такође, у правној науци се прави разлика између заступника и органа правног лица. Заступник је самосталан правни субјект, одвојен од правног лица, док је орган састојак правног лица. Будући да свако правно лице располаже правним правилима, каже се да је оно правилима уређена организација. Једну врсту правила поставља законодавац, а другу само правно лице преко својих органа. Најважнији унутрашњи акт правног лица је статут. Њиме се регулишу односи важни за постојање, уређење и функционисање правног лица, док су правилници, пословници и други слични акти унутрашње регулативе правног лица засновани и изведени из статута. На тај начин се постиже да правно лице наступа јединствено и деперсонализовано у правним односима. Правно лице такође нема прописано трајање, осим изузетно. Оно обично надживљава своје чланове, чиме се потврђује његов континуитет. Најзад, идентитет правног лица се одређује на основу оснивачког акта који садржи назив, седиште и, евентуално, „држављанство“ правног лица. На основу седишта, правно лице стиче и остварује своја права. Место

150 Вид. Р. Паунд, II, 493–529.

пребивалишта користи се за примену материјалног и процесног права, као и за одређивање месне (територијалне) надлежности, укључујући и област међународног приватног права (нпр., у случају сукоба правних норми које се тичу статусних односа правног лица, надлежно право се одређује према месту његовог седишта, а евентуално и према његовом „држављанству“).¹⁵¹

Врсте ѡравних лица. – Постоје различите поделе и врсте правних лица. Основна је подела правних лица на јавна и приватна. *Јавна* правна лица су држава, покрајина, регион, општина и друге територијалне јединице, а затим јавне установе (болнице, факултети, музеји итд.) и јавна предузећа (у областима електропривреде, комуникација, транспорта, саобраћаја итд.). *Приватна* правна лица су различита трговачка друштва, приватна предузећа, културне, научне, хуманитарне и друге организације.¹⁵²

Јавна и приватна правна лица се деле на удружења, установе и задужбине.

Удружења (universitas personarum) сачињавају чланови који су тако тесно међусобно повезани да без њиховог својства и одређеног броја она не могу да постоје (нпр., Удружење ликовних уметника Србије или Удружење спортских риболоваца Србије). Удружења у првом реду сачињавају лица која су његови чланови, па тек у другом реду материјална средства. Разуме се, прелаз из удружења у установе често је неосетан, јер удружења могу да располажу знатним материјалним средствима (као установе) или да оснивају установе.

Установе (universitas rerum или bonorum) су врста правних лица која су више одвојена од људи. Оне могу да постоје и независно од људи. Немају чланове који их чине, већ управне органе и људе који не морају да буду њихови чланови нити морају да имају власт у њима (нпр., оснивачи универзитета). Установе у првом реду сачињавају материјална средства која су одређена да служе у неку сврху, док људи који улазе у њихов састав та средства треба наменски да употребљавају, служећи и сами као нека врста средства.¹⁵³

За разлику од удружења и установа, *задужбине* представљају такву врсту правног лица које оснива неко физичко или правно лице својом несумњивом изјавом воље. Да би задужбине настале, потребно је да постоји јасна изјава воље о намери да се оне

151 Г. Вукадиновић, 171–174.

152 N. Visković, 209.

153 Р. Лукић, 286–287.

оснују, да је одређена сврха и имовина задужбина, која треба да послужи за постизање намењене сврхе, и све то уз одобрење надлежног државног органа. Задужбине могу да се оснују правним послом међу живима (*inter vivos*) или тестаментом (*mortis causa*), али изјава воље оснивача задужбина увек представља једностран формални правни посао. Задужбине се оснивају ради постизања различитих циљева, али готово увек ради тога да се заједници и после смрти на неки начин помогне. Због тога задужбине носе имена својих оснивача у знак сећања и признања. У јавном праву, задужбине се називају *заводи*. Заводи располажу специјалном пословном способношћу.

Од задужбина треба разликовати *фондације*. Иако су добротворне установе као и задужбине, сматра се да се фондације разликују од задужбина према лицима која их оснивају. Фондације обично оснивају правна лица, али као саоснивачи могу да им приступе и друга физичка и правна лица.

Од фондација треба разликовати *фондове* и *лејатије*, којима наменски могу да располажу физичка и правна лица (нпр., Фонд за награђивање Светосавских темата на Београдском универзитету, легати Бранислава Нушића, Бете Вукановић итд.).

2.3. Виртуелни лик

Виртуелни субјекти права. – Право постоји не само као реална и идеална већ и као виртуелна појава која у себи на посебан начин спаја реално са идеалним и преобличава их у том виртуелном свету. До тога је дошло када су се реално и идеално у праву по први пут испреплетили на сасвим неубичајен начин у рачунарском виртуелном свету. Захваљујући убрзаном развоју информатичких технологија, које неосетно али убрзано мењају свет наших појмова у истој мери као и наше физичко окружење, поред *реалних* субјеката права, физичких и правних лица која одувек или одавно постоје у правој стварности, данас може да се говори и о tzv. „виртуелним субјектима“ права који однедавно постоје само у једној посебној, рачунарској виртуелној стварности, док у правој стварности они не постоје. То су нови и аутономни субјекти права – виртуелни ликови или *аватар*и, како их још зову. Они су нови, јер до сада нису постојали, и аутономни, јер постоје само у рачунарској виртуелној стварности у којој и из које могу правно да дејствују.

Иако нови и аутономни, виртуелни ликови, ипак, нису сасвим независни од реалних субјеката права који им као њихови изворници позајмљују своју свест, вољу и жељу (хтење). Такође, виртуелни ликови са физичким и правним лицима могу да успостављају најразличитије везе. На пример, реална физичка лица и правна лица (преко физичких лица која улазе у њихов састав) могу у тој новој рачунарској стварности по свом избору да узимају и користе лик аватара (нпр.) за склапање виртуелних правних послова (*eBay, eGovernment, Wallstreet eStock Market* итд.) са другим аватарима које су створила друга реална физичка и правна лица, што нужно производи одговарајуће правне последице у обе стварности. То значи да реална физичка и правна лица као аватари у виртуелном свету могу из тог света да дејствују на друге реалне субјекте права производећи правне последице у правој стварности. Али, виртуелни ликови нису само пуки посредници између реалних субјеката. То отвара питање одређивања њихове правне природе.

Правна ѡрирода виртуелних ликова. – Правна природа виртуелних ликова као могућих нових субјеката права може да се објашњава на различите начине (нпр., теоријом заступништва). Њен главни недостатак је у томе што је тешко објаснити како реални субјект права може да заступа себе као аватара у виртуелном рачунарском свету. Објашњење да се ради о истовременом двоструком правном субјективитету истог субјекта не чини се прихватљивим, јер та два субјективитета истог лица (као реалног и као виртуелног субјекта) нису истоветна. То значи да нису истоветне ни последице урачунавања правних радњи истом субјекту у виртуелном и стварном свету.

Изгледа да је најближе суштини виртуелних ликова то што се о њима као виртуелним субјектима може говорити као када се објашњава суштина правног лица, које је у односу на физичко лице збиља једна фикција, али фикција која производи изузетно значајне правне и друштвене последице. Будући да у правној науци постоје барем три главне теорије којима се објашњава суштина правног лица, то би према првој, најстаријој и већ поменутој *теорији фикције*, виртуелни лик би ипак био субјект права, додуше привидни, вештачки субјект права. Према другој, *теорији неѡације*, виртуелни лик не би могао да буде субјект права. Најзад, према трећој, *теорији реалности*, могао би да се призна потпуни субјективитет виртуелном лику као још једном центру делатности и интереса, као да је реч о физичком или правном лицу.

Поређењем правих субјеката права са виртуелним ликовима, може се запазити како и виртуелни ликови у виртуелној стварности (некој врсти метаверзума) располажу могућношћу поседовања (власништва), способношћу или надлежношћу за стварање правних аката (правотворством) и способношћу да одговарају за своје противправне поступке (правна одговорност), као и својим идентитетом, дакле свим оним што сачињава јединствен појам субјекта права као поседника, ствараоца права и правно одговорног лица. Изгледа да је за објашњење њихове суштине у овом тренутку прихватљивија теорија фикције него теорија реалности, која постепено преваже над теоријом фикције. Сличан преображај се својевремено догодио са настанком субјективитета правног лица у односу на субјективитет физичког лица.

Појава виртуелних ликова (аватара) у сасвим другачијем светлу приказује нека стална питања на која још није дат, нити ће изгледа икада бити дат ваљан одговор: шта је стварност, шта је свет уопште, шта је човек (посебно *шелемајски*, *виртуелни човек* Жана Бодријара /*Jean Baudrillard*/), какво је човеково место у стварности и свету, докле свет и човек, као његов део, могу да се развијају, да ли виртуелна стварност људску вољу ослобађа или заробљава итд. Очигледно, суштина није у коначности таквих одговора, већ у њиховој корисности.¹⁵⁴

Други одсек ОБЈЕКТ ПРАВА

Под правним објектом се подразумева ствар (лат. *res*), као део спољашњег, материјалног света, која није човек, али се налази у човековој власти. Ипак, прецизније је рећи да су објект права сва *добра* која могу да се расподељују између субјеката права.¹⁵⁵ Та добра могу да се поделе на: *природна добра* (земља, вода, ваздух, руде, биљке, животиње, робови, кретање, здравље, живот итд.), *људске творевине* (*материјалне*: оруђа, намештај, зграде, новац, кола, затвор итд., и *духовне*: знање, васпитање, вера, естетско задовољство, осуда итд.) и *људске радње* (чињења: земљорадња, за-

154 Д. Митровић, *Пути права. Холстичка парадигма света и права у светилу теорије хаоса и правне теорије*, 271–272.

155 Р. Паунд, II, 669–676.

натство, политички и верски обреди, деликти итд., и нечињења: уздржавање од указивања помоћи итд.).¹⁵⁶

Објект права дакле нису само ствари, тј. материјални предмети (земља, кућа, кола, намештај итд.), већ сва расподељива добра као што су енергија (која очигледно ствар), преносива субјективна права, производи људског духа (научна и културна дела) или лична добра (дневници, фотографије, преписка итд.). Некада је и човек био објект права (роб и кмет), што данас углавном није случај јер је ропство званично забрањено.¹⁵⁷ Али, оно опстајава у облику трговине људима (трефикинга). Такође, у савременом праву објект права све чешће постају органи и други делови људског тела уместо живих људи.¹⁵⁸ Најзад, објект права нису само добра настала људском делатношћу (радњама), већ је то и сама та делатност (сврсисходна људска активност, људска радна енергија, рад).¹⁵⁹

Интересантно је да је *човек* у древним временима сматран целовитим и слободним људским бићем. Када му је слобода одузета због јачања друштвене неједнакости, човек је постао *роб* или *кмеј*. Готово сви, осим повлашћене елите, постали су поново једнаки, јер више нису били ништа. Њихова једина преостала врлина постала је слепа послушност. Затим је, у доба индустријске револуције, човек проглашен прво *радником* у функционалном смислу, а потом *радном снајом* у деперсонализованом смислу. Даљи развој организационих и менаџерских дисциплина, сједињеним деловањем друштвеног инжењеринга, омогућио је управљачима да људско биће прогласе *ресурсом* (нпр., за рођење сваког свог грађанина држава укалкулише на име будуће добити одређену суму новца коју ће јој он док је радно активан исплатити током свог живота; тако се држава задужује на рачун својих тек рођених грађана-држављана). Упоредо са наглим развојем биолошких и медицинских наука, подржаних унапређеним генетским истраживањима, медицинска „струка“ је почела да за човека користи још ружнији назив *конџејнер* (подразумевајући под тиме носиоца клица, вируса, болести итд., јер је добар човек само болестан човек). Најзад, због потреба тзв. „четврте индустријске револуције“,

156 N. Visković, 211–213.

157 На пример, ропство је прво укинато у Јапану 1588. године. У Европи је први пут укинато у Великој Британији 1807. године (само за матицу) а затим 1834. године за цело царство (комонвелт). У Србији је ропство изричито забрањено Срећеским уставом из 1835. године.

158 Г. Вукадиновић, 174–175.

159 Упор. Р. Лукић, 279; N. Visković, 212; Г. Вукадиновић, 174; D. Vrban, 289–296.

њени самозвани заговорници су уместо речи човек почели да користе израз *илајџформа*, у смислу трансхуманистичког повезивања човека са рачунарском вештачком интелигенцијом. Једино, нико никада није запитао човека, то унижено биће, шта мисли о тим називима и њиховим самозваним „кумовима“ који га од субјекта права под видом „језика струке“ скривено или из „чисто филантропске забринутости“ технички претварају у објект права, а биолошки у роба.

Какогод да се користе називи субјект и објект права, очигледно је да се појам објекта права налази сазнајно у корелацији са појмом субјекта права. Због тога појам објекта права не може прецизно да се одреди без појма субјекта права. То значи да не може прецизно да се одреди ни појам правног односа у који човек као субјект права ступа поводом најразноврснијих добара као објекта права.

II глава

ПРАВНИ ОДНОС, ПРАВНА ЧИЊЕНИЦА И ПРАВНА РАДЊА

Први одсек ПРАВНИ ОДНОС

1. Појам и врсте правног односа

Појам правног односа. – За правне односе се обично каже да представљају друштвене односе регулисане правом. Они настају спонтано, независно од права (нпр., брачни однос или однос родитеља и деце) или свесно-плански, када њихово настајање изазива само право (нпр., однос између суда и кривца или посланика и његових бирача). И само су ти други односи *чистио* правни. Само преко њих право постаје погодно средство за претварање обичне стварности у правну стварност.¹⁶⁰

Правни односи проистичу из правом утврђених овлашћења и обавеза односних субјеката. То су „односи зависности у форми права и дужности“.¹⁶¹ Они нису прост скуп права и обавеза, већ њихов уређен систем у коме сваком правном овлашћењу одговара правна обавеза. То значи да правни односи представљају друштвене односе у којима су субјекти овлашћења и обавеза дужни да се понашају по правним нормама. Они су нужан део правног поретка, јер су неопходни за остваривање правних норми. Преко правних односа нормативни део правног поретка (правне норме) повезује се са његовим фактичким делом (људским понашањем по нормама), а то омогућава праву да се испољи и делује у стварности.

160 Р. Лукић, *Методологија права*, 218.

161 Т. Живановић, *Систем савремене правне филозофије*, III, Београд 1959, 214–220.

Број правних односа је веома велик, готово неизмеран. Правом су посебно подрбно уређени економски, политички и организациони односи. Али, то не значи да су сви ти друштвени односи самим тим правни, како би могло да се помисли, јер постоје и односи регулисани само друштвеним нормама. Поред ових, нису правни ни друштвени односи који представљају правну празнину, као ни односи субјеката према добрима, обично стварима. Наведено разликовање је најједноставније објаснити на следећи начин: правни однос се „од осталих друштвених односа практично разликује и по томе што држава интервенише својим апаратом силе како би субјект односа извршио своју дужност, док то неће да учини у случају неправног односа“ (нпр., правни однос постоји између војног органа и војног обвезника, купца и продавца, мужа и жене, али не постоји између другова, пријатеља или љубавника).¹⁶²

Правни однос је увек регулисан правном нормом. Али, то не значи да сви правни односи настају на исти начин. Постоје барем три карактеристичне ситуације у којима деловањем правне норме настаје правни однос (остави ли се по страни разматрање хипотетичког „преднормативног правног односа“ /Коста Стојановић, Никола Висковић/). У првој ситуацији то може да буде само једна општа норма из које се непосредно изводи или заснива правни однос (нпр., однос грађана према дужности да бране земљу). У другој ситуацији то је једна општа и једна појединачна норма (нпр., однос плаћања пореза између пореског органа и пореског обвезника), а у трећој само једна појединачна норма (случај правне празнине). Треба запазити да настанак правних односа зависи пре свега од испуњавања одговарајућих услова у норми, а не од различитог начина или степена регулисања друштвених односа правним нормама.¹⁶³

Врсте правних односа.— Постоје различите врсте правних односа. Њихова основна подела је на апстрактне и конкретне. *Апстрактни* правни односи представљају „скуп нормативних значења“, једну синтетичку апстракцију добијену из низа конкретних правних односа (њихов *genus*). Они се односе на апстрактне субјекте и садрже апстрактна правна овлашћења и обавезе (односи између свих родитеља и деце, свих купаца и продаваца, свих супружника итд.).¹⁶⁴ *Конкретни* правни односи настају у тренутку примене правне норме у конкретној друштвеној ситуацији

162 Р. Лукић, *Увод у право*, 269.

163 *Ibid.*, 268.

164 N. Visković, 205.

између конкретних правних субјеката који су носиоци конкретног правног овлашћења и конкретне правне обавезе (нпр., однос између конкретног купца /Јанка/ и конкретног продавца /Марка/ поводом конкретне ствари /новина/ које су продате за тачно утврђен новчани износ /30 динара/). Будући да је апстрактан правни однос пројекција правотворца, а конкретан реализација апстрактног односа у конкретном случају, апстрактни односи се остварују само преко конкретних правних односа.

Друга важна подела правних односа је на *једнострано обавезујуће* и *двострано обавезујуће*. У једнострано обавезујућим односима само једна страна, тј. један или више субјеката, има према другој страни правну обавезу, док друга страна према првој има само правно овлашћење (нпр., однос издржавања између родитеља и деце или однос између пореских обвезника и државе). У двострано обавезујућим односима свака страна, тј. један или више субјеката, има према другој страни истовремено овлашћење и обавезу (нпр., односи размене имовине и рада, где свака страна потражује од друге неко добро, али је дужна да за то добро другој страни да одређену надокнаду, тј. добро). Зато једнострано правни односи садрже једно правно овлашћење и једну правну обавезу, а двострано два правна овлашћења и две правне обавезе.

Правни односи још могу да се поделе на: *приватноправне* (између приватних лица или приватних организација) и *јавноправне* (између држава или државе и друштвених организација јавног карактера), *просте* и *сложене* (када из једног истог правног односа настају иста или различита правна овлашћења за више субјеката, при чему се сам правни однос не мења: на пример, право запослених на месечну плату) или *радне*, *браћанске*, *породичне*, *шртовачке*, *кривичне*, *међународне* (зависно од врсте добара према којима су усмерена правна овлашћења и правне обавезе).

2. Састав правног односа: правно овлашћење и правна обавеза

Састав правног односа. – У правној науци се различито одређује састав правног односа, тј. његови елементи. Према једнима, правни однос се састоји из четири елемента: правног овлашћења, правне обавезе, субјекта права и објекта права. Према другима, он се састоји из три елемента: правног овлашћења,

правне обавезе и субјекта права. Према трећима, правни однос се састоји само из два елемента: правног овлашћења и правне обавезе.¹⁶⁵ Изгледа да је треће схватање најближе истини, јер правни односи (као и сви други односи) настају само између лица, субјеката права. Они не могу да настану између лица и ствари или између ствари. Зато правни субјекти нису елемент правних односа, већ њихова нужна претпоставка (*conditio sine qua non*). Најпре морају да постоје субјекти, па тек онда може, али и не мора, да настане правни однос. То важи и за објект права, који је предмет правног односа, а не његов састојак, јер прво треба да постоји неко добро да би поводом њега, евентуално, настао правни однос. Будући да правни односи готово да не би постојали када не би било материјалних и духовних добара као њиховог могућег предмета, произлази да је и објект права нужна претпоставка за постојање правног односа (такође његов *conditio sine qua non*), као и субјект права. Због тога се каже да се правни односи састоје само из два главна али корелативна елемента – правног овлашћења и правне обавезе као атрибута субјеката права, при чему овлашћење једног субјекта подразумева постојање обавезе другог субјекта поводом неког правног добра.

Правно овлашћење. – Правно овлашћење (од лат. *auctoritas*) није само нечије право. Оно је и облик испољавања друштвене моћи, јер ко има већа или важнија овлашћења требало би да има већу друштвену моћ. Зато се за правно овлашћење каже да представља могућност одређеног субјекта да се понаша на начин који дозвољава и штити правни поредак применом својих санкција. Субјектово овлашћење нико не сме да оспорава а понашање да спречава, што значи да је односни субјект обавезе дужан да трпи понашање овлашћеног субјекта (да буде пасиван, да се уздржава) или да се понаша онако како субјект овлашћења одређује (нпр., да буде активан, да учини захтевано), јер, у противном, крши право.

Правно овлашћење као елемент правног односа мора да садржи правни *захтев* субјекта овлашћења и могућност да субјект обавезе у случају неиспуњења своје обавезе, тј. у случају прекршаја, буде *кажњен* од надлежног државног органа. На пример, ако је неки субјект овлашћен да вози своја кола, сви други субјекти су обавезни да га у томе не ометају. Али, ако је субјект овлашћен да захтева враћање својих кола која је позајмио другом, субјект обавезе је ду-

165 М. Zirk Sadowski, „La rapport juridique“, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie juridique*, 336 и даље. Нав. према: Г. Вукадиновић, 168. Вид. Т. Живановић, III, 64–72.

жан да му кола врати у договорено време јер, у противном, чини прекршај. Ако нема макар једне од поменуте две моћи субјекта овлашћења – на пример, ако моћ захтева није подржана моћу тужбе, или ако моћ одлуке о прекршају није подржана применом санкције – тада је реч о „голој“ праву (*nudum ius*), тј. више о моралном него о правном овлашћењу (нпр., о природној облигацији).¹⁶⁶

Правна обавеза. – И правна обавеза (дужност, од лат. *obligatio*) представља правном нормом утврђену дужност субјекта на одређено делање или уздржавање од делања. Она значи да је понашање субјекта обавезе (физичког или правног лица) регулисано правном нормом јер ће у противном на њега бити примењена санкција. Ту субјект овлашћења може само да *захтева* од субјекта обавезе да изврши обавезу, док субјект обавезе има *дужности на делање*. Она, поред чињења (*facere*), укључује и трпљење, тј. уздржавање од чињења (*non facere*). Будући да наведена обавеза садржи елемент изнудљивости, она се тиме разграничава од моралних и друштвених дужности.¹⁶⁷ Зато се појам обавезе у праву јасније издваја од појма овлашћења, јер је право у првом реду систем правила о обавезном понашању.

Однос њравној овлашћења и њравне обавезе. – Када је реч о односу правног овлашћења и правне обавезе не може постојати правно овлашћење без односне правне обавезе. Из тога се може закључити да су правно овлашћење и правна обавеза два *корелативна* и *сразмерна*, дакле, два *нужна* и *слична* елемента правног односа. Али, они су и два *сујројна* елемента правног односа или стања субјеката права у коме једна страна нешто добија а друга нешто губи.¹⁶⁸ Због тога правна обавеза има исти састав као правно овлашћење, само супротан садржај.

Од састава и садржаја овлашћења и обавезе треба разликовати њихову распоређеност у правном односу. У неким случајевима, својства субјекта овлашћења и обавезе стичу се у истом субјекту, док су у другим случајевима та својства јасно одвојена. На пример, у области приватних правних послова, праву купца да тражи предају купљене ствари одговара обавеза продавца да преда тражену ствар; и обратно, праву продавца да тражи од купца новац за продату ствар одговара обавеза купца да плати купљену ствар. Али, у области јавних послова, управни орган који дискреционо

166 N. Visković, 214–215.

167 Упор. Р. Лукић, 274–275; N. Visković, 214–218; Г. Вукадиновић, 182–184.

168 N. Visković, 215–216.

поступа представља јединог субјекта овлашћења, док је субјект обавезе искључиво грађанин на кога се односи норма у конкретном управном акту.

3. Врсте правних овлашћења и правних обавеза

Правна овлашћења се дају субјектима да би могли да остваре своје интересе, док се правним дужностима односни субјекти права оптерећују како би се остварили туђи интереси. Постоје три главне врсте правних овлашћења: *субјективно право, надлежности* и *право на правну заштити* (односно *право на тужбу*). као и три врсте њихове злоупотребе до којих долази када се овлашћења користе супротно њиховом циљу.

Постоје и различите *врсте правних дужности*. Као правни односи, и дужности се деле на *абстрактне* и *конкретне* (нпр., да су сви грађани дужни да бране земљу или да је Јанко дужан да плати порез надлежном пореском органу), *једностране* и *двостране* (нпр., да је грађанин дужан да поступи по решењу управног органа или да је купац дужан да плати купљену ствар, а продавац дужан да преда плаћену ствар), *јавноправне* и *приватноправне* (нпр., дужности које се тичу државе као потписнице неког међународног уговора или дужности које се тичу обавеза приватних лица) или *преносиве* и *непреносиве* (нпр., обавеза писца да напише књигу је непреносива, али је његова обавеза да плати дуг преносива).¹⁶⁹

3.1. Субјективно право

Идеја и појам субјективног права. – Идеја субјективног права, насупрот објективном праву, веома је стара.¹⁷⁰ Изгледа да је њено порекло и настанак могуће довести не само у везу са античком римском јуриспруденцијом, већ и у везу са хришћанством и учењима св. Августина и каснијих правника-сколастичара. Међутим, идеја субјективног права добила је замањак тек у модерној школи природног права. Према Хугу Гроцијусу, субјективно право представља „реалност која претходи закону“. Оно „потиче из природе и означава могућност или способност да човек чини или не

169 Г. Вукадиновић, 184.

170 М. Поповић, *Појам субјективног права*, Београд 1975, 25 и даље.

чини неке ствари“. У XVIII и првој половини XIX века сматрано је да човек тако може да поступа зато што се „слобода као правна појава“ изражава управо кроз „природна субјективна права“.171 У другој половини XIX века идеја субјективног права разматрана је позитивистички и довођена у везу са државом као центром правног поретка, с тим што је истицана разлика између објективног и субјективног права. И данас, према Жану Карбонијеу, између „великог“ (објективног) и „малог“ (субјективног) права постоји директна веза: „објективно право је скуп правних правила, а субјективно право – моћ, способност *делања*“. Исто то пре Карбонијеа тврдио је Тома Живановић: „субјективно право се састоји у могућности правног субјекта да се понаша на правно одређен начин (*facultas agendi*)“.172 Субјективно право, дакле, није пуко овлашћење одређеног субјекта да се понаша на било који правно одређен начин, као што би могло да се помисли. Оно субјекта овлашћује да се понаша само на правно дозвољен начин у *свом инѡтересу* који предвиђа и штити правни поредак. Као посебна врста правног овлашћења (нпр., право својине, право закупа, право на слободу кретања итд.), оно припада субјектима на основу правних норми објективног права ради заштите њиховог сопственог интереса, што значи да је у тим границама субјект потпуно слободан (али не и самовољан) да изабере како ће да се понаша. Он је једини надлежан да одреди свој интерес, да одлучи хоће ли да га штити својим субјективним правом итд. Чак и када одлучи да своје овлашћење не врши, он је потпуно слободан у томе, тј. не чини прекршај.173

Природа субјективної ѡрава. – У правној науци се различито одређује *ѡрирода* субјективног права. Према *ѡеорији воље* (Бернард Виндшайд /*Bernhard Windscheid*/), суштину субјективног права чини моћ или господарство воље које титулара субјективног права чини меродавним за начин коришћења овлашћења која му је правни поредак ставио на располагање. Према *ѡеорији инѡтереса* (Рудолф фон Јеринг /*Rudolph von Ihering*/), право не постоји због воље, већ воља због права, што значи да субјективна права представљају „правно заштићене интересе“. Најзад, према синтетичким, тј. *вољно-инѡтересним ѡеоријама* (Георг Јелинек /*Georg Jellinek*/, а код нас Ђорђе Тасић и Радомир Лукић), природа субјективног права произлази из међузависности воље и интереса. То

171 Г. Вукадиновић, 176.

172 Т. Живановић, III, 168 и даље.

173 Р. Лукић, 269–270.

чини да оно буде од „правног поретка призната и заштићена моћ воље која је усмерена на добро или интерес“ (Георг Јелинек).

Подела субјективних њрава. – Број субјективних права изузетно је велик, такорећи немерљив, чак и када је реч о појединцу. Ипак, сва та права могу да се разврстају према различитим мерилима. Најважнија је њихова подела на *ајсолујна* (стварна) и *релативна* (облигациона, лична) субјективна права. Обично се каже да су права на стварима (*ius in rem*) апсолутна, за разлику од релативних, која се састоје из права према неком лицу (*ius in personam*). Ипак, тачније је рећи да апсолутна права делују према свима (*erga omnes*), а релативна само између страна (*ad personam*). У првом случају субјекта обавезе представљају сва друга (могућа) лица, а у другом случају само тачно одређено лице или више њих, и то она која се налазе у облигационом односу са субјектом овлашћења. Код апсолутних права, дакле, познат је само субјект овлашћења, док је субјект обавезе апстрактан, све док се не повреди апсолутно право, када настаје захтев за његову заштиту. Код релативних права, пак, познате су обе стране, пошто је правни однос потпуно персонализован. Тиме је олакшано подношење захтева за заштиту повређеног права. Међутим, и апсолутна права су права према лицима, само посредно, поводом ствари. Наведеној подели субјективних права на апсолутна и релативна све чешће се додају *корпоративна њрава* (управљачка, имовинска итд.) као трећа врста субјективних права.

Другу значајну поделу чине *преносива* и *непреносива* субјективна права са припадајућим правним обавезама. Преносива права могу да се пренесу на другог (власништво, хипотека, дуг итд.), док су непреносива права неодвојива од личности (право гласа, родитељско право итд.).

Субјективна права могу да се поделе и на *приватна* и *јавна*, према томе коме су упућена. Субјективна приватна права настају из односа међусобно равноправних субјеката (нпр., субјективна права из купопродајног уговора), а субјективна јавна права из односа надређености државе и подређености појединаца (право гласа, право на поштено суђење, право на одбрану итд.).

Постоје и друге поделе и врсте субјективних права: *јозијивна* и *нејозијивна*, *дискрециона* и *официјелна*, *самостјална* и *несамостјална* итд.

Најважнију врсту преносивог субјективног права које делује „*erga omnes*“ представља *својина* (власништво /*potestas*/). Али, док

је својина као институција постојана, то се не може рећи за њене правне облике.¹⁷⁴ У XVIII и XIX веку најважнија противречност код *њривајне својине* потицала је од појединачног власништва над основним средствима у индустрији и колективног карактера индустријског радног процеса. Та противречност је довела до изузетно значајних својинских промена. Прва промена се састојала у тражењу најподеснијег облика заједничког власништва којим би могао да се изрази колективни карактер радног процеса у индустрији, јер су се радници све више, чешће и боље организовали и супротстављали се власницима средстава за производњу у преговорима о висини надница (најамница) и условима рада. У исто време, они су развијали специфичне облике колективне самопомоћи како би истрајали у заштити својих интереса док траје сукоб са послодавцима у области рада (у случају штрајка, затварања предузећа итд.). Друга промена се огледала у издвајању из јединственог појма власништва његових саставних делова (права употребе, права коришћења и права располагања својином) који су пренети на различите субјекте-носиоце тих посебних врста овлашћења. Захваљујући томе, деоничарско друштво као модерна корпорација више није представљало пуку копију римске институције сувласништва (*societas*), јер је деоничару власништво и формално давало право да утиче на употребу и располагање индустријским власништвом (нпр., право на одлучивање на скупштини деоничара, право на избор пословодства у предузећу и слично) и право на учествовање у расподели добитка. На тај начин је *деоничарско власништво* произвело сличан ефекат према власнику производних средстава какав је својевремено произвело *њривајно власништво* над средствима за производњу у индустрији – обезличило је власника као што је приватно власништво обезличило радника, учинивши их лако заменљивим чиниоцима процеса производње. Појава деоничарског власништва и корпорација убрзала је даље раслојавање у области рада и капитала. У таквим условима ојачала је улога државе, која се у то време показала као потенцијално дорасла институција сталном јачању капиталистичких организација у индустрији и другим гранама привреде. Упоредо са тим, због све веће демократичности приликом избора законодавца, обе преговарачке стране (власници и радници) престале су да у држави виде само спољашњу непријатељску силу, већ и прилику за јачање свог политичког утицаја. У томе су власници били успешнији од радника. На крају, и сама држава

174 К. Ренер, *Социјална функција њравних институција*, Београд 1997, 46–137.

постала је власник (*државно власништво*), потпадајући под норме којима је власништво регулисано.¹⁷⁵

3.2. Надлежност

Појам надлежности. – Надлежност је правно овлашћење субјекта (физичког или правног лица) да се понаша у туђем интересу на основу дозволе и заштите правног поретка. Она се састоји у старању о интересу другог који није у стању, не може или не жели лично да заштити свој интерес. То је, дакле, посебна врста правног овлашћења, а не врста субјективног јавног права (које је такође врста правног овлашћења). Надлежношћу се штити туђи интерес, туђе субјективно право, у чије име субјект надлежности дела, а не свој интерес и своје субјективно право.

Разлике између субјективног права и надлежности. – Из реченог није тешко запазити следеће важне разлике између субјективног права и надлежности као главних врста правног овлашћења. Пре свега, субјект субјективног права располаже много већом слободом приликом вршења свог овлашћења од субјекта надлежности. Субјект надлежности није овлашћен да дела како он хоће (као што то може да чини субјект субјективног права унутар одређених правних оквира које одређује начело законитости), већ је обавезан да дела како би делао и субјект субјективног права када би то могао или хтео. Због тога је надлежност ограничена врста правног овлашћења. Она је за свог субјекта истовремено и правно овлашћење и правна обавеза, с тим што правно овлашћење представља главни, а правна обавеза споредни елемент надлежности.

Из тог основног ограничења проистичу друге важне разлике између субјективног права и надлежности. Субјект субјективног права може да се понаша рационално или ирационално (нпр., он може да чита или да уништи своју књигу), док субјект надлежности мора да се понаша само рационално (нпр., да чува књигу). И то не било како рационално, онако како би се понашао према властитим стварима (према чијем чувању може да буде немаран), већ само према правним стандардима (као савестан домаћин, па чак и строже од тога). То ограничење постоји зато што се субјект надлежности појављује као субјект обавезе према субјекту субјективног права. На пример, власник може да уништи своју ствар, док субјект надлежности вршећи право својине у име власника

175 К. Ренер, 117–122 и 164–169.

то не може да учини, осим ако је управо то рационално (нпр., када уништи заражену овцу како би спречио ширење заразе на цело стадо). Исто тако, субјект надлежности невршењем својих овлашћења чини прекршај, док то са субјектом субјективног права није случај. Субјект надлежности своју надлежност не може да пренесе на другог својом вољом, што субјект субјективног права може да учини итд.¹⁷⁶

3.3. Право на правну заштиту

Свако правно овлашћење је заштићено државним апаратом силе. Зато у појам правног овлашћења улази још једна његова врста – право на правну заштиту. Оно се састоји из права права на тужбу у европском континенталном праву или из права на приступ суду у англосаксонском праву.

Право на тужбу. – Представља врсту правног овлашћења, у ствари правног средства, које се састоји у могућности односног субјекта права да се обрати надлежном државном органу да реши спор поводом оспореног субјективног права или надлежности које правни поредак дозвољава и штити. То право је карактеристично за европски континентални систем у коме се обично не схвата као самостално и посебно правно овлашћење (као што је случај са правом на приступ суду у англосаксонском систему), већ пре као нека врста изведеног овлашћења, додатка или елемента уз друга два главна правна овлашћења (субјективно право и надлежност). Али, право на тужбу може да се схвати и као посебно индивидуално, јавно, процесно субјективно право, зависно од тога шта се у њему сматра претежнијим – његова форма или његова садржина. Оно, поред *захтева* (*postulatum*) да се правно овлашћење оствари тужбом (нем. *Anspruch*), садржи и *моћ тужбе* (*potentio petitionis*) поднете надлежном органу.¹⁷⁷ Та моћ дозвољава суду да у одређеним ситуацијама процесуира предмет образован на основу тужбе упркос тужитељевом противљењу. То државну организацију јасно приказује као један државни механизам.

Право на њприсјуй суду (*Acces to Justice*). – Карактеристично је за англосаксонски систем. Састоји се из различитих процедуралних и формалноправних захтева како би се остварило „право

176 Р. Лукић, 271–272.

177 Упор. Р. Лукић, 272; N. Visković, 220–221; Г. Вукадиновић, 177–180.

на прихватање и испитивање захтева од стране независног суда, право на примену хитних и привремених мера да би се осигурали интереси и права у случају опасности и опасне претње, право на изузеће судије, право да се добије судска одлука у разумном року, право на жалбу“ итд.¹⁷⁸ У ширем смислу, односи се и на установавање извесне формалне правне могућности која укључује и њен материјални еквивалент. У неким ситуацијама је обраћање суду препуштено самим заинтересованим странама, у другим је оно нужно, а у трећим присилно.

Кроз право на тужбу и право на приступ суду испољава се скоро целокупна правна и правосудна цивилизација. Њима се одређује положај грађана према држави, а тиме и положај суда у држави и друштву, што посредно омогућава остваривање сврхе права. Данас се у нормалној правној држави питање права на тужбу и права на приступ суду не односи на то како до суда, већ до каквог суда.¹⁷⁹ Ипак, да ли ће заинтересована страна уопште да се обрати суду, и даље се препушта њеној личној процени.

3.4. Злоупотреба правног овлашћења

Све што човек употреби, може да злоупотреби. Такав случај је и са злоупотребом правних овлашћења, нарочито субјективног права и надлежности као релативно модерних правних института.

У старом римском праву је сматрано да онај „ко своје право врши, никоме не наноси штету, нити неправду“ (*Qui suo iure utitur, neminem loedit, neminem facit iniuriam*). Људски род је био малобројан и људи су се радовали једни другима (нпр., због вести, јер често нису знали ни да се у њиховој близини води битка о којој ће у школи учити њихови потомци). У таквој празнини, нико никоме није сметао. Тек су француски судови у XIX веку почели да проширују своју контролу на вршење правних овлашћења (посебно субјективних права) и да их процењују са становишта циља и духа права, ограничавајући самовољно коришћење власничког права. Иако је сматрано да субјект своје правно овлашћење може неограничено да врши, чак и у случајевима када тиме повређује нечије туђе право, такво схватање је захваљујући судској пракси прво ублажено, а затим и оспорено утврђивањем правила за разграничење употребе од злоупотребе субјективног права. То

178 Г. Вукадиновић, Р. Степанов, 337–338.

179 Вид. N. Mole, С. Harby, *Право на њравично суђење. Водич за ѡрмену члана 6 Европске конвенције о људским ѡравима*, Београд 2003.

је у XX веку учињено и са надлежношћу, када је држава коначно схваћена као јавна служба, а не као приватна ствар или посед. Тако је постепено створено једно опште ограничавајуће правило којим се забрањује злоупотреба правног овлашћења, док је државни орган, најчешће суд који треба да примени то опште правило, постао надлежан да у сваком конкретном случају процени да ли постоји злоупотреба. Дакле, општи појам злоупотребе правног овлашћења састоји се у таквом вршењу свог права да се њиме потпуно или делимично онемогућава коришћење или уживање другог субјекта у његовом праву. Дакле, ту се коришћењем свог правног овлашћења (свог пуноважног права) врши злоупотреба (прекршај) туђег правног овлашћења (туђег пуноважног права).

Злоупотреба субјективног права. – Злоупотреба субјективног права састоји се у таквом вршењу права у свом интересу да се тиме другом (поседнику субјективног права) наноси штета. До тога готово увек долази када субјект ирационално врши своје субјективно право.

У правној науци постоје три главне теорије које одговарају на питање када постоји злоупотреба субјективног права. Према *субјективној теорији*, злоупотреба субјективног права постоји када неко намерно (*animus nocendi*) врши своје право тако да тиме другом наноси штету (нпр., шиканом). Када нема такве намере, не постоји злоупотреба права. Према *објективној теорији*, довољно је да постоји само неправилно вршење свог права, вршење противно његовом циљу, чак и без знања или икакве намере субјекта, под условом да се тиме другом наноси штета, па да се то сматра злоупотребом права. И обратно, када нема штете, нема ни злоупотребе права. Најзад, према тзв. *теорији вредновања*, злоупотреба субјективног права постоји само када се вршењем свог права наноси штета заједници (оштећењем права другог субјекта) која је већа од претрпљене личне штете због невршења субјективног права. Шта је од та два важније (штета коју претрпи заједница или појединац) и да ли постоји употреба или злоупотреба права, процењује надлежан орган позван да спречава злоупотребу у сваком конкретном случају када му се обрати оштећена страна.¹⁸⁰

Иако практична, теорија вредновања није поуздана, јер различити органи у истим ситуацијама могу различито да процене стварну и могућу штету, што нарушава начела правне једнакости и сигурности. Будући да је намеру тешко утврдити, а штета увек

180 Г. Вукадиновић, 180–182.

постоји (мања или већа, дакле, и злоупотреба субјективног права), духу савременог права више одговара објективна теорија о злоупотреби субјективног права. Зато се субјективно право као врста овлашћења све више правно ограничава и уређује у корист оштећеног субјекта. Схватање објективне теорије о злоупотреби субјективног права је и прихватљивије јер боље штити оштећене особе. У ствари, оно штити оштећену страну од сваке штете, намерне или нехатне, и то без потребе да се утврђује постојање тешко доказиве намере. Уз то, оно присиљава субјекте да своје субјективно право врше пажљивије и културније. Зашто бисмо трпели штету неког ко чак и не зна да нам причињава штету вршењем свог права или процену суда која може да буде погрешна, незаконита или неправедна? Најзад, треба истаћи да и објективна теорија о злоупотреби субјективног права узима у обзир намеру да се нанесе штета другоме, али не да би се одлучило да ли постоји злоупотреба субјективног права, већ да би се одлучило о тежини казне због почињене злоупотребе субјективног права. Очигледно је да треба теже казнити оног који злоупотребљава своје право само да би другом била причињена нека штета (нпр., због мржње и шикане) него неког ко и не зна да вршењем свог права другом наноси штету (нпр., због неувиђавности или примитивности).¹⁸¹

Посебан облик злоупотребе субјективног права постоји када се „злонамерним казивањем или објављивањем“ изазива срџба другог лица, оно излаже мржњи, презиру или подсмеху, и све то у облику „поштеног коментара“ у који је заоденуто „клеветање“.¹⁸² Лакше је и делотворније насрнути на морални него на телесни интегритет. И док је материјалну штету лако доказати, моралну штету није.

Такав све распрострањенији облик злоупотребе субјективног права треба разликовати од „мобинга“ (*mobbing*), који представља нову врсту деликта, а састоји се у томе што надређени (*вертикални* мобинг) или колеге у истој радној или животној средини (*хоризонтални* мобинг) својим поступцима врше притисак на појединца у циљу да га онемогуће или искључе из заједничког подухвата, групе или заједнице, носећи му моралну и материјалну штету. Мобинг је ближи злоупотреби надлежности, него злоупотреби субјективног права, јер су радње којима се изводи мобинг веома сличне радњама којима се злоупотребљава надлежност. Али, и мобинг је тешко доказати. Ипак, у Србији је

181 N. Visković, 219.

182 Вид. Р. Паунд, III, 156–158.

прва судска пресуда за мобинг са изреченом казном од четири месеца затвора, условно две године, донета у Јагодини септембра 2008. године.¹⁸³

Злоупотребу субјективног права треба разликовати и од *не-ѡсреднои кршења субјективнои ѡрава и одговорности за ризик*. У случају злоупотребе субјективног права, реч је о прекршају који се чини прекорачењем границе вршења свог „пуноважног права“. У случају непосредног кршења субјективног права, такво пуноважно право не постоји, али постоји правно забрањен насртај на туђе право. У случају одговорности за ризик, реч је о правилном вршењу свог права којим се другом наноси штета (нпр., када у олуји капетан одлучи да одбаци терет како би спасао путнике и брод). У сва три случаја причињена штета мора у потпуности да се надокнади, с тим што субјект само у случају одговорности за ризик није правно одговоран јер је овлашћен да вршењем свог права може другом да нанесе штету. Зато субјектово овлашћење у случају одговорности за ризик не може да се ограничи правом. Али, злоупотреба субјективног права увек мора да се ограничи, док је непосредно кршење субјективног права увек забрањено.¹⁸⁴

Злоуѡиотреба надлежности и власи. – Злоупотреба надлежности је дуго везивана за област приватног права. Али, како је државна власт све више схватана као јавна служба, тако је уобичаван појам злоупотребе надлежности у јавном праву (тзв. „злоупотреба власти“). Али, до тога се није дошло одједном. Најпре је схваћено да је надлежност не само правно овлашћење већ и правна обавеза, па је тек затим строже одређена од субјективног права. Она увек треба правилно да се врши. Али, дешава се да се она не врши правилно, тј. да се надлежност злоупотребљава. До тога долази самим неправилним вршењем надлежности (нпр., у свом, а не туђем интересу), њеним ирационалним вршењем или вршењем мимо утврђених правних стандарда.

Посебан облик злоупотребе надлежности представља *злоуѡиотреба власи* која постоји када државни орган злоупотребљава своју надлежност не руководећи се интересом службе, тј. јавним интересом. За злоупотребу власти важно је да орган своју власт врши као нешто допуштено и законито, што, дакле, није незаконито – једино што он ту власт не врши у циљу остварења интереса јавне службе (нпр., када орган између више пријављених кандида-

183 Вид. В. Балтезаревих, *Мобини. Комуникација на четири ноге*, Панчево 2007.

184 Г. Вукадиновић, 182.

та изабере рођака који такође испуњава услове, али није најбољи кандидат). Када би поступање поменутог државног органа било јасно незаконито, оно и не би спадало у злоупотребу власти, већ у непосредно кршење права. Због тога се злоупотреба власти решава на исти начин као и злоупотреба субјективног права.

Питање злоупотребе власти посебно се поставља у случају вршења дискреционе власти. До ње долази када неко државно службено лице безобзирно, злонамерно или приватизујуће врши овлашћења која су му као таквом поверена (нпр., када одбије молбу за издавање путне исправе, грађевинске дозволе или оружаног листа, и то не зато што грађанин не испуњава тражене услове или зато што би то било противно јавном интересу, већ због осећаја личне мржње или бахатости).¹⁸⁵ Када се докаже злоупотреба власти којом су оштећени грађанин и држава, такав акт се поништава а службено лице кажњава.

Злоупотреба права на јавну заштиту. – Постоји и злоупотреба права на правну заштиту (права на тужбу или приступ суду). Она обично постоји када субјект овлашћења то своје право користи на такав начин да угрожава туђе субјективно право на спокојан живот. Ту се злоупотреба обично врши претераним коришћењем свог права, а не уздржавањем од његовог коришћења, у циљу да се другом нанесе штета.

Да би се спречила злоупотреба права на приступ суду и права на тужбу, право располаже посебним правилима и механизмима којима се спречава да неко због исте ствари бескрајно пута буде тужен коришћењем римске изреке „Не двапут у истој ствари“ (*ne bis in idem*), системом двостепеног а, изузетно, тростепеног суђења итд.

4. Статичност (правно стање) и динамичност (настанак, промена и престанак) правних односа

Правно стање. – Сви субјекти права на сваком месту и у сваком тренутку располажу одређеним конкретним овлашћењима и обавезама које могу да врше (субјективно право или право на правну заштиту) или морају да врше (надлежност или принудан

185 Упор. Р. Лукић, 273–274; N. Visković, 220.

приступ суду). Њихов скуп сачињава њихово *њравно сѡиане* (ситуацију, статус). У појам правног стања спадају и могућности субјеката да стекну извесна овлашћења или обавезе (нпр., ко може да бира, може и да буде изабран), поред овлашћења и обавеза којима субјекти већ располажу.¹⁸⁶

У савременим демократским порецима чини се све да се разлике између субјеката што више формалноправно ублаже или укину, како би се барем ублажила дискриминација међу њима. Али, право то не чини на апсолутан начин, већ релативно, толеришући оправдане или неизбежне разлике између субјеката права (малолетних и пунолетних особа, урачунљивих и неурачунљивих особа, држављана и странаца, жена и мушкараца, венчаних и невенчаних особа, родитеља и оних који то нису, запослених и незапослених, неквалификованих и висококвалификованих радника, државних службеника и обичних грађана, осуђиваних и неосуђиваних особа, неписмених особа и свршених студената права итд.),¹⁸⁷ што значи да свака особа има свој тачно одређен лични правни статус. Али, правно стање било ког субјекта права није постојано. Оно се стално мења јер људи у непрекинутом низу стичу, мењају и губе своја правна овлашћења и обавезе (малолетни постају пунолетни, урачунљиви – неурачунљиви, држављани – странци, венчани – разведени, запослени – незапослени, неквалификовани – висококвалификовани, државни службеници – обични грађани, студенти права – мастери правних наука итд.), што значи да настају нови правни односи или се постојећи мењају и укидају.

Насѡианак, ѡромене и ѡресѡианак ѡравних односа. – Правни односи *насѡиају* када нека норма почне да обавезује правне субјекте (нпр., закључењем уговора). Они могу да настану истовремено, један за другим или у одређеном временском размаку. Правни односи се *мењају* када на основу или уместо постојећих овлашћења и обавеза настану нова овлашћења и обавезе (нпр., када дужник због доцње у враћању дуга постане обавезан да плаћа и затезну камату, а не само износ главнице и камате, или када један субјект даје стан на бесплатно становање, а променом станара може да га издаје за новчану накнаду). И обратно, правни односи *ѡресѡиају* да постоје када престане обавеза субјеката да се понашају по правној норми (нпр., раскидом уговора). Све те промене у правним односима показују конкретан живот права, који није произвољан ни самодовољан, већ се заснива на чињеницама. И то је то „нормал-

186 Р. Лукић, 275.

187 N. Visković, 218.

но стање права“ у коме правни субјекти располажу конкретним скупом овлашћења и обавеза независно од тога да ли их врше или само поседују.¹⁸⁸

Случајеви настанка, промене и престанка правних односа нешто су сложенији када се доведу непосредно у везу са врстама правних норми.

Пре свега, разликује се начин на који *настају* апстрактни и конкретни правни односи. *Апстрактни правни односи* настају непосредно на основу опште норми, која апстрактно утврђује апстрактна овлашћења и обавезе апстрактних субјеката (нпр., када се општом нормом *in abstracto* утврђује обавеза становника да бране своју земљу или пореских обвезника да плаћају порез). *Конкретни правни односи* настају на основу опште и појединачне норми или само појединачне правне норми, и то тек када се остваре чињенице које су описане у претпоставкама диспозиције или санкције општих норми (нпр., када продавац Јанко закључи купопродајни уговор са купцем Марком), па чак и без општих норми, појединачним нормама у случају правне празнине.¹⁸⁹

Правни односи исто тако настају и на основу безусловне или условне норми (опште или појединачне).¹⁹⁰ Када правни односи настају на основу *безусловне* норми, они се заснивају непосредно на основу ње (нпр., право на слободу кретања или обавеза конкретног купца да плати тачно одређену цену за конкретну ствар). Када правни односи настају на основу *условне* норми, она постаје обавезна од тренутка испуњења услова који су описани у претпоставци њене диспозиције, а не од тренутка њеног ступања на снагу. Све док се не испуне услови описани у њеној претпоставци, норма је пасивна – она важи, али не обавезује субјекте. Ти услови, описани у претпоставци диспозиције, могу да се односе на рок, догађај или људску радњу (нпр., свако ко је уредно добио пореско решење дужан је да плати порез у року од 15 дана). Наведена разлика произлази из природе условне и безусловне норми. И обратно, правни односи настали на основу условних и безусловних норми се на исти начин мењају или престају да постоје.

Када се наведене врсте правних односа *мењају*, поставља се питање да ли са промењеним правним односима престају да постоје претходни (старији) правни односи. Будући да је одговор очигледан, изгледа да је једина разлика између промене и прес-

188 Р. Лукић, 276–277.

189 N. Visković, 225–227.

190 Р. Лукић, 276.

танка правних односа у томе што нови правни односи не морају увек да укину старе. Али, када старији правни односи престану да постоје због доошења новог правног односа, то је трајно.

И у случају *њресѡанка* правних односа треба разликовати ситуације настале применом апстрактних и конкретних или условних и безусловних норми. Када *ајсѡиракѡни* правни односи престају да постоје, то се дешава од тренутка престанка важења опште правне норме (њеним укидањем), од када несталу апстрактна овлашћења и обавезе односних апстрактних субјеката, док *конкрејни* односи несталу престанком важења опште или појединачне норме (нпр., плаћањем пореза) или нестанком чињеница описаних у претпоставци правне норме (нпр., када неко лице престане да буде порески обвезник). Најважније чињенице које доводе до престанка конкретних правних односа јесу извршење једностране правне обавезе, смрт субјекта-носиоца непреносивих овлашћења и обавеза, пропаст уникатне ствари која је предмет уговора или застарелост правног потраживања. У случају *безусловних* норми, правни односи престају непосредно, док код *условних* до тога долази тек испуњењем раскидног или одложног услова.¹⁹¹

Други одсек ПРАВНЕ ЧИЊЕНИЦЕ

1. Појам и врсте правних чињеница

На основу чињеница се успоставља изузетно сложена мрежа правних односа који право повезују са стварношћу. Те чињенице, предвиђене у претпоставкама правних норми, на основу којих настају, мењају се и престају правни односи, називају се *њравним чињеницама*. Њихов збир се назива *чињенични скуј*.

Правне чињенице које правни поредак одређује као услов за заснивање, промену или престанак правних односа представљају основ (*iustus titulus*) правних односа. Оне могу да буду крајње различите, због чега се уобичајено деле на *обичне* (или неправне: рођење, старост, смрт итд.) и *њравне*, које се тичу особених правних појава (умишљај, заблуда, деликт итд.).

191 N. Visković, 224, 227.

Према другој подели, која је можда важнија, све правне чињенице се деле на догађаје и људске радње. *Догађаји* су све промене у природи које настају независно и без учешћа људске воље и свести (рођење је услов за успостављање родитељских односа; старење је услов за ограничење правних овлашћења због демеңције; смрт је услов за престанак свих строго личних правних односа и настанак нових правних односа поводом наслеђивања; поплава, замљотрес или торнадо су услови за престанак права власништва или неког другог стварног права због пропасти добра, али су и услови за настанак обавезе осигуравајућих друштава за покриће штете итд.). За разлику од догађаја, *људске радње* су телесне или психичке радње које човек врши вољно и свесно, тј. које сам изазива (изградња путева, стварање профита, доношење правног акта итд.). Људске радње се додатно деле на *йравне актије* и *осйшале радње* (*йшелесне*: држање или покрет, и *йсихичке*: мишљење, осећање, расправљање итд.), као и на правно *дозвољене*, тј. радње *сајласне йраву* (уживање своје ствари је услов за злоупотребу правног овлашћења; склапање законитог уговора је услов за настанак обавеза и овлашћења поводом преноса власништва купопродајом, поседа и плаћања најма итд; подношење тужбе или жалбе је услов за настанак процесног односа између тужитеља, туженог и надлежног органа итд.) и правно *забрањене* радње, тј. *йрекршаје йрава* (деликте), којима се, такође, стварају или укидају правни односи (нпр., крађом настаје правни однос између државе и лопова).¹⁹²

Разликовање правно дозвољених од правно забрањених чињеница има смисла само када је реч о људским радњама, али не и када је реч о природним догађајима, јер се сматра да природне силе, укључујући у извесној мери и животиње, не могу чинити деликте („зла дела“). Због тога само људске радње могу да чине садржај деликта одређеног у претпоставци санкције, док природни догађаји могу да чине садржај претпоставке диспозиције код условних норми. Овај став делимично оспорава историјска пракса, натопљена анимистичким схватањем природних догађаја или предрасудама (нпр., када се судило „демонским животињама“), као и појава мешовитих „природно-људских чињеница“ које су резултат знања стечених захваљујући технолошком и техничком напретку (метеоролошке прогнозе, употреба громобрана, противградна одбрана, локална контрола климе, вештачка оплодња, генетски инжењеринг итд.).

192 Упор. Р. Лукић, 277–278; N. Visković, 228–230; Г. Вукадиновић, 184–188.

2. Просторно-временска одређеност правних чињеница

Правне чињенице су везане за простор и време. Оне као такве постоје само када су просторно-временски одређене, с тим што време у праву има исту или можда још важнију улогу од простора.

Прошк времена представља нарочито правну чињеницу. Она се у праву најчешће одређује као *рок* за настанак, промену или престанак правних односа, и може да буде материјални и процесни.

Мајеријални рок може да буде *одложни* (суспензивни, када протеклом настаје правни однос), *раскидни* (резолутивни, када протеклом престаје правни однос) или *њреклузивни* (законски, када законом одређеним протеклом времена такође престаје правни однос због невршења правног овлашћења).

Поред наведених врста материјалних рокова, постоје и *њроцесни* рокови, у којима странке могу да користе правна средства и предузимају процесне радње у судском, управном или неком другом поступку (нпр., рок за тужбу, рок за жалбу или рок за улагање неког ванредног правног лека). Међу наведеним правним чињеницама везаним за рок, посебно су значајне застарелост и одржај.

Протек времена услед кога се извесна овлашћења губе, тј. извесни односи престају да постоје, назива се *засњарелосњ* (*praescriptio*). Застарелост тече само када је субјект права у могућности да врши своје овлашћење, а то не чини. Она не тече када субјект није у могућности да врши своје овлашћење. Уз то, постоје овлашћења која уопште не застаревају, тј. која не могу да се стекну одржајем (нпр., овлашћење брачног супруга или родитеља).

Протек времена услед кога се извесна овлашћења стичу а извесни односи настају назива се *одржај* (*usucapio*), што значи да застарела овлашћења прелазе на другог (нпр., када застарело право опустеле својине у одређеном року неовлашћено врши неко други, тада тај други субјект истеклом времена стиче то овлашћење одржајем).¹⁹³

Без застарелости и одржаја, те две посебно важне правне чињенице, живо право би готово замрло. На крају, оно би престало да постоји.

193 Упор. Р. Лукић, 278–279; N. Visković, 229; Г. Вукадиновић, 187.

Трећи одсек ПРАВНЕ РАДЊЕ

1. Појам правне радње

Правни субјекти могу нешто да чине, или не чине. Те њихове конкретне радње представљају елемент фактичког дела правног поретка, јер читава сложена зграда правног поретка почива на људским правним радњама. Правни поредак и систем не служе ничем другом осим да се радње свих односних субјеката врше у складу са правним нормама.

Правне радње доводе до настанка, промене и престанка правних односа, јер представљају услов за примену заповести у правној норми (радње склапања уговора, радње управљања возилом итд.). Будући да се правне радње састоје у извршавању правних обавеза и овлашћења из правне норме, оне доприносе порасту ефикасности правних норми и целог права. Такође, правне радње се као посебна врста правних чињеница налазе у свим елементима правне норме. Оне истовремено чине садржај претпоставки, заповести (тражења) и санкција (казни) у правним нормама.¹⁹⁴

2. Врсте правних радњи

Право не регулише све људске радње, већ само оне које су значајне за право. Радње значајне за право називају се правне радње. Основна подела је на слободне и правом регулисане радње.

Слободне радње су све радње којима право не одређује како субјекти треба да се понашају, јер је слободно све што није забрањено. Ипак, то не значи да су ове радње потпуно слободне, као што наговештава њихов назив, јер и оне могу да се врше само у одређеним правним оквирима, а не мимо или изван њих (самовољно).

Поред општег значења слободних радњи, постоји и њихово посебно правно-политичко значење, по коме слободне радње могу да се одреде у ширем и ужем смислу. У *ширем* смислу, слободне су све радње које нису изричито забрањене. Оне се другачије зову

194 N. Visković, 231.

правом нерегулисане радње. У *ужем* смислу, пак, слободне су само оне радње које су као такве изрично проглашене, тј. правом регулисане. Прво схватање преовлађује у демократским, а друго у аутократским порецима.

Правом *реулисаним радњама* се нешто или наређује, тј. утврђују се правне обавезе, или забрањује, тј. одређују се прекршаји и деликти, или се допушта вршење правних овлашћења (субјективног права, надлежности или права на правну заштиту, односно права на тужбу).¹⁹⁵

Правне радње се деле и према другим мерилима: према свом *саставу* – на психичке (правни акти или други психички акти: умишљај или нехат) и телесне (позитивне: чињење /*facere*/, и негативне: нечињење, уздржавање од чињења /*non facere*/); према основним *облицима* друштвених делатности – на биолошке, економске, политичке, образовно-научне, верске, културне, породичне, радне, управне, судске итд; према томе да ли се њима врши *власти* – на правне радње неједнакости и једнакости; према томе из чега се састоје – на материјалне и језичке правне радње (говорне или писане *активности*), тј. на физичке радње (предаја ствари) и језичке радње (сведочење). Језичке радње се још деле на оне којима се стварају и на оне којима се не стварају правне норме (одлучивање у парламенту којим се стварају законске норме, одлучивање на суду којим се стварају појединачне судске норме у пресудама и решењима, закључивање уговора или расправа у парламенту, испитивање и искази сведока, клевета, увреда итд.). На тај начин језичке радње (активности) обезбеђују психичким правним радњама њихов спољни облик.

195 Упор. Р. Лукић, 288–289; N. Visković, 212–213.

III глава

ТУМАЧЕЊЕ ПРАВА

Људски живот може да се посматра као низ узрочно-последичних и функционалних веза између људи или природе и људи. Он може да се посматра и као низ значењских веза, као културна појава испуњена свешћу, вредностима и значењима. И тек као културна појава, он може да се разуме и тумачи, док се природне појаве не разумеју и не тумаче, јер саме по себи немају значења. Оне могу само да се сазнају и узрочно-последично објашњавају.

Будући да се ради о свести, вредностима и значењима, то се тумачењем бави једна посебна дисциплина, *херменеутика*, чији је циљ да „утврди значење (смисао) неке материјалне појаве, која је употребљена као знак да би се дотично значење саопштило“.¹⁹⁶ Тумачење је, дакле, „мисаона делатност којом се – конструкцијом и реконструкцијом – утврђује значење једне недовољне, нејасне или вишезначне поруке полазећи од њеног материјалног супстрата и друштвеног контекста“.¹⁹⁷ Његов циљ је да „нешто нејасно објасни, учини јасним, разумљивим и схватљивим“,¹⁹⁸ пошто се „у јасноћи не тумачи“ (*in claris non fit interpretatio* или *interpretatio cessat in claris*).¹⁹⁹ Оно је „духовни поступак који процес примене права прати у његовом кретању од вишег ка нижем ступњу“.²⁰⁰

Тумачење се увек састоји у утврђивању смисла неке појаве. Оно није утврђивање узрочно-последичних веза (нпр., где је ватра, ту је и дим), већ значењских веза, и то не било каквих веза, већ само оних помоћу којих може да се дође до истинитог или правог смисла појаве која се тумачи. Такође, предмет тумачења увек представљају *знаци*, тј. материјалне појаве које су носиоци

196 Р. Лукић, 316.

197 N. Visković, *Pojam prava*, Split 1980, 288.

198 Г. Вукадиновић, 194.

199 D. Vrban, 455.

200 X. Келзен, *Чиста теорија права*, 266.

значања (нпр., ствар, природан процес, људска радња /покрет, реч, израз лица/). Најважнији систем знакова представља језик, који се састоји од чулно опазивих знакова који могу да се изразе у писаном облику. На језик се сведе и сви други системи знакова. Њихов уређен скуп, тј. договор о значењу знакова, назива се *законик значења* (кодекс). Он је сачињен од правила односног језика о значењу и употреби речи као носилаца значења, што значи да се ради о друштвено објективизованој (познатој, признатој и прихваћеној) творевини. Најзад, приликом сваког тумачења постоје два главна субјекта: субјект-стваралац (одашиљач) значења и субјект-прималац (примењивач) значења. Због тога значење које субјект-одашиљач придаје знацима (као и значење самих знакова) треба разликовати од значења које субјект-прималац придаје знаковима како би исправно разумео одаслато значење. То значи да увек постоје барем два значења о истој појави.²⁰¹

Наведене тешкоће са одређивањем значења показују да тумачење не омогућава потпуно поуздану комуникацију између људи. Ма колико се људи трудили да уклоне или барем да ублаже наведену разлику у значењима, она се увек појављује. Изгледа да се поменута разлика зачиње већ у самом субјекту-одашиљачу значења, ако је тачно да интелектуална активност мозга представља холистички структуриран производ биохемијских, електромагнетних и других процеса. До тога долази зато што творац мора још једном да утврди властито значење неке појаве, чиме се осиромашује целовитост њеног значења. Затим, творац такво значење саопштава другима субјектима коришћењем знакова. Тиме се значење додатно осиромашује његовим даљим прилагођавањем апстрактним и унапред одређеним значењима знакова, али и избором знакова за носиоце значења. Најзад, и сами субјекти-примаоци значења додатно осиромашују првобитно значење, тако да је право чудо како се људи уопште споразумевају.

Изгледа да је људско споразумевање могуће управо због тог холистичког устројства значења које, будући врста холограма, осиромашењем губи своју јасност и прецизност али и даље остаје суштински исто.²⁰² Тако се приликом сваког тумачења, уместо једног јединственог значења, појављују три различита значења: *значење субјектѿа-одашиљача* (творца значења), *значење ѿрема законѿу значења* и *значење субјектѿа-ѿрѿмаоца* (тумача). Разли-

201 Р. Лукић, 317 и даље.

202 A. N. Whitehead, *Process and Reality*, New York 1978, 28–29, 190, 215 и даље; D. Bohm, *Wholeness and the Implicate Order*, London 1980, 12.

ка у погледу наведених значења објашњава се изузетном сложености друштвене стварности, слојевитости и променљивости друштвених односа (насупротив статичности предмета тумачења), људском несавршености или несавршености језика, као и променом вредносних судова и система који другачије приказују исти предмет тумачења.²⁰³ Због тога се каже да појава која је предмет тумачења не припада искључиво свом творцу, тј. да није заувек завршена од тренутка када је настала. Њу на неки начин „достављају“ њени тумачи. Та чињеница само тумачење приказује делом и као стваралачку, а не само као чисто репродуктивну делатност. У противном, позив критичара (уметничког, правног, моралног итд.) био би сасвим излишан, што управо није случај.²⁰⁴

Поменутом разликом може да се објасни човекова постојана потреба за тумачењем од када је постао разумно биће обдарено радозналости. То потврђују одговарајућа истраживања према којима први познати корени тумачења сежу до старогрчког мита о богу Хермесу, који је људима преносио објаве са Олимпа, посредујући између света богова и света људи. Дакле, већ је у миту о Хермесу истакнуто постојање три субјекта: првог, који је божански творац значења, другог, који је божански преносилац значења, и трећег, који је људско биће, тумач, способно да прими и разуме пренето значење. Од тада, па све до данас, тумачење је постојано развијано и проширивано захваљујући узлету права и законодавства, а такав је случај и са узлетом херменеутике као „теорије тумачења и разумевања“.²⁰⁵ Данас предмет тумачења могу бити најразличитија уметничка дела, политички говори или текстови, од библијских и књижевних до правних, па се према томе могу одредити његове врсте, од којих нарочито важно место припада тумачењу права.

Разликовање наведених главних значења приликом тумачења показује у чему се састоји прави задатак тумача: његов циљ није да утврди смисао знакова на основу законика значења, јер то данас могу и машине аутоматски да учине, већ да помоћу знакова и законика утврди тачан садржај свести који је субјект-одашиљач као творац значења изразио знаковима. То вештачка интелигенција никад неће моћи сама успешно да учини. Само када би људи били телепате, наведена разлика у значењима не би постојала, али тада тумачење не би било потребно.

203 Упор. N. Visković, 243–244; Г. Вукадиновић, 196–197.

204 Вид. Е. Д. Хирш, *Начела тумачења*, Београд 1983.

205 Вид. *Херменеутика. Теорија тумачења и разумевања*, зборник радова, Београд 1973.

Први одсек ПОЈАМ ТУМАЧЕЊА ПРАВА

1. Тумачење права и његов значај

1.1. Уопште о појму тумачења права

Тумачење права представља једну подврсту веома сложене и разноврсне појаве тумачења уопште. То је сложена интелектуална делатност која се састоји из утврђивања правог (*истиинийої*) значења правне норме. Али, ако се „под ’тумачењем’ подразумева сазнајно утврђивање смисла објекта који треба протумачити, онда резултат тумачења права може да буде само утврђивање оквира што га представља право које треба протумачити, и тиме сазнање више могућности које су у том оквиру дате“.²⁰⁶ Будући да су правне норме по правилу изражене језиком (усмено или писано), тумачење правних норми делимично спада у језичко тумачење. Али од тог правила постоје изузеци, када се значење норме налази изван оквира језика (када оно што се мислило није изречено у норми или када је нека правна норма изражена другим материјалним средством, нпр., гестом или неким другим покретом тела). У том случају, и њено тумачење излази из оквира језика. Али пошто је језик најпрецизнији систем знакова, тумачење права се најчешће заснива на језичком тумачењу правне норме.

Тумачење права је нужна делатност без које сазнавање и примена права не могу да се замисле. То посебно важи за развијена права претежно изражена формалним изворима који су увек у заостајању за животом као апроксимација стварности. Због тога главни проблем приликом тумачења права настаје због нејасности и неодређености формалних извора који представљају средиште тумачења права. Тај проблем ће постојати све док постоје формални извори, јер нема ниједног правника који би одбацио формалне изворе права, чак и када је реч о најекстремнијим присталицама школе тзв. слободног стварања права.

Од тумачења формалних извора права треба разликовати тумачење права, које је шире и представља само констатацију најчешће засновану на претходном тумачењу формалних извора права.²⁰⁷

206 Х. Келзен, 268.

207 Р. Лукић, 318–321.

1.2. Тумачење права као свакодневна правничка делатност и њен значај

Тумачење права представља свакодневну правничку делатност која се не одвија увек исто. Неки пут се тумачење изводи не приметно и несвесно, када тумач „вршећи свакодневну делатност сазнавања правних норми“ то чини спонтано (без посебне свести и плана), не примећујући да у ствари врши посебно важну и тешку делатност. Али, чим се тумач сусретне са сложеним питањима, када значење норме није јасно или уопште не постоји, тумачење постаје посебна свесно-планска делатност. Она се врши према посебним правилима, а захтева „посебно знање, вештину и обдареност“.²⁰⁸ И само такво тумачење се сматра правим, *стручњачким* тумачењем права, за разлику од неправог, нестручњачког, *лаичког* тумачења.

Стручњачко тумачење може да буде необавезно или обавезно. Оно је *необавезно* када га дају правни научници, адвокати, правни саветници итд., а *обавезно* када га дају за то надлежна државна и друштвена службена лица. Стручњачко тумачење државних лица увек је обавезујуће, стручњачко тумачење друштвених лица није увек обавезујуће, док је лаичко тумачење права увек необавезујуће.²⁰⁹

Из реченог се може закључити како се право не тумачи из радозналости, већ због примене, да сваки правни поредак има постојану потребу за тумачењем својих норми, да све норме једног правног поретка могу правилно да се протумаче имајући на уму само њихову међусобну везу, као и да у систему права не смеју да постоје противречности. Тиме је наговештен *значај тумачења ѡрава*. Он се у најкраћем састоји у следећем: тумачење права представља саставни а можда и најважнији део поступка сазнавања права, тј. правних норми, у коме се користе одговарајући правни методи, пре свих догматски и нормативни. Али, тумачење права представља и саставни део поступка примене права, који не би могао успешно да се изведе без примене одговарајуће технике тумачења права. Зато тумач увек мора да има на уму крајњи исход тумачења права. Он се састоји у проналажењу таквог значења протумачених норми којима се најпотпуније остварује њихов смисао и циљ.²¹⁰

208 *Ibid.*, 327.

209 Упор. Р. Лукић, 327–328; N. Visković, *Pojam prava*, 244–245.

210 Упор. Р. Лукић, 321–322; Г. Вукадиновић, 194–195.

2. Предмет тумачења права

2.1. Схватања о предмету тумачења права

Некада је предмет тумачења била само правна норма. Али се и тада сматрало да то не може да буде било која правна норма, што значи да је предмет тумачења схватан много уже, а не најшире, као што се то данас чини у праву.

У доба владавине егзегетичке школе сматрало се да предмет тумачења може да буде само законска норма, као што је налагало схватање да је целокупно право записано у закону, тј. да је закон исто што и право а законска норма исто што и правна норма. Али, од таквог најужег одређивања предмета тумачења убрзо је морало да се одустане. Под налетом животних потреба увидело се да закон не обухвата целокупно право, иако је његов најважнији извор. Затим је предмет тумачења проширен на све опште норме, али не и на појединачне. Касније су и појединачне норме прихваћене као предмет тумачења, али под условом да су писане. Изостављање неписаних норми, нарочито обичајних, објашњавано је недостатком посебних правила за тумачење тих норми. Али, на крају је прихваћено да и неписане правне норме могу да буду предмет тумачења.²¹¹

Данас се у правној науци сматра да *главни* предмет тумачења могу да буду *све њравне норме* (опште и појединачне, условне и безусловне, државне и аутономне, писане и неписане, више и ниже итд.), а изузетно, као *сиоредни* предмет тумачења, и *људске радње* (психичке или телесне, сагласне праву или прекршаји) под условом да су погодне за тумачење. Будући да предмет тумачења може да буде било која правна норма, па чак и људска радња (нпр., *tapis*, конклюдентна радња којом је у римском праву неко лице формално стављано у дужничко ропство полагањем руке потражиоца на десно раме дужника пред надлежним магистратом или руковање уговорних страна приликом закључивања уговора), прихваћено је да нема потребе да постоје посебне врсте тумачења, нити посебна правила приликом тумачења правних норми и људских радњи. Уз извесна одступања, и данас важе иста правила за тумачење норми и људских радњи.

2.2. Кругови тумачења права

Приликом тумачења правних норми треба имати на уму да ниједна норма нема потпуно тачно одређено значење, изузев

211 Р. Лукић, 323–324.

можда техничких правних норми, већ само два или више могућих значења, од којих само једно најисправније изражава њен смисао у датом случају. Норма тај смисао стиче тек када се доведе у везу са другим нормама, њиховим скуповима, па чак и са целокупним системом права, што значи да је конкретна норма као *нејосредан* предмет тумачења само повод за тумачење система права као *јосредној* предмета. Због тога се каже да је предмет тумачења увек или једна норма, тј. њихов мањи или већи скуп, или правна област, или цео правни систем.²¹² На тај начин се добијају тзв. *крујови тумачења*, где први круг чини једна или више норми које су непосредан предмет тумачења, други круг са њима тесно повезане норме, трећи круг један или више ужих или ширих скупова сродних норми итд., све до система права. То у одређеној мери важи и за људске радње или за њихове скупове засноване на праву.²¹³

3. Тумачење права у ужем и ширем смислу

3.1. Тумачење правних норми и попуњавање правних празнина

До тумачења права долази и због тога што право не може потпуно да обухвати живот који је увек разноврснији, сложенији и бржи од њега. Неке правне норме мењају своје значење, неке потпуно губе своје значење, док га неке уопште немају (због правних празнина, тј. друштвених односа који нису регулисани правом иако би због друштвеног интереса требало да су регулисани). Али ни сви правно нерегулисани друштвени односи нису правне празнине. Правну празнину не представљају друштвени односи који су регулисани само појединачном нормом, нити односи за које друштвени интерес не захтева да буду регулисани општом или појединачном правном нормом. Изван те две области, дакле, налази се област правних празнина.

Постојање правних празнина усложњава предмет тумачења и отежава задатак тумача. Будући да се у правној науци прави разлика између *нејосредној* и *јосредној* предмета тумачења, зависно од тога да ли се тумачи постојећа норма или се попуњава правна празнина, разликује се тумачење у ужем смислу од тумачења у ширем смислу.

212 *Ibid.*, 324.

213 Р. Паунд, II, 264–265.

Тумачење у *ужем смислу* постоји када је непосредан предмет тумачења једна или неколико тесно повезаних правних норми, због чега се каже да је тумачење у *ужем смислу* право тумачење. То значи да се непосредно могу тумачити само норме које постоје. Тумачење у *ширем смислу*, пак, постоји када је посредан предмет тумачења један или више скупова међусобно тесно повезаних норми или чак цео правни систем, с тим што се тумачење система права на основу његовог „духа“ веома ретко користи. Само у једном врло ретком случају цео правни систем може да буде предмет непосредног тумачења. То је случај попуњавања више великих правних празнина, тј. области на основу духа целог система права. Због тога се и за тумачење у *ширем смислу* може рећи да представља тумачење правних норми које постоје, а не норми „које не постоје“, као што се то понекад каже. Само, те норме нису непосредан, већ посредан предмет тумачења.²¹⁴

3.2. Врсте правних празнина које се попуњавају тумачењем у *ширем смислу*

Према начину настанка, постоје две врсте правних празнина које се попуњавају тумачењем права у *ширем смислу*: *иочейне*, које настају у тренутку доношења правне норме због превида њеног творца, и *накнадне*, које настају после доношења норме, због настанка нових односа које творац норме није могао унапред да предвиди. Прве су последица људског немара и незнања, а друге људске несавршености.

Постоје још две врсте правних празнина: *йраве*, које настају када је неки сложенији друштвени однос регулисан општом нормом али неки његов саставни део није регулисан, и *нейраве*, које постоје када читава област друштвених односа није регулисана општим нормама. Праве празнине су уобичајене у праву, док неправе празнине настају пре у изузетним ситуацијама формално-правне револуције него правне реформе.

Обе наведене поделе тичу се правних празнина које се налазе *изван* правне норме (као друштвени односи који нису регулисани правом иако би требало да буду регулисани). Међутим, постоји подела која се тиче правних празнина *унушар* саме норме. Зато се у правној теорији сусреће још једна њихова подела: на техничке и вредносне правне празнине.

214 Р. Лукић, 321, 323.

Техничке правне празнине су резултат слабог правног регулисања правних односа. Оне настају или због недостатка неког главног елемента норме (диспозиције или санкције: нпр., када се не одреди санкција или надлежност органа за предузимање правних радњи) или због нејасноћа и неодређености појмова који се користе приликом састављања заповести у диспозицији или санкцији правне норме (када се користе апстрактни појмови или правни стандарди као што су савесност, поштење, исправност, поверење, уздржавање итд.). Вредносне празнине, пак, представљају резултат просуђивања (личног суда) једног или више правних субјеката да нека норма уређује друштвени однос неправедно или на неки други вредносно мањкав начин, тј. да је норма неправедна или неисправна према схватању мира, сигурности или других правних вредности тих субјеката, због чега је треба променити и ускладити са вредностима које субјекти заступају.²¹⁵

Техничке и вредносне правне празнине блиске су подели на почетне и накнадне празнине, али се не могу изједначити са њима. Техничке празнине се отклањају бољим састављањем и тумачењем права. Вредносне празнине није могуће отклонити, јер ће увек постојати субјекти чије интересе није могуће помирити са вредностима које норма дотиче или садржи. Али, могуће је барем ублажити те опречне интересе правним поступцима који имају као циљ заштиту правних овлашћења или ревизију правних прописа. То се постиже друштвеним компромисом и техничком променом спорне норме, како би се последице вредносних празнина барем ублажиле.

3.3. Недоумице поводом одређивања и попуњавања правних празнина

У правној науци се стално разматрају два питања у вези са правним празнинама. Прво питање се тиче начина на који правне празнине тачно могу да се разликују од односа који нису регулисани правом и не представљају правне празнине. Одговор на то питање је кратак – такви случајеви не могу апсолутно да се разграниче, због чега се греша. Али и када се греша, увек пажљиво морају да се анализирају друштвени интереси како би се проценило шта је корисније за право – да ли да се однос препусти слободном регулисању или да се попуни појединачном нормом како би се мање грешило. За такву процену је правилно утврђивање циља

215 N. Visković, 254–255.

барем једнако важно као и строго придржавање начела законитости. То је могуће и дозвољено, јер је реч о односу који није регулисан правом.

Друго питање тиче се начина на који се попуњавају правне празнине. И ту је одговор кратак – не постоји изричит правни пропис који се односи на попуњавање правних празнина. Ако такав пропис уопште постоји, он постоји само прећутно, будући садржан у духу целог права. Ипак, постоји правило – правне празнине се регулишу накнадно појединачним правним нормама. У таквим случајевима, суд или други орган самостално доноси појединачну норму и попуњава правну празнину ослањањем на судску (или другу) праксу, правну науку, обичаје итд. Само такво поступање судова може делом да се доведе у везу са учењем школе слободног стварања права.²¹⁶

Правне празнине не смеју да постоје у кривичном праву, јер је у њему начело законитости најстроже примењено, док у другим врстама права празнине могу да постоје.

4. Врсте тумача и тумачења права

У старој догматичкој науци је тумачење схватано исувише уско чак и када је реч о врстама тумача, јер се правим сматрало само тумачење државних органа (*ауџенџично* тумачење законодавца и *судско* тумачење) и тумачење правне науке (*докџирине*).

Број тумача правних норми данас је много већи. То је довело до прихватања тумачења других државних органа и схватања да се тумачење државних и друштвених субјеката разликује само према правној снази, односно степену обавезности. На пример, када норме тумаче субјекти (од грађана до правних научника) који немају правну власт – због чега њихово тумачење не представља део поступка стварања правних норми – такво тумачење је *необавезно*. Када норме тумаче субјекти који врше правну власт – због чега њихово тумачење представља део поступка стварања правних норми – такво тумачење је *обавезно*. Такође, када државни органи тумаче право вршећи своју надлежност, њихово тумачење увек има већу обавезну правну снагу од тумачења недржавних субјекта који такође врше своју надлежност. Али, у свим случајевима обавезног тумачења, садржај правних норми се на

216 Р. Лукић, 256–257.

неки начин „достварује“, јер тумачењем добијена значења норми постају саставни делови самих тих норми, једнако обавезни као и саме протумачене правне норме.

Правило је да (право)творец и тумач нису исти субјекти. Али, могући су и такви случајеви, иако ретко. Такво тумачење норме, које врши њен стваралац (државни или друштвени орган), назива се *ауџенџично тумачење*. Будући да је реч о изворном тумачењу, оно се не сматра тумачењем у правом смислу, већ пре доношењем новог правног акта са новом правном нормом која важи за убудуће (*et pro futuro*). Ипак, могуће је да ауџенџично тумачење добије повратну снагу, јер оно, ипак, није сасвим самосталан акт, већ је садржински повезано са актом који се тумачи, због чега се сматра саставним делом тог акта, само што није донето када и сам акт.²¹⁷ Ауџенџично тумачење државних органа, посебно уставотворца и законодавца, сматра се важнијим од ауџенџичног тумачења друштвених органа.²¹⁸ Сва друга тумачења сматрају се *неауџенџичним*.

Поред поделе на обавезно и необавезно, и ауџенџично и неауџенџично тумачење, постоји још једна подела – на *докџринарно* и *ојераџивно* тумачење. Она се не заснива толико на врстама субјеката, као што је случај када су тумачи државни и друштвени субјекти, већ на врсти циља којим се тумачи руководе – да ли се тумачење изводи због сазнајне и педагошке анализе и критике правних норми или због решавања неког практичног правног проблема.

4.1. Тумачење државних органа

Сви државни органи су дужни да тумаче прописе приликом вршења своје делатности, од уставотворца до судије. Зато се каже да је тумачење државних органа увек обавезно, тј. *ауџориџаџивно*. Тиме се обезбеђује њихов законит рад. Он се нарочито састоји у законитој примени права. Али, главне врсте државних органа се не баве у истој мери тумачењем права.

Законодавац првенствено доноси правне норме, а само изузетно их тумачи. То његово тумачење је *аисџиракџно*, јер има општи или начелни значај, пошто није непосредно везано за примену конкретних друштвених односа. Али, када се догоди да законодавац

217 N. Visković, 246.

218 P. Лукић, 324–325.

тумачи властити закон по истом законодавном поступку, такав закон се назива *интерпретативни закон*. Он дејствује „et pro futuro“, али, изузетно, може да добије повратну снагу. Данас и посебни парламентарни одбори могу да дају аутентично тумачење закона, али заинтересовани субјекти нису обавезни да им се обрете.

Тумачење управних и судских органа, који више од законодавца учествују у тумачењу права, спада у *конкретно* (казуистичко, од лат. *casus* – случај) тумачење.²¹⁹ Оно се састоји како из тумачења општих норми на којима се заснива доношење појединачних правних аката, тако из тумачења појединачних норми у пресудама, решењима и правним пословима. Због тога је ова врста тумачења обавезна, али није изворна. Нарочито судски органи имају важну улогу у тумачењу права, јер решавају спорове и дају тачно тумачење правних норми. То је разлог због чега се *судско тумачење* сматра коначним. Такође, то значи да сва друга тумачења важе само када их суд потврди. Али такав значај судског тумачења не умањује важност тумачења управних органа (*уравно тумачење*). Њихово тумачење такође има обавезну снагу која је сразмерна снази управног акта чије се тумачење врши, само оно није коначно, јер у случају управноправног спора и оно на крају потпада под судско тумачење.²²⁰

4.2. Тумачење друштвених субјеката

Друштвени субјекти (физичка и правна лица) много чешће тумаче правне норме од државних органа. Такво њихово тумачење се назива *неауторитативно* тумачење. Оно је казуистичко јер је усмерено на решавање конкретног случаја, као што је казуистичко тумачење државних судских и управних органа. Оно је и оперативно јер му је циљ решавање правног проблема. Изузетно, оперативно може да буде и тумачење правне науке.

Будући да тумачење друштвених субјеката обично није тако тачно као тумачење државних органа, а нарочито суда, јер се врши само због непосредне примене права, оно се још назива *словно* тумачење. Зависно од тога да ли тумачење врши тумач или творац норме, разликује се обично од аутентичног пословног тумачења. Најзад, тумачење друштвених субјеката нема унапред одређену обавезну снагу, изузев можда у случају аутентичног тумачења. Оно није ни коначно, што значи да тумачење друштвених субјеката оба-

219 N. Visković, 245.

220 P. Лукић, 326–327.

везује друге субјекте само на основу њиховог пристанка. Тек по њиховом пристанку, оно накнадно (*ex post*) постаје обавезујуће.²²¹

4.3. Доктринарно тумачење

Постоји још једна врста неауторитативног, необавезног и апстрактног тумачења, која има велики значај иако нема као циљ непосредну примену права. То је тумачење које даје правна наука када испитује значење правних норми поводом конкретних односа. Оно служи првенствено сазнајној или педагошкој анализи и критици правних норми, укључујући предлагање измена у праву. Упркос таквој улози и месту, правна наука својом стручношћу и уверљивошћу и данас знатно утиче на ствараоце права, од уставотвораца и законодаваца до судија и пословних странака. Али, она не може да одлучује које је значење правне норме најисправније, већ ту одлуку мора да препусти односном државном органу. Као што запажа Ханс Келзен: „Тумачење које врши правна наука не може ништа друго него да утврди могућна значења неке правне норме.“²²²

Тумачење права посебно изучава *њравна дојмајшника*, тј. херменеутика, као самостална научна правна дисциплина.²²³ То значи да као средство доктринарног тумачења у ширем смислу може да се користи целокупно знање правне науке.

4.5. Оперативно и друге врсте тумачења права

Када тумачење има као циљ практично решење неког правног проблема због могуће примене права, оно се назива „оперативно тумачење“. Оно се разликује од доктринарног тумачења, које даје правна наука због научног или педагошког истраживања права (са решењем правног проблема или без његовог решења), и казуистичког тумачења, које даје пракса државних и друштвених субјеката због конкретног решавања правног проблема. Та разлика показује да је оперативно тумачење уже од доктринарног

221 Упор. Р. Лукић, 327–328; N. Visković, 244–246.

222 Х. Келзен, *Чиста теорија ѡрава*, 271.

223 Вид. О. Mandić, *Sistem i interpretacija prava*, Zagreb 1971; Х. Перелман, *Право, морал и филозофија*, Београд 1983; Т. Фивег, *Тојика и јурисѡрудениција*, Београд 1987; М. Ravčnik, *Argumentacija v pravu*, Ljubljana, 1991; Ж. Спасојевић, *Аналојија и ѡтумачење. Прилој ѡроучавању мејода у ѡривајном ѡраву*, Београд 1996; N. Visković, *Argumentacija i pravo*, Split 1997; Х. Ферер, *Херменеутички ојлеги*, Београд 2000.

и шире од казуистичког (конкретног) тумачења, јер се односи на решавање било ког а не само неког конкретног правног проблема.

Према Јиржију Вроблевском (*Jerzy Wroblewski*), могуће је одредити три врсте оперативног тумачења. Прву врсту представља тумачење у строгом или најужем смислу (*stricto sensu*), које се односи на „двозначне, неодређене или мало јасне текстове“ лишене „непосредно датог значења“. Њему одговара лингвистички контекст који се односи на синтаксичке, семантичке и прагматичке стране правног језика. Другу врсту представља тумачење у ширем смислу (*lato sensu*), које се односи на „опште разумевање правног текста“. Њему одговара систематски контекст који се односи на норму и њене односе са другим нормама које спадају у исти систем права. Најзад, трећу врсту чини оперативно тумачење у најширем смислу (*latissimo sensu*). Оно је карактеристично за хуманистичке науке, насупрот природним наукама. Њему одговара функционални контекст који се односи на „сложену целину чинилаца друштвено-политичког, економског и вредносног типа“.224 Све наведене врсте оперативног тумачења имају као главни циљ да односни текст „учине стварно искористљивим у односу на правни проблем који треба решити“.225

Постоје и *групе врста тумачења* права. Према методу који се користи приликом тумачења, разликује се *систематско* (циљно и историјско тумачење) од *аналистичког* тумачења права (језичког и логичког тумачења); према обиму тумачења *уско* (сужено, рестриктивно) од *средње* (дословног, обичног) и *широког* (проширеног, екстензивног) тумачења; према предмету, тумачење *у ужем смислу* (догматско и социолошко) од тумачења *у ширем смислу* (попуњавање правних празнина коришћењем аналогije, разлога супротности и других логичких аргумената, уског тумачења изузетака, правних начела итд.).

5. Средства тумачења права

5.1. Традиционална средства тумачења права

Приликом тумачења правне норме тумач се користи различитим традиционалним средствима како би утврдио њен смисао. Најважнија таква средства – први их је одредио Фридрих Карл

224 J. Wroblewski, „Methodological Problems of Contemporary Legal Theory“, *Међународни симпозијум о Методологији правних наука*, Београд 1967, 189–202.

225 Г. Фасо, 692.

фон Савињи (*Friedrich Karl von Savigny*) – представљају језик и логика као врсте аналитичког тумачења и систем права, историја норме и циљ норме као врсте синтетичког тумачења. Коришћењем свих наведених средстава тумач започиње своје тумачење и повезује добијене резултате у логичну целину, тј. један уређен скуп значења добијених применом одговарајућих средстава тумачења права. На тај начин настају језичко, логичко, систематско, историјско и циљно тумачење права.

Језичко тумачење представља претходно главно средство тумачења, док остала четири средства тумачења могу да се поделе у две групе. Прву групу чини *логика* као унутрашње средство тумачења (као логика у ужем смислу или као логика система права), на основу чега се разликује *логичко* од *систематског* тумачења права. Друга два средства су спољашња, јер се претежно свODE на социолошка испитивања и састоје у утврђивању друштвених околности које су утицале на доношење или промену нормe, на основу чега се разликује *историјско* од *циљног* тумачења. Коришћењем наведена четири средства, а нарочито циља нормe и циљног тумачења, утврђује се *право значење нормe*. На крају, језичко и право значење нормe упоређују се и, када је потребно, језичко значење исправља правим значењем нормe коришћењем поменутих средстава тумачења права.²²⁶

5.2. Приговори теорије аргументације

Традиционално учење правне теорије о средствима тумачења у новије време све више се доводи у сумњу захваљујући истраживањима и приговорима *теорије аргументације*.

Први приговор се односи на оспоравање броја и врсте средстава тумачења којих је много више од оних која признаје традиционална правна теорија. А и средства која признаје и користи традиционална теорија нису довољна да изразе стварну разноврсност постојећих поступака и правила правног тумачења због чега је потребно користити друге поступке и правила.

Други приговор теорије аргументације односи се на критику самог назива „средство“, у смислу „метода“, чиме се ствара привид о постојању једино могућих, сигурних и нужних поступака или правила тумачења који обавезно доводе до „јединог“ правог или истинитог значења правне нормe, иако ти поступци и та прави-

226 Г. Вукадиновић, 199.

ла – нимало случајно – ретко имају принудни карактер. Они су обавезни онолико колико су уверљиви за субјекте (од политичара до судија) који их бирају и користе руковођени властитим циљевима, конкретним поводима и схватањима јавног интереса у конкретним случајевима.²²⁷

5.3. Обавезност средстава тумачења права

Учинак критике теорије аргументације довео је у правној науци до другачијег прихватања обавезности средстава тумачења, која више нису формално, већ само фактички обавезна. Она стоје на располагању тумачима који их бирају и користе из уверења да у конкретним случајевима њиховим избором и применом најбоље могу да се отклоне нејасноће. Тумачи ретко када бирају само једно средство, што значи да се тумачење ретко када завршава применом само једне врсте поступка или правила, тј. коришћењем једног средства. Много чешће се користи више поступака и правила, тј. средстава, да би се на крају тумачење успешно завршило откривањем најбољег правог значења норме у датом случају. Тиме је теорија аргументације показала још једну важну ствар – да су поступци и правила тумачења много подробније изучени, разрађени и формализовани у праву него у другим друштвеним областима и активностима, од морала и политике до уметности и свакодневног живота.²²⁸ Али ни таква, средства тумачења права не доводе обавезно до јединог исправног и истинитог правног значења. Упркос настојањима традиционалне јуриспруденције, постигнуто је само то да она доводе до „јединог могућног, а никада до једног јединог исправног резултата“.²²⁹ То је навело Ханса Келзена да закључи како не постоји никакво сигурно мерило на основу кога би се предност могла дати једној над другим могућностима које постоје унутар норме коју треба применити. Због тога он користи израз „такозвани методи тумачења“. Тај свој став Келзен објашњава у духу своје „чисте правне теорије“ по којој тумачење „треба да развије метод који омогућује да се утврђени оквир исправно попуни“.²³⁰

227 N. Visković, 247. Вид. М. Pavčnik, *Argumentacija v pravu*, Ljubljana 1991.

228 N. Visković, 247–248.

229 Х. Келзен, *Чиста теорија права*, 269.

230 Х. Келзен, 268. Вид. Х. Келзен, „О границама између правничке и социолошке методе“, у: Х. Келзен, *Ојшња теорија права и државе*, 18–52.

Други одсек ПОСТУПАК ТУМАЧЕЊА ПРАВА

Поступак тумачења права представља „интелектуални акт објашњавања или разумевања“, који се састоји из припремног и главног дела. Он се ретко завршава применом само једне протумачене норме до које се долази коришћењем подробно разрађених и формално обавезних правила тумачења која су често иста или слична са другим сродним правилима која се употребљавају у другим друштвеним активностима. На поступак тумачења надовезује се поступак примене права којим се стављају у покрет разум и воља (изражени тумачењем) односног органа задуженог за примену права.

1. Припремни и главни део поступка тумачења правне норме

1.1. Утврђивање аутентичног текста правне норме

У припремном делу прво се утврђује аутентичан текст норме. Када је норма писана, текст се налази у одговарајућем документу (најчешће службеним новинама, ако је реч о нормама државних органа), а када то није случај, он се утврђује одговарајућим доказима. Аутентичан текст мора да буде веран оригиналу (нпр., текст закона је аутентичан када је веран оригиналном тексту закона, што није случај са текстом коментара закона).

Утврђивање аутентичног текста другачије се назива *нижа кријтика* правне норме. То значи да субјект мора да пронађе правну норму која регулише неки однос у коме се он налази или ће се тек наћи. То се постиже тако што се тај однос упоређује са садржајима мањег или већег броја правних норми које уређују такву врсту односа, све док се не пронађе једна или неколико одговарајућих правних норми које у својим претпоставкама говоре о односу који интересује правног субјекта, само под условом да у својим главним елементима садрже заповести којима се тај однос уређује. Тек тада заинтересовани правни субјект може поуздано да закључи да ли и како га једна или неколико норми правно обавезују у дотичном односу, као и да одлучи хоће ли да ступи у тај однос. Приликом одлучивања да ли ће да прихвати заповести из

норме ако ступи у дотични однос, субјект може и да погрешити, откривајући или бирајући норме које нису важне за однос који је предмет његовог интересовања, с тим што је могућност да се погрешити мања што је шири и богатији субјектов увид у норме које долазе у обзир да буду утврђене и изабране као најпогодније.²³¹

1.2. Утврђивање позитивности правне норме

Када се утврди аутентичан текст норме, прелази се на утврђивање њене позитивности. Утврђивање да ли је норма саставни део позитивног права, односно да ли важи, другачије се назива *виша кријтика* правне норме. Она показује да није довољно само да субјект пронађе одговарајући текст правне норме, већ је потребно да пронађе норму која је временски, просторно и персонално важећа. И то не било коју норму, већ само ону позитивну (а не неку историјску) која важи у времену у коме постоји дотични однос, која се распростире на територији на којој се дотични однос одвија (а не на територији на којој се дотични однос не одвија) и која се односи на заинтересованог субјекта (а не на друге субјекте).

Велике проблеме у вези са одређивањем важења некада су стварале обичајне норме. Са уступањем неписаног права пред писаним, те проблеме све више ствара изузетно велик број писаних норми које се врло брзо мењају и постају све сложеније. Зато у данашњим правима проналажење важећих правних норми постаје све тежи проблем чак и за правнике, упркос бројним расположивим средствима чији је циљ да олакшају сазнавање и проналажење важећих норми (правна помоћ, службене публикације, регистри и банке правних прописа, збирке важнијих пресуда, правни часописи, адвокатура итд.).²³²

1.3. Делови главног поступка тумачења права

Када се утврде аутентичан текст и позитивност норме, окончан је припремни део и прелази се на главни део поступка тумачења, који се састоји из три дела. Најпре се, коришћењем језичких средстава, утврђује језичко значење норме према закону значења. Затим се, коришћењем одговарајућих средстава и различитим врстама тумачења, утврђује истинито или право значење правне норме, што је веома сложен посао. На крају, упоређује се

231 N. Visković, 238–240.

232 *Ibid.*, 239–241.

језичко значење норме са њеним правим значењем како би се утврдило да ли се ова два значења слажу. Ако се она не слажу, поступак тумачења се наставља исправљањем језичког или правог значења норме. Ако се значења слажу, поступак тумачења је завршен, после чега се прелази на поступак утврђивања чињеница, правно закључивање и непосредну примену права.

2. Језичко тумачење и значење правне норме

2.1. Појам и врсте језичког тумачења

Појмови се изражавају језиком који се састоји из речи обичног (ординарног) и стручњачког (квазиординарног) језика. Поред њих, постоје и изрази чији појмови имају другачије значење у правном него у обичном језику (муж, савестан, ствар, радња итд.), као и изрази чијих појмова уопште нема у обичном језику (ступање на снагу, правоснажност, извршеност, свесни и несвесни нехат, одржај, застарелост, ванредни правни лек итд.). Нарочито изрази којих нема у обичном језику показују колико је велики значај правног језика и разрађене правне терминологије за прецизно и јасно изражавање правних појмова.²³³ Понекад се са тиме „претерује, јер постоји извесна граница преко које прецизност више штети него што користи праву“.²³⁴

Будући да коришћење правног језика никада не може да буде идеално, као што би било у случају када би за сваки правни појам постојао посебан правни израз, главни циљ тумача је да помоћу језика право учини што разумљивијим, како би се што више људи понашало у складу са нормама. Ипак, постоје области где је неопходно да језик буде врло прецизан, односно што је могуће више прецизнији, као што је случај у кривичном праву. То у мањој и блажој мери важи за делове права у којима постоји аутономија воља странака²³⁵ или у којима је изражено коришћење правних стандарда и контекстуалног разумевања правних норми. *Језичко тумачење*, дакле, представља тумачење права на основу елемената и правила језика и логике, у мери у којој је сам језик логичка творевина. У теорији се због повезаности језика и логике равноправно користи израз *језичко-логичко тумачење*.

233 N. Visković, *Jezik prava*, Zagreb 1989.

234 P. Лукић, *Методологија права*, 216.

235 P. Лукић, 216–218.

Главне елементе језика, који се употребљавају као средства (методи) за изражавање норме и утврђивање њеног језичког значења на основу законика значења који користи творац норме, представљају речи, скупови речи (изрази), реченице и интерпункцијски знаци (нарочито када је реч о писаној норми). На основу њих, језичко тумачење може да се подели на лексичко (речничко), граматичко, синтаксичко и интерпункцијско.

Лексичким тумачењем се утврђује језичко значење норме на основу значења речи. Само, његовим коришћењем не може да се одреди које је од свих могућих значења неке речи њено најбоље значење за тумачење и примену права у датом случају. Због тога се, нарочито у англосаксонском праву, прибегава коришћењу тзв. „норми дефиниције“ којима правотворац одређује обавезно значење израза које користи.²³⁶ Иако се тиме спутава слобода тумача приликом откривања и разумевања дефинисаних израза, у томе, ипак, има пожељних користи јер се повећава правна сигурност. Што се тиче синтаксичкој и граматичкој тумачења, оно што важи за језик важи и за правне норме, које могу бити мање или више успешно реченички изражене, сажете или расцепкане, као речи у реченицама или реченице у деловима правног текста. Исто важи и за интерпункцијско тумачење, којим се речи и значења правилно распоређују у смислене, јасне и прецизне целине.

Коришћењем главних елемената језика као метода долази се до језичкој контекста и значења норме, за разлику од њеног функционалног (ситуацијској) контекста. Истраживањем функционалног контекста и значења, језичко тумачење се нужно повезује са другим методима и врстама тумачења. То је навело Алфа Роса и Јиржија Вроблевског²³⁷ да закључе како је „контекст разумевања језика текстова, заправо, целокупан поступак нормативне конкретизације закона“. Данас је „тешко прихватити поставку о јасним речима које не захтевају тумачење“,²³⁸ изузев када се ради о неким врстама техничких норми.

Резултат језичког тумачења представља добијено језичко значење норме. Оно се утврђује помоћу елемената језика и језичких правила као метода.

236 N. Visković, *Teorija države i prava*, 174, 249.

237 J. Wroblewski, *Meaning and Truth in Judicial Decision*, Helsinki 1983, 38. Вид. А. Ross, *On law and Justice*, 115–118.

238 D. Vrban, 471.

2.2. Јасно и нејасно језичко значење правне норме

Применом наведених језичких метода на правну норму добија се једно или више њених језичких значења. Она могу да буду јасна или нејасна. Када постоји само једно јасно језичко значење норме, прелази се на утврђивање њеног правог значења. Изузетак је омашка која је јасна али неистинита. Али, када постоји више јасних језичких значења или када је језичко значење норме нејасно, поступак језичког тумачења мора да се понови како би се томе открили узроци.

Постоје *три главна узрока нејасног значења*: када норма ништа не каже о ономе што треба да каже (када је недовољна), када каже нешто што је бесмислено (када је противречна) или када каже нешто што је вишезначно (када је неодређена).

Недовољности (као нејасно значење у ужем смислу) постоји када норма ништа не каже о ономе што треба да каже због постојања правне празнине која се попуњава коришћењем одговарајућих логичких средстава (аналогije, разлога супротности, разлога природе ствари, разлога ауторитета итд.).

Други узрок нејасности представља *бесмисленост*. Она постоји када норма нема никакво значење, јер је противречна унутар себе или у односу према другој или другим нормама. Унутрашња противречност (између главних елемената норме – диспозиције и санкције) веома ретко се сусреће. То се обично дешава када норме стварају друштвени субјекти. Много је чешћи случај спољашње противречности, када норме са јасним језичким значењем постају међусобно бесмислене, тј. губе своје првобитно значење због сукоба (колизије) њихових различитих значења.

Трећи узрок нејасности представља *неодређеност*. Она постоји када норма има више значења, али се не зна које је од њих право и прво. До неодређености долази због несавршености језика и недовољности појмова, тј. узрока који потичу из људске несавршености. Али, ако неодређеност не може потпуно да се уклони, она барем може да се сведе на најмању могућу меру. То се постиже добром правном техником и вештином која се стиче праксом. Неодређеност производи и сам правотворац који понекад свесно користи неодређене језичке појмове и формулације како би у правне оквире сместио најразноврсније, па чак и несвакидашње појаве друштвеног живота.²³⁹

239 Упор. Р. Лукић, 332–336; Г. Вукадиновић, 200–201.

2.3. Основна правила језичког тумачења

Језико тумачење врши се не само помоћу елемената језика као метода већ и одговарајућим језичким правилима. Она могу да се поделе на основна и техничка.

Прво *основно љравило* језичког тумачења јесте да сваки језички знак има своје сопствено значење, тј. да није сувишан у норми. Друго основно правило је да сваком језичком знаку који има више значења треба дати значење које он нормално има по закону значења, и то оно које је прво или главно.

Поред ова два, постоје бројна *техничка љравила* за тачно утврђивање језичког значења. На пример, језичким знацима не треба без довољно основаних и чврстих разлога придавати посебан правни смисао; знацима који имају посебно правно значење треба придавати најпре опште значење проистекло из духа система права, па тек затим посебно правно значење; приликом одређивања посебног правног значења мора се водити рачуна о значењу сличних знакова; треба се строго придржавати изричито одређеног значења појединих знакова (утврђеног језичким дефиницијама и нормама дефиниције); истим знацима не треба без доброг разлога давати различита значења итд.²⁴⁰

Иако су наведена техничка правила готово саморазумљива, такођећи априорна, дешава се да их тумач занемари, поведен својом идејом како треба тумачити правне норме. Тако поступајући он чини опасне грешке, јер заповести норме претвара у предлоге.

3. Право значење правне норме

Када се утврди језичко значење норме, прелази се на други део главног поступка тумачења права, тј. на утврђивање правога (истинитога, исправнога) значења. Оно се не подудара увек са језичким значењем. Док је језичко тумачење готово увек почетно и нужно, тумачење које се користи за откривање истинитога значења норме готово увек је одлучујуће или барем најмоћније.

3.1. Учења правних школа о правом значењу

Право (у смислу исправно и истинито) *значење* правне норме може једноставно да се одреди као оно које обезбеђује најпот-

240 Р. Лукић, 336–340; Г. Вукадиновић, 201–202.

пуније остваривање норме. До њега се долази исправним коришћењем одговарајућих средстава тумачења за добијање значења које је најближе истинитом значењу норме. Али, на питање шта збиља јесте право значење, а не шта је његов задатак, не може тако једноставно да се одговори. Тим питањем се бави правна теорија, посебно правна догматика (херменеутика), која је до сада пружила више карактеристичних одговора. На тој основи су током времена поникле различите школе тумачења права са својим карактеристичним схватањима о правом значењу и врстама тумачења за утврђивање правог значења правне норме. У њих се могу убројити и нихилистичка правна учења која потпуно одбацују тумачење, заједно са формалним правним изворима и правном техником.²⁴¹

Карактеристичне школе тумачења могу да се поделе у две групе.²⁴² Првој припадају школе које заговарају „фетишизам писаног кодификованог закона“ уз одговарајуће варијанте формулисане афоризмима: „на основу кодекса, али не даље од њега“ (Алојз фон Бринц /*Aloys von Brintz*/), „на основу кодекса, али даље од њега“ (Анри Капитан /*Henri Capitant*/) и „даље од кодекса, али на основу њега“ (Рејмон Салеј /*Raymond Saleilles*/). Такав догматски позитивизам почива на наивном уверењу његових присталица да је у норми потпуно јасно језички изражена законодавчева воља, због чега тумачење права није ништа друго до обична механичко-силогистичка примена правне норме у конкретном случају, тј. један пасиван „*vox legis*“. Другој групи припадају школе према којима закон није једини формални извор права. Оне, уместо монизма, заступају плурализам извора права са варијантама: „без кодекса, али даље од њега“ (Франсоа Жени /*François Gény*/) и „без кодекса, па чак и против њега“ (Јохан Хајнрих Ламбер /*Johann Heinrich Lambert*/, Марсел Фердинанд Плањол /*Marcel Ferdinand Planiol*/, Борисав Т. Благојевић/). Такав приступ тумачењу права наговестио је већ Тома Аквински поставком о примени природних норми њиховим допуњавањем „*per modum determinationis*“, а много векова после њега социолошко-позитивистички усмерене присталице школа интересне јуриспруденције и слободног стварања права, тврдећи да сваки формални извор права, тј. свака општа правна норма, има „техничке празнине“ које треба попу-

241 Вид. М. Д. Туцаковић, „Школе интерпретације права“, *Архив за њравне и друштвене науке*, XXXIII, Београд 6/1937.

242 Д. Митровић, „Миодраг Д. Туцаковић као теоретичар права (1911–1968). Поводом осамдесете годишњице рођења“, у: Зборник реферата са дискусијом *Научно наслеђе Правној факултету у Београду од 1841. до 1941. године*, Београд 1994, 97–111.

нити позивајући се на захтеве живота, а не права. У новије време је Ханс Келзен устврдио како је свака примена правне норме истовремено њено стварање, док је Херман Канторовиц (*Herman Kantorowicz*) отишао још даље, устврдивши да колико има речи, толико има празнина у правној норми.

Поред наведених школа, постоје писци који у својим учењима одбацују формалне правне изворе и правну технику, а тиме посредно и проблем тумачења права, чиме ступају на терен стварања права (Пјер Базил Мињо /*Pierre-Basile Mignault*/, Живан Спасојевић, Божидар С. Марковић).²⁴³ Ставови наведених писаца, наравно, не могу *a priori* да се прихвате, док учења наведених школа могу да се разврстају у две велике групе: на учења по којима право значење норме може да буде само њено језичко значење (*везано тумачење*) и на учења по којима право значење није везано за језичко значење норме (*слободно тумачење*). У овом последњем случају, то би значило да су одлуке судија извор права (нпр., као што данас истичу присталице америчког правног реализма или школе економске анализе права).

Поводом тих важних недоумица у правној науци су образована карактеристична схватања и различите врсте тумачења за утврђивање правог значења правне норме.²⁴⁴ Уобичајена је подела на везано тумачење са његовим карактеристичним врстама (субјективно, објективно, статичко и еволуционистичко) и на тзв. слободно тумачење, односно слободно стварање права.

3.2. Везано тумачење и његове главне врсте

Појам везаног тумачења. – Према теорији везаног тумачења, правим значењем норме сматра се само једно од више њених језички могућих значења. Оно не може да се тражи изван језичког контекста творца или законика значења, јер то више не би било тумачење већ слободно стварање права.

Постоји неколико изведених врста везаног тумачења (субјективно, објективно, статичко, еволуционистичко). Одређују се према субјектима и временској разлици између доношења и тумачења норме као мерилима за одређивање правог значења. Заједничко им је да правим значењем сматрају само једно од више језички могућих значења норме. Такође, сматрају да се на тај на-

243 М. Д. Туцаковић, „Школе интерпретације права“, 543–559.

244 Р. Паунд, II, 265–266.

чин одржава постојана веза тумача са правотворцем и обезбеђује поштовање начела законитости и правне сигурности.²⁴⁵

Субјективно и објективно тумачење. – Према субјективној теорији, коју је у XIX веку први уобличио и систематски изложио Фридрих Карл фон Савињи, право значење је само једно од више језички могућих значења норме, и то оно које је норми хтео да прида њен творац. Као што је неприхватљива норма без значења, тако је неприхватљива и норма чије значење постоји али није садржано у њеном језичком контексту. То значи да тумач мора да пронађе творчево значење које није изван језичког контекста норме.

Наведена потешкоћа је навела писце, почевши од Рудолфа фон Јеринга и припадника његове школе интересне јуриспруденције, да уместо субјективног предност дају објективном тумачењу. По њему, право значење није оно језичко значење које норми придаје њен творац, већ оно које норми придаје друштво на основу законика значења, а овај је објективизована друштвена творевина и у том смислу независна од творца и тумача. Из тога произлази да норма није оно што је њен творац хтео да каже, већ оно што је он *стварно изрекао* у норми. Том приликом, формирана су два схватања објективног тумачења. Према *ужем*, право значење норме је оно које норма има према законнику значења, који је друштвено објективизована творевина. Према *ширем* схватању, право значење је оно које би норми придао један савршен субјект, тачније значење које би *шребало да хоће* један „савршено разуман субјект“ када би он постојао а тиме и могао да потпуно изрази објективну друштвену вољу.²⁴⁶ У наведеном схватању није тешко препознати римске трагове „*lex citationis*“ и средњовековне трагове „*communis opinio doctorum*“.

Када се размотре добре и лоше стране обе наведене врсте тумачења, лако се може запазити како упркос на први поглед јасном појму и циљу, субјективно тумачење није поуздано средство за откривање правог значења норме, пре свега због проблема са одређивањем воље творца норме који није решен ни у филозофији, ни и науци. Вољу творца норме тешко је утврдити чак и када је творац физичко лице које ту своју вољу може да изјави или реконструује. То је, наравно, готово немогуће урадити када оно премине. Исто тако, воља је променљива, а и питање је колико је нечија воља збиља садржана у норми која се тумачи, посебно када ту нор-

245 Е. Д. Хирш, *Начела тумачења*, Београд 1983, 233–276.

246 Р. Лукић, 349.

му доноси колегијални орган, наравно, под условом да се уопште зна шта је колективна воља. Зато се субјективно тумачење не користи као средство за утврђивање истинитог значења норме, осим када је та воља на несумњив, јасан и прецизан начин изражена у појединачном правном акту (нпр., у тестаменту или уговору).²⁴⁷ Али, и објективно тумачење у ширем смислу има исте недостатке као субјективно тумачење. Једина разлика је у томе што код првог тумач утврђује вољу непостојећег творца, а у другом вољу стварног творца који постоји или је постојао. То омогућава тумачу да своју вољу представи као вољу савршено разумног субјекта, што је недопустиво као и када тумач своју вољу представља као вољу творца норме приликом субјективног тумачења. Зато се као најпоузданије користи објективно тумачење у ужем смислу. Оно је поуздано јер су тумачи лишени потребе да утврђују вољу стварног или замишљеног творца норме. Уз то, они не морају да се покоравају циљевима које су такви творци имали на уму у тренутку стварања норми. Уместо тога, довољно је да се држе законика значења који је друштвено објективизована творевина.

Стайичко и еволуционистичко тумачење. – И протек времена, а не само творац, његова замисао или кодекс, утиче на начин одређивања правог значења норме. До тога долази зато што протеклом времена знаци мењају своје значење.

Према *стайичком* учењу, право значење норме је оно које је норма имала у тренутку свог доношења, када је норма најближа свом изворном значењу. Према еволуционистичком учењу, пак, то је оно значење које норма има у тренутку тумачења, тј. своје примене. У овом случају, предност се даје ситуацији у којој се норма тумачи и примењује, а не њеном изворном значењу.

Навена недоумица због промене значења знакова покреће тешко питање: нпр., како утврдити значење неке норме која је донета пре два века? Чак и да оно може тачно да се одреди (као што је случај са знатним делом одредаба Устава САД), може се запитати: да ли такво значење уопште треба да се примени на неку садашњу конкретну ситуацију, насталу више од два века по доношењу односне норме? У случају Устава САД одговор је пронађен у допуњавању текста устава великим бројем амандмана. То је само једно од великог броја питања која је могуће поставити а на која теорија статичког тумачења не може да одговори. Због тога је статичко тумачење ближе субјективном и објективном у ширем

247 Г. Вукадиновић, 212–213.

смислу тумачењу, што значи да има исте недостатке због којих га не треба користити.

Због наведених недостатака примењује се *еволуционистичко* тумачење уместо статичког, које обезбеђује какву-такву правну сигурност људима који живе у садашњости, а не у прошлости. (Ко живи само у прошлости, нема ни садашњост ни будућност.) Реченом треба додати и подсетити да је еволуционистичко тумачење могуће исправно користити само ако се значење протумачене норме мења према закону значења. Тумач, дакле, не може да придаје норми неко друго значење, изузев оног које она има према закону значења у тренутку свог тумачења због примене. То показује да ни оно није сасвим сигурно, јер могу да се појаве случајеви правних празнина које није могуће решити према закону значења.

Иако је јасна предност еволуционистичког над статичким тумачењем, она је занемарљива у случају када се тренутак доношења правне норме подударе са тренутком њеног тумачења и примене.

3.3. Слободно тумачење (или стварање) права

Према учењу о слободном тумачењу, односно стварању права, тумач није везан никаквим језичким значењем, што значи да је право значење оно које норми даје њен тумач независно од творца или језичког контекста норме. Тако одређено, слободно тумачење у свом чистом облику није никакво тумачење, већ слободно стварање права. Оно не спада у правну догматику, већ у правну технику.

Учење о слободном тумачењу или стварању права је лако објаснити „побуном чињеница против закона“, на шта су се позивале присталице школе интересне јуриспруденције и слободног стварања права борећи се против претераног позитивизма, догматизма и формализма егзегетичке школе.²⁴⁸ Њихови најпознатији представници Еуген Ерлих, Херман Канторовиц, Филип фон Хек (*Philip von Heck*) и Макс фон Римелин (*Max von Rümelin*) истицали су да првенство логике „мора бити замењено првенством проучавања и вредновања живота“,²⁴⁹ односно да главни задатак правне науке треба да буде „истраживање интереса“ и њихово „повезивање са правним начелима“. Сматрали су да право треба ослободити крутих стега и прилагодити животу у сваком конкретном случају. И не само то – потребно је да државни органи, посебно судови, располажу високим степеном слободе када примењују

248 Вид. М. Д. Туцаковић, *Школа егзегезе и њена кријсика*, Београд 1940.

249 Вид. Ph. von Heck, *Gesetzeslegung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen 1914.

право, што значи да судије могу да суде „мимо“ закона (*praeter legem*) па чак и „насупротив“ њему (*contra legem*). Такво учење, наравно, ниједно право не може да прихвати, јер би то довело до правне несигурности и друштвене анархије.

Данас је у правној теорији прихваћено везано тумачење које је, ипак, довољно „пространо“ да судијама омогући проналажење јединог правог значења у сваком конкретном случају. То је ситуација када судије збиља могу да изразе своје примењивачко стваралаштво и умеће „достављајући“ право.²⁵⁰

3.3. Право значење у формалном и материјалном смислу

Појам правог значења норме може да се одреди у формалном и материјалном смислу. У *формалном смислу* то је значење добијено везаним тумачењем, а унутар њега објективним у ужем смислу, а изузетно субјективним, као и еволуционистичким тумачењем. Оно се утврђује на основу оног што је творац норме стварно рекао према законнику значења (или, изузетно, хтео да каже у случају субјективног тумачења), и то у тренутку тумачења и примене норме. У *садржинском смислу*, пак, то је значење које од свих могућих значења норме у датом случају најбоље остварује циљ норме (њен *ratio legis*) и штити дати објективан или барем објективизован друштвени интерес. Будући да је број правних норми изузетно велик, то је број циљева такође изузетно велик. Њих није тешко утврдити када су јасно изражени у нормама. Али, када то није случај, они се одређују на основу циља самог права, тј. његове функције.²⁵¹ Утврђивањем и вредновањем циљева посебно се бави циљно (телеолошко) тумачење, након чега се коначно одређује право значење норме у материјалном смислу.

4. Средства и врсте тумачења за утврђивање правог значења приликом тумачења у ужем смислу

Врсте тумачења могу да се одреде и према средствима тумачења, од којих су нека већ поменута. Та средства или барем већина

250 Г. Вукадиновић, 216.

251 Р. Лукић, *Методологија права*, 116–118.

њих користе се за утврђивање правог значења норме. То значење се открива одговарајућим врстама тумачења (логичким, систематским, циљним, историјским и упоредним).

4.1. Логичко тумачење

Логичким тумачењем се право значење норме одређује употребом правила логике као средства, посебно логичких правила непротивречности, истоветности и искључења трећег.²⁵² Њиме се утврђује да ли је значење добијено другим врстама тумачења уопште логички могуће, тј. да ли је јасно или бесмислено, а затим се, када је то могуће, из норме извлаче значења која не могу да се добију језичким или неким другим врстама тумачења.

Логичко тумачење се, према задацима које треба да оствари, дели на три врсте. Прву врсту чини проверавање логичке исправности значења добијеног другим врстама тумачења, коришћењем формалне логике; другу, извлачење нових значења из норми (која не могу да се извуку другим средствима тумачења) коришћењем неформалне логике; а трећу, попуњавање правних празнина тумачењем у ширем смислу (коришћењем аналогije, разлога супротности итд., као и правила неформалне логике у још ширем смислу).

Прва врста логичког тумачења, тј. проверавање значења норми логичким тумачењем, неопходна је јер без ње не може поуздано да се сазна да ли је неко значење норме уопште могуће. Она је и поуздана када се правилно изводи, јер се ослања на строга логичка правила. Због тога се ту логика у праву користи без икаквих ограничења. Међутим, друга и трећа врста логичког тумачења углавном нису поуздане, јер служе за „извлачење“ нових значења која обично нису заснована на строгим логичким правилима.²⁵³

Примена формалне логике у праву – од античких времена до данас, а тиме и логичког тумачења као посебног средства – стално оживљава недоумице које и данас садржи питање да ли се приликом откривања правог значења норме користи обична или посебна правна логика. На то питање дата се два карактеристична одговора. Према првом, приликом тумачења права користи се обична логика, јер се правна логика не разликује од логике која се примењује у другим подручјима знања (Илмар Тамело /*Ilmar Tammelo*/,²⁵⁴ Радомир Лукић). Ханс Келзен је у том смислу још

252 Г. Вукадиновић, 206–207.

253 *Ibid.*, 206–208.

254 I. Tammelo, „Sketch for a Symbolic Juristic Logic“, *Journal of Legal Education*, vol. 8, 1955, 278.

изричитој: „Не може дакле бити никаквог говора о некој специфичној ’јуристичкој’ логици.“²⁵⁵ Према другом, приликом тумачења права користи се посебна правна логика (Жорж Калиновски /*Georges Kalinowski*/),²⁵⁶ тј. аргументативна, дијалектичка или реторичка логика (Хаим Перелман /*Chaim Perelman*/),²⁵⁷ пошто циљ тумачења права није „логичко утемељење неке одлуке као истините или правилне с обзиром на логичке методе, него постизање сагласности око предмета спора“.²⁵⁸ Таквом заменом циља учињено је да примена посебне логике постане део претходног поступка разјашњавања око питања шта је предмет спора. Решење тог претходног питања често се постиже убеђивањем, а не само на основу чињеница, јер циљ логичког тумачења у овом случају није постизање истинитости. Тиме је коришћење посебне логике скрајнуто са главног дела поступка решавања спора на његов почетни („пијачни“) део.

Изгледа да је и овог пута истина негде на средини, односно да су вредна оба супротстављена одговора, упркос својим недостацима. Тако нешто је могуће јер се приликом тумачења у праву збиља користе правила формалне и неформалне логике. То значи да није довољно само се ослонити на одговарајуће технике расуђивања којима располаже неформална логика, већ и на закључке и аргументе које налажу правила формалне логике, и то не само због тражења и утврђивања истине, већ због избегавања грешака у расуђивању и извођењу неутемељених закључака.²⁵⁹ То је нарочито важно испунити у току самог решавања спора пред надлежним судским органом.

Примена неформалне логике је очигледна приликом систематског тумачења правних норми, а не само приликом попуњавања правних празнина коришћењем правних разлога (аргумената).

4.2. Систематско тумачење

Будући да су данас све ређе правне норме које су одмах и потпуно разумљиве, систематским тумачењем се право значење норме утврђује помоћу њених веза са другим нормама које са-

255 X. Келзен, *Елементи теорије правних норми. Изабрани позни сајци*, 110.

256 G. Kalinowski, „Y-a-t-il une Logique Juridique?“, *Logique et Analyse*, Nouvelle Serie, 2^e Annee, 1959, 48.

257 Ch. Perelman, „Logique Formelle, Logique Juridique?“, *Logique et Analyse*, Nouvelle Serie, 3^e Annee, 1960, 230.

258 M. Pavčnik, *Argumentacija v pravi*, 57.

259 D. Vrban, 471–472.

чињавају систем права. Систематско тумачење, дакле, представља посебну врсту логичког тумачења, само примењеног на систем права. Њиме се право значење норме добија тако што се „норма повезује и разјашњава помоћу других норми из правног система“: састављањем делова норми (њиховим реконструисањем), применом начела законитости и других правних начела којима се значење нижих норми проналази у значењу виших норми, попуњавањем и разјашњавањем значења норми унутар исте правне установе итд.²⁶⁰ Такав поступак је могуће извести пошто се испитује значењска међузависност норми као састојака система права. Али, то је и неопходно учинити, јер је ретко могуће открити право значење норме као непосредног предмета тумачења без њених веза са другим нормама (изузев код техничких норми или норми дефиниције, па ни тада увек).

Постоје *две главне врсте систематског тумачења*. Прва врста се одређује и врши помоћу места које норма заузима у систему права, чиме се уклањају спољашње противречности између две норме, више норми или њихових ужих и ширих скупова. То се чини усаглашавањем норми или укидањем једне или више норми. Друга врста се одређује и врши смисаоним повезивањем норми и ближим одређивањем њиховог значења на основу међусобних веза. То се чини груписањем и разврставањем норми у уже или шире целине у односном правном акту (од дела, одељка и главе до одсека, члана, става и тачке).²⁶¹

Систематско тумачење се, такође, често користи као допунско средство код циљног тумачења права, јер су циљеви у правним нормама међусобно повезани и изукрштани.

4.3. Циљно (телеолошко) тумачење

Циљно тумачење представља одлучујућу и завршну врсту тумачења. Оно разрешава недоумицу које је од свих могућих значења норме збиља њено право значење. То се постиже утврђивањем разлога постојања норме помоћу њеног „ratio legis“-а, а не свих друштвених околности као приликом историјског тумачења. Зато циљно тумачење представља претежно социолошко-аналитичко истраживање улоге, тј. циља правне норме која постоји, што значи да сва претходна тумачења представљају припрему за примену циљног тумачења.

260 N. Visković, 253.

261 Упор. Р. Лукић, 362–365; N. Visković, 253–254.

Када се каже да се циљним тумачењем утврђује циљ норме, то не значи да се утврђује било какав циљ, већ само њен објективан, а, у ствари, објективизован друштвени циљ, како налаже учење о *објективном* тумачењу циља. Тај циљ се може разумети само у вези са „повољним и неповољним последицама које норма изазива у друштвеном животу“ (нпр., у вези са „културалним“ и „акултуралним потребама и вредностима друштва“), а не према томе какав је циљ творац замислио и наменио норми, као што налаже учење о *субјективном* тумачењу циља.²⁶²

Одређивање објективног циља норме веома је сложен посао, јер у друштву не владају строги закони као у природи, због чега његово откривање не може да буде потпуно поуздано. (На пример, ни правници не могу поуздано да одреде појам објективног права.) Исто тако, целокупно право је од врха до дна прожето бројним циљевима који су међусобно повезани и често веома слични. Они постоје чак и када нису довољно јасно изражени у нормама, што додатно отежава њихово одређивање и разврставање. Најзад, и сама норма може да има више различитих циљева који не морају да се остварују у истој мери. Када се једном утврди који циљ или који његов степен остварује неко право значење норме, прелази се на поређење тих разних циљева и њихових различитих степена остварења. То се постиже подробном анализом и утврђивањем који је циљ важнији од осталих, па се он бира и остварује пре свих других. Само се понекад дешава да саме норме изричито одређују своје сопствене циљеве (устав, поједини важнији закони итд.).²⁶³

На тешкоће поводом одређивања истинитог циља норме приликом циљног тумачења посебно су указивали припадници школе интересне јуриспруденције Филип фон Хек и Макс фон Римелин, по којима правници морају да решавају спорове сазнавањем и мерењем конкретних спорних интереса, као и опредељивањем „за“ и „против“ неких од њих, полазећи од друштвених циљева садржаних у општим нормама, па чак и изван њих. Али, постоје писци који оспоравају такву могућност. Према Хансу Келзену, „начело такозваног одмеравања интереса само је једна формулација, а не решење проблема који овде постоји. Оно не пружа објективно мерило по којем се супротни интереси могу упоредити и, следствено, сукоби интереса решити. Јер, неопходност 'тумачења' произлази управо из тога што норма коју треба применити, или систем норми, оставља више могућности, а то значи да још не садржи одлуку

262 Упор. N. Visković, 250–251; Г. Вукадиновић, 202–203.

263 Р. Лукић, 367–373.

о томе који од интереса у игри има већу вредност, него ту одлуку, то одређење ранга интереса, напротив, препушта једном акту стварања норме који тек треба прописати – судској пресуди нпр.“²⁶⁴

Право значење норме, дакле, може циљним тумачењем да се утврди на тежи или лакши начин. До њега се долази тек када се циљно тумачење схвати као средство за остварење одређених друштвених интереса и потреба. Довођењем у везу тих интереса и потреба са нормом која је у додиру са њима или их непосредно регулише, могуће је доћи и до најбољег правог значења норме. На пример, недоумицу да ли су родитељи дужни да издржавају своју децу и после њиховог пунолетства судска пракса је у неким земљама решила много пре законодавца у корист деце, поступајући чак супротно закону (*contra legem*). Утврђено је да су родитељи у оквиру својих могућности обавезни да издржавају своју децу и после стицања пунолетства, под условом да деца успешно студирају, немају властитих средстава за живот нити их сама могу стицати због напора студирања. Такво циљно тумачење се показало оправданим, па чак и мудрим, јер не само што је заштићен интерес деце и родитеља већ и целог друштва, које такође има потребу за што већим бројем школованих младих стручњака.²⁶⁵ Такође, показало се да не постоји апсолутна моћ права и да је живот јачи од правних концепција.

4.4. Историјскоправно тумачење

Историјскоправно тумачење представља посебну врсту помоћног социолошко-аналитичког тумачења. Оно омогућава да се увиђањем свих друштвених околности одреди право значење норме. Састоји се из упоређивања старе и нове норме како би се уочиле промене у њима, открили поводи (*occasio legis*) за њихово доношење и испитали сви припремни материјали (нацрти, објашњења, допуне и друга грађа) који су претходили.

Историјско тумачење има велики значај за утврђивање правог значења. Ниједна правна норма не може тачно да се схвати ако се не зна њена историја, што у ствари значи да језичко, логичко и систематско тумачење не могу да открију значење које може да открије историјско тумачење. Историјско тумачење је понекад погодно за утврђивање воље творца норме, циља норме или њене улоге у садашњости. Оно, поред разумевања некадашњих

264 Х. Келзен, *Чиста теорија њрава*, 269.

265 N. Visković, 252.

субјективних правотворчевих циљева, понекад омогућава откривање дубљих, трајнијих и кориснијих извора друштвених интереса и вредности важних за боље разумевање континуитета права. То је нарочито важно када „сећање на оно што је *ишло* траје пет минута уназад“.²⁶⁶

4.5. Упоредноправно тумачење

Посебну врсту помоћног тумачења представља *ујореднојравно* (компаративно) *тумачење*, којим се до правог значења норме долази поређењем истих или сличних норми које улазе у састав најмање два дела два различита национална права (нпр., норме којима се одређује правна установа заштитника грађана /омбудсмана/ у различитим националним правима или процедура унификације међународног обичајног права). Оно такође може да послужи као научна и практична припрема за коришћење правних трансплантата.

5. Средства за утврђивање правог значења приликом тумачења у ширем смислу

Правне празнине се попуњавају тумачењем у ширем смислу. То се постиже коришћењем логичких средстава у ширем смислу. У најважнија таква средства за попуњавање правних празнина појединачним нормама и утврђивање правог значења норме спадају аналогија, разлог супротности, разлог „утолико пре“, разлог „ауторитета“, разлог „природе ствари“, разлог „апсурдности“, уско тумачење изузетака и попуњавање правних празнина општим начелима.

5.1. Аналогија

Појам аналоије. – Аналогија (*analogia*), тј. разлог сличности (*argumentum a simili ad simile*) или закључивање (тумачење) по сличности, представља главно средство помоћу кога се попуњавају правне празнине приликом тумачења у ширем смислу. Њена примена се састоји у томе што се на један случај који није регулисан општом правном нормом, који дакле представља правну

266 Упор. N. Visković, 254; Г. Вукадиновић, 205–206.

празнину, примењује правна норма предвиђена за неки други случај који је сличан случају који представља правну празнину. На пример, ако правна норма забрањује вођњу моторним возилима по стазама парка, може се закључити да та забрана важи и за сва друга возила без мотора: запрежна возила, бицикле, скејтбордове итд.; ако на главним вратима зграде стоји натпис да је улаз слободан, може се закључити да је улаз слободан и на споредним вратима; ако је забрањено уводити псе у болницу, може се закључити да то важи и за друге кућне љубимце итд. Због тога се за аналогију каже да је један „мешовит индуктивно-дедуктиван закључак, који омогућава да се на основу заједничких познатих обележја два случаја и познатих обележја једног случаја за која се зна да проистичу из заједничких обележја, закључи да иста таква обележја постоје и у другом случају, иако то није познато“.²⁶⁷ Будући да се аналогijом два слична случаја сматрају истим, она представља закључивање од сличног на слично (*a simili ad simile*).

То што се два слична случаја (од којих један представља правну празнину) сматрају истим, аналогију чини непоузданом. Та чињеница је навела Рудолфа Карнапа (*Rudolph Carnap*) да закључи како се у класичној (формалној) и модерној (неформалној) логици „не може наћи неки основ за закључак по аналогији“, док је Ернст Мах (*Ernst Mach*) тврдио да „закључци по аналогији нису предмет логики, него психологије. Судска одлука донета *per analogiam* јесте једно ново право“.²⁶⁸ Због тога се приликом примене аналогије умесно може поставити питање њене оправданости и питање основа њене примене. То се може учинити и због тога што се „не може аподиктички тврдити да аналогији има места само када какво питање у позитивном праву није решено, када, дакле, постоји празнина у закону, или, пак, да аналогији има места и када законодавац, пројектујући једно правило, није том правилу дао потпун одговарајући израз, када законодавчева мисао постоји али није јасно исказана“.²⁶⁹

Проблем непоузданости аналогије доводи до постављања два важна питања: њене оправданости и њеног основа примене.

Питање *ојравданости* аналогије се решава тако што се закључак по аналогији сматра делимично дедуктивним, а делимич-

267 Р. Лукић, *Методологија њрава*, 128.

268 R. Carnap, „On Inductive Logic“, *Philosophy of Science*, vol. XII, 1945, 77; E. Mach, *Erkenntnis und Irrtum*, Leipzig 1917, 225. Нав. према: X. Келзен, *Елементи њеорије њравних норми. Изабрани њозни сјиси*, 107.

269 Р. Лукић, 128–129.

но индуктивним, при чему је аналогија поуздана у свом дедуктивном делу (када се иде од општег ка посебном) а непоуздана у свом индуктивном делу (када се иде од посебног ка општем). То значи да се одговор на питање да ли обележја која произлазе из два случаја постоје и у свим другим ситуацијама може пронаћи тек анализом друштвеног интереса који право штити прописивањем норме, на основу чега се утврђује да је друштвени интерес управо такав да треба да се примени иста правна норма. Тек када се утврди да у случају који представља правну празнину постоји исти интерес као и у случају који је правно регулисан, правна празнина може да се попуни том правном нормом. Тај интерес се открива утврђивањем тзв. законског разлога (*ratio legis*-а), што се постиже испитивањем циља постојеће норме која је слична случају који представља правну празнину.²⁷⁰

И питање *основа* за примену аналогије решава се помоћу законског разлога. Када се анализом утврди да правно регулисан случај и случај који представља правну празнину имају исти законски разлог, тада се примена односне норме проширује на други случај како би се правно заштитио и тај друштвени интерес. То се постиже тако што се правна норма поново формулише (јер се њено језичко значење исправља њеним правим значењем) и проширује (јер се односи и на случајеве који нормом нису изричито обухваћени). Али, када се утврди да односна два случаја немају исти законски разлог, аналогија не може да се примени.²⁷¹

Врсте аналогија. – Постоје две врсте аналогије: законска и правна. *Законска* аналогија (*analogia legis*) представља примену конкретне норме, а *правна* аналогија (*analogia iuris*) примену општег начела на случај који представља правну празнину. Прва представља закључивање од „посебног сличног на слично посебно“, а друга „од сличног општег на слично појединачно“.²⁷²

Правна аналогија се још може поделити на *делимичну* (*partialis*), када се норма извлачи из неколико посебних норми, и *укупну* (*totalis*), када се норма извлачи из једног или више општих правних начела која изражавају „дух“ целог права.²⁷³ Из наведене разлике произлази да законској аналогији има места када је закон нејасан, а правној када постоји празнина у закону.

270 Р. Лукић, *Увод у право*, 373–374.

271 Вид. Р. Лукић, 375–376.

272 Вид. М. Д. Туцаковић, „Проблем законске и правне аналогије“, *Бранич*, јануар-фебруар, Београд 1-2/1936.

273 Ж. Спасојевић, *Аналогија и тумачење*, 65–105.

Аналогија се у ширем смислу користи и као „један начин закључивања“ који се примењује приликом „обичног тумачења“, а не приликом попуњавања правних празнина. Она се појављује пре свега у судским одлукама, када нека општа правна норма треба да се примени на конкретан случај. У том случају, „судија неку важећу општу норму примењује на неко чињеничко стање, које додуше у општој правној норми није једнако *in abstracto* одређеном чињеничком стању, али је по мишљењу судије (њему) слично, или се – као што се каткад формулише – слаже са чињеничким стањем у примењеној правној норми. Ако међутим конкретно чињеничко стање, на основу кога судија доноси одлуку, није једнако у општој правној норми *in abstracto* одређеном чињеничком стању, општа правна норма се не може примењивати“.²⁷⁴

Примена аналогије зависи од тога колико је право систематски изграђено и развијено. У неразвијеним правима или правима која нису систематски саздана примена аналогије је често доводила до њене злоупотребе. У свим савременим правима нарочито је забрањено коришћење аналогије у кривичном праву како би се што више и боље обезбедила заштита грађанских и људских права.²⁷⁵

5.2. Разлог супротности

Појам разлога сујројности. – Разлог супротности (*argumentum a contrario*) или закључак (тумачењем) по различитости представља у *ужем смислу* друго главно средство за попуњавање правних празнина, али на начин супротан аналогији. То значи да се за све сличне случајеве које нека норма не обухвата, примењује њој супротна норма коришћењем разлога супротности.²⁷⁶ На пример, ако правна норма забрањује возњу моторним возилима стазама парка, може се закључити да та забрана не важи за возила без мотора: запрежна возила, бицикле, скејтбордове итд.; ако на главним вратима зграде стоји натпис да је улаз слободан, може се закључити да је улаз слободан само на главним, али не и на споредним вратима; ако је забрањено уводити псе у болницу, може се закључити да то не важи и за друге друге кућне љубимце; ако правна норма гласи да су пунолетни мушкарци дужни да служе војни рок, може се закључити да такву обавезу немају малолетници и особе женског пола итд.

274 Х. Келзен, *Елементи теорије правних норми. Изабрани појмови*, 105.

275 Упор. Н. Вуковић, 255–256; Г. Вукадиновић, 208–210.

276 Упор. Р. Лукић, 377–385; Н. Вуковић, 255; Г. Вукадиновић, 208.

Код разлога супротности закључивање се одвија обрнутим током од оног код аналогије: прво се утврђује да правна норма обухвата извесне случајеве, али не и случај који представља правну празнину (прва премиса); друго, утврђује се да случај који представља правну празнину није обухваћен нормом зато што је различит од случајева који су нормом обухваћени (друга премиса); и, најзад, закључује се да норма не може да се примени на случајеве које не обухвата, односно да на случај који представља правну празнину треба да се примени нека друга норма, супротна првој (правни закључак). Будући да се разлогом супротности два слична случаја сматрају различитим, то се може рећи да он представља закључивање по различитости (*a simili ad asimile*).

Поузданост и вредност разлога супротности зависе пре свега од тачности полазног става да је законски разлог скуп свих обележја једног случаја који је регулисан правном нормом, а не само појединих обележја. Будући да сва та обележја није увек могуће утврдити, разлог супротности пре може да се одреди испитивањем одговарајућих интереса који се штите нормом него самим логичким закључивањем. Исто тако, поузданост и вредност разлога супротности зависе од исправности става да случај који представља правну празнину треба попунити супротном нормом, што не мора увек да буде тачно.

Очигледно је да ни примена разлога супротности није поуздана, поготову његова упрошћена примена, јер чим се деси да законски разлог обухвата само нека обележја, може да се примени аналогија која такође није поуздана. До тога долази зато што оба логичка средства представљају дедуктивно-индуктивне закључке, који нису поуздани у свом индуктивном делу. То је навело Ханса Келзена да закључи како су аналогија и разлог супротности „потпуно безвредни“, јер „оба воде супротним резултатима и што не постоји критеријум када треба применити једно или друго“.²⁷⁷ Ипак, јасно је да се разлогом супротности примењује норма која је различита по садржини, а понекад и супротна норми која би била примењена коришћењем аналогије.²⁷⁸

Разлог супротности се у *ширем смислу* користи као „један начин закључивања“ који се примењује приликом „обичног тумачења“ (у ужем смислу), а не приликом попуњавања правних празнина (тумачења у ширем смислу), када од две опште норме једна представља изузетак. Тада се сматра да сви случајеви који

277 Х. Келзен, *Чиста теорија права*, 269.

278 Р. Лукић, 378–379.

нису обухваћени посебном нормом „потпадају под општу норму“ (нпр., извршење смртне казне не сматра се убиством), јер је реч „о тумачењу норме којим се спречава проширивање изузетака, а не о попуњавању правне празнине“.²⁷⁹

Однос аналоије и разлоја суђројноси. – Када се упореде, однос између аналоије и разлога супротности се често тако одређује као да је свеједно које ће логичко средство да буде примењено, што није тачно. Када постоји основ за примену аналоије (исти законски разлог, односно друштвени интерес), треба да се примени само аналоија. И обратно, када законски разлог није исти, јер постоји различит друштвени интерес, треба да се примени само разлог супротности.²⁸⁰ Веома је важно да се исправно изабере једно од поменутих логичких правила, јер примена аналоије или разлога супротности не производи исте правне последице за субјекте (нпр., није исто добити задовољење због ослобађања од оптужбе или бити осуђен правоснажном пресудом).

5.3. Разлог „утолико пре“

Разлог „утолико пре“ (*argumentum a fortiori*) представља логичко правило којим се закључује да обележја једног случаја у још већој мери или са још јачим разлогом постоје у другом случају. Он пре подсећа на аналоију, али се од ње разликује по томе што основ за његову примену не представља сличност два случаја, већ израженија иста обележја (важнији разлог) једног случаја (Улрих Клуг /*Ulrich Klug*).²⁸¹

Постоје *две врсте овој разлоја*. Разлогом „од мањег ка већем“ (*argumentum a minori ad maius*) закључује се да последица коју правна норма везује за нешто што је мањег интензитета важи и за истоврсну појаву већег интензитета (нпр., ако је потребна обична већина за доношење закона, може се закључити да је та већина испуњена и када је закон донет апсолутном већином гласова посланика). Разлогом „од већег ка мањем“ (*argumentum a maiori ad minus*) закључује се да субјект коме правна норма даје шира овлашћења и обавезе располаже и ужим овлашћењима и обавезама која су укључена у шира (према Улпијановој изреци: „Коме је допуштено више, допуштено му је и мање“ /*Cui maius conceditur,*

279 *Ibid.*, 379.

280 *Id.*, 381.

281 U. Klug, *Juristische Logik*, Berlin, Heilderberg, New York, 1966, 136–139, 145.

et minus concendi videtur/). На пример, ко може да гласа, може и да се уздржи од гласања; ако клијент опуномоћи свог адвоката без посебног навођења његових овлашћења, може се закључити да је адвокат овлашћен да повуче тужбу, уложи жалбу итд.).²⁸²

5.4. Разлог „ауторитета“

Разлог „ауторитета“ (*argumentum ab exemplo*), нарочито цењен у теорији аргументације почевши од Аристотелове *Ретиорике*, често се користи у праву и свакодневном животу. Он се састоји у позивању на ауторитет судске праксе или правне доктрине (нпр., у образложењима закона, судских пресуда и других аката), а у животу на узоре или добре примере родитеља, предака или поштованих јавних личности. У античко доба, Платона (Аристокле) су звали „памет *Академије*“, а Аристотела једноставно „Учитељ“.

За судску аргументацију су у старом Риму и средњем веку била важна мишљења истакнутих правника (*lex citationis* и *communis opinio doctorum*).

Данас су за судску аргументацију важне пресуде највиших судских инстанци (апелационих, касационих или уставних) које остали судови уважавају због њиховог ауторитета.

5.5. Разлог „природе ствари“

Разлог „природе ствари“ (*argumentum rerum natura*), почевши од Платоновог одређења природе и природног, представља врсту правног закључивања које се изводи из увиђања складних правилности постојања и функционисања, које су такоређи дате у самој природи објекта или односа, или, пак, из увиђања њиховог одсуства. На пример, слаб коњ за вучу који је купљен у заблуди, црвоточна столица, завртњи од слабог метала итд., по природи ствари не служе циљу због кога су купљени јер њихова „редовна употреба“ није у складу са њиховом наменом („природном употребом“, тј. „природом ствари“).

Природу ствари су истраживали европски правници који су користили метод интуиције. Његову примену су нарочито заговарали припадници феноменолошког и егзистенцијалистичког правног усмерења. Сматрали су да природа ствари постоји као нешто што је очигледно у „феномену права“. Због тога су тежи-

282 Упор. N. Visković, 255–256; Г. Вукадиновић, 210–211.

ли да „интелектуалном интуицијом“ продру до њене суштине (Едмунд Хусерл /*Edmund Husserl*/, Герхард Хусерл /*Gerhart Husserl*/, Пол Амселек /*Paul Amselek*/), или су у праву проналазили оруђе које има функцију пуког „спасавања“ (Карл Јасперс /*Karl Jaspers*/, Морис Мерло-Понти /*Maurice Merleau-Ponty*/, Мартин Хајдегер /*Martin Heidegger*/, Жан– Пол Сартр /*Jean-Paul Sartre*/).

У Немачкој је „теорија природе ствари“ (*Natur der Sache*) на-стала из праксе попуњавања правних празнина. Такође користећи метод интуиције, немачки правници су били усмерени ка истраживању „природе ствари као животном стању“ (Густав Радбрух /*Gustav Radbruch*/, Густав Фешнер /*Gustav Theodor Fechner*/, Вернер Мајхофер /*Werner Maihofer*/). Залагали су се не само за сагледавање „суштине права“ до које се долази посебним чулом – интуицијом, већ и за то да орган (нпр., суд) који случај треба да реши треба да се обрати правди или некој другој вредности увек када је позитивно право немоћно да само реши неки случај, То треба да се чини како би се ускладиле општост и апстрактност правних норми са вредношћу правде која у одлуци мора да буде индивидуална и конкретна. На основу тога се природа ствари може одредити практичније – као „скуп етичких, искуствених и прагматичких императива“ који под одређеним условима постају извор права, допуњују, усавршавају или замењују позитивне правне норме. Упркос таквом залагању, у стварности се показало да је метод интуиције непоуздан и далеко од правног искуства, јер се своди на „чисто појмовну анализу односних правних установа, што често значи враћање на спекулацију, која је давно напуштена у корист метода ближих социологији и стварном стању ствари“.²⁸³

5.6. Разлог „апсурдности“

Разлог „апсурдности“ (*argumentum ab absurdo*) или „претпоставка о разумном законодавцу“, како се другачије назива у правној теорији, налаже да се из једне „разумне правне норме“ искључе као могућа сва бесмислена значења која воде бесмисленим закључцима и последицама. На пример, било би бесмислено да уставни суд испитује уставност и законитост свих аката које доносе парламент или влада. То не само што је непотребно већ је и физички немогуће извести, дакле, апсурдно је. Уместо тога, довољно је да уставни суд има могућност да испитује уставност и законитост свих аката парламента и владе за које се основано сумња да су уставни и законити.

283 А. Кауфман, *Право и разумевање ѡрава*, Београд – Ваљево 1998, 283 и даље.

Разлог апсурдности се не односи на ситуације када је норма бесмислена у свим својим значењима, до чега долази или зато што је норма немоћна (јер се људи понашају на исти начин и без норме), или зато што се нормом од људи захтева нешто што је немогуће или непотребно извршити (када се нормом регулишу односи који нису значајни за заједницу, који су хармонични и не изазивају снажне друштвене сукобе или споља тешко могу да се контролишу /нпр., односи између заљубљених/).

Који ће од наведених разлога бити примењен зависи од врсте коришћених логичких правила, протумаченог законског разлога и правог циља који норма треба да оствари у датом случају. Ипак, њихова примена није нужна, док је примена строгих логичких правила увек нужна.²⁸⁴

5.7. Уско тумачење изузетака

Правило о уском тумачењу изузетака (*exceptiones non sunt extendende*) такође представља средство за попуњавање правних празнина. Оно значи да „норма која представља изузетак у односу на неку општу норму, мора уско да се тумачи, тј. да као њен прави смисао мора да се узме њен најужи смисао“.²⁸⁵ На пример, хендикепиране особе су изузете из похађања школске наставе физичког васпитања. То значи да норма не сме да се проширује широким (екстензивним) тумачењем (нпр., тако да све хендикепиране особе ипак морају да присуствују похађању школске наставе физичког васпитања) или аналогијом (нпр., да се усмени тестамент у рату сматра правно важећим за време мобилизације или мира, што је правно забрањено).

Поузданост и вредност овог правила зависи од тога шта се сматра изузетком. У праву се сматра да изузетак постоји када се тачно наведе такав случај. То се технички постиже нормирањем изузетка методом *шаксашивної набрајања*, под условом да се одреди да ће норма супротне садржине да се примењује само на те тачно наведене случајеве, за разлику од норме која се примењује као општа. И обратно, изузетак не постоји када се после набрајања извесних случајева (на које се таква норма примењује) изричито каже да су они наведени „примера ради“ (*exempli causa*), тј. да норма може да се примењује и на друге сличне случајеве (што се иначе постиже методом *йримеричної набрајања*). До тачног појма

284 N. Visković, 258.

285 P. Лукић, 385.

изузетка, према томе, може да се дође само строгим тумачењем норме уз примену свих важећих правила тумачења.²⁸⁶

5.8. Попуњавање правних празнина општим начелима

Правне празнине се изузетно попуњавају општим начелима уместо конкретним нормама (начелом законитости или начелима да штета треба да се надокнади, да уговори морају савесно да се извршавају итд.), јер је у њима садржан „дух“ датог права. Али, према учењу о логичкој затворености права које је посебно неговала школа егзегезе, постоје само привидне празнине. Када неки случај није изричито регулисан конкретном нормом, он је, ипак, прећутно регулисан неком другом сличном нормом, јер у праву нужно делује правно начело слободе по коме је све што изричито није забрањено слободно или барем дозвољено. Будући да према егзегетичком схватању праве правне празнине не постоје, не постоји ни потреба за њиховим попуњавањем правним начелима. Постоји само проблем процене да ли је боље да неки правни однос буде прећутно правно дозвољен или је боље да он буде правно изричито изражен у облику правног овлашћења, правне обавезе, деликта или санкције.²⁸⁷

Изгледа да је истина негде на средини. Иако је тачно да случај регулисан општим начелом не представља правну празнину, тачно је и да због апстрактности правног начела многа питања у конкретном случају остају нерешена. Она несумњиво представљају правну празнину која се попуњава као и све остале празнине у праву. Уз то, што је начело општије (нпр., када се као опште начело користи „правичност“, „револуционарни дух“, „класна свест“ итд.) већа је и правна празнина коју треба попунити. Али, и ту постоји граница – правне празнине не постоје изван оквира права који су одређени правним начелима, под условом да цивилизованост није сасвим укинута.

Такво компромисно решење не важи само за један изузетак, који води ка једино прихватљивом објашњењу и закључку – да не могу да буду сматране дозвољеним слободне радње угрожавања људи (коришћењем атомске енергије, биолошких агенса, генетским експериментима, прислушкивањем, производњом некавалитетних производа, масовним приказивањем шунда, насиља, коцке,

286 *Ibid.*, 385–387.

287 N. Visković, 261.

разврата итд.) зато што оне нису изричито правно забрањене. Разлог је веома једноставан – правом није ни потребно посебно уређивати или забрањивати оно што представља очигледно „патолошко правно понашање“. Такво схватање никакав „ресет“ не може да измени. Једноставно, подразумева се да су такве самоочигледне ствари по својој природи *ајсолути*но забрањене. Ту се накнадна правна забрана јавља као допуна природној забрани да се штеточински утиче на друштвену заједницу. Зато ту и није реч о несумњивим правним празнинама, већ пре о *квалификовању* случаја који није непосредно и изричито уређен правном нормом.

Од непосредног попуњавања правних празнина општим начелима треба разликовати случај примене правне аналогije, када се правно начело изводи из низа конкретнијих норми коришћењем правних конструкција, а затим примењује на случај који представља празнину.²⁸⁸

6. Упоредивање и исправљање језичког и правог значења

Идеално би било када би се језичко и право значење правне норме потпуно подударали. Али, то није увек случај. Зато је потребно да се на крају поступка тумачења упореди језичко значење са правим значењем норме и, кад год је могуће, право значење норме исправи њеним језичким значењем према правилима везаног тумачења.

6.1. Упоредивање језичког и правог значења норме

Резултат упоредивања језичког значења са правим значењем норме може да буде да су два значења подударна или неподударна. У случају њиховог подударања, завршава се поступак тумачења и прелази на поступак примене права. У случају њиховог неподударања, узима се да јасно језичко значење норме не треба исправљати правим значењем јер је јасно језичко значење самим тим право значење норме. Од тога постоји само један изузетак – случај омашке, када се правим значењем норме сматра значење

288 Р. Лукић, 387–388.

које није језички могуће.²⁸⁹ У свим другим случајевима када норма није језички јасна, њено језичко значење се исправља правим значењем. То правило важи и за попуњавање правних празнина.

6.2. Исправљање језичког и правог значења нормe

Начин и обим исправљања протумачене правне нормe у случају неподударана језичког са правим значењем зависи од врсте недостатка у језичком значењу нормe. Зато треба разликовати исправљање нормe са јасним значењем у случају омашке и правне празнине од исправљања бесмислене и неодређене нормe.²⁹⁰

Исправљање нормe са јасним значењем у случају омашке. – Правило је да тумач правим значењем нормe сматра само оно њено јасно значење које се односи на све случајеве на које норма треба да се примени, што значи да тумач језичко значење нормe може да исправи правим значењем само када се утврди да је оно постало такво због учињене омашке приликом стварања нормe. Због тога се каже да утврђивање омашке спада у тумачење, а њено исправљање у стварање права.

Исправљање нормe у случају ѡравне ѡразнине. – И најразвијенији системи права су непотпуни, јер је право један живи ток у сталном међудејству. Тиме се објашњава стална потреба за „исправљањем нормe“ у случају правне празнине, до чега долази када се тумачењем утврди правна празнина коју треба попунити једним од претходно наведених логичких разлога. Приликом попуњавања правне празнине се у првом делу, кретањем од права као целине ка једном његовом делу (норми или њиховом мањем скупу), открива правна празнина, а затим, у другом делу, кретањем од нормe или мањег скупа норми ка целокупном праву, прелази на ближе тумачење једне нормe или мањег скупа норми које су у вези са случајем који представља празнину. Тада се и открива право значење „непостојеће“ нормe сагласно са значењем једног дела права или целокупног права. Будући да је реч о „исправљању“ непостојећег језичког значења правим значењем, описани поступак сматра се пре „доставивањем“ или „развијањем“ права²⁹¹ него његовим допуњавањем у задатим правним оквирима.²⁹² Таква тврдња је прихватљива, јер, строго посматрано, у

289 *Ibid.*, 389.

290 *Id.*, 388–394.

291 Р. Паунд, II, 255–264.

292 Р. Лукић, 390.

случају правне празнине нема шта да се исправља пошто норма не постоји.

Исправљање бесмислене норме. – Норма је бесмислена, тј. без значења, када је противречна. Будући да постоје две врсте противречности (унутар или између норми), постоје и две врсте бесмислених норми.²⁹³

Бесмисленост због *унутрашње* противречности елемената у норми често представља резултат омашке. Таква бесмисленост норме се релативно лако исправља када се омашка утврди на несумњив начин. Када то није случај, норма не може да се исправља, сматра се непостојећом, а случај који она регулише правном празнином. С друге стране, бесмисленост због *спољашње* противречности може да се исправља. У случају када су две норме међусобно противречне, сматра се или да ниједна од њих не постоји (тј. да постоји правна празнина), или да једна норма постоји и важи, док друга, супротна, не важи (тј. укида се), или, пак, да обе норме важе (под условом да једна представља изузетак у односу на другу, општију норму). Тиме се остварује правило да право значење норме може да буде само једно од њених језичких значења, с тим што тог значења, па ни тумачења, нема код бесмислености унутар норме (изузев омашке) или између норми када се оне међусобно поништавају (због чега такође настаје правна празнина). Исправљање бесмислених норми укидањем једне или проглашавањем једне изузетком у односу на другу, пак, могуће је и спада у тумачење права.²⁹⁴

Исправљање неодређене норме. – Исправљање неодређених норми веома је често. Неодређена норма се исправља тако што се бира обим значења норме који најбоље изражава њен законски разлог (*ratio legis*).

На основу обима значења норме као мерила, разликују се три главне врсте значења и тумачења: *обично* (средње, дословно, нормално), *сужено* (рестриктивно) и *проширено* (екстензивно). Обичним тумачењем се утврђује „стандардно“ или „нормално“ значење речи којима је норма исказана, а које најбоље изражава циљ норме (нпр., кривична норма која прописује казну затвора возачу моторног возила који не укаже помоћ особи чију је повреду проузроковао може дословно да се примени). Суженим тумачењем се вишезначним речима у норми даје уско или најуже значење (нпр.,

293 Р. Паунд, II, 265.

294 Р. Лукић, 392.

када се пропише да усмени тестамент важи само када је изјављен у рату, значи да за време мобилизације или у мирнодопским условима такав тестамент не важи, тј. да мора да буде сачињен у писаном облику). Проширеним тумачењем се вишезначним речима у правној норми даје шире значење, јер се управо оно сматра најбољим за изражавање циља норме (нпр., када се каже да судови суде на основу устава, закона и других прописа, тада се у погледу израза „закон“ и „други прописи“ прибегава проширеном тумачењу).²⁹⁵

Приликом тумачења права због његове примене, правим значењем се најчешће сматра обичан, нормалан смисао норме. Али, могуће је да њен прави смисао буде узак или широк. Када је то све случај, одређује се на основу правила језичког тумачења и утврђеног „ratio legis“-а.

295 Упор. N. Visković, 259–260; Г. Вукадиновић, 211–212.

IV глава

ПРИМЕНА ПРАВА

Примена права представља понашање људи по правним нормама. Она се састоји из три елемента: *јравне норме* (опште или појединачне), *јравној субјекта* (физичког или правног лица) и *конкретној случаја* (догађаја или људске радње). Захваљујући примени права, сви елементи правног поретка сједињују се у једну целину, материјализују се правне установе, гране и области целокупног система права, што значи да се остварују најразличитији правни и други облици друштвеног живота.

Први одсек

ПОЈАМ И ПОСТУПАК ПРИМЕНЕ ПРАВА

1. Општа знања о примени права

Примена права је мање или више сложен процес који се односи на све субјекте који су дужни да примењују право, тј. да својим понашањем остварују овлашћења и обавезе одређене у норми (да појединци изврше уговор, венчају се пред надлежним органом, плате порез итд.), да доносе ниже норме на основу виших (купопродајни уговор на основу закона, решење о пензионисању на основу статута предузећа и закона итд.) или да непосредно примењују санкције (државни и друштвени органи).²⁹⁶ Понекад се примена права одвија лако, када се ради о једноставним или уобичајеним односима, тако да људи често не мисле и не знају да рутински примењују правне норме. На пример, ко размишља о томе да примењује уставну норму о слободи кретања када путује из једног места у друго. Али, постоје и тзв. „тешки случајеви“

296 N. Visković, 237–238.

(*hard cases*), када примена правних норми захтева савесну и методичну анализу, као и сложену интелектуалну и вредносну активност. У таквим случајевима се до исправне примене правних норми може доћи једино извођењем низа сазнајних и вредносних радњи заснованих на правилима логике, језика, морала, идеологије итд. За примену права врло важну улогу имају органи чији је непосредни задатак да надзиру и контролишу примену права од стране других субјеката.

1.1. Појам и врсте примене права

Када се каже *примена права*, обично се мисли на једно од три њена главна значења: практичну делатност, мисаони процес или извршење санкције.

Примена права као практична делатност. – Примена права у првом значењу и најширем смислу, као практична делатност, представља део људске и друштвене праксе која се састоји из претварања права у стварност, тј. његовог остваривања понашањем људи по правним нормама (диспозицији или санкцији). Људи то могу да чине добровољно или под принудом. На основу тога могу да се разликују две главне врсте практичне примене права: добровољна, када се људи понашају по диспозицијама, и принудна, када се људи понашају по санкцијама правних норми. У првом случају, примена се састоји само из сагласног понашања субјекта по диспозицији, а у другом из прекршаја диспозиције и примене санкције државног органа према субјекту који је прекршио диспозицију и санкцију у правној норми.²⁹⁷

Добровољна примена диспозиције представља примаран друштвени интерес (а принудна примена санкције секундаран), јер је основни циљ друштва и државе да се право врши што је могуће више добровољно, када су интереси друштва најпотпуније заштићени. Али, будући да није увек реч о потпуно добровољној примени из убеђења (*аутономној добровољној примени*), добровољном се чешће назива примена права због страха од санкције (*хетерономна добровољна примена*). Пожељно је да субјекти примењују диспозиције из убеђења, а не из страха од санкције, што обично није случај.

Поред добровољне, постоји и *принудна примена права*. Њом се остварује секундаран друштвени интерес. Примењујући санк-

297 Упор. Р. Лукић, 301–303; Г. Вукадиновић, 191–192.

цију против прекршиоца, држава и друштво покушавају да спрече кршење права, с тим што за државне органе примена санкције према прекршиоцу диспозиције представља понашање по диспозицији неке друге норме (секундарна диспозиција). Та секундарна диспозиција је тако подешена да се прекршилац и против своје воље може натерати да је изврши, за разлику од примарне диспозиције, чије извршење зависи само од његове воље.

Наведени *механизам њрактичне њримене њрава* зависи и од тога да ли је неки случај регулисан општом или појединачном нормом. Када је случај регулисан општом нормом, примена права се састоји из два дела: првог, утврђивања опште норме и стварања појединачне норме, и другог, самог понашања људи по норми. Када је случај регулисан само појединачном нормом, преостаје само други део – понашање људи по правним нормама, с тим што стварање појединачне норме у таквом случају не спада у примену, већ у стварање права.²⁹⁸

Подела на добровољну и принудну примену права омогућава *разликовање њримарне од секундарне ефикасносии и неефикасносии њравне норме*.

Примарна ефикасносии правне норме постоји када се људи понашају по диспозицијама правних норми (извршавају уговорне обавезе, возе десном страном улице, плаћају порез држави итд.). И обратно, правним радњама се могу кршити правне обавезе, чиме се изазива *њримарна неефикасносии* правних норми. Она се састоји из кршења диспозиција и санкција у правним нормама (неизвршењем уговорних обавеза, вожњом левом страном улице, неплаћањем пореза држави итд.). Такође, правним радњама се извршавају обавезе и овлашћења органа који одређују санкције, чиме се изазива *секундарна ефикасносии* правних норми. Она постоји када државни органи присиљавају субјекте да се понашају по санкцији правне норме или је извршавају уместо њих (нпр., изрицањем казни особама које нису извршиле своје уговорне обавезе, које су возиле левом уместо десном страном улице, принудном наплатом из имовине особа које нису платиле порез итд.).²⁹⁹ *Секундарна неефикасносии* правних норми, пак, постоји када надлежни државни органи не предузимају правне радње према прекршиоцу норми (не изричу казне особама које нису извршиле своје уговорне обавезе, које су возиле супротном страном улице,

298 Р. Лукић, 302.

299 N. Visković, 231–232.

које нису платиле порез итд.). У том случају, виши орган присиљава такав нижи орган да примени санкцију или сам уместо њега примењује санкцију. Тако се секундарна неефикасност претвара у нову секундарну ефикасност. И тако редом, све до сувереног државног органа кога нема ко правно да санкционише.

Примена њрава као мисаони њроцес. – Примена права у другом значењу и ужем смислу, као мисаони процес (психичка радња), представља примену опште правне норме на конкретан случај који је у њој предвиђен, независно од тога да ли је реч о утврђивању да се општа норма односи на дати конкретан случај или о извођењу појединачне правне норме за тај конкретан случај из опште норме. У првом случају реч је о закључивању на основу *њравној силоџизма*, а у другом о *конкретџизацији* и *индивидуализацији* опште норме у појединачном случају.

Примена њрава као извршење санкџија. – Примена права у трећем и најужем смислу представља само извршење санкџија. Према циљу који треба да буде постигнут, санкџије могу да буду *ресџиџиџивне*, јер имају циљ да успоставе стање које би постојало да је диспозиџија извршена (а не да обезбеде обичан повраћај у пређашње стање које је постојало пре кршења норме), или *ресџирџибџиџивне*, чији је циљ одмазда над прекршиоцем. Због тога се и каже да се правни поредак остварује, тј. да је ефикасан, јер државни органи могу субјекте да натерају да примењују право.

Треба поменути и друге врсте примене права. *Инџиџиџиџионална* примена права односи се на све правне норме, а посебно на уставне и статутарне норме којима се одређује настанак јавних и приватних установа. *Сџиџиџиџиурална* примена права односи се на правне норме којима се утврђује састав правних установа, начин њиховог функционисања и настанак нових правних установа, при чему се открива неусклађеност норми са захтевима друштвеног живота, утврђују правне празнине и припрема ново право. *Функционална* примена права, нарочито важна за постизање државних циљева, односи се на примену правних норми којима се регулишу најразличитији облици државне активности. Одређујући како ће да се одвија активност органа, држава задржава право да уређује начин обављања свих друштвених активности које се налазе под њеним надзором. Знатан део функционалне примене права односи се на решавање спорова и поништавање последица незаконитих норми којима се крши правни поредак. *Персекуџиона* примена права састоји се у одређивању санкџија за незаконите акте,

укључујући и прописе процесног права, који се односе на непосредну примену санкција и облике њиховог извршења.³⁰⁰

Посебна врста примене права постоји када се води рачуна о основним начелима изведеним из религијско-филозофских, обичајних или традицијских састојака правног систем, у чијем духу морају да се одвијају све друге врсте примене права.

1.2. Особине и услови за примену права

Наведене три главне врсте примене права нису строго одвојене, јер у пракси између њих не постоје круте границе. Оне располажу извесним заједничким особинама као што су: *универзалност*, која значи да правне норме важе на једном делу територије државе, на целој територији државе на којој треба да буду примењене у свим конкретним случајевима, или изван националних граница када је реч о наднационалним или међународним правним нормама (нпр., норме које обезбеђују сарадњу Републике Србије са Шкотланд јардом или са УНИЦЕФ-ом, посебном организацијом Уједињених нација); *униформност*, која налаже да примена правних норми буде таква да у истим конкретним случајевима изазива исте последице због начела правне сигурности и једнакости, што је нарочито важно за рад судских органа (нпр., Европски суд правде); *унификацијорност*, по којој треба да се стварају одговарајући модели примене права и стереотипи мишљења који повезују субјекте у истим ситуацијама како би се наметнули обрасци пожељног понашања (нпр., кодификована обичајна трговачка правила); и *константност*, која налаже да правна норма од свог настанка до престанка мора да буде исто примењивана, тј. да њен коначан израз, утврђен тренутком доношења, не сме да се мења (јер правила треба постојано да важе, а не да се сваки час мењају по вољи тренутних носилаца власти).³⁰¹ На тај начин се обезбеђује постојана примена права која је сагласна са претходно утврђеним изразом правне норме. Наведене особине обезбеђују да примена права буде остварена према истим начелима на целом простору државе, на постојан начин и према успостављеним обрасцима или стереотипима понашања. То се постиже истоврсном применом правних норми на исте конкретне случајеве и једнообразним понашањем свих учесника у правном саобраћају, нарочито државних органа задужених за примену санкције.

300 О. Mandić, *Sistem i interpretacija prava*, 129–131.

301 О. Mandić, 133–137.

Да би примена права била успешна, потребно је да буду обезбеђени и други одговарајући услови, као што су: *сигурносћ*, која значи да право мора да се примењује тачно као што је прописано, тако да субјекти унапред могу да рачунају са последицама свог понашања (у противном, они не би знали како тачно треба да се понашају, одустали би од понашања по правним нормама, а то би закичило остваривање права); *ефикасност*, која се састоји у коришћењу најпогоднијег прописаног начина примене како би право збиља могло да произведе жељено дејство; и *економичност*, која налаже да се право примењује најкраћим путем, штедњом времена, људске енергије и материјалних средстава.³⁰² Ту страну примене права у новије време посебно су истраживали Ричард Поснер и друге присталице Нове чикашке правне школе, тј. Школе економске анализе права (*Law and Economics Analysis*).

2. Поступак примене правне норме

Примена права представља осетљив и одговоран процес који се састоји из више различитих радњи (психичких, умних, или телесних, материјалних). Њихов циљ је да тачно одреде понашање које норма захтева у конкретном случају и изврше га. Тим циљевима је прилагођен целокупни поступак примене права. Он се састоји из припремног и главног дела.

У *припремном делу* правна норма најпре мора да буде сазната, тј. мора тачно да се утврди како она гласи. То се постиже утврђивањем њеног *ауθενитичног шекста* (текста верног оригиналу). Утврђивање аутентичног текста нормe назива се *нижа критика нормe*. Затим се прелази на утврђивање да ли норма важи, тј. да ли је заиста правно обавезна. Утврђивање важења правне нормe, тј. њене позитивности, назива се *вишом критиком нормe*. Следећи корак представља утврђивање истинитог смисла (правог значења) позитивне нормe (*тумачење нормe*). Тек после делова карактеристичних за тумачење, којима се решавају правна питања (*questio iuris*), прелази се на делове који су карактеристични само за поступак примене права, којима се решавају чињенична питања (*questio facti*).

У *главном делу* поступка примене права прво се *утврђују чињенице* описане у правној норми, чије је постојање услов за

302 Р. Лукић, *Методологија права*, 223 и даље.

примену нормe. У пракси је нарочито тешко утврдити љравну квалификацију извесних чињеница, што може да се постигне добрим правничким знањем и праксом. Правне чињенице се утврђују доказима, ређе претпоставкама, најређе фикцијама, а никад аргументима који се користе за постизање сагласности око предмета спора уверавањем. То се лако објашњава циљем права, а то је постизање материјалне уместо формалне истине. Затим се прелази на љравно закључивање коришћењем правног силогизма. Њиме се протумачена норма доводи у везу са утврђеним чињеницама, после чега се закључује да ли и како она може да се примени на конкретан случај. На крају, следи *нейосредна љримена љрава*, што се постиже извођењем правних и материјалних аката предвиђених нормом.³⁰³

2.1. Утврђивање чињеница

Решавање чињеничних питања састоји се из утврђивања која општа норма може да се примени на конкретан случај, и то на основу чињеница садржаних у претпоставци њене диспозиције. Затим се те чињенице поново прецизирају и индивидуализују утврђивањем (пре свега) да ли оне заиста постоје у стварности.

Утврђивањем чињеница данас се баве сва физичка и правна лица на мање-више слободан и неформалан начин, с тим што је већа опасност да она погрешно изаберу или примене поступке за утврђивање чињеница. Али, када то чине надлежни државни органи, они нису слободни, већ обавезни да примене све правом прописане формализоване поступке. Тиме се смањује опасност да погреше, тј. право се исправније примењује.

Сам механизам утврђивања чињеница зависи од врсте норми, тј. од тога да ли је норма општа или појединачна, због чега постоје две врсте (за опште нормe) или само једна врста (за појединачне нормe) чињеничних ситуација које се утврђују. Код општих норми, *љолазна* ситуација је одређена у претпоставци нормe, а *љолазна* у диспозицији нормe (нпр., за норму која налаже да су сви грађани дужни да плаћају порез, *љолазна* ситуација је постојање грађана који располажу имовином изнад одређеног новчаног износа, а *љолазна* одређен износ пореза који мора да се плати пореском органу). Тек када се обе чињенице утврде, тачно и јасно може да се каже како норма гласи. *љолазна* ситуација обично проистиче

303 Упор. Р. Лукић, *Увод у љраво*, 304–305; N. Visković, 238; Г. Вукадиновић, 192–193.

из полазне (нпр., ко је позајмио ствар, дужан је да је врати), као што налаже логика узрока и последице. Али, она може да настане и људском радњом независном од полазне ситуације, када веза између узрока и последице није тако видљива (нпр., ко наврши 18 година, дужан је да води рачуна о правним последицама својих поступака; ту долазна ситуација настаје из конкретног понашања субјекта, а не из стицања пунолетства). Код појединачних норми полазна ситуација се не утврђује, јер је она већ остварена, већ само долазна (нпр., Јанко је дужан да служи војску; зашто је дужан – то се не види; довољно је да се само утврди долазна ситуација: да је Јанко дужан да примени норму).

Када се правоснажно утврди постојање или непостојање односних чињеница, каже се да је утврђена *јравна истина* о чињеницама, односно правна стварност. Она не мора да се подудара са *стварном истином*, тј. са обичном стварношћу. Ипак, и таква, она је меродавна упркос могућој нетачности, јер, у противном, право не би могло да се примењује. То, међутим, не значи да право уопште не води рачуна о правој, стварносној истини. Будући да су последице неподударања правне и стварне истине тешке за субјекте који утврђују чињенице и субјекте на које се чињенице односе, право пажљиво бира и користи поступке којима се долази до правне истине, како би се она у највећој могућој мери подударила са стварном истином.³⁰⁴ Поступци којима се утврђују чињенице називају се доказима. Поред њих, користе се претпоставке и фикције. Доказима се утврђује материјална истина, претпоставкама се одређује оно што је вероватно истинито, док се фикцијама истинитим сматра нешто што је очигледно неистинито. Сва наведена правнотехничка средства имају циљ да заштите повређене интересе како би се право што тачније, брже и економичније примењивало.

Докази (evidentio iuris). Ниједна правна норма не може да се примени ако чињенице нису поткрепљене јасним и чврстим доказима. Зато је извођење доказа врло важна радња у процесу примене права, посебно када норму примењују државни органи који су дужни да активно суделују у извођењу доказа и критички их процењују. То је у праву довело до стварања посебних норми које прецизно утврђују начин извођења доказа као правно важних, познатих, утврђених или несумњивих чињеница које се као материјална средства или као људске радње користе за утврђивање постојања других правно важних чињеница и за њихово непосредно увиђање у конкретном случају.

304 Р. Лукић, *Методологија права*, 230 и даље.

Докази се деле на непосредне и посредне. *Нејосредни* или докази у ужем смислу састоје се у непосредном утврђивању чињеница или предмета који су објект, средство (*corpus delicti*) или последица деликта. *Посредни* или докази у ширем смислу састоје се из посредног утврђивања чињеница на основу њихове везе са другим чињеницама које могу непосредно да се посматрају и утврђују (признање окривљеног, исказ сведока и вештака итд.). Посредни докази се изводе или из непосредних доказа или из других чињеница које нису докази.³⁰⁵ У нашем праву доказним средствима (*media probandi*) сматрају се предмети увиђаја, обавештајни предмети, исправе, сведоци, вештаци, странке у парничном и окривљени у кривичном поступку. У пракси, доказним средством сматра се и сам увиђај, док се индиција и заклетва не сматрају доказним средствима.³⁰⁶

Приликом оцењивања доказне вредности појединих чињеница државни орган је слободан да на основу свог *слободној уверења* самостално оцени снагу доказа (доказну снагу, *nervus probationis*) и призна њихову важност и тачност. Он мора искључиво да се руководи начелом *мајеријалне* (стварне) истине о чињеницама, што значи да докази који се узимају као тачни морају бити тако несумњиви да код свих других изазову исту увереност у њихову тачност. Зато се у појединачном судском или управном акту опширно образлаже зашто се наведени докази сматрају тачним.

Некада су се државни органи руководили само начелом *формалне истине*, према коме је надлежни орган, упркос свом уверењу, био обавезан да истинитом сматра неку чињеницу чим за њу постоји одређен број доказа одређеног квалитета (нпр., више сведока од противничке стране), односно да не сматра доказаном неку чињеницу када за њу не постоји одређен број доказа одређеног квалитета. Последице примене теорије формалне истине згодно илуструје бугарска пословица: „Два лажна сведока, једно вешање.“

Правне ѡређијосћавке (*praesumptio iuris*) представљају правно важне чињенице које право сматра доказаним, у ствари, највероватније тачним у конкретном случају, све док се не докаже супротно. Оне су врста правно-техничких средстава којима се избегава доказивање извесних чињеница које су најчешће (или обично) тачно онакве како се претпоставља да јесу, а чије је доказивање компликовано или дуготрајно. Захваљујући претпоставкама, право се брже и ефикасније примењује.³⁰⁷

305 Упор. Р. Лукић, *Увод у ѡраво*, 305–306; *Теорија државе и ѡрава*, 186–187.

306 *Правна енциклопедија*, 234.

307 Г. Вукадиновић, 189.

Претпоставке се деле на обориве (*praesumptio iuris tantum*) и необориве (*praesumptio iure et de iure*). Обориве претпоставке дозвољавају да се докаже супротно (да човек није здрав, да је учинио прекршај, да није власник итд.), јер се тачним сматрају све чињенице које су у највећем броју случајева заиста тачне. Према томе се одређује страна на коју пада терет доказивања (*onus probandi*), а то је увек она страна која оспорава односну претпоставку. *Необориве* претпоставке не могу да се оспоравају, јер то право забрањује. Зато се необориве претпоставке правно узимају као потпуно тачне, макар биле и нетачне. На пример, према ранијем српском законодавству, било је забрањено доказивати да женин муж није отац детета рођеног у браку (*Pater est quem nuptiam demonstrant*).³⁰⁸ У савременим правима, а у духу начела материјалне истине, користе се само обориве претпоставке. Али, ипак, постоје изузеци, као што је случај са необоривом претпоставком да у краљеву надлежност спадају „само апсолутно добри акти“, да је римокатолички поглавар „непогрешив *ex cathedra*“ или да решење пореског органа о обавези плаћања пореза постаје извршно пре него што постане правоснажно. То значи да претпоставка о његовој законитости (правна истина) не може да се оспорава.

Фикције (*fictio iuris*) представљају правнотехничка средства којима се свесно проглашава тачним оно за шта се унапред зна да није тачно. Иако на први поглед фикције изгледају не само бесмислене него и непосредно противне праву, оне су корисно средство помоћу кога право на најлакши начин постиже извесне допуштене и пожељне циљеве (заштиту интереса зачетог а нерођеног детета; успостављење субјективитета правног лица као да је физичко лице; бољу примену права коришћењем правила да непознавање права шкоди /пошто се тачним сматра да по истеку „*vacatio legis*“ -а сви заинтересовани субјекти познају садржај права/; неометано одвијање рада у дипломатским представништвима према начелу њихове екстериторијалности /јер се сматра да су она саставни део простора државе којој припадају, а не у којој се налазе/) итд.³⁰⁹

Коришћење фикција је нарочито карактеристично за англосаксонско право у чијој се теорији и пракси често користе квалификативи „историјска“ (Лон Фулер), „правна“, „судска“ или „процедурална“ фикција (Роско Паунд).³¹⁰

308 Р. Лукић, 306–307.

309 Р. Лукић, *Теорија државе и права*, 187–188.

310 Упор. Л. Фулер, *Моралност права*, Београд 2001, 88; Р. Паунд, II, 511.

2.2. Правно закључивање

Када су решена правна и чињенична питања, започиње део који се састоји из поређења утврђених чињеница у протумаченој норми са чињеницама које су утврђене у стварности. Када се нађе да су стварне чињенице тачно оне које су у норми предвиђене као услов за њену примену, прелази се на дедуктивно извођење закључка (*љравној силољизма*), тј. на правно закључивање, по коме општа норма треба да се примени на конкретан случај.

Правни силогизам се састоји из две претпоставке и једног закључка. Прву претпоставку или тзв. „виши суд“ (*praemissa maior*) представља значење протумачене норме, другу или тзв. „нижи суд“ (*praemissa minor*), суд о постојању чињеница предвиђених у норми, а закључак (*conclusio*) да норма треба или не треба да се примени на конкретан случај. На пример, ако прва претпоставка гласи да је свако ко има приход дужан да плати порез, а друга претпоставка да Јанко има приходе који могу да се опорезују, закључком се у конкретном случају утврђује да Јанко треба да плати порез. До наведеног закључка, као што може да се примети, долази се прво утврђивањем аутентичног текста, важења (позитивности) и правог значења правне норме (прве премисе: свако ко има приход дужан је да плати порез), а затим и чињеница (друге премисе: Јанко има приходе) до којих се долази непосредним запажањем субјекта обавезе (Јанка), непосредним запажањем надлежног службеног лица (увидом у Јанков остварени годишњи приход) и извођењем доказа (проверавањем извода и потврда о уплаћеним новчаним средствима на Јанков текући рачун). Тек након тога приступа се доношењу правног закључка.

Без правног силогизма правна норма не може да се примени. Иако се ради о примени обичног силогизма, он као строго логички поступак обезбеђује тачну примену права. Када није тако, за то није криво закључивање по силогизму, већ нетачно или нејасно решена правна и чињенична питања.³¹¹

2.3. Непосредна примена и остваривање права

Свака правна норма се на крају остварује преко одговарајућег понашања односних субјеката, што значи да се непосредна примена састоји у непосредном извршавању права. Од примене, тј. извршавања права, треба разликовати остваривање права.

311 Х. Келзен, *Елементи теорије љравних норми. Изабрани љозни сјиси*, 65–83.

За примену права су задужени различити органи. Нарочито су државни органи задужени за примену права, јер је њихово стечено искуство довело до подробног и тачног одређивања најпогоднијих начина за примену санкција принудом, нарочито када су оне врло тешке (нпр., смртна казна или доживотна робија у кривичном праву).

Приликом извршавања казни државни органи су дужни да воде рачуна о људском достојанству оних према којима се санкције примењују. Нарочито је забрањено непотребно мучење и понижавање човека. Ти посебни начини за извршење санкција прописани су одговарајућим правним нормама које у развијеном праву чине делове извршних (кривичних, грађанских и других) поступака.

Од примене права треба разликовати *осићваривање љрава*, које се односи на искуствену страну права, на оно што је збиља остварено од оног што је правно прописано да буде остварено. Само остваривање права не садржи никакво ново значење. Али, оно је и те како важно, јер је за правни саобраћај важније оно што је учињено од оног што би требало да буде учињено.³¹² Остваривање права је показатељ стања датог права. Оно може да послужи за његову аргументовану научну критику.³¹³

Други одсек ПРАВНИ ОБЛИК

Право располаже својим обликом. Он је некада сматран најважнијим средством за одређивање и класификовање појава. Карактеристичан је пример Аристотеловог идеалистичког учења по коме било која промена може да се објасни помоћу четири (а не једног узрока): *мајтеријалној*, *јокрејтачкој* (ефицијентног), *формалној* (формативног) и *финалној*.³¹⁴ Аристотел је своје учење применио на све живе ствари, тј. на целу природу, укључујући и творевине људског духа као што су држава и право. Његово учење о узроцима и облику прихваћено је и коришћено у средњем веку. Оно и данас има велики утицај у правној филозофији и на-

312 Р. Паунд, III, 179–213.

313 Вид. С. Благојевић, *Право и стићварносћ*, Београд 1995.

314 Д. Митровић, *Пути љрава. Хописићка љарадиима светија и љрава у светиљу теорије хаоса и љравне теорије*, 196.

уци која се бави проблемима правног облика, јер се у правном облику и данас проналази нужно средство за претварање обичне стварности у правну. Право се, дакле, примењује и остварује захваљујући правном облику који представља најважније техничко средство у праву.³¹⁵

1. Појам правног облика

Правни облик се састоји „у одређеном чулном елементу, споља опазивом“ у који морају да се преобличе „извесне чињенице које су од значаја за право“ како би могле да „произведу правно релевантне последице“. Он одговара дубокој потреби права да обезбеди правну сигурност и предвидљивост (да се „тачно зна шта је учињено како би тачно могле да се предвиде последице које из тога наступају“).³¹⁶ То се постиже давањем правног облика обичној стварности коришћењем правних појмова, језика (терминологије), правних односа и правних радњи.³¹⁷ Као такав, правни облик постаје средство за претварање обичне стварности у правну стварност, тј. за претварање појава физичког света у појаве правног метасвета.

Правни облик има изузетан значај за право. Без њега, право не би могло да постоји, не би могло да се изрази, нити би могло да се примењује. Иако право одувек важи као формалистичко, због чега је „озлоглашено“ као такво, несумњиво је да правни облик игра толико важну улогу да га је немогуће одбацити. Чак и када су очигледне његове лоше стране, он стабилизује право и спречава претерано брзу промену прописа. Али, правни облик може да спречи субјекте да се слободно понашају и када њихове радње нису ништа другачије од оних које имају тражену правну форму. Такође, он може претерано да успори одређене радње када захтева извођење исувише сложених поступака који због тога постају неекономични и скупи.

У савременим правима углавном важи *начело слободног правног облика*, тј. слободне форме, нарочито у областима где влада аутономија воља странака (нпр., уговор може да се склопи писано, климањем главе, руковањем итд., што значи да није толи-

315 Р. Лукић, *Теорија државе и права*, 184–185.

316 Р. Лукић, 185.

317 *Ibid.*, 189–196.

ко важно како ће то да се учини колико да садржина уговора, тј. воља уговорних страна може на довољно јасан начин да се утврди како би уговор био пуноважан). То начело не важи за државне органе нити за неке врсте јавних друштвених субјеката. Уместо начела слободног правног облика, за њих важи *начело обавезне форме* (нпр., доношење закона, рад суда, закључење брака, избор декана или посланика увек се одвија према строго утврђеној процедури, тј. прописаном правном облику). На тај начин се добија формализован систем процедуралних правних норми (тзв. „формалних правних норми“ или норми о облицима правних радњи).

2. Процедуралност правног облика

За правни облик су најважније *процедуралне норме*. Њима се прописују нужни облици или поступци којих се треба придржавати да би се исправно извеле правне радње стварања и примене права.³¹⁸ Према неким савременим природноправним теоријама, као што је теорија Лона Фулера, суштина права или његова „унутрашња моралност“ почива управо на процедуралним нормама. Штавише, норме које налажу исто поступање у истим случајевима или које забрањују стварање тајних правила нису само праведне, већ чине окосницу природног права. Сличан приступ у свом учењу развио је Херберт Харт, по коме су процедуралне норме „*sui generis*“ оперативне норме помоћу којих се обављају „трансакције“ између субјеката права.

Постоји неколико врста процедуралних норми. Основном врстом се регулише поступак стварања, измене или укидања правних норми. Такве процедуралне норме се називају „норме о нормама“. Оне су садржане у делу устава којим се одређује начин његовог стварања и промене или у деловима закона којима се одређује њихово укидање или укидање других општих аката. Ипак, оне се нарочито налазе у законима о кривичном и управном поступку или грађанским поступцима (парничном, ванпарничном и извршном).

Норме о нормама, као основна врста процедуралних норми, могу да се поделе на три групе. Првом се прецизно и строго прописује који правни субјекти (посланици, министри, судије и други службеници или несљужбеници) имају искључиво право да доно-

318 D. Vrban, 397–401.

се поједине врсте општих и појединачних правних аката (од устава до судских пресуда), због чега се такве нормe називају „нормe о компетенцији“. Другу групу чине процедуралне нормe, којима се такође на строг и прецизан начин прописују врсте радњи и начини њиховог вршења приликом настајања, промене и укидања појединих врста нормативних правних аката (нормe о начину предлагања, расправи, изгласавању, промулгацији, објављивању и ступању на снагу закона и других извора права, као и нормe о образложењу пресуда и решења, јавности судског рада, сталности и независности судија, облицима правних аката, начину достављања пресуде и решења, регистрацији уговора итд.). Најзад, трећој групи припадају процедуралне нормe којима се прописује од кога, због чега, како или у којим роковима може да се захтева испитивање законитости појединих врста нормативних правних аката (нормe о тужби, жалби или другим правним средствима и лековима, омбудсману, укидању или поништавању незаконитих правних аката, правоснажности пресуда итд.).³¹⁹

Без процедуралних норми, правни облик би био незаамислив, а тиме и поредак одвијања правних норми и аката, остваривање правне сигурности, једнакости итд.

3. Злоупотреба правног облика

Не постоји само злоупотреба правног овлашћења, надлежности или права на правну заштиту, већ и злоупотреба правног облика. То је случај када се правним обликом обухвате односи који не могу да се изврше, на које право не утиче или за које је боље да буду регулисани друштвеним нормама. У том случају, „постоји само облик права, а не његова суштина, постоји, дакле, једна врста привида, фантома права, а не постоји потпуно, истинско право“.³²⁰

До злоупотребе правног облика понекад долази из незнања, понекад намерно, а најчешће из нужде. Када до тога дође из незнања, други надлежни орган је дужан да предузме потребне мере да се облик права доведе у везу са његовом суштином, јер је главни задатак државе да се стара о једнаком поштовању и примењивању права. То је најмање опасна врста злоупотребе правног облика, до

319 N. Visković, 152–156.

320 P. Лукић, 217.

које често долази зато што државни орган из лењости заобилази прописани правни облик, јер му се тај пут чини краћим и лакшим за постизање циља, а то обично није тачно. Много је опаснија злоупотреба коју државни орган чини намерно, када право свесно и плански крше они који су дужни да га штите. Ипак, до злоупотребе правног облика најчешће долази из нужности, када због брзих промена друштвених односа не може благовремено и тачно да се процени који односи треба да буду предмет правног регулисања. На пример, пре четрдесетак година британски парламент је донео закон у коме пише да су сви грађани који на својим видео-тракама пресниме неки филм или други филмски запис емитован на неком од телевизијских канала дужни да тај запис избришу најкасније двадесетог дана од дана преснимавања. Очигледно, законодавац није довољно водио рачуна о томе да ли таква законска одредба уопште може да се примени и, учинивши је немоћном, злоупотребио је законски правни облик. Такође, није помислио да видео-траке неће дуго да се користе.

Будући да злоупотреба правног облика подразумева кршење процедуралних норми, каже се да она аутоматски производи злоупотребу права. То је једна од ретких ситуација где је „формализам права“ дословно јасан, користан и пожељан. Ипак, злоупотреба права је много шири појам од злоупотребе правног облика, јер до ње долази из материјалних, а не само из процедуралних разлога (нпр., због изопачених правних садржаја или накарадног примењивања формално и материјално исправно састављеног права).

ТРЕЋИ ОДЕЉАК

ЗАКОНИТОСТ КАО ЕЛЕМЕНТ ПРАВНОГ ПОРЕТКА

Законитост представља трећи главни део правног поретка. Она обезбеђује да други елементи поретка буду што је могуће више међусобно усклађени како би право што боље могло да се примењује. Тај задатак остварује *нормативна законитост* која није ништа друго до правило или скуп правила о томе како ће право да се примењује. Она припада свету метаправних правила, јер се њом утврђује поредак одвијања правних правила и људског понашања по праву.³²¹

Поред нормативног, постоје још два значења законитости. Прво значење се односи на *политичко-правну* законитост, тј. на правну државу – владавину права.³²² Друго значење не садржи никакав нови појам законитости. Односи се на *искусвену*, емпиријску законитост која показује шта је од проглашене законитости остварено у друштвеном животу. За ову другу врсту су задужени односни државни органи када поступају *de lege lata* и правна наука када поступа *de lege ferenda*.³²³

1. Нормативна законитост

1.1. Појам, врсте и обележја нормативне законитости

Појам нормативне законитости. – Законитост у најужем смислу у означава сагласност свих односних (нормативних) ака-

321 Д. Митровић, *Начело законитости. Појам, садржина, облици*, Београд 1996, 9–15.

322 С. Wellman, J. Simons, *Is There a Duty to Obey the Law*, Cambridge University Press, 2005, 26 и даље.

323 Р. Лукић, *Уставност и законитост у Југославији*, 56.

та са законом као вишим актом. То је њено најтачније, чисто нормативно значење. У *ширем смислу*, законитост означава „да сви правни акти с мањом правном снагом јесу, односно морају бити у складу и донети на основу правних аката с већом правном снагом“. У том значењу, законитост постоји као облик тзв. „саправности“ или правне правилности која је обимом најшире нормативно правно начело. Она се односи на међусобне односе свих виших и нижих аката, а не само на односе свих нижих аката са законом као вишим нормативним правним актом. Најзад, у *најширем смислу*, законитост значи „да сви правни акти и све материјалне радње које предузимају државни органи и грађани, јесу, односно морају бити у складу законом, морају се донети, односно вршити у складу и на основу закона као највишег правног акта“. У том значењу, законитост се не односи само на нормативни већ и на фактички елемент правног поретка, јер одухвата и људске материјалне радње а не само норме у правним актима.

На исти начин се може одредити *нормативни појам уставности*. Уставност као нормативно начело у *најужем смислу* означава сагласност свих односних (нормативних) аката са уставом као највишим актом.³²⁴ У *ширем смислу*, уставност означава да сви нормативни правни акти мање правне снаге морају да буду донети на основу устава или других правних аката веће правне снаге од њих. У том смислу, уставност означава не само сагласност свих нормативних правних аката са уставом, већ и њихову међусобну сагласност. Најзад, у *најширем смислу*, уставност значи да сви правни акти и све материјалне радње уопште морају да буду сагласне са уставом.

Врше нормативне законности. – Нормативни појам законитости у најужем смислу располаже својим изведеним облицима, као што су формална и материјална, непосредна и посредна, почетна и накнадна, објективна и субјективна законитост.³²⁵

Формална законитост постоји када су акти слабије правне снаге формално сагласни са законом (нпр., статут је формално законит када га донесе надлежни орган по поступку који је претходно утврђен законом). *Материјална законитост* постоји када су акти слабије правне снаге садржински сагласни са законом (нпр., статут је материјално законит када је његова садржина у складу са садржином закона).

324 Р. Лукић, 51–56.

325 N. Visković, 181–182.

Непосредна законитост се односи само на акте који се непосредно заснивају на закону (нпр., подзаконски прописи, статuti или судијине конкретне процесне радње). И обратно, *посредно* су законити сви други акти јер не извиру непосредно из закона (нпр., правилници, пословници, одлуке или радње царињења робе на граничном прелазу).³²⁶

Постоји и *почетна* (претпостављена, констатована) законитост означава основано уверење да су од закона нижи правни акти збиља законити од тренутка свог настанка, односно примене, јер су донети и примењени на исправан начин. *Накнадна* (утврђена, конвалидирана) законитост постоји када се због промене закона посумња у законитост неког нижег акта (нпр., када се посумња у законитост уредбе, њена законитост се поново испитује).³²⁷ Такав акт поново ступа на снагу повољним окончањем поступка којим је утврђена његова законитост (стиче својство правоснажности), односно укида се у случају да буде проглашен незаконитим.

Законитост може да буде објективна (објективизована) или субјективна. Када законитост правног акта испитује неки надлежни државни орган по прописаном поступку, таква законитост се назива *објективна*, за разлику од *субјективне*, која се тиче личног уверења органа или става грађана према законитости таквог акта.³²⁸ Одлука судског или неког другог државног органа може да буде погрешна, тј. законит акт може да буде проглашен незаконитим или незаконит акт законитим. Да би се та опасност отклонила, правни прописи се стално мењају или изнова стварају по одређеним правним поступцима чији је циљ да обезбеде њихову формалну и материјалну законитост.

Постојање различитих облика нормативне законитости одређено је тиме што се законом као вишим правним актом различито одређује степен слободе у погледу форме и садржине нижих аката. Закон веома прецизно одређује садржину подзаконских прописа и судских аката, у нешто мањој мери садржину управних аката, а у најмањој мери садржину аутономних аката. Ипак, нижи правни акти не би требало овлашно, тј. сувише широко и сувише неодређено, нити сувише подробно и одређено да буду одређени законом, јер би у том случају нижи орган имао или исувише слободе, или би је имао премало. Важност нормативног начела законитости нарочито долази до изражаја у раду оних државних органа

326 Р. Лукић, 53–56.

327 *Ibid.*, 42–46, 49–51, 54–55.

328 Упор. N. Visković, 180–182; Г. Вукадиновић, 145–147, 217–221.

који непосредно примењују правне норме својим материјалним актима (као што је случај са државним органима који непосредно располажу оружаном силом). Али, и сви други субјекти морају да воде рачуна о поштовању начела законитости.³²⁹

Врсте нормативне незаконитости. – Законитости је супротна незаконитост. Она увек постоји упоредо са законитошћу, о било ком значењу законитости да је реч (нпр., у најширем смислу, када је неки нормативни или материјални правни акт супротан закону као вишем акту, због чега се акт поништава а прекршилац кажњава).

Постоји још неколико карактеристичних значења и облика незаконитости.³³⁰ *Панјуридизација* или претерано проширивање области правног регулисања састоји се у намери да се све нормира, и што треба и што не треба, као и у постојању свести према којој је правно обавезно само оно што има писани облик. Панјуридизација се препознаје по гломазном, скупом и неефикасном државном апарату и успореном правном саобраћају. *Пролиферација* или умножавање (суперпроизвођење) прописа настаје када сваки виши правни пропис ствара властиту „породицу нижих прописа“. Пролиферација је такође опасан облик незаконитости којим се у непримерено великој мери производи право које такође не може да се примени. Превелика *јравна йокрејљивост* и *йроменљивост* права такође представљају карактеристичане облике незаконитости. Право, наравно, мора да се мења, али то не треба да се чини неумерено, јер се тиме слабе његов квалитет и примена. До истих последица доводи и *йрејшерана сиецијализација*, која развија склоност ка детаљизму, извештаченом језику и стилу, недговарајућим конструкцијама и фразама, бирократском начину изражавања итд. Најзад, незаконитост има и своје уобичајене облике, који се састоје из кршења правних норми и непримењивања правних санкција. Таква незаконитост се отклања коришћењем одговарајућих правних средстава и радњи од стране надлежних државних органа у поступку примене права.

Особине нормативне законитости. – Законитост располаже извесним сталним особинама. Најпрепознатљивија је *везаност* за државу и *йраво*. То је и њена најважнија особина. Када не би било тако, законитост би се утопила у тзв. „друштвену правилност“, тј. свела на нормативну сагласност друштвених аката. Друга препо-

329 Р. Лукић, *Увод у йраво*, 292–293.

330 М. Јовичић, *Закон и законитост*, 277–278.

знатљива особина нормативне законitosti, њена универзалност, показује да сви пореци располажу некаквим обликом и степеном постојања начела законitosti, односно да „у сваком поретку постоји ‘закон’ и његово остваривање“, што поретку даје „највећу чврстину и животворност“.³³¹ Али, то не значи да у сваком поретку постоји правна држава – владавина права. Трећу особину законitosti представља њена *јединственост*, која значи да законитост важи и примењује се на целом државном простору. Али, то није апсолутно правило. Најзад, и *релативност* у погледу остваривања законitosti представља једну од њених важних особина. До тога долази због несавршености заједнице и људи, економске и социјалне неједнакости, диференцијације и стратификације, унутрашњих сукоба и поремећаја, политичких трзавица и хроничних слабости система, неадекватног дејства водећих снага у друштву, културне заосталости, јаза између елите и масе, идеолошке подвојености међу људима, слабости управљача који нису увек спремни да жртвују своје интересе због законitosti итд.³³² Наведени узроци доводе до „стандардних аберација“ законitosti, које треба разликовати од „деформација“ (безаконја и аномије) права. Док аберације могу да се исправе или ублаже, деформације не могу јер се њима разарају систем и поредак права.

Однос нормативне законитости према другим сродним начелима. – Законитост се разликује од сродних начела уставности и саправности (правне правилности), као и, евентуално, од подзаконитости и аутономности.

Често се о *уставности* и законitosti говори као о јединственом начелу *легалитетa* (легалности). То се чини због сродности и велике сличности устава и закона. Ипак, начело уставности се разликује од начела законitosti према формалним и материјалним разликама које постоје између устава и закона. Уздигнут положај начела уставности произлази пре свега из формалне надређености устава закону, па тек затим из разлика у погледу садржаја који се регулише тим актима.

У теорији се, такође, разликује законитост од *саправности* (правне правилности). Законитост представља захтев да се сви правни акти и све људске радње заснивају на закону, а саправност захтев за међусобну усклађеност свих нормативних и ма-

331 С. Врачар, „Релативно остваривање прокламованог принципа законitosti у Совјетском Савезу“, *Симпозијум о основама и облицима уставности и законитости у социјализму*, Београд 1967, 76–78.

332 *Ibid.*, 78.

теријалних правних аката независно од њихове врсте, места или правне снаге.

Понекад се помињу *подзаконитост* и *аутономност*,³³³ чије би постојање требало да истакне развијеност и сложеност савременог права. Међутим, ови појмови не доносе ништа ново правној теорији и пракси, јер подзаконитост и аутономност нису ништа друго до посебни облици испољавања посредне законитости.

1.2. Правна снага и обавезност правних аката

Правна снага представља меру утицаја (дејства) једног акта на друге акте. Она је одређена количином власти којом располаже односни државни орган као стваралац или примењивач права. Захваљујући том мерилу, „сваки акт има одређено место на хијерархијској лествици правних аката“ и располаже одређеном мером „утицаја на друге акте, као што, опет, мора да трпи одређену меру утицаја других аката на себе“.³³⁴ Акти са већом правном снагом заузимају више место на хијерархијској лествици, док они са мањом снагом заузимају ниже место и не смеју да противрече вишим актима. На пример, устав се налази на врху хијерархијске лествице правних аката. Његова највећа правна снага у садржинском смислу испољава се кроз свест о значају устава као израза опште воље, а затим и још важније, тако што се уставом утврђују основи државног и друштвеног уређења. У формалном смислу, највећа правна снага устава значи да је он основни извор овлашћења из кога сви државни органи црпу своју власт, односно да сви други правни акти морају да буду у складу са њим. Ту снагу потврђује посебан поступак по коме се устав доноси, мења и укида. И обратно, на дну хијерархијске лествице налазе се одговарајући појединачни правни акти које доносе државни и друштвени органи или грађани. Такви правни акти немају никакав утицај на друге правне акте чији утицај трпе, али они утичу на материјалне акте који су законити само када се врше на основу и у складу са тим појединачним актима. Успостављање такве строге распоређености на хијерархијској лествици правних аката омогућава праву да се ефикасно остварује. Она такође олакшава разликовање правних од моралних или неких других друштвених норми и аката.

333 М. Јовичић, 267–268.

334 Р. Лукић, 295.

Од правне снаге треба разликовати *правну обавезност* аката, јер су сви прописи подједнако обавезни за све субјекте на које се односе без обзира на своју правну снагу. Ту се питање који је акт обавезан може поставити једино у случају да се два правна акта међусобно не слажу. Али се и у таквим случајевима помоћу хијерархије правних аката може прецизно утврдити снага прописа, чиме се решава проблем њиховог сукоба (колизије) у случају примене.

1.3. Правна средства за обезбеђење законитости правних аката

Правна средства представљају изјаве воља којима односни овлашћени субјекти захтевају од надлежних органа да испитају законитост извесних правних или материјалних аката.³³⁵ Због тога сваки правни поредак предвиђа средства за испитивање законитости правних и материјалних аката барем пред једним надлежним органом, како би се законитост остваривала без озбиљнијих сметњи и застоја. У тој могућности је садржана носећа идеја *начела њрвосјейености* и *двосјейености*, па чак, изузетно, и *шросјейености* рада односних државних органа задужених за заштиту законитости. На пример, у првом степену законитост цени сам орган или субјект који дотични акт доноси или врши, у другом то чини виши надлежни орган, а, изузетно, у трећем, највиши орган (нпр., судску контролу законитости у крајњој инстанци врши врховни, касациони или савезни судски орган). Начело двостепености или тростепености једино не може да буде примењено на највише акте којима се одређују сви други акти. И у нашем праву контрола законитости представља дужност свих државних и друштвених органа, док се судска контрола спроводи успостављањем двостепеног и тростепеног система судских органа.

Будући да се контрола и заштита законитости врше на основу одлука надлежних државних органа, најбоље би било када би се сваки правни акт по службеној дужности подвргавао оцени законитости надлежног органа. То је тешко постићи, јер би то захтевало огроман државни апарат који би се бавио само тим пословима. Због тога се контрола законитости аката организује тако да се само њихов мали број подвргава обавезној контроли, што чине овлашћени државни органи (нпр., јавни тужилац по

335 *Ibid.*, 296.

службеној дужности, *ex officio*). Сви остали акти се само изузетно подвргавају испитивању законитости, тек када неки овлашћени субјект налази да постоји основана сумња да је извршена незаконитост. Он у том случају покреће поступак својом изјавом воље (*ad personam*), а не по службеној дужности.

Најважнија правна средства која се најчешће користе јесу тужба и жалба. Поред њих, постоје и право на петицију, право на уставну жалбу итд.

Када се захтев за испитивање законитости подноси неком судском органу, такво правно средство се назива *тужба*. Њу суд може да *одбаци* (због истека рока, ненадлежности итд.), *одбије* (због неоснованости) или *усвоји* (када започиње судски поступак).

Када се захтев за испитивање законитости подноси вишем судском или управном органу, такво правно средство се назива *жалба*. Њено улагање значи да је дозвољена могућност да се првостепена одлука (пресуда или решење) још једном испита пред другим, вишим судским или управним органом, што значи да се о законитости првобитног акта изјашњава још један виши орган (од органа који је донео првостепену одлуку). На пример, против одлуке нижег управног органа може да се поднесе жалба вишем управном органу због повређеног права или ћутања управе. Али, против одлуке вишег управног органа, која је донета на основу жалбе, може само да се поднесе тужба суду и на тај начин изазове његова одлука о законитости управног акта. Такав судски спор о законитости управног акта назива се *ујравнојравни спор*. Жалба може да се поднесе и против одлуке суда и захтева да још један другостепени судски орган одлучи о законитости одлуке првостепеног суда. Изузетно, у нарочито озбиљним и тачно одређеним случајевима, може да се захтева одлука трећестепеног, тј. највишег судског органа.³³⁶

Да би се спречио бескрајан низ контроле законитости, правом се утврђује граница до које та контрола може да се врши. Та граница је највиша (судска) инстанца или рок у коме може да се користи одговарајући правни лек (обично 15 дана за улагање жалбе, а осам дана за улагање приговора), после чега се сматра да је акт постао законит (правоснажан).

Правно средство је, дакле, свака радња у поступку којом се вршилац те радње супротставља одређеном процесном акту. Оно може да се употреби и против поступка, а не само против одлуке

336 Упор. Р. Лукић, 296–297; N. Visković, 222.

органа који води поступак (*иришужба*), као и против акта друге стране у поступку (*иришговор* против оптужнице).

Од правног средства треба разликовати *правну самопомоћ*, коју су старија права дозвољавала (да се поверилац намири одузимањем дела дужникове имовине, да се убиство освети крвном осветом /умиром/, да се част одбрани двобојем итд.). Савремена права забрањују правну самопомоћ, изузев у случају нужне одбране и крајње нужде. Спорно је да ли у правну самопомоћ треба убројати право грађана на побуну (устанак) или право на вођење праведног рата.³³⁷

Постоје и *правни механизми* за заштиту законитости правних аката, од којих су најважнији контрола права од стране судова, судска контрола рада управе (управни спор), уставно судство, забрана ретроактивности закона, објављивање закона и других прописа, установа заштитника грађана (омбудсмана) итд.³³⁸

1.4. Правни лекови

Правни лекови су врста правних средства којима се захтева доношење другостепене или трећестепене судске одлуке. Они имају циљ да побију првостепену или другостепену одлуку која се сматра незаконитом. Њима се предлаже да одлука буде преиначена или укинута.

Позната је подела правних лекова на *ремонсирајтивне* и *деволутивне* (први се примењују када о уложеном правном леку одлучује исти орган који је донео првостепену одлуку, а други када о уложеном правном леку одлучује виши орган); *сусиензивне* и *несусиензивне* (којима се одлаже или не одлаже извршење побијане одлуке); и *једносйране* и *двосйране* (први се примењују када надлежни орган одлучује о случају на основу једностраног саопштења /нпр., подносиоца жалбе као правног лека/, док други пружају могућност и другој страни да се изјасни о уложеном правном леку /нпр., одговор на жалбу/).³³⁹

Најпознатија је подела на редовне и ванредне правне лекове. *Редовни* правни лекови се улажу против одлука које још нису постале правоснажне, а ванредни после наступања правоснажности. Редован правни лек је жалба против првостепене пресуде и ре-

337 N. Visković, 223–224.

338 Г. Вукадиновић, 222.

339 *Ibid.*, 222–223.

шења судског или управног органа, док су (нпр.) ванредни правни лекови захтев за заштиту законитости или захтев за понављање поступка. Ванредни правни лекови су предвиђени у кривичном, грађанском, управном итд. поступку.

Жалба као редован правни лек против пресуде првостепеног судског органа изјављује се редовно у року од 15 дана, чиме се спречава да пресуда постане правоснажна у делу који се жалбом побија. Странка се може одрећи жалбе или одустати од већ изјављене жалбе. Када тако поступи, она своју одлуку више не може да опозове. Жалба треба да садржи ознаку пресуде против које се изјављује, разлог жалбе, изјаву да ли се пресуда побија у целини или делимично и потпис подносиоца жалбе. Њом се побија пресуда због битне повреде одредаба парничног поступка, због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања или због погрешне примене материјалног права. Жалба се подноси суду који је изрекао првостепену пресуду (у довољном броју примерака за суд и противничку страну). Противничка страна може дати *одговор на жалбу*. Када жалба стигне другостепеном суду, он после анализе обично одлучује о жалби без расправе или заказује расправу када је потребно да се изведу нови докази или понове већ изведени докази. Другостепени судски орган по окончању расправе може жалбу да *одбаци* (због истека рока, непотпуности или недопуштености), *одбије* (због неоснованости и потврди пресуду првостепеног суда), *укине* пресуду првостепеног суда и *одбаци тужбу, преиначи* првостепену пресуду или *достави* првостепеном суду предмет на поновно суђење.

Жалбу је могуће поднети и против судског решења на исти начин као и против судске пресуде.³⁴⁰ Али, као што је поменуто, жалбу је могуће поднети и вишем управном органу против решења првостепеног управног органа, са захтевом да се укине или преиначи управни акт због повреде неког права или ћутања управе. У том случају, виши управни орган испитује све важне околности и у другостепеном управном поступку доноси другостепено решење којим се жалба *одбацује* (због истека рока, ненадлежности и других сличних разлога), *одбија* (због неоснованости и потврђује првостепено решење управног органа) или *прихвата* (а првостепено решење управног органа преиначује или укида). У случају прихватања жалбе, другостепени управни орган може сам да донесе ново решење по жалби или да врати предмет на поновно одлучивање првостепеном управном органу.³⁴¹

340 B. Perić, 130–131.

341 N. Visković, 220–221.

Жалба је деволутиван редовни правни лек, јер по њему решава другостепени судски или управни орган. Његове одлуке по правилу имају суспензивно дејство пошто одлажу правоснажност побијене одлуке. За разлику од жалбе, *ванредни* правни лекови начелно могу да се улажу само против одлука које су постале правоснажне. Ови правни лекови нису суспензивни, а често нису ни деволутивни.

Један од најпознатијих ванредних правних лекова јесте *захтев за заштитиу законитости*. Њега може да уложи само одређени државни орган (нпр., јавни тужилац) против правоснажне судске одлуке, најчешће у року од три месеца, због битних повреда одредаба парничног поступка или због погрешне примене материјалног права. Тај лек се подноси вишем, односно највишем (врховном) суду, али његово подношење још не значи да ће самим тим нападнути правни акт бити поништен. Разлог је то што се крајња оцена законитости неког акта, заједно са проценом интереса да се такав акт поништи, налази у рукама суда а не јавног тужиоца.³⁴²

Поред захтева за заштиту законитости, користе се други ванредни правни лекови, као што су захтев за понављање поступка или захтев за ванредно преиспитивање правоснажне судске пресуде (ревизија).³⁴³

Захтев за понављање постојућег улаже се против правоснажно окончаног судског поступка у року од 30 дана суду који је донео првостепену одлуку, када су у поступку учествовали судија или поротници који су морали да буду изузети, када оштећеној страни током поступка није дата могућност да расправља пред судом, када постоје лажне изјаве сведока, када се стекну нови докази итд.

Захтев за ванредно преиспитивање правоснажне судске пресуде такође је ванредан правни лек који се улаже у року од 30 дана против правоснажне другостепене пресуде или другостепеног решења врховном (трећестепеном) суду због битних повреда одредаба парничног поступка, погрешне примене материјалног права, али не и због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања. Он не задржава извршење правоснажне другостепене пресуде, док врховни суд одлучује о ревизији без расправе. Када се против исте одлуке истовремено уложи ревизија и поднесе захтев за заштиту законитости, врховни суд доноси једну одлуку поводом оба уложена ванредна правна лека.

342 Упор. Р. Лукић, 296; N. Visković, 222; B. Perić, 127–133.

343 B. Perić, 130–131.

Наведени ванредни правни лекови често се користе у кривичном праву. Поред њих, у кривичном праву се често користи *захтев за ванредно ублажавање казне*.³⁴⁴

1.5. Заштитник грађана (омбудсман)

Заштита законитости састоји се не само у коришћењу наведених државних средстава и механизма за испитивање законитости, већ и у успостављању допунских друштвених средстава и механизма којима се грађанима омогућава да се без формалности обратe заштитнику јавног интереса грађана (омбудсману) када сматрају да су њихова права угрожена поступцима јавне власти.³⁴⁵

Двовековна установа заштитника грађана (заштитника јавног интереса, повереника, представника, комесара, правобраниоца), како се код нас све назива шведска установа омбудсмана (настала 1809. године), карактеристична је за нордијски правни систем из кога се „правном трансплантацијом“ проширила на већину савремених демократских земаља у којима је успостављен посебан орган чији је задатак да надзире рад управе и штити права грађана. То од 2005. године важи и за Републику Србију, која је положај овог органа одредила посебним Законом о Заштитнику грађана.

Првенствени задатак заштитника јавног интереса јесте да разматра притужбе на рад јавне управе и других јавних служби (електродистрибуције, железнице, полиције, затворске управе итд.), укључујући у извесној мери и рад судова, пошто се у неким земљама правно допушта његова иницијатива за покретање или обнову судског поступка. Али, омбудсман нема право на доношење одлука, што је важно истаћи, тј. нема наредбодавну власт као судови, иако има право да тражи увид у судске акте, да обрaзложено саопшти своје критичке замерке итд. Такође, он располаже законодавном иницијативом као овлашћени предлагач, чинећи у оквиру своје надлежности предлоге за доношење или измену закона, разрешавање службеника, покретање судског или дисциплинског поступка итд.,³⁴⁶ чиме се додатно спречава појава незаконитих аката и омогућава њихово санкционисање због незаконитости.

344 *Ibid.*, 129.

345 Вид. М. Јовичић, *Омбудсман. Чувар законитости и права грађана*, Београд 1969.

346 Упор. Р. Марковић, 631–635; D. Urban, 105–106.

1.6. Санкције због незаконитости правних аката

Против незаконитих аката изричу се санкције којима се они уклањају. То се постиже *ништивањем* судских и управних аката или *укидањем* правних послова, јер се сматра да незаконити судски или управни акти важе све док се не ставе ван снаге, док су незаконити правни послови од самог почетка без правних последица. На тај начин се бришу повреде правног поретка, поништавају противправне последице и спречава доношење нових незаконитих аката.³⁴⁷

Санкције према нормативним правним актима. – У случају незаконитих нормативних правних аката изричу се санкције према тим актима. Њихов циљ је повраћај у стање какво је постојало пре повреде законитости поништавањем правног акта и последица које је он произвео у правном поретку (реститутивне санкције).

У зависности од врсте незаконитости, прави се разлика између тежих и лакших повреда законитости. Теже повреде законитости санкционишу се тако што се правни акти проглашавају *ништивним*, што значи да је сваки државни орган дужан да по службеној дужности (*ex officio*) покрене поступак за њихово поништавање. Ништењем се поништавају све правне последице (од тада, *ex tunc*) и успоставља исто стање какво је постојало пре него што је незаконит акт донет (када се уговор о купопродаји прогласи ништавним, значи да се све враћа у стање које је постојало пре склапања уговора, укључујући и враћање купљене ствари, плаћене цене итд.). Одлука о поништавању акта његовим ништењем, дакле, односи се и на прошлост, а не само на будућност. Лакше повреде незаконитости санкционишу се тако што се правни акти проглашавају *рушљивим*, што значи да право оставља на вољу свим заинтересованим субјектима да траже санкционисање дотичног акта, односно да то не чине када сматрају да је за њих мање штетно да такав акт и даље важи. Дакле, у случају поништавања акта његовим рушењем, одлука важи од тренутка када је утврђена незаконитост (од сада, *ex nunc*), што значи да се акт поништава само за будућност (*et pro futuro*). Тиме се спречава да он и даље производи последице, док се признају последице произведене до одлуке о његовом рушењу. На пример, ако се купопродајни уговор поништи дејством *ex nunc*, све радње које су купац и продавац извршили до тренутка одлуке о рушењу акта сматраће се законитим.

347 Р. Лукић, 297–298.

тим. Али то неће бити случај са радњама које су купац и продавац извршили после доношења одлуке којом је купопродајни уговор проглашен рушљивим.³⁴⁸

Између ништавности и рушљивости постоје јасне разлике. Ништаван правни акт не производи никаква правна дејства, док рушљив правни акт производи правна дејства све док не буде укинут, тј. важи док не буде нападнут. Исто тако, круг лица која могу да захтевају ништавност или рушљивост није исти – ништавност правног акта могу сви да нападају, док рушљивост могу да нападају само непосредно заинтересована лица. Такође, на ништавност неког акта увек се може позвати, а на рушљивост само у одређеном року, што значи да рушљив акт постаје перфектан истеком рока за његово оспоравање. Најзад, приликом ништења акта укидају се све правне последице, док је приликом рушења могуће да неке правне последице остану. Али, у оба случаја сматра се да такви незаконити акти не постоје.³⁴⁹

Санкције према материјалним правним актима. – У случају материјалних правних аката, примењују се ретрибутивне санкције. Њихов циљ је одмазда над прекршиоцем, како би се спречило да се прекршај понови. Али, могу да се примене и реститутивне санкције. Оне се састоје у вршењу радње супротне оној из које се састоји незаконити акт. Имају имају као циљ да се успостави стање које је постојало пре извршења незаконитог материјалног акта (нпр., када се незаконит акт састоји у неплаћању дуга, санкција се састоји у супротној радњи – наплати дуга). Тиме се постиже приближно исто стање као да је дуг на време плаћен, тј. као да није било незаконитог материјалног акта. То важи и за друге незаконите радње (крађу ствари, сечење стабала итд., при чему се санкција састоји у враћању украдене ствари, поновном сађењу посечених стабала итд.). Али, ове санкције не могу увек да се примене, јер одузет живот или уништено уметничко дело не може да се поврати никаквим супротним материјалним актима. Зато се у таквим случајевима изричу новчане или неке друге санкције (којима се оштећеном барем делимично надокнађује вредност уништене ствари или које имају као циљ његово морално обештећење).³⁵⁰

348 *Ibid.*, 297.

349 В. Perić, 138–139.

350 Г. Вукадиновић, 145–147.

2. Правоснажност правних аката

У сваком правном поретку предвиђају се рокови до када мора да се оконча испитивање законитости аката. На основу тога се коначно зна да ли су такви акти законити. Исход поступка за испитивање законитости састоји се у томе што надлежни државни орган утврђује законитост акта (проглашава га законитим) или утврђује његову незаконитост (изриче санкцију против акта који је прогласио незаконитим). Због тога се за *правоснажност* каже да представља својство које општи и појединачни правни акти стичу окончањем поступка за испитивање њихове законитости. То значи да против таквих аката више не могу да се улажу редовни правни лекови.³⁵¹ Али, када се после правоснажно утврђене законитости неког акта појаве чињенице које основано изазивају сумњу у погледу његове законитости, право дозвољава да се поступак покрене коришћењем ванредних правних лекова (нпр., улагањем захтева за обнову поступка или захтева за заштиту законитости).

Правоснажност представља коначно стање правних аката у погледу њихове законитости, јер правни акти више не могу да буду поништени редовним правним леком. Још виши степен правоснажности, када је то изузетно омогућено, постоји када се потврди законитост неког правног акта окончањем другостепеног поступка покренутог улагањем ванредног правног лека (*конвалидирана, појављена правоснажност*).

Дејство правоснажности састоји се у томе што стране у спору више не могу исти спор да износе на решавање пред надлежни државни орган, али и у томе што су сви државни органи везани правоснажно пресуђеним случајем. То значи да се правоснажним актима коначно, неопозиво и једном засвагда уклања спор поводом повреде права. На пример, грађански суд не може да утврђује да лице које је претходно правоснажно осуђено за неко кривично дело није дужно да надокнади имовинску штету (у грађанскоправном смислу) коју је проузроковало извршењем кривичног дела. На тај начин се отклања могућност доношења противречних правних аката који се односе на исте спорне ситуације. Самим тим, отпада основ за ново покретање поступка за испитивање законитости нападањем правоснажности, изузев у тачно одређеним случајевима када је дозвољено коришћење ванредног правног лека.

351 Р. Лукић, 298–299.

Правоснажност се односи на све опште и појединачне правне акте. Када се ради о правоснажности општих правних аката (извора права), чешће се користи израз „ступање на снагу“ него „правоснажност“. То је данак дуготрајној пракси која је учинила да у конвенционалном смислу не постане уобичајено да се каже како је устав или закон постао правоснажан или правно обавезан, што збиља јесте уобичајено за појединачне правне акте. Али, тиме није нарушена суштина правоснажности. Она се састоји у томе што су сви акти правно обавезни за односне субјекте који морају да ускладе своје понашање са нормама у правним актима.³⁵² Када се ради о правоснажности појединачних правних аката, а правоснажност се најчешће односи на њих, ситуација је много јаснија. На пример, у кривичном поступку правоснажном се сматра она судска одлука (судски акт) која више не може да се мења редовним правним леком (жалбом), већ мора да се изврши. Таква правоснажност је релативна, јер дејствује само према једној страни. Али, правоснажност може да буде и апсолутна, када ниједна страна више не може да побија донету одлуку. У парничном поступку правоснажност такође представља својство пресуде да више не може да се побија редовним правним леком. То својство пресуда стиче истеком рока за правни лек, одрицањем од правног лека или доношењем пресуде у последњем степену.³⁵³ У управном поступку, пак, правоснажним се називају управни акти чија је законитост потврђена окончањем поступка за утврђивање њихове законитости. Али, то не значи да су сви појединачни правни акти правоснажни, већ само они који имају одређену садржину.

Главне или карактеристичне последице правоснажности састоје се у томе што утврђивањем правоснажности започиње поступак извршности. Тренутком правоснажности се такође оснажују начела *ne bis in idem* (дословно: не два пута о истој ствари) и *res iudicata* (коначно пресуђена ствар, дефинитивна одлука).³⁵⁴

Обично се сматра да од тренутка окончања поступка за утврђивање законитости правни акт постаје правоснажан, а од тренутка ступања на снагу извршан. У међувремену, правоснажност сазрева, расте, увећава снагу, све док не постане правно коначна, неопозива и неизменљива. То је разумљиво, јер акти стичу правоснажност пре извршности, после које следе материјалне правне радње. Али, догађа се да извршност правног акта, подржана ма-

352 В. Perić, 135.

353 N. Visković, 221.

354 Вид. В. Perić, 135–136.

теријалним радњама, настане пре правоснажности (нпр., решење пореског органа о обавези плаћања пореза извршно је пре него што постане правоснажно, иако грађанин има право на жалбу). Али, то још не значи да је такав правни акт збиља законит, већ само да претпоставка о његовој законитости (*јравна истина*) више не може да се оспорава.

Поменута претпоставка под одређеним условима може да се исправи (коригује) коришћењем установа помиловања, аболиције и амнестије. *Помиловање* представља акт којим се осуђено лице потпуно или делимично ослобађа извршења казне, ублажава му се осуда или се ослобађа од кривичног гоњења (*аболиција*). *Амнестија* представља акт којим се неодређеном броју лица даје ослобођење од гоњења, потпуно или делимично ослобођење од извршења казне, изречена казна замењује блажом, одређује брисање осуде или укидање њених правних последица.³⁵⁵ За сва три корективна средства се каже да представљају деривате „божанске праведности и милосрђа“, јер је најбоље оно право чија је правда зачињена милосрђем.

3. Ступање на снагу правних аката

Док правоснажност значи да акти више не могу да се поништавају због незаконитости, ступање на снагу значи да су субјекти обавезни да своје понашање ускладе са нормом од тренутка њеног ступања на снагу. Правило је да акти ступају на снагу одмах или убрзо после свог доношења. Али, поступак за утврђивање њихове законитости може да буде покренут и после њиховог доношења, што значи да у том случају акти ступају на снагу тек после утврђивања њихове правоснажности.³⁵⁶

Правило да акти ступају на снагу после свог доношења не примењује се исто када је реч о уставу, закону или подзаконским прописима.³⁵⁷

Устави по правилу ступају на снагу даном свог проглашења, што значи да се на њих не примењује институт „*vacatio legis*“. Постоје и случајеви када устав ступа на снагу тек даном објављивања у службеним новинама. Изузетно, у прелазним и завршним

355 N. Visković, 222–223.

356 P. Лукић, 299.

357 M. Јовичић, 157–180.

одредбама устава може да се утврди датум његовог ступања на снагу или у посебном уставном закону (као што је случај нпр. са чл. 206 у завршној одредби Устава Републике Србије /тзв. Митровданског устава/ из 2006. године који предвиђа такву могућност).³⁵⁸

Много већи значај има ступање на снагу закона, јер је за правне субјекте много важније да тачно знају када су закони донети и када ступају на снагу, укључујући и само правило о ступању закона на снагу. Тренутак ступања на снагу неког закона одређује се на два начина: или сам закон на крају, обично у свом последњем члану, одређује када ступа на снагу, или је његово ступање на снагу одређено на општи начин уставом или посебним законом тако да закон не мора ни да садржи такву одредбу. Важно је само да може тачно да се утврди када неки закон ступа на снагу, док је мање важно у ком се то акту чини (уставу или закону).

За тачно одређивање тренутка (дана) када закон ступа на снагу примењује се институт *vacatio legis*. Он не постоји само када закон ступи на снагу истог дана када је објављен. Дужина *vacatio legis*-а није увек иста и креће се од једног дана до више година (нпр., југословенски Кривични законик донет 27. јануара 1929. године ступио је на снагу тек 1. јануара 1931. године). У нашем праву је предвиђено да закони, прописи и општи акти ступају на снагу најраније осмог дана од дана објављивања, осим ако се из оправданих разлога утврђених приликом њиховог доношења не предвиди да ступају на снагу раније. Само изузетно, не одређује се рок за ступање на снагу закона. Тада се каже да закон ступа на снагу истог дана када је објављен, пошто *vacatio legis* уопште не постоји.

Посебан проблем за одређивање тачног тренутка ступања на снагу представља *случај аушениичној тумачења закона*, због недоумице од ког тренутка тумачење закона дејствује: од тренутка ступања на снагу закона чије се одредбе тумаче или од тренутка ступања на снагу акта о тумачењу (*интерпретативној закона*). Друго решење је прихватљивије, али под условом да се оно односи само на део закона који је промењен актом о тумачењу.

Сличан проблем са одређивањем тачног ступања на снагу закона постоји када закон садржи одредбе о повратној (ретроактивној) снази. Данас се у правној науци правило о забрани повратне снаге закона више не сматра апсолутним. Закони начелно не могу да имају повратно дејство, али, изузетно, повратно дејство

358 *Ibid.*, 158–159.

може да се прида појединим одредбама закона тек када то захтева општи интерес утврђен приликом њиховог доношења.³⁵⁹

Поступак доношења *йодзаконских йройиса* најчешће није правно регулисан. О ступању на снагу ових прописа обично се не говори, већ само о њиховом доношењу. Али и ту постоје извесне разлике. Ако подзаконске прописе доносе инокосни органи, сматра се да су они донети од тренутка њиховог потписивања. Ако подзаконске прописе доносе колегијални органи, сматра се да је пропис донет када га зборни орган усвоји, после чега се приступа његовом потписивању. Правило је да подзаконски прописи ступају на снагу даном свог објављивања, али постоје случајеви када они ступају на снагу као закони.³⁶⁰

У неким случајевима може да буде важно и када појединачни правни акти ступају на снагу. Сматра се да они ступају на снагу од тренутка свог доношења, с тим што су за сваку врсту аката разрађена посебна правила.

4. Извршност правних аката

Док ступање на снагу значи да је неки акт почео да важи, тј. да је постао саставни део позитивног права, извршност значи да су субјекти дужни да се понашају по акту од тренутка када су испуњени сви за то предвиђени услови (нпр., после изрицања правоснажне пресуде којом се грађанин осуђује на годину дана затвора наступа њена извршност). Осуда у пресуди се састоји из вршења материјалних радњи од стране надлежних државних органа чији правни опис налаже да се дотични грађанин држи годину дана у затвору због извршеног кривичног дела.³⁶¹

Тренутак када акт постаје извршан не мора увек да се подудари са његовим ступањем на снагу. Извршност такође није истоветна ни са правоснажношћу, јер не мора да наступи заједно са њом. Неки акт може да буде правоснажан а да не буде извршан, али само изузетно акт може да буде извршан а да не буде правоснажан (наплата пореза). Зато су извршни само појединачни акти који тачно предвиђају услове за своју извршност и тренутак њеног наступања (извршност у *ширем смислу*). Извршност такође

359 *Id.*, 159–178.

360 *Id.*, 178–180.

361 Р. Лукић, 299–300.

значи да је од тренутка њеног наступања односно државни орган овлашћен да примени принуду како би обезбедио да се односни субјекти понашају у складу са извршним актом (извршност у *ужем смислу*).³⁶²

За извршење појединачних правних аката постоје посебни и подробно уређени *извршни йостуици* који се разликују према врстама аката (грађанскоправним, кривичноправним, управноправним итд.). Правило је да се судски и управни акти извршавају непосредно принудом кад год је то потребно, док се правни послови извршавају посредно судским путем. На пример, када субјект неће добровољно да изврши диспозитију надлежни државни орган га присиљава да је изврши или сам чини оно што субјект неће да изврши. Због тога важи правило да се извршност може дати само оним актима који су постали правоснажни. Само у посебно хитним случајевима, као што је поменуто, извршним могу да се учине и акти који нису постали правоснажни, али под условом да се њиховим извршењем не онемогући враћање у пређашње стање уколико акт накнадно буде проглашен незаконитим. Правило је да судски акти стичу извршност тек после правоснажности, а управни акти понекад и пре тога (нпр., решење управног органа о плаћању пореза на годишњи приход грађана).

362 *Ibid.*, 300.

ЧЕТВРТИ ОДЕЉАК ВРЕДНОСНИ ЕЛЕМЕНТ ПРАВНОГ ПОРЕТКА

Друштвене и правне вредности представљају четврти главни део правног поретка. Оне испуњавају смислом и сврхом целокупно право, тј. све друге његове елементе. Помоћу њих се одређују циљеви у правном поретку. Те вредности нису пуки збир, као што је случај са простим скупом елемената, већ целина. Оне другачије не могу ни да се објасне изузев када се доведу у везу са другим појавама или њиховим састојцима. То захтева незаменљиву вредност човекове личности која је необјашњива само из искуствено датих чињеница помоћу којих се личност испољава и изражава. Уз то, изгледа да је у човеку и свим његовим творевинама стално присутно нешто из трансцендентног света из кога потиче његова неугасива тежња за довођењем искуственог света у везу са вредностима. Таква тежња постоји у свим човековим акцијама које су подстакнуте одређеним вредностима или творевинама. То је случај и са правом као типично телеолошки замишљеном и вредносно постављеном творевином људског духа.

Вредности које користи право нису истоврсне. Правни писци разликују друштвене вредности које најпотпуније остварују право (нпр., мир и ред), друштвено-правне вредности (правда, правичност, истина, слобода итд.) и чисто правне вредности (сигурност, делотворност, целисходност, законитост итд.). У овом последњем случају ради се о практично-реалистичким и правно-техничким (јасност, прецизност, потпуност и сажетост правних норми), а не о апстрактно-идеалистичким вредностима (истина, правда, сразмерност). Поред наведених, савремени правни системи и развијене правне културе подржавају сличне вредности толеранције, људског достојанства итд. Данас је појачано истраживање вредности које садржи демократија. Тим истраживањима се може објаснити исто тако појачано интересовање за слободу и једнакост,

правду и право, достојанство и толеранцију итд. као неспорне вредности. Какогод, од таквих дескрипција важнији циљ правне науке представља оцењивање правног поретка и система права са становишта њихових основних прокламованих вредности. Те вредности су увек мирољубиве. Ђаво се скрива у чињеницама.

1. Правда

Правда (*iustitia*) представља врхунску друштвену и правну вредност. Она је вредност зато што је једна врста сразмерности и склада, све до постизања хармоније, која је други назив за апсолутну правду. Поред те апсолутне, *божанске* или *природне љравде*, постоји *друшћивена љравда* са својим изведеним врстама (морална, религијска, правна), која је релативна.

Најошћивији љојам љравде је изведен из религијског одређења Бога и божанске правде, па тек затим пантеистички из обоготворене природе. Ово друго схватање је Платон у свом делу *Држава* одредио као стварање складног друштва. Много пре Платона, Хомер је у IX или VIII век пре н. е., у својим еповима *Илијада* и *Одисеја* (који су изворно написани на староседелачком пелашком језику, а знатно касније преведени на језик грчких досељеника) приказао како се спроводи правда, док су Хесиод и Солон век после Хомера говорили да је човеку немогуће да живи и дела изван правде.³⁶³ За разлику од њих, софисти су истицали релативни карактер правде. Аристотел, Платонов ученик, развио је и усавршио појам правде у толикој мери да ни данас нема шта битно да му се дода или одузме. У петој књизи *Никомахове еџике*, Аристотел је правду у вишем смислу одредио као синоним за потпуну врлину. У римском праву, пак, најпознатију одредбу дао је Улпијан изреком: „Правда је непрекидно и трајно настојање да се свакоме да његово право“ (*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*). Познате су и друге две Улпијанове одредбе правде: „Из правде, као неког извора, проистиче цело право“ (*A iustitia, quasi a quodam fonte, omnia iura emanant*) и „Нека буде правда, макар пропао свет“ (*Fiat iustitia, pereat mundus*).³⁶⁴

У средњем веку, св. Августин је истицао како је изворна само вечна правда Божје државе, док је Тома Аквински правду одређи-

363 Г. Вукадиновић, 265.

364 А. Ромас, *Minerva. Florilegium sententiarum*, Zagreb 1988, 365.

вао као општу врлину. Врхунац такве правде достиже се мило-срђем (*морална* правда, када се даје више него што се добија) или несебичношћу (*религијска* правда, када се за другог нешто чини или даје без очекивања икакве надокнаде, осим блаженства због учињеног).³⁶⁵ Често су морална и религијска правда строже од правне правде.

Неколико векова касније и надаље, Жан Боден (*Jean Bodin*) је правду сматрао једним од неколико основних делова суверености; Франсис Бејкон (*Sir Francis Bacon*) средством које обавезује да човек човеку буде Бог, а не вук; Хуго Гроцијус суштином природних права проистеклих из разума; Џон Лок (*John Locke*) својством праведног поретка, и тако све до Џона Стјуарта Мила (*John Stuart Mill*) који је правду сматрао моралним појмом одвојеним од права; Густава Радбруха (*Gustav Radbruch*) који је у правди налазио суштину идеје права; Џона Ролса који је релативизирао правду доводећи је у везу са друштвеним и политичким окружењем либерално-демократских друштава или Ханса Келзена по коме правда у праву може да постоји само као законитост. Правду су истраживали и други правни писци (Александар Кожев /*Aleksandar Kozhev*/, Роберт Нозик /*Robert Nozick*/, Сузан Молер Окин /*Susan Moller Okin* итд.).³⁶⁶

За разлику од друштвене, њравна њравда (*iustitia iuris*) представља синоним за оно што је сразмерно или једнако. Према тим мерилима се одређују два *формална* обрасца правне правде: *дистрибутивна* (*iustitia distributiva*: „свакоме сразмерно“), која је првобитна, положајна и налаже да се „неједнако поступа с неједнаким“, и *комутијативна* (*iustitia commutativa*: „свакоме једнако“), која је разменска и налаже да се „једнако поступа с једнаким“ (што је такође врста сразмерности, јер су два једнака дела такође међусобно сразмерна). У свом ужем значењу правна правда означава саобраћавање закону (*законска њравда* /*iustitia legalis*/) или решавање спора позивањем на правичносту (*судска њравда* /*iustitia iudicialis*/). Она се састоји у општости, једнакости или непристрасном вршењу закона и права. Али на питање у чему се састоји *материјална* правда, не може да се одговори никаквим сличним обрасцем. Тај проблем Келзен је објаснио на следећи начин: „Норма правде има различито значење за пацифисту и за империјалисту, за националисту и интернационалисту, за религиозног верника и за атеисту. Примитиван човек има другачију представу правде од цивилизо-

365 Р. Лукић, *Систем филозофије њрава*, Београд 1992, 218.

366 S. M. Okin, *Women in Western Political Thought*, Princeton 1979, у: Г. Вукадиновић, 267–268.

ваног човека. Немогуће је одредити норму правде на јединствен начин. Она у крајњој линији представља израз интереса појединца који неку социјалну институцију проглашава праведном или неправедном.³⁶⁷ За Келзена ту истину представља законитост, јер је „законитост правда ефикасног поретка“.³⁶⁸

Најновији покушаји да се одреди тзв. *солидарна правда* (*coniunctionem atque conspirationem veritas*) по којој од заједничких добара више треба дати слабим и сиромашним а мање јачим и богатим,³⁶⁹ нису образци материјалне правде каквим се представљају, већ Аристотелове формалне дистрибутивне правде. Од солидарне су још мање налик на правду тзв. „каритативна правда“ (*iustitia caritatis*), тј. морална дужност богатих да помажу сиромашне из милосрђа, и хипотетичка тзв. „глобална правда“ (*global veritas*), чији би стварни поседник био некакав обожени појединац а формално-легитимни уживалац некакав „глобални грађанин“.

Од произвођења нових химера правде важније је да постоје универзалне вредности које су својствене свим људским бићима. Те вредности су признате, али оне не улазе у састав каритативне и глобалне правде, које не постоје. Такође, у новије време све чешће се говори о *процедуралној*, *кривичној*, *уједнајној* итд. правди, као изведеним врстама правне правде. У ствари, ради се о конструктима и симулакрумима правде који имају за циљ да позитивном праву прибаве обележје праведног права.³⁷⁰ Све то дозвољава да се још једном запита: могу ли такве изведене врсте правне правде да постоје када су ближе техничким вредностима права него изворним вредностима правде. Право је лако назвати праведним, али је тешко учинити да оно збиља буде праведно.

Као што је наговештено, правна правда, будући врста друштвене правде, није савршена. Али то није ни право. Зато између несавршене правне правде и још несавршенијег права увек постоји мање или веће неслагање и напетост.³⁷¹ Право, дакле, никада не може да постане сама правда. Али, оно може да постане *кривда* (*iniuria, iniquitas*), супротна правди, када се право изопачено примењује. Због тога у име правде устају сви чији су интереси погажени да сруше такво неправедно право.³⁷² Имајући управо то на уму, Ци-

367 Х. Келзен, *Елементи теорије правне норме. Изабрани позни сајиси*, 122.

368 Х. Келзен, *Општа теорија права и државе*, 32.

369 N. Visković, 143; Г. Вукадиновић, 270.

370 О. Хефе, *Правда. Филозофски увод*, Нови Сад 2008, 47–50, 80–85.

371 Р. Лукић, 219–221; Т. Живановић, III, 675–679.

372 Г. Радбрух, *Филозофија права*, Београд 1980, 39 и даље.

церон (*Marcus Tullius Cicero*) је сврху права одредио као вештину праве мере при подели добара међу грађанима (*Sit ergo in iure civili finis hic legitimaе atque usitatae in rebus causisque civium aequabilitatis conservatio*). То значи да нормално право мора да садржи барем минимум правде која се у право улива преко општих правних принципа. Колики је значај правде показује и ово – ниједан суд се не зове суд права, али се многи називају судовима правде. И сами државни управљачи повремено и некако осећају да је правда изнад права.

2. Правичност

Правичност (*aequitas, iustus*) представља посебну, примењивачку правду, правду у конкретном случају који не може да се реши само на основу права. И њу је одредио Аристотел. Али, правичност је тек у римском праву доживела свој врхунац, утичући на настанак бројних правних установа (нпр., доцње, уговорне казне и других). Таква правичност је сматрана врлином законске правде. У XIX и XX веку правичност је сматрана средством за исправљање претеране строгости закона (нпр., припадници школе слободног стварања права), нарочито када је требало да се спречи механичко, незаконито или неправедно примењивање правила у конкретним случајевима. Тако се поступа и данас у правној науци и пракси, када се правичношћу назива уставно или обичајно овлашћење судија или других службених лица да еластично примењују правне норме у конкретним случајевима ради успешнијег остваривања права. Због тога се правичност одређује као корективна правда, једна врста поштења које исправља право када његов творац не може унапред да урачуна све могуће случајеве, као нека врста „правде на делу“. То поштење је увек драгоцено, али је лековито ако га испоље судије када приликом решавања спора могу да се позову на правичност (*судску правду iustitia iudicialis*) ако посумњају у ваљаност и исправност позитивног права. То важи и за друге државне и друштвене органе који не смеју да занемаре проверене вредности и људске врлине у име којих им је поверено вршење јавних послова.³⁷³

Правичност као примењивачка, конкретна правда, заснована на правди и изведена из ње, може да се одреди у природноправном

373 Б. С. Марковић, *О праведном праву*, Нови Сад 1993. и *Оглед о односима између појма правде и позицијивној правдајној права*, Београд 1995; М. Кнежевић (ур.), *О правди и правичности*, Београд 1995.

и позитивноправном смислу. Када је реч о *йравичности* у *йрироднойравном смислу*, она постоји када закон непосредно упућује на природно право у случајевима правних празнина (када не постоје правне одредбе за поједине случајеве које закон није предвидео или није могао да подведе под неку општу норму). Али, постоји и *йравичности* у *йозиийвнойравном смислу*, са својим изведеним врстама законске (нормне, материјалне) и судске (правнопримењивачке, формалне) правичности.³⁷⁴

Законска йравичности представља својство које омогућава да се правна норма примени тако што ће бити узете у обзир све особености неког случаја (нпр., код аутентичног тумачења закона). Такве норме спадају у тзв. „правично право“ (*aequum ius*), које налаже одустајање од кажњавање за ситну крађу, утају и превару из невоље итд. Упоредо са њим постоји тзв. „строго право“, које не допушта узимање у обзир особености случаја.

Судска йравичности постоји када се решавање законом обухваћених конкретних случајева врши „у духу“ права, тј. његове идеје, материје, а не према слову закона. До тога обично долази када законом нису обухваћена сва обележја конкретног случаја (случај правне празнине). Тада судска правичност омогућава судији да реши конкретан случај према правилу које сам одређује (нпр., као што је записано у члану 1, алинеја 2 старог швајцарског Грађанског законика).³⁷⁵

Законска и судска правичност обично се остварују у корист оних који трпе правну санкцију. Оне су гаранција да појединци неће бити неправедно гоњени или кажњавани. Њихов значај је толико велик да у појединим правима постоје посебни органи који суде у таквим случајевима (*судови йравичности*).³⁷⁶

Будући да су неодвојиве од заштите људских права, законска и судска правичност се доводе у везу са *йравом на йравично суђење*, које се односи на заштиту права људи у свим фазама поступка пред судским или другим државним органима. То право представља основно људско право и једно је од општеважећих начела. Садржано је у Универзалној декларацији о људским правима, Међународном пакту о грађанским и политичким правима Генералне скупштине УН, Европској конвенцији о људским правима и другим сличним међународним уговорима, па чак и у нормама међународног обичајног права. У свим документима, а посебно у члану 6 Европске конвенције о људским правима,

374 Т. Живановић, III, 679.

375 *Ibid.*, 679–680.

376 N. Visković, 141–144; Г. Вукадиновић, 271–271.

одређени су међународни стандарди везани за право на правично суђење. Њихово одређивање и разрада засновани су на идеји да када се људска права не поштују у полицијској станици, соби за саслушавање, притвору, суду или затворској ћелији, тада власт очигледно не испуњава своје обавезе.

Међународни стандарди за правично суђење могу да се поделе у две групе: на *њрава њре суђења* (право на слободу, право притвореника на информацију и контакт са спољним светом, право на адвоката пре суђења, право на извођење пред судију или други судски орган у најкраћем могућем року, право на оспоравање законитости притвора, право на суђење у разумном року или на пуштање из притвора, право на адекватно време и могућности за припрему одбране, права током саслушања, право на хуманитарне услове притвора и забрана тортуре) и *њрава на суђењу* (право на једнакост пред законом и судовима, право на суђење пред компетентним, независним, непристрасним и законом установљеним судом, право на правичну расправу, право на јавну расправу, претпоставка невиности, право да особа не буде принуђена да сведочи против себе или да призна кривицу, забрана употребе доказа изнуђених тортуром или принудом, забрана ретроактивне примене кривичних закона и двоструке угрожености */ne bis in idem/*, право на суђење без непотребног одлагања, право да се особа брани сама или уз помоћ адвоката, право особе да присуствује суђењу и жалбеном поступку, право да се позивају и испитују сведоци, право на тумача и на превод, право на жалбу). Наведени стандарди такође подразумевају да пресуде морају да буду изречене јавно, да свако коме је суђено мора да добије образложење судске одлуке, да могу да суде само судије које су учествовале у поступку, да изречене казне морају да буду индивидуалне (а не колективне), сразмерне, сагласне наведеним међународним стандардима итд.³⁷⁷

3. Слобода

Човек се рађа слободан, а свуда је у ланцима (Жан-Жак Русо). Због тога се слобода (*libertas*) сматра човековим генеричким својством, а не само основном друштвеном и правном вредношћу, као што су је одређивали Томас Хобс, Џон Лок, Имануел

377 N. Mole, C. Harby, *Право на њравично суђење. Водич за њримену члана 6 Европске конвенције о људским њравима*, 34–65.

Кант, Јохан Готлиб Фихте и други грађански мислиоци. Будући да је човек слободан по својој природи, то се поставља захтев да он збиља буде слободан. Неслободан човек као да није човек. Он није субјект права, већ пре једно биолошки саздано биће коме ништа изворно није признато, па ни правда, правичност или сигурност.³⁷⁸ Али, и када је има, човек слободу често злоупотребљава, брајајући је са самовољом. Злоупотребљавајући вредност слободе, он ограничава слободу других, али и сам постаје неслободан.³⁷⁹ Можда је због тога слобода најузвишенија људска вредност, пре свих других вредности. Једино она омогућава човеку да се самооствари, тј. да испуни своју мисију.³⁸⁰

Слобода се обично одређује као право које подразумева одговорност избора. У антици је слобода схватана као покораванье законима који оличавају неко добро. Човек је слободан само када је усмерен на „Добро“ (Платон), односно када располаже самим собом, када живи због себе, а не због другог (Аристотел). Представници грађанске мисли истицали су да је човек слободан када није спутан препрекама (Томас Хобс: „Највећа могућа слобода заснива се на ћутању закона“),³⁸¹ нити ограничењима и принудом других (Џон Лок). Таква слобода се састоји у могућности да се „чини све што се хоће, ако се никоме не чини неправда“ (Имануел Кант). Због тога они којима је слобода још увек на срцу морају да воде рачуна о другима, који такође имају једнако право на слободу, што значи да свако мора да ограничи своју слободу ако она штети другоме. У противном, нико неће моћи да буде слободан, па тиме ни поседник основних права на живот, личну слободу и власништво. Не каже се тек тако да је слобода једино добро које не може да се поседује ако се не дели са другима. Али, док једни размишљају о слободи, други размишљају о тиранији (Вилијам Вордсворт /*William Wordsworth*). На пример, Карла Маркса није интересовала људска слобода већ ко управља државом, тј. да ли држава коришћењем монопола физичке силе спроводи диктатуру пролетаријата. Њега није интересовала ни правда, већ принцип друштвене једнакости који се спроводи употребом огољеног насиља. Марксовим путем су се запутили Лењин, Троцки и друге вође, заговорници тзв. „светске

378 Вид. Д. Митровић, „Слобода, интегритет и право“, *Ревивија колајиничке школе природној љрава*, бр. 1, Београд 2023, 1–14.

379 Вид. Џ. С. Мил, *О слободи*, Београд 1999.

380 Т. Глинтић, *Правда, слобода, једнакост*, Београд 1995.

381 Т. Хобс, *Левијатан*, Београд 1960, 213, 221.

перманентне рецолуције“. Са њима и за њима су кренуле хорде еугеничара који злоупотребом данашњих технолошких новотарија, биоинжењеринга за вођење биолошких ратова против људи диљем света, свакојаким финансијским манипулацијама и смицилицама желе да потпуно духовно и физички осиромаше и поробе преживеле чланове човечанства.

Будући да се мало тога променило, то је и данас чувена реченица Жан-Жак Русоа којом је започео свој исто чувени спис *Друшћивени ујовор*. Треба је поновити због њене вредности и савремености: „Човек се рађа слободан, а свуда је у ланцима“.382 Дакле, човек се рађа слободан, а чим се роди постаје неслободан. То је неизмерно кратак тренутак одистинске слободе, због кога се можда вреди родити. То је и згодан повод за одређивање слободе као стања свести, а не стања ствари, јер од памтивека постоји само један поредак. Зове се робовласништво. А оно је смртни непријатељ људске слободе.

И само право, ма колико то наизглед било противречно, треба да уређује и остварује слободу човека.383 Та слобода, наравно, није самовоља коју право запречава и кажњава, већ је једино могућа слобода коју право штити. Право је, у ствари, „неслобода“ јер ограничава људско понашање. Али, у исправном праву такво ограничавање је оправдано, јер људи без права не би имали ни то мало слободе. Право и није ништа друго него „покушај да се с једне стране лична и колективна слобода заштити и што потпуније оствари, а истовремено, с друге, да се разумно ограничи како не би нашкодила ни човеку, ни друштву“.384

У чистом позитивноправном смислу, слобода је све оно што право не забрањује. Тиме се у духу либералистичких учења ствара један „правно отворен простор“ (*legally open space*) за акцију и предузетништво у условима слободне тржишне утакмице. На пример, у Декларацији права човека и грађанина из 1789. године записано је: „Људи се рађају и живе слободни и једнаки у правима“ (члан 1), као и да се слобода „састоји у могућности да се чини све оно што не шкоди другима: тако, вршење природних права сваког човека нема границе осим оних које обезбеђују другим члановима друштва уживање ових истих права. Ове границе могу

382 Овом славном реченицом: „L'homme est né libre, et partout il est dans les fers“, Ж.-Ж. Русо је 1762. године започео излагање у свом најпознатијем делу *Друшћивени ујовор* (*Di contract Social*). Вид. српско издање (Београд 1978).

383 Упор. N. Visković, 137–141; Г. Вукадиновић, 258–261.

384 Р. Лукић, *Систем филозофије њрава*, 221– 225 и „Појам права“, 27.

бити одређене само законом“ (члан 4).³⁸⁵ И у много касније донетој Универзалној декларацији о људским правима Уједињених нација из 1948. године, документу краћем од 1.700 речи, записано је да се „сва људска бића рађају слободна“ (члан 1), да „нико не сме бити држан у ропству или ропском односу“ (члан 4), нити сме „бити подвргнут мучењу или окрутном, нечовечном или понижавајућем поступку или кажњавању“ (члан 5), укључујући и низ других слобода које се односе на човекову личност, његов избор у области мишљења, вере, савести, рада, социјалне помоћи, културе, образовања (чл. 18, 24–27 итд.). То је случај и са савременом Повељом о основним правима Европске уније, донетом у Ници 2000. године, у којој се слобода прокламује као једно од неколико основних права.³⁸⁶ Главна идеја у свим наведеним документима садржана је у следећим Русоовим речима: „Слободан човек слуша, а не служи. Он има шефове, али нема господара. Он слуша само законе. Захваљујући законима, он се покоравља људима“.³⁸⁷

Најзад, у правнотехничком смислу, слобода се састоји у повећаној нормативној и другој самосталности субјеката права. Та самосталност сачињава суштину њихових индивидуалних и колективних права.³⁸⁸

Слободи је супротна неслобода, разузданост, самовоља, која такође доводи до друштвене анархије и људског ропства. У таквој анархичној ситуацији, више нема правила, права или привилегија: „Јаки уништавају слабе, моћни уништавају немоћне.“ У животињском свету се таква разузданост зове „закон џунгле“.³⁸⁹

4. Људско достојанство

Људско достојанство (*dignitas humana*) представља скуп човекових својстава, пре свега умних и моралних, која га издвајају од других бића. Зато се каже да је људско достојанство човекова истинска природа.

385 *Темељи модерне демократије. Избор декларација и повеља о грађанским правима (1215–1989)*, Београд 1989, 137.

386 Г. Вукадиновић, 260.

387 Ж.-Ж. Русо, *Друштвени уговор*, Београд 1974, 9, 46–47. Вид. А. S. Brett, *Liberty, Rights and Nature, Individual Rights in Later Scolastic Thought*, Cambridge University Press, 2003.

388 Вид. Р. Дворкин, *Суштина индивидуалних права*, Београд – Подгорица 2001, 297–327.

389 Р. Еперсон, *Невидљива рука. Увод у историју завере*, Београд 1999, 7.

Поред њприродној њудског достојанства,³⁹⁰ које је једнако код свих њуди, јер су сви они једнако слободна и стваралачка бића, човек располаже и *друштвеним* достојанством, које није једнако за све њуде (нпр., краљевско достојанство или достојанство универзитетског професора). Иако постоје и данас, ове разлике се све више ублажавају и изводе из личне исправности, а не из друштвеног положаја као таквог. Уосталом, ко може да буде достојанствен ако није надахнут осећајем за правду и правичност, ако није поседник слободе и корисник благодети правне сигурности и једнакости. Достојанство је врлина, а не посед. Постоји и *њравно* достојанство – као достојанство правничке професије (правних научника, носилаца правосудних функција итд.) или као сáмо регулисање њудског достојанства правним прописима. У таквом поретку њудско достојанство представља неопходну допуну правди, односно правда се допуњава достојанством, будући да њудско достојанство треба да чини основ права.³⁹¹ Због тог важног разлога сваког појединца требало би опоменути на његово достојанство Волтеровим речима: „Не заборави своје њудско достојанство“.³⁹²

Данашња демократска права, барем формално, представљају важан чинилац заштите њудског достојанства. На пример, у Повељи Уједињених нација и Универзалној декларацији о правима човека из 1948. године замишљен је свет у коме ће се поштовати достојанство сваког њудског бића. Тако и Уставни споразум Европске уније од свих основних њудских права на прво место поставља њудско достојанство, његово поштовање и заштиту. Али тиме није отклоњена опасност од повреда њудског достојанства, јер се у свим правима и даље примењује правна принуда.³⁹³

Када постоји, њудско достојанство зачињава слободу као милосрђе правду.

5. Толеранција

Уз слободу и њудско достојанство пристаје њудска толеранција (*tolerantia*). Заснива се на прихватању мишљења других и када су она у супротности с личним или владајућим званичним

390 Вид. Ернст Блох, *Природно њраво и њудско достојанство*, Београд 1977.

391 G. Dürig, „Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde“, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 2/1956, 117.

392 Волтер, *Филозофски речник*, Београд 2011, 130.

393 Г. Вукадиновић, 273.

мишљењем које се обично узима као истина, јер је танка линија између оног што је исправно или погрешно за нас и оног што је исправно или погрешно за друге, или што је уопште исправно или погрешно. Означава „попустљивост, трпељивост према туђим схватањима, без обзира што се неко са њима не слаже, нарочито у питању вере и политичких ставова“. Одређује се или као „способност да се допусти, или допуштење, или поштовање природе уверења и понашања других“.³⁹⁴ У документима УНЕСКО (UNESCO) смисао толеранције одређен је речима: „хармонија у различитостима“, док се у међународном праву све ређе користи израз „мирољубива коегзистенција“ као врста толеранције међу државама.³⁹⁵

Настала је у Европи у доба хуманизма и постојано се развијала у наредним вековима у зачуђујуће широком обиму, али готово никад мимо развоја слободоумних филозофских учења и политичких идеја. На пример, Џон Лок је у својим чувеним *Писмима о толеранцији* пажњу усредредио на верску толеранцију, а исто је поступао и Шарл Монтескје у свом делу *О духу закона*. Нешто касније, либерално учење о толеранцији систематски је изложено у делима Џона Стјуарта Мила (у спису *О слободи*), бројним радовима Имануела Канта, али и у познатом спису Бен-жамена Констана *О слободама старијих и поређењу са слободама модерних народа*. Процват доживљава у познијим либерално-демократским друштвима.

Данас се нарочита пажња посвећује тзв. „позитивној толеранцији“ („добронамерној отворености“) која почива на ширењу љубави, правичности, милосрђа, осећају за законитост итд. Када ти осећаји изостану, толеранција постаје исто што и неговање храбрости без примереног карактера и духа – једна етичка спекулација лишена искуства или активност која својим недопустивим обликом дискриминације, притиска или доминације угрожава важна и широко прихваћена правила друштвеног живота. Најновија су залагања за тзв. „нову толеранцију“, нарочито у списима неких савремених хришћанских теоретичара (Кенет Хама /*Keneth Hama*/, Глен Мекдауел /*Glen MacDowell*/). Такође, толеранција се све чешће сматра неком врстом замене за људска права која су већ Повељом Уједињених нација утемељена као паралелан, а чес-

394 Вид. одредницу о толеранцији у М. Вујаклија, *Лексикон старијих речи и израза*, као и у *American Heritage Dictionary*, 4th ed., 2000.

395 Вид. М. Бартош, *Уједињено право. Међународно јавно право*, Београд 2013.

то и као конкурентан појам грађанским правима. Али, за разлику од грађанских права, која појединцима пружају заштиту од самовоље колектива или државе, људска права су потпуно „безобална“, што се не може рећи за толеранцију. Најзад, толеранција је значајна и због тога што представља залог да ће друге друштвене и правне вредности бити лакше и потпуније остварене.³⁹⁶ Када постоји, толеранција показује да још није ишчезла разумност подржана осећајем за правду и лично поштење.³⁹⁷

Иако је данас изузетно важна друштвена вредност, толеранција није увек била руководна идеја у опхођењу према другима. На пример, људско право на самоопредељење омогућава у значајној мери некој друштвеној групи да затражи изузимање или одвајање из заједнице, чиме се ограничава право других друштвених група да у истој заједници остваре своје другачије интересе. Такве супротне намере доводе до злоупотребе толеранције, која се лако претвара у *нетолеранцију* (нетрпељивост). Волтер је поистовећује с насиљем, а Лок с прогањањем, злостављањем (свирепашћу) или уништавањем и убијањем других људи у име верских или ма којих других разлога.

Толеранција се данас погрешно изводи из економског просперитета и стандарда, уместо из васпитања и образовања људи. Од просперитета је много важније да грађани буду правно просвећени, да преовладава политичка култура и изграђена свест о вредности поштовања права. Посебно је пожељно да у демократском окружењу код грађана буде усађена свест о потреби да буду толерантни једни према другима, јер читава зграда демократије почива на толеранцији. И данас је чувена Волтерова реченица из његове исто тако чувене „Расправе о толеранцији“: „Не слажем се са тим што говориш, али ћу до смрти бранити твоје право да то слободно кажеш.“ Толеранција, дакле, дозвољава да људи различито мисле, али то што различито мисле не значи да треба различито да поступају, нарочито када заједнички донесу одлуку. Толеранција представља залог да ће друге друштвене и правне вредности бити лакше и потпуније остварене. Наравно, све то под условом да се избегне опасност од претеривања коју Фјодор Достојевски крајем XIX века наговештава следећим речима: „Толеранција ће доћи до таквог нивоа да ће интелигентним људима бити забрањено њихово мишљење, како не би увредили будале“.

396 Вид. *Толеранција – сусрет разлика*, зборник радова, Београд 2002.

397 Вид. Д. Митровић, „Диптих о људском достојанству и толеранцији“, *Журнал за криминалистику и право*, Vol. XXI, No. 1, Београд 2016, 24–40.

6. Ред

Ред (*ordo*) „сам по себи има вредност, и то једну велику вредност. Ред значи на првом месту предвидљивост и извесност“.³⁹⁸ Будући да је реч о релативној друштвеној и правној вредности, ред се остварује само у извесној мери. Али, у ма коликој мери да се остварује, ред увек представља „жељену правну вредност, јер друштво хоће ову вредност у све већој и већој мери, јер жели да се на трајан начин неометано остварује“.³⁹⁹ Због тога појединци и друштво настоје да остваре што трајнији и јасније одређен ред.

Ред постоји када се понашање значајно за опстанак друштва врши „тачно по одређеним друштвеним и посебно правним прописима, којима се одређују субјекти који их врше, начин, време вршења и сви други важни чиниоци којима се обезбеђује ред“.⁴⁰⁰ На тај начин се добија један у основи непротивречан друштвени и правни поредак у коме свако има своје „тачно одређено место“. Такав поредак додатно одржава и штити друштвени и правни ред.

Реду је супротан је *неред*. Он у праву доводи до аномије, а у друштву до анархије.⁴⁰¹

7. Мир

Мир (*pac*) као друштвена и правна вредност представља стални политичко-етички идеал људске заједнице. Правна вредност мира је истицана већ у антици, јер је само у „стању мира“ могуће постићи унутрашњу равнотежу и спокојство духа, док је тзв. „грађански мир“ могућ „само у условима складне заједнице и правилно регулисаних унутрашњих односа“.⁴⁰² Он је „пожељан амбијент“ у коме се остварују правда и поредак као „сврха људског закона“ (Томас Хобс);⁴⁰³ „главни државни и међународни циљ“ (Барух де Спиноза /*Baruch Benedictus de Spinoza*); „једини услов сазнања и деловања“ усмерен ка постизању „вечног мира“

398 Ђ. Тасић, „Правда и ред као принципи права“, *Избор расправа и чланака из теорије права*, 211–212.

399 Р. Лукић, 225–226.

400 *Ibid.*, 477.

401 Г. Вукадиновић, 257–258.

402 *Ibid.*, 256.

403 Т. Хобс, *Левијатан*, 191.

(Имануел Кант);⁴⁰⁴ „једина вредност која може бити предмет рационалног, а не идеолошког сазнања“ (Ханс Келзен);⁴⁰⁵ „циљ права... у смислу да је свака наредба, без обзира на своју садржину, миротворачка“ (Алф Рос)⁴⁰⁶ итд.

Мир свако право треба да остварује и штити.⁴⁰⁷ Чим мир није чврст, одмах настаје поремећај права – извршавање правних обавеза није више уредно и потпуно, што значи да право престаје нормално да функционише, да буде ефикасно. Када мир не би постојао у дужем периоду, дошло би до безвлашћа и анархије. Због тога се успостављање и одржавање мира, када је то нужно, постиже коришћењем правне принуде. Принуда је непожељна, али је оправдана када се њом штите друге основне друштвене и правне вредности. Она је најуспешнија када се изузетно примењује или када се уопште не примењује. Често је довољно да постоји претња применом правне принуде да би се поредак нормално остваривао.

Миру су супротни *немири* и рат. Ипак, мир „није одсутност рата. Мир је врлина, расположење, поверење, правичност и склоност ка чињењу добрих дела“ (Барух де Спиноза). Он омогућава постојање друштвене стабилности која захтева „државну, контролисану и на праву засновану принуду која је у стању да спречи индивидуална и колективна насиља која немају оправдање у праву“.⁴⁰⁸ Мир је предуслов за остваривање других вредности. Због тога се каже да су право и правда највеће добро мира.

8. Сигурност

Сигурност (*securus*) такође представља посебну друштвену и правну вредност. Људи могу да теже потпуној, апсолутној сигурности, која је недостижна вредност, али и конкретној сигурности у датом случају, која је достижна, релативна вредност. Али, како год да је одређена, сигурност представља посебну вредност зато што омогућава *предвидљивост*, ту драгоцену могућност људи да своје животе унапред сврсисходно уреде и планирају, а не да живе насумице и према неизвесној прилици.

404 Вид. О. Höffe, *Immanuel Kant. Zum ewigen Frieden*, Berlin, 1995.

405 Х. Келзен, *Општа теорија државе и права*, 71 и даље.

406 А. Рос, *Право и правда*, Београд – Подгорица 1996, 83.

407 Упор. N. Visković, 144–146; Г. Вукадиновић, 255–257.

408 Г. Вукадиновић, 257.

Полазећи од предвидљивости правних норми и извесности њихове примене као мерила, може се разликовати објективно од субјективног значења сигурности. *Објективна сигурност* значи да ће одређене последице људских радњи свакако да се остваре, тј. да ће одређени субјекти свакако да остваре своја права или да изврше своје обавезе. Она је изузетно важна за поступање државних органа (посебно судова) и органа друштвених организација, јер тада сви субјекти могу да рачунају на истоветно урачунавање њихових правних радњи, тј. на истоветан правни положај и третман.⁴⁰⁹ Зато сви иоле нормални и развијени правни пореци морају својим грађанима да гарантују правну сигурност и штите је. За разлику од објективне, *субјективна сигурност* представља уверење да ће право збиља да буде примењено, што не мора да се догоди.

Правна сигурност се односи и на другу суштинску страну права: да оно решава спорове у друштвеним односима који би без права остали нерешени (додатно изазивајући наред и осујећујући нормално развијање друштвених односа).⁴¹⁰ У том свом изведеном значењу, правна сигурност се распростире у три димензије: *временској*, која је изражена захтевом за трајност и стабилност правних прописа; *садржинској*, која је везана за садржај друштвених односа који су правно регулисани апстрактним и конкретним правним овлашћењима и обавезама; и *друштвеној*, која се односи на правно регулисање усмерено на све будуће истоврсне односе унутар заједнице.⁴¹¹

Правној сигурности је супротан њен корелат – *нравна несигурност*, која разара поредак. Између правне сигурности и несигурности налази се *нравна извесност* као редовно стање поретка у коме постоје аберације без деформација. То је разлог због кога се за сигурност каже да представља „извесност законите слободе“ (Вилхелм фон Хумболт / *Wilhelm von Humboldt*); „извор друштвеног спокојства“ (Шарл Монтескје / *Charles-Louis de Secondat Montesquieu*) или једну од три основне идеје појма права (Густав Радбрух).⁴¹² У нашој правној теорији вредност друштвене и правне сигурности нарочито су истицали Ђорђе Тасић и Радомир Лукић.⁴¹³

409 Упор. N. Visković, 147–149; Г. Вукадиновић, 261–264.

410 Р. Лукић, 479–481.

411 Е. Pusić, *Društvena regulacija*, Zagreb 1989, 208 и даље.

412 В. фон Хумболт: *Идеја за покушај одређивања границе делатности државе*, Сремски Карловци 1997, 104; Ш. Монтескје, *О духу закона*, I, Београд 1989, 81; Г. Радбрух, *Филозофија права*, Београд 1999, 99.

413 Ђ. Тасић, *Увод у правне науке*, Београд 1933, 24; Р. Лукић, *Систем филозофије права*, 479.

9. Једнакост

У класичном свету, вага (теразије), представља симбол права будући да је средство за мерење једнаког. Али, једнакост (*aequalitas*) није само симбол права. Она је тесно повезана са слободом и другим вредностима, јер само слободни људи истински могу да буду једнаки. Додуше, једнаки могу да буду и робови, али бити једнак са стварима није исто што и бити једнак у врности. Такву људску изврност омогућава управо слобода. Зато, када се каже једнакост, мисли се пре свега на друштвену једнакост слободних људи или на правну једнакост у могућности уживања слободе за коју су се залагали Русо, Фихте и други. Она значи да су људи друштвено прихваћени као једнаки, иако то нису природно (према полу, узрасту, физичкој и менталној способности итд.). У демократији, у којој су грађани субјекти овлашћења и обавеза, једнакост значи да су они формалноправно једнаки, што се посебно види када су у питању њихове једнаке обавезе према праву.

Једнакост представља и формално мерило за одређивање обрасца комутативне правде. Она је састојак законске правде и подлога правној сигурности. Често се назива релативном једнакошћу, почевши од Платона, Аристотела, Улпијана, Аквинског итд. Због тога се одређује као „*suum cuique tribuendi*“, а не као „*aequalitas*“.⁴¹⁴ Али, „упркос томе што је таква једнакост можда праведна, нико на свету неће моћи да је претвори у чињеницу“ (Оноре де Балзак /*Honoré de Balzac*/).

10. Целисходност

Правној сигурности је блиска целисходност (*intentus*). Она је чисто правна примењивачка вредност којом се ублажава крута примена права. Нужна је у раду државних и друштвених органа, а оправдана када се остварује у границама законитости. Представља средство за индивидуализују правне норме у конкретном случају. Њена важност се увећава када државни органи дискреционо поступају у конкретним случајевима. Њена важност се увећава и у свим другим случајевима када се државни и друштвени органи приликом доношења и извршавања правних одлука позивају не само на законитост већ и на своје схватање законског разлога (*ratio legis*-а).

414 Т. Живановић, II, 155; III, 677–678 и даље.

Будући да целисходност никад не сме да буде изнад законитости у позитивном праву, већ само у њеним оквирима, она је пожељна све док правотворац или овлашћени државни орган као тумачи индивидуализују право у границама законитости. На тај начин, она омогућава додатно прилагођавање права стварности. То прилагођавање је оправдано само када „одговара објективном праву“.⁴¹⁵

11. Делотворност

Делотворност (ефикасност, *efficacitas*) као чисто практична правна вредност указује на потребу сваког права да се примењује у релативно кратком времену по настанку случаја на који правна норма треба да се примени, јер право иначе остаје непримењено, док односи које оно треба да уреди остају нерегулисани. Због тога „право у првом реду мора да буде делотворно, па макар то водило и извесној несавршености“.⁴¹⁶ Тај циљ се често постиже применом принуде. У противном, у друштву би настала анархија, што је недопустиво. И не само то – без делотворности не би могла да се оствари ниједна друга друштвена и правна вредност. Не каже се тек тако да је право најделотворније када се најмање примењује принуда која је његово најпрепознатљивије средство и обележје.

12. Чисто техничко-правне вредности

Постоје и чисто техничко-правне вредности које треба да обезбеде што већу јасност, прецизност, потпуност и сажетост правних норми. То су унутрашње правне вредности које имају посредну вредност за право. Оне су резултат дугог историјског развоја права, јер настају исправним саставом права и применом одговарајућих техничко-правних процедура. Захваљујући техничко-правним вредностима, правна наука је дошла до прецизних правних појмова и терминологије, којима се обезбеђује јаснији, прецизнији, потпунији и сажетији смисао правних норми.⁴¹⁷

415 Р. Лукић, 477.

416 *Ibid.*, 471.

417 *Истио*, 483–484.

Када се упореде све приказане друштвене, мешовите и чисто правне вредности, може се запазити да су све оне у односу на правду изведене јер је правда најважнија вредност. Такође, када се исте вредности доведу у везу с правом, показује се да се често ради о присвојеним или мешовитим вредностима. Те вредности право преобличава у своје правне вредности (правну слободу, правни мир, правни ред, правно достојанство итд.). Поменута распоређеност вредности од правде наниже, одређује надмоћно место правде у односу на право. Она чини да правда даје смисао и оправдање праву и његовим изведеним вредностима. То значи да правда није равноправна с правом, нити да је право равноправно с правдом. Још мање да је правда испод права, које је увек испод правде, јер правда председава над правом као истина над заблудима и лажима.

Када се ради о чисто правним вредностима, може се запазити како су оне у праву „умањене“ у односу на друштвене и мешовите вредности правичности, једнакости, сигурности итд. Иако право располаже властитим вредностима, оне су чисто техничке. Те вредности имају за циљ да праву обезбеде исправност, законитост, делотворност итд., а не истинитост. На пример, законитошћу се обезбеђује поредак људских нормативних и материјалних аката, целисходношћу ублажава крута примена права, делотворношћу (ефикасношћу) одређује мера (степен) примене права, а ефективношћу оно што се од свега тога збиља остварује. Право на тај начин, преко техничких правних вредности, омогућава друштвеним и мешовитим вредностима да буду остварене у физичкој стварности преко понашања субјеката права.

ДРУГИ ДЕО
ПРАВНИ СИСТЕМ

I глава

СИСТЕМ ПОЗИТИВНОГ ПРАВА И ПРАВНИ СИСТЕМ

1. Системност права

Систем је скуп уређених делова, односно „од разноврсних ствари или сазнања састављена целина“.⁴¹⁸ Из наведене дефиниције могу да се извуку корисни закључци за разумевање права као система, пре свега закључци о једном његовом посебном делу – правном систему, јер оно што важи за *систем* мора да важи и за *право као систем*, као и за његов посебан *правни систем*. Тиме се долази до троструког значења појма система и схватања система права и правног система као нечег што је такође „сређених делова, али не згомилано“,⁴¹⁹ нечег што је различито али сврховито и способно да бира своја средства и циљеве.

Тако одређено право не постоји изван или мимо друштва, природе и света, већ само као њихов саставни део, као један посебан управљачки подсистем који је намењен регулисању људског понашања унутар ширег друштвеног система са којим је двоструко повезано: прво, као локални систем права са глобалним системом друштва, и друго, као глобални систем права са својим локалним правним подсистемима (системом правних норми, системом правних појмова, системом правних санкција, системом правног образовања, системом правне науке итд.).⁴²⁰

Поменуте блиске везе су навеле неке писце да устврде како „нема неке појмовне разлике између права и правног система или

418 М. Вујаклија, *Лексикон сѝраних речи и израза*, 882. Вид. Р. Орлић, „Предговор“ књизи: Д. Митровић, *Пућ љрава. Холистичка љарадиѝма свейѝа и љрава у свейѝлу ѝеорије хаоса и љравне ѝеорије*, 6–8.

419 Н. Dreisch, „Kant und das Ganze“, *Kantstudien*, Bd. 29, 366. Нав. према: Радмило Вучић, „О појму целине“, *Боѝословље*, св. I, год. II (XVII), Београд 1958, 62.

420 N. Visković, 267.

система права“.⁴²¹ Тиме је речено да су право, правни систем и систем права једно те исто. Али није тако, барем из два разлога, Прво, зато што је обим појма правног система (који је тек део нормативног елемента правног поретка који се односи само на опште норме) ужи од појма и обима система права (који обухвата све нормативне делове правног поретка, дакле, све норме и све правне акте), а затим и због тога што су појам и обим система права ужи од појма права као система (који се у свом реалистичко-позитивистичком значењу односи на све елементе правног поретка /нормативни, фактички, вредносни и законитост/). Такво изједначавање није корисно и изазива забуну: нити су правни систем и систем права исто, нити су систем права и право као систем исто. И, друго, право располаже својом идеалном и реалном егзистенцијом, док систем позитивног права располаже само својом реалном егзистенцијом. Том приликом, може се разликовати реални *ојерајивни* од чисто сазнајног или *научној* појма система права. У првом случају, реч је о позитивном систему права, док је у другом случају реч о систему правних знања која улазе у састав појма права као система. Та знања показују *систијемности* као једну од најизразитијих одлика права. Али то значи још нешто: да није могуће разликовати појам научног система права од реалистичког појма система права, јер се ради о испреплетаним појавама.⁴²² Та чињеница није спречила писце, као Ханса Келзена, да учине обратно и појам права осиромаше одређујући га као систем норми на чијем се врху налази највиша норма. Ту норму, чије важење не може да се изведе из неке више норме, Келзен назива „основном“. И обратно, све норме „чије важење може да се веже за једну исту основну норму чине један систем норми или један поредак. Та основна норма, као заједнички извор, успоставља везу између небројених норми из којих се састоји један поредак. Да нека норма припада извесном систему норми, извесном нормативном поретку, може да се утврди једино потврђивањем да она своју обавезну снагу вуче из основне норме која сачињава поредак“.⁴²³

Такав Келзенов поредак општих норми, тј. уређен скуп извора права, у правној науци се назива правни систем. То потврђује

421 J. Vanderlinden, *La pluralisme juridique – Essai de synthèse, La pluralisme juridique*, Bruxelles 1971, 38 и даље; С. Врачар, „Тезе о правном систему Југославије“, зборник радова *О правном систему СФРЈ*, Београд 1979, 7.

422 Вид. J. Raz, *The Concept of Legal System*, Oxford University Press, 1980 и *Ејшика у јавном домену*, Београд – Подгорица 2005, 259, 274–276.

423 Х. Келзен, 17–20.

правна пракса, која се првенствено бави правним системом због примене правних норми и том приликом прави јасну разлику између између њега и система права. Исто то потврђује и правна наука, која истражује право као систем због стицања нових знања о њему и јасно га разликује од појма правног система или појма система права. Правни систем је, дакле, посебан део нормативног елемента правног поретка који се односи на опште правне норме, а не синоним за систем права или право као систем. Ипак, у том Келзеновом поједностављивању има пожељних користи за план даљег излагања.

2. Појам и систематизација позитивног и научног правног система

У позитивном праву се успостављају најразличитије везе унутар и између његових елемената и делова. На тај начин се добија једна јединствена, рационално повезана и организована целина. Та целина се назива систем позитивног права. Позитивно право, дакле, није само посебна врста права, нити је само конкретно техничко регулисање односа општим и појединачним нормама. Оно исто тако представља према одређеним мерилама логички сређену и непротивречну целину чији је циљ да на постојан и предвидљив начин уреди друштвене односе. Тим сређивањем се бави правна наука која води рачуна о сложености, кохерентности, потпуности и одређености важећег система права.⁴²⁴

Поред система права, постоје и *сисџеми везани за љраво*, као што је случај са поменутиим системом правних појмова, системом правних правила, системом правних односа, системом правних санкција, системом правног образовања итд.⁴²⁵ Посебан део система права представља његов правни систем.

Када се позитивно право посматра као сређена логичка и непротивречна целина многобројних општих норми којима се уређују различите стране друштвеног живота, таква целина назива се *љравни сисџем*. Али, поред позитивног, постоји и *научни љравни сисџем* чију систематизацију врши правна наука (наро-

424 Г. Вукадиновић, 233–238.

425 N. Visković, 267.

чито њена догматика и нормативна теорија) ослоњена на правну праксу. У првом случају се ради о систематизацији позитивних извора права, а у другом о систему знања о праву као појави.

Правни систем није било каква целина, нешто згомилано, већ само према одређеним мерилима систематизована целина позитивноправних општих норми (формалних извора права,). Поред распоређивања самих правних извора (општих правних норми) према формалним и садржинским мерилима, систематизација обухвата и систематско излагање „искуства приликом стварања и примењивања појединачних норми“, јер и то утиче на успешност систематизације правног система.⁴²⁶ Захваљујући систематизацији, свако ко жели да зна како је уређен један друштвени однос, њихова врста или читава област сродних друштвених односа, може у правном систему да пронађе на једном месту сакупљене и сређене све норме које их регулишу.

Систематизација извора права у европском континенталном праву има као главни циљ да сваком заинтересованом субјекту омогући да „тачно зна како треба да се понаша“ у конкретној ситуацији.⁴²⁷ Да би се тај циљ остварио, норме не смеју да буду међусобно формално или садржински противречне, што се углавном постиже њиховим тумачењем и отклањањем противречности међу њима. Добро систематизован правни систем знатно олакшава проналажење правних норми, њихово тумачење, откривање њиховог значења, уклањање незаконитости, стварање и уобличавање правних дисциплина, развијање правне науке итд.⁴²⁸ Он олакшава посао законодавним и другим државним органима приликом доношења нових општих норми или мењања постојећих, захваљујући чему лакше може да се уочи које области друштвених односа нису регулисане општим нормама (у којима постоје правне празнине), које су недовољно регулисане или су регулисане застарелим нормама, због чега се те области потпуније уређују новим нормама.⁴²⁹ Због тога се и каже како је целокупно позитивно право у сваком иоле развијеном поретку свесно и плански изграђено као један целовит систем. То значи да су позитивни и научни правни систем међусобно неразднојно повезани.

426 Упор. Р. Лукић, *Увод у право*, 395–397; N. Visković, 267–269; Г. Вукадиновић, 226–233.

427 Р. Лукић, 395.

428 Упор. N. Visković, 268–269; Г. Вукадиновић, 228.

429 Р. Лукић, 397.

3. Предмет систематизовања и састав правног система

Будући да правни систем представља уређену целину својих елемената и делова, њихово сређивање нужно мора да започне од опште правне норме као подлоге и грађе за даљу систематизацију и класификацију. Само сакупљање и сређивање норми у ниже и више или уже и шире целине, посматрано са гледишта научне систематизације и класификације, врши се према њиховој правној снази и садржини као мерилима. Најпре се све норме претходно пореде према својој правној снази, при чему се одбацују као неважеће оне које су супротне нормама више правне снаге. То сакупљање и сређивање представља припремну радњу која спада у вишу критику правне норме. Њом се одређује које норме уопште долазе у обзир да буду систематизоване, чиме се посредно сазнаје које опште норме важе и сачињавају позитивно право.

Када се утврди које све норме важе, прелази се на њихово груписање у целине према садржини, јер је правило да се исти предмет уређује истим основним начелима. Тако се добијају различите целине, тј. групе норми, које се даље систематизују у више и шире целине. То груписање се врши „вишеструким процесом научног обрађивања права, који се најпре састоји у анализи конкретног правног материјала“ (како би се открили елементи и карактеристична обележја правних норми које представљају подлогу за њихово класификовање у веће групе), а затим се „помоћу индукције и апстракције врши синџеза, сједињавање норми у веће и више целине, уз издвајање мање општих од више општих норми“.⁴³⁰

Приликом стварања и систематизовања правног система изражен је утицај науке и њеног научног правног система. Захваљујући том драгоценом преплитању, кроз време и историју је утврђено да опште правне норме треба да представљају само подлогу или грађу за описану систематизацију. Оне, дакле, саме по себи још нису посебни елементи или делови правног система, али то постају када се разврстају, према наведеним мерилима, и групишу у правне установе и правне гране као елементе или правне области и подсистеме права као још шире делове јединственог позитивног правног система.

430 *Ibid.*, 398.

3.1. Правне установе и подустанове

Правна установа (институција /*institutio*/) представља најужу и вишеструко сложену класификациону јединицу правног система. Она је скуп норми које регулишу исту врсту друштвених односа или њихову мању групу, заснивају се на истим основним начелима и чине саставни део више целине (нпр., установа брака, својине, тестаментa, наслеђа, ауторског права, законодавца, државног службеника, универзитета, тужбе, жалбе, застарелости, одржаја). Али, нису све установе исте нити су једнаке, јер поред ужих и нижих, постоје шире и више (нпр., брак, купопродаја или издржавање су ниже и уже установе које улазе у састав шире и више установе уговора, која, опет, улази у састав још шире и више установе правног акта).⁴³¹

Постоје и „подврсте установа“ (*подустанове*),⁴³² као и њихове још уже групе (*под-подустанове*). На пример, унутар више и шире установе брака настају ниже и уже подустанове склапања брака, права и обавеза брачних другова, ништавности брака или развода брака; унутар установе својине, подустанове стицања својине, заштите власништва, облика власништва, преноса власништва, одржавања власништва итд. Сваку од наведених установа могуће је даље разлагати на још ниже и уже под-подустанове: на подустанову стицања својине, а њу на под-подустанове окупације, купопродаје, поклона, наслеђивања, одржаја итд.⁴³³ Посебну врсту чине тзв. „укрштене“ установе, које садрже један или више заједничких састојака који их спајају, тј. укрштају (нпр., установе разбојничке крађе и разбојништва располажу установом принуде као заједничким састојком).⁴³⁴

Такво систематизовање норми у установе, подустанове и под-подустанове могуће је извести (иако је оно релативно и донекле несигурно у смислу како ће се груписати норме у уже /ниже/ и шире /више/ установе), под условом да је то учињено у духу правног система, исто као што се нова реч ствара у духу система језика. Зато се каже да истраживање места које једна установа има у целокупном правном систему управо јесте оно што се зове истраживање њене „правне природе“. На пример, када се запитамо каква је правна природа купопродаје, у ствари покушавамо да

431 Упор. Р. Лукић, 397–399; N. Visković, 269–270; Г. Вукадиновић, 238–239.

432 N. Visković, 269.

433 *Ibid.*

434 Т. Живановић, III, 95–97.

одредимо место које купопродаја заузима у правном систему, тј. да ли она као посебна врста уговора спада у ширу установу уговора или представља посебну установу. Према одговору на то питање може се у правном систему одредити место купопродаје као посебне врсте правног посла, што значи да на купопродају могу да се примењују и оне опште правне норме које се непосредно не односе на њу, већ на ширу установу уговора.⁴³⁵ Исто важи и за правну установу брака, иако је готово невероватно како у већини западних земаља захтеви за пуноважан брак или за развод једнако важе за целокупну популацију, али различито утичу на православне, римокатолике, калвинисте, муслимане, хиндусе итд.

3.2. Правне гране и подгране

Груписањем и сређивањем установа по сродности образују се правне гране које представљају ширу класификациону целину. Оне се састоје из скупа више установа које регулишу читав низ сродних врста друштвених односа, односно њихову исту област према истим начелима.

Већ је у римском праву развијена подела правног система на различите правне гране. Посебно је у грађанском праву изведена једна мање-више стабилна и општеприхваћена подела права на гране. То је учињено према областима друштвених односа које су традиционално регулисане правом, иако таква подела никад није постала потпуна јер правне гране никад није било могуће строго одвојити. Оне се одувек мешају и преплићу једна са другом, што изазива спорове поводом одређивања граница њиховог распрострања.

И правне гране могу да се разврстају на уже (мање или ниже) и шире (веће или више), јер унутар сваке постоје *подгране* *права* које регулишу најсродније врсте правних установа. На пример, гране грађанског и судског права састоје се барем из три-четири подгране.⁴³⁶ Када у једној подграни нарасте број правних норми сређених у правне установе (подустанове и под-подустанове), таква подграна се издваја из матичне правне гране и образује нову самосталну правну грану. На пример, садашње наследно, породично, трговачко, стамбено, ауторско или стварно право настали су издвајањем из старе разгранате гране грађанског права, што важи и за грађански,

435 Р. Лукић, 398–399.

436 N. Visković, 271.

кривични и управно-судски поступак, који су се такође издвојили у засебне правне гране из старе гране судског права.

Главне гране права су: уставно, управно, кривично, радно, грађанско, породично, пословно, међународно привредно, међународно приватно, облигационо, наследно, кривично и грађанско процесно право, ауторско право и право индустријске својине, право заштите животне средине итд.⁴³⁷ Оне представљају предмет изучавања бројних позитивноправних дисциплина. Њихов број није коначан, јер развој друштвеног живота доводи до постепеног образовања нових правних грана из подграна права.

3.3. Правне области и подобласти

Правна област представља још ширу класификациону целину. Њу сачињава скуп више сродних правних грана.

Будући да у сваком иоле развијеном праву постоји више скупова сродних правних грана, постоји и више правних области. Уобичајена је њихова подела на области јавног и приватног, мађународног и унутрашњег, формалног и материјалног права, о којима је било речи.

Правне области могу такође да буду уже и шире, са или без својих *правних њодобластии*, тј. скупова сродних правних грана којима се регулишу најсродније врсте правних установа (подустанова и под-подустанова). То је ствар развијености сваке дотичне правне области. Изразит пример такве развијености представљају подобласти међународног јавног и међународног приватног права, које такође унутар себе садрже одговарајуће правне гране и подгране.

3.4. Правни подсистеми и системи

Правне области се у новије време све чешће групишу у два велика подсистема – *њодсистѐм државној* и *њодсистѐм друшћивеној* (*аућнономној*) *права*. Њихово постојање се објашњава развијеним правним плурализмом у савременим друштвима. У састав сваког од ова два велика подсистема улазе бројне правне области (са својим подобластима и под-подобластима), правне гране (са својим подгранама и под-подгранама) и правне установе (са својим подустановама и под-подустановама), да би се на крају

437 Упор. Р. Лукић, 398; N. Visković, 270–272; Г. Вукадиновић, 239–240.

систематизације добио јединствен *правни систем* као релативно складна целина у којој сваки део има своје место због лакше примене права. Упркос својој лакшој примени, такав јединствено саздан правни систем према Жаку Вандерлиндену (*Jacques Vanderlinden*) и другим присталицама социјалног правног плурализма „не обезбеђује ни правду ни ефикасност праву“.⁴³⁸ Али, то и није циљ правног система, већ права чији је важан нормативни део управо правни систем. Очигледно, и Вандерлинден брка правни систем са правом као системом, а само право са правним вредностима и идеалима. Али, он је посредно у праву, јер свако иоле ваљано саздано право мора да се заснива на односним правним вредностима које се уносе у његове опште заповести и тако преносе у правни систем као сложену, јединствену и релативно складну целину.

Наведена систематизацију могуће је додатно проширити јер национални правни систем представља део међународног правног система. На пример, део међународног правног система представља данашње наднационално (комунитарно) право Европске уније (*European community law*),⁴³⁹ које није ни чисто национално ни чисто међународно. Тако се успостављају три врсте система: *национални*, *наднационални* и *међународни* правни систем, чији би циљ могло да буде успостављање једног *свејског* правног система, за шта се залажу глобалистички надахнути правни писци у својим учењима.

438 J. Vanderlinden, *La pluralisme juridique – Essai de synthèse, La pluralisme juridique*. Нав. према: Г. Вукадиновић, 161–162.

439 S. Prechal, *Directives in European community law*, Oxford University Press, 1995.

II глава

ГЛАВНИ СВЕТСКИ ПРАВНИ СИСТЕМИ

Правни системи представљају целине. Посебно место међу њима припада карактеристичним светским правним системима као засебним целинама. Њиховим стварањем су велики културни народи, који су се смењивали на историјској позорници или су истовремено једни поред других постојали и развијали се, различито одговарали на питање о пореклу, природи и сврси права. Њиховим описивањем, вредностима које изражавају и њиховим развојем баве се упоредна номоскопија, номотетика и номогенетика које је у правну науку увео Џон Хенри Вигмор (*John Henry Wigmore*).⁴⁴⁰

1. Правни системи Истока

Исток је изнедрио четири велике правне културе које и данас дејствују и имају свој значај. То су културе кинеског, индијско-браманског, јеврејског и мухамеданског права. Заједничко им је да право заснивају на божјем ауторитету и сматрају га божјим законом. Међутим, разлика постоји у схватању начина на који се прима божје откривење. Јевреји и Арапи откривење примају преко својих од Бога посвећених пророка, док Кинези и Индијци до откривења долазе филозофским, а не чисто религијским путем. Јеврејско право је испуњено страхом од Бога, али је мухамеданско право, уз осећај страха, испуњено и посебним, практичним правним схватањем вере у Бога. Кинези полазе од свести о људској природи у којој се јавља божја мисао, док Индијци у упознавању Бога виде начин да развију технике за властито самосазнавање без претходног улажења у испитивање праузрока божјег духа.⁴⁴¹

440 J. H. Wigmore, „A New Way of Teaching Comparative Law“, *Journal of the S.P.T.L.*, 1926, 6. Вид. *Panorama of the World's Legal Systems*, Washington 1936.

441 Г. Гершић, 10.

1.1. Кинеско право

Према кинеском учењу и схватању, светом владају Небо (које је отац) и Земља (која је мати свим бићима). Са неба долази дух и царство, које представља цар као син неба. Такав основни космички ред догађаја одређује конкретну праксу.⁴⁴² Због тога и само право, у коме морални елемент претеже над чисто религијским или чисто правним елементом, потиче од Неба.⁴⁴³

Тако је било хиљадама година, све док нагли економски и друштвени развој крајем XX и у првим деценијама XXI века није учинио да данашња Кина донесе читав низ закона у областима које дотле уопште нису биле регулисане правом или су биле регулисане подзаконским прописима интерног карактера (нпр., кривични закон, закон о кривичном поступку, закон о грађанском поступку, закон о држављанству и читав низ других).⁴⁴⁴ Те мере су Кини омогућиле да крене путем изградње савременог правног система у коме најважнију улогу има модерно писано право.

Данас се кинеско право у свету све више доживљава као систем у коме су успешно спојени филозофски холизам са искуством провереним прагматизмом – традиционални елементи са најновијим светски потврђеним стандардима и захтевима правног регулисања. Неки други тврде да је реч о прагматичном споју правних институција комунизма и супер-капитализма. Ипак, такав успех има своје наличје. Довољно је поменути само једно – да, упркос прихватању великог дела међународних правних конвенција, готово ништа није учињено за заштиту природних и животних ресурса планете. Неизвесно је и то да ли ће у неко догледно време уопште моћи нешто корисно да се учини за заштиту „здравља“ ове планете (Кина је највећи светски загађивач животне средине, поред САД, Индије, Индонезије, Бразила, Русије итд.).

1.2. Индијско-браманско право

Индијско-браманско или хинду право почива на религијски надахнутој филозофији и култури, подржаној посебним верско-филозофским учењима Индије, других земаља југоисточне

442 Вид. F. J. Needham, *Science and Civilisation in China*, том II, London 1956; *Шан Јан. Књија владара области Шан*, Београд 1977; Ју-Лан, *Историја кинеске филозофије*, Београд 1992.

443 Г. Гершић, 10.

444 Г. Вукадиновић, 249.

Азије и појединих земаља Африке. У њему је људски прагматизам потиснут у корист божански одређеног и циклички реинкарнираног могућег људског искуства. Та божанска мудрост, надахнута потребом за испуњењем и остварењем личности, одређује на религијско-метафизички начин целокупан човеков живот, што је случај и са правним правилима утопљеним у исто такво религијско-филозофско схватање божанске и људске целине као „Једног“.⁴⁴⁵

Суштину индијско-браманског права одређује строг кастински систем према коме припадници сваке касте треба правно да се владају. Тим правилима су и данас првенствено уређени лични и породични односи, јер је свако дужан да се понаша према строгим правилима друштвеног положаја који заузима. Појам субјективног права сасвим је стран овом правном искуству. Ипак, хинду правни систем је модернизован, као и већина правних система на Истоку, уграђивањем (трансплантирањем) институција западњачког правног система и институција енглеског „common law“ система.

За разлику од савременог кинеског правног система, који је показао изразиту способност за прилагођавање, индијско-брамански правни систем још није достигао ону критичну тачку преовлађујуће правне свести која треба да омогући убрзан развој ка стварању савременог и модерног хиндуистички надахнутог права. Али, то можда није ни потребно чинити, будући да је Индија за време британске колонијалне управе прихватила систем англосаксонског права као своје званично право, поред свог традиционалног система националног права као субсидијерног.

1.3. Јеврејско и мухамеданско право

И ово су верски заснована права, надахнута учењима ове две важне религије. Она су међусобно веома блиска и сродна права семитског порекла, јер оба полазе од теистичког, односно монотеистичког погледа на божанство и свет. У њима се наглашава разлика између Бога и човека. Бог је творца неба и земље. Он је господар васионе, док су људи његова створења и слуге. Исто тако, оба пророка, Мојсије и Мухамед, чују и сазнају божју вољу у скрушеном страхопоштовању. Мојсије чује „глас Божји“, који му саопштава своју вољу. Он ту вољу свом народу објављује као законе које је примио од Бога. И Мухамед добија свете листове

445 Вид. S. Radhakrishnan, S: *Indian Philosophy*, London 1961; F. R. Tennant, *Philosophical Theology*, Cambridge University Press, 1976.

Курана од арханђела Гаврила, кога је Бог управо к њему послао као гласника. Оба пророка не траже и не налазе право у свом уму, не стварају га по својој вољи, већ им се оно од Бога објављује и открива. И обојица исто одговарају: право је божји закон за људе, чиме могу да се објасне испуњеност и обасјаност правних прописа божјим ауторитетом. Они имају нешто сасвим неодољиво и застрашујуће у себи, чиме може да се објасни суровост казни које запређују. Оба предања су значајна јер се и данас фикцијом о божјем дару оснажује ауторитет закона и олакшава његово прихватање и трајање. Та фикција није оригинална. Сусреће се у Хамурабијевом закону (владао од 1728. до 1686. године пре н. е.) који су владару послали богови, а нарочито Шамаш (бог сунца, правде и правичности), да успостави ред и донесе закон, да штити слабе од јаких, да доведе воду и спаси народ од глади.

И у јеврејском и у мухамеданском систему су религија, право и морал нераздвојно помешани. То се јасно види како у *Десећ божјих заповести*, које је Мојсије донео свом јеврејском народу и целокупном законодавству које је устројио,⁴⁴⁶ тако и у Мухамедовом *Курану*, који је истовремено књига вере, морала и права.⁴⁴⁷ Али, где се право доживљава као божја заповест, мало има места људском законодавству и наредби. Због тога су следбеници јеврејског и мухамеданског учења дуго одбацивали свако државно законодавство. Уместо њега, просвећени људи су тумачили божји закон, док је традиција новим поколењима предавала тајну првобитног откривења преко *Торе* и *Талмуда* (Јеврејима) или *Суна* (мухамеданцима). Тора (или *Мојсијево њејокињжје*) представља првих пет књига јеврејске „Библије“ (Танаха). Она чини суштину и темељ правног и етичког учења, док је Талмуд велики збир различитих теолошких и других текстова из различитих области друштвеног живота Јевреја. Тору допуњава *Халаху*, Јеврејско верско право, које дубље анализира, расправља, класификује и утврђује оно што је дато у изворном тексту *Торе*. Тако је било до римске окупације Јудеје у I веку пре н. е. па надаље. Тиме је започето доба у коме су се Јевреји навикли на покоравање људским законима које оличава државни ауторитет, док су мухамеданци још касније почели да примају културне утицаје других народа доносећи сами законе државне власти.⁴⁴⁸

446 Келзен, *Шта је правда*, Београд 1998, 25–81.

447 Г. Гершић, 9.

448 *Ibid.*, 10.

Јеврејска и мухамеданска теологија и јуриспруденција до данас су се задржале у готово несмањеној мери. Ту повезаност теологије са јуриспруденцијом сачували су и преносили просвећени људи, који су у исто време били верски учитељи и правни научници, јер се у име божје објављује не само закон него се и правосуђе врши у име божје и под божјим ауторитетом.⁴⁴⁹ Али, и ова права у све већој мери усвајају правне институције развијеног Запада упркос великим отпорима, налазећи у њима начин за прилагођавање сталним стандардима и захтевима пословања развијенијег дела света. На пример, у садашњем „световном“ праву државе Израел „преовладавају инострани елементи, и њихово инострано порекло је очигледно и јасно. То је случај који се јавља у толико великој мери да је у већини области тешко указати на ма који сличан домаћи значајан допринос“.⁴⁵⁰

2. Правни системи Запада

Другачијим путем се одвијао развој на Западу, чији су културни народи право првенствено схватили и установљавали као људско право.

Први су антички Грци напустили оријентално и египатско право и створили првобитно европско право тако што су га утемељили као филозофско-правну категорију.⁴⁵¹ За њих је право било једно начело поретка које се односило на све стране људског живота. Ипак, такав изразито развијен филозофски и етички систем није довео до стварања истог таквог права, јер је њихово право било неразвијено и срасло са моралом. Због тога стари Грци нису имали развијено право, већ развијене филозофско-етички надахнуте правне системе, па, нису ни могли исправно да разумеју нпр. разлику између јавног и приватног права.⁴⁵²

449 Вид. М. Беговић, *Шеријатско брачно право*, Београд 1936.

450 G. Tedeschi, „On Reception and on the Legislative Policy of Israel“, *Scripta Hierosolymitana*, XVI, Jerusalem 1966, 11–12. Нав. према: А. Вотсон, *Правни трансиланији. Присјуй ујоредном праву*, Београд 2000, 131.

451 Вид. С. Аврамовић, *Ойшйа йравна истйорија. Сйари и средњи век*, Београд 1999.

452 Е. Спекторски, *Истйорија социјалне филозофије*, Београд – Подгорица 1997, 33–72.

Тек су стари Римљани, сасвим раскидајући везе са источним правним културама и традицијама, успели да развију и уздигну позитивно право до неслућених висина.⁴⁵³ То је било сасвим у складу са њиховим намерама да уместо идеалног божјег царства створе идеално Римско царство са истим таквим људским правом. Зато је у њиховом праву пресудан државни ауторитет уместо ауторитета неког вишег бића или божанства. Тај ауторитет представља сам римски народ. Римљани су пре свега били „народ веома велике енергије и баш зато што су били са развијеним карактером и моралним осећањем, били су у стању да велики део својих мисли слију и скупе у чврсту правну форму и да их у супротности према чистим моралним прописима подигну до ступња правног закона“.⁴⁵⁴ Касније, тај ауторитет уместо римског народа постаје владар (*princeps*), који је „ослобођен закона“ (*legibus solutus*), тј. који је „живи закон“ (*lex animata*). Наведене формулације о неспорној владарској вољи нису синоними, иако су њихове практичне последице потпуно исте. Оне се не ограничавају само на узак оквир идеолошких прокламација и церемонијалних манифестација, него се уносе у званичне правне текстове и утичу на праксу.⁴⁵⁵ Упркос томе, римски правници су први успели јасно да раздвоје право од морала, јавно од приватног права, као и да створе правне институције какве у свету дотле нису постојале. Тако су успели да успоставе универзално право старог света, чији утицај до данас није усахнуо.⁴⁵⁶

И у средњовековној *Ромејској држави* (Ромеји, а не Византији која никад није постојала)⁴⁵⁷ развој правне мисли, па тиме и правног учења, одвијао се на темељима Јустинијанове кодификације и римско-грчке правне традиције, више захваљујући вољи ромејских владара него моћи и убедљивости црквених отаца. Будући да се захваљујући теорији симфоније знало шта ко треба да ради у држави, ромејски цар Василије I, оснивач Македонске династије, подстакнут потребом да обезбеди правду за све и заштити поседе ситних земљопоседника, поставио је у IX и X веку

453 О. Станојевић, *Римско право*, Београд 1998.

454 Г. Гершић, 13.

455 Х. Г. Бек, *Византијски миленијум*, Бања Лука 1998, 53.

456 Е. Спекторски, 72–88.

457 Израз Византија први пут је измислио и искористио један немачки писац, Хероним Волф у свом делу *Corpus Historiae Bizantinae* из 1577. године, дакле, 124 године после пропасти Ромејског царства, како би се значај некадашњег Источног римског царства (Ромеје, „Imperium Romanorum“) скрајнуо у корист тадашњег Светог римског царства (*Holy Roman Empire*, 962–1806).

посебну комисију са задатком да изврши поновну кодификацију и ревизију важећег права. Његов посао наставио је нови цар Лав VI Мудри. Кодекс од 60 томова који је добијен овим радом, написан на грчком и познат као *Василике*, постепено је постао основ средњовековног ромејског права, јер је требало да прође доста времена док није сасвим истиснуо Јустинијанов законик.⁴⁵⁸ Тако је било до пропасти царства 1453. године, када се духовна и световна премоћ премешта на тло Западне Европе.⁴⁵⁹

Грчко-римску јуриспруденцију смењује хришћански период, у коме су хришћански поглед на свет и хришћанске идеје биле готово у потпуној опреци са античким духом и идејама старих Грка и Римљана. Док је грчко-римски дух порекло права и државе тражио на земљи, у људској заједници, дотле је хришћански дух са својим теологизованим учењем порекло права и државе тражио у божјој вољи и откривењу. Цео тај правац у филозофији посвећен праву и држави познат је као *сколасџика*. Ипак, у недрима средњовековног хришћанског друштва створен је и развијен заматак новог. То изразито интересовање за ново огледа се у враћању заборављеним античким правним учењима и стварању оригиналних државно-правних учења. Такву промену у Западној Европи, која је била неразвијена готово до позног средњег века, лако је објаснити пропадањем Ромејског царства током кога је дошло до масовног „одлива мозгова“ (филозофа и научника) у јужну Италију, Француску и Немачку. Њихов дух и сачувана знања, која су на Западу била готово сасвим заборављена, довела су до наглог препорода познатог као „ренесанса“. Захваљујући таквом утицају грчко-римске и касније ромејске културе, на Западу је изведено потпуно раскидање са средњовековним погледом на свет и започето стварање модерног европског и светског права.⁴⁶⁰

На темељима европске културе настала су два велика правна система: европски континентални и англосаксонски.

2.1. Европско континентално право

Европски континентални систем права има дугу историју и традицију, која се заснива на писаном и кодификованом праву. У његовом стварању је одлучујућу улогу одиграла римска јуриспруденција захваљујући рецепцији римског права која се одвијала

458 *Рани средњи век*, Београд 1976, 132.

459 С. Рансиман, *Пап Цариграда 1453*, Београд 2009.

460 Упор. Г. Гершић, 17–24; Е. Спекторски, 235–494.

упоредо са образовањем правника у најважнијим европским универзитетским центрима (од Болоње, основане 1088. године). Уз то, утицај доктрине природног права и стварање великих кодификација учинили су неопходним коришћење апстрактних појмова, формулисање општих норми, поделу права на јавно и приватно или материјално и формално. Све то је захтевало логичко уобличавање и стварање кохерентног правног система, што се види и по израженој и постојаној потреби за хијерахијом извора права. У модерном добу се на врху налазе устав и закон, из којих проистичу сви други правни акти. Законима се и данас ствара претежан део правних норми. Уз то, одређено место припада другим изворима права, као што је случај са судском праксом, правним обичајима или различитим актима корпорација. Улога ових аката је далеко мања од улоге писаног права, за чије је стварање посебно заслужна делатност законодавства. Најизраженију карактеристику европског континенталног система чини постојање развијеног писаног и кодификованог система правила, која је лако открити и разумети пошто су готово одмах доступна.⁴⁶¹

2.2. Англосаксонско право

И англосаксонски систем права има дугу историју (али не као систем европског континенталног права) током које је од локалног правног система постао други велики правни систем који је изнедрила европска култура. Он се претежно заснива на правилима која су вековима стварали енглески судови, а у знатно мањој мери на римском праву, природном праву или кодификацијама. У њему, значајну улогу има подела права на „common law“ (у облику заједничких обичаја) и „equity law“ (у облику судских одлука заснованих на обичајима и правичности), с тим што се у савремено доба све више јавља „statute law“ (проистекло из законодавне активности). У њему, основни извор права и даље представља судски прецедент, али од када су у другој половини XX века обједињени „common law“ и „equity law“, све већи значај стиче закон (*Act*) као извор права, нарочито у областима индустријских односа, корпорација, акционарских друштава, берзи итд.

И унутар система англосаксонског права постоје важне разлике између појединих националних права која му припадају. На пример, у праву САД писани устав је најзначајнији извор права, али са знатно другачијом улогом проистеклом из историје, особености федералног устројства и правног система те земље.

461 Г. Вукадиновић, 247.

Европском континенталном и англосаксонском систему права својствена је „системност“. Она је неупоредиво израженија у европском континенталном праву због његове логичке заснованости и разгранављања од устава до најнижих правних аката. Ипак, то више није сасвим тако. На пример, у европском континенталном правном систему судска пракса постаје све значајнији извор права, а закон у англосаксонском. Постепено ублажавање првобитних разлика између ова два система и њихово приближавање, а добар пример представљају правна држава и владавина права, дозвољава предвиђање по коме ће се ова два система у догледној будућности стопити у један, светски водећи правни систем. Томе нарочито погодује праксом већ проверено искуство *нордијској њравној сисџема*, који садржи карактеристике европског континенталног (романско-германског) и англосаксонског права.⁴⁶² Можда ће такав процес унификације поспешити стварање комунитарног права Европске уније.

2.3. Право Европске уније

Право Европске уније у настајању, поред нордијског система, представља мешовит правни систем. Али, док је нордијски систем резултат вишевековног еволутивног развоја и уједначавања у пракси сличних националних права, други је првенствено резултат свесно-планског стварања наднационалног права од стране заједничких, централних европских институција.⁴⁶³

Идеју наднационалног права први је у XIX веку истакао Фридрих Карл фон Савињи, подстакнут „универзалношћу“ Римокатоличке цркве и „наднационалним карактером“ њеног црквеног права. Исту идеју је у XX веку проблематизовало „наднационално“ повезивање различитих привредних, трговачких и других организација, као и стварање Међународне организације рада, међународних арбитража и других сличних организација и институција које доносе властите правне акте и прописе. На крају XX века, идеја наднационалног права је још једном освежена и ојачана Мастрихтским уговором (који је потписан 1991. године, а ратификован и ступио на снагу 1993. године), којим је створена Европска унија са зачетком свог наднационалног „комунитарног“ права. То комунитарно право се „схвата као *sui generis* правни поредак, различит од општег поретка међународног јавног права“.

462 Упор. Р. Лукић, 405; Г. Вукадиновић, 247–248.

463 Ph. Harris, 156.

Оно „није ни део националног правног система, нити међународног права, већ независан систем права“.⁴⁶⁴ Његова надређеност националним правима држава-чланица Европске уније заснива се на пракси Суда правде Европске уније, а испољава кроз примену начела супериорности и аутономије комунитарног над националним правом. Начело супериорности произлази из директног дејства одредаба комунитарних аката (правила, директива и одлука: нпр., Уговора о слободном кретању радника) на исте такве одредбе националних аката или из њиховог добровољног усвајања од стране држава-чланица Европске уније (нпр., изменама њихових устава или ратификовањем оснивачког уговора). То значи да његова примена ствара обавезе националним судовима да, не чекајући да унутрашњи прописи буду измењени, те прописе не примењују када су они супротни одредбама аката комунитарног права. Начело аутономије, пак, значи да свака „комунитарна институција одлучује о начину организовања својих послова у циљу испуњења својих овлашћења (мисије)“.⁴⁶⁵ Оно се тиче органа заједнице, а не држава-чланица, чиме је још једном истакнута надмоћ комунитарног над националним правом.

Наднационално (комунитарно) право Европске уније ствара се доношењем наднационалних извора права који су карактеристични за европски континентални и англосаксонски систем. Они су и због тога „релативно нова појава у правној науци“,⁴⁶⁶ резултат све снажнијег економско-политичког повезивања, које познаје и признаје наднационално удруживање на професионалној, територијалној или некој другој основи. Наднационални извори могу да чине саставни део националних права других држава.⁴⁶⁷

3. Правни трансплантати

Развој наднационалног права Европске уније нарочито је убрзан захваљујући честом коришћењу правних трансплантата (*legal transplant*). За означавање таквог преузимања из иностраног права користе се различити изрази, нарочито „унификација“ (*unification*) и „хармонизација“ (*harmonization*). Сматра се да је

464 Р. Вукадиновић, *Право Европске уније*, Београд 2001, 109, 115.

465 Б. Лубарда, *Евројско радно право*, Подгорица 2004, 157.

466 Вид. N. Visković, 128.

467 Вид. Г. Илић-Гасми, *Реформе Евројске уније. Инститиуционални аспекти*, Београд 2004. и *Право и институције Евројске уније*, Београд 2007.

унификација потпуно преузимање иностраног права, а хармонизација преузимање појединих правних решења и института, чиме се уклањају разлике између иностраног и домаћег права. У том смислу, рецепција права (*receptio iuris*), која је увек делимична, ближа је хармонизацији него унификацији, иако се у оба случаја ради о преузимању права, само у различитом обиму. У правној теорији се, поред наведених израза, недоследно користе и други слични изрази којима се такође означава преузимање иностраног права у различитом обиму, као што су: „апроксимација“ (*aproximation*), „координација“ (*coordination*), „акултурација“ (*aculturation*), „транспозиција“ (*transposition*), „трансфер“ (*transfer*) права и други.⁴⁶⁸

Правни трансплантати се могу одредити као „преношење правила или система права из једне земље у другу или из једног народа у други“.⁴⁶⁹ У том смислу, јасна је разлика између њих као појаве, тј. производа укрштања различитих права, и рецепције и кодификације као много дужег процеса са можда важнијим последицама.⁴⁷⁰ Њихово све шире коришћење у правној теорији данас се не објашњава искључиво практичним потребама (*глобализације*)⁴⁷¹ права,⁴⁷² већ све ширим прихватањем теорије конвергенције (Алан Вотсон /*Alan Watson*/), по којој се право развија независно од друштва, због чега ни његово преузимање није ограничено друштвом (насупротив теоријама по којима је право „огледало народа“, због чега његово преузимање није могуће).

Иако не би било сасвим разложно сматрати да се закони дати људима од Бога сматрају трансплантатима, ипак, стари записи врве од таквих примера. Јахве је преко Мојсија јеврејском народу дао *Десет и зајовесити* на Синајској гори; Аполон је преко Делфског пророчиштва дао Ликургу и Лакадемоњанима спартанске законе; Зевс

468 Вид. F. P. Walton, „The Historical School of Jurisprudence and Transplantations of Law“, *Journal of Comparative Legislation*, 1927; *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, Istanbul, 12/1956.

469 А. Вотсон, *Правни трансплантати. Присвојени уредном праву*, 18.

470 Ж. Карбоније, *Правна социологија*, Сремски Карловци – Подгорица 1992, 192–200.

471 Вид. D. Ronald, *National Diversity and Global Capitalism*, Ithaca 1996; Н. Чомски, *Профити изнад људи: неолиберализам и глобални поредак*, Нови Сад 1999; С. Boggs, *The End of Politics*, New York 1999.

472 М. Deflem, *Sociology of Law. Visions of a Scholarly Tradition*, Cambridge University Press, 2008, 218–219. Вид. А. С. Budak, *Emerging Legal Certainty: Empirical Studies on the Globalisation Law*, Dartmouth & Andershot, 1998; J. Wiener, *Globalization and the Harmonization of Law*, London & New York 1999; F. Snyder, *Globalisation and Law in the 21st Century*, London & New York 2003.

је преко Миноса Крићанима дао њихове, док је Хермес Египћанима дао законе преко Мневиса (Аписа). Један од разлога због којих је касније римско право било тако широко прихваћено био је и тај што је *Corpus iuris civilis* (написан на латинском који се у РOMEЈИ званично користио до VIII века, а грчки од VIII века до пропасти царства), био познат свим образованим људима тадашње Европе. Он је обезбеђивао подрбно записан систем права. Често се тврди да је један од разлога због којих енглеско право није усвојено у наведеном смислу то што оно представља „правничко право“ (*Juristenrecht*) које није преточено у законик, јер је далеко мања вероватноћа да се прошири право које није изражено у писаној форми. Ипак, да није било Блекстонових „Коментара о законима Енглеске“ (*Commentaries on the Laws of England*), англосаксонско право не би пустило тако дубок корен у Америци.⁴⁷³ Зато је Роско Паунд могао да напише како је историја система права највећма историја позајмљивања правних садржаја из других правних система и усвајања садржаја изван оквира права.⁴⁷⁴

Код правних трансплантата ауторитет даваоца игра значајну улогу приликом преношења права. То може да буде ауторитет подупрт отвореном силом или заговарањем, продирањем, постепеним усвајањем и потајним прожимањем права, тј. *ипринудним* или *добровољним* прихватањем великог дела правног система другог народа или чак више народа.⁴⁷⁵

Данас и став националних или наднационалних органа надлежних за реформу модерног права такође покреће питања његовог позајмљивања и ауторитета. На пример, рад правних комитета Савета Европе и Међународног института за унификацију приватног права сматра се важним јер он показује нове европске правце кретања. У овом случају, као и у другим, тело које је образовано ради давања својих предлога о правној реформи у наведеном смислу обично долази до сопственог решења свесним покушајем да се пронађе најбоље могуће правило испитивањем иностраних решења. На тај начин трансплантација постаје најважнији покретач убрзаног развоја права. То показује велики број промена у савременим системима права, које нису ништа друго до резултат позајмљивања. Све то важи како за поједина правила, тако и за њихово систематизовање. До преовладавања иностраних елемената, чак и када они нису толико очигледни, долази и

473 А. Вотсон, 55.

474 Р. Паунд, II, 363–369.

475 А. Вотсон, 90.

због дубоке укоренености права у прошлости. На пример, купо-продајни уговор, карактеристичан за оба велика система права Запада, у суштини, представља уговор који је постојао у Риму већ крајем II века пре н. е. Готово је невероватно да се оно што је данас садржано у било ком модерном грађанском закону и даље првенствено ослања на садржину Јустинијанових *Инстиниција* из 533. године.

Усвајање права трансплантатима се врло лако изводи када је друштво на нижем материјалном и културном степену развоја. Али, трансплантацију правних правила није тешко извести ни када је реч о развијеним друштвима, јер је најважније да правна правила постоје. Такво мишљење нарочито долази до изражаја када је свесно изражена жеља да се изврши правна реформа. На пример, када су правила уговорног права двеју земаља слична, никакву препреку за њихово уједначавање или хармонизацију не би требало да представља то што њихова правна начела потичу од различитих извора. То је пут којим су се кретале садашње чланице Европске уније. Али, чак и обичајно право може да се позајми. То се дешава када судије попуњавају правну празнину обичајном нормом или када правник који жели да запише локално обичајно право наиђе на празнине у систему писаног права.

Трансплантација често доводи до *јравне йтрансформације*. Зато приликом добровољног усвајања неког трансплантата увек треба имати на уму промене до којих он доводи у праву независно од тога о којој се грани права ради. Чак и када трансплантирано правило остане неизмењено, његов утицај у новом друштвеном окружењу може да буде различит. Нарочито је породично право, засновано на верској основи или потпори, отпорно на промену ма које врсте, укључујући и трансплантате. Али до таквих промена често долази и када је инострано право погрешно схваћено. Ипак, нација која је домишљата у погледу права, углавном не зависи од прихватања трансплантата, чак ни у време када је инострани утицај врло значајан у погледу других питања у друштву. Невоља је само у томе што је мали број нација смислио значајна правна правила чија вредност може одмах да се процени. Много је чешћи случај да нације за своје потребе усвајају туђа правна правила. На пример, стари Римљани (европски континентални систем права) или Енглези (англосаксонски систем права) више су од других европских народа утицали на развој традиционалних области приватног права. Највећи допринос који су, пак, италијански, француски, холандски, немачки и други европски правници дали

приватном праву углавном се састоји у рационализацији, усавршавању и прилагођавању правила римског права.⁴⁷⁶ Очигледно, коришћење трансплантата пружа поуздан увид у изузетан значај улоге коју ауторитет има у праву.

Трансплантати могу с лакоћом да се преносе. Али, то не значи да сви или само велики системи Запада обавезно треба да имају уједначен или јединствен правни систем. Очигледно је да такав потпуно заједнички или универзални правни систем није могућ, а можда ни пожељан. Ту је пре реч о психолошком значају који се придаје чињеници да не мора свако да има у потпуности свој систем права. Ипак, такво уједначавање је засад барем у неким областима приватног права могуће и пожељно, чиме се ствара слика непрестаног, врло широког позајмљивања правила и институција, и наговештава главни начин помоћу кога би велики правни системи у будућности могли да се развијају и разумеју.

476 *Ibid.*, 141–183.

АБСТРАКТИ

ПРВИ ДЕО ПРАВНИ ПОРЕДАК

УВОД ОПШТИ ПОЈАМ И САСТАВ ПРАВНОГ ПОРЕТКА

Универзални и(ли) природни поредак. Раздвајање природног од друштвеног поретка: разлика између природних закона и друштвених норми. Друштвени нормативни поредак. Правни поредак. Идеални и спонтани правни поредак. Непосредни и посредни правни поредак. Састав правног поретка: нормативни елемент, фактички елемент, законитост и вредносни елемент. Стање правног поретка и његови модели.

ПРВИ ОДЕЉАК НОРМАТИВНИ ЕЛЕМЕНТ ПРАВНОГ ПОРЕТКА

І глава ПРАВНА НОРМА

Норма као друштвено правило које садржи заповест. Императивно (нормативно) и индикативно значење норме. Прескриптивни и дескриптивни искази у норми. Прескриптивни искази као заповедно требање и као требање без заповести: молба, савет, препорука, обећање, захтев. Дескриптивни искази као невидљиве заповести и као обавештења о норми. Мерила за разврставање и подела друштвених норми. Друштвене норме у ширем смислу (техничке норме и технички стандарди). Друштвене норме у ужем смислу (друштвени прописи): норме дифузне заједнице (обичај, традиција, морал), норме друштвених организација (правила

друштвених организација) и норме које примењује држава (право). Састав правне норме. Главни елементи: диспозиција (појам и врсте: наређујуће, забрањујуће, овлашћујуће и декларативне диспозиције или диспозиције са неодређеним појмовима и правним стандардима, алтернативне диспозиције, диспозиције које дају дискрециону власт и диспозитивне диспозиције) и санкција (појам, подела, правна одговорност и врсте санкција: санкције према лицима и санкције према актима итд.). Споредни елементи: претпоставка диспозиције и претпоставка санкције. Врсте правних норми: апстрактне и конкретне, опште и појединачне, условне и безусловне, више и ниже итд. Начела за повезивање правних норми у систем: кохерентност, потпуност, одређеност. Теорије о важењу правних норми (природноправна, аксиолошка, реалистичко-социолошка, системско-динамичка и институционална). Важење правних норми у простору (важење права у простору и важење простора у праву) и времену (важење права у времену и важење времена у праву). Збирно и појединачно важење правних норми у времену: формалноправна револуција и ступање на снагу. Повратна снага норме. Престанак важења норме. Персонално, системско и друге врсте важења правне норме.

II глава ПРАВНИ АКТ

Шта је правни акт уопште: претходни појам и схватања о оправданости постојања правног акта. Нормативни и материјални правни акти. Појам и обележја правног акта. Карактеристични случајеви неслагања унутрашњег правног акта и његовог спољног израза (омашка, штампарске и друге грешке, заблуда, превара и принуда). Начини доношења правних аката. Појам и елементи форме правног акта. Појам и елементи материје (садржине) правног акта. Формални и садржински појам правног акта. Појам и врсте формалних извора права: општи и посебни; државни, друштвени и мешовити; писани и неписани. Хијерархијска лествица формалних извора права. Стварање формалних извора права. Техника и методи стварања права: општи (спонтани и свесно-плански) и посебни (апстрактни, начелни, таксативни, примерични, казуистички, прецедентни). Номотехника и законодавни поступак. Општи појам и главна значења закона као извора права. Устав (појам и врсте: писани /подарени и које доноси уставотворна или законодавна скупштина/ и неписани; чврсти и меки; уставна декларација). Законик. Обични, посебни и специјални закони (уставни, основни, општи, органски, специјални, административни). Закони који то нису: буџет, пословник о раду скупштине, уредбе са законском снагом. Сличности и разлике између устава, закона и подзаконских прописа. Законодавни поступак. Подзаконски општи правни акти и подзаконски прописи (појам, сличности и разлике између закона и подзаконских прописа, врсте подзаконских прописа; уредба и други подзаконски општи акти). Акти друштвених организација (појам, врсте и основ важења). Врсте аутономног пра-

ва. Црквено право као најстарије и социјално право као најразвијенија врста аутономног права. Уговор (појам и врсте: државни, недржавни и мешовити, ратификација међународног уговора). Обичај (појам и врсте, начин санкционисања, кодификација обичаја, уставни и судски обичај, изобичајење) и обичајно право (појам, претпоставке, развој и обележја). Судска пресуда (судски прецедент). Судска пракса и пракса других органа. Правна наука (правне формуле). Појам појединачног правног акта. Потпуни и непотпуни појединачни правни акти. Главне врсте појединачних правних аката: указ, управни акт, правни посао и судски акт.

ДРУГИ ОДЕЉАК ФАКТИЧКИ ЕЛЕМЕНТ ПРАВНОГ ПОРЕТКА

I глава СУБЈЕКТ И ОБЈЕКТ ПРАВА

Друштвени и правни појам личности. Правна личност као субјект права. Идентитет физичког лица. Субјект права као носилац пасивне и активне правне способности. Правни агент и заступник. Врсте субјеката права. Физичко лице: пасивна способност физичког лица (или правна способност, њено стицање и губљење: *nasciturus* и рођење, физичка и цивилна смрт; потпуна и делимична правна способност) и активна способност физичког лица (потпуна и делимична пословна, политичка, деликтна, процесна, брачна, породична, радна итд. способност). Правна свест и непознавање правне норме. Правно лице: појам и настанак. Пасивна и активна способност правног лица. Теорије о суштини правног лица: фикције, негације и реалности. Елементи и главне врсте правних лица: удружења, установе, задужбине, фондације, фондови, легати. Идентитет правног лица. Виртуелни лик (аватар) као могући субјект права. Објект права и његов однос са субјектом права.

II глава ПРАВНИ ОДНОС, ПРАВНА ЧИЊЕНИЦА И ПРАВНА РАДЊА

Правни однос као врста друштвеног односа. Који су друштвени односи правни. Подела правних односа (апстрактни и конкретни, приватноправни и јавноправни, прости и сложени итд.). Састав правног односа: правно овлашћење, правна обавеза и њихов однос. Врсте правног овлашћења: субјективно право (појам и природа: теорија воље, теорија интереса, вољно-интересна теорија; подела и врсте субјективних права: апсолутна и релативна, преносива и непреносива, јавна и приватна, својина као преносива врста субјективног права), надлежност (појам, природа, разлика између субјективног права и надлежности) и право на

правну заштиту (право на приступ суду или право на тужбу). Злоупотреба правног овлашћења: злоупотреба субјективног права (субјективна теорија, објективна теорија, теорија вредновања), мобинг, непосредно кршење субјективног права и одговорност за ризик; злоупотреба надлежности (злоупотреба државне власти); злоупотреба права на правну заштиту. Статичност (правно стање) и динамичност (настанак, промена и престанак) правних односа. Правна чињеница (појам и врсте: догађаји и људске радње /правни акти и остале људске радње/); протек времена и рокови: одложни, раскидни, преклузивни, материјалноправни и процесноправни). Застарелост и одржај. Људске радње у односу на право (слободне и правом регулисане, психичке и телесне итд.). Правне радње (појам и врсте).

III глава ТУМАЧЕЊЕ ПРАВА

Појам тумачења. Неколико важних ствари приликом тумачења. Три врсте значења приликом сваког тумачења. Тумачење права. Значај тумачења права: лаичко и стручњачко тумачење. Предмет тумачења права: главни и споредни. Развој схватања о предмету тумачења права. Правне норме и људске радње као предмет тумачења. Тумачење права у ужем смислу (тумачење норми) и тумачење права у ширем смислу (попуњавање правних празнина: почетне и накнадне, праве и неправне, техничке и вредносне). Кругови тумачења права. Врсте тумача: државни и друштвени (ауторитативно и неауторитативно тумачење). Врсте тумачења према врстама тумача: апстрактно (законодавно), аутентично (интерпретативни закон) и казуистичко (судско, управно и пословно). Тумачење правне науке. Оперативно и друге врсте тумачења права. Поступак тумачења права: припремни део (нижа и виша критика правне норме) и главни део (утврђивање језичког значења правне норме, утврђивање правога или истинитога значења правне норме, упоређивање и исправљање језичког и правога значења правне норме). Средства тумачења права: главна (језик, логика, циљ норме) и помоћна (историја норме и упоређивање норме). Приговори савремене теорије аргументације традиционалној теорији и обавезност средстава тумачења. Језичко тумачење (речничко, граматичко, синтаксичко, интерпункцијско), језичко значење правне норме (једно или више, јасно или нејасно: недовољност, бесмисленост, неодређеност) и језичка правила тумачења. Тумачење и утврђивање правога значења правне норме: две карактеристичне групе школа са својим варијантама и негирање проблема тумачења права; карактеристична схватања и врсте тумачења: везано (субјективно и објективно, статичко и еволуционистичко) и тзв. слободно тумачење (проблем стварања права); појам правога значења у формалном и материјалном смислу; средства и врсте тумачења за утврђивање правога значења приликом тумачења у ужем смислу: логичко (проблем правне логике), систематско, циљно (телеолошко) и помоћне врсте тумачења (историјско и упоредноправно); сред-

ства за утврђивање правог значења нормe попуњавањем правних празнина приликом тумачења у ширем смислу: аналогија (права и неправa, законска и правна), разлог супротности (и врсте), разлози „тим пре“, „ауторитета“, „природе ствари“ и „апсурдности“, уско тумачење изузетака (обично, сужено и проширено), правна начела. Упоређивање језичког и правог значења. Исправљање језичког и правог значења – карактеристични случајеви: исправљање норми са јасним значењем у случају омашке; исправљање нејасних норми; исправљање недовољних норми (у случају правне празнине); исправљање бесмислених норми (у случају колизије у норми или између норми); исправљање неодређених норми (у случају вишезначности нормe).

IV глава ПРИМЕНА ПРАВА

Примена права у најширем, ужем и најужем значењу. Врсте примене права: добровољна (аутономна /из убеђења/ и хетерономна /из страха/) и принудна (претњом или применом принуде); институционална, структурална, функционална и персекуциона. Особине примене права: универзалност, униформност, унификативност и константност. Механизам и поступак примене права: претходни (сви делови поступка оперативног тумачења) и главни (утврђивање чињеница, правно закључивање и непосредна примена права). Утврђивање правних и чињеничних питања (*questio iuris et questio facti*): механизам утврђивања чињеница и проблем одређивања истине. Главне врсте чињеница: докази (непосредни /увиђај; *corpus delicti*/ и посредни /проблем индиција и оцењивања доказне вредности чињеница: слободно уверење и материјална и формална истина о чињеницама/); претпоставке (необориве и обориве) и фикције. Правно закључивање (правни силогизам). Непосредна примена (правила и вредности за примену) и остваривање права. Појам правног облика. Аристотелово учење о узроцима и појавном облику идеја. Појам и елементи правног облика. Процедуралност правног облика и процедуралне нормe. Слободна и обавезна форма у праву. Значај правног облика и његова злоупотреба.

ТРЕЋИ ОДЕЉАК ЗАКОНИТОСТ КАО ЕЛЕМЕНТ ПРАВНОГ ПОРЕТКА

Појам законитости. Појам, обележја и врсте нормативне законитости. Врсте незаконитости. Однос законитости према другим сродним начелима. Снага и обавезност правних аката. Средства за обезбеђење законитости правних аката: тужба, жалба, уставна жалба, петиција, притужба, приговор итд. Управноправни спор. Правни лекови: ремонстративни

и деволутивни, суспензивни и несуспензивни, једнострани и двострани, редовни (жалба) и ванредни (захтев за понављање поступка, захтев за ванредно преиспитивање правоснажне судске пресуде, захтев за ванредно ублажавање казне, захтев за заштиту законитости). Заштитник грађана (омбудсман). Правна самопомоћ. Правни механизми за заштиту законитости. Санкције због незаконитости правних аката: санкције према нормативним правним актима и санкције према материјалним правним актима. Правоснажност општих и појединачних правних аката (*ne bis in idem*, *res iudicata*, правна истина и средства за њено кориговање: помиловање, амнестија, аболиција). Ступање на снагу правних аката (*vacatio legis* устава, закона /интерпретативних закона и закона који садрже одредбе о повратној снази/, подзаконских прописа и појединачних правних аката). Извршност правних аката. Извршни поступци.

ЧЕТВРТИ ОДЕЉАК ВРЕДНОСНИ ЕЛЕМЕНТ ПРАВНОГ ПОРЕТКА

Преглед различитих општих схватања правде. Врсте правде: апсолутна (божанска и природна) и релативна (друштвена правда: морална, религијска, правна итд.). Правна правда (формална и материјална; законска и солидарна). Правичност као корективна правда. Законска и судска правичност. Правично право и право на правично суђење. Слобода као генеричко човеково својство, друштвени и правни појам (у позитивном и техничко-правном смислу). Људско достојанство (природно и друштвено). Толеранција. Сигурност (апсолутна и релативна /предвидљивост, извесност/; објективна и субјективна; правна сигурност и њено временско, садржинско и друштвено распрострањање). Једнакост (друштвена и правна). Ред (друштвени поредак и друштвена анархија) и правни ред (правни поредак и аномија). Мир као политичко-етички идеал и као правни појам. Целисходност као средство за ублажавање круте примене права. Делотворност (ефикасност). Чисто техничко-правне вредности.

ДРУГИ ДЕО ПРАВНИ СИСТЕМ

І глава СИСТЕМ ПОЗИТИВНОГ ПРАВА И ПРАВНИ СИСТЕМ

Систем позитивног права. Појам правног система (позитивног и научног). Мерила и предмет систематизације. Елементи правног система: правне

установе (подустанове и под-подустанове) и укрштене установе (институције), правне подгране и гране, правне подобласти и области, правни подсистеми и системи (национални, наднационални, међународни).

II глава ГЛАВНИ СВЕТСКИ ПРАВНИ СИСТЕМИ

Правни системи Истока: кинеско, хинду (индијско-браманско), јеврејско и мухамеданско (исламско) право. Правни системи Запада – главни: европски континентални и англосаксонски (common law, equity law и statute law) и мешовити: нордијски и правни систем Европске уније. Правни трансплантати и њихова улога у стварању савремених правних система.

BRIEF CONTENTS

NOTE WITH THIS EDITION.....	13
-----------------------------	----

PART I: LEGAL ORDER

INTRODUCTION:

GENERAL NOTION AND STRUCTURE OF LEGAL ORDER ..	17
--	----

SECTION 1: NORMATIVE ELEMENT OF LEGAL ORDER	25
--	----

Chapter I: LEGAL NORM.....	25
----------------------------	----

Chapter II: LEGAL REGULATIONS.....	65
------------------------------------	----

SECTION 2: FACTUAL ELEMENT OF LEGAL ORDER.....	121
--	-----

Chapter I: LEGAL ENTITIES.....	121
--------------------------------	-----

Chapter II: LEGAL RELATIONSHIP, LEGAL FACT AND LEGAL ACT.....	137
--	-----

Chapter III: INTERPRETATION OF LAW	161
--	-----

Chapter IV: IMPLEMENTATION OF LAW	209
---	-----

SECTION 3: LEGALITY AS AN ELEMENT OF LEGAL ORDER	225
---	-----

SECTION 4: VALUES AS THE ELEMENT OF LEGAL ORDER	245
--	-----

PART II: LEGAL SYSTEM

Chapter I: POSITIVE LAW SYSTEM AND LEGAL SYSTEM....	267
---	-----

Chapter II: MAJOR WORLD SYSTEMS OF LAW	277
--	-----

Драган М. Митровић
ИЗАБРАНА ПРАВНА ДЕЛА
Књига VIII
ТЕОРИЈА ДРЖАВЕ И ПРАВА
Поредак и систем права
Трећи том

Издавач
Досије студио
www.dosije.rs

Лектор и коректор
Марина Давидовић

Технички уредник
Ирена Ђаковић

Дизајн корице
Ивана Зорановић

Припрема и штампа
Досије студио, Београд

ISBN 978-86-6047-502-4
ISBN 978-86-6047-494-2 (за издавачку целину)

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд
ISBN 978-86-6047-502-4
ISBN 978-86-6047-494-2 (за издавачку целину)
COBISS.SR-ID 192239369

ISBN 978-86-6047-502-4

