

Драган М. Митровић

УВОД
У ПРАВО

ИЗАБРАНА ПРАВНА ДЕЛА
Књига IV

Драган М. Митровић

ИЗАБРАНА ПРАВНА ДЕЛА

Књига IV

УВОД У ПРАВО

Драган М. Митровић
ИЗАБРАНА ПРАВНА ДЕЛА
Књига IV
УВОД У ПРАВО

Издавач
Досије студио

За издавача
Мирко Милићевић

Уредник
Душан Мрђеновић

Рецензенти овој издања
Академик, проф. др Мирко Васиљевић
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 IV

УВОД У ПРАВО

Београд • 2026.

САДРЖАЈ

НАПОМЕНА УЗ ОВО ИЗДАЊЕ	19
ПРЕДГОВОР ОСМОМ ИЗДАЊУ	20
Увод	
УВОД У ПРАВО КАО САМОСТАЛНА ДИСЦИПЛИНА.....	21
1. Мисао и дисциплине о држави и праву.....	21
2. Појам Увода у право	23
3. Предмет Увода у право	24
4. Метод Увода у право	25
5. Однос Увода у право према другим дисциплинама	28

Први део ОСНОВНА И ОПШТА ЗНАЊА О ДРЖАВИ И ПРАВУ

Први одељак ПОЈАМ ДРЖАВЕ

І глава	
ДРЖАВА КАО ДРУШТВЕНА И ПРАВНА ПОЈАВА	33
1. Језичка и вредносна одређења државе	33
2. Држава и друштво	34
3. Држава као друштвена организација	37
4. Схватања државе у правној теорији и доктрини.....	41
4.1. Идеалистичке теорије и учења о држави.....	41
4.2. Реалистичке теорије и учења о држави	43
5. Оперативна значења државе	47

6. Елементи државе	48
6.1. Подручје државе	48
6.2. Становништво државе	52
6.3. Државна власт	55
7. Сувереност као највиша државна власт	57
7.1. Учења о суверености	57
7.2. Појам и елементи суверености	60
8. Врсте држава према њиховим елементима	61
9. Светска држава	64
II глава	
УЛОГА ДРЖАВЕ И ЊЕНЕ ПРОМЕНЕ	69
1. Функција и делатност државе	69
2. Промене у поретку државе	71
3. Настанак и престанак државе	75
III глава	
ДРЖАВНА ОРГАНИЗАЦИЈА	79
1. Појам државне организације	79
2. Начела државне организације	81
3. Елементи државне организације	84
4. Државно службено лице	85
4.1. Појам и врсте државних службених лица	85
4.2. Однос државних службених лица према држави – држава као установа (1)	87
5. Државни орган	88
5.1. Појам државног органа	88
5.2. Надлежност државног органа	89
5.3. Претпоставке за рад државног органа	90
5.4. Својства државног органа и његов однос према држави – држава као установа (2)	91
5.5. Врсте државних органа	93
IV глава	
ГЛАВНЕ ВРСТЕ ВЛАСТИ У ДРЖАВНОЈ ОРГАНИЗАЦИЈИ	99
1. Законодавна власт	99

2. Извршно-управна власт	101
3. Судска власт	104
V глава	
ОРГАНИЗАЦИЈА ГЛАВНИХ ВРСТА ДРЖАВНИХ ВЛАСТИ	107
1. Интерференција	107
2. Централизација	108
3. Децентрализација	109
4. Самоуправа	112
5. Аутономија	113
6. Регионализам	115
VI глава	
ОБЛИЦИ ДРЖАВЕ	117
1. Одређивање идеалног и најбољег облика државе	117
2. Појам и главни облици државе	120
Први одсек	
ОБЛИЦИ ДРЖАВНЕ ВЛАСТИ	122
1. Јединство власти	122
1.1. Појам и врсте јединства власти	122
1.2. Јакобински, швајцарски (конвентски) и совјетски систем	125
2. Подела власти	126
2.1. Појам и врсте поделе власти	126
2.2. Енглески парламентарни систем	130
2.3. Француски парламентарни систем	131
2.4. Амерички председнички систем	132
Други одсек	
ОБЛИЦИ ДРЖАВНОГ УРЕЂЕЊА	135
1. Једноставна држава	135
2. Сложена (савезна) држава	138
3. Савези држава	140
3.1. Независни савези држава	140
3.2. Зависни савези држава	143

4. Деловање сједињујућих и разједињујућих чинилаца на облике државног уређења	144
Трећи одсек	
ОБЛИЦИ ПОЛИТИЧКОГ РЕЖИМА	146
1. Демократија	146
1.1. Схватања демократије	146
1.2. Преображаји демократије	148
1.3. Услови за постојање демократије	152
1.4. Елементи демократије	153
1.5. Врсте демократије	153
1.6. Непосредна демократија	155
1.7. Представничка демократија	157
1.8. Полунепосредна демократија	161
2. Аутократија	162
2.1. Појам и врсте аутократије	162
2.2. Конкретни обрасци тоталитаризма	165
Четврти одсек	
ОБЛИЦИ ВЛАДАВИНЕ	168
1. Правни положај шефа или поглавара државе	168
2. Монархија	170
2.1. Појам монархије и својства монарха	170
2.2. Врсте монархије	171
3. Република	173
3.1. Појам републике и својства председника	173
3.2. Врсте републике	175
4. Поређење монархије и републике	175

Други одељак
ПОЈАМ ПРАВА

I глава	
ОДРЕЂИВАЊЕ ПОЈМА ПРАВА	177
1. Језичка и садржинска одређења права	177
2. Схватања права у правној теорији и доктрини	179

2.1. Идеалистичке теорије и учења о праву	180
2.2. Реалистичке теорије и учења о праву	183
3. Како право може да се сазна, одреди и дефинише	186
4. Врсте дефиниција права	188
5. Заједничко у појму права	190
6. Оперативни појам права	194

II глава

ВРСТЕ ПРАВА	197
1. Врсте права према његовој природи	197
1.1. Природно право	197
2.2. Позитивно право	199
2. Врсте права према начину настанка и обележјима	200
2.1. Државно право	200
2.2. Друштвено право	200
3. Врсте права према областима регулисања	201
3.1. Међународно и унутрашње право	202
3.2. Јавно и приватно право	203
3.3. Материјално и формално право	204
3.4. Објективно и субјективно право	205

Трећи одељак
ОДНОС ДРЖАВЕ И ПРАВА

I глава

ОДРЕЂИВАЊЕ ОДНОСА ДРЖАВЕ И ПРАВА	207
1. Схватања о односу државе и права у правној теорији и доктрини	207
1.1. Теорије и учења која заговарају постојање односа државе и права	208
1.2. Теорије и учења која оспоравају постојање односа државе и права	209
2. Утицај државе на право и права на државу	211
2.1. Утицај државе на право	211
2.2. Утицај права на државу	213

II глава	
ПРАВНА ДРЖАВА – ВЛАДАВИНА ПРАВА	217
1. Учења о правној држави – владавини права и њихова унификација	217
2. Појам правне државе – владавине права	220
3. Правна држава – владавина права и правна култура	222
4. Правна држава – владавина права и стање државне нужде	224

Други део ПРАВНИ ПОРЕДАК

1. Природни, друштвени и правни поредак	231
2. Састав правног поретка	234
3. Стање правног поретка	235

Први одељак НОРМАТИВНИ ЕЛЕМЕНТ ПРАВНОГ ПОРЕТКА

I глава	
ПРАВНА НОРМА	237
1. Норма као друштвено правило које садржи заповест	237
2. Врсте друштвених норми	241
2.1. Техничке норме и стандарди	242
2.2. Друштвени и правни прописи	242
2.3. Разлике између друштвених, правних и моралних прописа (однос права и морала)	244
3. Појам правне норме	248
3.1. Шта је правна норма	249
3.2. Шта није правна норма	250
4. Састав правне норме	251
4.1. Претпоставка диспозиције правне норме	252
4.2. Диспозиција правне норме	253

4.3. Претпоставка санкције правне норме	257
4.4. Санкција правне норме.....	257
5. Врсте правних норми	259
6. Повезивање правних норми	261
II глава	
ПРАВНИ АКТ	265
1. Правни акт и правна норма.....	265
2. Појам и обележја нормативног правног акта	267
2.1. Карактеристични случајеви неслагања унутрашњег акта с његовим спољним изразом.....	267
2.2. Доношење нормативних правних аката.....	269
3. Облик и садржина нормативног правног акта.....	270
4. Формални и садржински појам нормативног правног акта	271
III глава	
ОПШТИ ПРАВНИ АКТИ (ФОРМАЛНИ ИЗВОРИ ПРАВА) И ЊИХОВЕ ГЛАВНЕ ВРСТЕ	273
1. Три врсте извора права.....	273
1.1. Материјални извор права.....	274
1.2. Вредносни извор права.....	275
1.3. Формални извор права	275
2. Стварање формалних извора права	277
3. Закон	279
3.1. Општи појам закона.....	279
3.2. Устав.....	280
3.3. Законик (кодификација).....	284
3.4. „Обични“ закони и законодавни поступак.....	286
3.5. Посебне врсте закона и привидни закони.....	288
3.6. Сличности и разлике између устава и закона	290
4. Државни општи правни акти нижи од закона.....	291
4.1. Подзаконски прописи	291
4.2. Сличности и разлике између закона и подзаконских прописа.....	294
5. Акти друштвених организација (аутономно право).....	295

5.1. Општи акти аутономног права.....	295
5.2. Аутономно право	296
6. Уговор (уговорно право)	297
7. Обичај (обичајно право).....	299
7.1. Обичајна норма као извор права.....	299
7.2. Обичајно право.....	301
8. Судска пресуда (судски прецедент и прецедентно право)	302
9. Судска пракса и пракса других органа.....	304
10. Правна наука (доктрина)	305
IV глава	
ПОЈЕДИНАЧНИ ПРАВНИ АКТИ И ЊИХОВЕ ГЛАВНЕ ВРСТЕ	
1. Појам и подела појединачних правних аката	309
1.1. Потпуни појединачни правни акти.....	310
1.2. Непотпуни појединачни правни акти.....	310
2. Најважније врсте појединачних правних аката	311
2.1. Указ.....	311
2.2. Управни акт	312
2.3. Правни посао.....	312
2.4. Судски акт.....	313
3. Сличности и разлике између појединачних правних аката.....	315

Други одељак
ФАКТИЧКИ ЕЛЕМЕНТ
ПРАВНОГ ПОРЕТКА

I глава	
СУБЈЕКТ И ОБЈЕКТ ПРАВА.....	
1. Правна личност и субјект права	317
2. Појам субјекта права	318
3. Врсте субјеката права	321
3.1. Физичко лице.....	321

3.2. Правно лице.....	324
4. Објект права.....	328
II глава	
ПРАВНИ ОДНОС.....	331
1. Појам и врсте правног односа.....	331
2. Састав правног односа.....	333
2.1. Правно овлашћење.....	334
2.2. Правна обавеза и њен однос с правним овлашћењем.....	334
3. Врсте правних овлашћења.....	335
3.1. Субјективно право.....	336
3.2. Надлежност.....	338
3.3. Право на правну заштиту.....	339
4. Злоупотреба правних овлашћења.....	340
4.1. Злоупотреба субјективног права.....	341
4.2. Злоупотреба надлежности.....	343
4.3. Злоупотреба права на правну заштиту.....	344
5. Врсте правних обавеза.....	345
6. Правно стање.....	345
7. Настанак, промена и престанак правних односа.....	346
III глава	
ПРАВНА ЧИЊЕНИЦА И ПРАВНА РАДЊА.....	349
1. Појам и врсте правних чињеница.....	349
2. Просторно-временска одређеност правних чињеница.....	350
3. Појам и врсте правних радњи.....	351
4. Материјални правни акти као правом регулисане људске телесне радње.....	353
IV глава	
ТУМАЧЕЊЕ ПРАВА.....	355
Први одсек	
ПОЈАМ ТУМАЧЕЊА ПРАВА.....	355
1. Шта је тумачење.....	355

2.	Тумачење права и његов значај.	358
2.1.	Општи појам тумачења права.	358
2.2.	Тумачење права као свакодневна правничка делатност и њен значај.	359
3.	Предмет тумачења права	360
3.1.	Схватања о предмету тумачења права	360
3.2.	Кругови тумачења права	361
4.	Тумачење права у ужем и ширем смислу.	361
4.1.	Тумачење правних норми и попуњавање правних празнина	361
4.2.	Врсте правних празнина које се попуњавају тумачењем у ширем смислу.	362
4.3.	Недоумице поводом одређивања и попуњавања правних празнина	363
5.	Врсте тумача и тумачења права	364
5.1.	Тумачење државних органа	365
5.2.	Тумачење друштвених субјеката	366
5.3.	Доктринарно тумачење.	366
6.	Средства тумачења права.	368
6.1.	Традиционална средства тумачења права	368
6.2.	Приговори теорије аргументације и обавезност средстава тумачења права	368
Други одсек		
ПОСТУПАК ТУМАЧЕЊА ПРАВА		370
1.	Утврђивање аутентичног текста правне норме (нижа критика правне норме).	370
2.	Утврђивање важења правне норме (виша критика правне норме).	371
2.1.	Појам и врсте важења правних норми.	372
2.2.	Просторно важење правних норми.	373
2.3.	Временско важење правних норми	374
2.4.	Време почетка важења правних норми	375
2.5.	Време престанка важења правних норми	376
2.6.	Персонално, системско и друге врсте важења правних норми.	377

3.	Језичко тумачење и значење правне норме	379
3.1.	Појам и врсте језичког тумачења	379
3.2.	Јасно и нејасно језичко значење правне норме	381
3.3.	Правила језичког тумачења	382
4.	Право значење правне норме	383
4.1.	Учења правних школа о правом значењу	383
4.2.	Везано тумачење и његове главне врсте	384
4.3.	Слободно тумачење (или стварање) права	387
4.4.	Право значење у формалном и материјалном смислу	388
5.	Средства и врсте тумачења за утврђивање правог значења приликом тумачења у ужем смислу	388
5.1.	Логичко тумачење	389
5.2.	Систематско тумачење	390
5.3.	Циљно (телеолошко) тумачење	391
5.4.	Историјско-правно и упоредноправно тумачење	393
6.	Средства за утврђивање правог значења приликом тумачења у ширем смислу	394
6.1.	Аналогија	394
6.2.	Разлог супротности	397
6.3.	Разлог „утолико пре“	398
6.4.	Разлог „ауторитета“	399
6.5.	Разлог „природе ствари“	399
6.6.	Разлог „апсурдности“	400
6.7.	Уско тумачење изузетака	400
6.8.	Попуњавање правних празнина општим начелима	401
7.	Упоређивање и исправљање језичког и правог значења	402
7.1.	Исправљање норме с јасним значењем у случају омашке	403
7.2.	Исправљање недовољне норме (случај правне празнине)	404
7.3.	Исправљање бесмислене норме	404
7.4.	Исправљање неодређене норме	405

V глава	
ПРИМЕНА ПРАВА	407
1. Општа знања о примени права	407
1.1. Појам и врсте примене права	408
1.2. Особине и услови за примену права	410
2. Поступак примене правне норме	411
3. Утврђивање чињеница	412
3.1. Правни докази	413
3.2. Правне претпоставке	414
3.3. Правне фикције	415
4. Правно закључивање	416
5. Непосредна примена и остваривање права	417

Трећи одељак
ЗАКОНИТОСТ КАО ЕЛЕМЕНТ
ПРАВНОГ ПОРЕТКА

I глава	
НОРМАТИВНА ЗАКОНИТОСТ	419
1. Појам, врсте и обележја нормативне законитости	419
2. Снага и обавезност правних аката	423
3. Средства за обезбеђење законитости правних аката	424
4. Правни лекови	426
5. Заштитник грађана (омбудсман)	428
6. Санкције због незаконитости правних аката	429
7. Правоснажност правних аката	431
8. Ступање на снагу правних аката	433
9. Извршност правних аката	435
II глава	
ПРАВНИ ОБЛИК	437
1. Појам правног облика	437
2. Процедуралност правног облика	438
3. Злоупотреба правног облика	440

Четврти одељак
ВРЕДНОСНИ ЕЛЕМЕНТ
ПРАВНОГ ПОРЕТКА

1. Слобода	441
2. Људско достојанство	444
3. Толеранција	445
4. Правда	447
5. Правичност	449
6. Сигурност	451
7. Једнакост	452
8. Ред	452
9. Мир	453
10. Целисходност	454
11. Делотворност	454
12. Чисто техничко-правне вредности	455

Трећи део
ПРАВНИ СИСТЕМ

1. Појам позитивног и научног правног система	460
2. Предмет систематизовања и састав правног система	461
2.1. Правне установе и подустанове	462
2.2. Правне гране и подгране	463
2.3. Правне области и подобласти	464
2.4. Правни подсистеми и системи	465
3. Главни светски правни системи	466
3.1. Правни системи Истока	466
3.2. Правни системи Запада	467
АБСТРАКТИ	471
ЛИТЕРАТУРА	481
BRIEF CONTENTS	485

НАПОМЕНА УЗ ОВО ИЗДАЊЕ

Размишљајући о књигама које би требало уврстити, закључио сам да би било корисно да у *Изабрана њравна дела* уврстим осмо издање уџбеника Увод у право из 2017. године као четврту по реду књигу. На то сам се одлучио због тога што ми се чини да уџбеник, овог пута објављен у монографском облику, и данас може да буде користан студентима права и читаоцима које интересује право.

Прво издање уџбеника објављено је 2010. године.

У Београду, 2022. године

Аутор

ПРЕДГОВОР ОСМОМ ИЗДАЊУ

Хуманистичке студије права треба да пружи једно заокружено теоријско-правно знање студентима на самом почетку њихових правних студија, али и читаоцима, који треба да се упознају са најзначајнијим резултатима правне науке и правничким начином размишљања и закључивања. То знање треба да постане трајан део њихове правне културе. Само хуманистички образовани правници и читаоци могу да мисле критички, а не само догматички. Они су само тада способни да у свом раду повежу исправно са истинитим.

Такви циљеви су аутору налагали знатан рад на уџбенику. То је учињено како би се додатно олакшало стицање неопходних основних, општих и нових знања о држави, праву и њиховом односу оличеном у владавини, поретку и систему права.

Надамо се да смо у уџбенику *Увод у право* успели да материју повежемо и изложимо јасно и прегледно. Такође, надамо се да смо успели да из једне шире перспективе прикажемо како функционишу држава и право који регулише све важне области друштвеног живота, а нарочито како функционише право као брана самовољи и произвољности.

Право обезбеђује предвидљивост у људским односима, а предвидљивост сапостојање људи у друштву. Као такво, оно је творевина људске цивилизације и културе.

У Београду, 2017. године

Аутор

Увод

УВОД У ПРАВО КАО САМОСТАЛНА ДИСЦИПЛИНА

1. Мисао и дисциплине о држави и праву

Правна наука је једна од најстаријих друштвених наука. Њено порекло сеже до самих почетака европске цивилизације, који су постављени у античкој филозофској и друштвеној мисли. Наталожена и систематизована општа знања о праву постепено су прерасла у правну дисциплину која је излагана као нека врста увода у правне науке уопште.

Најстарији и најпознатији примери уџбеника уводног карактера јесу Гајеве *Институције* (*Institutes*) из II века пре н. е. и *Институције* Јустинијановог *Corpus iuris civilis*-а из VI века. Такђе, у антици су настали зачеци будуће теорије државе и будуће (опште) теорије права.

У средњем веку је први сличан покушај уџбеничког карактера успешно извео 1275. године Вилхелм Дурантис у свом делу *Правничко ојледало* (*Speculum iudicale seu iuris*), али је тек у XVII веку (1638. године) Мозес Мунијус је објавио *Општиу љравну енциклопедију* (*Encyclopaedia iuris universi*), дело које је прво после Јустинијанове кодификације садржавало целокупно позитивно право у скраћеном облику, а не само попис зборника правних текстова уз метод о начину тумачења и примене правних прописа. Од тада, енциклопедијска издања излажу кратак преглед свих правних грана уз један методолошки део. Најпознатији је *Нацрт љравне енциклопедије* (*Entwurf einer juristischen Encyclopaedie*) Јохана Стефана Петера из 1757. године.

За разлику од теорије права, теорија државе је много мање развијана. Тек од XVI века, у време успона апсолутне монархије, обновљено је интересовање за државу. Оно је подржано одговарајућом књижевношћу из које се изнова развила теорија државе.

Најпознатија дела тог времена су Макијавелијев *Влагалац* (*Il Principe*) из 1513. године и Боденових *Шест књига о републици* (*Six livre de la république*) из 1576. године. Ипак, подробније проучавање државних активности довело је тек крајем XVIII века до стварања енциклопедија државних наука по узору на енциклопедије права, али се наука о држави и даље развијала се независно од науке о праву.¹

До промене је дошло тек у XIX веку, када су у немачкој филозофско-правној мисли наука о држави и наука о праву спојене у једну дисциплину – Теорију државе и права, чији је задатак да пружи апстрактна знања о држави и праву.² Немачки правници су први схватили колико је велики утицај теорије државе и права на државну и правну праксу.

У XX веку још једном се продубљује питање самосталног предмета опште теорије државе и права као апстрактне теоријске науке, што доводи до појаве нових теорија о држави, праву и њиховом односу. Долази и до тихе ренесансе природноправног учења или до настанка нових природноправних учења, јер се све више увиђа да социологизам и позитивизам нису довољни за исправно објашњење државе и права. Новину представља и обновљено интересовање за реторичка, топичка и херменеутичка разматрања правних проблема, као и за стварање нових нормативно-правних или интегралних државно-правних теорија. Појава поменутих теорија означава напуштање опште теорије државе и права у корист поновног заснивања посебних теорија права.

На измаку XX и почетку XXI века држава и право се све више истражују мултидисциплинарно, чиме су створени услови за тематско проширење интересовања за право. Поред традиционалних тема, развијају се нови конституционализам, правне феминистичке студије и студије рода, критичке правне студије, нормативна филозофија права, мултикултурализам, комунитаризам, биоетика и биојуристика, све до функционалистичких, кибернетских, информатичких, наративних и других теорија.³ Упоредо, долази до „великог растварања“ консолидованих школа и праваца због чега изгледа да више „није од тако велике користи традиционално разликовање јуснатурализма од јуспозитивизма и јусреализма“.⁴

1 Вид. Р. Лукић, *Теорија државе и њрава*, Београд 1976, 4–11.

2 Вид. J. Finch, *Introduction to Legal Theory*, 1979.

3 Д. Митровић, *Теорија државе и њрава*, Београд 2010, 244–359.

4 Г. Фасо, *Историја филозофије њрава*, Београд – Подгорица 2007, 661–710.

Приказани ток и развој правне мисли о држави и праву може се наћи у делима различитих назива: „Природно право“, „Енциклопедија права“, „Општа теорија државе и права“, „Теорија државе и права“, „Наука о држави и праву“, „Основи науке о држави и праву“, „Увод у правне науке“ и другим сличним. Поред ових, постоје и посебна дела уџбеничког карактера у којима се излаже само теорија права или само теорија државе. То није случај с Уводом у право као самосталном и апстрактном научном правном дисциплином у којој се систематски излаже оно што је основно и опште за државу и право, укључујући њихов однос и њихову теорију.

2. Појам Увода у право

Право обухвата скоро све иоле важне друштвене односе. Који су то све односи, не може унапред тачно да се одреди. Идеја права је постојана, али су његове границе непоуздане. Регулишући друштвене односе, право их надграђује и претвара у нову правну стварност. Та непрестана делатност, изазвана постојаним људским потребама, учинила је да правна наука буде једна од најстаријих наука, а да међу правним наукама Увод у право буде једна од најстаријих правних дисциплина.

Увод у право је и данас једна од најзначајнијих правних дисциплина како због свог главног предмета – државе и права, тако и због тога што друге конкретне правне и друштвене науке често морају да користе знања која пружа Увод у право, нарочито знања о основним и општим појмовима и законитостима државе и права које открива и објашњава управо ова дисциплина. То га јасно издваја као самосталну правну дисциплину. Али, Увод у право је самостална дисциплина и због тога што, као и свака друга наука, има свој особени предмет и метод. Он пружа објективна, критичка и методски изведена научна знања о држави и праву. По томе Увод може да се одреди као апстрактна теоријско-правна дисциплина која проучава државу и право као објективне друштвене појаве, за разлику од других конкретних позитивноправних или историјских правних дисциплина. Док позитивне правне науке првенствено изучавају садашње државе и важећа права, поједињавајући их по областима и гранама, а историјске правне науке некадашње државе и права, поједињавајући их или уопштавајући, дотле се Увод у право првенствено бави оним што је стално, постојано у држави и праву, што је заједничко и битно за све државе и сва права.

Такву замисао Увода у право потврђује састав његове материје у домаћим и страним уџбеницима. У првом делу се обично излажу основна и општа знања о држави и праву уз претходни кратак уводни део о самој дисциплини, а у другом делу основна и општа знања о поретку, односно систему права и њиховим елементима.

3. Предмет Увода у право

У стварности постоје само конкретне државе и конкретна права. Али њихово *реално* постојање у простору и времену није једино, иако је најупечатљивије. Држава и право постоје исто тако *идеално*, изван физичког простора и времена, као скуп чистих идеја и вредности (као апсолутна, морална или културна идеја), или *актуелно*, само у времену, као садржаји свести, психички процеси (као свест о средњовековној српској држави или садашњој држави Србији), који такође утичу на стварност. Увод у право излаже сва та сазнања о заједничким и суштинским квалитетима и везама који постоје или су постојали у свим државама и правима. Без тих знања држава и право уопште не би могли да постоје.

Поред основних квалитета и веза својствених свим конкретним државама и правима без којих они не могу да се замисле, постоје општи квалитети и везе својствени свим државама и правима у некој историјској епохи, у њиховим карактеристичним типовима или у њиховим главним системима. Такође, постоје квалитети и везе својствени само некој конкретној држави и конкретном праву, на основу којих се они јасно разликују од других конкретних држава и конкретних права унутар истог типа државног и правног система. Увод у право посматра све такве конкретне државе и права и издваја њихове најважније квалитете и везе. Такво проширивање предмета је неопходно због стицања потпунијих знања о држави и праву као објективно постојећим и нераздвојно повезаним друштвеним појавама, као и због саме целине излагања тих знања. За разлику од других позитивноправних или историјскоправних дисциплина, дакле, Увод у право проучава заједничке и суштинске квалитете и везе који постоје или су постојали у свим државама и правима. Он пружа општа и основна, целовита и искуствено проверљива сазнања о предмету свог истраживања. Та знања о квалитетима и везама државе и права изражавају се појмовима и законитостима.

Појмови су сазнања о суштини, тј. најважнијим обележјима појава. За Увод у право најважније су две главне врсте појмова. Први су *обични* појмови, преузети из живота, науке или струке (рођење, болест, технички нормативи), а други чисто *правни* појмови, тј. посебне творевине права. Чисто правни појмови деле се на непосредне и посредне. На пример, непосредни правни појам мужа или родитеља много је ближи обичној стварности него појам тужбе, тужиоца, окривљеног или редовних и ванредних правних лекова, јер се посредни правни појмови не налазе у обичној стварности али утичу на њу. Такође, према степену општости, правни појмови могу да буду основни, општи, посебни и појединачни. Увод у право се користи свим наведеним појмовима. Али, он своја знања о држави и праву излаже само коришћењем основних и општих правних појмова, док посебни и појединачни појмови ту служе само као грађа или илустрација за основне и опште појмове.⁵

Законитости (боље „закономерности“) су сазнања о правилностима које постоје међу појавама у распону од природних закона, преко закона вероватноће, све до тенденцијских правилности. Везе државе с правом, као и њихове везе с другим појавама, али и међусобне везе елемената државе, односно права, који као грађа улазе у њихов састав, најчешће се изражавају законима вероватноће. За њих се каже да су „мање строжи“ од природних закона, али да су „више строжи“ од тенденцијских правилности које често не могу ваљано да се разумеју и тачно објасне, а камоли предвиде. Тада се користи логика у ширем смислу, заснована на логичкој вероватноћи, за разлику од логике у ужем смислу, засноване на строгим логичким правилима.

Појмовима се држава и право описују као статичне појаве, док се законитостима објашњава њихово кретање, промена, тј. њихова динамичност.

4. Метод Увода у право

Метод је пут, начин, средство да се постигне неки циљ. То важи и за научни правни метод помоћу кога се стичу нова знања о држави и праву на основу претходно расположивих знања о

5 Вид. Р. Јеринг, *Циљ у праву*, I–II, Београд (1893–1894) 1998; Ж. Спасојевић, *Аналогија и шумачење. Прилози проучавању метода у приватном праву*, Београд 1996.

њима. Та претходна знања као метод могу да буду најопштија, када се црпу из најопштијих филозофских или социолошких учења о друштву, држави и праву, или сасвим конкретна, када се извлаче из чињеница о конкретним државама и правима. Али, Увод у право као самостална правна дисциплина располаже и својим посебним сазнајним методима.

Обично се каже да Увод у право користи правни и социолошки метод. Такво поједностављивање није сасвим исправно, иако је реч о карактеристичним методима Увода у право. Правни метод се назива још догматички (егзегетички, тумачећи, херменеутички), нормативни, логички, формалнолошки, а понекад аксиолошки, док социолошки метод понекад обухвата психолошки и политиколошки метод. Због тога је исправније рећи да Увод у право користи као најважније следеће сазнајне методе:

- *догматички*, који се првенствено користи за утврђивање значења и смисла правних појава. Главни задатак догматичког метода је да исправним поступцима утврди истинито, право значење правних норми;
- *нормативни*, који се састоји у истраживању и сазнавању права као целовитог система. Њиме се утврђује какав је нормативан састав права, који су његови делови и какве све непосредне врсте веза постоје између њих;
- *логички*, којим се научно утврђују искуствено проверљиве логичке везе између разних елемената и делова права, јер је само право једна логичка творевина састављена од различитих делова и елемената. Састоји се у употреби правила логике као средства (нарочито логичких правила непротивречности, истоветности или искључења трећег) за истраживање права као искуствене појаве. Тим правилима се утврђује да ли су добијени искази уопште логички могући, тј. да ли су јасни и истинити или бесмислени и погрешни. Најважније је да се, када је то могуће, из правне појаве (нпр., норме или њиховог скупа) извлаче се значења која се не могу добити другим методима;
- *социолошки*, којим се истражује друштвена страна права, тј. право као друштвена појава и његове везе с другим сличним појавама, пре свега са државом. Овај метод је

нарочито погодан за истраживање друштвених узрока и околности које утичу на право и одређују га;

- *психолошки*, којим се истражује право као психичка појава, тј. као садржај правне свести људи, укључујући ту и њихов став према праву;
- *психолошки*, којим се право изучава као политичка појава. Његов задатак није да утврди вредности које треба да остварује право, што је задатак филозофског аксиолошког метода, нарочито његове етичке варијанте, већ да испита у којој се мери те вредности збиља остварују уз помоћ права;
- *историјски*, помоћни метод којим се аналитички истражује и сазнаје право као историјска појава. Спада у посебну врсту помоћног социолошко-аналитичког метода. Састоји се из упоређивања старе и нове норме како би се уочиле промене, открили поводи (*occasio legis*) за њихово доношење и испитали сви претходећи припремни материјали (нацрти, објашњења, допуне и друга архивска грађа). Историјски метод је погодан за утврђивање воље творца норме, циља норме или њене улоге у тренутку важења који припада прошлости. Понекад омогућава откривање дубљих, трајнијих и кориснијих извора друштвених интереса и вредности важних за боље разумевање континуитета права.
- *упоредни (компаративни)*, који се као помоћни метод састоји из упоредноправног истраживања најмање два дела два различита национална права (нпр., норме којима се одређује правна установа заштитника грађана /омбудсмана/ у различитим националним правима). Добијени резултати могу да послуже као научна и практична припрема за коришћење правних трансплантата.⁶

Резултати добијени применом наведених сазнајних метода систематизују се и чине посебне правне дисциплине: правну догматику, нормативну правну теорију, правну логику, правну аксиологију, правну социологију, правну психологију, правну политикологију, правну историју, упоредну правну теорију итд.

6 Вид. *Међународни симпозијум о методологији правних наука*, Београд 1973; Р. Лукић, *Методологија права*, (Београд 1977, 1996, 2003); С. Врачар, *Преиспитивање правне методологије. Најновији државно-правни интернализма*, Београд 1994 (2000).

5. Однос Увода у право према другим дисциплинама

Између Увода у право као самосталне научне правне дисциплине и других дисциплина постоје разноврсне везе које одређују његово место, значај и домашај. Зависно од врсте дисциплина, могу се разликовати везе Увода у право с конкретним и апстрактним „правним“ дисциплинама, „неправним“ научним дисциплинама и „наднаучним“ правним дисциплинама.

Између Увода у право као апстрактне правне науке и конкретних правних наука постоје бројне везе. Увод у право обрађује материјал који добија од конкретних позитивноправних и историјскоправних дисциплина, али је његов главни задатак да из тог материјала извуче највише појмове и открије законитости који важе за све државе и права. Због тога се за Увод у право каже да је *основна наука*, јер пружа основна научна знања о држави и праву, њиховој суштини и повезаности с другим сродним појавама. Таква знања не може да пружи ниједна конкретна правна наука. Увод у право је и *ојшћиа наука* јер пружа општа научна знања о држави и праву, до којих долази уопштавањем и апстракцијом сазнања која дају конкретне правне науке, што га чини својеврсном синтезом конкретних правних наука. Најзад, поред тога што је основна и општа правна наука, он је и *уводна наука* која се изучава на почетку правних студија, за разлику од *завршне* опште, апстрактне правне науке, која се у проширеном облику Теорије државе и права или суженом облику Правне теорије изучава на завршној години правних студија, после подробног упознавања с позитивноправним дисциплинама.

Увод у право се разликује и од других њему сродних апстрактних правних наука. Он се пре свега разликује од *јуриспруденције* (која може да буде етичка, аналитичка, појмовна, концептуална, социолошка, етнолошка, психоаналитичка итд., а не само правна) и *метѡајуриспруденције* (критичког промишљања јуриспруденције /Норберто Бобио/). Римски правник Улпијан је јуриспруденцију одредио као правну науку о познавању свега што је људско и божанско, као и способност да се одвоји правично од неправичног (*Iurisprudencia est divinarum atque humanorum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*).⁷ Некад се бавила питањима појма и природе права или сврхом и односима права са друштвом, а све донедавно, сужено, унутрашњим проблемима и систематским

7 Д. Стојчевић, А. Ромац, *Dicta et regulae iuris*, Београд 1984, 247.

излагањем права из чега је извучила своје одговоре на поменута стара питања.⁸ Неки писци, као Алф Рос, сматрају да јуриспруденција није посебна „грана правне науке“ и да не обухвата „разнолика општа учења о праву“.⁹ Таква неодређеност је произвела неочекивано: да се данас јуриспруденција све чешће изједначава с теоријом, социологијом и филозофијом права или да се чак сматра заменом за њих.¹⁰ Тај неутемељени „тријумфализам“ је нарочито видљив на Западу, а у нешто мањој мери у Западној Европи, у којој су нарочито у међуратном времену помно неговане немачка и италијанска јуриспруденција упоредо с теоријом и филозофијом права.¹¹ У сваком случају, разлика између јуриспруденције, теорије права и филозофије права је јасна: јуриспруденција не може с таквим степеном ширине и уопштавања да разматра теме којима се баве теорија и филозофија права. Њен поглед може да буде само проблемски изоштренији, али она није најподеснија за давање одговора на универзална, вечна или врхунска питања права. Када се упореде, показује се да су резултати јуриспруденције ужег обима и мањег степена уопштености. Када није тако, не ради се о јуриспруденцији већ о теорији или филозофији права које се погрешно називају – јуриспруденција. Јуриспруденција је прво збир па тек затим систем. Та чињеница је навела неке правне писце, као што је случај са Јулиусом Кирхманом, да пишу о безвредности јуриспруденције као науке.¹²

Увод у право се разликује и од *правне теорије*, која је шира јер обухвата различите правне теорије државе, а не само права. Он се разликује и од *теорије државе и права*, која је шира од Правне теорије и Увода у право, јер обухвата различите теорије државе и права које нису правне или барем нису правног порекла.¹³

8 Вид. М. D. A. Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, London 2001; N. E. Simmonds, *Central Issues in Jurisprudence*, Cambridge 2002; S. Veitch, E. Cristodoulidis, Farmer, L., *Jurisprudence: Themes and Concepts*, London & New York, 2007.

9 А. Рос, *Право и правда*, Београд – Подгорица 1996, 22 и даље.

10 S. Veitch, E. Cristodoulidis, L. Farmer, 18 и даље. Вид. W. Morrison: *Jurisprudence: from the Greeks to Post-Modernism*, London & New York 1997; N. Bunin, J. Yu, *The Blackwell Dictionary of Western Philosophy*, Chichester 2004.

11 Вид. Г. Митровић, *Специфичности аналитичке јуриспруденције у енглеској, немачкој и италијанској правној мисли*, докторски рад, Правни факултет Универзитета у Новом Саду 2012.

12 Вид. J. von Kirchmann, *Die Werltlösigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Berlin 1848.

13 Вид. Д. Митровић, *Теорија државе и права*, 29–35; *Правна теорија*, Београд 2007, 24–33.

Може се разматрати и однос Увода у право према научним „неправним“ дисциплинама (социологији, психологији, економији, политикологији итд.), јер држава и право одавно нису искључиви предмет правне науке. Исто тако, може се разматрати однос Увода у право према „наднаучним“ дисциплинама (филозофији, религији, митологији, идеологији итд., а нарочито према правној филозофији). И ове врсте веза показују да Увод у право представља основну, општу и уводну, тј. самосталну апстрактну теоријску правну науку о држави, праву и њиховом односу, само прилагођену уџбеничким потребама студената прве године студија права.¹⁴

14 Вид. P. Roubier, *Théorie générale du droit histoire des doctrines juridiques et philosophies des valeurs sociales*, Paris 1946; M. Villey, *Leçons d'Histoire de la philosophie du droit*, Paris 1962; J. W. Harris, *Legal Philosophies*, Oxford Un. Press, 1980; Ж. Карбоније, *Правна социологија*, Сремски Карловци – Подгорица 1992; N. Visković, *Teorija države i prava*, Zagreb 2001 (2006); D. Vrban, *Sociologija prava. Uvod i izvorišne osnove*, Zagreb 2006; Д. Митровић, *Правна теорија*, Београд 2007; Г. Вукадиновић, *Теорија права I–II*, Нови Сад 2008; Deflem, *Sociology of Law*, Cambridge Un. Press, 2008.

Први део

ОСНОВНА И ОПШТА
ЗНАЊА О ДРЖАВИ И ПРАВУ

Први одељак ПОЈАМ ДРЖАВЕ

I глава

ДРЖАВА КАО ДРУШТВЕНА И ПРАВНА ПОЈАВА

1. Језичка и вредносна одређења државе

У души државе постоји извесно тајанство о коме не сме да се говори, а чије је дејство божанственије но што дух и перо могу да опишу.¹⁵ Ову Шекспирову мисао као да потврђују велике тешкоће са којима се сусреће наука приликом одређивања појма државе. Те тешкоће се јављају пре свега због њене сложене природе.

Државу је тешко одредити и зато што се појављује под бројним именима, тј. *називима* који се користе за њено означавање. Најважнија су три њена назива, јер су они носиоци три различита схватања и значења државе.

Први је *res publica*, који означава јавну или заједничку ствар у друштву, јавну или заједничку друштвену тековину, јавно или заједничко добро у неком друштву, а не републику као облик владавине. Такав назив за државу задржали су Пољаци – *rzeczpospolita*. Исти смисао је имала и енглеска реч *commonwealth*, чије је значење данас измењено. Другачије називе користе романски и германски народи – *il stato*, *État*, *Staat* или *state*, којима се означава стање, уређење или стабилан поредак, као и Чеси – *stat*. Сви наведени називи представљају изведенице из латинске речи *status*, која има још старије корене у индоевропској речи *sta*, која такође значи стање, постојаност, стабилност. Трећи назив – *држава*, *государство* или *panstvo*, карактеристичан је за

15 Вид. више Д. Митровић, „Вилијам Шекспир о држави и праву“, *Анали Правној факултету у Београду*, 1–2/1990, 95–118.

већину данашњих словенских народа. Њиме се истиче да се држава заснива на потчињавању власти која држи и одржава земљу и сав друштвени поредак.¹⁶ То потврђује још старији српски назив *држава* (од *држж*, *држ*), у смислу држати, тј. поседовати, имати у својој власти, стабилизovati, али и чинити, вршити и чувати, који садржи исто значење државе као и односни западноевропски изрази, јер се ради о истој појави.

Поред наведених главних назива, постојали су или се и данас користе: *polis*, *civitas*, *regnum*, *imperium*, *land*, *terre* или *terra*. Док грчка реч полис означава државу као целовиту људску заједницу за коју је човек судбински везан (за разлику од домаћинства *oikos* и универзалне државе свих људи *kosmopolis*), а *civitas*, *regnum* и *imperium* државу као политичку заједницу, *land*, *terre* и *terra* означавају државу као претежно територијалну заједницу.¹⁷

Државу је тешко одредити и зато што се њен значај различито оцењује, када долазе до изражаја различити политички ставови писаца.¹⁸ Према неким, држава је непотребна, штетна установа коју треба „укинути“ револуционарним чином (анархисти) или пустити да „одумре“ (марксисте). Према другима, држава је потребна и изузетно корисна друштвена установа. Она је „смртни бог“ (*deus mortalis*, Хобс) или барем „нешто земаљски божанствено“ (*Irisch-Göttliches*, Хегел). Према трећима, човек је очигледно „политичко биће“ (*zoon politikon*, Аристотел) упућено на живот у заједници. Ако држава и није човеков највиши или коначни циљ, она је, ипак, нужно средство за остварење скоро свих других његових личних и друштвених циљева. Што људи свесније схватају услове свог живота, треба више да раде на усавршавању своје државе.

2. Држава и друштво

Антички народи нису јасно разликовали друштво од државе. Римски *status publicus* као претеча модерног појма „државе у друштву“ није се разликовао од појма „друштва у држави“ (*civitas*). Тек је Николо Макијавели у средњем веку успео да раздвоји појам државе као модерне, стабилне и дефинисане политичке заједнице

16 Е. Спекторски, *Држава и њен животи*, Београд (1933) 2000, 21.

17 D. Vrban, *Država i pravo*, Zagreb 2003, 14, 24–25.

18 K. von Beyme, *Suvremene političke teorije*, Zagreb 1976, 154–155.

це (*il stato*) од средњовековног појма друштва (*civitas sive civitas civilis*), од када је било могуће разликовати и раздвојити државу од друштва у смислу данашњих израза *government* (управљање, власт, влада) и *civil society* (грађанско друштво). Упркос том раздвајању, држава је и даље утоплена у друштво и друштво је утоплено у државу. Таква повезаност је разумљива, јер је држава изразито друштвена појава многоструко повезана са скоро свим другим друштвеним појавама. Те везе произлазе из три главне врсте веза које се успостављају између државе и друштва: биолошких веза крвног сродства, економских веза производње и расподеле материјалних добара и духовних веза моралног и интелектуалног развојта.¹⁹ На основу тих веза државе с најважнијим друштвеним појавама (производњом и расподелом, друштвеним групама и класама, народом, културом, вером, идеологијом итд.) може се одредити појам државе као друштвене заједнице (*communitas*), који данас представља претежно културално-психички појам.

Биолошке везе крвног сродства представљају првобитни извор објективног поретка у људском друштву, јер су омогућиле прелазак збира у систем, тј. скупа у заједницу. На основу тих веза успостављају се различите врсте друштвених заједница, од рода и племена до њихових савеза. На крају се ствара највише духовно јединство које некадашње родове и племена претвара најпре у народ, а затим у становнике државе. Због тога се за становништво, тј. народ у држави, каже да представља укупност разнородних друштвених група. Свака група се заснива на посебности и унутрашњем јединству заједничког интереса и све више и све чешће почиње да функционише на интересној основи. Будући да више не опстају на љубави и узајамном поверењу као породица, такве групе су подесне за упражњавање права, али су сасвим неподесне за упражњавање вештине трагања за правдом којом се често образлаже потреба њиховог постојања и признавања.²⁰ Тако су љубав и поверење замењени потребом за проналажење равнотеже у заједници. На тој равнотежи се заснива читава државна организација. Њен задатак је да се стара о свим интересима и да у њима проналази унутрашње заједничко јединство које се синтетички изражава у облику највишег општег интереса.²¹

Економске везе производње и расподеле материјалних добара такође одлучујуће утичу на настанак и распоређивање друштва-

19 Ф. Тарановски, *Енциклопедија љрава*, Београд (1923) 2003, 401 и даље.

20 M. Viley, *Pravo i prava čovjeka*, Zagreb 2002, 37 и даље.

21 Ф. Тарановски, 401–402.

них група. Оне доводе до даљег усложњавања већ образованог друштвеног система. Такође, економске везе више не зависе од биолошких веза крвног сродства, већ од упућености појединаца једних на друге, од њихове сарадње (кооперације) која је неопходна за опстанак друштва.

За најједноставнију кооперацију у првобитној производњи је карактеристично опште економско сиромаштво. Оно није могло да доведе до изразитих економских разлика између саставних делова друштва. Али, од када је друштвена кооперација постала сложенија, ојачаном производњом је повећан укупан збир расположивих добара. Њихово постојано прикупљање и распо­ређивање, а нарочито неједнако присвајање имовинских добара, довели су на крају до поделе друштва на *друшћивене класе* имућних и сиромашних.²² Из те основне поделе проистекле су друге друштвене поделе између крупних, средњих и ситних поседника и сопственика, тј. земљопоседника, трговаца, индустријалаца, новчаних капиталиста итд., и пољопривредних и фабричких радника у ситним, средњим и крупним предузећима. Тој подели треба додати још једну поделу до које је довела даља специјализација друштвеног рада. Она се односи на широку област интелектуалног техничког и теоријског рада који је обухваћен општим појмом слободних струка (професија).

Економске везе су довеле до раслојавања становништва и његовог распоређивања по хијерархијском обрасцу на више и ниже *друшћивене класе* и *друшћивене слојеве*. Та чињеница је омогућила да се целокупно друштво организује не само према вертикално одвојеним основним друштвеним класама већ и према вертикално и хоризонтално одвојеним друштвеним слојевима. За таква друштва се каже да су *хијерокрајски* уређена, јер је у њима друштвена неједнакост стекла институционално-инструментални облик.²³ Економске везе су довеле и до поделе делова државне територије на *локалне заједнице, ошћине, градове, њровинције, областии* или *колоније*. До тога је дошло када се економским интересима придружила тежња за националним одвајањем или религијском слободом, што је још више искомпликовало ионако сложен састав друштва, доводећи до усложњавања његове државне

22 Вид. *Ž. Ž. Ruso, O porijeklu i osnovama nejednakosti među ljudima*, Zagreb 1977.

23 Хијерократија не представља посебан облик власти, већ подлогу сваком политичком и друштвеном облику власти засноване на друштвеној неједнакости (М. Вебер, *Привреда и друшћиво*, II, Београд 1976, 245–297).

и правне организације која треба да утврђује или поравнава друштвене разлике.²⁴

Постоје и *духовне везе* социјалне диференцијације и интеграције. Оне се испољавају најпре у *релији* као најстаријем, најраспрострањенијем и најмоћнијем облику духовног живота који садржи непроменљиве и вечне елементе људске природе. Организован скуп појединаца који припадају истој вероисповести сачињава *цркву* или *релијијску заједницу*. Поједине цркве и религијске заједнице образују посебне друштвене групе које теже искључивом владању или равноправности с другима у држави. На духовним везама се заснивају и различита *културна удружења*, а у извесном смислу и *политичке странке*. Та удружења иступају као посебне друштвене организације ради остваривања својих посебних интереса и циљева.²⁵

Наведене главне врсте друштвених веза омогућавају успостављање друштвене организације. За њу се каже да представља по одређеним правилима уређен скуп људи који међусобно врше (хијерархијски распоређене) различите послове ради постизања заједничких циљева коришћењем одговарајућих средстава.

3. Држава као друштвена организација

У правној науци је одавно прихваћено да држава представља посебну друштвену организацију. Држава и друштво нису само апстрактни појмови већ и стварне силе и носиоци два различита схватања заједничког живота – државног и друштвеног. Државно схватање се заснива на уверењу да нема постојане друштвене заједнице без државе. Друштвено схватање се заснива на уверењу да је најбољи облик заједничког живота самоодређивање и добровољно удруживање. Према првом схватању, држава је чинилац и покретач друштвеног живота. Према другом схватању, друштво је чинилац и покретач државе. Гесло државе је *власт*, а друштва *слобода*. Али, у стварном животу нема власти без слободе, нити слободе без власти. Чиста власт, без слободе, доводи до тоталитаризма, тј. ропства, а чиста слобода до анархије, тј. безвлашћа. Због тога свака нормална држава мора да садржи оба ова начела у једном уравнотеженом односу. Ту идеју о синтези власти и слободе

24 Ф. Тарановски, 403–404.

25 *Ibid.*, 405–406.

први је истакао Шарл Монтескје у XVII веку говорећи о уређеној уставној држави каква је већ у његово доба била Енглеска.

На поменутом разликовању власти од слободе образоване су две велике групе теорија. Оне објашњавају државу зависно од тога којој страни државе дају предност. На пример, првој групи припадају уговорне и солидаристичке теорије, а другој утопистичке и неке социолошке и политичке теорије.²⁶ Прве државу приказују првенствено као општедруштвену организацију. Друге државу приказују као изразито класну организацију. На основу ових и других сличних теорија, одређују се појам и основни састав државе у којима се сусрећу обе ове организације (као Јин и Јанг). Иако се разликују по својој делатности, оне, тек заједно узете, сачињавају потпуни појам државе.

Приликом одређивања појма државе као друштвене организације велику тешкоћу представља то што писци предност дају спољашњем (формалном) или унутрашњем (материјалном) елементу државе. Најпрепознатљивији спољашњи елемент државе је монопол физичке силе. Његову улогу писци различито одређују. Према једнима, *монойол физичке силе* није важан за одређивање државе, према другима, управо он представља њено најважније и најпрепознатљивије спољашње обележје, док према трећима монопол физичке силе није довољан за верно одређивање суштине државе – он је само знак да постоји нешто дубље што га одређује (моћ, ауторитет или друштвена власт). Други, унутрашњи елемент, односи се на функцију државе коју писци такође различито одређују.

Упркос очигледним неслагањима правних писаца, треба имати на уму да држава једина изворно располаже оружаном (физичком), економском и идеолошком моћи, којом други субјекти уопште не могу да располажу или барем не могу да располажу у толикој мери. Она ту моћ користи како би остварила своје циљеве у друштву.

Да држава располаже *оружаном моћи* захваљујући поседовању монопола физичке силе заснованом на постојању оружаних снага и легалне физичке принуде у друштву – готово је очигледно.

26 Вид. С. Јовановић, *Основи њравне теорије о држави*, Београд 1906; *О држави. Основи једне њравне теорије*, Београд 1922 (2011); К. Marks, *Prilog jevrejskom pitanju, Rani radovi*, Zagreb 1967; N. Poulantzas, *A propos de la théorie marxistete du droit*, XII, 1967; *La renaissance du droit naturel en Allemagne*, 1994; X. Келзен, „Социјализам и држава“, X. Келзен, М. Адлер, *Марксизам и држава – две расправе у сиору*, Београд 1985; Л. Диги, *Преображаји јавној њрави*, Београд (1929) 1998; Р. Јеринг, *Борба за њраво*, Београд (1874) 1998.

Оружана моћ државе представља крајње средство изнуђивања за којим држава посеже тек када су исцрпљена сва друга економска и идеолошка средства. У старијим државама тај монопол није био уочен и јасно одређен, што јесте случај с данашњим модерним државама.

Економска моћ државе огледа се првенствено у располагању материјалним богатствима која се и данас прибављају на различите начине: од ратних освајања до национализовања домаће привреде. На тај начин држава постаје једно од средишта усмеравања укупног привредног и културног живота, повлашћујући или потискујући интересе и пројекте других субјеката. То је могуће спровести јер је најмоћнији појединац слабији од најнемоћније државе.

Држава поседује и све већу *духовно-идеолошку моћ* у друштву. Као што не постоји државна власт која не употребљава идеолошку принуду, тако су ретке и оне власти које нису успешне у њеној примени. Некада је држава окупљала и издржавала готово све иоле образоване особе. Данас се ова њена моћ састоји у свесном и планском обликовању свести зарад одређеног понашања људи. Томе нарочито служи идеологија као скуп рационално и емотивно изражених ставова којима образованије и богатије друштвене групе вреднују, оправдавају и објашњавају најважније стране друштвеног живота на заокружен и целовит начин. Некада је то чињено везивањем политичке власти за религију како би се оправдали теократски и аутократски пореци. Данас се то чини много успешније коришћењем средстава масовне комуникације (штампе, радија, телевизије, интернета итд.), тих савремених „рибара људских душа“. Али, не треба занемарити ни идеолошки утицај политичких странака и организација, организовање образовања или барем надзора над образовањем и васпитавањем омладине итд. Таква идеолошка моћ представља најблажи и најделотворнији облик принуде, којим се најлакше оправдава и легитимизује економска и оружана принуда у друштву. У савременим демократским друштвима државна принуда почива на сагласности о основним политичким идеалима и главним државним циљевима. Због тога се њена примена своди на најмању могућу меру.²⁷

У правној и друштвеној науци постоји неслагање и око *јосћанка државе*. Већина теорија сматра да држава представља веома стару творевину друштва. Али, у новије доба, појавиле су се теорије у којима се држава сматра творевином модерног доба.

27 N. Visković, 28–32.

Према њима, држава је настала током XVI и XVII века у Европи, нарочито по окончању Тридесетогодишњег рата у немачким земљама и закључењу Вестфалског мира 1648. године, када су ограничене универзалне претензије Римокатоличке цркве над световном влашћу и створен институционализован „државно-центричан“ појам суверених држава који је прихваћен и данас. Ове теорије државу поистовећују с постанком модерних грађанских држава позивајући се на следећа „типска својства модерне државе“:

- постојање централизоване политичке власти засноване на монопољу физичке силе и државној суверености;
- афирмација националне државе и националне суверености;
- демократизовање политичког система и афирмација учења о народној суверености;
- остваривање функционалне посебности државе развијањем система заштите слобода и права грађана;
- постојање развијених служби социјалне заштите за најугроженије делове становништва;
- подстицање материјалног и духовног развоја друштва, на супрот чисто угњетачкој улози државе;
- секуларизовање и деидеологизовање државне власти која треба све више да се стара о ширим и најопштијим друштвеним интересима;
- специјализација, професионализација и деперсонализација државне власти, тј. њена рационализација;
- развијена институционализација политичке власти, до које се долази њеним претапањем у трајније институције система подржане стварањем општих, постојаних и ефикасних правних правила итд.²⁸

Иако се данас ни за једну државу не може рећи да поседује сва наведена типска својства у пуној мери, то савремене државе и друштва, а нарочито државе и друштва у транзицији и развоју, не лишава потребе да истрају на испуњавању тог великог цивилизацијског задатка.

Држава се дакле не види, али се осећа. Виде се само обе лежја која је представљају: застава, грб, химна итд. или средства и

28 *Ibid.*, 84–88.

објекти које користи. Ипак, држава споља може да се одреди као посебна и јединствена друштвена организација која располаже монополом физичке силе. Посматрана изнутра, држава је непотпуно хармонична организација, јер су интереси њених чланова с једног, ширег, гледишта подударни, а с другог, ужег, супротни. Због тога држава има велики број теоријских и доктринарних значења, али само три главна, стална и оперативна.

4. Схватања државе у правној теорији и доктрини

У правној филозофији и теорији постоји велики број учења о држави. Могу се разврстати на идеалистичка и реалистичка,²⁹ по томе какво схватање државе у сваком од тих учења претеже или којој се страни државе даје предност над бројним другим странама.

4.1. Идеалистичке теорије и учења о држави

У идеалистичким теоријама и учењима држава се разматра или као химера, или као идеја ван реалног света, сасвим независна од њега, која се у том свету само огледа и одражава, или као идеја која постоји у реалном свету, у коме се јединствено с њим оваплоћује.³⁰ Суштина државе садржана је у идеји која надилази реалан, искуствени свет и његове законитости. Због тога се у идеалистичким теоријама излаже каква држава треба да буде независно од тога да ли су постављени циљеви сигурно или вероватно недостижни.

Постоје три главне врсте ових теорија: утопистичке, природноправне и етичко-културалистичке.

Утопистичке теорије баве се или идеалном државом или идеалним владаром, који никада и нигде нису постојали, или стварањем државе у којој власт има већина народа, или пак укидањем државе као још једне заблуде човечанства. Треба поменути Платоново утопистичко-идеалистичко учење о држави, средњовековне утописте (нпр., Томаса Мора, Томаза Кампанелу), соција-

29 Вид. J. K. Bluntschli, *The Theory of the State*, 2001; Y. Barzel, *A Theory of the State*, Washington 2002; P. J. Steinberger, *The Idea of the State*, 2005; E. Винсент, *Теорије државе*, Београд 2009; М. Тропер, *Правна теорија државе*, Београд 2014.

30 Р. Лукић, *Теорија државе и права*, Београд 1976, 72.

листе-утописте у XIX веку (нпр., Габријела Боно Маблија, Марсела Морелија), анархосоцијалисте (нпр., Клода Анрија де Сен-Симона, Пјера Жозефа Прудона) и анархисте (нпр., Вилијама Годвина, Михаила Бакуњина, Пјотра Кропоткина, Макса Штирнера, Ему Голдман, Бертрана Расела, Ноама Чомског).³¹

Да утопистичке теорије понекад могу да буду испред свог времена, а не само изван њега, показује спис Франсиса Бејкона *Нова Атлантида* (*New Atlantis*, објављен 1624. на латинском и 1627. на енглеском језику), који се сматра важним идејним и програмским подстицајем, као и инспирацијом за оснивање САД. Данас претежу дистопијске теорије о држави.

Природнојравне теорије су израз трагања за нечим што је вероватно, а тиме и могуће постићи: све бољу и најбољу државу. Платон је први у својим запажањима о стварности државе указао на многе истине о њој. Његово учење је извршило велики утицај током историје. Тај утицај је и данас препознатљив. Али, тек је Аристотел први систематски развио учење о држави које није утопијско, већ рационалистичко и природноправно. Тиме је постао и први мислилац који је утемељио научно истраживање света, државе и права.

После Аристотела наступа раздобље које се назива хеленистичким периодом (Полибије, Епикур, Сенека, Марко Аурелије). На период хеленизма надовезује се римска правно-политичка мисао (Цицерон).

Пропашћу Рима и јачањем хришћанства уобличава се филозофско-теолошка мисао о држави у којој централно место припада односу цркве и државе, то јест питању ко је легитиман носилац власти у друштву. Од патристике до схоластике на то питање су најуспешније одговорили Аурелије Августин и Тома Аквински у својим главним делима (*De Civitate Dei contra Paganos* из 420. године, односно *Summa Theologiae* из 1274. године).

31 Вид. P. J. Proudhon, *Qu'est-ce que la propriété*, 1840; *La capacité politique de la classe ouvrière*, 1865; Н. Бакуњин, *Государственный и анархия*, Цирих 1873; Т. Кампанела, *Град сунца*, Београд 1953; Т. Мор, *Утопија*, Београд 1964; Платон, *Држава*, Београд 1969; *Државник*, Београд 1969; *Закони*, Београд 1971; Р. Лукић, *Историја политичких и правних теорија*, I: *Од антике до почетка XVII века*, Београд 1973; С. Н. de Saint-Simon, *Izbor iz djela*, Zagreb 1979; *Država i sloboda*, Zagreb 1979; П. А. Кропоткин, *Анархизам и морал*, Београд 1984; *Анархија*, Београд 2000; Љ. Тадић, *Филозофија права*, Београд 1996 (Загреб 1983); Б. Расел, *Историја западне филозофије*, Београд 1998; Н. Чомски, *Нужне илузије: контрола мисли у демократским друштвима*, Нови Сад 2000.

На измаку средњег века појавиле су се прве модерне уговорне природноправне теорије о држави. Сусрећу први пут код софиста, Јевреја, у Старом и Новом завету, а затим код епикурејаца и кроз цео средњи век, све до данас. Њихова суштина састоји се у томе што настанак државе објашњавају склапањем *друштвеној ујовора* на основу кога се успоставља држава и одређује њен карактер. Ове теорије су и природноправне јер полазе од става да сви људи рођењем стичу извесна природна, урођена и неотуђива права, док држава представља установу за заштиту тих њихових права (нпр., Томас Хобс, Џон Лок, Жан-Жак Русо). Уговорна природноправна учења постоје и данас (нпр., Џон Ролс, Отфрид Хефе).³²

Етичко-културалистичке теорије су резултат рационалног објашњења објективно постојеће идеје „умне државе“ (нпр., Имануел Кант, Јохан Готлиб Фихте, Фридрих Вилхелм Јозеф Шелинг). Оне су усмерене ка истраживању исправне или најисправније државе коју одређују као „највишу личност“, „остварени морал и слободу“ или „градитеља културе“ (нпр., Самуел Пуфендорф, Георг Вилхелм Фридрих Хегел, Лоренц фон Штајн, Јозеф Биндер, Јозеф Колер).³³

4.2. Реалистичке теорије и учења о држави

У реалистичким теоријама и учењима држава се разматра као појава реалног света у коме постоји и оваплоћује се. Суштина државе садржана је у искуственом свету и одређена његовим законитостима. Такође, реалистичке теорије се баве државом независно од тога да ли је реч о постојећим или некадашњим државама, због чега су обухватније од сличних теорија које разматрају *мишску државу*, чија се слика изводи из стварности тако што се код стварних држава издвајају оне црте које су им заједничке.³⁴

Постоје три главне врсте ових теорија: правне, социолошке и политичке.

32 Вид. Т. Хобс, *Левијатан*, Београд 1960 (2011); Ж.-Ж. Русо, *Друштвени ујовор*, Београд 1974; Џ. Лок, *Две расправе о влади*, I–II, Београд 1979; Аристотел, *Политика*, Београд 1980; Т. Akvinski, *Država*, Zagreb 1990; Цицерон, *Држава*, Београд 2002.

33 Вид. J. Kohler, *Lebruch des Rechtsphilosophie*, 1903; J. Binder, *Philosophie des Rechts*, 1925; L. von Stein, *Die Verwaltungslehre*, I–II, Stuttgart (1869) 1962; Г. В. Ф. Хегел: *Правни и политички системи*, Београд 1981; *Основне црте филозофије права*, Београд 1989.

34 С. Јовановић, 8–9.

Правне теорије о држави су релативно младе јер је њихов највећи број настао у XIX и XX веку. То нису античке теорије атинског полиса, грчких тиранија или касније римске империјалне власти, већ теорије које државу одређују као правну установу, као једно логички уређено јединство правних норми којима се регулише држава. Будући да је предмет правних теорија проучавање типске а не идеалне државе, оне се првенствено баве њеном правном организацијом и јединством које држави обезбеђује унутрашњи склад и исправну правну регулативу. Због тога су оне веома сличне теоријама које у држави виде остварење моралне или културне идеје. По њима, „суштина државе, њена срж“ садржана је у праву и правној идеји. Најпознатије учење о држави као искључиво правној појави изложио је у облику теорије о држави као персонификацији јединства оних правних норми којима су регулисане државне делатности новокантовац и позитивиста-нормативиста Ханс Келзен, док је најпознатије учење о држави као правној личности изложио такође новокантовац и нормативиста Георг Јелинек.³⁵

Правне теорије преовладавају и данас због тога што једино правним схватањем државе као субјекта, тј. правног лица, могу да се објасне њена јединственост, континуитет и трајност, власт и сувереност, унутрашња организација итд., укључујући и оно што је најважније – њена воља коју јој позајмљују физичка лица као њени органи. То представља значајан напредак од средњовековног схватања државе као *јравној објектиа*, тј. као власништва владара, или старијег грађанског схватања државе као *јравној односа*, тј. пуког збира људи.

Социолошке теорије проучавају везе друштва и државе. Заједничко им је да државу сматрају „првенствено друштвеном појавом, да њену суштину проналазе у њеним друштвеним елементима и покушавају да је објасне мање-више специфичним законима који важе у друштву“.³⁶ Карактеристично је њихово настојање да објасне постанак државе и њену друштвену улогу.

Када је само реч о *постјанку државе*, постоје две главне варијанте. Према првој, *савременој* социолошко-политичкој варијанти која се појавила у другој половини XX века, није могуће одредити универзалан, тј. светско-историјски модел државе, јер

35 G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1911, 177; *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1890, 38; С. Јовановић, *О држави. Основи једне јравне теорије*, 8–9, 11, 180–181. Вид. Х. Келзен, *Опшња теорија државе и јрава*, Београд 1951 (1998, 2010).

36 Р. Лукић, 80.

није могуће утврдити заједничке елементе античких, средњовековних и модерних држава између којих постоје квалитативне, а не квантитативне разлике (нпр., Љубомир Тадић, Ђанфранко Пођи, Вилхелм Хенке). Према другој, *старијој* и распрострањенијој варијанти, држава постоји као светско-универзална појава и процес (нпр., Ханс Келзен, Александер Пасерин д'Ентрев, Слободан Јовановић). Такво универзалистичко схватање развијају бројне посебне теорије које постанак државе објашњавају од њених најранијих запамћених почетака: теорија густине насељености, теорија наводњавања, патријархална теорија, психолошка теорија, различите уговорне теорије, теорије силе, економистичке и марксистичке теорије или најновија Едер-Хабермасова теорија институционализације конвенционалне правосудне власти.³⁷

Када је реч о *друштвеној улози државе*, она се често објашњава општедруштвеним својствима државе (античке, средњовековне и грађанске теорије настале у XIX и XX веку: органско-биолошке теорије, теорије о држави као персонификацији народног духа, теорије о држави као персонификацији нације, солидаристичке теорије итд.). Али, постоје и социолошке теорије које друштвену улогу државе претежно или искључиво објашњавају сукобом интереса друштвених група (нпр., Рудолф фон Јеринг, Рудолф Штамлер).³⁸ Постоје и чисто класне (неке грађанске и све марксистичке) теорије, које друштвену улогу државе објашњавају искључиво класним интересом и борбом (нпр., Ханс Келзен, Карл Маркс или заступници струје Критичких правних студија). Обе главне варијанте теорија о друштвеној улози државе нису нетачне, већ претеране.

37 Ј. Хабермас, *Прилој реконструкцији историјској материјализма*, Сарајево 1985, 259–260. Вид. Ф. Енгелс, „Настанак породице, приватне својине и државе“, у: К. Маркс – Ф. Енгелс, *Изабрана дела*, I, Београд 1946; А. Р. д'Ентрэвс, *The Notion of the State*, Oxford Un. Press, 1967; Ј. Хабермас, *Tehnika i znanost kao ideologija*, Zagreb 1986; W. Henke, *Recht und Staat*, Tübingen 1988; G. Poggi, *The State: Its Nature, Development and Prospects*, London 1990; *De Communicatie – Theoretische Banadering van het Recht*, 1992; К. Попер, *Ошворено друштво и његово нејријашљиви*, I–II, Београд 1993; Љ. Тадић, *Наука о љошћинци*, Београд 1996; К. Eder, *The Social Construction of Nature: A Sociology of Ecological Entightenment*, Berlin 1996; Џ. С. П. Хантингтон, *Сукоб цивилизација*, Београд – Подгорица – Бања Лука 2000; Џ. Дајмонд, *Микроби, љушке и челик. Судбине људских друштва*, Београд 2004.

38 Вид. О. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, 1895; Р. Јеринг, *Циљ у љаву*, I–II, Београд 1894–1896 (Београд – Подгорица 1998); L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, I, Paris 1901; Р. Штамлер, *Полићика и љаво*, Београд – Подгорица 2001.

Полиитичке теорије државу одређују првенствено као телеолошку појаву испуњену значењем и истичу да држава не представља циљ за себе, већ средство за постизање других циљева. Најстарије политичке теорије изложили су Платон и Аристотел, који су своја дела управо тако назвали: *Држава*, односно *Полиитика*. Упечатљива је и реалистичка политичка теорија коју је у средњем веку изложио грађански мислилац Николо Макијавели у свом познатом делу *Владалац*. Он је одвојио етику од политике и створио политичку доктрину „очишћену“ од етике.³⁹

Савремене политичке теорије државу првенствено сматрају политичком појавом, за разлику од социолошких теорија које државу првенствено сматрају друштвеном појавом. Упркос сличностима са социолошким теоријама, њихов је главни циљ да одговоре на питање ко има или ко врши политичку и државну власт у друштву, тј. да ли је то *економски владајућа класа* (нпр., Јирген Хабермас, Никос Пуланцас), *полиитички владајућа класа* (нпр., Ралф Дарендорф, Клаус Едер, Роберт Дал), *елиитна–класа* (нпр., Гаetano Моска, Вилфредо Парето, Роберт Микелс), *владајућа елиитна* (нпр., Хелмут Шелски, Чарлс Рајт Милс, Карл Манхајм, Семјуел Хантингтон), *груштивени слој* (нпр., Леополд фон Визе, Никлас Луман, Талкот Парсонс, Карл Дојч) или *наддржавна*, тј. *свешка илуитокрајиска елиитна* (Лоренс Самерс), тај најновији изданак и ослонац настављања процеса глобализације.⁴⁰

Међу поменутиим идеалистичким и реалистичким теоријама о држави најразвијеније су и најразноврсније природноправне, социолошке и политичке теорије. Због тога се каже да држава има три главна значења: *природнојравно*, *социолошко* и *полиитичко*, упркос томе што је такву поделу тешко прихватити као сасвим исправну.

39 Вид. Н. Макијавели, *Владалац*, Београд 1964.

40 Вид. V. Pareto, *Trattato di sociologia generale*, Firenze 1916; G. Mosca, *The Ruling Class*, New York – London 1939; К. Маркс – Ф. Енгелс, *Изабрана гела*, I–II, Београд 1949–1950; R. Michels, *Zur Soziologie des Parteiwesens in der modernen Demokratie* (Leipzig 1911), Stuttgart 1957; R. Dahl, *A Critique of the Ruling Elite Model*, 1958; K. Mannheim, *Mensch und Gesellschaft im Zeitalter des Umbaus*, Leiden 1958; Ch. R. Mills, *The Power Elite*, New York 1960; H. P. Dretzel, *Elitebegriff und Sozialstruktur*, Stuttgart 1962; R. Presthus, *Men at the Top*, New York – London 1964; K. W. Deutsch, *The Nerves of Government*, New York – London, 1966; T. B. Bottomore, *Die sozialen Klassen in der modernen Gesellschaft*, München 1967; N. Poulancas, *Država, vlast, socijalizam*, Zagreb 1981; J. Habermas, *Law and Morality*, Harvard Un. Press, 1986; T. Parsons, *Politika*, Zagreb 1991; Н. Луман, *Теорија система. Сврхскохност и рационалност*, Београд 1998.

5. Оперативна значења државе

Када се каже држава, под тим се у најширем смислу мисли на тродимензионални простор одређен државним границама у којима живи становништво над којим се врши државна власт. Тај тродимензионални простор се другачије назива подручје државе. Просторне димензије државе заједно с њеном временском димензијом, тј. њеним временским границама, чине *ћросћторновременско значење државе*.

Држава представља и посебну друштвену заједницу која је организована на такав начин да буде средишњи носилац политичке власти. Она је свесно и плански створена друштвена творевина, установљена с одређеним циљем и усмерена на извршавање одређених задатака. Располаже монополом физичке силе и доноси за све обавезне политичке и правне одлуке. У томе се састоји *социолошко-ћолићићко значење државе*. Али, држава са својом организацијом није једини политички чинилац у друштву јер, поред ње, постоје и многи други политички чиниоци: грађани, политичке странке, синдикати, цркве и друге организације као легитимни учесници у политичком и друштвеном животу.

Држава у *орћанизационо-ћтехничком смислу* означава саму државну организацију која има тачно утврђене органе за вршење одређених послова, а нарочито посебне органе за примену државних санкција због прекршаја правних норми. Држава као организација има и највећи број својих припадника, бројне циљеве, најразвијенију поделу послова и хијерархију, највише средстава рада, као и најразвијенији нормативни систем. Због тога се каже да је држава свеобухватна, највећа и најсложенија „мегаорганизација“ састављена од мноштва подорганизација и органа.

Оперативна значења показују да држава не постоји због тога што су људи праведни, добри, вредни, искрени или пажљиви, нити због тога што су њихови поступци честити, надахнути љубављу и доказима мећусобног уважавања. Тада би и Десет Божјих заповести било довољно за урећивање свих њихових односа. Држава постоји управо због тога што људи и њихови поступци најчешће све то нису. Она није настала из доколице, већ из преке људске потребе да се друштво сачува од самоуништења. Такође, држава је посебна друштвена и правна организација, тј. установа, јер је трајнија од људи који је сачињавају. Она се од других друштвених организација разликује по свеобухватном карактеру своје политичке власти, коју црпе из поседовања оружане, економске

и идеолошке власти у друштву. Та свеобухватна власт у огољеном облику почива на располагању монополом физичке силе који служи за регулисање најважнијих економских и политичких односа, нарочито односа који се тичу заштите добара као што су живот, слобода, власништво, власт итд. Да би остварила тај свој циљ, држава има суверену власт, посебан однос према свом простору и становништву, одговарајућу организацију и облике, везе с правом итд., што је такође чини лако препознатљивом међу другим друштвеним организацијама и заједницама.

6. Елементи државе

Свака држава састоји се из три главна елемента: простора, становништва и власти. Њих је правна наука недвосмислено одредила почевши од Јохана Лудвига Клибера, Георга Јелинека и Паула Лабанда.⁴¹

Када су ови елементи раздвојени, држава не постоји. Али, то не значи да не постоји становништво, тј. народ, на одређеном географском простору. На пример, Јевреји, иако распршени по читавом свету, опстали су као народ, чак и када нису имали своју државу, као део становништва на територијама других држава. Такав је делом био случај и са српским народом под турском, аустроугарском или немачком окупацијом. И обратно, словенска и германска племена имала су своје вође, али ипак нису створила своје државе све док се нису трајно настанила на територијама на којима и данас претежно живе. Данас је редослед преокренут у корист власти, због чега се каже да је становништво производ државе, а народ историје.

Држава, дакле, није простор (земља) без становника и власти. Она није ни становништво без простора и власти. Али, она није ни власт без простора и становника.

6.1. Подручје државе

Подручје државе представља тродимензионални простор у коме важи државно-правни поредак, то јест у коме се остварује државна политичка власт.⁴² Будући да је Земља у физичком смис-

41 Г. Вукадиновић, *Теорија државе и права* I, 41.

42 Х. Келзен, *Општа теорија државе и права*, 274–275.

лу по облику приближно лопта (тачније, геоид), геометријски облик државног простора личи на изврнуту купу. Врх те купе налази се у средишту Земље, а њена основа у атмосфери, космосу. Површински попречни пресек државног купастог (коничног) простора представља само видљиви део земљине површине омеђен државним границама. У њега такође спада простор испод и изнад видљивог површинског дела државне територије.

Површински део државне територије, који је највидљивији, не мора увек да се састоји из једног дела. Историја познаје државе које су биле раздвојене на два дела, док се између тих делова налазила широка територија друге државе (нпр., Пакистана у односу на Индију), као и енклаве, које су нека врста уметака или делова територије једне државе са свих страна окружене територијом друге државе. Данас је државна територија јединствена (интегрална), а изузетно распарчана (нпр., Аљаска и Хаваји у САД, или палестински појас Газе у Израелу). Нужно јединство државне територије није исто с њеним географским јединством, које није нужно. Ипак, свака држава правно поседује само једну територију без обзира на то да ли је она јединствена или распарчана. Изузетак представљају Антарктик, Месец и друга небеска тела. Наиме, Антарктик према одлуци Уједињених нација (*Антарктички споразум*) из 1959. године заједнички припада свим државама, као и територија Месеца и других небеских тела на основу Уговора о свемиру (*Outer Space Treaty*), који су такође усвојиле Уједињене нације 1967. и поново 1984. године, што личи на неку врсту државног *condominium*-а или *coimperium*-а у миру. У случају небеских тела коришћен је правни модел за Антарктик из 1959. године, само строже.

Држави припада и део мора када има територијални излаз на море. То је *обално* (*јубрежно*) море, чија ширина није јединствено утврђена. Према Међународној конвенцији о праву мора, ширина обалног мора износи највише 12 наутичких миља (нешто више од 22 км). Изван тог појаса обалног мора простире се отворено море (*mare libertatis*), које припада свим народима на исти начин на који свим народима припада замљиште које није у саставу ниједне државе. У државну територију спадају реке, језера, канали, други водотокови и острва на њима, подморје (*ејиконитиненцијални појас*) до границе слободног мора, односно до државне границе речног или неког другог водотока, као и ваздушни простор изнад површинског дела државне територије.

Саставним делом државног простора сматрају се и његове правне фикције: амбасаде, конзулати, ратни и цивилни бродови или ваздухоплови, дипломатска возила, дипломатске пошиљке итд. Ипак, то није буквално тако јер за амбасаде важи међународно начело „екстериторијалности“. По њему, на територији амбасаде важи правни поредак државе чија је амбасада, док се земљиште на коме се налази амбасада сматра поседом државе у којој се она налази. Однедавно, саставним делом државног простора проглашен је виртуелни простор (*cyberspace*) државе (нпр., САД од 2011. године).

Подручје државе одређено је *државним границама* које су утврђене у складу с унутрашњим и међународним правом. Границе између држава могу да буду природне (реке, планински венци) или вештачке, али оне увек имају правни карактер. Државна граница се прелази на утврђеним местима, граничним прелазима, према прописаним правилима. Од државне границе треба разликовати административну границу између федералних јединица у савезној држави или између децентрализованих области у једноставној држави (између регија, покрајина, округа или општина). Будући да државне границе раздвајају територије независних држава, а не делове територије унутар исте државе, међународне границе није могуће мирно мењати једностраном изјавом воље једне државе. Али, држава може у складу с властитим правилима и својом једностраном вољом да мења своје унутрашње, тј. административне границе.⁴³

Подручје државе није само одређено већ и ограничено државним границама. Оне могу бити прецизно, или не, утврђене и разликују се од државе до државе. Подручје државе није ни постојано, јер може да се увећава или смањује. Када се увећава, то се обично чини *окупиацијом*, тј. припајањем територије која не припада ниједној држави, под условом да је припајање извршено с намером да се окупирана територија припоји територији окупаторске државе; *анексијом*, било у рату било у миру, тј. припајањем територије која је дотле припадала другој држави; *прирашћајем*, тј. повећањем земљишта (увећањем величине речних и морских острва итд.); *одржајем*, тј. неузнемираваном непрекидном државином којом се производи „основ“ за државу држаоца територије итд. Када се подручје државе смањује, то је обично последица неког од начина којим је друга држава стекла за себе нову територију.

43 Х. Келзен, 275.

Подручје државе није одређено само државним границама већ и *начелом ефѣктивности*, које омогућава да се сачува идентитет државе све док она постоји. Према том начелу, држава постоји од тренутка када је њен целокупан правни поредак постао ефикасан без обзира на унутрашње промене које је претрпела и промену граница итд., под условом да се води рачуна о начелу ефѣктивности вршења државне власти. То нарочито важи у ситуацијама када се територија губи њеним *најушћѣањем*, тј. када држава напусти део своје територије без намере или способности да је поврати. И обратно, држава престаје да постоји од тренутка када њен правни поредак престане да буде ефикасан.

Начело ефѣктивности показује да ниједна држава није временски вечна. Због тога је потребно да држава буде тачно одређена не само просторно већ и временски. Временско постојање државе одређује се домаћим и међународним правом, којим се разграничавају временски одсеци, тј. интервали постојања једног државно-правног поретка, слично правним правилима која одређују државни простор. То је неопходно да би држава правно континуирано могла да постоји у времену. Континуитет државе може бити фактички и правни, што додатно компликује ово питање (нпр., питање /дис/континуитета Првог /*Holy Roman Empire*, 962–1806/, Другог /*German Empire*, 1871–1918/ и Трећег рајха /*Third Empire*, 1933–1945/). Такође, ни две односно више држава не могу у исто време да постоје на истом државном простору, већ то могу само временски сукцесивно, у низу једна за другом. То правило да само један државно-правни поредак може да постоји и важи на тачно одређеном државном простору за сва лица која се налазе у њему назива се *начело неѣробојности државе*. Ни оно није апсолутно, јер постоје изузеци. На пример, у миру држава може бити међународним уговором овлашћена да на територији друге државе предузме извесне радње, нарочито да врши акте принуде које допушта међународно право, или да у рату предузима акте принуде на страниој територији коју је војнички окупирала, или да заједно с другим државама успостави своју власт и врши правни поредак који на основу заједничког споразума примењују заједнички органи тих држава (*condominium* или *coimperium*). У том случају окупирана територија се сматра заједничком територијом тих држава, а успостављени поредак заједничким поретком тих држава.⁴⁴

44 *Ibid.*, 274, 277–278, 280 и даље.

6.2. Становништво државе

Као што држава правно има само једну територију, тако фактички има само једно становништво. Некада су становништво сачињавали поданици у различитом степену друштвене и правне зависности.⁴⁵ Данас *становништво* чине сви људи који живе на територији једне државе, на којој се у сваком тренутку налази највише њених држављана. Некада је овим елементом сматран *народ* у етничком смислу, као што се и данас каже, иако становништво државе могу да сачињавају припадници једног, два или више народа, укључујући и мање делове народа који су већина у својим матичним државама (етничке или националне мањине). Становништво државе и народ, дакле, не морају бити исто. Народ може да постоји без државе или изван матичне државе (у расељењу), док становништво не може. Због тога се каже да је становништво творевина државе, а народ – историје. Али, ни народ и *нација* (Француска, Немачка, САД итд.) не морају бити исто, јер нација може да настане и из дела једног народа, као и из више различитих народа, тј. етничких заједница. Разлог је једноставан: и нација је творевина државе. Када се данас каже нација, тиме се пре истиче значај јединства становништва као политичког народа у држави, у смислу поседовања држављанства и грађанских права, него народа као етничке групе у држави. Ретке су државе чије се становништво подудара с једним народом који је истовремено и једна нација настала од људи истог етничког порекла (Пољска, Албанија, Грчка, Израел, Јапан итд.).

Сматра се да становништво односне државе у правном, а не фактичком смислу припада само онај појединац који је „укључен у персоналну сферу важења правног поретка те државе“;⁴⁶ дакле, само онај појединац који има држављанство односне државе. Та сфера или област је под одређеним условима ограничена правилима међународног права. Сложености појма становништва као елемента државе доприноси и то што на територији државе, поред њених *држављана*, увек борави изванредан број *странаца*, који су у погледу обавезе да поштују правни поредак дотичне државе скоро изједначени с домаћим држављанима, а у том поретку уживају и нека, али не сва, права као и домаћи држављани. Ако не поштују правни поредак, државна власт има право да их протера из земље и изручи их другој, матичној држави. Протеривање се

45 Ф. Тарановски, 396.

46 Х. Келзен, 295.

увек односи на странце, док се изручење (*експрадиција*) односи и на домаће држављане. Такође, и међу странцима постоје важне разлике у њиховом правном положају, јер се странцима сматрају и лица без држављанства (*аипатриди*). Иако су апатриди лица без држављанства, они нису лица без личних докумената јер имају бели или *Нансенов ѡасош*. Сва друга лица, тј. странци, по правилу имају држављанство само своје државе. Изузетно, странци и домаћи држављани могу да имају два или више држављанства (бипатриди, трипатриди итд.).

Највећи број становника има само *држављанство* државе чији су држављани. Оно може да се одреди као правна установа или као правни однос. Држављанство као *њравна усљанова* представља скуп правних норми којима се регулишу односи припадништва појединаца некој држави и правне последице тог припадништва, то јест држављанства. Држављанство пак као *њравни однос* представља личну везу јавноправног карактера између неког лица и државе на основу које то лице стиче одговарајућа грађанска, политичка, социјална и друга права и обавезе, тј. статус држављанина, припадника те државе, без обзира на то да ли се налази на домаћој или иностраној територији.

Савремена права подробно предвиђају услове за стицање или престанак држављанства. Када је реч о стицању држављанства, *љавни* начин се везује за чињеницу рођења. Та чињеница се у правима разних држава повезује или са држављанством оца (класични *ius sanguinis*), или са држављанством оба родитеља (модерни *ius sanguinis*), или за територијом државе у којој је лице рођено (*ius soli*). *Дојунски* начин за стицање држављанства – натурализација (прирођење), користи се само када не постоји могућност за стицање држављанства основним начином. У том случају, држављанство се стиче после а не у тренутку рођења (на основу међународног уговора, када су родитељи детета непознати или апатриди, удајом, позакоњењем итд.). И обратно, када се ради о престанку држављанства, оно обично престаје смрћу, а изузетно због невршења дужности држављанина, одузимања, одрицања или отпуста од држављанства, удаје, развода, позакоњења итд.

Свако лице на основу држављанства располаже најширим правима и обавезама у држави чији је држављанин. Држављанин својој држави дугује лојалност, оданост, а има право на њену заштиту. Само држављанин има обавезу (и право) да служи војни рок и учествује у одбрани државе. По правилу, само држављанима припадају сва права (и обавезе), нарочито политичка права.

Такође, само они могу да буду потпуно укључени у рад јавних институција. За узврат, држава је дужна да пружи заштиту својим држављанима. Бити држављанин једне државе значи бити субјект овлашћења и обавеза у правном поретку те државе. У новије доба се поменуте разлике између држављана и странаца све више ублажавају и нестају, јер одређеним категоријама странаца почиње да се признаје активно и пасивно бирачко право (најчешће у локалној самоуправи), док се реорганизацијом и професионализацијом војске домаћим држављанима укида војна обавеза итд.

Грађани, поред држављанства, у највећем броју имају на територији државе своје *пребивалиште* и *боравиште*. Пребивалиште је место у коме се грађанин настанио с циљем да у њему стално живи, где је његово „средиште животних интереса“. Боравиште је место у коме грађанин повремено или привремено борави. За боравиште је важно да не постоји намера да се то место сматра средиштем животних интереса. Пребивалиште и боравиште представљају важне правне чињенице према којима се одређује месна надлежност за спровођење судских и административних поступака, решавају брачни и други статусни спорови, сукоби (колизије) правних норми у домаћем и међународном приватном праву итд. Али, држављанство је много важнија правна чињеница од пребивалишта и боравишта, јер пребивалиште и боравиште у држави могу да имају странци, па чак и лица без држављанства.⁴⁷ Лица без пребивалишта и боравишта зову се скитнице.

Ни број становника у држави никада није постојан. Њега одређују бројни чиниоци. Њихов утицај се изражава као разлика у стопама наталитета и морталитета. Поред тога, и промене државних граница скоковито утичу на број становника у држави. Али, и када се државне границе не мењају, људи се одувек исељавају из једне (*емиграција*) и усељавају у друге државе (*имиграција*). Такав проток људи, нарочито у модерном добу, довео је до осмишљавања државне популационе политике. Све до краја XVIII века државна политика се руководила квантитетом, тј. уверењем да што једна држава има више становника – то боље за њу, јер се тиме осигуравају војна служба и државна благајна. Због тога је усељавање странаца сматрано пожељним. Такво схватање је уздрмао Томас Малтус теоријом по којој пораст животних намирница заостаје за прираштајем становника: први се одвија према аритметичкој (1, 2, 3, 4 итд.), а други према геометријској прогресији (2, 4, 8, 16 итд.). Ипак, када би се свих садашњих седам-осам

47 Вид. S. Benhabib, *The Rights of Others, Aliens, Residents and Citizens*, 2004.

милијарди становника сместило у Њу Џерси, најмању савезну државу САД, свако би могао да има станчић од барем 30 квадратних метара, а када би се исто то урадило у држави Тексас, другој по величини савезној држави САД (после Аљаске), свако би могао да има кућу с окућницом и барем језерцетом.

До сада су државе испробале три система за уређење својих односа са становништвом: систем повлашћивања, систем немешања и систем измирења. Према савременом *систему измирења*, заснованом на тзв. „компромисном учењу“, држава тежи синтези заснованој на начелу социјалне правде која би била кадра да сузбије затечене и могуће размирице између друштвених група и заједница.⁴⁸

6.3. Државна власт

Државна власт је најочљивија манифестација државе, јер се заснива на организованој сили којом располаже држава. Држава је својом влашћу повезана с правом, јер садржину сваког вршења власти (родитељске, школске, црквене, градске, међународне итд.) чини заповедање, односно дозвољавање (издавање, стварање правила понашања подређенима), надзирање и изнуђивање одговарајућег понашања због примене правних правила. Произлази да садржину државне власти чине поступци стварања и примене права, односно да се власт састоји у стварању и примени права.

Државна власт је друштвена појава. Она је једна врста друштвеног односа неједнакости, надређености или подређености који се од других друштвених односа неједнакости (односа моћи, угледа, ауторитета) разликује по томе што се састоји у наметању воље једног субјекта другоме. То нематање се састоји у издавању заповести о понашању по којима други мора да се понаша.

За власт (*potestas*) се каже да увек располаже принудом. Али, само државна власт располаже највећом физичком принудом. Све друге врсте власти могу да користе принуду (нарочито физичку) само у мери, на начин и под условима које држава дозволи. Иако држава располаже најјачим средствима физичке принуде, она треба да их користи тако да „право не буде сахрањено силом“ (*ius orbitur vi*).

Свака државна власт почива на два ослоња: ауторитету (*auctoritas*) и сили (*vis*). Ауторитет улива поштовање, а сила страх.

48 Е. Спекторски, 73–74.

Обоје изазивају страхопоштовање према носиоцима власти.⁴⁹ Међусобно треба да се допуњавају, јер је ауторитет без силе немоћан, а сила без ауторитета слепа.

У теорији се различито одговара на питање одакле потиче ауторитет државне власти.⁵⁰ Према једном одговору (Тома Аквински), власт је божје пуномоћје (теократија, божја власт); према другом (Томас Хобс), државна власт сама из себе црпе свој ауторитет и моћ (аутократија); према трећем (Жан-Жак Русо), власт црпе свој ауторитет и моћ одоздо, из народа (демократија). И сада у теорији постоје недоумице поводом питања да ли је државна власт израз народне воље или државне силе. Изгледа да је право решење у складном споју неопходног ауторитета државне власти с нужном силом.⁵¹

Када се данас каже државна власт, мисли се на власт државе као најјаче организације у друштву, односно на власт највиших централних државних органа. У оба случаја државна власт може да се врши употребом средстава физичке принуде. Пожељно је да власт користи физичку силу само као крајње средство (*ultima ratio*). Државна средства принуде разликују се по својој изнудљивости од принуде свих других друштвених субјеката, јер једино држава располаже најјачом принудом у друштву оличеном у постојању монопола физичке силе. Због тога *сиољашине* обележје државне власти представља њено ослањање на монопол физичке принуде на сопственој територији, којим она све друге власти и правне субјекте може да потчини и натера на послушност. *Униуирашине* обележје државне власти произлази из друштвеног циља који држава треба да оствари, тј. из њене функције.⁵²

Државна власт располаже и другим особинама, као што су:

- *територијалности*, којом се одређује шта је територија, подручје државе;
- *персоналности*, којом се одређује која све лица потпадају под државну власт као њени држављани (поданици или грађани);
- *надмоћности*, која почива на поседовању монопола физичке силе и чини да су јој сви остали субјекти на њеној територији подређени;

49 *Ibid.*, 74–75. Вид. М. Манн, *An Anatomy of Power*, 2006.

50 Вид. Љ. Тадић, *Поредок и слобода*, Београд 1977.

51 Е. Спекторски, 75.

52 Р. Лукић, *Теорија државе и права*, Београд 1976, 88–94; D. Vrban, *Država i pravo*, 24–35.

- *йоларизованосћ*, која показује да је држава непотпуно хармонична заједница надређених и подређених, оних који владају, врше власт, и оних над којима се влада;
- *свеобухваћеносћ*, која значи да се ниједан друштвени однос не може унапред искључити као могући предмет државног регулисања;
- *самосћалносћ*, јер се државна власт не изводи ни из какве друге више власти, чак ни када се оправдава неким вишим начелом;
- *јединственосћ*, јер је власт државе једна и онда када је врши више или чак мноштво различитих државних органа; и
- *недељивосћ*, која значи да државна власт може унутар себе да се дели (хоризонтално, вертикално или на друге начине), али тако да ниједан њен део не може да постане нова државна власт.

7. Сувереност као највиша државна власт

Државну власт одавно не врши само један државни орган, већ сви органи и институције које улазе у састав државе, тј. државне организације. Али само један или неколицина њих располажу највишом, тј. сувереном државном влашћу, зависно од тога да ли је реч о демократским или аутократским државама.⁵³ Наведена обележја државне власти се синтетички изражавају у суверености као њеној суштинској правној карактеристици. Мислећи управо на суверену власт, Вилијам Шекспир је забележио да у души државе постоји извесно тајанство чије је дејство божанственије но што људски дух и перо могу да опишу.

7.1. Учења о суверености

Антички народи нису познавали модерну сувереност иако им је био добро познат назив *василевс* (*basileus*) или *rex*, којим је означавана власт онога ко има право да заповеда (*auctoritas*).

53 Вид. К. Schmidt, *Legalität und Legitimität*, München und Leipzig 1932; Ф. Х. Хинсли, *Сувереносћ*, Београд 2001; И. Маус, *Асијектни народне сувереносћи*, Београд 2001; М. Цветићанин, *Евројска десница између мача и закона*, Београд 2004.

Појам суверености није био познат ни у средњем веку. Тек када је у другој половини XVI века тежиште у схватању државе пренето с територије и становништва на њену власт, а управо тада се појавила потреба за новом правном теоријом која би изразила ту промену, настала је модерна теорија суверености. Створио ју је Жан Боден, описујући власт француског краља као „од Бога дозвољено и потврђено природно стање“. Краљевска власт је суверена због тога што је неvezана законима, самостална, непрекидна и недељива. Тиме је Боден постао родоначелник модерног учења о суверености као апсолутном својству и начелу државне власти. Боденов појам суверености разрадио је и операционализовао Карден ле Бре састављањем пописа искључивих овлашћења која спадају у суверену државну власт: доношење закона, постављање највиших функционера и јавних службеника, укључујући и судске, полицијска права, права власништва над рекама, путевима или рудницима, право на опорезивање, право објаве рата и мира (*ius belli ac pacis*) итд.

Боденова теорија извршила је толико велики утицај на потоњу политичку и државну праксу да је већ у XVIII веку републиканац Русо прихватио теорију монархисте Бодена, с том разликом што је уместо краљеве суверености поставио начело народне суверености. У истом веку Шарл Монтескје довео је у питање недељивост суверености, прогласивши такву државну власт варварском, налик азијским деспотијама. По његовом схватању, европске државе треба за узор да имају Енглеску у којој је власт подељена на законодавну, извршну и судску. Отуда став у теорији државе да је суверена власт недељива, али да су њене функције подељене. На тај начин је сувереност као апсолутно начело прихваћена и у Монтескјеовој теорији о подељеним функцијама државне власти.⁵⁴ Ускоро је Монтескјеово учење о суверености узело толико маха да су о њему водили рачуна и они који се нису сматрали његовим присталицама.

До важних промена у погледу схватања суверености као апсолутног својства државне власти дошло је тек у XIX веку у немачкој правној теорији о суверености као „надлежности о надлежности“ (*Kompetenz-Kompetenz*). Промене су се јавиле захваљујући све већој афирмацији модерног учења о народној суверености и правној држави. Такође, крајем XIX века поставило се питање суверености у сложеној држави. На то питање се и данас одгова-

54 Вид. N. Visković, 25; E. Спекторски, 82–85.

ра тако да се сувереном сматра савезна држава, а не њене државе-чланице.⁵⁵

Од прве половине ХХ века сувереност се отворено оспорава или релативизира као одлучујуће својство државе (Леон Диги, Едгар Морен, Жорж Гурвич итд.). Многи писци и данас сматрају да сувереност треба одбацити због све веће међузависности држава (успостављања система колективне сигурности /војних савеза/ и стварања механизма једне „светске међународне заједнице“) или због тога што је током историје „изазивала“ многе ратове. То је навело Нила Мекормика да закључи како је Европа ушла у подручје „постсуверенитета“. Међутим, одбацити појам суверенитета значи занемарити његову средишњу улогу у правној и политичкој науци. Та чињеница је нагнала друге писце да испитају могућности за преобликовање појма суверености како би он одговорио новим изазовима, уместо да се одбаци у науци и укине у пракси. Тако је створена *теорија усјавној њлурализма* по којој државе нису једине које могу бити суверене. Будући да савремене околности траже напуштање јединственог и апсолутног суверенитета у корист дијалога и прилагођавања, односи између „уставних власти“ треба да буду *хеѡерархијски*, а не *хијерархијски* (Нил Вокер). Други писци, као Дејвид Хелд, отишли су даље и закључили како државе неће ослабити због губитка свог спољашњег суверенитета.⁵⁶ Таква тврдња је у складу с још једним компромисним учењем о тзв. „резервисаним правима“ (*domaine réservé*), тј. пословима који су у искључивој надлежности државе. Због тога никоме, па ни међународној заједници, не може да буде дозвољено уплитање у та чисто унутрашња државна питања.⁵⁷ Хелдово глобалистичко учење и друга слична учења представљају теоријску припрему за могуће претварање националне суверености у нову „космополитску сувереност“, чији би титулар била светска федерална држава с универзалним владаром као неком врстом хеленистичке верзије „одуховљеног закона“.⁵⁸

55 Вид. Х. Келзен, *Проблем суверености и теорија међународној ѡрава*. Прилој једној чистој теорији ѡрава, Београд 2003.

56 D. Held, „Changing Contours of Political Community“, *Global Democracy*, London 2006, 26.

57 V. C. de Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, Paris 1960, 281 и даље.

58 G. Poggi, „Cosmopolitanism and Sovereignty“, *Political Restructuring in Europe: Ethical Perspectives*, London 1994, 89 и даље.

7.2. Појам и елементи суверености

Упркос различитим учењима, за сувереност се и данас каже да представља правни израз монопола физичке силе. Она је највиша државна власт (*summa potestas*, као што се некад говорило), јер припада највишим државним органима. Она је и гранични појам државе и права, њихов врховни, последњи појам, што значи да на крају не може да се извуче ни из каквог права, већ из чињеница, тј. фактичког стања. Као чињеница (факт), сувереност се заснива на поседовању монопола физичке силе који је ограничен, јер, као што примећује Монтескје, свака сила налази своју границу у другој сили. Због тога је сувереност као чињеница ограничена. Али, као правна чињеница (акт), она је збиља неограничена (*plenitudo potestas*, као што се такође некад говорило), јер ко има суверену власт може да ствара право какво год жели.⁵⁹ Таква сувереност се, аналитички посматрано, састоји из два елемента – независности и надмоћи државне власти, а синтетички из једног елемента – правне неограничености.

Независноси као спољашњи елемент значи да је дотична власт слободна у доношењу својих одлука од сваког страног мешања, тј. да није правно обавезна да слуша заповести било какве стране власти. Овом елементу се додаје и „равноправност“, која значи да је нека држава у међународним односима субјект са једнаким основним правима, као и све друге државе, независно своје од величине, бројности становништва, војне и политичке моћи, угледа, итд. Независност и равноправност показују да суверена држава може слободно и равноправно да закључује међународне уговоре са другим државама и да са њима учествује у међународним односима и организацијама. Али, то не значи да је она стварно независна од других држава или да је равноправна са њима.

Надмоћ (супремација) је унутрашњи елемент појма суверености. Она значи да на територији конкретне државе нико не може да наметне своју власт постојећој државној власти, тј. да су сви правно обавезни да слушају заповести важеће власти. Ипак, то не треба схватити дословно, јер у сваком друштву постоје политички субјекти који ублажавају апсолутну примену овог елемента: водеће друштвене групе (елита), прописи међународних организација који се без ратификације непосредно примењују у домаћем праву, различите политичке, привредне, верске, културне и друге организације које сачињавају цивилно друштво итд.

59 Р. Лукић, 101–104.

Оба наведена елемента суверености, који су данас знатно ограничени, понекад до те мере да имају више деклараторни него стварни значај, синтетички се изражавају као *правна неограниченост*, што теоријски значи да суверена власт може чак и самовољно да доноси прописе. Ипак, и она се обавезује правом, иако њена обавезаност таквим прописима није иста са обавезношћу других субјеката права, јер ко је тај који ће суверена правно да санкционише?

Да би држава била суверена, потребно је да она то у исто време буде правно (*de iure*) и чињенично (*de facto*). То је нормално стање државе. Али, постоје изузеци, као нека врста епизоде у животу државе (нпр., када је држава правно призната као суверена /јер је међународно призната/ а да то није чињенично /јер нпр. нема своје оружане снаге/, или обратно, када је чињенично суверена али није правно призната као држава /као НР Кина до 1971./). Важнија је чињенична (фактичка) основа суверености од правног признања суверености, јер држава може да постоји и функционише чак кад није призната од међународне заједнице, под условом да располаже свим неопходним елементима.

У Ајзенштајновом филму *Иван Грозни* двојица страних дипломата разговарају шапатом током крунисања тог руског цара и први каже: „Овог неће признати у свету.“ На шта други одговара: „Биће јак, признаће га.“ Али и када нека организација на некој територији није довољно јака, ипак може привремено да постоји као држава захваљујући међународном признању.⁶⁰ Такве ситуације нису честе, али се догађају и саставни су део живота државе. Ипак, онај ко је фактички суверен, пре то може да постане и правно, него обратно, јер се правне чињенице увек приклањају животним чињеницама, па и правна сувереност фактичкој. Због тога добро уређена власт чува прво своје становнике. Чувајући своје становнике, она чува своју територију. И тек чувајући своје становнике и своју територију, она се чува од других и саме себе.

8. Врсте држава према њиховим елементима

Сви наведени елементи су нужни за постојање и опстанак државе, али њихов однос – а тиме и њихов значај – није био исти у протеклим епохама.

60 Вид. Х. Келзен, *Проблем суверености и теорија међународног права*. Прилој једној чистој теорији права, Београд 2003.

Антички народи су сматрали да је најважнији елемент државе њен народ, тј. становништво. Држава је тамо где су грађани на окупу. Такав случај био је и с правом античког медитеранског света, које је у начелу било пре персонално него територијално. На пример, у грчко-римској епохи, Египћани су се управљали према домаћем приватном праву, Грци према хеленистичком општем праву, Римљани према свом римском праву, а остале мање групе, попут Јевреја, према својим персоналним правима.

У средњем веку територија (земљиште) постаје главни елемент државе, због чега се држава назива земљом (*terra, Land, Angleterre, England, Deutschland* итд.). Државна власт више се не схвата првенствено као римски *imperium*, тј. право заповедања грађанима и провинцијама, него као *dominium*, тј. имовинско притежање. Сви државни послови вршени су на основу власништва над земљом. Такво схватање потврђују изреке: „Ваздух који се дише чини поданика“ или „Ниједна земља без господара“ (*Nulle terre sans seigneur*).

Када је у позном средњем веку успостављена централизована државна власт као зачетак будуће модерне државе, од тада постепено преваже просторно (територијално) начело. С њим је прихваћено да и странци потпадају под власт државе на чијој се територији налазе упркос томе што су дужни да се покоравају и власти своје матичне државе када год је то могуће. Даљи развој довео је до тога да током протекла два века просторно начело однесе несумњиву формалну превагу над персоналним начелом, односно просторне заједнице над персоналним, што није био случај у претходним епохама.

Данас власт постаје све важнији ако не и најважнији елемент државе. Још је Аристотел закључио да је облик државе (њена власт) важнији од њене материје (територије и становништва). Сматрао је да ко има власт тај претвара територију и становништво у државу.⁶¹ Данас постоје јаке и технолошки добро опремљене државе које контролишу не само простор већ и становништво. Та се моћ користи и за разбијање старих и стварање нових држава. Исто се чини и с народом: народ постаје становништво или се од делова становништва стварају нови народи. Очигледно, у савременим државама власт је поново постала најважнији елемент.

Сви елементи државе постоје у државама какве год оне биле: просторно велике или мале, многољудне или малољудне, с јаком

61 Аристотел, *Полијтика*, 114–115.

или слабом влашћу. Какве год да су, државе морају да имају сва три елемента. Због тога за њих важе све правилности које се тичу односа између главних елемената. И само се за такве државе, које располажу једним уравнотеженим односом својих главних елемената, може рећи да су *обичне* (типске, типичне). Ту није реч о некаквој универзалној држави, за сва времена и све прилике, већ о државама заснованим на извесним заједничким одликама које су саме по себи променљиве, али трају дуже од обичног људског живота.⁶² Али, постоје и необичне (нетипске, атипичне) државе, привиди држава и недовршене државе. Одређују се према особеностима једног, два или сва три њихова елемента.

Када је реч о *необичним државама*, већ више од дванаест векова својом блиставом постојаношћу пркоси једини, готово у сваком погледу прави изузетак међу свим другим државама, монашка Света гора (*Agion Oros*): „цела једна држава са свим установама неопходним за нормалан живот и рад“. Можда њену необичност понајвише дочаравају речи св. Николаја Велимировића: „Света гора је царство без круне, држава без војске, земља без жена, богатство без новца, мудрост без школе, кухиња без меса, молитва без престанка, веза с небесима без прекида, славопој Христу без умора, смрт без жаљења.“

Поред светогорске државе, постоји ватиканска држава (од 1929. године), као наследница некадашње папске државе (од 756. до 1870. године).⁶³ И Ватикан је на сличан начин необична држава због незнатне државне територије – он је најмања држава на свету (нпр., Царска палата у Пекингу је пространија од Ватикана), малобројних становника – он је најмалољуднија држава на свету (до осамсто држављана), и теократски устројене власти у којој је готово нераздвојно испреплетано духовно са световним (у личности римског понтифекса). Та власт се распростире у свим државама где има римокатоличких верника. Може се рећи да је он последња европска теократска држава организована у облику изборне апсолутне монархије.

Постоје и *привиди држава* (Монако, Сан Марино, Лихтенштајн, Андора, Луксембург итд.). Поједине од њих су толико мале и малољудне и с тако неразвијеном унутрашњом организацијом да је готово немогуће да тако мали број људи чини државу. Због тога се за њих каже да представљају прихваћене остатке традиције средњег века.

62 С. Јовановић, 11.

63 С. Троицки, *Црквено њраво*, Београд 1937 (2011), 456 и даље.

Постоје и *недовршене државе*, као што је случај с некадашњим државама СФРЈ или СССР. Иако номинално федерације, у СФРЈ је савезним Уставом из 1974. године било утврђено право на нулификацију, а у СССР Уставом из 1935. године чак и право на сецесију. Због тога је у правној науци често разматрано питање природе таквих недовршених држава. Али, поред тих недовршених држава које више не постоје, правна наука и пракса познају савремене недовршене државе, као што је случај с међународно признатом државом Палестином, која има место посматрача у УН, или с Европском унијом, све док једном не постане федерација призната као права држава.

Недовршеном се може сматрати и светска држава с једном светском владом. Ни она није успостављена, иако је њен настајак најављен 1996. године. Светска држава се може сматрати и необичном, јер су у њој сви елементи државе доведени до својих крајњих могућности. Због тога се за њено означавање понекад користе изрази „супердржава“, „држава свих држава“ итд.

9. Светска држава

Идеја светске државе (*World State*) само је нешто млађа од идеје државе. Прво је требало доћи до државе да би затим било могуће размишљати о светској држави која оваплоћује целокупно човечанство које је уређено и налази се под једном заједничком политичком влашћу. Та идеја се постојано јавља од античких космополитских почетака, од киничке и стоичке школе до данас.

Сматра се да је први римски песник Вергилије у свом спеву *Енејида* јасно наговестио долазак на власт најмоћнијег владара у историји, за кога он везује настанак новог поретка векова (*Novus ordo seclorum*). Два века касније, Марко Аурелије је такву светску државу објашњавао као „холистичку визију универзума и човечанства у њему, у коме су универзум, Бог, природа, истина, закон, разум и човек тесно повезани у космички поредак“.⁶⁴ Осамнаест векова после овог познатог римског цара-филозофа (стоика), исту идеју заговарали су Виктор Иго, Џорџ Херберт Велс, Џорџ Бернард Шоу, Олдос Хаксли, Арнолд Тојнби и многи други. Нарочито се Бертран Расел залагао за идеју светског поретка, али је успостављање светске државе објашњавао претежно практичним разлозима, налазећи у њој

64 М. Aurelius Antoninus, *The Communings With Himself*, London 1961, VII, 9.

„главни лек против рагова“ и „примарни светски интерес везан за опстанак људске врсте“. Светска држава или „супердржава“ би по Раселу требало да буде довољно снажна „да по закону разреши све спорове између народа“, пошто је само она „остварива након што различити делови света постану толико блиско повезани да ниједан део не може да буде индиферентан према томе шта се дешава у било ком другом делу света“. ⁶⁵ Треба запазити да Расел заговара прихватљивију страну „орвеловске двомисли“ о светској држави, јер њена неприхватљивија страна показује да свет неће постати „идилично глобално село“.

Док су античка и средњовековна схватања светску државу одређивала као универзалну монархију по узору на Римску империју, дотле савремена схватања светску државу одређују као модерну републиканску и федерално уређену државу (*свешћу федерацију држава*). На њеном челу требало би да се налази *свешћу влада* (*One World Government*), макар у смислу успостављања власти једне глобалне корпорације над целим светом. Њена власт требало би да буде заснована на начелима државе која су развијена до крајњих граница. Будући да је и даље реч о држави, само овог пута светској, она би требало да поседује све елементе државности, што значи да је потребно само уочити и размотрити њихове особености у односу на садашње обичне (типске) државе. ⁶⁶

Пре свега, светска држава би као своје подручје имала целокупан тродимензионални светски простор. Она би због тога променила свој облик из изврнуте купе са неправилном основом у правилну сферу, лопту с центром у геометријском средишту Земље.

Светска држава не би имала ни своје спољашње државне границе. Уместо њих, постојале би само унутрашње административне границе између чланица светске федерације, јер би се просторни домашај такве светске власти распростраио до фактичких граница њене моћи.

Светска држава би обухватала целокупно човечанство, тј. све становнике планете, који би били подвргнути њеној власти и тиме обавезни да поштују светски правни поредак. Сви њени грађани би имали светско држављанство, а у случају њеног федералног устројства и „квазидржављанство“ федералних чланица,

65 B. Russell, *The Prospect for Industrial Civilisation*, London 1923, 16.

66 Вид. Д. Хелд, *Демократија и глобални поредак*, Београд 1997; Д. Симић, *Поредак свешћу*, Београд 1999; *Глобално управљање свешћу* (ур. Ј. Бабић, П. Бојанић), Београд 2012; А. Гајић, *Идеја свешћу државе*, Београд 2012.

односно двојно држављанство. Тиме би прво престала потреба за садашњим разликовањем држављана од странаца и апатрида (али не и за одређивањем услова за стицање и престанак држављанства, укључујући и могућу појаву глобалних апатрида), а затим потреба за установама азила, екстрадиције итд., које би такође постале излишне или немогуће.

Светска држава би, такође, располагала свим атрибутима суверености у њиховом најчистијем облику. Она би била потпуно независна, јер не би постојала конкурентска власт ниједне друге државе, и потпуно надмоћна, јер би располагала неодољивом државном влашћу подржаном светским федералним оружаним снагама. У земаљским размерама, она би била апсолутно фактички најјача и правно неограничена. Она би без икаквих правних ограничења могла да доноси универзално обавезне прописе, док правно никоме не би одговарала, постајући тако „правни бог“ у најчистијем смислу (*dominus et deus*). Њено право постало би налик на нешто „мање савршено божанско право“ (*lex divine*).

Такву државу више нико не би могао међународно да призна нити би то више било потребно. Приликом њеног настанка по моделу друштвеног уговора, све државе би на њу (милом или силом) пренеле своје спољашње државне ингеренције. Њена власт била би ограничена само физичким и друштвеним околностима. Иако јединствена, сувереност светске државе не би била монолитна, већ, као у модерним федерацијама, расподељена између ње и федералних чланица које би у извесној мери задржале подарену унутрашњу сувереност.

Користећи хиљадугодишњу државноправну традицију, федерализована светска држава била би спремна да буде одвојена од *цивилној друштва* (*Civil Society*), које би „својим извандржавним положајем, постојањем слободног јавног мњења и других ванинституционалних облика повезивања представљало не само аутономну област друштвеног живота ван домаћаја државне власти већ и суштинску брану од свеобухватности овакве суверене државе и тоталитарних тенденција које би могле у њој да се временом појаве“.⁶⁷ Такву оптимистичку слику је развио у својој књизи *Знање и политика* (*Knowledge and Politics*) Роберто Мангабеира Унгер када одређује „идеал заједнице с *орјанским* *пругама* које ће превазићи систем доминације. Управљање активностима ових

67 D. Archibugi, *The Global Commonwealth of Citizens. Toward Cosmopolitan Democracy*, Princeton Un. Press, 2008, 89.

група и спречавање наметања једне другима вршиће држава која би требало да буде на светском нивоу“.⁶⁸ То важи и за будућност права. Према Александру Кожеву, данас и право све више „тежи ка апсолутном Праву универзалне и хомогене Државе“.⁶⁹ То би у будућности могло да доведе прво до преваге наднационалних правних поредака над националним, а затим и до њиховог стапања у универзалан поредак светске државе.

Иако се одавно ради на стварању светске државе, и даље је реч о друштвеној утопији, али овог пута с могућношћу да се она зблиља оствари захваљујући глобализацији, том средству изниклом „ниоткуда“ и готово „свеприсутном“.⁷⁰ Данас многи стручњаци и лаици управо у јачању глобалистичких тежњи препознају озбиљну или највећу претњу демократији у савременим либералним друштвима. Многи други у глобализацији виде пут ка успостављању светске државе за коју се треба залагати свим расположивим средствима. Између тих крајности налази се једноставна истина: данашњи развој најнапреднијих друштава није омогућила ни црква ни политика, а ни власт савремених држава или корпорација, већ *технолоија* у најширем смислу те речи – од точка и оловке до рачунара и виртуелног инжењеринга. Али, њене могућности су данас обуздане и само делимично искоришћене. Због тога више није разложно питати да ли до светске државе, која се технолошки намеће ма када једном настала, већ до какве светске државе: да ли до државе у којој ће владати *пошребе*, јер технологија то већ сада омогућава, или до државе у којој ће владати *профити*, како је сада, јер то садашње монополистичко искоришћавање и расподела добара омогућавају.⁷¹

68 R. M. Unger, *Znanje i politika*, Zagreb 1989, 324 и даље.

69 А. Кожев, *Феноменологија љрава*, Београд 1984, 197; Д. Дабовић, *Глобализација љрава: усклађивање љрава у савременом свећу*, Београд 2007, 13 и даље.

70 Д. Дабовић, 13–17.

71 Вид. D. Ronald, *National Diversity and Global Capitalism*, Ithaca Un. Press, 1996; A. Giddens, *The Third Way. The Reneval of Social Democracy*, London 1998; Н. Чомски, *Профити изнад људи: неолиберализам и глобални љоредак*, Нови Сад 1999; С. Boggs, *The End of Politics*, New York 1999; Д. Симић, *Поредак свећта*, Београд, 1999; В. Вулетић, *Глобализација – мий или сиварносћ*, Београд 2003.

II глава

УЛОГА ДРЖАВЕ И ЊЕНЕ ПРОМЕНЕ

Држава је сврсисходна творевина. Она има своју функцију (улогу, циљ, задатак, мисију). На основу функције се може одредити њено друго, главно, социолошко-политичко одређење.

Држава своју функцију остварује вршењем државних делатности.⁷² Оне представљају *средство* за остваривање функције државе, док сама државна функција представља *циљ* државних делатности.

1. Функција и делатност државе

Функција је циљ државе, због чијег остваривања она постоји. То може да буде један највиши циљ (*монистичко* схватање) или више њих (*илуралистичко* схватање). Тај циљ може да буде или онакав каквим га одређују државни управљачи, или, насупротив њима, грађани (*субјективна* функција), или какав збиља јесте у друштву (*објективна* функција).⁷³

У правној науци постоје бројна схватања о друштвеној функцији државе. Карактеристична су *шелеолошка*, *синтеистичка* и *аналистичка* схватања. Према првим, функција државе се поистовећује с њеним циљем у друштву. Једино што се тај циљ различито одређује (Платон, Аристотел, Рудолф фон Мол, Георг Јелинек, Хајнрих фон Трајчке, Јозеф Колер, Карл Маркс, Леон Диги, Стеван Врачар итд.). Према другим, постоји само једна функција државе. Њу оличава највиша вредност коју држава треба да испуни у

72 Р. Марковић, *Уставно право и политичке институције*, Београд 2001 (1995), 196.

73 С. Врачар, *Социјална садржина функције државноправној јорейка*, Београд 1965 (1996), 96–101.

друштву. Та највиша вредност остварује се вршењем конкретних државних радњи, тј. државним делатностима (Иђино Петроне, Радомир Лукић итд.). Према трећим, на основу анализе конкретних државних делатности или њихових карактеристичних група, функција државе се одређује двоструко, троструко или вишеструко, будући да обављање различитих врста или група послова доводи до образовања различитих државних органа. Тиме се постиже да држава дејствује систематски, опсежно и трајно (нпр., Роберт Шмит, Бруно Бауер, Ханс Келзен, Слободан Јовановић, Никола Висковић).

Изгледа да разлике између монистичких (телеолошких и синтетичких) и плуралистичких (аналитичких) схватања могу да се отклоне или барем ублаже тако што ће се функција државе одредити *широко*. То је могуће учинити када се у јединственој функцији државе уоче три главна значења: *идејно* (апстрактно), *ојера-шивно* (практично) и *техничко* (конкретно).

Истицање јединствености функције државе, којом се изражава идеја државе, њен врховни циљ који је разлог настанка и постојања држава, одговара монистичким схватањима. Тај највиши циљ састоји се у омогућавању „сапостојања људи у друштву“ као највећем могућем добру.⁷⁴ На тај начин су задовољени захтеви синтетичких а делимично и телеолошких схватања. Али, пошто идејна функција државе због своје апстрактности не може непосредно да се остварује, њено идејно значење мора да се учини примењивим. То се постиже одређивањем више њених главних задатака, тј. њених оперативних значења, најчешће тако што се истиче да савремена држава располаже одбрамбеном (спољашњом), заштитном (унутрашњом), правном (организационо-регулативном) и културном (просветном, школском, здравственом итд.) функцијом, чиме су задовољени захтеви плуралистичких (аналитичких) схватања. Тек ти главни задаци државе непосредно могу да се остварују вршењем конкретних државних задатака, тј. оног што Монтескје назива *техничким* (конкретним) „функцијама“ главних врста државне власти. Узете заједно, оне омогућавају остваривање идејне и оперативне функције државе. То је могуће јер је реч о организацији која је изграђена да буде смислена од врха до дна, од најапстрактнијег циља (идејне функције) до небројених најконкретнијих циљева који се остварују државном делатношћу.

74 Р. Лукић, „Појам права“, *Зборник за теорију права*, II, САНУ, Београд 1982, 27.

Треба нагласити да држава увек остварује своју организационо-регулативну, тј. *правну функцију*. Она се састоји у издавању заповести о понашању људи, тј. у стварању и доношењу општих и појединачних правних аката. Због тога функција права мора да буде усклађена с функцијом државе у толико великој мери да држава може јасно да се одреди као правна организација различита од других друштвених организација. У противном, без правне функције, држава би се претворила у разобручену силу која би рушила све пред собом, све док на крају не би срушила саму себе.

Од државне функције треба разликовати *државну делатност*, као што је поменуто, тј. свакодневне конкретне радње државних органа које су усмерене ка остварењу одређеног конкретног циља, задатка. Те радње државних органа могу да се разврстају према степену сродности и конкретности по групама на више (области) и ниже (ране, секторе), од којих се свака понаособ састоји из више нижих грана и сектора делатности, такође распоређених по сродности и конкретности. Збирно дејство свих тих радњи (делатности) сачињава садржај главних техничких и оперативних функција државе, а збирно дејство главних техничких и оперативних функција јединствену идејну функцију државе.

2. Промене у поретку државе

Држава своју функцију врши постојано упркос свакодневним бројним и мање значајним променама у њеним елементима. Али, могуће су и такве промене које доводе до прекида или измене њене функције. До тих промена долази или нагло, скоковито, или мирно, постепено, због чега може да се говори о „револуционим“ и „еволуционим“ променама у друштвеном, државном и правном поретку, тј. о „критичном“ и „органском“ добу (Сен-Симон). У првом су државне и друштвене везе лабаве, губи се стабилност и траже нови правци. У другом су те везе чврсте, док се живот одвија без већих потреса и жеља за променама.⁷⁵

Постоји неколико карактеристичних врста промена у поретку сваке државе.

Револуција је свеукупна квалитативна друштвена промена којом се мењају суштина и смисао свих друштвених појава.

75 Е. Спекторски, 29–30.

Револуција се понекад – не сасвим оправдано – изједначава с народним устанком (који не мора да буде подигнут ни због каквих револуционарних циљева), грађанским ратом („Кромвелова револуција“), ослобођењем од власти друге државе („америчка револуција“, тј. *Рајн за независност*) итд.

Важно је уочити да је револуција „скоковита“ промена. Дуго се припрема, а изводи одједном (намах). Започиње као *научно-технолошка*, наставља се као *економска*, а завршава као *политичка и социјална* револуција. Такав след није случајан, јер до свих важних друштвених промена долази захваљујући открићима генијалних појединаца (нпр., Херон из Александрије је први у III веку направио прототип парне машине), Али, не доводе сва таква открића до друштвених промена, јер су потребни погодни услови за њихову научнотехнолошку примену у друштвима која су способна да их прихвате, као што тврде у својој теорији Клаус Едер и Јирген Хабермас (Херонова парна машина је коришћена као играчка). Друштвена примена научнотехнолошких открића постепено доводи до економске револуције која се састоји у прерасподели економске моћи, што може да потраје вековима, као што се збило с првобитном акумулацијом капитала у позном средњем веку у Западној Европи. Тек на крају долази до преноса политичке власти на носиоце новог економског развоја употребом средстава која важеће право забрањује. Због тога се политичка и социјална револуција сматрају незаконитим, крвавим и коренимим друштвеним променама, којима се раскида с целокупним дотадашњим друштвеним, политичким, државним и правним поретком. Нарочито социјално-политичка револуција дубоко засеца у друштвене односе (Француска револуција из 1789. године). Њом се мењају не само „политичке и правне установе него и сав економски и културни живот поставља на нове основе, битно се мења свеколика структура друштва“.⁷⁶ Али, и друштвени опоравак после изведене социјалне револуције веома је дуг – Французима је требало више од једног века да отклоне главне штетне последице своје револуције како би постали нормално и просперитетно друштво.⁷⁷

Изузетак од описаног обрасца *евројске револуције*, која означава „крвави хаос страсти, речи и недеља“, представља *енглеска револуција*. Она побија све што је речено о револуцији: „у Европи

76 Л. Тадић, *Наука о политици*, 134.

77 Б. Пекић, *Сенциментална новели Британског царства*, Београд 2013, 238–239.

револуција обара поредак, у Енглеској га учвршћује; у Европи се обично диже против краља, у Енглеској је диже краљ; у Европи револуција је брутална и крвава, у Енглеској енглески бескрвна и аморфна; уколико је од њих више времена протекло, Европљани своју револуцију све више мрзе, а Енглези се све више у своју заљубљују; Европљани умеју да деле револуцију од грађанског рата, у Енглеској ће праву револуцију звати грађанским ратом, а револуцијом нешто што ни по чему то није. Укратко, у Европи ће се увек знати шта је револуција, а шта то није, Енглези никад с тим неће бити начисто“.

Постоји још једно, сасвим посебно значење револуције. То је *формалноправна* револуција. Она означава коренит раскид с важећим правом, као што је код нас учињено Законом о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације (од 23. октобра 1946. године) Али, формалноправна револуција је пре последица, него узрок политичке и социјалне револуције под којима би требало подразумевати насилну измену правог поретка и темељних друштвених начела.

Политичкој револуцији је супротна *реакција*. То је, у ствари, конзервативна револуција или контрареволуција, чији је циљ да се после револуције поново успостави стари, предреволуционарни режим (државни, политички, правни). До ње обично долази када желе да се спрече или одложе револуционарне или друге друштвене промене. Реакцијом се можда може назвати и револуција која није надахнута прошлошћу, већ неизвесном или недостижном будућношћу, јер је лакше људима предочавати благодети неизвесне будућности него извесне прошлости.

Револуцији је блиска *реститурација*. Док реакција побија револуцију, рестаурација је прихвата и настоји да уз те промене изведе и оне које имају привид прихватања старог режима, традиције, односно неких институција и вредности. На пример, Наполеон I Бонапарта је пре повратка краљевске династије Бурбона у Француској поставио темељ рестаурацији, чије је правно ремек-дело *Codé Civil* из 1804. године, али је покушао да направи и ново племство од заслужних официра и чиновника.

Постоји и *реформа*. Она представља на праву засновану и у том смислу закониту, постепену и мирну друштвену промену која се изводи без употребе физичког насиља. Реформу изводи државна власт (реформа Петра I, Наполеона, Јосифа II итд., све до данас у нашој земљи). Њен циљ је коренита промена друштва у некој области или, ређе, у свим друштвеним областима, али се изводи

постепеним усавршавањем а не разарањем друштва. Због тога је реформа најпожељнији начин за извођење важних друштвених, државних и правних промена. Може да буде општа (друштвена) и посебна (државна, аграрна, културна, школска, пореска, здравствена итд.). Реформа права се назива *правна реформа* (јер се увек изводи на законит начин, доношењем новог или нових закона) или *кодификација* (ако се правно изводи доношењем кодекса, законика, тј. великих свеобухватних закона).

Иако бројне и важне, реформе нису свемоћне, јер зависе од људи који их изводе и људи на које се односе. Најновије примере пружају реформе у Европској унији или у некадашњим транзиционим европским земљама. За означавање правних реформи у Србији ради усклађивања домаћих правних прописа с прописима Европске уније и даље се користи израз *хармонизација*.

Превраћ је незаконита и најчешће насилна промена важећег права, којом се изводи смена политичке власти или увећава постојећа власт (нпр., присвајањем надлежности које правно не припадају одређеном органу). Најважније врсте преврата су *државни удар* и *пуч*. У случају државног удара промену изводе поглавар или лица у врху државне власти (државни преврат у републици или дворски преврат у монархији), а у случају пуча лица на нижим положајима у државној организацији или чак изван ње (улични преврат).

Државни удар и пуч су краткотрајне, најчешће насилне промене којима се суштински не мења постојећи државни и правни поредак, већ само лица која врше највишу државну власт. Они су антимодедни и најчешће антидемократски по свом усмерењу (државни удар генерала Франка 1939. године у Шпанији или генерала Пиночеа 1973. године у Чилеу), али понекад могу да буду и модернизаторског и демократског усмерења (државни удар генерала Ататурка 1919. године у Турској, генерала Нагиба 1952. године у Египту или демократских пуковника у Португалу 1974. године).

Произлази да само револуцијом и реформом може коренито да се измени јединствена функција државе и права, док то није случај с другим врстама промена. Али, пожељно је да се друштвене промене изводе реформом, јер је реч о мирној и законитој промени, док револуција то није. Реформа показује да је друштво способно да се мења и напредује усавршавањем, а револуција да друштвени сукоб није могуће решити без оружане борбе и разарања.⁷⁸

78 R. Layton, *Order and Anarchy. Civil Society, Social Disorder and War*, 2006, 45–81.

3. Настанак и престанак државе

Држава није статична, већ жива, динамична творевина у сталним променама. Те промене на крају доводе до настанка нових и престанка старих држава. Иако већина држава траје дуже од обичног људског века, ипак, оно што не дочекају оснивачи сачекају њихови потомци. Дакле, и државе настају и нестају, због чега настанак државе треба разликовати од њеног престанка.⁷⁹

Настанак државе може да се посматра, најпре, као питање како је уопште дошло до појаве, до настанка такве друштвене појаве (творевине, организације, заједнице) која се назива држава. Одговор на то питање пружају три главне групе теорија.⁸⁰ Према *теорији стиварања*, која је важила до почетка XIX века, држава је људска творевина, изум створен ни из чега, чудом (софисти или уговорне природноправне теорије у доба рационализма). Према *теорији еволуције*, карактеристичној за XIX и почетак XX века, држава је настала читавим низом постепених промена у природном и друштвеном животу људи, захваљујући способности људске заједнице да се усавршава и напредује (нпр., развијањем родова, племена и њихове војне организације). Најзад, према *теорији револуције*, карактеристичној за другу половину XIX и прву половину XX века, држава је настала као резултат квалитативне друштвене промене до које долази због друштвених сукоба који не могу друкчије да се реше до успостављањем једне нове, надмоћне друштвене организације која располаже монополом физичке силе (неке социолошке и готово све марксистичке теорије).

Настанак државе може да се посматра и као питање како су настале или како настају конкретне државе. Ради се о ситуацијама када по први пут настане сасвим нова држава или када нова држава настане распадом претходне државе. Прва ситуација припада прошлости, јер данас готово да не постоји таква територија на планети Земљи која би могла по први пут да постане сасвим нова држава. Друга ситуација је карактеристична за савремено доба када се једна држава раздели *сецесијом* (Чехословачка на Чешку и Словачку), када се две или више држава стопе у једну *унификацијом* (Енглеска, Велс, Шкотска и Северна Ирска у Велику

79 Вид. П. Кенеди, *Ујон и ѿад великих сила. Економска ѿромена и рајтовање од 1500. до 2000. године*, Београд – Подгорица 1999.

80 Е. Спекторски, 29–30, 33–34.

Британију), или када једна држава преузме државноправни континуитет претходне државе *сукцесијом* (некадашње СРЈ од такође некадашње СФРЈ).

Од настанка конкретних нових држава треба разликовати промену владавине или уређења у истој држави. Таква промена сама по себи још не значи да је настала нова држава. Садашња Пета република у Француској није нова држава. Она је иста држава Француска која је пре тога, током више од два века, прошла кроз четири републике, једну краљевину и два царства. Исто тако, сматра се да није нов онај поредак који је успостављен политичком револуцијом (ако одржава спољни, међународноправни континуитет а „само“ прекида унутрашњи, уставноправни континуитет), или, слично, онај поредак који је успостављен државним ударом, већ се ти пореци сматрају модификацијама претходних, нарочито ако ефективно важе на приближно истом државном простору. Очигледно, признавање нове државе од стране других држава није апсолутан, већ пожељан услов за њен настанак. Ипак, данас међународно признање има велику тежину за државу јер значи да је та творевина призната и прихваћена као држава у међународној заједници.

Престанак државе, обрнуто, значи да је једна држава потпуно престала да постоји, тј. да су уништени сви њени главни елементи: простор, становништво и власт (нпр., Римско царство), што се дешава. Због тога се каже: „Слогом расту мале државе, а неслогом се и велике разарају“ (*Concordia parvaeres crescunt, discordia et maximae dilabuntur*). Ипак, престанак државе не мора да буде потпуни крај државе као такве. Када једна држава престане да постоји то обично значи да је постала саставни део неке друге државе. До тога може да дође добровољним присаједињењем (*инкорпорацијом*; нпр., Порторика са САД), када једна држава војним путем претвара део или целу другу државу у своју област (*анексијом*; нпр., Аустро-Угарска са Босном, Немачка са делом Чешке или са Аустријом за време Хитлера), стапањем две или више држава у једну (*унификацијом*; нпр., Енглеске, Велса, Шкотске и Северне Ирске у Велику Британију) или настанком једне или више нових држава из старе државе (нпр., раздвајањем /мирном сецесијом или *дисолуцијом* Норвешке од Шведске, Чешке и Словачке из Чехословачке/, насилном сецесијом /нпр., Пакистана или Бангладеша из Индије или некадашњих република из СФРЈ/, мирним

уступањем дела територије /цесијом, нпр., европских територија Отманског царства после Првог балканског рата 1913. године Србији, Бугарској и Грчкој/, *йоделом* /нпр., Пољске 1797. године између Пруске, Аустрије и Русије/, на основу међународног ујовора /Ватикан/, повеље или устава /Света Гора/ итд.).⁸¹

Престанак државе обично није апсолутни крај државе као такве, јер је народни творац старији од државног. Када једна држава нестане, друга настане. Због тога за престанак државе, као и за њен настанак, важи усклик: „Држава је умрла, живела држава!“.

81 D. Vrban, *Država i pravo*, 38–40.

III глава

ДРЖАВНА ОРГАНИЗАЦИЈА

Држава са својом организацијом представља изванредно сложену, а вероватно и најсложенију људску творевину. Али, држава није само најсложенија људска творевина, већ и посебна друштвена организација која располаже својствима правне личности. Због тога се и за државу каже да је субјект права, правно лице са својствима правне установе У томе се састоји треће и најуже организационо-техничко значење државе.

1. Појам државне организације

Државна организација је свесно и плански створена друштвена творевина, установљена с одређеним циљем, с претходно утврђеним органима за извршавање одређених задатака (послова) и нарочито опремљеним органима за примену државних санкција. Она у друштву суверено врши власт засновану на располагању монополом принуде. То је разлог зашто се каже да је државна организација шири појам од државног апарата или државног механизма, јер у демократијама обухвата грађане који повремено учествују у вршењу власти и тако улазе у државну организацију (нпр., посланици или судије-поротници). *Државни апарати*, пак, сачињавају само лица која као државни службеници врше државне послове трајно и професионално, у виду занимања, док се *државни механизам* односи на састав и везе државних органа који сами по себи чине један механизам за вршење власти. Ипак, државна организација се понекад изједначава са државним апаратом и државним механизмом. То није сасвим нетачно има ли се увиду да су и они нужна последица карактера и начина организовања државе.

Државна организација се јасно разликује од других друштвених организација по томе што је једино она тако оспособљена да поседује и контролише монопол физичке силе. Она се од других друштвених организација разликује и према врстама органа и службених лица која улазе у њен састав. Та лица делају на основу своје претходно утврђене надлежности, што значи да она унапред тачно знају шта треба да раде. Такође, у државној организацији постоје посебна лица која воде рачуна о томе да сваки њен члан исправно врши своју делатност у складу са важећим правом. Та лица могу да примењују санкције против свих који своје дужности не врше у складу са правом и интересом службе, што значи да се и сами државни органи налазе под строгим надзором неког вишег државног органа. И тако редом, све до сувереног државног органа. Када не би постојао такав строг ред у раду државних органа, државна организација би убрзо престала да постоји. Због тога се за државну организацију каже да је чвршће и сложеније организована од других друштвених организација, као и да располаже средствима којима друге мање-више сличне организације уопште не располажу или располажу само уз њено одобрење. Државна организација мора да буде таква због специфичних задатака које њени органи треба да извршавају. У њој мора тачно да се зна шта који орган треба да ради. Због тога је начело строге потчињености једних и строге надређености других органа (начело „чврсте хијерархичности“) изванредно значајно за њено функционисање.

Државна организација није дата једном и заувек. Када се посматра њен развој од настанка до данас, може се запазити да је прешла огроман пут од веома једноставне, примитивне државне организације са малим бројем људи и задацима који се нису сасвим јасно разликовали од друштвених задатака и подухвата. Тек касније се повећао број људи који улазе у њен састав, што је довело до увећавања обима послова предатих у надлежност специјализованим државним органима.

Поменути развој државне организације је захтевао усложњавање форме по којој се државни послови обављају и њихово све подробније регулисање материјалним и процедуралним нормама. Нарочито је период апсолутне монархије важан за развој државне организације, јер је у тадашњим европским државама створен веома разгранат државни апарат који се претежно састојао од професионалних државних службеника који су живели од рада у државној организацији. Захваљујући томе, у државном

и друштвеном животу је преовладало схватање да те послове могу да обављају само образовани државни службеници који су специјализовани за тачно одређене врсте послова. Данас се државна организација толико развила и искомпликовала да је постала изванредно значајан, ако не и најзначајнији чинилац друштвеног живота. Тај развој је свој хипертрофирани врхунац доживео у садашњим најразвијенијим државама.⁸²

2. Начела државне организације

Државна организација почива на начелима која јој прибављају неопходну меру уобличености и кохерентности.⁸³ Начела утврђују начин повезивања органа, метод одређивања њиховог места и распореда, као и њихово јединствено функционисање. Она јасно показују састав, положај и везе између државних органа. Њихов циљ је да одрже дату државну организацију и омогуће њено нормално функционисање. Због тога начела државне организације морају да буду објективно заснована. Без њих ниједна држава не може да постоји. Организација без начела, као „дрвено гвожђе“, такође представља противречност.

Начела државне организације нису само државна. Најважнија државна начела су истовремено начела правне организације. Она могу бити основна и општа, посебна и изведена, државна и правна или мешовита, статичка и динамичка итд.

Основним начелима се установљава и учвршћује целокупна државна и правна организација (нпр., начелом легитимности, легалности или хијерархије). Ошћѣтим начелима су обухваћене све области државе и њена целокупна правно уређена делатност (нпр., начелом опште правне одговорности или начелом права на коришћење правних средстава). Обе врсте начела немају само улогу спољашњег елемента државе и права, већ су такође њихови саставни делови.

Посебна и изведена начела представљају разраду и конкретизацију основних и опшћѣтих начела за сваки посебан део државе, за сваку посебну област државног организовања или за поједине историјске и савремене облике државе и права. Она су неопход-

82 Р. Лукић, *Увод у ѿраво*, Београд, 1971, 117–118.

83 С. Врачар, *Социјална садржина функције државнојравној ѿоретика*, 271 и даље.

на као допуна и разрада основних и општих начела (нпр., начело територијалности, персоналности или начело *pacta sunt servanda* у међународном јавном праву; начело уговарања или мирног решавања спорова пред арбитражама у пословном праву; начело правоснажности решења, пружања помоћи странци или употребе властитог језика и писма у процесном праву; начело да је црква једна, света, саборна и апостолска у црквеном праву итд.).

Државна начела су карактеристична само за државу, *јравна* само за право, а *мешовита* за државу и право. Њима се узајамно повезују, међусобно одређују или ограничавају држава и право. На пример, државно је начело јединства власти или начело поделе власти; правно је начело формалне и материјалне сагласности правних аката, заштите права грађана или заштите јавног интереса, двостепености поступка, економичности или коришћења народног језика приликом писања права; мешовито је начело паралелизма и равнотежног распоређивања државних органа и правних аката.

Статичка начела су изразито установљавајућег, а *динамичка* изразито стваралачко-примењивачког карактера. Она се одређују према томе да ли се односе на састав државе или представљају основ за конкретно вршење одређених државних радњи. На пример, начело сталности судства и начело независности судске функције утврђују положај судских органа, али начело контрадикторности (*audiatur et altera pars*) свакако припада другој врсти, јер се њиме одређује начин рада судског органа у парничном поступку.

У најважнија начела државне и правне организације спадају начело хијерархије, центрo-периферне повезаности, координације, кооперације, корелације и комплементарности. Од наведених начела, бар су три основна. То су начело хијерархије, центрo-периферно начело и начело координације. Она су у стварности неодвојива једна од других. Захваљујући њима, између државних органа се успостављају најразличитије вертикалне, хоризонталне и дијагоналне везе, што утиче на сличне везе унутар права или између државне и правне организације.

Начело хијерархије формално означава „службену лествицу, ранг, према коме се одређује положај делова у организацији“, а садржински „концентрисан израз права на одлучивање и заповедање“. ⁸⁴ Оно је најважније начело државне организације. Не каже се тек тако да хијерархија представља силу реда у држави и праву

84 L. von Bartalanffy, *General System Theory*, New York, 1968, 27.

као што гравитација представља силу реда у природи.⁸⁵ Састоји се у вертикалном распоређивању државних органа на хијерархијској лествици према количини власти којом располажу. Тако се ствара „пирамида“ или „купа“ надређених и подређених државних органа. На њеном врху се налази суверен, а на дну најнижи државни органи. Тиме се обезбеђује јединствено распоређивање државних органа и вршење њихових делатности од врха до дна државне организације, тј. хијерархија између државних делатности, између органа исте државне делатности и између службених лица у истом државном органу. Реченом треба додати да се чврста хијерархијска веза успоставља и између органа који имају исту стварну али различиту месну надлежност, као што је случај са судским и управним органима. Ту чврстину појачава обавеза нижих државних органа да своје прописе доносе на основу овлашћења која су им издата од виших органа, често искључиво према поступку који су прописали виши државни органи. Поред тога, виши државни органи понекад својим прописима могу да одређују садржину прописа нижих органа.

Начело хијерархије представља и најважније начело правне организације, јер сваки поредак има потребу за утврђеним местом својих правила, што значи да сви прописи и акти које доносе различити државни органи треба да буду јединствено обухваћени, распоређени и систематизовани. То се чини помоћу снаге општих правних норми која се користи као главно формално мерило за њихово разврставање. Будући да све опште правне норме немају исту правну снагу, то оне немају ни исто место на хијерархијској лествици. На тај начин се по аналогiji са хијерархијском лествицом државних органа ствара „пирамида“ или „купа“ извора права на чијем се врху налази устав, испод њега закони, испод закона подзаконски прописи (уредбе, декрети, одлуке, упутства итд.), а затим уговори, различити аутономни општи акти и обичаји. Наведени образац је још сложенији у федерацијама, у којима се чак истоврсни правни акти међусобно разликују према томе да ли је реч о савезним актима или актима федералних јединица. То је нужна последица чињенице да је у федерацији све двоструко. Тако се, упоредо са хијерархијском лествицом државних органа, ствара хијерархијска лествица правних аката. Те две хијерархијске лествице представљају два лица исте појаве – власти којом држава располаже у друштву.

85 Вид. Д. Митровић, „Хијерархија у праву“, *Правни животи*, Београд 1/1983, 17–28.

Начело центро-периферној повезивања произилази из међусобног разликовања државних органа на централне и нецентралне, тј. периферне, као и уверења да ће на тај начин различити државни органи који заузимају најразличитија места на хијерархијској лествици лакше и успешније моћи да остварују своје задатке. То начело је неизбежно, јер се сваки иоле развијен државни апарат састоји из већег броја органа које све треба повезати и дијагонално, а не само вертикално и хоризонтално. И управо такво повезивање државних органа сачињава суштину начела центро-периферне повезаности.⁸⁶

Начело координације показује да је успостављен складан однос између органа у државној организацији, насупрот нескладним односима. Оно никада није потпуно остварено, јер је држава релативно хармонична заједница која не може увек и у свим правцима једнако успешно да координира активности својих органа у мери у којој би то желела. Идеално стање координације због тога нигде није постигнуто. Али, сматра се да је оно успостављено у пожељној или довољној мери када држава врши своје редовне делатности без озбиљних сметњи и застоја.

Поред наведених, постоје начела *кооперације* (сарадње), *корелације* (узајамности) и *комплементарности* (допуњавања). Иако је њихово постојање мање уочљиво, она нису мање важна, јер се њима додатно подешава рад целокупне државне организације. Начело кооперације државних органа представља и правно утврђену радну обавезу државних органа.

3. Елементи државне организације

Ма колико државна организација била сложена и развијена, она се увек састоји из две главне врсте елемената: *државних службених лица и државних органа*.

Државним службеним лицима се називају лица која врше државну власт. Она су персоналне, неинституционализоване и замењиве јединице државне организације. Разликују се од грађана управо по томе што врше државну власт. Чак се и у демократијама обични грађани разликују од оних који улазе у састав државне организације. С друге стране, државни органи представљају засебне целине у државној организацији састављене од државних службе-

86 С. Врачар, „Гезе о правном систему СФРЈ“, у: *О правном систему СФРЈ*, Београд 1979, 27 и даље.

них лица. Они су организационе, институционализоване и незамењиве јединице државне организације. На њихову јединственост не утиче чињеница да ли се они састоје из једног или више државних службених лица – судија је исто тако државни орган као и скупштина. То је због тога што држава и њен орган нису два правна субјекта. Када би то био случај, радило би се о две државе. Али, држава и оно физичко лице које врши делатност органа, збиља јесу два правна субјекта. Речју, државна службена лица која улазе у састав државних органа само позајмљују своју свест, вољу, жељу (хтење) и активност држави. Изван тога, она су изједначена са другим грађанима у погледу својих права и обавеза.

Наведене разлике државу приказује као безличну (*имперсоналну*) и надличну (*трансперсоналну*) установу, трајнију од службених лица која улазе у састав њених државних органа и врше државну власт за њу и у њено име.

4. Државно службено лице

4.1. Појам и врсте државних службених лица

Државна службена лица су сва физичка лица која врше државну власт у државним органима. Само када раде у неком државном органу за државу и у име државе, последице њихових радњи се урачунавају држави, а не њима лично. Као приватна лица, она имају властити правни субјективитет, као и сва остала физичка лица, сви други људи, што значи да се последице њихових приватних радњи урачунавају њима лично, а не држави.

Према томе да ли своју делатност обављају као стално занимање (професију) или не, државна службена лица се деле на службенике и несљубенике. Државни *службеници* су лица која врше државну службу као стално занимање тако да им управо она представља главни извор прихода за живот. Они за свој рад добијају плату. Њена висина обично зависи од ранга (платног разреда, класе) који им припада на службеној лествици. Државни *несљубеници* су лица која имају своје стално занимање, док државну службу (тј. државну власт) врше привремено или повремено. Она могу и да напусте своје стално занимање да би вршила одређену државну службу и да му се затим поново врате. Такав је случај с грађанима који су изабрани да у неком унапред тачно одређеном времену врше неке државне послове (нпр., као

посланици или судије поротници). Једна од више разлика између њих и службеника састоји се у томе што су неслужбеницима по правилу поверени послови који не захтевају високо специјализовано знање. Они за своју службу не треба да примају плату. Ако им вршење службе осетније смета у обављању њиховог редовног занимања, због чега се смањују њихова средства за живот, њима треба да се даје одређена накнада, али само за време provedено у државној служби.

Данас број службеника у свету убрзано расте. То је у државном апарату довело до образовања посебног слоја сталних државних службеника. Тај слој људи, који образује свој посебан поглед на место и улогу државе у друштву, назива се државна бирократија и технократија.⁸⁷ *Бирократију* чине првенствено лица на руководећим положајима у државним органима, они који управљају или заузимају водеће положаје у државној организацији, а *технократију* стручна, неполитичка руководећа лица. Она су исто тако посебан друштвени слој људи, као бирократија. Ова два различита слоја у државној организацији располажу великом влашћу приликом доношења важних или најважнијих одлука. У савременим развијеним државама, технократија представља привилегован слој чак у односу на традиционалну бирократију.⁸⁸

Бирократија и технократија су нужне у свим државама, али само када су функционалне. У противном, када су привилеговане, реч је о несврсисходно организованим *бирократским* или *технократским* државама. У њима постоји неовлашћено ширење моћи државних службеника, тајност неуставног и незаконитог деловања, солидарност међу члановима који сачињавају тајну мрежу моћи у државној организацији, успешно избегавање правне и политичке одговорности за изазване штетне последице итд.

Постоје и *службена лица* која врше јавну власт у различитим друштвеним организацијама.⁸⁹ И она могу да се поделе на службенике и неслужбенике.

Данас постоји све моћнија *међународна бирократија* и *технократија* која је глобалистички опредељена и усмерена. Умножава се у органима најважнијих националних органа државне власти, наднационалних и међународних организација и корпорација. И она се састоји од службеника и неслужбеника.

87 С. Врачар, *Социјална садржина функције државнојавној поретка*, 216–226; N. Visković, 77–79.

88 Ch. R. Mills, 1960, 16 и даље. Вид. R. Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, New York 1974; Д. Ђ. Денковић, *Добра ујрава*, Београд 2010.

89 Р. Лукић, *Увод у јраво*, Београд 1994, 118–119.

4.2. Однос државних службених лица према држави – држава као установа (1)

Државна службена лица, а нарочито државни службеници, понекад делају мимо и изван закона и права чиме се поставља питање њиховог односа према држави и трећим лицима. Реч је о питању на који начин држава може да се издвоји од људи који је чине, односно о питању какав је правни положај људи који улазе у састав државне организације.⁹⁰

На питање на који начин држава може да се издвоји од људи који је чине, тј. да ли су државна службена лица држава или не, одговарало се двојачко. Према првом, старијем одговору, државну организацију сачињавају људи од којих се она састоји. Држава није ништа друго до група људи који своју власт намећу другима. Суштину овог схватања верно изражава реченица Луја XIV: „Држава, то сам ја!“ (*L'État, c'est moi*). Осам деценија касније, француски народ је одговорио исто тако чувеном реченицом „Држава, то смо ми!“ (*L'État, c'est nous*). Према другом, модернијем одговору, државна организација је увек нешто више од људи који је чине. Она представља посебну целину, посебну друштвену стварност, пунију и трајнију од људи који улазе у њен састав. Та целина се схвата као посебно јединство, посебно биће, посебна институција, посебна правна личност која има своју вољу.

Будући да се државна организација сматра „организмом за себе и за друге“,⁹¹ људи који врше државну власт чине то тек улазећи у састав њених органа. Они морају да разликују „себе када врше државну делатност“ од „себе као приватних лица“.⁹² Због тога се каже: Скупштина Републике Србије, Уставни суд Републике Србије, Председник Републике Србије, Влада Републике Србије, Министарство просвете Владе Републике Србије, Врховни касациони суд Републике Србије итд. да би се и називом јасно раздвојила правна личност државе као целине од њених организационих делова, појединих државних органа који нису правна лица а јесу институције, као и од њених персоналних делова, државних службених лица. Та лица нису ни правна лица ни институције, већ физичка лица која су само једним својим делом, влашћу на основу које врше државне послове, повезана с државом.

90 Р. Лукић, *Теорија државе и љрава*, 67–69.

91 О. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, Berlin 1895, 27.

92 Р. Лукић, *Увод у љраво*, 120.

Разликовање личности државе од личности државних службених лица има као последицу то да се дејства радњи државних службених лица (службеника и неслужбеника) не урачунавају непосредно њима, већ односном државном органу, тј. држави, јер је држава трајнија од људи који је сачињавају. Нарочито се модерна држава може сматрати правном организацијом, јер је правом регулисан и њен однос с државним службеним лицима као и њена одговорност за њих и према њима. Државна службена лица треба да врше власт у границама своје правно утврђене надлежности и буду правно смењива или замењива, док држава као правни субјект треба да одговара за њихове радње. Али, држава није смењива, већ замењива. Такође, прописима се може предвидети регресно право државе као и услови за непосредну одговорност државних службених лица према трећима особама.

Данас је владајуће гледиште о држави као посебној организацији – институцији или установи, а не као простом скупу државних службених лица која је чине. Држава је установа због тога што је од збира успела да постане систем. Она је нешто више од обичног збира или скупа тих лица и не може се свести на њих. Та лица раде у њено име, за њу и уместо ње, позајмљујући јој део своје свести и воље (хтења).⁹³ Државна власт не припада „људима као личностима, већ само као службеним лицима“,⁹⁴ која као јавне личности треба да служе државним, а не својим интересима, да поступају строго у оквирима своје надлежности, а не према свом личном или нечијем туђем интересу. Ко ради у име државе не сме да се руководи личним, већ државним разлозима. И што је држава боље организована, њена делатност је јасније и прецизније разграничена од приватне делатности њених државних службених лица.

5. Државни орган

5.1. Појам државног органа

За државни орган се каже да представља организациону јединицу државне организације. Он не означава неку особу или неки материјални објект, као што се понекад погрешно каже, већ једну нормативну појаву, један скуп сродних правних послова који су

93 С. Јовановић, 89–95.

94 Р. Лукић, 121.

одређени правним нормама и поверени му на вршење. По томе се државни орган јасно разликује од државног службеног лица и државе.

Државни орган се разликује од државног службеног лица прво по томе што је државно службено лице једно физичко лице, док је државни орган организациона јединица састављена од једног, неколицине или великог броја државних службених лица. Такође, државну организацију увек сачињава група људи, а никада један човек, какав је случај са државним службеним лицем. Та група људи не врши све државне послове заједно, већ су они међу њима расподељени. Због тога службена лица која улазе у састав државних органа обављају одређене а не све врсте државних послова. Она правно не смеју да се мешају у послове других службених лица у саставу других државних органа. Тиме се постиже да државни органи сачињавају једну организациону и функционалну целину, док службена лица сачињавају целину тек када као физичка лица улазе у састав државних органа.

Државни орган се разликује и од државе. Он је део државне организације као што је саставница део целине или посебно део општег. Пошто држава не може да постоји без или изван својих органа који је као носиоци њеног унутрашњег живота представљају споља, нити без њих ишта не може сама да уради, то се за државни орган каже да обавља унапред одређене делатности или послове (стварна надлежност) на одређеној територији (месна надлежност).

5.2. Надлежност државног органа

Сродне врсте државних послова групишу се у целине и повећавају једном или неколицини службених лица која чине државни орган као јединствену организациону јединицу. Државни посао који врши један државни орган назива се надлежност (делокруг, компетенција). Она представља скуп сродних послова које обавља државно службено лице у саставу државног органа. Надлежност увек мора да буде стварно и месно одређена, а понекад и комбиновано (функционално) како би се постигао постављени циљ.

Стварна надлежност одређује се према врсти послова које обављају државни органи (суд има стварну надлежност да решава правне спорове; скупштина да доноси законе; разни извршни, управни органи имају различите стварне надлежности: једни да наплаћују порез, други да царине робу, трећи да бране и чувају

безбедност државе од угрожавања споља, четврти да штите јавни ред и поредак унутар државе итд.). Стварна надлежност се ближе одређује, тј. разграничава и међу органима који врше исту врсту послова и припадају истој врсти државних органа. То је случај када се (нпр.) одређује стварна надлежност за сваку врсту суда према врсти кривичних предмета, односно када се надлежност између основних и виших судова расподељује према тежини кривичног дела и запрећеној казни. Код нас се то чини са шездесет шест основних судова, четири апелациона суда и једном Врховним касационим судом. Такође, стварна надлежност може да буде расподељена и између судова опште надлежности и судова посебне надлежности (привредних, прекршајних, управних итд.).

Када исту стварну надлежност има више органа они ту надлежност врше у одређеним подручним (територијалним) границама. Таква надлежност се назива *месна надлежност*. На пример, сви основни судови имају различиту месну а исту стварну надлежност, што важи и за апелационе судове. И обратно (нпр.), Председник Републике Србије, Народна скупштина Републике Србије, Уставни суд Републике Србије, Влада Републике Србије, Министарство просвете Владе Републике Србије, Врховни касациони суд Републике Србије имају исту месну али различите стварне надлежности.

Правна наука показује да постоји и трећа врста надлежности – *функционална надлежност*. Она постоји када више судова различито поступа у истој правној ствари (нпр., основни по тужби, апелациони по жалби, а врховни касациони по ванредном правном леку у истој ствари). Али, она постоји и када се одлуком вишег државног органа образује посебан орган састављен од стварно и месно различито надлежних државних службених лица. Такав орган с функционалном надлежношћу образује се према потреби (*ad hoc*) и само за извршење тачно постављеног задатка. Он постоји све док се задатак не обави (нпр., кризни штаб), или док не буде укинут одлуком вишег органа-оснивача (нпр., Хашки трибунал одлуком Уједињених нација). Потреба за функционалном надлежношћу правда се бољим и делотворнијим обављањем посебних врста послова које други органи не могу успешно да обаве.

5.3. Претпоставке за рад државног органа

Да би уопште могли да постоје и успешно обављају послове из делокруга своје надлежности, државни органи морају да имају све своје елементе:

- *лични* (или *ѿерсонални*): једно или више државних службених лица која улазе у састав сваког одређеног државног органа;
- *материјални*: средства и имовину;
- *ѿравни*: да су органи општим правним актима установљени, састављени и распоређени тако да располажу својим идентитетом; у противном, били би то самозвани, а не прави државни органи;
- *циљни*: сврсисходно вршење одређене врсте државних послова због којих су успостављени у интересу државе;
- *вредносни*: старање о остваривању основних државних, правних и друштвених вредности на којима почива цео државни и правни поредак.

Од тога који од набројаних елемената претеже, зависе својства и врсте државних органа.⁹⁵

5.4. Својства државног органа и његов однос према држави – држава као установа (2)

Сваки државни орган нужно располаже одређеним својствима, али су нека својства заједничка свим државним органима.

Прво својство се тиче *лица* која делају као државна службена лица у саставу државног органа. Она немају никаква субјективна права према пословима који улазе у надлежност државног органа коме припадају, односно према власти коју врше у име државе (нпр., не могу те послове по основу власти која им је поверена да наследе, купе или закупе), али имају субјективно јавно право да буду призната као државна службена лица као и сва остала субјективна права која им из тог основа припадају. На пример, судијска власт не припада судији као таквом већ суду, прецизније држави чији је суд, док судијско својство припада судији лично, као и сва остала права и обавезе које му из тог личног статуса и својства припадају (нпр., она по основу рада). Али, то својство под одређеним условима може да буде привремено или трајно укинито или одузето (одузимањем грађанских права или одрицањем од њих). Такође, државна службена лица немају надлежност. Надлежности имају државни органи. То значи да државна службена лица врше надлежност само у име државног органа и у интересу државе, од-

95 С. Јовановић, 69–70.

носно да су носиоци надлежности државни органи, а вршиоци надлежности државна службена лица.

Друго својство се односи на *оснивање* државних органа. Оно мора да буде одређено правом и обављено у складу с њим. У предмодерном добу су државни органи могли да буду образовани простим наметањем силом од стране најјаче друштвене групе. Данас се државни органи образују на правни начин, према унапред тачно утврђеној правној процедури, независно од тога да ли је реч о избору или постављењу.

Треће својство тиче се *воље* државних органа. Она не сме сасвим да се изједначи с вољом државе јер воља сваког државног органа улази у састав државне воље само својим безличним, објективизованим делом. У савременим државама предузимају се различите мере да би се државна власт правно уредила и ограничила како по начелу поделе власти и начелу зборне организације појединих власти, тако и коришћењем система надзора и праћења рада државних органа.

Четврто својство односи се на *одговорност* за рад државних органа и државних службених лица у њима, а нарочито на злоупотребу власти. Одговорност државних органа представља један од најважнијих садржаја начела владавине права. У противном, „где год закон престаје, тиранија настаје“.⁹⁶

Пето својство се односи на *обавезу* државних органа, односно државних службених лица у њима, да врше своје надлежности, односно извршавају поверене послове. Када се неком државном органу преда одређена надлежност, односно службеном лицу повери одређени посао, он ту надлежност, односно тај посао, не може да пренесе на други државни орган, нити може да формира орган са службеним лицем које ће уместо њега да изврши поверени посао, осим ако је то правом изричито допуштено и на начин којим је то правом изричито прописано.

На основу наведених својстава може се одредити однос државних органа према држави као установи. Будући да делатност органа није ништа друго до испољавање државне власти, сваки државни посао мора да се врши у државном интересу, као јавна служба, а не у „интересу“ неког државног органа и поготово не у интересу неког државног службеног лица у саставу било ког државног органа. Разлог је јасан: држава је установа која је од збира успела да постане систем трајнији од органа који улазе у њен састав и државних службених лица која врше власт у њено име.

96 Ц. Лок, II, 110.

5.5. Врсте државних органа

У држави постоје различите врсте специјализованих државних органа. Они врше послове из којих се састоји делатност државе. Делокруг послова представља правно утврђену надлежност сваког појединог државног органа. То је случај чак и у најнеразвијенијим државама, у којима један исти али не и једини државни орган врши различите врсте послова у оквиру своје стварне и месне надлежности. У савременим државама, пак, постоји велики број стварно и месно надлежних органа. Сви они не врше државну власт у истој мери. Неки су установљени уставним, други законским, а трећи подзаконским актима. Када то не би био случај, сви државни органи би располагали истом количином власти и правне моћи, односно сви би били суверени, што је немогуће.

Државни органи могу да се разврстају на различите начине. То се обично чини према оном што је претежно у елементима и својствима којима располажу. Ти елементи и својства се користе као мерила за даље разврставање. На овом месту државни органи биће разврстани на централне и периферне, одлучујуће и извршне, политичке и стручне, професионалне и непрофесионалне, демократске и бирократске, инокосне и зборне, оружане и цивилне. Подробније поделе државних органа чине предмет бројних позитивноправних дисциплина.

Према томе да ли власт врше над свим или само над неким лицима, државни органи се деле на *централне* и *нецентралне*. Ова подела постоји у свакој иоле развијеној државној организацији. Зависи од тога како су начело хијерархије и центрo-периферно начело спроведени у држави, тј. који органи врше централну, а који периферну, тј. нецентралну власт. Прва, централна врста власти, распростире се над целом државном организацијом. Њене одлуке су обавезне за све на целокупном државном простору. Само она може својом вољом да ограничи њихово дејство. Насупрот њој, нецентрална (периферна) власт се не распростире над целом државном организацијом, простором и становницима. Њене одлуке нису обавезне за све, што значи да она сопственом вољом не може да ограничи дејство одлука централне власти. Наведена разлика нужно постоји у свакој држави, јер централна власт са својим централним органима већ одавно фактички не може непосредно да обавља све државне послове. Уместо ње, те послове у различитој мери врше периферни органи власти, који су дужни да примају и извршавају наређења централних органа и старају

се о испуњавању месних потреба. Могу да се разврстају према територијалном, личном и реалном мерилу. Према тим мерилима се образују локални, персонални и реални нецентрални органи. Преовлађују они који своју власт врше према територијалном начелу, али само на делу територије државе. Зависно од положаја (степенa подарене аутономности) од стране централних органа, нецентрални органи могу додатно да се поделе на централизоване и децентрализоване.

Будући да садржину државне власти чини стварање и примена права, то се државни органи деле на *одлучујуће*, који стварају право, и *извршне*, који га примењују. Они се распоређују на хијерархијској лествици према количини власти којом располажу. Постоји и хијерархијска лествица правних аката. Она одговара хијерархијској лествици државних органа. Паралелизам ових лествица спречава да дође до несагласја између врста државних органа и врста правних аката које они доносе. На самом врху хијерархијске лествице се налази највиши државни орган. Он издаје заповести свим другим нижим државним органима, који су према њему извршни. Највиши орган оличава државно јединство и обезбеђује функционисање целокупне државне организације. Будући суверен, он је искључиво *одлучујући* орган (нпр., апсолутни монарх, диктатор или парламент). На супротном крају хијерархијске лествице се налази најнижи државни орган који је искључиво *извршни*. Између ових органа, од којих се један налази на самом врху а други на самом дну хијерархијске лествице, налазе се сви други државни органи. Они су истовремено надређени нижим и подређени вишим државним органима, што значи да је унутар лествице сваки виши орган одлучујући, а сваки нижи орган извршни. Виши орган издаје заповести нижим органима који су дужни да их извршавају. Таквом распореду државних органа, као што је поменуто, одговара распоред њихових правних аката. Због тога се одлучујућим у *ширем смислу* називају сви органи који доносе одлуке (нпр., законодавни орган је одлучујући према свим другим органима, који су према њему извршни; влада је извршни орган према законодавцу, али је одлучујући према министарствима; министарства су извршни органи према влади, али су одлучујући према нижим управним органима). У *ужем смислу*, одлучујући су само органи који својим појединачним одлукама мењају правну ситуацију (правно стање, правни статус) одређених субјеката. Обично су то судски и управни органи. Суд је одлучујући орган када доноси пресуду, а управа када доноси решење

које се односи на појединца. Али, у ширем смислу, суд и управни орган су извршни органи у односу на законодавца, јер своју пресуду или решење морају да донесу у складу са законом и другим прописима.⁹⁷ Насупрот одлучујућим органима, сви други државни органи који врше принудне или неке друге материјалне радње се називају извршним. То су у *ширем смислу* сви органи који су подређени неком вишем државном органу. Иако такви органи могу да доносе нормативне правне акте, за њихово својство извршујућег органа је важније да они врши материјалне правне акте (радње). И обратно, извршни у *ужем смислу* је најнижи орган на хијерархијској лествици који својим материјалним радњама само извршава појединачне правне акте (нпр., када суд донесе пресуду или неку другу судску одлуку, ту његову правну одлуку извршавају својим материјалним радњама за то специјализовани органи /органи за принудну наплату пореза, извршење смртне казне или казне затвора/).

Према томе да ли доносе опште одлуке којима се усмерава развој државе у целини или појединих њених делова, или пак само стручно припремају ове одлуке или их само стручно извршавају, државни органи се могу поделити на политичке и стручне. *Политички* органи доносе главне државне одлуке (законе, резолуције, статуте, уредбе, опште смернице, општа упутства), тј. руководе државом и одређују политику државе. Нарочито важно место у државној организацији имају законодавни, извршно-политички органи и представничка тела територијално ужих, локалних и других самосталних и аутономних целина. *Стручни* органи спроводе у живот одлуке политичких органа и, евентуално, сами доносе мање важне одлуке (управни: порески, царински, полицијски, војни итд.; судски и други правосудни органи). Они врше многобројне делатности у државној организацији које захтевају одговарајућу стручну спрему и специјализацију. Политички и стручни органи су повезани начелом хијерархије, али су и садржински зависни једни од других. На пример, стручни органи су тако распоређени на хијерархијској лествици да сваки политички орган има под собом барем један или неколико стручних органа који припремају или извршавају његове политичке одлуке. Такође, могу се поделити на више и ниже, мада се у пракси не могу тако строго разграничити. То објашњава постојање *мешовитих* органа који понекад имају политички, а понекад стручни карактер, зависно од тога која страна претеже у њима.

97 Р. Лукић, 128.

Подели на политичке и стручне сродна је подела на *професионалне* и *непрофесионалне* органе, који се одређују према особинама службених лица која раде у њима. У професионалним органима раде лица која су посебно школована за обављање одређених послова, пре свега за доношење стручних одлука у својој професији, коју обављају „доживотно“, тј. раде на неодређено време, а што представља основни или чак једини извор прихода за живот (судије, јавни тужиоци, правобраниоци, полицајци итд.). За непрофесионалне органе важни су политички ауторитет (који се стиче на изборима, или, раније, наслеђем), а не посебна стручна спрема. Важно је да се делатност непрофесионалних лица састоји у доношењу општеполитичких државних одлука, да се врши одређено време и да не представља основни извор њихових прихода.

Према начину на који се образују државни органи, односно начину на који се одређују службена лица која улазе у њихов састав, разликују се *демократски* и *бирократски* органи. За прве је карактеристично да настају избором службених лица, а за друге постављењем, наслеђивањем или наметањем. Први начин је демократски, а друга три недемократски. Обично се службена лица непрофесионалних органа бирају, а професионалних постављају. Избором се најчешће одређују службена лица у представничким и политичким органима (парламент, влада, председник републике), док се постављају службеници у управним органима и, понекад, у судским органима. Поред постављења, постоје још два начина за избор бирократских органа: наслеђивање (у монархији) или узурпација власти (наметање). Постоје и ретки изузеци у републикама од правила да се само у монархији власт наслеђује (нпр., Северна Кореја или Саудијска Арабија). Дешава се и да демократски орган поставља службенике бирократских органа, као и обрнуто, да колективан бирократски формиран државни орган бира службена лица у неки орган.

Према броју лица која улазе у састав државних органа, или прецизније, према томе колико службених лица одлучује у државном органу, државни органи се деле на *инокосне* (индивидуалне) и *зборне* (колегијалне). Да ли ће неки државни орган да буде инокосан или зборан, зависи пре свега од посла који обавља. Када орган доноси начелне, политичке одлуке, он је по правилу зборан (представнички органи, судска већа, влада, одбори, савети итд.), због чега је број његових чланова већи, а када доноси одлуке које нису начелног карактера, он по правилу није зборан или је број његових чланова мали (нпр., судија за прекршаје или јавни тужи-

лац). Пошто су демократски органи по правилу и руководећи политички органи, они су најчешће организовани као тзв. „тела“, тј. зборни органи.

Да би зборни орган могао пуноважно да ради, потребно је да претходно постоји *кворум*, тј. минималан број лица која морају да буду присутна да би орган пуноважно одлучивао. Када нема кворума, зборни орган може само да расправља о питањима за која није потребно гласање. Ако постоји кворум, одлуке у зборном органу доносе се једногласно или већином гласова. У првом случају захтева се *једногласност* (консензус, тј. сагласност свих чланова), што је ретко случај, обично када се ради о најзначајнијим одлукама. Много је чешћи случај да се одлуке колективних органа доносе *већином гласова*. Најчешће се тражи *релативна* (обична) већина. Она постоји када се одлука доноси простом већином гласова присутних чланова. Ређе се тражи *апсолутна* већина. Она постоји када се захтева половина свих гласова присутних чланова с још најмање једним гласом више (50 одсто + 1). Изузетно, одлуке могу да се доносе и *квалификованом* већином, када се тражи већи број гласова од оног који се захтева за апсолутну већину. Квалификована већина се најчешће одређује разломачки (2/3, 3/5, 5/8 итд.). Обична већина гласова је уобичајени начин за доношење одлука у државним органима, апсолутна се повремено тражи за доношење важнијих аката (нпр., основног закона), а квалификована изузетно за најважније правне акте (нпр., за доношење устава).

Вероватно је најважнија подела на *оружане* и *цивилне* органе, јер се држава од свих других организација разликује управо по монополу оружаних средстава којим као организација располаже у друштву, укључујући ту и друге организације које су такође мање или више принудне. Према томе да ли се државни послови састоје у непосредном држању и употреби државних оружаних средстава или у доношењу одлука о држању и употреби тих средстава, државни органи се деле на *оружане* и *цивилне*. Оружани органи непосредно користе државну силу. Они могу да имају већи или мањи утицај на онај део вршења државне власти који се састоји у доношењу разних одлука, тј. могу сами да врше целокупну државну власт или само да помажу цивилним државним органима при извршавању неких одлука. Њихов положај није исти у свим државама и свим временима. С друге стране, у савременим демократским државама цивилни органи доносе одлуке које извршавају оружани органи као њихови помоћни органи. Дакле, одлуку о употреби оружја доносе највиши демократски цивилни органи, док оружје

употребљавају оружани органи који немају право да доносе одлуку о његовој употреби. Таква држава у којој највећу власт имају цивилни органи назива се *цивилна држава*, а њено друштво изван области политике (у области рада, власништва, производње, комуникације итд.) *цивилно друштво*.⁹⁸

Постоје барем две главне врсте оружаних органа. *Војска* је главни део оружаних снага државе и главни носилац оружане физичке силе. Она се увек употребљава у случају рата, а веома ретко за осигурање унутрашње безбедности, реда и мира. Када превлада утицај војних органа (милитаризација), таква држава је *милиитаристичка*. Другу важну групу оружаних снага чини *полиција*. Она се састоји из наоружаних покретних снага задужених за одржавање унутрашњег реда и мира у држави. Полицијске снаге се распоређују на целокупној државној територији, док то с војском не мора да буде случај. Тиме се постиже да сваки цивилни орган има на располагању извесну оружану силу помоћу које може да изнуди поштовање својих одлука. Када у држави полицијски органи имају велику дискрециону власт, таква држава је *полицијска*. Постоји и трећа, мешовита врста оружаних органа, *жандармерија*, која представља полицијско-војну оружану формацију. Њен првенствени задатак није да брани земљу од напада споља, што је задатак војске, нити да одржава јавни ред и мир, што је задатак полиције, већ да брани поредак од тежих напада изнутра, за шта је војска неподесна а полиција недовољна.

Државне органе је додатно могуће разврстати на више и ниже, суверене и несуверене, заједничке и посебне, једноставне и сложене, непосредне и посредне итд.⁹⁹

98 Вид. Ц. Кин, *Цивилно друштво*, Београд 2003.

99 Вид. Х. Келзен, 256–257; С. Јовановић, 147; Ф. Тарановски, 423–424; Р. Лукић, 124–132; N. Visković, 45–47.

IV глава

ГЛАВНЕ ВРСТЕ ВЛАСТИ У ДРЖАВНОЈ ОРГАНИЗАЦИЈИ

Некад је један државни орган вршио све главне државне послове. Али, то је време у коме су држава и право тек настајали. Даљи историјски развој се одвијао у правцу повећавања обима и врста државних послова, што је на крају довело до образовања три главне врсте органа у државној организацији: законодавних, извршно-управних и судских.

1. Законодавна власт

За модерно демократско законодавство се каже да је „представништво оних над којима се влада“.¹⁰⁰ Оно је настало из потребе да се унапред прописаним општим правилима регулише целокупна делатност државних органа, друштвених организација и грађана. До тога је дошло оног тренутка када је постала „све више изражена потреба да се друштвени односи регулишу стабилним и поузданим правилима која су унапред донета, која имају општи карактер и једнако се примењују у истим случајевима“.¹⁰¹ Откад се појавила та потреба, држава почиње све више и чешће да властитим прописима (биловима, краљевским ордонансима, законима) уређује најважније друштвене односе (економске, политичке, организационе итд.). Карактеристичан је случај Француске, у којој је успостављена модерна држава у облику апсолутне монархије. Француска државна пракса се убрзо проширила на друге европске државе у којима је, такође, почела да се развија широка законодавна делатност. Данас законодавац може да доноси уста-

100 М. Вебер, II, 474.

101 М. Вебер, I, 453. Вид. G. Compión, *Парламент и демократија*, Београд 1964.

ве, због чега се његова делатност понекад назива „уставно-законодавном влашћу“. Али, његова најважнија делатност састоји се у доношењу „највиших политичких и правних одлука“, којима се на апстрактан и општи начин уређују „најважнији економски, политички, културни, породични, здравствени, урбани, еколошки и други друштвени односи“. ¹⁰² Тим највишим општим одлукама постављају се темељи политичког и правног уређења једног друштва, чиме је законодавна власт стекла истакнуто место у систему државне власти. ¹⁰³

Одлуке законодавне власти могу да се поделе на две врсте. Првом се непосредно регулишу акти државних органа, укључујући законодавца и суверена, чиме се њихова делатност барем формално ставља под устав и закон. Другом се уређује делатност друштвених организација и грађана. На тај начин се постиже да сви државни органи извршавају законе, било непосредно било посредно, и старају се о законитости радњи правних и физичких лица. ¹⁰⁴

Иако обе основне врсте правила која доноси законодавство сачињавају јединствену нормативну целину, њима никада тачно не могу да се одреде појединачне, конкретне материјалне радње које треба да предузму државни органи, друштвене организације или грађани на основу заповести државних органа. Али то није ни потребно јер то није главни задатак законодавца. Уместо њега, то чине други државни органи својим правилима, прописујући конкретне појединачне материјалне радње односним субјектима. Разрада и конкретизација тих општих законских правила (нпр., висина пореза, начин служења и дужина војног рока) постижу се појединачним правним актима (управним, судским, правним пословима), што доводи до образовања данашње управе и судства и признавања аутономије друштвеним организацијама и појединцима. ¹⁰⁵ Описана расподела послова између главних облика државне власти показује да законодавна власт има „природну“ превласт, у том смислу да законима регулише остале две. Али, могуће је актуелног законодавца лишити политичке моћи, као што су то својевремено у два наврата учинили Бизмарк и Хитлер с Рајхстагом.

102 N. Visković, 47.

103 P. Марковић, *Уставно право и политичке институције*, 200–201.

104 P. Лукић, 184.

105 B. Perić, *Država i pravni sustav*, Zagreb 1994, 42.

Савремени законодавци, поред устава и закона, доносе декларације, одлуке, буџет и завршни рачун. У тој чињеници се најснажније испољава нормативно значење законодавства пошто и ти акти формално имају карактер правних закона. Законодавац не може да избегне ни питање друштвеног консензуса на коме почива легитимитета његових одлука, јер у стварности на њега утиче више институција и колективних актера – од владе, политичких и интересних група или страних чинилаца до јавног мњења и средстава информисања. Док је старија теорија наглашавала улогу законодавства у стварању права и његову важност за постизање унутрашње усклађености правног поретка, у савременој теорији то више није случај због издвајања уставотворне власти као засебне, четврте власти, која није тек део законодавства. Како год, законодавац увек треба да има на уму циљеве правног поретка који се испољавају у постојању и остваривању заштите устава и људских права, начела правне сигурности, сразмерности итд.

Данас се законодавна власт одређује као колегијални, представнички, политички и одлучујући орган који располаже широким увидом у друштвене односе и способношћу да уочи главне проблеме и реши их у интересу друштва. То је чини природним амбијентом унутар кога долазе до изражаја најразличитији погледи и интереси различитих делова друштва посредством њихових овлашћених заступника (посланика). На основу тих погледа и интереса води се расправа и усвајају најцелисходнија решења. Законодавна власт све што има да каже мора да изрази начелно, општим законским нормама. То се чини на основу подробно прописаног поступка који је сложен и спор управо зато што усвојени закони имају велики општи значај.

2. Извршно-управна власт

Извршно-управна власт је одувек постојала у држави, док је посебна законодавна власт творевина модерног доба. Та чињеница указује на две важне ствари: прво, да држава без извршно-управне власти не може да постоји и, друго, да се свака извршно-управна власт на крају крајева своди на располагање државном силом, тј. на вршење материјалних радњи принуде приликом извршавању наредаба.¹⁰⁶ До промена је дошло тек у модерном добу.

¹⁰⁶ Р. Марковић, 196–197.

Прво је промењен начин вршења извршно-управне делатности, а затим сама организација извршно-управне власти. Те две промене су омогућиле јачање извршно-политичке стране власти над њеном управно-административном страном.¹⁰⁷ Оне су у понегде довеле до тихе надмоћи извршно-политичке над законодавном и судском влашћу.

Када је реч о променама у начину вршења извршно-управне делатности, треба истаћи да је извршно-управна власт дуго била готово сасвим неспутана законима јер је за свој рад одговарала само владару као шефу извршне власти. Она је постепено ограничавана, упоредо с јачањем законодавне власти. Њено даље повезивање са законодавцем, нарочито када је од владарске власти преостала поглаварска функција, учинило је да постане средство за спровођење закона у живот. Ипак, извршно-управну власт ни данас није могуће законом потпуно обавезати, јер увек постоје области где она може слободно да доноси акте и врши материјалне радње или да поступа дискреционо, чак у системима с владавином права.¹⁰⁸

Када је реч о променама у организацији извршно-управне власти, тј. о јачању њене извршне над њеном управном страном, некадашња организација државе била је тако подешена да у исто време обавља извршну и управну власт. У новом добу са модерним државама настала је потреба да се до тада веома развијена извршна страна власти истакне у корист њене управне стране, па чак и да се издвоји од ње. У прилог том издвајању нарочито је истицано како заиста постоје такви послови који могу једино да се ставе у надлежност посебној извршној власти (шефу државе или влади, као што су вођење, усклађивање, надзирање и санкционисање делатности управе или предлагање и израда нацрта закона и других аката из надлежности законодавца). Ти послови се разликују како од редовних законодавних (доношење општих аката) и чисто управних послова (доношење појединачних управних аката), тако и од судских послова (решавања појединачних правних спорова). Такво залагање за издвајање извршне од управне власти је разумљиво, али није оправдано, јер је и данас важно да извршни и управни послови буду обухваћени надлежношћу једне исте врсте државне власти. То, наравно, не значи да између послова извршних и управних органа уопште нема разлика. Једино оне нису такве да би те власти могле доследно да се раздвоје једна од друге.

107 Вид. Р. Марковић, *Извршна власић*, Београд 1980.

108 Р. Марковић, *Управно право. Ојшићи гео*, Београд 2002, 75–127.

То потврђује како модерна државна пракса, која више технички него политички разликује извршне од „чисто“ управних послова, тако и правна наука која ретко када потпуно раздваја извршну власт од управне, сматрајући такав покушај још једном „заблудом и неуспехом“ (Шарл Ајзенман).¹⁰⁹

У правној науци се извршној власти обично придају два главна значења како би се разликовала од управне. У ширем значењу, извршна власт доноси правне акте за извршење закона, својим општим или појединачним правним актима конкретизује диспозиције општих законских норми, организује вршење материјалних аката физичке и друге принуде због примене закона или сама извршава законе и друге акте својим правним и материјалним радњама. У ужем значењу, извршна власт се стара о извршењу одлука законодавне власти без потребе за применом непосредне присиле. Она врши само општи надзор и даје само најопштије смернице управи за извршење одлука законодавне власти. У њену надлежност спада и доношење *полијичких* аката, који су у садржинском смислу понекад исти као акти суверене власти. Једино што су ови акти по својој снази подређени актима законодавца. С друге стране, и управа (издељена на министарства или секретаријате, а затим на комитете, управе, заводе, дирекције, инспекторате, уреде, одељења, одсеке, испоставе итд.), доноси правне акте који могу да садрже чак опште норме (инструкције, правилнике, наредбе, одлуке итд.) поред уобичајених појединачних решења. Али, њен главни посао је да непосредно врши материјалне радње примене права. Због тога се управна власт јасно разликује од извршне само када врши материјалне акте примене права, док то с другим њеним значењима није случај.

Поменуто разликовање показује да се и даље ради о јединственој извршно-управној власти, која је унутар себе знатно диференцирана према врстама послова за разлику од законодавне и судске власти. Тако се долази до тројства државних власти и формуле *три власћи у једној држави*.

Данас се за извршно-управне органе каже да су по правилу бирократски и стручни, организовани и оспособљени да прецизно испитују разноврсне појаве друштвеног живота, на основу чега могу да доносе прецизне, конкретне прописе руководећи се начелом законитости. У исто време, они располажу могућношћу да своју конкретну (активну, оперативну) делатност организују руководећи се начелом целисходности у границама законитости,

109 Р. Марковић, *Уставно право и полијичке институције*, 197–200, 202–203.

јер морају брзо да поступају у ситуацијама које законодавац није могао да предвиди. Та околност је довела до све веће специјализације унутар извршно-управних органа, првенствено због великог броја поверених задатака и послова. Данас се убрзано образују нове врсте органа, распоређене према струкама и специјализованим знањима, као што је случај с управама за борбу против рачунарског или организованог криминала.

3. Судска власт

Судство представља трећи главни облик државне власти. Према неким писцима, прво се развило судство, јер је прво настала потреба да се решавају спорови, док се према другим писцима оно развило заједно с управом, пошто је спровођење правних прописа повезано с решавањем спорова до којих долази због утврђивања законитости правних аката приликом њиховог извршавања. Појава спора значи да правни пропис није јасан, да прописано понашање није до краја регулисано, што је друштвено штетно. Дакле, спор представља ненормалну појаву која спречава примену права, због чега треба што пре да буде решен. Његовим решавањем поново се успоставља нарушена равнотежа и омогућава несметана примена права.

Некада су спорове решавале племенске старешине или скупштине на основу обичајних правила. У старом Риму претори су судили по закону, по обичајима и по правичности, па понекад изгледа као да су судили не само *infra legem* (или *intra legem* – по закону, тј. унутар закона) него и *praeter legem* (поред закона) или чак *contra legem* (насупротив закону). Они нису само примењивали законе него и друге изворе права. Такође, они су стварали право, допуњавали га и мењали, управо како је Папинијан изрекао у *Digesta* (1.1.7.1): да је преторско право „унапређивање и исправљање за добробит грађанског права“ (*adiuvandi vel corrigendi iuris civilis gratia*). Нарочито су судови у међународном праву судили по правичности (*ex aequo et bono*) као општем правном начелу, због чега се и данас за судијску делатност каже да је „наглашено мислилачка“. У средњем веку монарси, феудалци и њихови судски службеници нису познавали поделу власти и начело судске независности. То је тековина модерног доба, од када судије махом постају правно образовани људи, правници професионал-

ци. Данас правне спорове решавају редовни судови (судови опште надлежности) или специјализовани судови (судови посебне надлежности: привредни, управни, војни итд.). Дакле, када се каже судска власт, мисли се на судство у ужем смислу, које решава имовинске, привредне, кривичне, управне, породичне, брачне и друге спорове између правних субјеката и прописује санкције против лица која су прекршила право.¹¹⁰ Али, постоји и појам судства у ширем смислу који, поред правосудне делатности судова обухвата тужилаштво и адвокатуру. Задатак *тужилаштва* је да у име државе гони субјекте који су прекршили право, а *адвокашуре* да заступа странке у споровима пред судовима и пружа другу стручну правну помоћ од стране квалификованих правника (адвоката), који су учлањени у односне професионалне недржавне или квазидржавне организације (адвокатске коморе).

Судство решава правне спорове пажљиво разматрајући све важне околности за доношење одлуке у спорном случају јер је његов задатак да дође до правно исправног, тачног решења руководећи се начелима материјалне истине, законитости и правичности.¹¹¹ Такође, судство ради само када се пред њим појави спор, тј. када му се странке обрате својом тужбом. Као ниједна друга, а због исправног решавања правних спорова, судска делатност захтева знање, искуство, усавршавање, миран рад, стрпљење и брижљив поступак, јер су често у питању ситуације у којима не може одмах ни лако да буде јасно како треба пресудити. Судови су надлежни и за неке правне поступке који се покрећу и када нема спора (нпр., оставински поступак). Они утврђују чињенично стање, тумаче материјалне и процедуралне норме, што им затим омогућава да утврде правно стање, да правно квалификују чињенице и изричу правоснажне одлуке. На тај начин судови својим коначним одлукама утврђују шта је право у сваком конкретном случају. Да би судови тај свој задатак успешно испунили, потребно је да свој рад заснивају на строгом поштовању начела законитости, независности, вишестепености, сталности, непокретности судија и јавности суђења.

У судовима обично суде судије појединци или судска већа, која нису састављена од великог броја чланова, као што је случај са законодавним органима. *Судска већа* састављена су од неколицине чланова: три члана у малом или пет чланова у великом

110 *Ibid.*, 203–204, 206.

111 Ж. Спасојевић, *Нацрт једне ошћѣе теорије ѣрава*, Београд 1989, 96–100.

судском већу, изузме ли се бројнија англосаксонска установа пороте (од дванаест до сто судија-поротника).¹¹²

Судски органи, као одлучујући и стручни – некад као и сада – морају да располажу великим правним знањем и правничким искуством, јер они решавају спорове од којих зависи правна и животна ситуација субјеката. Непрестано решавајући спорове између грађана, правних лица и државе, судови врше важан друштвени задатак заштите људских слобода и грађанских права од самовоље, а нарочито од самовоље државних органа. Они то првенствено чине тумачењем правних прописа, утврђивањем њиховог тачног смисла у сваком спорном случају и оцењивањем које су радње законите.

112 *Ibid.*, 187.

V глава

ОРГАНИЗАЦИЈА ГЛАВНИХ ВРСТА ДРЖАВНИХ ВЛАСТИ

Свака држава мора да врши све три главне врсте државне власти. Та чињеница показује да су законодавна, извршно-управна и судска власт неизбежно специјализоване али и упућене једне на другу. Због тога се између њих успоставља интерференција (преплитање, мешање). С друге стране, велико усложњавање државне организације, све веће и прецизније раздвајање државних органа на главне врсте и подврсте према садржини послова које обављају, степену специјализованости и месту које заузимају на хијерархијској лествици, довело је до раздвајања централних од нецентралних органа унутар исте врсте државне власти, а не само до појаве интерференције између органа три главне врсте власти. Самим тим, почела је да се прави разлика између централне и нецентралне државне власти, односно централизације, децентрализације, самоуправе и аутономије, јер се државни живот већ одавно одвија не само у престоницама него и у унутрашњости.¹¹³

1. Интерференција

Велика специјализованост законодавне, извршно-управне и судске власти у савременим државама требало би да значи да сваки главни облик врши само једну врсту власти, односно да су законодавни, извршно-управни и судски органи независни једни од других приликом обављања својих послова. Али, то би значило да је држава механички збир три главне врсте државне власти, што није случај. Уместо тога, прихваћено је да независност органа

113 Х. Келзен, *Чиста теорија права*, Београд 1998, 241–244.

главних власти није потпуна, већ делимична и релативна, пошто ни у модерној држави која познаје техничку поделу власти није могло потпуно да се избегне мешање једних у послове других. Тако је настало учење о интерференцији послова између органа главних врста државне власти. На пример, интерференција постоји када законодавац врши управне послове (поставља функционере у скупштинским домовима) или судске послове (када одлучује поводом оспоравања избора чланова скупштинских домова или подиже оптужницу против председника републике или министара); када извршна власт врши законодавне послове, тј. када доноси опште правне прописе који су мање или једнаке правне снаге са законом; или када судска власт врши управне послове (нпр., води земљишне књиге или врши судски надзор над радом извршних и управних органа).¹¹⁴ Очигледно, интерференција представља начин на који се организују везе између органа главних врста државне власти. Она се нужно успоставља између свих органа главних врста државних власти независно од тога да ли је право изричито предвиђа или прећутно допушта.

2. Централизација

Централизација постоји када су нецентрални органи у пуној зависности од централних. Такви нецентрални органи, који су саставни делови централних органа (њихова продужена рука), називају се централизованим органима. Они потпуно зависе од воље централних органа, који могу да им без икаквог ограничења нареду какве ће акте да донесу или да већ донете акте преузму, промене или укину. Због тога се акти централизованих (нецентралних) органа не сматрају њиховим, већ актима централних органа. Централни органи, исто тако, могу неограничено да врше контролу законитости и целисходности аката које доносе нецентрални органи. Они могу да постављају или смењују службена лица у централизованом органу према свом схватању државног интереса. Због тога се каже да је циљ централизације усредсређивање државне власти у централним органима. Она искључује самосталност централизованих органа, који су покорни извршиоци воље централних органа и у најситнијим стварима.

114 Р. Марковић, 213.

Правна наука и пракса познају неколико карактеристичних врста централизације (политичка, административна, фактичка и правна). *Политичка* централизација постоји када су сувереном државном влашћу уједињени целокупни државни простор и становништво. *Административна* централизација састоји се у управљању државом из једног центра. Она не може да постоји без политичке централизације, али политичка централизација може без административне. *Фактичка* централизација постоји када је у државној организацији успостављен систем централних и нецентралних централизованих органа који омогућава да и они у извесној мери врше власт. Иако несамостално, и централизовани органи су овлашћени од централних органа да доносе одлуке и спроводе их у живот. *Правна* централизација постоји када централизовани органи не могу самостално да поступају и доносе правне акте. Наведене врсте централизације су нужне јер не постоји таква државна организација која би била састављена само од централних органа способних да обављају све врсте поверених послова. Чак и у територијално најмањим државама тешко да може постојати таква државна организација коју чине само централни органи (нпр., један законодавни, један судски и један извршно-управни орган). Пошто је то практички немогуће, државна организација поред централних увек располаже и нецентралним органима. Једино, централизовани (нецентрални) органи не располажу самосталношћу у односу на централне органе државне власти, што значи да нису децентрализовани.¹¹⁵

3. Децентрализација

Децентрализација постоји када нецентрални органи нису у пуној зависности од централних органа. Правно посматрано, децентрализовани органи се не сматрају саставним деловима централних органа пошто нису само њихова продужена рука. Они не зависе од непосредне воље централних органа, који не могу да им нареде какве ће акте из свог самосталног делокруга да доносе, а још мање да тако донете акте преузму, промене или укину. Због тога се акти децентрализованих органа сматрају њиховим, а не актима централних органа. Централни органи могу само да врше контролу законитости, али не и контролу целисходности аката

115 Е. Спекторски, 153–154.

које доносе децентрализовани органи у оквирима своје надлежности. Исто тако, централни органи не могу по својој процени државног интереса да постављају и смењују службена лица у децентрализованом органу, јер децентрализација подразумева самосталност децентрализованих органа који више нису само покорни извршиоци воље централних органа.

Правна наука и пракса познају неколико карактеристичних врста децентрализације (политичка, административна, бирократска, демократска, фактичка, правна /потпуна и непотпуна/, територијална, реална и функционална). *Политичка* децентрализација постоји када је саставним деловима државе остављено да у различитој мери самостално врше главне врсте државних послова тако да у њима функционишу не само локални органи него и више демократски или бирократски изабраних државних органа. Ти органи располажу самоуправном или аутономном влашћу, која се у различитој мери односи на све главне врсте државних послова. *Административна* децентрализација постоји када се државом не управља из једног центра. Ни она не може да постоји самостално, без политичке децентрализације. *Бирократска* децентрализација постоји када надлежни централни органи постављају службенике децентрализованих органа, а *демократска* када чланове децентрализованих органа бирају на изборима становници који припадају датој територијалној јединици. *Фактичка* децентрализација постоји када је у државној организацији успостављен систем централних и нецентралних децентрализованих органа, који врше власт доносећи и спроводећи одлуке, а *јравна* када је утврђен степен правне самосталности децентрализованог органа да доноси правне акте и спроводи их. Правна децентрализација може да буде *јојијуна* и *нејојијуна*, зависно од степена слободе којом располажу децентрализовани државни органи. Постоји и потпуна (*савршена*) правна децентрализација, када је стварање правних правила од стране децентрализованих органа коначно и независно. Непотпуна (*несавршена*) правна децентрализација постоји када правила централних органа садрже општа начела која локално законодавство само разрађује и конкретизује. Најзад, децентрализација може да буде *јеритијоријална*, када се одређује према територији и становништву над којим се распростире власт децентрализованих државних органа општина, срезова, области итд., *реална*, када се одређује према главним врстама државних послова, и *функционална*, када се јав-

ним службама или другим делатностима од општег интереса даје одређена самосталност.¹¹⁶

Данас су у свету широко распрострањена само два обрасца децентрализације. Одређени су према унутрашњој организацији нецентралних власти, а не према њиховом односу према централној власти. Суштина првог, француског *система дуилој колосека*, састоји се у томе што истовремено постоје две врсте нецентралних органа: једни су централизовани, а други су децентрализовани. Суштина другог, енглеског *система једној колосека*, састоји се у томе што је један исти нецентрални државни орган у једном делу своје надлежности, тј. послова које обавља, централизован, а у другом, преосталом делокругу послова, децентрализован. Добра страна француског система је боља заштита самосталности децентрализованих нецентралних органа у односу на централне. Добра страна енглеског система је једноставност и економичност. Лоша страна француског система је двострука администрација, а енглеског опасност од бркања надлежности и централизације децентрализованих послова.

Понекад децентрализацији претходи *деконцентрација*, чији је смисао растеређивање централних органа и служби преношењем послова на новостворене органе и тела (нпр., издвајање одређених послова из министарства информисања и телекомуникација и стварање радиодифузне агенције; или, историјски гледано, раздвајање оружаних органа на војне и полицијске; или стварање специјалног суда и специјалног јавног тужилаштва за борбу против организованог криминала). Добра страна децентрације је у томе што се администрација оспособљава да брзо и пажљиво задовољава потребе грађана. Њена мана је у томе што се губи једноставност државног управљања и лабави надзор над радом управних органа.

У савременим државама постоје различити степени политичке и територијалне децентрализације, којима одговарају различите врсте децентрализованих државних органа оспособљених да своју власт врше над тачно одређеним политичко-територијалним јединицама. Обично се сматра да су општине јединице првог степена, а срезови, окрузи, департмани и покрајине јединице другог степена. Постоји и трећи степен децентрализованих јединица у просторно великим државама (региони и провинције).¹¹⁷

116 *Ibid.*, 154–155.

117 Х. Келзен, *Ошћѣа теорија ѿрава и државе*, 373–374, 377.

4. Самоуправа

Самоуправа (*selfgovernment*) као облик демократске децентрализације подразумева учешће грађана или њихових представника у доношењу одлука о одређеним пословима. Постоје државна и друштвена самоуправа.

Државна самоуправа састоји се у томе што централна власт преноси део своје надлежности непосредно на грађане или на органе које они сами формирају. *Друштвена самоуправа* састоји се у томе што само становништво води бригу о својој безбедности и благостању. Таква самоуправа се не врши преко државних органа, него преко лица која су грађани изабрали у своје самосталне самоуправне органе. За разлику од друштвене самоуправе, која искључује државни надзор и управљање, државна самоуправа их подразумева и укључује. Данас је прихваћено да друштвена самоуправа представља шири и пунији облик децентрализације од државне самоуправе. Често се дешава да органи државне самоуправе воде рачуна о потребама грађана само у оној мери у којој то одговара државним интересима. Због тога се тежи ка успостављању равнотеже између државне и друштвене самоуправе.

Локална самоуправа представља најпознатији модерни облик територијалне, друштвене и демократске децентрализације. Она је захваљујући Хајнриху фон Гнајсту створена као непосредна и промишљена комбинација децентрализације и демократије, због чега се и данас схвата као средство за боље остваривање државних задатака на локалном нивоу. Она представља „облик одлучивања и управљања локалним заједницама, на ужој територији, непосредно од стране њених становника или путем њиховог представништва које они непосредно бирају или пак путем других локалних органа... То је локална власт коју врше локални органи.“ Као „оригинерна, својствена, па и основна организација власти“, локална самоуправа помаже држави у испуњавању њених друштвених задатака у оквирима свог самосталног делокруга и сопствених финансија, док за узврат од државе прима административну и финансијску помоћ, укључујући и потчињавање надзору виших државних органа.¹¹⁸

Најпознатији пример локалне самоуправне јединице је *ојштина*. Обично припада типу сразмерно потпуне децентрализације, јер су њени самоуправни акти коначни и независни од централних административних органа државе.

118 Р. Марковић, 496–497.

5. Аутономија

Аутономија (од грчких речи *autos* – сам, и *nomos* – закон) до-словно значи онај ко је сам себи законодавац, за разлику од са-моуправе. Представља облик организовања у коме одређене те-риторије или социјалне групе располажу посебним положајем и правима због своје посебности. Скуп тих аутономних права, материјалних, финансијских, политичких и правних средстава за њихово остваривање, као и посебна организација, сачињавају аутономни статус тих група у држави. У идеји аутономије, дакле, садржана је идеја о праву на самоорганизацију, која обухвата и право на релативно самосталну, тј. аутономну нормативну де-латност. То право се обично врши преко аутономних обласних или покрајинских скупштина. Али то начело није апсолутно ни самоникло, већ је изведено из права суверене централне власти, будући да органи аутономне области или покрајине не поступају по сопственом праву већ према овлашћењима централне државне власти. И обратно, аутономни органи поступају по сопственом праву само када се у закону не налази изричита одредба да се дејство одредаба централних органа простире на аутономну об-ласт или покрајину.

Главну врсту представља *територијална* аутономија као посебан облик унутрашњег државног организовања, у коме ста-новништво на једном делу јединствене државне територије рас-полаже посебним аутономним правима и дужностима. Та права и дужности који проистичу из територијалне аутономије не могу да буду већи од права и дужности свих других грађана у истој др-жави, али могу у извесном смислу да буду „посебни“ (и због тога аутономни) када се односе на делокруг који је особен само за то подручје и када се њиховим остваривањем не угрожава приме-на општих и јединствених државних прописа. Ипак, каже се да аутономија, поред ограничене законодавне, садржи и друге при-вилегије, јер становништво аутономне области због њих не губи субјективна јавна права која припадају свим грађанима државе (оно бира посланике не само за своју обласну већ и за централну скупштину, има право на службу не само у својим већ и у цен-тралним установама итд.). На тај начин аутономија постаје јав-ноправна повластица која се додељује становништву извесне об-ласти као допуна његовим општим грађанским правима. Будући да је реч о повластици, аутономија се не отима, већ заслужује.

Постоји и *неиерархијална* аутономија. Може да буде персонална, функционална, верска, културна или нека друга. *Персонална* аутономија је историјски најстарија. Њено порекло је очигледно феудално, док аутономни облици који данас на њу подсећају већ одавно имају другачију садржину. За њу је карактеристично везивање аутономног статуса за тачно одређене категорије лица или њихових удружења (нпр., цехови, еснафи, гилде). *Функционална* аутономија заснива се на праву самосталног обављања делатности у некој другој земљи (нпр., трговачке колоније). У њу спадају још верска и културна аутономија. *Верска* аутономија је резултат посебног статуса који у друштву и држави имају верске установе и организације. Она се данас обично састоји у изузимању црквених особа из надлежности државних судова и њиховом стављању под јурисдикцију црквених органа, у учешћу црквених представника у мешовитим судовима који решавају спорове између црквених и световних лица, у интеграцији са световним правом поводом регулација неких односа међу мирјанима (нпр., брак, дела против службеног морала, лажно сведочење) итд. *Културна аутономија* се обично појављује у национално и етнички мешовитим државама. Најбоље је када културна аутономија постоји као самосталан аутономни облик, али она може да постоји и несамостално, унутар других облика функционалне аутономије, као што је случај с културном аутономијом унутар верске аутономије. Сматра се да културна аутономија може да буде укључена у територијалну аутономију, али под условом да је (као у Италији) територијална аутономија настала из културне.

Преостаје да се размотре *разлике између локалне самоуправе и аутономије*. Пре свега, може се запазити како локална самоуправа омогућава да се неколико локално аутономних јединица (*локалних самоуправа*) удружи у вишу аутономну јединицу – *аутономну област*, док аутономија омогућава да се више аутономних области удружи у *аутономну покрајину*, чији представнички и управни органи могу да доносе аутономне опште правне норме за целу покрајину. То не важи једино за судове, који су увек јединствени судови државе, а не аутономне области или покрајине, као што је било у средњовековним државицама. Због тога се нужно поставља питање разликовања локалне самоуправе од наведених виших аутономних облика. Оно је јасно језички назначено у енглеској и немачкој политичкој и правној терминологији, где се за локалну самоуправу користи израз *selfgovernment*, односно *Selbstverwaltung*, а за аутономију *home rule*, *autonomy*, или

Selbstregierung (домаћа, властита, посебна, у смислу аутономна влада, самовлада). Али, упркос јасним језичким разликама, изгледа да је само *изузетност* статуса аутономије у односу на редовни статус локалне самоуправе поуздано мерило за њихово много важније садржинско разликовање. Очигледно је да су за аутономију суштински важна два чиниоца: изузетност статуса аутономије и самостална законодавна делатност унутар аутономије, под условом да је однос аутономног законодавства према државном законодавству исти као однос изузетка према правилу у граматици: где важи изузетак, не важи правило. А то значи да аутономна област или покрајина није држава у држави.

6. Регионализам

Израз *регија* (од лат. *regio*) има географско или правно-политичко-територијално значење. Означава подручје или област унутар једне земље или између више земаља. На пример, у регионално уређеној Италији постоји шест територијалних јединица с посебним уставним положајем који им омогућава да уживају одређене облике аутономије (Сардинија, Сицилија, Фурланија – Јулијска, Венеција, Долина Аосте и Тридентски крај – Јужни Тирол). У међународном праву израз регија се користи за означавање великих подручја као што су континенти или скупови земаља које чине неку геополитичку целину (земље Западног Балкана, Средоземља, Блиског истока или Пацифичког региона).

За разлику од регије, *регионализам* означава облик повезивања делова унутар државе или изван признатих државних граница. Изгледа да је одлучујући чинилац за настанак регионалистичког учења и праксе претерана администрација централне власти коју згодно илуструје пример из шездесетих година XIX века. Реч је о француском министру просвете, који се – извлачећи часовник из цепа – хвалисао тиме како тачно зна који се предмет у било ком тренутку и било ком разреду, подједнако и без изузетка, предаје у свим школама државе.¹¹⁹ Регионализам је, дакле, нужна реакција против прекомерне административне централизације послова: прво због самосталнијег живота градова и области у истој држави, а затим због повезивања регија (делова) различитих држава које имају заједничке или допуњујуће особености.

119 Е. Спекторски, 153–154.

Регионализам је оснажен после Другог светског рата најпре оснивањем Европске економске заједнице 1958. године, а затим и Европске уније 1993. године. Има као прокламовани циљ смањивање разлика у привредној развијености и институционалној изградњи, подстицање учествовања грађана у јавном животу, заштиту природне средине, очување традиције и културе малих народа и особених заједница, развој прекограничне сарадње итд. Такво регионално повезивање је додатно подржано стварањем одговарајућих регионалних тела (нпр., Конгрес локалних и регионалних власти у Стразбуру), која у духу европског удруживања подржавају сарадњу између региона, али првенствено водећи рачуна о својим геостратешким, економским политичким итд. интересима. Такође, Савет Европе већ годинама пружа подршку локалној самоуправи подстичући размену искустава, међународну сарадњу и побољшање ефикасности рада локалних и регионалних органа у духу наведених циљева регионалне сарадње. Упркос реченом, регионализам је пре друштвени и политички него правни појам, што јесте појам региона (регије) и регионализоване државе.

VI глава

ОБЛИЦИ ДРЖАВЕ

Учења која се баве истраживањем облика државе представљају посебан део правне теорије државе. Она се често непрецизно називају теоријама државних облика. Можда је боље користити прецизнији назив *правна теорија државних облика*, како би се нагласило да се ради о посебној правној теорији која се бави истраживањем облика државе, а не о политичкој, социолошкој или некој другој научној теорији, нити пак о политичкој филозофији, која се бави најбољим или идеалним од свих других могућих облика државе. Правна теорија државних облика има задатак да пружи основна и општа знања о облицима државе, док правна филозофија одговара на питање који је облик државе идеалан и најбољи.

1. Одређивање идеалног и најбољег облика државе

Потпуну класификацију државних облика није могуће саставити. Чак ни у најстаријим теоријама о облицима државе, познатим као учења о облицима власти, целовита класификација државних облика није се показала ништа више разумном од сличних класификација у биологији, физици или хемији. Таква целовита класификација није могућна због тога што живот државе није могуће обухватити и сместити ни у какву типологију. То не може да се постигне ни посебним класификацијама државних облика, што потврђују бројни мање-више неуспешни покушаји и примери.¹²⁰ Није могуће створити ни поуздане идеалне типове државе. Али, њихово стварање је корисно као мерило за критичко испитивање

¹²⁰ Вид. К. von Beyme, 147, 149–150.

вредности актуелних облика државе, како би могло да се одреди који је облик државе најбољи.

Од питања шта је државни облик сложенија су питања који је облик државе идеалан, а који најбољи? На прво питање је одговорио Платон, антички филозоф-идеалиста. Према њему, *идеална* је она држава у којој „владају они закони који у највишем могућем степену стварају потпуно јединство у држави“.¹²¹ Такву идеалну државу у којој власт врше најзаслужнији, најмудрији, најспособнији – речју, најбољи, Платон назива *мериџоокрајија*. Али, први покушај систематског разврставања државних облика и утврђивања који је облик државе најбољи, а не који је облик идеалан, учинио је Аристотел. Полазећи од предности форме (облика) над материјом, Аристотел је закључио да је облик државе, тј. њена власт важнији од њене материје (територије и становништва). Ко има власт, тај територију и становништво претвара у државу.¹²² Аристотел је затим разврстао државе према облику њихове власти, узевши за основ своје класификације два мерила: разлог због кога се управља државом и број лица која управљају државом. Према првом мерилу, државе се деле на нормалне (добре) и изопачене (лоше), зависно од тога да ли се власт врши због општег добра или сопствене користи. Ако се државама влада због општег добра, такве државе су нормалне. У противном, оне су изопачене. Према другом мерилу, нормалне и изопачене државе се међусобно разликују према томе да ли влада један, неколицина или већина. Када влада један, реч је о монархији или тираниди. Када влада неколицина, реч је о аристократији или олигархији. Када, пак, влада већина, реч је о политији или демократији.¹²³

Дуго после Аристотела његова класификација једнообразних држава (према броју лица која владају) сматрана је једино тачном, због чега је навођена у свим уџбеницима. Али, и она је доживела извесне измене. Најпре су поменути класификацију допунили Полибије и Цицерон, уносећи у постојећу поделу мешовит државни облик који су сматрали најсавршенијим јер је у себи сједињавао сва три облика. Тај облик, уверавали су, јесте баш римска република. У њој се монархија огледа у конзулској власти, аристократија у сенату, а политија у народној скупштини (комицији).¹²⁴

121 Платон, *Закони*, 181.

122 Вид. Аристотел, *Полиџиика*.

123 Е. Спекторски, *Историја социјалне филозофије*, Београд – Подгорица 1997, 62, 64 и 156.

124 Е. Спекторски, 74. Вид. Т. Ливије, *Историја Рима од оснивања града*, Београд 1991.

Уз римски додатак мешовитог облика коме одговара римска република, Аристотелова класификација је представљала мерило како за средњовековну теократију, тако и за феудални империјализам, апсолутизам и конституционализам. На тој основи су настале теорије о облицима државе у чијем је средишту однос цркве и државе. Најпознатија је *теорија симфоније*, тј. склада између цркве и државе, која је први пут одређена у шестој новели Јустинијановог *Corpus iuris civilis* 535. године, а затим општеприхваћена у целом Ромејском царству и Србији. Њена суштина се састоји у следећем: у међусобном односу цркве и државе постоје два крајње неприродна стања. То су *цезаропапизам*, када је световни владар врховна власт у држави и цркви, и *папоцезаризам*, када је духовни поглавар врховна власт у цркви и држави. Пошто су оба стања неприродна за цркву и државу, а штетна за друштвену заједницу, најбоље је да постоје две власти – црквена и државна, попут два круга који се међусобно секу, чинећи три области: чисто црквену, чисто државну и заједничку. Због тога је најбољи онај облик државе у коме постоји симфонија.¹²⁵ Али, од XV века, учења о облицима државе су више прилагођавана потребама конкретних историјских друштава него што су у правом смислу даље развијана у духу Аристотеловог учења.¹²⁶

Аристотелово учење да облик државе ствара и мења њену материју, дозвољава да се закључи како у држави нема успореног развоја, да се државни облици мењају нагло, на мах, и то тако да се свака нормална држава на крају претвара у изопачену. Такво схватање је владало чак у XVIII веку. Ипак, када је вера упала у рационализам, свет се окренуо емпиријском знању.¹²⁷ Управо је у XVIII веку теорија државних облика знатно промењена, а са њом и схватање о најбољем облику државе. То је сасвим видљиво у радовима Џона Лока, по коме облик државе зависи од уређења врховне власти, а то је законодавна власт;¹²⁸ Жан-Жак Русоа, по коме постоје три главна облика државе (владавине): демократија, аристократија и монархија;¹²⁹ Шарла Монтескјеа, који је у своју класификацију унео деспотију уместо Аристотелове тираније и главне државне облике разврстао на републиканску, монархијску

125 Д. Перић, *Црквено право*, 165–167.

126 Е. Спекторски, *Држава и њен животи*, 86.

127 Е. Спекторски, *Историја социјалне филозофије*, 65–66.

128 Вид. Џ. Лок, *Две расправе о влади*, II, 75–82, 122–123.

129 Вид. Ј. Ј. Rousseau, *Rasprava o poreklu i osnovama nejednakosti među ljudima*, 18–19, 56, 67–69, 132–133.

и деспотску владавину;¹³⁰ Имануела Канта, који је је још више од Монтеѕкјеа истакао поделу држава на уставне и неуставне итд.¹³¹

Учвршћењем грађанских уставних држава у XIX веку, трихотомне поделе на монархије, аристократије и републике су у знатној мери изгубиле свој првобитни значај. Током XX, као и на самом почетку XXI века, истраживање, класификовање и стварање типологија државних облика смештено је у шире друштвене оквире, због чега су социолошке и политиколошке дисциплине преузеле од правних наука првенство у њиховом истраживању. То је тренутак када су у друштвеним наукама настале нове типологије, засноване на „историјским“ и „неисторијским“ типовима државе и аналогијама са њиховим политичким облицима.¹³² Запажену класификацију облика државе је саставио Георгије Острогорски, који је државне облике разврстао на „слободне лиге“ и „дисциплиноване партијске машине“.

Класификација Георгија Острогорског представља значајан наговештај суштинског одступања од традиционалних државних облика. То одступање се систематски спроводи у савременим државама њиховим преобликовањем изван познатих државних образаца, иако државе и данас могу да се разврстају према мерилима која су некада сматрана одлучујућим. Коришћење и комбиновање тих мерила омогућава да се класификације изведу према квантитативном саставу владања, степену обезбеђења заједничког добра, зајемченим индивидуалним слободама, разлици у културном стању и саставу друштвених елемената, типовима партија или на неке друге начине.¹³³ Само је једно остало непромењено: идеалан облик државе и даље представља Платонова *меријоокрајија*, а најбољи *владавина њрава* као нека врста Аристотелове политије. Таквој идеалној и најбољој држави супротне су *клејиоокрајија* и *џајиоокрајија*, изрази који се користи у савременој правној и политичкој литератури за најгоре државе.

2. Појам и главни облици државе

Свака држава је састављена од различитих државних органа који се налазе у различитим односима између себе и према народу. Укупност тих односа чини *облик државе*, који означава начин

130 Ш. Монтеѕкје, *О духу закона*, I, Београд 1989, 18 и даље.

131 И. Кант, *Метијафизика њудоређа*, 119, 122.

132 К. von Веуме, 149–150.

133 Ђ. Пођи, у: *Политичка теорија Слободана Јовановића*, Београд 1996, 46 и даље.

на који је држава организована, тј. „састав и везе њених органа, како међу собом тако и са народом“.¹³⁴

Постоје четири главна облика државе и, сагласно с тим, четири њихове класификације које су састављене коришћењем следећих мерила:

- према међусобном односу главних облика државне власти (законодавне, извршно-управне и судске) – *облици државне власти: систем јединства власти* (аутократски / од азијских деспотија до европске апсолутне монархије, укључујући француски револуционарни скупштински систем и совјетски систем/ као и демократски /швајцарски/ скупштински систем) и *систем поделе власти* (енглески и француски парламентарни и амерички председнички систем);
- према односу централних и нецентралних (периферних) државних органа – *облици државној уређења: јединствена једносавна* (централна, централизована и децентрализована/ и *сложена* (савезна) држава, и *савези држава*: независни (равноправни) државни савези (конфедерација) и уговорни савези (унија /персонална и реална/ и комонвелт), као и зависни (неравноправни) савези држава (протекторат, вазални савез, колонија, мандат и подручје под старатељством);
- према односу државног апарата са народом – *облици ѣолићичкој режима: демократија* (непосредна /плебисцит, референдум, народна иницијатива и вето/, представничка и полунепосредна) и *аућократија* (диктатура, деспотија, тиранија, олигархија, аристократија, плутократија, тоталитаризам итд.);
- према организацији поглавара државе – *облици владавине: монархија* (неограничена и ограничена уставна или парламентарна) и *рејублика* (неограничена и ограничена са председником или председништвом).¹³⁵

134 Р. Лукић, *Увод у ѣраво*, 132.

135 Р. Лукић, 132–134. Вид. N. Visković, 59.

Први одсек ОБЛИЦИ ДРЖАВНЕ ВЛАСТИ

Људи су се одувек питали како да уреде односе између главних облика државне власти, а нарочито како да изнутра ограниче превелику власт државе. На то важно питање дата су два важна одговора. Један се зове јединство, а други подела власти. Али, и тада треба имати у виду чињеницу да потпуно чисти облици јединства и поделе власти нису могући због нужног укрштања (интерференције) главних врста државних власти. То укрштање постоји у свакој држави независно од њеног система јединства или система поделе власти.

1. Јединство власти

1.1. Појам и врсте јединства власти

Јединство власти као *полијтичко* начело је створено како би се државна власт изнутра учврстила и ограничила обезбеђивањем превласти једног бирократског или демократског органа или њиховог хијерархијског низа над другим двама врстама власти. У првом случају, јединство власти је веома старо монархијско начело, а у другом веома младо грађанско републиканско начело. У савременим грађанским државама, под утицајем Русоовог учења о друштвеном уговору и народној суверености, јединство власти је замишљено као средство да се државна власт изнутра ограничи успостављањем несумњиве превласти демократског представничког органа (скупштине, парламента) над другим двама властима (извршно-управном и судском). Пошто народ не може непосредно и сам стално да буде свој законодавац, осим изузетно (нпр., у случају референдума), то уместо њега чини његова скупштина. Такав систем се назива скупштински (конвентски) систем. Јединство власти је и *орјанизационо-техничко* начело помоћу кога се уређују односи између носилаца главних облика државне власти тачним утврђивањем њихове надлежности. То се чини тако што један или низ истих државних органа врши све три власти или доминира над органима других двеју власти.¹³⁶

136 Р. Марковић, 215–217.

Поред политичког и техничког, јединство власти може да буде апсолутно и релативно. *Айсолућино* јединство власти постоји када само један орган или један низ истоврсних органа врши све три власти. У стварности је тешко наћи такав систем, изузев у најпримитивнијим и најнеразвијенијим државама (нпр., античка римска *comitia curiata* или грманске центене /*centenes*/). Због тога постоји *релативно* јединство власти. Оно представља „систем у коме, додуше, сваку власт врши један орган, односно хијерархијски низ истоврсних органа, али тако да су органи две власти потчињени органима треће власти“.¹³⁷ Тиме се обезбеђује да органи једне власти врше преовлађујући утицај на органе друге две власти. У систему релативног јединства власти утицај органа једне, у ствари врховне власти, врши се коришћењем одговарајућих организационих и функционалних средства. Организациона средства се састоје у коришћењу овлашћења за избор других носилаца функција државне власти или за њихов опозив због незаконитог и нецелисходног рада. Органи врховне власти, дакле, могу да постављају и смењују органе друге две власти као и да их непосредно присиљавају да своју власт врше у оном правцу у коме то они хоће. Функционална средства се састоје у надзору над радом органа друге две власти, у могућности њихове замене или у преузимању њихових послова од стране органа врховне власти. Органи врховне власти имају право и да поништавају акте органа друге две власти, односно да наређују какве ће акте да доносе, као и да сами у извесним случајевима донесу такве акте уместо њих. Јединство власти је потпуније заступљено што је више тих средстава.

Унутар система релативног јединства власти могу да се одреде још два његова облика. Они зависе од врсте органа и власти која је надмоћна над другим двема врстама. Када је надмоћна извршно-управна власт, тада је реч о *аућокраћском* јединству власти. На пример, у апсолутној монархији је због превласти бирократије и феудалаца јединство успостављено у корист извршно-управне власти. Јединство власти је и касније спровођено у корист извршно-управне власти, (нпр.) коришћењем установе конзулства у доба Првог и Другог царства у Француској за време Наполеона I Бонапарте и Наполеона III. Такође, у доба Првог царства у Француској, извршна власт је имала могућност избора бројних чланова скупштине из различитих друштвених слојева, чиме је законодавна власт ослабљена и потчињена извршној. У XX веку је ситуација погоршана успостављањем фашистичког режима у Италији

137 Р. Лукић, 194.

и национал-социјализма у Немачкој, који су затим прихваћени у неколико других европских земља (Шпанија, Португалија, Мађарска, Румунија, Бугарска, Албанија и тзв. НДХ). Али, када доминира законодавна власт, нарочито над извршно-управном, тада је реч о *демократском* јединству власти. То јединство не треба мешати са извесном превлашћу законодавне власти која произилази из природе њене државне делатности, пошто је законодавство у модерним државама „природно“ највиша власт. Демократско јединство власти постоји и када се законодавни орган меша у рад и специфичну надлежност управе и судства, а не само када доноси законе којих други органи морају да се придржавају. То значи да колегијалну извршну власт у скупштинском систему именује и разрешава скупштина која може да поништи њене одлуке. То је разлог зашто се у теорији тврди како је систем јединства власти повољан за аутократске, револуционарне или за сасвим ретке крајње демократске политичке поретке. За јединством власти се и данас посеже када надвладају крајности у организовању облика државе. Судска власт због природе своје функције никада није претезала над законодавном и извршно-управном влашћу, изузев можда у првим деценијама XX века у САД. Такву фактичку превласт судске власти тадашњи амерички председник Вудро Вилсон је назвао „судократија“. Ипак, она није довела до претварања председничког система поделе власти у систем судског јединства власти.

Сматра се да у савременим државама јединством власти покушава да се прошири демократија, а не само да се изнутра ограничи државна власт, јер су управа, а донекле и судство, нужно бијурократизовани. Уместо да „доносе само опште одлуке, тј. да врше законодавну власт у ширем смислу речи, представничка тела по начелу јединства власти добијају у надлежност вршења управне и судске власти, тј. и она могу доносити опште одлуке и примењују их на конкретне случајеве“.¹³⁸ И пошто извршно-управна и судска власт у систему јединства власти начелно припадају представничким телима, тј. законодавним органима у ширем смислу, бијурократски органи у управи и судству су непосредно потчињени органима представничких тела, хијерархијски су им подређени и не располажу никаквом самосталном влашћу. Али, такво јединство власти није достигнуто ни у једној савременој држави, осим 1793. године у Француској. То је разумљиво има ли се у виду велика слојност савремених држава, састав представничких тела која нису погодна за вршење извршно-управних и судских послова,

138 *Ibid.*, 196–197.

као и сами технички разлози за организовање и вршење власти који су налагали да се извршно-управни и судски послови пове-ре специјализованим бирократским органима. Тако „од јединства власти остаје само то да су управни и судски органи у извесној мери потчињени представничким органима, а да ови последњи не врше или врло мало врше управну и судску власт“.¹³⁹

Релативно јединство власти, а само оно може да постоји, дакле, не искључује поделу власти у извесној мери. Ипак, њено постојање у систему јединства власти може да постане опасност за власт и поредак. Та опасност се састоји у успостављању фактичке надмоћи неке друге власти, која чак није одређена уставом и законом, уместо формално проглашене врховне власти. То је сасвим јасно када дође до фактичке превласти извршне власти, као што је био случај са совјетским (скупштинским) моделом јединства власти. Али и сама скупштина, у којој је усредсређена највиша државна власт, позивајући се на пристанак народа, може ту своју власт да злоупотреби маргинализујући или гасећи опозицију, или занемарујући интересе својих бирача и грађана. Није чудно што су систему јединства власти посебну пажњу поклањали марксистички оријентисани писци прве половине XX века и што је он помно негован у бившим социјалистичким државама. Управо је та опасност навела Жоржа Ведела да устврди како јединство власти у облику скупштинског система неминовно тежи ка свом претварању у фактичку диктатуру.¹⁴⁰ Други писци, као Ханс Келзен или Слободан Јовановић, говоре само о подели власти, смештајући јединство власти у аутократске облике владања.

1.2. Јакобински, швајцарски (конвентски) и совјетски систем

Први демократски систем потпуног јединства власти настао је у недемократским условима јакобинске диктатуре 1793. године, када је француска скупштина (Конвент) бирала одборе који су за време свог краткотрајног мандата политички водили послове управе у апсолутној потчињености скупштини. Што је још важније, све три главне врсте државних послова вршила је законодавна власт. А то значи да у *француском револуционарном скупштинском систему* нису постојали шеф државе, влада или шеф управне власти.¹⁴¹

139 *Id.*, 196.

140 Р. Марковић, 217.

141 Р. Лукић, 194.

Данас најпознатији и најуспешнији демократски облик јединства власти представља *швајцарски скупштински* (конвентски) *систем*. Према неким писцима, ни он није ништа друго до директоријални систем власти који је први пут формално уведен француским Уставом из 1795. године. Према другим писцима, управо је он пример аутентичне примене скупштинског система. Његова суштина се састоји у таквом спајању законодавне и извршне власти у рукама скупштине, да скупштина и формално врши извршно-управну власт преко свог посебног одбора (Савезног већа). Савезно веће ипак своју извршно-управну власт не врши самостално, већ је дужно да води рачуна о наредбама скупштине којој је хијерархијски подређено. Сваки члан Савезног већа управља једном граном управе као министар, годину дана врши посао председавајућег Савезног већа и обавља репрезентативне поглаварске послове шефа државе (председника), јер је скупштина стварни шеф државе. Скупштина може да прихвати, одбаци или поништи предлоге чланова Савезног већа који се бирају на три године. У случају одбијања предлога или поништавања одлуке, чланови Савезног већа не подносе оставку, јер су потчињени скупштини и не могу да воде никакву самосталну политику.

Иако је модеран систем јединства власти настао у Француској, одакле су га преузели и усавршили Швајцарци, а од Швајцараца преузели и изменили нагоре Совјети и друге државе пролетерског и социјалистичког усмерења, он одавно нема привлачну снагу какву је некада имао. Због тога све већи број земаља уводи систем поделе власти.

2. Подела власти

2.1. Појам и врсте поделе власти

Подела власти представља други главни начин да се уреде односи све три главне врсте државне власти и у пракси спроведе идеја о њеном ограничењу изнутра, а не само споља, демократијом. То се постиже релативним раздвајањем главних облика државне власти тако да је свака власт релативно независна од друге две, али не толико да не би могла да утиче на њихов рад. Подела власти, дакле, није подела државе, већ подела државних послова према њиховим главним врстама.¹⁴²

142 Вид. К. Ј. Фридрих, *Конституционализам (ограничавање и контрола власти)*, Београд (Подгорица), 1996, 25–40.

Поделу власти је први формулисао и одредио Џон Лок у Енглеској давне 1689. године у свом делу „Две расправе о влади“ (*Two Treatises of Government*). Међутим, њу је први пут на целовит начин изложио Шарл Монтескје у Француској 1748. године у свом можда још познатијем делу „О духу закона“ (*De l'esprit des lois*). Почев од Лока и Монтескјеа, велики број писаца је истицао изузетан значај поделе власти за демократски карактер и нормално функционисање државе. Неки писци, као Кант, отишли су толико далеко да су „хришћанску догму светог Тројства протумачили као поделу Божје власти на законодавну, извршну и судску. Али, исто онако како су богослови измирили веру у једног Бога с догмом о Тројству, и правници су после извесног оклевања дошли до теорије троједне државне власти“.¹⁴³

Више као настављачи Монтескјеовог него Локовог учења, писци су у почетку поделу власти тумачили као потпуно раздвајање и изолацију све три власти (*séparation des pouvoirs*). Она постоји када сваку главну врсту државних послова врши искључиво један државни орган или једна врста државних органа који не сарађују са органима других власти (Р. Каре де Малбер). У том случају, власт би била потпуно механички подељена, односно постојала би чврста или *ајсолућна* подела власти. Убрзо затим, писци су поделу власти почели да тумаче као поделу њених функција, налазећи упориште у идеји јединствене и недељиве суверене власти чије су техничке функције подељене на законодавну, извршну и судску. Они су развили учење о мекој или *релативној* подели власти, по коме главне државне послове координирано врше главне врсте државних органа. Они успостављају неопходну равнотежу у државној организацији упркос сукобима (Шарл Ајзенман). Касније су поједини француски правници (Теодор Дикрок) покушали да ублаже и упросте постојећу поделу тако што су и судску власт уврстили у извршну. Али, чак и у тако промењеном облику, Монтескјеову теорију је поколебала појава парламентаризма чија је суштина у томе да управна власт није независна од законодавне, већ да је у пуном смислу речи извршна власт која се потчињава законодавној. Због тога је у већини европских устава подела власти или потпуно потиснута парламентаризмом или се, као у Француској, налази са њим у једној „еклектичкој вези“.¹⁴⁴

143 Е. Спекторски, 96.

144 *Ibid.*, 96–97.

На тој основи је настала политичка и техничка подела власти, поред поменуте апсолутне и релативне. *Полиитичка* подела власти, као првобитна и основна замисао о ограничавању државне самовоље, почива на истој таквој носећој идеји – да свака власт треба да ограничава друге две власти како да би се спречила њена злоупотреба. У противном, како истиче Монте-скје, „Све би било изгубљено када би исти човек или исто тело угледника, било племића било људи из народа, вршило помену-те три власти, наиме власт доношења закона, власт извршавања јавних одлука и власт суђења за злочине или у споровима приватних лица“.¹⁴⁵ *Техничка* подела власти, пак, своди се на поделу унутар сваког главног облика државне власти, што захтева чисто правну расподелу надлежности између државних органа.¹⁴⁶ Она се заснива на идеји поделе рада која је у овом случају примењена на државну организацију: „Сваки посао захтева посебне способности и тешко је наћи неког ко је способан за све послове. Отуда ни државне послове не треба да обавља један исти орган, него да различите послове обављају различити органи“.¹⁴⁷ И тек када је тако извршена подела између државних органа може се сматрати да је власт изнутра ограничена и да ће законито да поступа. Подела власти је штетна када је развијена прекомерно, јер тада није брана самовољи већ њен извор.

Постојање система поделе власти у савременим државама се сматра „генератором политичке слободе“, јер је управо у томе садржана проширена идеја о политичкој слободи ограничавањем државне власти изнутра. Најчешће се истичу три разлога у корист поделе власти. Према *йолиитичком* разлогу, сматра се да подела власти може да постоји тек када постоји широк списак грађанских и политичких слобода и права, демократија, независно судство и политичка одговорност носилаца јавних функција. Према *йравном* разлогу, подела власти представља један од више важних услова за успостављање правне државе, што значи да законодавна, извршно-управна и судска власт треба да располажу органима који ће моћи да се посвете само својим главним пословима. Најзад, према *йтехничком* разлогу, потребно је да постоји уравнотежена подела надлежности између главних врста државних органа. На пример, шеф извршно-управне власти не би требало да учествује у доношењу закона, док законодавна власт

145 Ш. Монтескје, *О духу закона*, I, 18–19.

146 Р. Лукић, *Уставности и законийости у Југославији*, Београд 1966, 77.

147 М. Илић, нав. према: Р. Марковић, 209–210.

не би требало да издаје уредбе; законодавни органи не би требало да се мешају у послове извршно-управне власти, нити би било који орган истовремено требало да врши управне и законодавне послове; органи извршно-управне власти не би требало да имају никакво учешће у постављању или смењивању законодавних органа, нити би законодавни органи требало да учествују у постављању или смењивању извршно-управних органа; судска власт не би требало да се меша у законодавне послове или да доноси одлуке од опште важности; законодавно тело не би требало да се меша у судске послове итд.¹⁴⁸ Ипак, у модерној држави није могло потпуно да се избегне мешање судске власти у управне послове увођењем установа судског надзора над радом извршно-управних органа, судске одговорности извршно-управних органа за кривице које учине у служби и ван ње итд., нити мешање органа извршно-управне власти у судске послове увођењем установе управних судова. Због тога је у правној науци истицано да подела власти производи збрку и нарушава ефикасност државе, све у жељи да се заштите људске слободе и права. Реч је о омиљеној замерки фашиста, национал-социјалиста и стаљиниста упућеној систему поделе власти. Ова и друге замерке на рачун поделе власти поткрепљене су наизглед очигледном тврдњом да је логички неодрживо и илузорно да све три власти буду равноправне пошто у пракси увек постоји извесна надмоћ законодавства над судском и извршно-управном влашћу. Из тога је закључено како је учење о подели власти превазиђено, пошто „уместо легислативе и егзекутиве данас постоји нови функционални дуализам који се огледа у односу два пола у вршењу државне власти. Први пол чини политичка мањина која се изражава у политичкој опозицији, а други политичка већина, тј. већинска странка или већинска страначка коалиција, која се изражава у парламентарној већини и влади. Уместо да се власт врши на линији односа легислатива – егзекутива, она се у новим условима врши на линији односа опозиционе мањине и владајуће већине“.¹⁴⁹ Упркос наведеним замеркама, начело поделе власти је прихваћено због своје успешности чак и у оним државама које су своју организацију све до скоро заснивале на начелу јединства власти.

Најпознатији и најуспешнији облици система поделе власти су енглески и француски парламентарни систем и амерички председнички систем.

148 Вид. Х. Келзен, 331–344; С. Јовановић, 264–289.

149 С. Јовановић, 284.

2.2. Енглески парламентарни систем

Најстарији је енглески парламентарни систем поделе власти.¹⁵⁰ Он није толико резултат теоријских замисли колико је производ историје. Такође, он није добио име по парламенту (чији је назив настао од француске речи *parler* – говорити, у смислу места где се расправља), као што би могло да се помисли, већ по особеном систему теже и противтеже између законодавне и извршно-управне власти, а затим тих органа и судства. Његову препознатљиву суштинску црту представља лагана еволуција односа прво између монарха и демократског представничког органа, тј. парламента, скупштине, а затим између парламента и владе, која је довела до гипке поделе власти у којој државни органи могу у извесним областима заједнички да делују, док у другим областима могу да користе једни против других правно утврђена средства притиска. Тиме је обезбеђена релативна једнакост, равноправност и независност државних органа, тј. подела власти.

Енглески парламентаризам располаже и другим обележјима поред наведеног суштинског еволуционог обележја. Прво такво обележје тиче се министара који заједно сачињавају владу, тј. један одбор, кабинет или савет, чија је политика солидарна, без недоследности и противречности у државном управљању. То је разлог зашто су у Енглеској владе дуготрајне. Друго његово обележје јесте да влада има право да подноси законски предлог парламенту (*законска иницијатива владе*), чиме знатан део законодавне власти стварно прелази на владу. Треће, чланови владе, њени министри, истовремено су чланови парламентарне већине према систему већинског представљања у парламенту. Та већина је сачињена од чланова странке која је претходно освојила већину на изборима, због чега та већина подржава предлоге владе. Четврто, министри остају на положају све док имају поверење већине у парламенту. Чим се оно изгуби, министри подносе оставку, што значи да су политички одговорни парламенту. Пето, у Енглеској не постоји обичај да влада или парламент стављају на дневни ред питање поверења. Као довољан знак да је влада изгубила поверење већине у парламенту сматра се неповољно гласање о њеним предлозима. Шесто, када се такви случајеви чешће понављају, влада може да посегне за својим правом распуштања парламен-

150 Вид. С: Ло, *Енглески парламентаризам*, Београд 1929; М. Свирчевић, *Свињање демократије у Вестминстеру*, Београд 2001; М. Живковић, *Модерни системи власти*, Београд 2006.

та и да наложи расписивање нових избора. Тиме је постигнуто да одлази парламент, док остају министри који излазе из владе тек ако влада на расписаним парламентарним изборима не добије већину. На тај начин се успоставља повратна спрега између парламента и владе, тј. систем теже и противтеже, у коме парламент може да санкционише владу изгласавањем неповерења, а влада парламент његовим распуштањем и расписивањем нових избора. Често претња изгласавањем неповерења влади од стране парламента делује исто као претња владе о распуштању парламента. То поредставља начин на који се парламент и влада уравнотежују. Судство није тако непосредно повезано са парламентом и владом због природе свог посла.¹⁵¹

2.3. Француски парламентарни систем

Француски парламентарни систем представља најпознатији мешовити систем поделе власти. Неки га сматрају рационализованим обликом парламентаризма, а други полупредседничким системом поделе власти. У сваком случају, он је битно другачији од енглеског парламентарног система, иако је у Француску пренет из Енглеске. Он је убрзо постао меродаван облик поделе власти на Континенту. Посебну особеност француском парламентаризму прибавља *установа инѿерѿелације*, тј. права на питање којим посланик у скупштини тражи од владе или неког министра писмено или усмено изјашњавање о извесној ствари из области унутрашње или спољашње политике, на које је влада увек дужна да одговори. Након одговора, а нарочито када је незадовољна њиме у целости, скупштина (конвент) може да постави питање поверења влади, које се ставља на гласање. У случају негативног одговора посланика, тј. изгласавања неповерења, влада је дужна да поднесе оставку. Тиме је постигнуто да одлазе министри, док остаје скупштина. То је сасвим супротно решење од енглеског, по коме остају министри а одлази парламент. Такво француско решење се различито објашњава. Нарочито се истиче да у Француској нема великих странака које би осигуравале сталну већину у скупштини, нити да је поверење у владу такво да би бирачи могли да спрече нагле промене парламентарне већине. То је разлог зашто се у француском парламентарном систему владе често распуштају, понекад исувише често, случајно или изненадно, чак и за оне који гласају

151 С. Ло, 46 и даље. Вид. Е. Спекторски, 97–99.

против њих. Поменути недостатак се надокнађује знатном влашћу француског председника, који у кризним ситуацијама представља чинилац стабилности. Његове прерогативе су толико велике да у неким стварима подсећају на власт америчког председника.

2.4. Амерички председнички систем

У америчком председничком систему је подела између све три главне врсте власти најдоследније изведена. Она је правно утврђена чврстим уставом САД из давне 1787. године и до данас од ње није формално одступљено. Суштинска обележја америчког председничког система чине: јединствена извршно-управна власт коју оличава председник, одсуство средстава којима једна власт може да угрози постојање друге две власти и строга подела послова између њих.¹⁵²

Председника према америчком уставу непосредно бира народ општим правом гласа, иако то није сасвим тачно, јер га збиља непосредно бирају *изборници* (електори */electors/*) из сваке савезне државе. Председник је врховни командант оружаних снага и шеф целокупне извршне власти, што такође није потпуно тачно, јер се његова извршна власт не своди само на извршавање закона. Председник бира државне секретаре (министре) и друге функционере без обзира на већину у конгресу (скупштини, парламенту). Због наведених прерогатива председника у САД не постоји класична влада, већ *кабинет* и *сенци* који је непосредно одговоран председнику. Када председник за члана свог кабинета изабере неког ко је посланик у конгресу, такав будући члан кабинета мора одмах да се одрекне свог посланичког мандата како не би истовремено вршио законодавну и управну власт. Пошто председник поставља врло велики број чиновника, он располаже огромним бирократским апаратом и надлежношћу да доноси извршне наредбе (уредбе) и друге сличне акте. Ипак, његова извршно-управна власт је ограничена, јер његово управљање не сме да се коси са законским прописима. Он за свој рад одговара само ако учини кривично дело. Такође, власт америчког председника се не ограничава искључиво на извршно-управну власт, јер он има право одложеног одбацивања закона које је изгласао конгрес улагањем *сусџензивној* или „цепног“ *веџа* (за разлику од *ај-солуџној веџа* којим располаже монарх). То своје право да утиче

152 Р. Лукић, 190–192. Вид. Р. Марковић, 218.

на одлуке конгреса, амерички председник је у току првих сто година користио 443 пута, за разлику од парламентарне Енглеске у којој то право није коришћено од 1707. године или парламентарне Француске у чијој је Трећој републици од 1870. до 1940. године оно било „папирнато“. Председник утиче на рад конгреса и тако што му у облику посланице једном годишње подноси предлоге закона. Он понекад и сам може да образложи своје предлоге закона у облику поруке о стању нације која садржи његов законодавни програм или тако што се непосредно обраћа бирачима, јер се сматра да све три власти непосредно бира народ. Али, председник не може да се меша у рад судске власти, која је одвојена од председника, док он није од ње.

Законодавна власт припада дводомом Конгресу који самостално доноси законе. Поред тог права, Конгрес располаже и многим другим важним правима – да одлучује о буџету, закључивању државних зајмова, објави рата итд. Конгрес председнику може да наређује само законима, чак и у случају улагања суспензивног вета на закон од стране председника, јер Конгрес такав закон ипак може да усвоји поновним изгласавањем двотрећинском већином. Такође, Конгрес може у извесној мери да утиче на извршну власт одобравањем наименовања извесних високих државних органа, што иначе чини председник, као и преговорима које води са председником или државним секретарима поводом конкретних политичких питања. Али, конгрес не може да одређује какву ће политику да води председник у погледу извршавања закона. Најзад, Конгрес и судској власти може да наређује само законима. Ипак, судска власт је одвојена од законодавне, док законодавна није од судске.

Судску власт врше судови који раде независно од друге две власти. Њихова власт је толико независна да је надлежна да оцењује чак и законе који су изгласани у конгресу и потписани од председника државе. Тако непосредно може да поступи само Врховни суд САД, проглашавајући закон ништавним када нађе да он противречи одредбама устава.¹⁵³ То је разлог зашто се каже да је власт Врховног суда САД већа од власти председниковог права вета. Судска власт може да врши и друге врсте надзора и контроле над радом органа друге две власти, постајући једина политички способна да контролише друге две власти.

153 Вид. J. A. Segal, H. J. Speath and S. C. Benesh, *The Supreme Court in the American Legal System*, 2005.

Интересантно је да сва три наведена система поделе власти најбоље функционишу у земљама из којих су потекли, иако су много пута испробани у другим земљама. Због тога су у неким земљама (нпр., Француска, Аустрија, Финска, Исланд, Португал) уведени *мешовити* облици поделе власти, који представљају комбинацију парламентарног система поделе власти, због преузимања установе владе као колегијалног органа који је „солидарно политички одговоран парламенту“, и председничког система поделе власти, због преузимања установе председника са великим овлашћењима који је изабран на непосредним изборима. Најпознатији и најраширенији је већ описани француски мешовити парламентарни систем поделе власти.

Други одсек ОБЛИЦИ ДРЖАВНОГ УРЕЂЕЊА

Следећу класификациону групу, облике државног уређења, чини подела на јединствене државе и савезе држава. Разлика је направљена према најважнијем – да ли је уопште реч о држави, или не. Јединствена држава, израз који у истом смислу користи Ханс Келзен за означавање једноставних и сложених држава,¹⁵⁴ постоји само када је у њој јединствена највиша, централна власт. Таква власт је носилац суверености. Када то није случај, тада се не ради о држави већ о независним или зависним савезима две или више држава. Облици државног уређења, као што може да се примети, не односе се само на уређење јединствених једноставних и сложених држава, већ и на њихове независне и зависне савезе који нису ни јединствени ни једноставни.¹⁵⁵

Јединствена држава се према степену централизације или децентрализације дели прво на *једноставну* централну, централизовану и децентрализовану, а затим на *сложену* савезну државу (федерацију).

1. Једноставна држава

Једноставне (просте или унитарне) државе се деле на централне, централизоване и децентрализоване. У правно децентрализоване традиционално спадају државе са државном и друштвеним (локалном) самоуправом, аутономним областима, па чак и са аутономним покрајинама. Али, у њих се под одређеним условима могу убројити „сједињена унија“ (нпр. Уједињено Краљевство Велике Британије и Северне Ирске) и регионализована (регионална) држава (Италија и Шпанија). Разлика се одређује према спроведеном степену правне децентрализације у њима.

Централна држава постоји када је целокупна државна власт усредсређена у једном или више централних органа. Најчистији облик јединствене државе, њен „идеални модел“, постоји када је-

154 Х. Келзен, *Чиста теорија ѣрава*, 241 и даље.

155 С. Јовановић, 155–156.

дан централни орган непосредно врши послове све три државне власти, као некад римска *comitia curiata* или германске *centenes*. То је најстарији и најпримитивнији облик државног уређења, карактеристичан за саме почетке државе. Али, и тада, нужно и брзо, долази до природне расподеле послова између три главне врсте централних органа власти. Централна држава постоји и када више централних органа непосредно врши све државне послове.

Центризована држава постоји када поред једног или више централних органа који непосредно врше државне послове (нпр., само монарх или заједно монарх и представнички орган), такође постоје правно централизовани (подручни) органи који у пуној зависности извршавају државне послове за органе централне власти. Обично се таква држава назива унитарном, под утицајем богатог искуства личног и државног апсолутизма. То ипак није сасвим тачно, јер апсолутистичка држава није једина унитарна (од ње је још више унитарна стара централна држава), а затим и због тога што се унитарном назива и модерна децентрализована држава са државном и друштвеном самоуправом.

Децентрализована држава постоји када поред централних органа државне послове истовремено обавља више правно децентрализованих органа. Они самостално али не и потпуно независно од централних органа обављају извесне државне послове унутар повереног им делокруга надлежности, обично поред централизованих органа. Типичне примере децентрализоване једноставне државе представљају облици државне и друштвене самоуправе. Али, ситуација се мења када у децентрализованој држави постоје аутономне области, регије или покрајине са знатном самосталном надлежношћу. Али, обично се и за такве децентрализоване државе каже да су једноставне, а не сложене.

Интересантан је случај *регионалне државе*. У теорији се одређује на три начина: као посебан облик „знатно“ децентрализоване једноставне државе, као прелазни облик између једноставне и сложене федералне државе у коме поред централних државне послове обавља више децентрализованих државних органа са самосталношћу чак и у погледу законодавства, али без законодавца (у том смислу је регионала и *сједињена унија*),¹⁵⁶ или као посебан облик сложене државе, поред федерације која је још сложенија држава. Можда је најближе истини прво решење. Како год, ради се о држави са влашћу која је издељена на посебне области – регионе.

156 Р. Марковић, 440.

Захваљујући проширеној политичкој и правној децентрализацији регионални органи располажу знатном самосталношћу приликом обављања државних послова. То је, дакле, држава у којој „регионални, тј. обласни органи располажу ограниченом али знатном децентрализованом државном влашћу у свим главним врстама државних послова, што их чини политички и територијално привилегованим“. Такав положај регионалних органа не оповргава забрана њиховог непосредног учествовања у вршењу уставотворне и законодавне власти која је сачувана само за централне органе власти. Али та забрана није апсолутна, што значи да се регионални органи ипак баве законодавном делатношћу, али без свог законодавца. Због тога се каже да је власт регионалних органа зависна од власти централних органа, само „у мањој мери“.¹⁵⁷

Иако примери сједињене уније представљају подстицајан пример за настанак регионалне државе (Уједињено Краљевство Велике Британије и Северне Ирске постепено је настало уједињењем Енглеске са Велсом 1536. године, Шкотском 1707. године и Ирском од 1800 до 1921. године), они ипак нису одлучујући, јер је регионална држава у свом садашњем облику настала тек у другој половини XIX века, и то „одоздо“, а не „одозго“ као Велика Британија. До тога је дошло још пре Првог светског рата, када су у тадашњим европским државама ојачале регионалне тежње за што већом обласном аутономијом (нпр., у некадашњој Прусској и Француској). Такве тежње нису усахле ни по свршетку Првог и Другог светског рата, када су Италија, Шпанија (поново 1978. године) и нешто касније Белгија изнова територијално организоване у регионе.¹⁵⁸ Идеја регионалне државе прихваћена је у скромнијој мери у Шведској, Француској, Немачкој и Великој Британији, с тим што таква регионализација није суштински променила карактер постојећег државног уређења тих земаља.

Изгледа да одлучујући политички чинилац за успостављање регионалног државног уређења представља претерана администрација централне власти. Данас постоје само две праве регионалне државе – Шпанија и Италија, док је Белгија у међувремену постала прво савезна држава, а затим и конфедерација. До сада ниједна регионална држава није постала унитарна, али има значајних наговештаја да неке садашње регије желе да постану федералне јединице или самосталне државе (Каталонија у Шпанији

157 М. Јовичић, *Регионална држава*, Београд 1996, 17.

158 М. Јовичић, 30–33.

или шест регија у Италији /Фурланија, Јужни Тирол, Сицилија, Сардинија итд./). Тежња регија ка већој или потпуној самосталности садржи још једну опасност: да се помоћу регија разводне садашње признате државне границе њиховим прекограничним повезивањем (Подунавска или Јонско-јадранска регија). Може се запазити још нешто: да ни све децентрализоване државе нису исте. Што су степен и обим изведене децентрализације у њима већи и шири, то су снажнији разлози да се такве децентрализоване државе уброје у сложене, нарочито када у њима постоје покрајине са хипертрофираном аутономијом која може да буде већа и шира од самосталности региона у регионалној држави.

2. Сложена (савезна) држава

Иако је сложена (савезна) држава творевина модерног доба, њена носећа идеја је много старија. То је идеја *федерализма* (од лат. *foedus*, тј. савез, уговор, нагодба) која се дуго односила на било који облик уједињавања самосталних политичких заједница. Тек је образовањем САД настао модерни федерализам.¹⁵⁹ Под њим се подразумева „појава повезивања и слободног удруживања различитих територијалних заједница људи у оквиру једне државе или између више држава и политичких целина, у различите сврхе“.¹⁶⁰ Од тада је идеја федерализма доживела много успешних и сувишних тумачења. Њено најновије тумачење састоји се у томе што се федерализам сматра доприносом развоју демократије, мира, слободе итд. Ипак, федерализам је пре друштвени и политички него правни појам, што јесте појам федерације, тј. савезне државе.

Савезна држава (федерација), дакле, није заједница држава нити савез држава, већ је у највећој могућој мери децентрализована јединствена али сложена држава. То потврђују следеће њене карактеристике. Пре свега, савезна држава располаже сувереном влашћу. Савезна власт је централна и установљена је уставом савезне државе као једина суверена власт, док је надлежност држава-чланица федерације одређена прво савезним уставом, па тек затим уставом државе-чланице. Због тога је надлежност савезне државе прва и права, док је надлежност држава-чланица изведена и друга. Иако у федерацији њени саставни делови представљају

159 Вид. Т. Пејн, *Права човека*, Београд 1987.

160 Р. Марковић, 442.

државе, оне нису праве, већ *квазидржаве*. Оне поседују државну власт, само што та власт није суверена већ изведена (делегирана) из суверене власти. То значи да државе-чланице располажу не само законодавном (као у аутономној покрајини) већ и уставном влашћу. Такође, савезна држава располаже јединственом територијом и становништвом над којим врши своју власт, док се власт држава-чланица распостире само над становништвом на њиховим територијама. То има за правну последицу да у савезној држави сви њени становници имају двоструко држављанство: савезне и државе-чланице. И не само то – у федерацији је готово све двоструко, укључујући поменути законодавну и уставну власт. Упркос томе, сматра се да само централна власт може да буде носилац суверене власти, према изреци насталој у француској Првој републици 1792. године: „Република (у смислу државе) је једна и недељива“. А то значи да је савезна власт у федерацији синтеза, а не збир власти као у конфедерацији. Најзад, за савезну државу је карактеристично да није признато право на *нулификацију*, тј. на одустајање поништавањем акта због улагања вета државе-чланице, нити право на *сецесију*, тј. на отцепљење државе-чланице. Забрана тих права није случајна. Забрана нулификације, обично формулисана у облику заштитне клаузуле, представља меру против раздруживања у сложеним јединственим државама које настају спајањем. Она се састоји у забрани улагања вета држава-чланица на одлуке органа федерације. Забрана сецесије представља додатну заштиту државе од самовољног издвајања, тј. једностраног распарчавања неког дела савезне државе од стране њених држава-чланица.

Данас је број савезних држава толико велики да их не треба поименце помињати, осим карактеристичних примера САД, Швајцарске и некадашње СФРЈ. Док су прве две државе нагло (САД) или постепено (Швајцарска) постале чврсте федерације, дотле је СФРЈ од чврсте федерације до 1974. године стварно постала конфедерација. Задржано је само име федерације. Данас су САД веома чврста федерација, иако је задржан релативно неутралан назив за такву државу (по узору на сједињену унију), док назив Швајцарске није ни мењан. Она је по имену и даље конфедерација, иако је реч о чврстој федерацији већ више од двеста осамдесет година. СФРЈ више не постоји, као ни СРЈ, док бивша Државна заједница Србије и Црне Горе није ни замишљена као сложена држава, већ као уговорни савез, тј. реална унија те две државе.

3. Савези држава

Савези држава, тј. државне заједнице састављене из две или више самосталних и независних држава или несамосталних и зависних држава, деле се према начину настанка и организовања на *државне савезе* (конфедерација), који су ближи сложеној јединственој држави, и чисто *уговорне савезе* (унија и комонвелт) који су даље од ње, а затим на протекторате, вазалне државе, колоније, мандате и подручја под старатељством.

Савези држава нису сложенији облици државног уређења од савезне државе, како се понекад погрешно сматра, већ су облици међудржавног уређења односа између држава-чланица савеза.

Према начину настанка, савези држава могу да буду независни и зависни. *Независни* (равноправни, самостални) *савези* деле се на државне и уговорне. У случају државних савеза „удружене државе раде на свом заједничком циљу преко извесних заједничких органа“. У случају уговорних савеза „државе су везане једним заједничким циљем, али на његовом остварењу раде свака преко својих органа. Осим њихових посебних власти, „никаква друга власт не постоји; питање о сложеној држави ту се, дакле, и не поставља“.161 Према том заједничком циљу, начинима за његово остварење и врсти државних органа, а тиме и према степену њихове спољашње сличности са савезном државом, разликују се чвршћи државни савези (конфедерације) од лабавијих уговорних савеза (уније и комонвелта). Постоје и *савези зависних*, потчињених или несамосталних држава, који нимало нису слични сложеној држави (протекторат, вазалне државе, колоније, мандатне територије и подручје под старатељством).

3.1. Независни савези држава

Конфедерација (сложеница од лат. предметка *con* – с, са, и *foederatio*: буквално сасавез, сасавезна или парасавезна држава) није држава, иако споља може да буде веома слична тзв. „лабавој“ или „минималној“ федерацији. То значи да државе које сачињавају конфедерацију представљају праве државе са сувереном влашћу.

Између федерације и конфедерације постоји суштинска *разлика* како у погледу правне природе и надлежности њихових

161 С. Јовановић, 155 и даље.

органа, тако и у погледу њиховог односа према грађанима.¹⁶² Пре свега, конфедерација настаје правним, а не фактичким путем као федерација. Када конфедерација правно настане уставотворним актом којим се успоставља власт савеза, сматра се да је такав савез чвршћи. Али, ни таква конфедеративна власт не може непосредно да заповеда становништву савеза. Она може да заповеда само државама чланицама савеза, док свака држава чланица преко својих органа може непосредно да заповеда својим грађанима. Када конфедерација настане уговорним актом, она се обично назива *савез независних држава* (нпр., међународни савез Мала антанта или Заједница независних држава /ЗНД/ насталих из бившег СССР-а). Такође, у конфедерацији обично постоји заједнички орган предвиђен оснивачким актом, који добровољно и сагласно образују суверене државе као оснивачи конфедерације. Тај конфедеративни орган обавља искључиво заједничке послове који су му поверени оснивачким актом. Али, он није прави парламент, као што је савезни парламент у федерацији. Он, дакле, није синтеза, већ збир, јер га сачињавају представници држава чланица који су искључиво одговорни властима своје државе. У њему се све одлуке доносе једногласно, тј. консензусом. Њихова примена подразумева претходну потврду надлежних органа државе чланице конфедерације. То значи да само ти органи непосредно извршавају одлуке заједничког органа конфедерације, јер су чланови конфедерације државе чланице, а не њихови грађани. То је последица чињенице да је надлежност чланица конфедеративног савеза прва и права надлежност, док је надлежност заједничког конфедеративног органа друга и изведена.

Такође, сви грађани држава чланица конфедерације имају само држављанство своје државе, јер конфедерација не поседује ниједан од главних елемената државе: властити државни простор, становништво или изворну суверену власт. Због тога она није субјект међународног права. Уместо ње, сва наведена својства задржавају државе чланице конфедерације, које на основу усвојеног уставотворног акта или склопљеног међународног уговора устављавају лабаву заједницу суверених држава и задржавају за себе право да самостално воде унутрашњу и спољашњу политику, имају своја представништва и представнике у међународним институцијама, свој новац, фискалну и финансијску политику, сва спољашња обележја суверене државе итд. Због наведених својстава конфедерација се не сматра некаквом „надржавом“ над

162 Ф. Тарановски, 464 и даље.

удруженим сувереним државама, већ пре „међународно признатим друштвом“ насталим „удруживањем држава“. Најзад, у конфедерацији свака држава чланица располаже правом на иступање из конфедерације, тј. правом на нулификацију и сецесију. Услови и начини за престанак чланства у конфедерацији обично се утврђују оснивачким актом конфедерације. На пример, уставни акти Европске уније, укључујући и Реформски уговор из 2007. године, садрже клаузулу о повлачењу њених држава чланица, упркос томе што се садашња Европска унија не уклапа сасвим у појам конфедерације, док је сам поступак иступања изванредно компликован и скуп. То потврђује процес изласка Велике Британије из Европске уније који је завршен крајем 2020. године.

Други карактеристичан облик независног савеза представља унија. Она је савез двеју или више држава образован на основу уговора, а ређе на основу уставотворног акта, тј. уставне декларације или повеље. То је још лабавија врста савеза од конфедеративног, јер државе чланице уније не морају да имају никакве заједничке органе. Унија може да буде реална (стварна) или персонална (лична) зависно од тога да ли се ради о врсти заједничких послова или организацији поглавара државе. *Реална унија* представља чисто уговорну заједницу двеју или више држава. Свака држава чланица реалне уније задржава своје посебно законодавство, управу и судство. У надлежност заједничких органа обично је пренето вођење спољних послова, одбране и финансија. Али, у међународним односима реална унија се појављује као јединствен субјект. *Персонална унија* постоји када две потпуно самосталне државе имају на својим престолима истог монарха из исте династије. До тога најчешће долази поклапањем наследног реда владајућих династија, чиме иста личност према правилима наслеђивања постаје монарх у две или више држава. Реалне уније су обично републиканског облика владавине, а персоналне монархијског.¹⁶³

Постоји и трећа врста независног савеза држава – комонвелт (*commonwealth*). Првобитно је означавао *јавно добро*, а од XVI века *државно њолиитичко њело* у коме сав народ има заступљене интересе. Џон Лок је у XVII веку додатно проширио значење. Описујући државу чији је савременик био, користио је израз *British Commonwealth of Nations*. По њему, „под државом се мора подразумевати да се не мисли на демократију или неки облик владе, већ на било који начин независну заједницу[...] којој најбоље одгова-

163 С. Јовановић, 155–162; Е. Спекторски, 102–103.

ра реч и која најприкладније изражава такво друштво људи“.¹⁶⁴ Поента његове дефиниције је у „на било који начин независној заједници“. Савремени комонвелт је сасвим удаљен од Локове дефиниције државе. И збиља, данас комонвелт представља најлабавију врсту савеза између Велике Британије и њених бивших „доминиона“ (дословно: државина, а у ствари колонија), изузму ли се развијени племенски савези Индијанаца на тлу Америке или Аборицина на тлу Аустралије.

3.2. Зависни савези држава

Поред политички равноправних савеза независних држава, постоје и политички савези држава у којима су државе чланице таквог савеза подређене некој другој држави. Такве државе су не-самосталне и неравноправне, тј. правно-политички зависне од неког другог субјекта са свим државним својствима. Једина разлика између њих постоји у погледу степена зависности. Док савремени протекторат може да располаже некаквим међународноправним субјективитетом, то није случај с вазалним државама, колонијама и другим облицима. Зависни савези држава и данас постоје, иако је то у савременом праву противно прокламованом основном начелу народа на самоопредељење, тј. самоодређење.

Протекторат је прво коришћен у монархији да означи регентство над малолетним краљем. Касније му је проширено значење на зависне савезе држава. Данас се сматра да настаје уговором којим једна страна уговорница (држава заштитница) преузима заштиту друге стране уговорнице (државе штићенице). Њена дужност је да војно заштити државу штићеницу, чиме се оправдава постојање војних база и других објеката на територији зависне државе. Држава заштитница такође представља такву државу у спољним пословима. Њена пословна способност у међународним односима знатно је ограничена надзором или одобрењем државе заштитнице или неког међународног тела. Држава заштитница обично преузима заступање државе штићенице, због чега ова нема властите дипломатске представнике у иностранству. Али, и од тога постоје изузеци (садашња двоентитетска БиХ). Поред наведеног, постоје и нешто старији примери протектората, као што је био случај између Француске као државе заштитнице и неколико држава штићеница из Азије и Африке (Вијетнам,

164 Ц. Лок, II, 82–83.

Камбоџа, Лаос, Мароко, Тунис итд.), које су све у прошлом веку стекле самосталност и независност.

Вазалне државе, назив преузет из феудализма, означава такву врсту савеза у коме је суверен дужан да штити и помаже вазале који су му се, за узврат, обавезали на верност и помоћ. У таквом формалном односу налазила се Србија до Берлинског конгреса 1878. године према Високој порти у Цариграду.

Колонија представља врсту савеза у коме је нека територија као колонија у пуној зависности од државе матице као колонизатора. Колонија ретко када настаје запоседањем пустих и ненастањених предела, већ обично покоравањем земаља и подређивањем народа колонијалној власти.

Мандати је настао после Првог светског рата. Он представља врсту савеза којим се колонијални систем замењује међународноправно утврђеним режимом у коме су јасније и прецизније наглашена права међународне заједнице и обавезе државе мандатара, која своју власт врши у име оснивача мандатара (некадашње Лиге народа или садашњих Уједињених нација), и то у интересу домогодошког становништва. О томе је дужна да подноси извештаје свом оснивачу мандатору. За разлику од колонијалног система, међународна заједница има право да штити односно подручје или државу чак и од поступака државе којој је мандат поверен.

Подручје под сјарајшељством је систем настао после Другог светског рата као нека врста еуфемизма за мандат. Има циљ да за независност припреми народ или народе односних подручја, као што је случај са Сомалијом и Југозападном Африком.¹⁶⁵ И у том случају, међународна заједница има право да штити подручје под старатељством од намера државе мандатара, само у још изражењој и широј мери.

4. Деловање сједињујућих и разједињујућих чинилаца на облике државног уређења

Облици државног уређења нису дати једном и заувек, јер зависе од деловања сједињујућих и разједињујућих чинилаца. Ти чиниоци доводе до тога да старе државе нестају, постојеће се мењају, а нове настају.

165 Вид. Е. Спекторски, 159–161; D. Vrban, 121–123.

Данас једноставне државе све више постају децентрализоване или се преображавају у сложене државе. Када једноставна држава променом своје унутрашње организације постане регионализована (као Шпанија и Италија) или савезна (као Мексико, Аргентина, Бразил), или, када савезна држава постане савез држава (СССР у ЗНД или СРЈ у СЦГ), таква промена се назива *деволуција*. Али, када федерална држава настане од самосталних држава (као САД, Швајцарска, Аустралија или Немачка), таква промена назива се *аѿреѣација*.

Посебан случај удруживања, а затим и сједињавања под снажним дејством интеграционих чинилаца, представља *Евројска унија* која се сматра специфичном политичком заједницом или новим заметком федералне државе. Тврдњу да Европска унија није федерација, поткрепљују опробана средства савеза држава – најважније правне одлуке се доносе једногласно (сагласношћу), а не надгласавањем (већином гласова), док се у областима заједничке спољне и безбедносне политике, правосуђа и унутрашњих послова такве одлуке опште не доносе.

Трећи одсек

ОБЛИЦИ ПОЛИТИЧКОГ РЕЖИМА

Облик политичког режима се одређује према политичком носиоцу суверене власти у држави као заједници. Ако је политички носилац суверене власти већина у држави као заједници, тј. ако се државна власт врши у интересу већине, онда се ради о демократији као врсти политичког режима. У супротном, ради се о аутократском облику политичког режима.

1. Демократија

Реч демократија (сложеница од грчких речи *demos* – народ, и *kratos* – владавина) буквално значи владавину народа. Али, будући да цео народ не може сам стварно да влада, то модерна демократија представља такав облик политичког режима у коме већина народа (становника, грађана) на унапред тачно одређен начин може стално или повремено да учествује у вршењу државне власти, контролише рад својих представника, поставља питање њихове одговорности итд. Демократија је, дакле, држава у којој је поштовање државне власти најмање засновано на страху, а највише на колективној свести грађана, односно држава у којој власт демократски изабраних управљача почива на поверењу већине њених грађана.¹⁶⁶

1.1. Схватања демократије

Демократија је веома стара. Често се атинска демократија узима као класичан пример из давних времена. Њен сјај ни данас није угаснуо. Ипак, реч је о демократији која је постојала мање од два века (од 508. године пре н. е., захваљујући Клистену, грађанину племенитог рода, до 323. године пре н. е., тј. до освајања Грч-

¹⁶⁶ R. Laun, *La démocratie. Essai sociologique, et de politique morale*, Paris 1933, 62–86. Вид. G. Sartori, *The Theory of Democracy Revisited*, New Jersey 1987; Ф. Канингам, *Теорије демократије. Критички увод*, Београд 2003; R. Zucker, *Democratic Distributive Justice*, New York 2003; K. Dowding, *Justice and Democracy*, London 2004.

ке од стране краља Филипа II Македонског) и само за слободне атинске грађане (њих тридесет-четрдесет хиљада старијих од 18 година) који су представљали мањину чак на врхунцу моћи античке Атине. Уз то, атински грађани су се додатно делили на оне који су учествовали у јавном животу (*polites*) и на оне који то нису чинили (*idiotes*) тако да је број оних који су учествовали у јавном животу био још мањи.

За античку демократију се каже да се односила само на део слободне мањине грађана, као и да је била ограничена на слободан говор у скупштини (*isegoria*) и исти такав положај грађана пред законом (*isonomia*).¹⁶⁷ У њој су слободни грађани имали право да се кандидују за чланове скупштине у којој се одлучивало о свим покренутим питањима. Њихове одлуке биле су извршне и на њих нико није могао да утиче. Тиме је постигнуто да атински демос има суверену власт.

Постојало је још једно значење демократије, као владавине масе, руље, коју је Аристотел сврстао у изопачене облике државе, јер је већина слободних грађана била сиромашна. Много после Аристотела, о таквој демократији Макијавели каже: „Као што од неспособног и неискусног судије не можемо да очекујемо праведне пресуде, тако не може да се очекује да народ који је пун заблуда и незнања буде, осим у ретким случајевима, разборит и паметан када бира или нешто одлучује.“ Сличан презир према демократији гајио је Франсоа Мари-Аруе Волтер који је тврдио да она „пропагира идиотлук масе“, полазећи од изреке да је појединац увек у праву, али маса никад. Иронично је да је управо Волтер, заговорник „просвећеног деспотизма“, постао један од родоначелника модерне демократије. Слободан Јовановић такав изопачен облик демократије назива „демократија масе“.

Када се данас каже демократија, мисли се на модерну представничку демократију, насталу у Европи и САД током XIX века, повремено допуњавану и исправљану облицима непосредне демократије, која се суштински разликује од свог античког узора непосредне демократије. Она почива на Волтеровим поставкама о демократији као отвореном и толерантном дијалогу о свему и Русоовим идејама о владавини сувереног народа (*народној суверености*) заснованој на слободи и једнакости.

Ако су стари Грци измислили демократију, Волтер и Русо су је духовно спустили међу народ. Ипак, стварни и правни темељи

167 A. Saxonhouse, *Free Speech and Democracy in Ancient Athens*, 2006, 80–81.

модерне демократије постављени су тек после грађанских револуција на тлу Европе, одакле се раширила по целом свету. Од тада је демократија током протекла два века доживела низ важних промена, постајући преовлађујући или барем пожељан образац политичког режима. Али, једно је остало непромењено – демократија је политички режим у коме мањина врши власт у име већине. Та мањина је изабрана на демократским изборима и она одређено време учествује у вршењу власти. Модерна демократија, дакле, није владавина народа, како би могло да се помисли, већ владавина у име народа и у интересу народа. Таква демократија би за старе Атињане била, у ствари, *олигокрација* (од *oligos* – мањина и *kratos* – владавина), тј. владавина изабране мањине.

1.2. Преображаји демократије

Да демократија није дословно владавина народа, показују промене које је претрпела у модерном добу. Непосредно после образовања првих грађанских држава у доба *државе старије либерализма*, модерна демократија је изграђивана у условима у којима је човек правно одређиван као темељна друштвена вредност. То је доба декларација, устава и повеља, као и великих законика и најпотпунијих кодификација којима се у привреди прокламује начело слободне конкуренције (*laissez-faire*), као врхунац либерализма истиче обезбеђивање личних слобода грађана, држава ограничава начелом поделе власти и њеним демократским устројством, омогућава превласт парламента и подвргавање управе владавини права и законитости, слобода схвата као основа превласти права над државом, а новостворена државна организација користи као подлога за остваривање прокламованих правних начела слободе и једнакости. Крајњи резултат таквог развоја био је успостављање обрасца *либералне демократије*, која је схваћена као средство за остваривање широко прокламованог начела слободе.

У доба *државе млађе либерализма*, демократија се првенствено схватала као средство за остварење начела једнакости. На тај начин је идеал грађанске слободе и либералне демократије замењен идеалом грађанске једнакости и *ејалићарне демократије*. Таква промена утицала је на спровођење одговарајућих политичких и правних мера: укинута је имовински цензус, обезбеђено је једнако право гласа, промењено је унутрашње устројство парламента у духу схватања да је меродавна само народна воља (*la*

volonté du peuple), изједначени су домови у парламенту, постављена је јасна разлика између делокруга рада управе и правосуђа итд. Упоредо с наведеним променама, мењало се схватање о друштвеном задатку либералне државе. Држава се више није схватала као „ноћни чувар“, већ јој је постепено и постојано препуштано обављање најважнијих друштвених задатака. Поред традиционалних задатака који се односе на организацију политичког система и утицај политичких странака у стварању и вршењу политичке власти, држава млаћег либерализма све је више преузимала на себе обављање различитих социјалних, образовних и културних задатака, који су дотле били ствар породице или приватне иницијативе (тзв. „културна мисија државе“). Наведено проширивање државних задатака с очигледним наговештајима будућег државног интервенционизма јачало је упоредо с осамостаљивањем професионалног управљачког слоја у држави. Држава млаћег либерализма није представљала само одбор власника капитала већ и савез најбогатијег грађанског слоја с државном бирократијом. Упркос томе, у њој друштвени сукоби нису имали обележја која ће касније да стекну јер су за појединце закони у таквој држави и даље изгледали као некаква самостална сила која невидљивим нитима прожима и повезује цело друштво. Таква снага закона објашњавала се снагом нових идеала, због чега је систем представничке демократије доживљаван као оличење хомогенизоване и снажне грађанске државе.

Крајем XIX века интервенционизам државе млаћег либерализма прерастао је у развијено *конституционалистичко* и *милићанско схватање демократије*, пред којим је уступало либерално схватање демократије. Убрзо затим, демократско начело је у појединим развијеним грађанским државама почело прикривено или отворено да се нарушава и напушта у корист начела биолошке, расне, крвне или некакве друге надмоћи, што је у првим деценијама XX века довело до настанка тоталитарних диктатура каквим готово да није било премца у историји (фашизам, националсоцијализам, стаљинизам итд.). Заједничко им је да су, позивајући се на „конституционализам“ и „позитивистички легализам“, демократију претварали у предмет изругивања или су је отворено укидали истичући да „култ бруталне силе искључује култ закона“.¹⁶⁸

168 Д. Аранђеловић, *Принципи државној уређења у скорој прошлости и садашњости*, Београд 1935, 25.

Данас се најновије промене у развијеним либерално-демократским друштвима одвијају у знаку идеје глобализма. Али, то не значи да се демократија не *заобилази* у друштвима која могу али и не морају да буду надахнута глобалистичком идејом.¹⁶⁹ То се обично чини тихим напуштањем (заласком */decline/*) демократских институција, посебним механизмима за изузимање из општег режима одговорности, појавама „легалне незаконитости“,¹⁷⁰ укључујући и инцидентне случајеве (политичке афере, корупцију, наслаге политичких лажи и олаких обећања). Тихо преношење власти с парламента на владу у Енглеској током прошлог века,¹⁷¹ означавало је залазак либералне демократије у Дајсијевој колевци законитости. Јачање председничког положаја у Француској такође је својевремено омогућило Шарлу де Голу да, формално се држећи закона и законске процедуре, добије толика овлашћења да промена или примена закона практично постане ствар његове воље. Целокупна активност некадашњег Макартијевог комитета у САД почивала је на грубом изигравању закона. Али, то је случај и с важећим Декретом о патриотизму, Декретом о безбедности отаџбине, бројним декретима о војним судовима, Законом о антитероризму из 1996. године и другим сличним законским прописима до данас у САД. Њима су на неодређено време укинута уставна права и грађанске слободе америчким грађанима и ограничене могућности пружања отпора легализованим репресивним мерама државне власти (нпр., да може да претреса домове без судског налога и присуства власника, задржава у притвору грађане на неодређено време без оптужнице и права на адвоката, да грађане правно и на друге начине злоставља итд.). Због тога се за данашње САД каже да су традицију демократске државе занемариле у корист тзв. „државе националне сигурности“.

Забринутост за судбину демократије увећавају и оправдане стрепње од наглих промена које доносе нове тенденције у глобализованом свету, које све више мењају суштину демократије и удаљавају је од народа и јавне сцене. Драматично убрзање протока информација и новца најчешће доводи у шкрипац и само легитимно доношење одлука о њиховом протоку, што погодује стварању невидљивих и неконтролисаних центара моћи и одлучивања који се увелико премештају из демократских легитимних

169 В. Вулетић, *Глобализација – мити или стварности*, 3; R. Dahl, *Democracy and Its Critics*, New Haven – London 1989, 67 и даље.

170 F. A. Hayek, *The Constitution of Liberty*, Chicago (1960) 1979, 84.

171 *Ibid.*, 101–102.

институција у затворене неформалне кругове без демократског покрића и легитимне контроле. Такве најновије промене навеле су поједине писце да суморно закључе како је дошло до „краће демократије и права на самоодлучивање легитимних учесника“ (Ралф Дарендорф), да је у току „драстично растакање“ суштине демократског начина владавине (Петер Килмансег),¹⁷² односно да је већ сада устоличена „модерна форма тоталитаризма“ (Ноам Чомски).¹⁷³ Ипак, и даље се сматра неспорним да либерална држава почива на начелима индивидуализма и демократије заснованим на народној суверености. Тим начелима се у савременој либералној теорији придаје двострука улога. Она треба или да оправдају политички поредак либералне државе заснован на моделима појединца и друштвеног уговора (од Жан-Жака Русоа до Џона Ролса) или да створе на начелу правде заснован модел грађанина тако да основне слободе и друштвена добра представљају основ за бољи живот без обзира на међусобне разлике. Данас у већини либералних држава преовлађује први приступ. По њему, либерална држава и даље треба да буде неутрална када је реч о индивидуалном идентитету те стога неутрална и у погледу оправдања и примене начела друштвене правде иако је њена неутралност у основи само један „контроверзан стандард“.¹⁷⁴

Наведени примери угрожавања демократије показују да демократија нема једнак третман чак ни у развијеним либералним грађанским друштвима која познају компетитивну, технократску или партиципативну демократију. Такође, демократија нема увек ни исту садржину, због чега је у либералним друштвима подложна променама које се не могу сматрати само аберацијама.¹⁷⁵ Упркос томе, за демократију се и даље каже да представља „најбољи од свих лоших облика“ политичког поретка који се не поседује, већ заслужује, изузев ако се не жели да парламент и друге легалне институције постану застареле иконе с демократском легитимацијом без демократске суштине.

172 P. Kielmansegg, *Volkssouveränität*, Stuttgart 1977, 161.

173 Н. Чомски, *Нужне илузије: контрола мисли у демократским друштвима*, 18.

174 Вид. А. Lijphart, *Демократија и pluralним друштвима*, Zagreb 1992; J. Rawls, *О либерализму и праведности*, Rijeka 1993; S. Holmes, *Passions and Constraint: On the Theory of Liberal Democracy*, Chicago 1995; *States and Citizens*, Cambridge Un. Press, 2003; K. Dowding, *Justice and Democracy*, London 2004; J. Christman, *Autonomy and the Challenges to Liberalism*, 2005; T. Iversen, *Capitalism, Democracy and Welfare*, Harvard Un. Press, 2005; C. Wolfe, *Natural Law Liberalism*, 2006.

175 Д. Хелд, *Демократија и глобални поредак*, 23, 223–234, 309–333. Вид. D. Held, *Modeli демократије*, Zagreb 1990; И. Маус, *Аспекти народне суверености*, Београд 2001.

1.3. Услови за постојање демократије

Да би постојала демократија, потребно је да буду испуњени одговарајући услови. Пре свега, потребно је да постоји друштвена *стабилност*, јер је тешко у условима ванредног стања демократски вршити власт. Демократија захтева и одговарајући економски *просперитет* и стандард грађана, тј. њихову материјалну сигурност. Важно је и да грађани буду правно *просвећени*, да преовладава демократска политичка култура као изграђена свест о вредностима и пожељним користима од поштовања демократије. Нарочито је пожељно да код грађана буде усађена свест о потреби да буду *толерантни* једни према другима, јер демократија управо почива на толеранцији. Такође, потребно је да постоје утврђена демократска *правила* и поступци, основне слободе и права, уставне и процедуралне гаранције за остваривање основних грађанских и људских слобода и права (слободе од самовољног хапшења и кажњавања, слободе кретања и избора места становања, слободе савести и вероисповести, слободе на синдикално организовање, деловање и штрајк, слободе изражавања и критике власти, права на једнакост пред законом, права на власништво и приватност, права на здравствену и пензиону заштиту, права на једнаку доступност јавних служби грађанима, права на заштиту природне и људске околине итд.). Остваривање тих основних људских слобода и грађанских права постиже се постојањем и коришћењем одређених политичко-правних начела и механизма у условима политичког плурализма, слободних и плуралних средстава информисања, изборношћу и смењивошћу највиших органа власти, јавношћу рада, политичком и правном одговорношћу, поделом власти итд.¹⁷⁶

Сви поменути и непоменути услови за постојање демократије често нису испуњени, због чега је много лакше прогласити демократију него обезбедити њено остваривање. Али, и када јесу испуњени, потребно је да протекне доста времена како би се демократија уврежила у друштву. И за њу важи исто што и за веома лепо уређене енглеске травњаке.

Демократија је крхка творевина јер и данас постоје пореци у којима периоде демократског владања смењују периоди аутократског владања. Такође, демократија је спора јер је таква демократска процедура за доношење одлука. Уз то, она је сложена, скупа итд. Очигледно, демократија има своје слабе стране.¹⁷⁷ Али, она је нешто најбоље што су људи до сада створили. Она је нарочи-

176 Вид. Н. Бобио, *Доба љубави. Дванаест есеја о људским љубавима*, Београд 2008.

177 Вид. Ј. Милић, *Демократија и посткомунистичким друштвима*, Загреб 1996.

то драгоцена јер ослобађа успаване личне стваралачке снаге, а друштву обезбеђује поузданији и слободнији стваралачки развој.

1.4. Елементи демократије

Свака демократија има више елемената, али су главна два њена елемента.

Први елемент је *друштвени*. Он се састоји у постојању политичке воље народа. Наравно, да би се знало шта је политичка воља народа, претходно треба утврдити сам појам воље, што је чисто филозофски проблем који до данас није решен. Због тога је још теже одредити изведену и претпостављену политичку вољу народа.

Други елемент је *државно-орјанизациони*, с којим се демократија најчешће изједначава. Тај спољни елемент демократије састоји се најпре у постојању одговарајућих средстава и механизма за повезивање народа с државом, а затим, у омогућавању народу да макар повремено учествује у вршењу државне власти. Због тога се у свим најважнијим савременим правним документима одређују људске слободе и грађанска права, утврђују институције права гласа, кандидовања, изборни поступак, начини расподеле добијених гласова, институције оставке и опозива, као и други начини за учествовање народа у вршењу државне власти, укључујући и средства којима народ може да натера државне органе да извршавају ту вољу.

Да би демократија могла да постоји, потребно је да постоје оба њена елемента. У противном, када нема друштвеног елемента, тада постоји огољена демократска форма без садржаја. Када нема државно-орјанизационог елемента, тада не постоји начин да се изрази друштвени елемент демократије. Али, и када постоје оба елемента демократије, тј. када демократија постоји формално и садржински, тиме се не мења карактер модерне демократске државе као владавине мањине у интересу већине грађана.

1.5. Врсте демократије

На основу испуњености наведених услова и елемената могу да се одреде карактеристичне врсте демократије: „стварна“ и формална, политичка и економска, непосредна, представничка и полунепосредна демократија.

Стварна демократија је химера, посебна врста социјалне утопије (или дистопије). Њу, у смислу некакве *идејне демократије*, не треба изједначавати с постојећим облицима демократије, јер они то нису, а још мање с облицима *искусствене демократије* која се односи само на оно што је преточено у демократску праксу. Стварна демократија се понекад изједначава са *демократијом идентитета*, која најприближније изражава језичко значење демократије као владавине народа. У њој би цео народ владао, тј. „самовладао“, и то тако да не буде разлике између оних који владају и оних над којима се влада. Наравно, таква демократија пуне непосредне владавине народа без посредника и представника нигде није постојала. Демократији идентитета је најближа непосредна демократија, али она није стварна, већ формална.

Будући да стварна демократија нигде не постоји, постоји *формална демократија*. Постојање формалне демократије навело је неке писце да демократију сведу на демократску процедуру. На пример, Божидар С. Марковић или Јирген Хабермас изградили су своја оригинална процедурална схватања демократије управо истичући њену државно-организациону страну.¹⁷⁸ То схватање је мањкаво утолико што демократија не може да постоји без одговарајуће демократске садржине повезане с вредностима слободе, једнакости, правде итд. Такође, формална демократија се понекад поистовећује с грађанском демократијом, од које је шира, јер сваки облик демократије – од античке, преко класичне либералне, до савремених неолибералних облика – није ништа друго до различито остваривање образаца формалне демократије. Важно је уочити да формална демократија не укида, већ подразумева постојање односа надређености и подређености, тј. власти човека над човеком. Разлика од аутократских облика састоји се у томе што су у демократији односи међу појединцима правно утврђени основним документима о грађанским и људским слободама и правима који се практично примењују.

Данас се за неки поредак каже да је демократски када у њему постоје основна демократска правила и процедуре, када је обезбеђено учешће већине народа у образовању политичке воље, као и када постоји сагласност већине барем о минимуму заједничких животних и политичких циљева или вредности. Та права се додатно проширују, иако се треба клонити претеривања (нпр., када би се демократски одређивала правописна правила, и најписменији народ би убрзо постао неписмен).

178 Вид. Б. С. Марковић, *Начела демократије*, Београд 1937; *О праведном праву*, Нови Сад 1994 (Београд 2013).

Подели демократије на стварну и формалну блиска је подела на политичку и економску, тј. социјалну демократију, иако је у оба случаја реч о формалној а не о стварној демократији. *Политичка демократија* се првенствено односи на политичка права и слободу грађана и њихово учествовање у вршењу политичке власти. Она је неопходна за остваривање правне државе. Економска, тј. социјална демократија се односи на успостављање и остваривање економских и социјалних права. Заснива се на идеји о социјалној – насупрот чисто либералној – правној држави благостања (*Welfare State*). Она се у области рада испољава у облику радничке или неке друге врсте партиципације.

Постоје још два главна облика формалне демократије: непосредна и посредна демократија. Али, постоји и трећа, мешовити облик полунепосредне демократије.

1.6. Непосредна демократија

Непосредна демократија постоји када грађани непосредно врше власт као један државни орган или као више државних органа. Према томе да ли грађани врше власт, тј. доносе одлуке само у области законодавства или у областима законодавства, извршно-управне и судске власти, разликује се античка од модерне демократије. Према томе како грађани доносе одлуке, разликује се непосредна демократија у погледу иницијативе, доношења одлуке или, истовремено, у погледу иницијативе и доношења одлуке. У првом и другом случају реч је о ужој непосредној демократији јер учешће народа зависи од претходне одлуке неког државног органа, а у трећем о широј непосредној демократији. У свим случајевима учешће народа у вршењу државне власти може да буде обавезно или факултативно.¹⁷⁹

У модерном добу карактеристични су следећи облици непосредне демократије: плебисцит, референдум, народна иницијатива и народна санкција (вето).

Плебисцит (од лат. *plebiscitum*) означава одлуку народа донету гласањем, као и закон у најширем смислу донет народним гласањем, док *референдум* (од герунда лат. глагола *refere*) дословно значи „оно о чему треба да се извести“. Дакле, поступити *ad referendum* изворно значи узети неко питање на проучавање да би се о њему поднео извештај неком телу или власти, а не народну одлуку донету гласањем.

179 Р. Лукић, 148.

Данашње значење референдума готово да се подудара са значењем плебисцита. Обе установе представљају облике непосредног, појединачног и личног изјашњавања грађана ван скупа. То изјашњавање је временски ограничено, али није везано за једно одређено место. На тим тачно одређеним местима народ потврдно или одречно одговара на питање које му поставља државна власт или органи неке за то овлашћене домаће или међународне организације. Али, плебисцит је неупоредиво старији од референдума, који је први пут почео да се користи тек у младим грађанским државама. Плебисцит је типична установа непосредне демократије, док је референдум корективна установа савремене представничке демократије. Процедура за споровођење плебисцита и референдума је слична, али је у случају плебисцита строжа и сложенија, чиме се истиче важност плебисцита над референдумом.¹⁸⁰

Народна иницијатива постоји када се грађани обраћају власти, на шта им власт одговара потврдно или одречно. У овом случају народ пита или предлаже док власт одговара на питање или се изјашњава о предлогу. Народна иницијатива се обично користи када се предлаже измена устава или доношење закона. У том случају се о предлогу изјашњава парламент на исти начин на који доноси законе. И када парламент усвоји иницијативу поднету у облику одговарајућег законског предлога, сматра се да је закон донет без потребе да се провери на референдуму. Али, када парламент одбије предлог за доношење закона, стичу се услови за расписивање референдума.

Народна санкција (ветио) постоји када се народ, тј. грађани накнадно изјашњавају о већ донетој одлуци неког државног органа (нпр., о закону). Када грађани потврде одлуку државног органа, реч је о позитивној санкцији, а када је оспоре, о *ветиу*, тј. негативној санкцији.

Непосредна демократија, као што може да се примети, никада не може потпуно, већ само делимично да се оствари. Народ може непосредно да доноси само главне политичке одлуке, али не може непосредно да врши стручне послове који се тичу спровођења одлука. Због тога је непосредна демократија од основног облика у антици постала допунски облик у модерној грађанској држави. За њом се посеже тек када се покаже да редовни механизми представничке демократије нису довољни.

180 Вид. Д. Митровић, „О плебисциту и референдуму“, *Анали Правној факултету у Београду*, 5/1990, 605–610.

1.7. Представничка демократија

Модерна представничка (посредна, репрезентативна) демократија данас представља готово општеприхваћени образац демократије. Састоји се у представљању народа. Суштина је у томе што народ не доноси непосредно политичке одлуке, већ непосредно одређује ко ће у његово име такве одлуке да доноси и извршава, тј. да врши државну власт у његово име. То се постиже избором народних представника који су добили највећи број гласова. Само ти представници постају државна службена лица која на одређено време заступају народ у државној организацији. Будући да је њихова изборна победа резултат воље гласача, они су им одговорни и дужни да спроводе њихову вољу. То показује како је за успешно спровођење државне политике пресудно поверење – а не уверење – које народ има у своје изабране представнике. Оно је веће ако представници заиста припадају народу, јер би тада требало да имају исте или сличне интересе као и њихови бирачи. Нарочито је значајно да се изабрани представници професионализују, а не бирократизују.

Обим представничке демократије зависи од врсте, значаја и обима питања поводом којих народ изражава своју политичку вољу, али и од обима и врсте права гласа. У савременим државама најчешће је законодавни орган тај који решава општа политичка питања и доноси опште правне акте у облику закона. Представничка демократија је шира када тако могу да поступају представнички органи у одговарајућим децентрализованим јединицама. Одлуке законодавног или других представничких органа затим спроводе извршно-управни и судски органи. Представничка демократија је још шира када управа и судство имају у одређеној мери представнички карактер.

Представничка демократија захтева постојање одговарајућих права, средстава и механизма, који треба да обезбеде да народ изражава и остварује своју вољу. Најважније је *право на избор народних представника*. Оно се састоји из права гласа, права на кандидовање и права на оставку или опозив.

Право гласа на изборима представља услов без кога у демократским друштвима уопште не може да се приступи избору народних представника. Оно се састоји у одлучивању ко ће бити изабран за представника у државној организацији.

Постоји неколико карактеристичних врста права гласа: активно и пасивно, опште и ограничено, једнако и неједнако, непосредно и посредно, јавно и тајно.

Активно право гласа састоји се у праву грађана да бирају своје представнике, а *пасивно* у праву да буду бирани и изабрани за представнике. Ова два права нису иста, иако заједно улазе у састав тзв. „политичке способности“ субјеката права. Активно право гласа имају сви пунолетни (обично с 18, али и с 16 или 21 годином) и душевно здрави грађани, док се за пасивно право гласа захтевају додатни услови (зрелија животна доб, рођење у дотичној држави, имовински или неки други цензус). На пример, према члану 2 Устава САД, за председника може да се кандидује само лице које је навршило 35 година и рођењем стекло америчко држављанство.

Опште право гласа значи да сви душевно здрави пунолетни грађани имају право гласа. Оно се подудара с активним правом гласа које је такође демократски замишљено. *Ограничено* право гласа је селективно, мање демократско или сасвим недемократско. Постоји када су пунолетна душевно здрава лица изузета због пола, расе, националне, верске или неке друге припадности, величине имања или висине прихода, степена културе, образовања итд.

Једнако право гласа се, такође, сматра демократским. Оно постоји када сви грађани располажу истим правом гласа, тј. када свако има један глас. Може бити спорно да ли баш сви треба да располажу једним истим правом гласа због менталних способности (физички здрави, али ментално запуштени). Дакле, и даље се ради о једном и једнаком праву гласа, само је спорно ко све њиме треба да располаже. Можда ментално запуштене треба уврстити у категорије које су лишене тог права. *Неједнако* право гласа, обратно, постоји када сви грађани немају исто право гласа, тј. када ожењени, родитељи, школовани или имућни имају два или више права гласа.

И *неједнако* право гласа се сматра демократским. Оно се састоји у томе што бирач непосредно гласа за свог кандидата, односно представника. *Посредно* право гласа, како му назив каже, постоји када грађани непосредно бирају своје изборнике, који тек затим својим гласањем бирају народне представнике, као у делегатском систему делегације своје делегате.

Право гласа је *јавно* када се зна за кога је неко лице гласало, а *тајно* када се то тачно или уопште не зна. Најбоље је када се уопште не зна за кога је бирач гласао јер је он тада сучељен само са својим предрасудама и заблудама. Тајно гласање треба да буде

правило а јавно изузетак, будући да је тада гласач лишен страха од могућих последица свог гласања.

Активно, опште, једнако, непосредно и тајно право гласа представљају тековину савременог друштва која није свуда у потребној мери остварена. Ипак, „демократија не сме да оде тако далеко да се у породици гласа ко је отац“ (Вили Брант).

Следеће демократско право представља *јраво кандидовања*. Најбоље би било када би се сваки грађанин слободно кандидовао, односно када би сваки грађанин слободно гласао за кога год хоће. Идеално би било када би се најбољи представници бирали коцком. Али, тако нешто је могуће само замислити. Због тога поступак кандидовања представља вишеструко „прочишћавајућу“ процедуру. Прва прилика за сучељавање жеља с могућностима кандидата јесте њихова одлука да се кандидују. Тај претходни и најлакши део може да означи почетак мање-више сложеног поступка кандидовања, у чијем даљем току могући кандидати и по други пут имају прилику да одустану од своје кандидатуре како би бирачима олакшали избор и пореским обвезницима уштедели трошкове. Затим следи најодговорнији претходни део поступка кандидовања, јер ко се кандидује, тај мора да води рачуна о интересима својих гласача. Најзад, у трећем, једино правно важном делу, када су кандидати утврђени *по листима* или *појединачно*, коначна одлука о кандидатима препушта се гласању (избору) бирача.

Сматра се да је појединачно кандидовање у изборним јединицама (обично срезу или округу) демократскије од кандидовања по листама. На крају, ко не успе као кандидат, мора да сноси последице свог неуспеха, онако како их носе сви други грађани због својих неуспешних подухвата, а не да од свог изборног неуспеха прави личну зараду на рачун буџета државе.

Следећу важну ствар представља *расподела мандата* према броју добијених гласова на изборима, нарочито када је истакнуто више кандидатских листа. Данас се расподела мандата врши коришћењем два главна и више мешовитих система. Према систему *већинској ѣредсѣавнишѣва*, листи која добије највећи број гласова припадају сви мандати. Овај систем је карактеристичан за Енглеску, у којој је настао, као и за САД. Према систему *сразмерној ѣредсѣавнишѣва*, свака листа добија број мандата сразмеран броју гласова бирача коришћењем разрађених и сложених техника за њихово израчунавање, обично коришћењем система изборног количника (Донтовог, Баденског, Херовог итд.).¹⁸¹ Овај систем

181 С. Јовановић, 333–348.

је карактеристичан за Италију, Аустрију и неке друге земље. Постоје и мешовити облици. Најпознатији је *француски систем* сразмерног представништва, који неки писци сматрају већинским (двокружним) изборним системом апсолутне већине.¹⁸² За њега је карактеристично да бирачи нису строго везани за кандидатску листу, због чега, чак када се налазе на истој листи, не морају да добију исти број гласова.

Наведени карактеристични системи имају своје добре и лоше стране, због чега смењују један другог.¹⁸³ Правило је да се у већим изборним јединицама гласа по листама коришћењем система сразмерног представништва. Ако је реч о појединачном бирању представника, проблем се своди на питање да ли мандат треба дати кандидату који је добио релативну или апсолутну већину гласова бирача. Појединачно гласање обавља се у мањим изборним јединицама коришћењем релативне већине за један гласачки круг или апсолутне већине гласова бирача за два гласачка круга.

Када изабрани представници народа заузму своја места у државној организацији, они то не чине заувек, већ привремено. То време, за које изабрани представници као државна службена лица обављају јавне, тј. државне послове, назива се *мандаџи*. Он може да буде *везан* (императиван) или *невезан* (слободан). У првом случају, представник у потпуности зависи од воље и упутстава својих бирача, који су за њега једино обавезни. Ова врста мандата је настала у Енглеској. Његова добра страна је што бирачи могу у потпуности да утичу на свог представника, али је лоша што је представник сасвим спутан у свом раду. Због тога се прешло на невезани мандат, који је коришћен прво у Француској. Он се састоји у томе што изабрани представник има неупоредиво већу политичку слободу, што је готово сасвим неодговоран својим бирачима, јер се његова веза с бирачима окончава чином избора. Данас се у већини земаља користи мешовити, полувезани-полуслободни, тј. *релативни мандаџи*, како би се сачувале добре и ублажиле лоше стране обе главне врсте мандата.

Да би се демократски изабрани представници још чвршће обавезали да ће вршити вољу својих бирача, у свим правима се предвиђају *мере за њиховој рада ње исџека мандаџи*. Најважније мере су право на оставку и право на опозив. *Осџавка* је мера, тј. врста санкције, коју представник изриче својим бира-

182 Вид. Ђ. Сартори, *Уџоредни усџавни инжењеринџ*, Београд 2003.

183 Вид. N. Schofield and I. Sened, *Multiparty Democracy. Parties, Elections and Legislative Politics*, 2006.

чима или државном органу чији је члан када је незадовољан радом државног органа или подршком бирача. *Ойозив* је мера коју бирачи или односни државни орган изричу свом представнику када су незадовољни његовим радом. Правне последице оставке и опозива састоје се у превременом престанку мандата.

Када се упореде политичка и правна веза представника и бирача, може се запазити да је важнија њихова политичка веза од правне. Чак и у правним државама, тј. владавинама права, показало се да никаква правна обавеза не може да буде ефикаснија од политичке обавезе представника да следе вољу својих бирача, коју могу да сазнају и провере на, у ту сврху, установљеним зборовима бирача, уважавањем саветодавних мишљења, повременим подношењем рачуна о раду итд.

1.8. Полунепосредна демократија

Када се упореде непосредна и представничка демократија, није тешко запазити да је непосредна демократија старија од представничке. Прва је настала у античкој Атини, а друга у грађанским државама. Такође, извесно време је сматрано да представничка демократија одговара великим, а непосредна малим државама. И данас се у три мала швајцарска кантона све важне одлуке доносе искључиво непосредним изјашњавањем грађана. Али, такво мишљење је оповргла пракса полунепосредног система демократије. Исто тако, сматрано је да непосредна демократија никада неће моћи да се сложи с модерном представничком демократијом. Ту тврњу оповргава све распрострањенија пракса посезања за облицима непосредне демократије у очигледно представничким системима демократије. Показује се да представничка демократија није уништила непосредну демократију, већ да се само променила и прилагодила практичним потребама.

Непосредна и представничка демократија, дакле, нису бољи ни лошији облици политичког режима јер оба облика имају своје добре и рђаве стране. Али, непосредна демократија је у државама без значајних политичких и других традиција много погодније тло за настанак аутократских облика владања од представничке демократије.

Наведене добре и лоше стране непосредне и представничке демократије навеле су неке земље да посегну за трећим, мешовитим

обликом – *полунепосредном демократијом*, која постоји када народ непосредно одлучује о најважнијим државним и политичким питањима.¹⁸⁴ Када народ то чини у области законодавства, он непосредно и привремено постаје законодавни орган, тј. сам свој законодавац. Такву полунепосредну демократију не треба мешати с облицима непосредне демократије који се користе према потреби (*ad hoc*) као допунско и корективно средство у систему представничке демократије.

2. Аутократија

Реч аутократија (сложеница од грчких речи *autos* – сам, и *kratos* – владавина) буквално значи самовладу, тј. владу мањине супротну демократији. Њена суштина је у томе што државна власт припада мањини која не влада у име народа и у његовом интересу, већ у своје име и у свом интересу. Она не подлеже контроли и одговорности од стране народа који је искључен из политичког живота. Будући да је у аутократији слободно само оно што је дозвољено, појединци су поданици.

Аутократија је постојала пре првог помена демократије. Она је била главни облик политичког режима у азијским деспотијама, Спарти и бројним другим античким грчким градовима-државицама (изузев неко време у Атини и још неколико мањих античких грчких градова). Она је то била и у средњем веку, па чак и у првим деценијама модерних грађанских држава. Отворени или прикривени облици аутократије постоје и данас јер је неугасива људска жеђ за моћи.

2.1. Појам и врсте аутократије

Аутократија је облик политичког режима у коме је већина народа лишена могућности учествовања у вршењу власти, због чега се власт налази у рукама повлашћене мањине која не подлеже правној изборности и редовној смењивости. Данас су многи високи функционери Европске уније (њени комесари и друге бирократе на највишим или високим положајима) неизабрани и неодговорни, што се не може сматрати доприносом демократији у тој сложеној заједници држава и народа.

184 Р. Марковић, 259.

Као демократија, и аутократија може да буде формална и стварна. *Формална* (чиста, права, ужа) аутократија постоји када ни формално нема демократије, тј. када је владавина мањине у друштву и формално-правно уређена. Она је карактеристична за античке и средњовековне државе. *Стварна* аутократија постоји када у друштву стварно влада мањина независно од тога да ли је проглашена демократија или не. На основу тога може се закључити како је свака државна власт аутократска, чак и када је власт формално демократска. Разлика је само у начину доласка на власт. У овом случају се ради о власти демократски изабране мањине. Такво прешироко значење аутократије је можда непрецизно, јер је у модерној грађанској држави важно и то у чије се име и у чијем се интересу врши државна власт.

Различите врсте аутократије добиле су током историје бројне називе, иако се међу собом суштински много не разликују. Понекад се за означавање аутократије у најширем смислу користи израз *диктатура* која изворно означава неограничену власт, односно супротност демократији. Њиме се истиче да у друштву не постоји ни формална демократија, односно да постоји чиста аутократија. Али, у старом Риму, где је настала диктатура је представљала привремено предавање власти једном човеку када је држава у опасности. Она је била законита, а не незаконита, каквом је постала од Корнелија Суле. Касније, *личној* диктатури, као неограниченој власти једног човека, придодато је значење неограничене власти великог броја припадника неког покрета или чак целе друштвене класе над народом. Таква диктатура може да буде страначка или ванстраначка (*јакобинска*, *јролетјерска*). У првом случају, диктатура је „крвава реч која изражава борбу без опроштаја, и то не на живот, већ на смрт између две класе“ (Лењин), а у другом средство да се успостави „органска целина заједничког живота“ (Александар Фјодорович Керенски).¹⁸⁵

Личној диктатури је слична *тиранија*, која је дуго, све до XX века, била најгори облик политичког поретка. Ради се о владавини која не узима у обзир било каква правила: ни правна, ни морална, ни обичајна. Због тога је тиранија увек насилна и самовољна нелегитимна владавина појединца над поданицима.¹⁸⁶ Није чудно што су у средњем веку цветала учења о тираноубиству.

185 Е. Спекторски, 108.

186 Вид. L. Strauss, *O tiraniji*, Zagreb 1980.

Тиранију треба разликовати од деспотије и средњовековне апсолутистичке монархије. У *деспојтији* азијског типа неограничено влада само један или неколицина, док су сви други једнаки у ропској подређености. Треба је разликовати од средњовековне деспотовине с деспотом на челу државе, као и од античког појма тираније, јер „не постоје азијске тираније“ нити „античке деспотије“. ¹⁸⁷ У *ајсолујној монархији*, суверену власт има само један, али остали немају статус робова. Власт врши на основу чврстих и утврђених писаних и неписаних закона. Наравно, ни у апсолутној држави јавна власт не подлеже никаквој друштвеној контроли нити се дели било с ким. Због тога је у Француској (нпр.) „настала опозиција против апсолутизма, која је спремила Револуцију“. ¹⁸⁸

Поред наведених, постоје и други познати аутократски облици: *олијархија* (владавина неколицине најмоћнијих), *арисјократија* (владавина мањине на основу изузетног порекла или својстава), *тимократија* (средњовековна владавина световног племства које стреми почастима и слави), *тееократија* (владавина духовног племства), *илујократија* (владавина најбогатијих), *клејјократија* (владавина лопова и корумпираних), *ијјократија* (владавина патолошке мањине која преузима контролу над „заједницом нормалних људи“, тј. владавина „апсолутно најгорих“). ¹⁸⁹

Модерни облик аутократије јесте *теејалијаризам* (од лат. *totalis*: потпун, свеобухватан, апсолутан). Према Адаму Подгорецком, постоје три типа тоталитаризма у ширем смислу. Први је *социјопсихолошки* јер се односи на ауторитарни тип личности (вође). Други је *орјанизациони* (институционални) јер постоји од савремених глобалних корпорација до душевних болница. Најзад, трећи тип је *системски* (социјетални) јер се односи на друштво као глобалну заједницу. ¹⁹⁰ У ужем смислу, тоталитаризам се односи на *теејалијарну државу*. То је осиона, неограничена и свеобухватна држава која уместо слободе нуди сигурност, уместо личне акције – акцију маса, и све то подржано милитантним схватањем демократије и развијањем борбеног духа који обликује неспорни *вођа*. У таквој држави постоји само једна званична идеологија, само једна масовна партија, тајна полиција која све држи под контролом,

187 А. Тојнби, *Истраживање историје*, I, Београд 1969, 79.

188 Е. Спекторски, 88.

189 Вид. *Политичка ѿнерологија. Научна студија о ѿприроди зла ѿрилађеној за ѿолијичке сврхе*, Београд 2011.

190 V. A. Podgorecki, „Totalitarian Law: Basic Concepts and Issues“, Podgorecki-Oligiati, 1996, 3–5; D. Vrban, *Sociologija prava*, 239.

потпуна контрола партије над масовним медијима, партијски монопол над оружаном силом и државна контрола над привредом.¹⁹¹ Њен циљ је стварање „потпуно контролисаног друштва“.

2.2. Конкретни обрасци тоталитаризма

Конкретни изданци тоталитарне државе су фашизам, националсоцијализам и стаљинизам.¹⁹² Лешек Колаковски и Доменико Сетембрини такве тоталитарне државе називају „чисто идеократским“. Оне постоје независно од свог прокламованог националног (фашизам и националсоцијализам) или интернационалног идеала (бољшевизам).¹⁹³

Фашизам (итал. *fascio* – свежањ, од лат. *fascies* – свежањ брезових грана са секиром међу њима као симболом моћи у старом Риму; симболизам ових снопова пружа присвојио је вођа италијанских фашиста, осавременивши ову реч) представља назив за националистичку странку фашиста којој је пошло за руком 1922. године да у Италији преузме власт. Бенито Мусолини, њен неспорни вођа (*Il Duce*), сковао је израз „тоталитарна држава“ чију је идеју верно изражавала фашистичка девиза: „Све за државу, ништа мимо ње и ништа насупрот њој.“ У спољној политици идеју водиљу фашиста представљао је италијански империјализам, а у унутрашњој политици остварење идеала „корпоративне државе“ засноване на склапању уставне повеље рада.¹⁹⁴ Та корпоративистичка идеја је до данас остала интересантна, али само када је лишена вођа и насиља. Данас је корпоративизам замајак глобалистичким тежњама малобројне плутократске елите.

Фашизму је сличан *националсоцијализам* у Немачкој, и то као његова много гора варијанта. Адолф Хитлер, неспорни вођа (*Führer*) странке и *SS* јединица, а касније немачке нације и државе, своје политичке погледе и идеале изложио је у књизи *Моја борба* (*Mein Kampf*) први пут објављеној 1924. године. Убрзо по освајању власти 1933. године, он је своје идеје преточио у збиљу, прво прогонећи комунисте и социјалисте, затим сву опозицију и све друге неистомишљенике, све физички или морално дегенерисане сународнике итд., истовремено извршивши беспремеран погром над

191 Т. Куљић, *Теорије о тоталитаризму*, Београд 1983, 148–163.

192 Вид. В. Димитријевић, *Сираховлада*, Београд 1997; У. Бек, *Ризично друштво*, Београд 2001.

193 Л. Колаковски, *Невоље са ђаволом*, Београд 2007, 81–84.

194 Вид. Б. Мусолини, *О корпоративној држави*, Београд 1937.

Јеврејима као отелотворењем светског паразитског капитализма и разгранате завере за стицање светске премоћи, због чега је започео и изгубио Други светски рат. Јан Кершо описао је ту појаву као „до тада неслућену државну репресију и примену силе, беспримерну манипулацију медија ради контроле и мобилизације маса, нечувен цинизам у међународним односима, фитиљ прегрејаног националсоцијализма, огромну разорну енергију идеологије расне надређености и крајње консеквенце, расизма, праћене перверзном применом модерне технологије и социјалне технике“.¹⁹⁵

Најзад, после „Фебруарске револуције“ 1917. године, царска Русија постала је грађанска република с привременом владом коју су исте године Октобарском револуцијом, а у ствари партијским превратом, срушили бољшевици са својим вођом Лењином коме се приписује изрека: „Поверење је добро, контрола је боља.“¹⁹⁶ Као једини властодршци у земљи, они су одмах завели терор, тј. диктатуру, покренули геноцид над властитим народом и увели ново државно уређење. Оно је још једном промењено 1922. године, када је уместо Русије, чије је име званично уништено, створен Савез Совјетских Социјалистичких Република (СССР). Таква држава је правно учвршћена Стаљиновим уставом из 1935. године, у коме је порекнуто скоро све што сачињава суштину једне државе: територија, становништво, организација, органи власти итд. Званична доктрина *лењинизма–стаљинизма* у СССР постали су марксизам и атеизам.¹⁹⁷ Диктаторска власт је формално припала радничкој и сељачкој класи преко изабраних совјета (одбора), а стварно комунистичкој странци и њеном новом неспорном вођи Стаљину.

Према Карлу Поперу, фашизам и националсоцијализам су у много чему били слични марксизму–лењинизму–стаљинизму, пре свега по свом тоталитарном карактеру. Једина знатнија разлика потицала је од слике људске заједнице коју су заговарали: први су заговарали елитистичку, а други егалитаристичку заједницу.

Све људске и цивилизацијске губитке, као и све ненадокнадиве губитке материјалних добара светског значаја, произведене само за време Стаљинове владавине, највероватније је превазишла само диктатура Мао Цедунга у Кини и Пола Пота у Камбоџи (Кампучији). Како примећује Анатол Франс, „никада толико људи

195 Ј. Кершо, А. Нојмајер, *Хитлер*, Београд 2004, 12.

196 Вид. М. Чубински, *Закон и стварност у совјетској Русији*, Београд 1925; К. Кауцки – Л. Троцки, *Тероризам и комунизам. Расправа о бољшевичкој револуцији*, Београд 1985.

197 Е. Спекторски, 109–110. Вид. Н. Ј. Berman, *Justice in SSSR*, Cambridge Un. Press, 1966.

није поубијано у име неке доктрине као у име начела да су сви људи по природи добри“.¹⁹⁸

Протекли XX век је „изнедрио, као ретко који други пре њега, стварну галерију ужаса сачињену од државних преступника. Подстакнути бруталним истребљивачким походима европских колонијалних сила, Лењин и Стаљин су терор и убиство, као ефикасне инструменте своје заслепљености и моћи, систематски раширили до гигантских размера. Али, макар Јосиф Стаљин и Мао Цедунг бројем својих жртава по бескрупулозности премашивали су све што се до тада догодило, како доказује прослављена ‘Црна књига комунизма’, макар да је и јато ‘тикајућих диктатора’... покушало да ‘сустигне’ те узоре – сетимо се само Пола Пота, Пиночеа, Батисте, Чаушескуа, Садама Хусеина или Ким Ил Сунга – Адолф Хитлер представља, ипак... ‘апсолутни врх у том бестијаријуму’; он је оставио најдубљи крвав траг у људском сећању, свет потомака је његовим ‘деловањем’ из основа измењен, а диктатура коју је он створио достигла је парадигматско значење, на најекстремнији начин одражавајући тотално право модерне државе на своје грађане.“¹⁹⁹

Данас тоталитарни системи не постоје у најразвијенијим земљама, али тоталитаристичка идеја ни у њима није ишчезла смрћу Мусолинија, Хитлера и Стаљина и других злочинаца. „Најбезазленији“ пример представља последњи фашистички диктатор (*каудиљо*), Франсиско Франко, који је владао Шпанијом од 1939. до 1975. године. Најновији производ тоталитаристичког схватања представља идеологија милитантног исламизма и повампиреног националсоцијализма. То дозвољава да се закључи како ауторитарни системи могу да се успоставе не само у верски нетолерантним друштвима, бившим колонијама по стицању независности или у транзиционим друштвима Источне и Средње Европе, већ и у технолошки високоразвијеним друштвима. У ствари, они могу да се успоставе било где, било када и због било чега ако се стекну повољни услови за то, као за коров у башти. Као што истиче Карл Попер, то је због тога што „историја политичке моћи није ништа друго него историја међународног злочина и масовног убиства (укључујући истина и неке покушаје њиховог обуздавања). Ова историја се учи у школама и неки од највећих криминалаца су хваљени као њени хероји“.²⁰⁰ Изгледа да „невоље у овом свету настају због тога што су лудаци и залуђеници увек сигурни у себе док су мудри људи пуни сумњи“ (Бертран Расел).

198 Л. Колаковски, 16.

199 А. Нојмајер, *Хитлер*, 212. Вид. А. Хитлер, *Мој поредак свећа*, Београд 2006.

200 К. Попер, *Ошћорено друшћиво и његови неипријатељи*, II, Београд 1993, 324–325.

Четврти одсек ОБЛИЦИ ВЛАДАВИНЕ

1. Правни положај шефа или поглавара државе

Облици владавине одређују се према правном положају (правном статусу или правној организацији) државног органа који се назива шеф државе или поглавар државе. Као и за сваки други орган у државној организацији, правни положај шефа државе или поглавара државе се одређује према његовим надлежностима, начину на који се конституише и вези с осталим органима или народом.

Поглавар државе оличава, *йредсiавља*, симболизује државу, а може и да је *засiуиа*. Када се каже да поглавар оличава, представља државу, то значи да држава бива поистовећена с њим, да је он персонификација државе. Иако је државни поглавар орган који оличава, представља или симболизује државу, он ипак није представнички орган или представничко тело народа. Он не представља народ као политичког носиоца суверенитета ни у ситуацијама када сам народ бира свог поглавара. Али, када се каже да поглавар заступа државу, тада се мисли на врсте послова које он за њу врши на основу устава, закона и других домаћих и међународних правних аката.

Поглавар пре свега ступа у односе с другим државама. Он закључује међународне уговоре, представља своју државу на међународним скуповима, учествује у преговорима с другим државама, потписује акредитиве својим дипломатским представницима и прима акредитиве страних дипломатских представника итд. Али, улога поглавара је значајна и на унутрашњем плану, унутар државне организације на чијем је челу. Он је шеф целокупне или једног дела управе (врховни командант оружаних снага, старешина свих других оружаних и цивилних органа управе итд.), може да учествује у вршењу законодавне власти (подноси законске предлоге, улаже вето итд.) или да утиче на одлуке судске власти (давањем помиловања итд.). Понекад се за надлежности у области спољних послова, које регулише међународно право, користи из-

раз поглавар државе, а за надлежности унутар државе које су регулисане само унутрашњим (пре свега, уставним) правом, израз шеф државе.²⁰¹

Понекад је државни поглавар као шеф државе у исто време *врховни*, тј. суверени државни орган. Тада једно лице, тј. орган, сједињује и врши послове државног поглавара, шефа државе и врховног државног органа, као што је био случај у апсолутним монархијама или тоталитарним режимима. Али, модерне демократије су политички и правно оспориле такво сједињавање. Очигледно, веома је важно разликовати појам државног поглавара и шефа државе од појма врховног (сувереног) државног органа.

У савременим европским парламентарним монархијама владари су само државни поглавари, тј. шефови државе (Велика Британија, Шведска, Шпанија, Норвешка итд.). То значи да државни поглавари увек оличавају државу, али је увек не заступају. Они нису ни суверени као државни органи, већ само као суверене личности. Та разлика између поглаваран и шефа државе, с једне, и највишег (сувереног) државног органа, с друге стране, још је израженија у савременим републикама у којима председника бира парламент (Аустрија, Немачка, Италија, Швајцарска итд.).

Данас је могуће јасно раздвојити послове шефа државе од послова највишег (сувереног) државног органа. Једино, у савременим демократским државама са системом поделе власти, те послове обављају два или три највиша органа главних врста државних власти. Може се закључити да је доследно изведено само раздвајање послова државног поглавара или шефа државе од послова врховног (сувереног) државног органа, али не и раздвајање послова поглавара државе од послова шефа државе када се они не стичу у истој личности или једном органу.

На основу правне организације поглавара или шефа државе, одређују се два главна облика владавине: монархија и република. Модерна монархија настала је у Енглеској, а република у САД. Најдуговечнија је монархија у Јапану, а република у Сан Марину, чији први републикански статут потиче из 1263. године. Али, ово само под условом да се изузме монашка република Света гора, која је самосталну управу стекла у IX веку, а 972. године добила (најстарији) устав (у свету), који и данас важи.

201 Р. Лукић, 135–136.

2. Монархија

2.1. Појам монархије и својства монарха

Монархија је облик владавине у коме је поглавар државе лице с изузетним привилегијама. Те привилегије више одговарају положају апсолутног монарха као врховног органа власти него положају модерног уставног и парламентарног монарха као поглавара државе. Упркос том историјском заостатку, у данашњим монархијама поменуте привилегије нису везане за монархову власт, већ за његову личност. Оне монарху прибављају својство *суверене личности*. То својство монарха уздиже над свим другим лицима и формално чини „натправним“ и „изванправним“ чиниоцем.²⁰²

То најизразитије и једино неспорно обележје монарха – да је суверена личност, означава да је он *јравно неогђоворан*. Као правно неогђоворна, а не као правно неогђавичена личност (што је обележје врховног, сувереног органа), монарх не подлеже правним прописима. Чак када такви прописи постоје, они за монарха нису правно, већ морално и политички обавезни. Монарх не подлеже судској одговорности, нити на њега може да се примени правна санкција државе. За његове политичке и друге поступке власти правно одговарају други државни органи. Али, ти органи не одговарају за монархове личне поступке (убиство, крађа, корупција итд.). За своје личне поступке само монарх може да одговара. Једино, он не може да буде правно санкционисан због тога што је суверена личност. То не значи да је монарх потпуно неогђоворан за своје поступке, јер је одговоран морално, политички, обичајно итд. Уз то, монарх је одговоран за своју имовину у коју се убрајају и приходи које на име трошкова добија од државе (цивилна листа).

Положај и власт монарха правно су одређени основним, а не обичним законима. Основним законима одређују се наслеђивање, имовински, па и породични односи монарха. На основу њих се монарху додељује јавноправни положај какав му припада као државном поглавару или шефу државе.

Следеће обележје се тиче монархове личности која је посвећена и неповредива. Сваки насртај на његов живот или част кажњава се нарочитом строгошћу, као квалификовано кривично дело.

202 Вид. Р. Лукић, 136–138; Е. Спекторски, 79–80, 111–117.

Монарху припада титула краљевског величанства „по милости Божјој“ или „по милости Божјој и вољи народној“. Друга формула је нешто демократскије срочена.

Монарх је по правилу наследан, што се такође регулише основним законима. Правило о наслеђивању не важи за монарха који започиње династију (као Наполеон I Бонапарта) или за монарха који се бира доживотно, под условом да се после његове смрти бира нов монарх (као Наполеон III). У првом случају се ради о започињању или наметању нове, своје „династије“, а у другом о мешовитом облику изборне монархије као некој врсти „крунисане републике“. Али, и када се монарх бира без права преношења власти на своје наследнике, опет се ради о монархији, јер је за монархију најважније да је поглавар државе суверена личност. Наследност подразумева да је монарх појединац (инокосан државни орган). Веома ретко и привремено дешава се да посао монарха врши колегијални орган (регентство, намесништво итд.).

2.2. Врсте монархије

Према правном положају монарха одређују се две главне врсте монархије: неограничена и ограничена, са својим врстама и подврстама.

У *неограниченој монархији* монарх је у исто време носилац врховне, тј. суверене државне власти, поред тога што је шеф државе, тј. државни поглавар. Као државни поглавар он је и суверена личност. Монарх има уставотворну и законодавну власт, али му уз њих припадају извршно-управна и судска власт, које он може да врши непосредно или преко себи потчињених и одговорних органа. Он своју власт може да врши и када не постоји писани устав или закон. У том случају, он фактички врши суверену власт без ослонца на прописе. Такав монарх се сматра феудалним владаром који управља државом као својим имањем и налази се у уговорним односима са својом властелом. Због тога он није *суверен* у правом смислу, већ *сизерен*, дакле, не врховни заповедник, већ најугледнији сениор, први међу једнаким (*primus inter pares*).

Карактеристичан облик неограничене монархије представља *ајсолујна монархија*, у којој је апсолутни монарх, ослободивши се уговорних односа, постао у правом смислу суверен. Суштина његове власти је двојачко објашњавана: као *лични* или *државни ајсолујизам*. У случају личног апсолутизма, монархова власт

је схватана као приватноправна повластица. Карактеристичан је пример личног апсолутизма Луја XIV, који је према Монтескјеу „читава земљу свео на своју престоницу, престоницу на свој двор, а двор на своју личност“.²⁰³ У случају државног апсолутизма, монарх није апсолутан, већ је то држава чији је он владар. Власт монарха је „више дужност него право, више терет него част, више позив него доколица, више служба него повластица“ (Жан Морне). У таквој држави је монарх први слуга државе. Апсолутистичке монархије и данас постоје у неким државама (Ватикан, Оман, Катар, Саудијска Арабија итд.).

У *ограниченој монархији* монархова власт је ограничена уставом, неким представничким органом или парламентом као представничким органом. У првом случају, реч је о уставној, у другом о сталешкој и дуалистичкој, а у трећем о парламентарној монархији.

У *сйавна* (ограничена) *монархија* значи да је монарх изгубио уставотворну власт. Устав доноси неко други, макар уз монархово учешће. Због тога је монарх дужан да се држи устава. У противном, његови акти су неважећи, тј. неуставни, иако он као суверена личност због тога правно не одговара.

У *сйалешкој* (ограниченој, непарламентарној) *монархији*, карактеристичној за прелаз из зрелог у позно раздобље феудализма, монархова власт је ограничена сталешком скупштином без које он не може да управља, а нарочито да попуњава државну благајну.

У *дуалистичкој монархији*, која се појавила касније, постоји парламент, али још нема парламентаризма. Краљ поставља министре без обзира на расположење већине у парламенту. Само он заповеда војсци која не полаже заклетву на верност уставу, већ њему лично. И само је он надлежан да одбаци закон који је парламент изгласао. Такав краљ влада и управља.

У *ипарламентарној монархији*, насталој у Енглеској, краљева власт је много више ограничена. Захваљујући парламентаризму, „краљ влада, али не управља“. Он не одговара за оно што чини, „чиме се оправдава његова самовоља, чак и ћуд“. Али, краљ „не може да чини зло“, будући да у краљеву надлежност спадају само „апсолутно добри акти“. Најзад, када краљ дела, важи начело: „Краљ не може да дела сам“. Због тога у парламентарној монархији суверену власт врши парламент самостално или заједно с монархом, који и даље има право апсолутног вета, али га не користи. Такође, монарх у парламентарној монархији остаје

203 Нав. према: Е. Спекторски, 112.

шеф управе, али ту власт у његово име врше министри које поставља монарх а разрешава парламент. Министри имају право премапотписа без кога ниједан монархов акт није пуноважан, док први министар (премијер) не ограничава парламентарног монарха само у државним пословима већ се понекад уплиће и у његов приватни живот.

У савременој парламентарној монархији власт парламентарног монарха формално је незнатна. Ипак, монарх и даље има стварно велику улогу у државним пословима. До тога не долази због његове власти, већ због његовог утицаја који проистиче из сачуваног ауторитета и вештине да својом личном интервенцијом помогне у решавању политичких заплета. На тој основи је, почевши од Шарла Монтескјеа или Лоренца фон Штајна, настала теорија о усмеравајућој власти монарха, који својим утицајем ублажава борбу друштвених маса.

3. Република

3.1. Појам републике и својства председника

Република је облик владавине у коме поглавар државе није лице с изузетним привилегијама које га уздижу над свим другим лицима. Председник републике није суверена личност. Он је *јравно одговоран*, тј. подлеже правним прописима, иако не као обични грађани. Председник, а не други уместо њега, одговара за своје политичке и друге поступке власти, као и за своје личне поступке. Само, поступци у којима се утврђује његова одговорност, одређује и примењује правна санкција државе, могу имати неке особености које одступају од коришћења редовних поступака по којима одговарају сви други. Поред правне одговорности, председник одговара морално, политички, обичајно итд., исто као монарх.

Положај и власт председника републике одређени су основним и обичним законима. Они председнику додељују јавноправни положај какав му припада као државном поглавару, тј. шефу државе. Обим власти председника републике зависи и од тога да ли је у држави уведена подела власти (САД), парламентаризам (Француска) или скупштински систем (Швајцарска). У првом случају, председникова власт личи на краљевску у дуалистичкој монархији. У другом, председник дели извршну власт с владом те

његова власт личи на власт парламентарног монарха. У трећем, његова власт личи на власт савремених европских монарха – толико је то формалноправно мала власт.

Председник републике је обично инокосан државни орган, појединац, а ретко или привремено колегијални орган (нпр., председништво, президијум). Такође, председник је изабран, а не наследан. У случају да је председник изабран доживотно (нпр., СФРЈ) или да је наследан (УАЕ, Северна Кореја), реч је о *мешовитом облику републике* као некој врсти „некрунисане монархије“.

У изборним републикама председник се обично бира на четири године (САД), а изузетно на седам, шест или пет година (Француска, Русија), или чак само на годину дана (Швајцарска). Многе републике су озакониле амерички обичај, касније преточен у 22. амандман Устава САД из 1947. године, да се исто лице бира највише два пута узастопце. Од тог правила постоје изузеци, као што је случај са Швајцарском, у којој је то изричито забрањено.

Постоје два начина бирања председника републике. Према америчком, председника бира народ општим гласањем. Због тога се председник сматра представником целог народа. За њега може да се каже, парафразирајући познату узречицу Луја XIV: „Народ, то сам ја.“ Према француском, који је уведен у праксу Уставом Треће републике из 1875. године, председника бирају заједно горњи и доњи дом, који се због тога стапају у једну „националну скупштину“. Али, изабрани председник не улази у парламент, већ му се обраћа својим посланицама. У томе се види јемство да он неће вршити притисак на парламент. Тако изабран председник стварно зависи од парламента, иако устав начелно потврђује његову самосталност.

У савременим уставима предвиђена је могућност оставке или опозива председника, чиме престаје његова функција пре истека председничког мандата. То је разлика у односу на монарха, који може да абдицира, али као суверена (правно неодговорна) личност не може да буде опозван, већ само свргнут. У случају оставке, председник пре истека мандата добровољно одступа од вршења своје дужности. У случају опозива, председнику престаје функција пре истека мандата када бирачи референдумом или оба дома парламента уместо бирача изразе неповерење председнику. Ако се то не догоди, сматра се да је председник поново изабран.

3.2. Врсте републике

Према правном положају председника одређују се две главне врсте републике: неограничена и ограничена, са својим врстама и подврстама.

У *неограниченој републици* председник је истовремено суверен државни орган. Дакле, он није суверена личност, али јесте суверен државни орган. У *ограниченој републици* председник је ограничен уставом, нема законодавну нити судску власт, мада може имати неке надлежности у вези с њима, а уставом одређену извршно-управну власт врши сам или је дели с владом.

Ограничене републике се, даље, деле на *републике с кабинетском владом* (Немачка, Италија итд.) и *председничке републике* (САД, Француска, Русија итд.).²⁰⁴ У републикама с кабинетском владом, председника по правилу бира парламент, а у председничким републикама народ. Уз то, постоје и мешовити облици у којима бирачи непосредно, одвојено или заједно, бирају председника и премијера (гласајући на парламентарним изборима).

Републике се могу поделити и на оне у којима функцију председника обавља једно лице као инокосан орган, и на оне у којима ту функцију обавља више лица као колегијалан орган.²⁰⁵

4. Поређење монархије и републике

Када се монархија и република упореде, није тешко запазити да оне могу да имају нека заједничка обележја (исти број лица која врше функцију монарха и председника, институцију изборног монарха и наследног председника итд.). Али, ту је најчешће реч само о неком обележју које је из монархије пренето у републику или из републике у монархију.

Монархија и република, такође, не представљају старији и млађи облик владавине, јер би тада могло да се закључи како млађи облик смењује старији. Напротив, република и монархија су подједнако старе, јер се упоредо јављају кроз читаву људску историју. Постоје примери да је једна држава од самог почетка монархија или република, као што постоје примери да је монархија претворена у републику или република у монархију.

204 Х. Келзен, 364–365.

205 Ф. Тарановски, 460–461.

Извесно време се сматрало да монархија одговара великим, а република малим државама градског типа, али је такво мишљење оповргла историјска пракса XIX века у коме су и велике државе организоване као републике.

У XVIII веку, уочи Француске револуције, сматрало се да монархија никада неће моћи да се сложи с модерном демократијом, чији се долазак предосећао. Али, модерна демократија није уништила монархију, већ је само довела до њеног претварања из апсолутне у парламентарну. Том приликом се показало да су нове државе без политичких и других традиција погодније за учвршћење републике него монархије. Није случајно што је модерна република настала крајем XVIII века у САД, одакле је прешла прво у Француску, а из Француске у друге европске земље.

Поред више релативних, постоје и две апсолутне разлике између монархије и републике. Прво, монарх је увек *суверена личност*, док председник увек то није, и друго, монархистичко начело је *наднационално*, док то није случај с републиканским начелом: странац на месту председника републике је незамислив, али не и монарх.

Може се запазити како монархија и република нису бољи или лошији облици владавине, јер оба облика имају своје добре и лоше стране.

У корист монархије обично се наводи да се монархов ауторитет заснива не само на личном поверењу које он улива народу већ и на осећањима поштовања које народ негује према његовој династији. Једино је монарх способан да буде неутралан и објективан чинилац који заступа опште интересе, да арбитрира и да их брани када су они угрожени, док у републици страначке борбе доводе до тираније већине јер се целокупна државна организација ставља у службу најјаче странке на власти.

У корист републике се обично наводи да су сви људи рођени једнаки и да то треба да остану. Човек може да буде краљ једино самом себи. Због тога у друштву треба да влада општа уместо личне воље, до које се долази слободном расправом у којој су сва мишљења равноправна. Боље је да се људи покоравају једном апстрактном правилу, што је више у складу с људским достојанством и потребом да се подстакне успавана енергија људи.

У савременим монархијама „монарси владају, али не управљају. Због тога власт све више прелази са неодговорног монарха на одговорне министре. Изгледа да је савремени монарх без праве функције, чиме се оспорава целисходност монархије“.²⁰⁶

206 С. Јовановић, 381–385.

Други одељак ПОЈАМ ПРАВА

I глава ОДРЕЂИВАЊЕ ПОЈМА ПРАВА

1. Језичка и садржинска одређења права

Право представља изузетно сложену појаву коју је веома тешко тачно одредити. То потврђују изрази који се користе за његово означавање: грчки *dike* (у смислу праведности и права уопште) и латински *directum* (у смислу представе о простору: „равно“ или начина деловања: „исправно“) и *ius* (од санскритске речи *yoh*, у смислу права уопште, правичности или правде, силе и власти које проистичу из права, али и у смислу права римских грађана или грађанског права, као *ius civile*). Поред ова два главна, за означавање права у ужем и прецизнијем значењу позитивног правног извора користе се изрази *nomos* (у смислу закона, уредбе, одредбе, обичаја) и *lex* (у смислу закона, законског предлога, законске одредбе, прописа, правила), али и *mores* и *consuetudo* (у смислу обичајности права).

Данас се као основни изрази за означавање права користе: *diritto* у италијанском, *droit* у француском, *derecho* у шпанском, *dret* у каталонском, *drech* у румунском, *Rechts* у немачком, *Law* у енглеском итд. – сви као преводи односних грчких и латинских речи. Као основни израз користи се и реч *йраво* (у руском, српском, бугарском, пољском, чешком итд.), која је балтословенског, односно прасловенског порекла, етимолошки изведена из речи *йрав* (у смислу управљен напред, правац, као код латинске речи *directum*, из које потичу речи *йравци* и *кривци*). Прасловенски

придев *йрав* у поимениченом женском роду претворио се у *йраво*, у смислу *dike* и *ius*.²⁰⁷

Различити називи за право и њихова употреба јасно показују да се иза изведених језичких проблема налази суштински проблем сазнавања, одређивања и дефинисања права. Тај проблем проистиче из двоструког карактера права као идеалне (надискуствене, тј. испуњене вредностима) и реалне (искуствене друштвене, политичке, економске, логичке, језичке итд.) појаве. Он је данак традицији по којој се право у смислу *ius* никада не посматра само реално, већ и са гледишта вредности као друштвених идеала (нпр., правде), када се правна наука, теорија и филозофија додирују с политичком и моралном филозофијом.

Право може да се посматра и као нормативна појава, тј. чисто позитивноправно, јер норме садрже „друштвено признате захтеве и очекивања“ који се налазе у правним актима и другим правним текстовима, од којих су данас најважнији закони (*lex*). У том позитивноправном смислу, правно истраживање се састоји у „рашчлањавању права и његовој језичкој и текстуалној, тј. језичко-логичкој анализи“, при чему сама анализа може да се одвија у правцу „истраживања текста као ауторитативне поруке чији се смисао открива у самом тексту (егзегеза)“ или да се социолошки сагледава у „ширем друштвеном окружењу (контексту)“.²⁰⁸

За право су подједнако важне чињенице које се односе на правне субјекте и правна добра (као претпоставке правних односа) и правна овлашћења и обавезе (као састојци правних односа). Захваљујући правним чињеницама, проблематика правних односа се приближава областима правног расуђивања, узрочности (каузалитета), правној техници итд. То дозвољава да се запази како је право у исто време знање и техника, али и поглед на свет и решење конкретног случаја у смислу умећа доброг и правичног (*ius est ars boni et aequi*).²⁰⁹ И док се вредностима бави правна аксиологија као посебна грана правне филозофије, а анализом нормативних садржаја правна догматика као посебна правна теорија, друштвеним контекстом и делотворношћу нормативних творевина бави се правна социологија. Због тога се, не сасвим исправно, каже како право има три главна значења: *йприроднойравно*, *йозийивнойравно* и *социолошко-йравно*.

207 М. Вујаклија, *Лексикон сйраних речи и израза*, Београд 1971, 383–385, 509, 624; Ж. Бујуклић, „Вишезначност термина *ius* и *lex* и њихов међусобни однос“, *Анали Правној факултетеа у Београду*, 2/2013, 21–43.

208 D. Vrbanić, *Sociologija prava*, 7.

209 Вид. Ј. Биндер, *Прилози учењу о йојму йрава*, Београд 2008.

Разматрање ове три велике димензије права, које чине основ институционалног правног знања и правног искуства, није омогућило да се правна појава сагледа до краја, већ само у најважнијем. Не треба зато да чуди што су на питање шта је право давани различити одговори, што су формирани различити правци са великим бројем учења и дефиниција права. Једино, ма како био вредан, ниједан није успео да пружи коначан одговор на врхунско питање шта је право. А као што је познато: „Заблуда о праву ницом не користи“ (*Error iuris nulli prodest*).

Поменуте тешкоће с одређивањем појма права својевремено су навеле Имануела Канта да примети како правници још траже дефиницију за свој појам права, а касније и Ђорђа Дел Векија да закључи како свако приближно зна шта је право, али да прецизна дефиниција права изазива знатне потешкоће.²¹⁰ Исте тешкоће навеле су неке савремене писце да устврде како проблем дефинисања права уопште не треба да постоји у правној теорији (Алф Рос), односно да треба одустати од потраге за дефиницијом права која, као ни Сизифов посао, никад неће бити окончана (Херберт Харт). Али, ако право не може да се одреди и објасни како се жели, још не значи да оно уопште не може да се одреди и да не могу да се пруже све боље дефиниције права које ће све више наликовати његовој идеалној, потпуној и коначној дефиницији. Такав напор је сасвим сврсисходан јер право утиче на појединце и друштво. Оно омогућава да се сви субјекти понашају регуларније него што би то иначе чинили када би се понашали самовољно. На тај начин право у људске односе уноси толико неопходну предвидљивост и извесност.

2. Схватања права у правној теорији и доктрини

Правна наука је дала вредне резултате одговарајући не само на питање шта је држава, већ и на питање шта је право. Захваљујући том свом постојаном интересовању, она је створила бројне и разноврсне правне теорије, школе и правце са својим истакнутим представницима чија су учења груписана у идеалистичке и реалистичке теорије о праву.

210 G. del Vecchio, *Philosophie du droit*, Paris 1953, 431; И. Кант, *Критишка чистѣа ума*, Београд 1958, 585.

2.1. Идеалистичке теорије и учења о праву

Идеалистичке теорије о праву веома су старе, као и идеалистичке теорије о држави. Изузму ли се утопистичке правне теорије које допуњавају утопистичке теорије државе, идеалистичке теорије могу да се разврстају на природноправне, априористичко-феноменолошке и егзистенцијалистичке, формалне и културалистичке, зависно од тога да ли право објашњавају искључиво или претежно као идејну појаву.

Природнојравне теорије у праву виде једно „више“, „истинско“ право које служи постизању општег добра и праведности у политичкој заједници, као и у етичкој изградњи и усавршавању човека. Свима је заједничко уверење да право представља један двојни (дуалистички) нормативни систем састављен из система природног права и система позитивног права. Природно право не стварају људи својом вољом, већ је оно објективно дато и утемељено у људској природи. Оно је вечно, јер важи за сва времена, и универзално, јер важи за све народе или за све припаднике једног народа, будући да се састоји из савршених и апсолутно праведних правила. Оно је надређено систему позитивног права, које је пролазно и партикуларно, јер се не састоји из савршених и апсолутно праведних правила.²¹¹

Природноправна мисао постоји и развија се од античких почетака до данас. Античке природноправне теорије настале су у древној Грчкој, колевци европске цивилизације, а у измењеном облику постоје и данас. Обухватају период од митских предања старих Грка до Јустинијановог *Corpus iuris civilis*. За средњи век је карактеристично црквено природноправно учење. Најистакнутије место припада св. Августину, који је теологизовао државу и право, и св. Томи Аквинском, који је „аристотелизовао“ државу и право и покушао да одговори на питање да ли су држава и право створени само зарад злих и опаких.²¹² Упоредо са римокатоличком природноправном теоријом, од XVI века на тлу Западне

211 N. Visković, 91–96.

212 Вид. М. Ђурић, *Идеја природној права код грчких софиста*, Београд 1959; Аристотел, *Метафизика*, Београд 1960; Р. Лукић, *Историја политичких и правних теорија*, I: *Од антике до почетка XVII века*, Београд 1973; Д. Срејовић, А. Цермановић, *Речник грчке и римске митологије*, Београд 1979; Т. Aquitanus, *Summa theologiae*, Zagreb 1980; *Država*, Zagreb 1990; Платон, *Закони*, Београд 1990; Љ. Тадић, *Филозофија права*, Београд 1994; *Јустинијанова Дигестија*, Београд 1997.

Европе развија се протестантска природноправна теорија (нпр., Мартин Лутер, Жан Калвин). У позном средњем веку долази до преокрета захваљујући рационалистичким природноправним теоријама либералне или конзервативне усмерености. Оне извором природног права сматрају људски разум, истичу да сви људи располажу урођеним и неотуђивим природним правима и заговарају право народа на отказивање послушности неправедним законима и властима (нпр., Хуго Гроцијус, Барух де Спиноза, Самуел Пуфендорф, Кристијан Томазије, Кристијан Волф). Посебну варијанту представљају уговорне природноправне теорије (Томас Хобс, Џон Лок, Жан-Жак Русо). Али, само је Хобс из друштвеног уговора развио теорију државног апсолутизма по којој се закони заснивају на моћи и ауторитету државне власти, док су Џон Лок и Жан-Жак Русо развили модерне демократске теорије о ограничавању државне власти, укључујући у њих и легитимно право народа на побуну. Поменута учења убрзо су потиснули представници немачког идеализма својим новим учењима о друштвеном уговору и нацији као историјски утемељеној заједници (Имануел Кант, Јохан Готлиб Фихте).²¹³ Затим долази до препорода природног права. Први га је у XX веку, 1910. године, најавио Француз Жозеф Шармон. Од тада па надаље, важну заједничку одлику савремених природноправних теорија представља наглашавање односа форме и садржине, с једне, и суштине и циља права, с друге стране. У њима се јасно разликује природноправно учење као идеологија од природноправног учења као опште теорије права. Такође, наглашена је нужна веза ауторитета, слободе, права на отпор, дужности на послушност итд., са моралом. То је чињено или поновним тумачењем старијих природноправних учења (нпр., Рудолф Штамлер, Ернст Блох, Мишел Вилеј)²¹⁴ или, ређе, стварањем мање-више оригиналних природноправних учења (Роберт Нозик, Џон Ролс, Отфрид Хефе итд.).²¹⁵

Најизразитији представници тог новог природноправног мишљења јесу Густав Радбрух с теоријом права као оличењем идеје правде у којој главне теме чине „појам права“ и „идеја праведности“, и теоријом „законског неправда и надзаконског права“;

213 Љ. Тадић, 68–69; Т. Хобс, *Левитајџан*, 151–152; И. Кант, *Метафизика ћудогеђа*, 32, 119.

214 Вид. М. Villey, *Philosophie du droit*, Paris 2001; *Pravo i prava љовјека*, Zagreb 2002; Џ. Финис, *Аквински – морална, политичка и правна теорија*, Београд 2004.

215 Вид. Џ. Ролс, *Теорија правде*, Београд – Подгорица 1998.

јер право представља стварност која треба да служи идеји права као вредности; Роналд Дворкин с теоријом судског одлучивања у којој се правда одређује као начело за расподелу „добра, могућности и средстава“, поштење као ствар „структуре која распоређује утицај на доношење политичких одлука на прави начин“, а правичност као ствар „процедуре спровођења правила тог система“, уз идеју о „самопречишћавању“ права, фикцију о „судији Херкулесу“ и можда најважнију идеју да позитивно право садржи не само правна правила (*legal rules*) већ и правне принципе (*legal principles*) који се одређују помоћу правних начела (*legal policies*); Џон Финис с теоријом супстантивног природног права заснованог на „захтеву практичне разборитости“ (*reasonableness*); и Лон Фулер с процедуралном природноправном теоријом о „унутрашњој моралности права“, која право једино чини могућим.²¹⁶

Апориористичко-феноменолошке и еџистенцијалистичке њравне њеорије пажњу усмеравају на суштину ствари као нешто очигледно у „феномену права“ и теже да „интелектуалном интуицијом“ продру до ње (нпр., Едмунд Хусерл, Герхард Хусерл), или, пак, у праву виде оруђе у функцији пуког „спасавања“ (нпр., Карл Јасперс, Морис Мерло-Понти, Мартин Хајдегер).

Проблемима појмовне обраде и примене права баве се и различите *формалне њеорије њрава*: топика, нова реторика и правна логика са својим бројним варијантама (теорија аргументације, деонтичка логика, херменеутика или етика дискурса) и најистакнутијим представницима (од Теодора Фивега и Хаима Перелмана до Александра Печеника и Роберта Алексија).²¹⁷

Културалистичке њравне њеорије право истражују као вредност правде и одређују га као прворазредну културну појаву. Заједничко им је да правну науку настоје да ослободе формализма, због чега користе „поједињавајуће-разумевајући метод“ приликом проучавања права као културне појаве. Најпознатија је *еџолошка њравна њеорија* Карлоса Косија.²¹⁸

216 Вид. Г. Радбрух, *Филозофија њрава*, Београд 1980 (1999); Р. Дворкин, „Право изван права“, *Правни живои*, Београд 12/1998; *Сушћина индивидуалних њрава*, Београд – Подгорица 2001; Л. Фулер, *Моралности њрава*, Београд 2001 (2011.); Џ. Финис, *Природно њраво*, Београд – Подгорица 2005.

217 Вид. Т. Фивег, *Топика и јурисџругенција*, Београд 1982; Х. Перелман, *Право, морал и филозофија*, Београд 1983.

218 Вид. С. Cossio, *La teoria egologica del Derecho*, 1954; J. Vilanova, *Introduction del Derecho*, 1994.

2.2. Реалистичке теорије и учења о праву

Реалистичке теорије о праву старе су барем као и идеалистичке теорије. Оне могу да се разврстају на позитивистичке, социолошке, интегралне и мултидисциплинарне.

Позитивистичке правне теорије одбацују идеју природног права. Нема другог права осим вредносно неутралног позитивног права какво постоји у стварности. Иако су сви позитивисти сагласни у томе да не постоји природно право, они међу собом нису сагласни приликом одређивања садржине позитивног права. Тако су настале различите варијанте позитивистичких теорија.

Најстарије су догматичке правне теорије. Према њима, правници не треба да испитују да ли су норме добре или рђаве, нити какав је њихов циљ, већ само треба да их верно тумаче и тачно примењују. Треба поменути француску школу егзегезе, тј. тумачења права (нпр., Жан Демоломб, Жан Жозеф Биње), немачку школу појмовне јуриспруденције или конструкционе јуриспруденције (Кристијан Волф) и историјску (новију) правну школу (нпр., Фридрих Карл фон Савињи, Густав Хуго, Георг Фридрих Пухта, Клеменс Брентано), нормативистичку, тј. „чисту правну теорију“ (Ханс Келзен),²¹⁹ а затим аналитичке правне теорије, које су претежно англосаксонског порекла: енглеска и америчка аналитичка јуриспруденција (нпр., Џереми Бентам, Џон Остин, Џон Стјуарт Мил, Херберт Харт, Џозеф Раз) и амерички и скандинавски правни реализам (нпр., Оливер Вендел Холмс, Роско Паунд, Карл Левелин, Џером Франк, Аксел Хегерстрем, Вилхелм Лундстет, Алф Рос).²²⁰

Социолошке правне теорије право одређују као друштвену појаву, а његову суштину тумаче деловањем друштвених чинилаца. Ту идеју потврђује изрека римских правника: „Где је друштво, тамо је и право“ (*Ubi societas, ibi ius*). Треба издвојити органско-биолошке теорије (Ото Гирке), циљну јуриспруденцију (Рудолф фон Јеринг), школу интересне јуриспруденције (нпр., Филип фон Хек, Макс фон Римелин),²²¹ вреднујућу јуриспруденцију

219 Х. Келзен, *Ошћита теорија права и државе*, 11, 13–14. Вид. К. фон Савињи, *Законодавство и правна наука*, Београд – Подгорица 1998.

220 Вид. Х. Харт, *Појам права*, Београд 2013; А. Ј. Себок: *Postivism in American Jurisprudence*, Cambridge Un. Press, 1998; *Америчка јуриспруденција XX века*, зборник радова, Сремски Карловци 2006.

221 О. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, 97; Р. Јеринг, *Циљ у праву*, 78–79. Вид. Р. Јеринг, *Борба за право*, Београд 1874 (1998); Ph. von Heck, *Gesetzeslegung und Interessenjurisprudenz*, 1914.

(нпр., Хајнрих Штол, Рудолф Милер-Ерцбах),²²² школу слободног стварања права (нпр., Еуген Ерлих, Херман Канторовиц),²²³ солидаристичку правну теорију (Леон Диги), социолошко-психолошку правну теорију (Лав Петражицки), социолошко-плуралистичку правну теорију (нпр., Жорж Гурвич, Роберт Лаун), француски правни модернизам (нпр., Едгар Морен, Франсоа Жени), социјално-антрополошки правни плурализам (нпр., Вилијам Еван, Е. Адамсон Хобел, Макс Глукман, Пол Боунан, Жак Вандерлинден, Жан Карбоније, Норбер Рулан), америчку социолошку јуриспруденцију (нпр., Роско Паунд, Џон Дјуи), историцистичку социолошку правну теорију (Макс Вебер), марксистичку теорију права (нпр., Карл Маркс, Фридрих Енгелс, Владимир Иљич Лењин, Пјотр Иљич Стучка, Михаил Рејснер, Евгеније Брониславович Пашуканис, Карл Ренер, Умберто Черони, Ернст Блох, Антонио Грамши) или Покрет критика права (Мишел Вилеј, Шарл Ајзенман, Пол Амселек, Никос Пуланцас итд.).²²⁴

Интегралне (или интегралистичке) *правне теорије* настоје да превазиђу искључивости редукционизма у правној науци и одреде интегрални појам права у коме најважније место припада нормативној, социолошкој и аксиолошкој страни права. Најпознатија је интегрална „тродимензионална“ теорија Вилхелма Зауера. Познате су модерне тродимензионалне интегралне теорије Николе Висковића и Гордане Вукадиновић, као и интегративна теорија Стевана Врачара.²²⁵

Најновије *мултидисциплинарне правне теорије* имају циљ да прошире интересовање правне науке на само наизглед раз-

222 Г. Вукадиновић, 166–169.

223 Вид. R. Laun, *Autonomia del diritto*, II, Padova 1931; E. Ehrlich, *Fundamental Principles of Sociology of Law*, Cambridge Un. Press, 1936; H. Kantorowicz, *The Definition of Law*, Cambridge Un. Press, 1958; *Борба за правну науку*, Београд 2006.

224 Вид. J. Dewey, *The Public and Its Problems*, New York 1927; Л. Диги, *Преображају јавној права*, Београд 1929 (1998); G. Gurvich, *L'idée du droit social*, Paris 1932; Е. Б. Пашуканис, *Општа теорија права и марксизам*, Сарајево 1958; М. Вебер, *Приврега и друштво*, I-II, Београд 1976; F. Džinić, *Sovjetske teorije prava*, Zagreb 1984; К. Ренер, *Социјална функција правних инстинкција (Прилој критички трађанској друштва)*, Београд 1997; Л. Петражицки, *Социологија права*, Београд – Подгорица 1997; *Теорија права и морала*, Београд – Подгорица – Сремски Карловци 1999; Р. Паунд, *Увод у филозофију права*, Београд – Подгорица 1996; *Јуриспруденција*, I-III, Београд – Подгорица 2000.

225 Г. Фасо, 658–659. Вид. С. Врачар, *Социјална садржина функције државнојавној поретка*; N. Visković, *Pojam prava*, Split 1980.

личите теме које су све доскоро биле на ободу правног интересовања или уопште нису разматране у правној науци.²²⁶ Карактеристичне су *Крићика њравних студија* (*Critical Legal Studies*: Роберто Магабеира Унгер, Кетрин Макинон, Жак Дерида и други), феминистичке студије са својом феминистичком јуриспруденцијом (нпр., Френсис Елизабет Олсен, Керол Гилиген, Тоув Станг Дал), Нова чикашка школа економске анализе права (*Law and Economics Analysis*: Роналд Коуз, Гвидо Калабрези, Ричард Поснер и други), конституционалистичке правне теорије (нпр., Роберт Алекси, Карлос Сантјаго Нино), мултикултуралистичке правне теорије (нпр., Чарлс Тејлор, Вил Кимлика, Кристина Корзгард, Јан Браунли, Кристијан Томушат, Џозеф Раз), комунитаристичке правне теорије (нпр., Мајкл Волзер, Аластер Мекинтајер, Мајк Сендел, Амитај Етициони), системске теорије права (Никлас Луман, Алфред Гјерер), политичко-кибернетичке правне теорије (Карл Дојч), биоетичке правне теорије (Франческо д'Агостино) или Покрет права и књижевности (*Law and literature movement*).²²⁷

226 Вид. G. Vukadinović – D. Mitrović, „Contemporary Multidisciplinary Legal Theories and the World State“, Paper to the 24th IVR World Congress: *Global Harmony and Rule of Law*, Beijing 2009.

227 Вид. M. Sandel, *Liberalism and Limits of Justice*, Cambridge Un. Press, 1982; N. Luhmann, *Soziale Systeme, Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main 1984; A. Geirer, *Die Physik das Leben und Seele*, Munich – Zurich 1985; I. Brownlie, *Rights of Peoples in International Law*, Oxford Un. Press, 1988; C. Mackenzie, *Toward a Feminist Theory of the State*, Harvard Un. Press, 1989; C. Tomuschat, *Self-Determination in a Post-Colonial World*, Dordrecht 1993; R. Coase, *Essays on Economics and Economists*, 1994; J. Christman, „Feminism, Autonomy and Self-Transformation“, *Etics*, 99/1995; *Feminism and Autonomy*, 1995; Ch. M. Korsgaard, *The Sources of Normativity*, New York 1996; M. Friedman, *Feminism, Autonomy and Emotion: Essay on the Work of Virginia Held*, 1998; P. J. Heald, *Guide to Law and Literature for Teachers, Students and Researchers*, 1998; E. V. Gemmette, *Law in Literature: An Annotated Bibliography of Law Related Works*, 1998; V. M. Feeman, A. Lewis, *Law and Literature*, Oxford Un. Press, 1999; M. Fricker and J. Hornsby, „Feminism in Ethics: Conceptions of Autonomy“, *The Cambridge Companion to Feminism in Philosophy*, Cambridge Un. Press, 2000; V. D. Schwanitz, *Teorija sistema i književnost; nova paradigma*, Zagreb 2000; A. Мекинтајер, *Крићика исјорупе ећике*, Београд 2000; Ч. Тејлор, *Призивање ѡраћанској друшћива*, Београд 2000; A. Etzioni, *The Third Way to a Good Society*, London 2000; M. Волзер, *Погручје ѡравге*, Београд 2000; *Морал и ѡрљае руке*, Београд 2010; R. Posner, *Law and Literature*, 1998; *The Problematics of Moral and Legal Theory*, Harvard Un. Press, 2002; В. Кимлика, *Мућикулћурално ѡраћансћиво. Либерална теорија мањинских ѡрава*, Нови Сад 2002; Џ. Раз, *Ећика у јавном домену*, Подгорица 2005.

3. Како право може да се сазна, одреди и дефинише

Расправе које се у правној науци воде поводом одређивања појма права имају за циљ да одговоре на питање како право може да се сазна, одреди и дефинише.²²⁸ Оне су потребне, али и неизбежне, јер је човеку својствено да може да поставља питања на која никада не може коначно да одговори.

Да на питање шта је право никад не буде коначно одговорено утиче пре свега људска несавршеност, која чини да *појмино сазнање и коначно дефинисање права остану изван људских могућности*. Постоји право и постоје тврдње о томе шта је право. Та несразмера јасно показује да се право никада не подудара са својим појмом и дефиницијом. Као када су св. Августина питали шта је време, на шта је он одговорио: „Када не питате: знам; када питате: не знам!“²²⁹ тако је и с правом.

Појам права се никада не подудара ни са својом дефиницијом. Дефиниције су увек сиромашније од појма и појаве. Када се одређује појам права, креће се од појаве, а када се дефинише право, од његовог појма. И никада се не дешава да се ове две ствари сасвим подударе. Главни узрок је несавршеност појмова и језика.²³⁰ Очигледно, стварне људске могућности за сазнавање, одређивање и дефинисање права ограничене су, а границе непоуздане.

Неуспех да се право у целости сазна и потпуно одреди указује на још неколико важних ствари о ограниченим људским могућностима и непоузданим границама за сазнавање, одређивање и дефинисање права.

Пре свега, *појам права је релативан, због чега су све дефиниције права релативне.* Појам права је релативан и променљив, јер је наше знање о праву увек недовољно и непоуздано. И све дефиниције права су релативне и променљиве јер се користе недовољним и непоузданим појмовима, који зависе од тога шта се сматра одлучујућим у правној појави, а она има велики број обележја која је стално преображавају. Али, то још не значи да право уопште не може да се одреди и да не могу да се пруже све боље дефиниције

228 Ц. Раз, 213–228.

229 А. Августин, *Исјавесџи*, I, 8, Београд 2009.

230 Л. Витгенштајн, *Филозофска исјраживања*, Београд 1980, 39 и даље. Вид. Л. Витгенштајн, *Предавања и разјовори о есијџици, исјолоџици и релијозном веровању*, Београд 2008.

права које ће све више наликовати на његову замишљену идеалну, потпуну и коначну дефиницију. Због тога се каже да су *појам* и *дефиниције* *права* увек субјективни. Они су наше мисаоно пројектовање оног што сматрамо правом. То пројектовање се сучељава са неизбежним – увек је субјективно.

Појам и *дефиниције* *права* никада нису сасвим истинити. Они су само мање-више уверљиви и проверљиви. Када се за нешто тврди да је истинито, само се каже како се за то нешто претпоставља да је истинито. Ипак, људима је прихватљивије да се користе претпостављеном личном истинитошћу него оповргљивим степенима објективизоване истинитости.²³¹ Због тога основно истраживачево руководно начело треба да буде *погодности* за рад, а не истинитост добијених исказа. То је нужно јер је човек тако „срећно удешен да нема никаквог тачног мерила истинитости“, али због тога има „више изврских мерила нетачности“.²³²

Појам и *дефиниције* *права* су *погодни* за рад када су *исправни* и *солидни*. Немогућност да се појам права до краја истинито одреди и дефинише не укида могућност да се право *исправно* одреди и дефинише. Исправност је правилно поступање. Нешто је исправно урађено због тога што је изведено на правилан, систематски и стручњачки начин, а не због тога што је истинито. Уз то, оно што је исправно самим тим је погодно за рад (случај тзв. „примењивачке исправности“). Ту се, дакле, истинитост појављује само као могући циљ или пожељан резултат. И то је то „истинито“ виђење ствари. Оно важи и за право, које је „солидно“ када је исправно.²³³

Увек када су солидни, *појам* и *дефиниције* *права* су *корисни*. Корисност потиче из нужде, мајке најважнијих тековина цивилизације. Тако је и с правом. И оно постоји због тога што је корисно. Некорисно право не постоји јер никоме не треба. Због тога, уместо ка истинитости, треба тежити ка корисности поткрепљеној исправношћу и погодношћу за рад.²³⁴ У правној науци је користан онај појам и погодна она дефиниција права која омогућава стицање нових сазнања о праву. Највећа корисност постиже се најстрожим испитивањем права или истим таквим испитивањем замисли о томе шта је право. Сагласно с тим, све теорије и гледишта, и сви појмови и дефиниције права, корисни су због тога што су солидни, а не због тога што су истинити.

231 Л. Витгенштајн, *О извесности*, Нови Сад 1988, 16, т. 61.

232 Б. Паскал, *Мисли*, Београд 1988, 72, т. 82.

233 Н. Jeffreys, *Theory of Probability*, Oxford 1948, 17–18.

234 А. Рос, *Право и правда*, 57 и даље.

Зато што је корисно, *право може конвенционално да се одреди и дефинише*. Будући да није могуће равноправно користити готово безброј појмова и дефиниција, из сасвим практичних разлога употребљава се само неколико најкориснијих појмова и дефиниција права. Само такви појмови и такве дефиниције права постају драгоцене конвенције. Оне су ствар разумног договора људи о томе шта ће уобичајено да се сматра и назива правом. Али, ни такви конвенционални појмови и дефиниције права нису стални јер трају онолико колико су корисни.

Произлази да право може слободно да се одреди и дефинише. У различитим ситуацијама чак могу да се користе различити појмови и дефиниције права. То подсећа на божанску креативност. Али, таква слобода није самовоља јер је самовоља недоследна и непоуздана. Чак и када има много конвенционалних појмова и дефиниција права, економичност налаже да се користи само једна или неколико њих. То потврђује развој права, који није ништа друго до резултат надметања правних теорија и схватања, укључујући и дефиниције права.

4. Врсте дефиниција права

Конвенционалне дефиниције права обично су дате у дескриптивном или прескриптивном облику, зависно од тога да ли садрже дескриптивне или прескриптивне исказе. Дескриптивни (индикативни, сазнајни) искази су скупови речи којима се тврди, описује или објашњава нешто што је било, што јесте или што ће тек бити (Јанко је позајмио књигу Марку). Њихов смисао садржан је у спони (копули, функтору) „бити“, „имати“, „постојати“, „састојати“ итд. На основу тога се за *дескриптивне* (лексичке, емпиријске, описне) *дефиниције* каже да представљају скуп исказа којима се тврди, описује и објашњава шта је право (нпр., када се за право каже да се састоји из правних норми, правних аката, правних односа, правних субјеката, правних објеката итд.).²³⁵ С друге стране, прескриптивни (нормативни) искази представљају скупове речи којима се од некога тражи да изврши неко понашање чињењем или нечињењем (Марко је дужан да Јанку врати позајмљену књигу). Њихов смисао

235 С. Врачар, „Упоришта марксистичког јуснатурализма“, *Марксистичка мисао*, Београд 1/1987, 9.

садржан је у спони (копули, функтору) „треба“, „мора“, „дужан“, „обавезан“ итд. Због тога се за *прескриптивне* (нормативне, сти-пулативне, постулативне) *дефиниције* права каже да се њима на-лаже неко чињење или нечињење припређено, или не, применом државне санкције.²³⁶

Дескриптивне и прескриптивне дефиниције права веома се разликују по својим циљевима, на чему су нарочито истрајавали Харт и Дворкин у својим учењима и полемици коју су водили. Циљ дескрипција је да обавештавају о чињеницама и да на тај начин посредно утичу на понашање људи. Циљ прескрипција је да обавештавају о нечијим жељама и вољи, као и да непосредно утичу на људска понашања, подстичући или усмеравајући људе у одређеном правцу. Такође, прескриптивни искази могу да се изричу у облику дескриптивних, што не мења њихов карактер. На пример, када се у закону описује изглед и начин употребе државне заставе, то значи да она не може бити другачија нити се може користити на другачији начин од прописаног, јер се тада чини правни прекршај. Штавише, право може истовремено да се дефинише на дескриптиван и прескриптиван начин, када се каже из чега се састоји (дескрипција) и каква му је друштвена функција, тј. какво би требало да буде (прескрипција). На тај начин настају мешовите *дескриптивно-прескриптивне дефиниције* права.²³⁷

Постоји још једна важна, тзв. „аристотеловска“, „средишња“ или „жаришна“, врста дефиниције *per genus proximum et differentiam specificam* заснована на коришћењу „родног појма“ и „особене разлике“. На пример, када се каже да је „кућа објекат за становање“, онда је у тој дефиницији *genus proximum* то да је кућа „објекат“, а *differentia specifica* то да је намењена „становању“, јер кућа као објекат може да буде намењена и нечем другом. Према истом правилу, као родни појам права обично се наводе правила људског понашања, док се за њихову особену или врсну разлику узима могућност примене физичке или неке друге принуде. Неки писци као родни појам права наводе „појам доброг“, док за особену разлику узимају „појам једнаког“. Тако је први поступио римски правник Паулус, за њим Улпијан.²³⁸ Изгледа да су дефиниције *sui generis et differentia specifica* најприближније природи права и, због тога, најпогоднија за његово одређивање. Али, ни оне нису савршене.

236 Р. Лукић, „Појам права“, 27–39.

237 N. Visković, 119–120.

238 С. Троицки, 17–18.

5. Заједничко у појму права

Када се расправља о „научном појму права“ потребно је претходно одредити на шта ће се мислити када се каже право.²³⁹ То значи да је потребно претходно утврдити својства која су заједничка свим конкретним облицима права, јер „сви, свесно или подсвесно, налазе нешто суштински истоветно у појму права“.²⁴⁰

Прво заједничко својство јесте да се „правом регулише спољашње, телесно понашање“ чињења или нечињења. Оно произлази из саме суштине права као средства за уређивање, изједначавање и контролисање људског понашања, под условом да се од људи захтева само оно што они збиља могу да учине, јер једино то може да буде смисао правног захтева. То значи да је право тако устројено да регулише само спољашње људско понашање, за разлику од индивидуалног морала који регулише унутрашње, психичко, умско понашање.²⁴¹ Када би неко као правну обавезу прописао неко унутрашње понашање или стање, било би то бесмислено, јер оно не може лако да се утврди, нити на њега може да се утиче спољашњом контролом.²⁴² У нешто ужем значењу, спољашњост као обележје права односи се на начин понашања правом обавезаног субјекта, тј. на његово придржавање или кршење норме.

Зато што регулише спољашње понашање, право је суштински *хетерономно*. Ту црту права је пре више од два века истакао Кант, али она је уважена у правној науци тек захваљујући социолошким правним теоријама. Хетерономност постоји када се субјект под неком врстом присиле покорава спољашњој норми. Наравно, потребно је да је норму донео неко други, као и да је норма материјализована, чиме се омогућава њено исправно изражавање и сазнавање. У нешто ужем смислу, хетерономност се односи на унутрашњи, психички доживљај и став субјекта према норми. Он се састоји у прихватању или одбацивању норме. Нису хетерономне само норме индивидуалног морала, јер су једино оне изворно аутономне.

Друштвеност права састоји се у томе што се правним нормама искључиво регулише међусобно понашање људи („где је друштво, тамо је и право“). Будући да је право састављено од го-

239 Х. Келзен, *Општа теорија права и државе*, 18.

240 Р. Лукић, „Појам права“, 27.

241 Т. Живановић, *Систем синтетичке правне филозофије*, III, Београд 1959, 685–693.

242 Р. Лукић, 23.

тово неизмерног броја норми, може се рећи да не постоје односи који не могу да буду предмет правног регулисања. Само се унапред не зна тачно који су све то односи. Правним нормама може чак и самоубиство да се забрани. Једино се сматра да норме у таквим случајевима не могу да произведу жељене последице. Због тога се одустаје од њиховог доношења.²⁴³ Али, и када непосредно не регулише такав однос или друге, лепше односе другарства, пријатељства или љубави, право то може посредно да чини подржавањем и санкционисањем моралних, религијских или обичајних норми које забрањују самоубиство или подстичу другарство, пријатељство, љубав према ближњем итд. Друштвеност права чини основ и садржај правила разних организација и удружења.

Рејулаивност је следеће заједничко својство права. Састоји се у „системском легитимном утицају на понашање људи“.²⁴⁴ То значи да правно регулисање може да остварује свој друштвени задатак када је „постављено“, донето „унапред“ (спрам своје *causa finalis*), „системско“ и „легитимно“. Регулативност се односи и на чисто садржинску страну права, његов друштвени задатак, пошто се правом регулишу односи у којима долази до сукоба интереса. Када сукоба уопште не би било, правне норме би постале чисто техничке или моралне, што није случај.

Постоји и *традиционални предмет* правног регулисања. Карактеристичне су области имовинских односа, власти и организације друштва, у којима најчешће долази до *сукоба интереса*. Држава може да регулише и многе друге врсте друштвених односа својим правним нормама, али ове три области мора увек да регулише. Нарочито својински односи и односи власти представљају предмет подробног правног регулисања. На пример, организација највише државне власти је подробно правно регулисана најважнијим државним прописима. Постоје и други односи у којима сукоби интереса не морају да буду толико велики и важни, већ је само потребно да се организује неки друштвени процес. Ти односи су предмет правног регулисања само када то налаже такав посебан интерес.²⁴⁵ Правом се повремено регулишу и односи у којима преовлађују заједнички интереси (нпр., породични или произвођачки односи у којима људи заједнички живе и раде). То се чини „да би се тај заједнички интерес могао потпуније остварити“.

243 В. Perić, *Struktura prava*, I, Zagreb 1978, 70, 95.

244 Е. Pusić, *Društvena regulacija*, Zagreb 1989, 149–151.

245 Н. Бобио, „Право и сила“, *Зборник за теорију права*, III, САНУ, Београд 1987, 332.

Само је понекад „потребно да се правом сузбије и реши сукоб око ситнијих интереса који се ту појављује“.²⁴⁶ Очигледно, није могуће прецизно одредити границе предмета правног регулисања. Будући да садржина права није стална, ни његове границе нису поуздане. Изгледа да је у праву Бенедето Кроче, по коме сваки покушај да се тачно одреде границе права за правне истраживача не представља „Рт добре наде“, већ „Рт бродоломника“.

Право одређује људско понашање тежећи да га што тачније измери. Реч је о квантификавању права, тј. његовој *мерљивости* и *ирецизности*, које треба тачно да одреди овлашћења и обавезе односних субјеката, јер се правом регулишу и штите најважнија добра (живот, имовина, сигурност итд.). Због тога је у тим областима прецизиран поступак по коме неке људске радње једино могу да се изводе, нарочито када је реч о начину извршавања санкција. То се постиже таквим састављањем правних прописа да они буду што јаснији, прецизнији и разумљивији. Али, постоје области у којима право препушта заинтересованим субјектима да сами измере своја овлашћења и обавезе. То не значи да та овлашћења и обавезе уопште нису прецизно одређени и мерљиви, већ само да је њихово мерење препуштено заинтересованим субјектима. Карактеристичан је случај с аутономијом воље у областима које су регулисане диспозитивним правним нормама.

Следеће обележје представља *јојава* *сиора* и *јосијање суда* који су последица чињенице да људи имају различите интересе које право не само да регулише и разграничава, већ и решава. Да би спор био решен, потребно је да се појави трећа неутрална страна. Та страна је најчешће *суд* у најширем смислу (државни, арбитража, мировно веће, веће стараца итд.). Суд мора да буде друштвено и правно признат. Он мора да располаже друштвеним ауторитетом и поверењем странака. Његов рад мора да буде јаван, а одлука непристрасна и заснована на чињеницама. Мање је важно да ли ће суд бити сталан или повремен, као и да ли је поступак пред њим формалан или неформалан. Улогу суда може да обави и заједнички пријатељ страна у спору. Чак и јавно мњење може да буде нека врста суда.

Право располаже и својим *формалним јосиујцима* којима се тачно одређује која лица или органи, у ком облику, у које време, на ком месту итд., могу да користе своја правна овлашћења или морају да изврше своје правне обавезе, као и на који ће начин да се води истражни, судски, управни, арбитражни или неки други

246 Р. Лукић, 24.

поступак у случају спора. На основу поступака се процењује да ли је неко људско понашање правно пуноважно. Поступци праву дају неопходну форму, тј. формализују га.

Постоји и *љримена санкције*. То је редовна делатност државних и друштвених органа која се врши у општем или колективном интересу.²⁴⁷ Санкција увек мора да буде правом предвиђена, друштвена, спољашња, мерљива, предвидљива, сразмерна итд. Њено извршење мора да буде прецизно одређено правом, нарочито када се кажњавањем (*нељаљивна* санкција, казна) одузимају најважнија добра (живот, слобода, част, углед, имовина итд.), на супрот награђивању (*љозиљивна* санкција, награда). Најстроже санкције се изричу за прекршај најважнијих правних норми којима се штите живот и власт (смртна казна, казна затвора итд.), док то није случај са санкцијама за прекршај других правних норми. Санкције се извршавају и према правним актима. Састоје се у њиховом поништавању или укидању.

Право није лишено ни својих вредности, тј. није ни безвредно ни надвредно. Оно пре свега има за циљ *остваривање вредности реда, мира и сигурности*. Ред постоји када се свако понашање значајно за опстанак друштва врши тачно по одређеним друштвеним и правним прописима. Са редом је повезан мир, а са њима сигурност, која може да се односи или на благовремену и потпуну примену права, или на поуздано уверење да ће право бити примењено, или уопште на решавање спорова у друштвеним односима.²⁴⁸

Додатно обележје представља *захљев за остваривање друљих друшљивених и љравних вредности*. Највећу вредност представља захтев за остваривање људске слободе и правде.

Заједничка правна својства омогућавају одвијање заједничког живота са што мање неусклађености, препрека, сукоба и борби, који слабе, разарају друштво и разбацују енергију људи. То је нужно јер „заједница је живот: из ње произилази наша способност преживљавања. Тако је било када смо настањивали пећине, и тако је све до данашњег дана“.²⁴⁹ Исто тврде Херберт Харт или Радомир Лукић када опстанак одређује као крајњи циљ сваке заједнице. Због тог циља је нужно да право у људске односе уноси неопходну извесност или предвидљивост. На тај начин се ослобађа и усмерава људска стваралачка енергија, повећава друштвена стабилност, напредак и, у крајњем, омогућава *саљостљојање људи у друшљиву*. Оно се може сматрати најизворнијом људском вредношћу.

247 Џ. Раз, 234–240; Т. Живановић, III, 338–340.

248 Р. Лукић, *Систем филозофије љрава*, Београд 1992 (2012) 462, 479–480.

249 П. Коељо, *Рукољис ољкривен у Акри*, Београд 2013, 91.

6. Оперативни појам права

Заједничка својства нису у истој мери присутна у праву. Неке правне норме располажу свим наведеним својствима, а друге не. То важи како за норме државног, тако и за норме друштвеног права. Штавише, норме државног права „не морају у једнакој мери показивати сва та својства“, као што и неке друштвене норме које се називају правом могу да имају тек „нека од тих својстава, а неке чак и у пунијој мери неголи оне које спадају у државно право“.²⁵⁰ На основу тога се може закључити да је појам права изванредно развијен и сложен, јер се састоји из више слојева и врста државног и друштвеног права.

Пре свега, постоји *јојјјуно државно јраво*. Обухвата „само норме које имају сва својства“ права. То је случај и са *јојјјуним друшћивеним јравом*. Најучљивија разлика између њих постоји у погледу субјеката који их стварају. Али, та разлика данас није апсолутна јер држава (нпр.) може да буде уговорна страна приликом склапања уговора са неким друштвеним субјектом.

Постоји и *нејојјјуно државно јраво*, које садржи „норме које немају сва та својства, али имају бар већину од њих“. Због тога се може поставити питање да ли и оно мора да има државну санкцију или не мора да је има. Будући да обе ситуације могу да се сусретну, произлази да постоје *две врсте нејојјјуној државној јрава*. Прву врсту чини државно право које садржи већину заједничких својстава, међу којима је и државна санкција, а другу врсту државно право које располаже већином заједничких правних својстава, међу којима није државна санкција. За прву врсту непотпуног државног права каже се да је „мање савршено“ од потпуног државног права, док се за другу врсту непотпуног државног права ни то не може рећи иако право збиља познаје норме без санкција (*leges imperfectae*), као што је случај с уставним начелима о праву грађана на рад, неповредивост приватности, срећу итд. Будући да такве државне норме не садрже одредбе о нечијој обавези да их правно осигура санкцијама, нити да санкције буду извршене, ту је пре реч о привиду права или барем нечем попут „голог“ права (*nudum ius*). Исто важи и за *нејојјјуно друшћивено јраво*, које такође располаже већином заједничких обележја права, с државном санкцијом или без ње. На основу тога могу се одредити и *две врсте нејојјјуној друшћивеној јрава*: „мање савршено“ друштвено право

250 Р. Лукић, „Појам права“, 27, 31.

и недовршено („неостварено“) друштвено право²⁵¹ јер, очигледно, „не постоје утврђена начела која забрањују употребу речи право за системе који немају централно утврђене санкције“.²⁵²

Из реченог се може закључити да љојам љрава у љроширеном смислу садржи слојевито распоређене три врсте државног и три врсте друштвеног права („шест кругова права“). То дозвољава да се каже како је појам права „двоструко трослојан“ или „шестоврстан“.

Први слој сачињавају љошћуна права – државно и друштвено, која имају сва заједничка обележја права.

Други слој сачињавају нељошћуна, „несавршена“ права (Џон Остин) или права „умањене вредности“ (Роналд Дворкин, Џон Финис) – државно и друштвено право која имају већину заједничких својстава, међу којима је и државна санкција.

Трећи слој сачињавају привиди права, недовршена или неостварена права – „голо“ државно и друштвено право, која међу већином заједничких својстава немају државну санкцију. Ни такве нормe нису безначајне са гледишта политичке културе и друштвеног живота, јер се може догодити да оне, ипак, накнадно добију државну санкцију, на пример, доношењем законске одредбе о њиховој санкцији или пресудом уставног или неког другог суда, када накнадно постају потпуне правне нормe (*leges perfectae*).²⁵³

Приказана трослојност, односно шестоврсност, показује да право није монолитно ни једнообразно, као што може да се учини, већ да је сложено, изнијансирано и сво саткано од слојева различитих степена правности. Таква слојевитост (као у „главици црног лука“, што је древна египатска метафора) није случајна. Она постоји у свим научним системима, од састава универзума до састава атома. Захваљујући њој, у праву се фино подешава уређивање односа различитог значаја и степена конфликтности и, што је такође важно, на одговарајући начин се правно регулишу и оне друштвене области које би, да нема друштвеног права, биле регулисане или државним правом или друштвеним нормама.²⁵⁴ Та чињеница показује како између државног права и друштвених норми постоји велика друштвена област коју попуњава друштвено право.²⁵⁵

251 *Ibid.*, 29, 31.

252 X. Харт, *Појам љрава*, 256.

253 N. Visković, 169.

254 L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, I, Paris 1901, 30; V. der Berg, „Le pluralisme juridique en droit romain“, *Pluralisme juridique*, Bruxalles 1972, 90–91 и даље.

255 N. Visković, 289.

Подразумева се да норме које не располажу већином заједничких правних обележја спадају у друштвена правила.²⁵⁶ Али, остаје питање да ли се и такве норме могу сматрати правним ако стекну санкцију државе али не располажу већином других правних својстава. На то питање може се потврдно одговорити само када се *појам права одреди сужено*, када се као најважније истиче само једно његово обележје на уштрб других. Такав случај је са свим дефиницијама права у којима се право као „суштински нормативна појава“ одређује према државној санкцији као његовом најучљивијем спољашњем својству. Будући да се право веома често конвенционално дефинише као „скуп норми које санкционише држава“,²⁵⁷ то би правне биле све потпуне и само оне непотпуне државне и друштвене норме које располажу државном санкцијом. Све друге норме спадале би у друштвена правила, независно од степена располагања другим заједничким обележјима права.

Наведени појмови права у проширеном и суженом смислу могу да се користе у исто време а да то не буде противречно, јер они нису суштински различити. Исти им је „родни појам“ (*genus proximum*) јер је увек реч о правилима људског понашања. Само је обим „особене разлике“ (*differentia specifica*) другачији. У случају проширеног одређивања, то су сва заједничка обележја права или барем њихова већина, а у случају суженог одређивања само једно, најучљивије правно обележје – државна санкција.²⁵⁸ Такав приступ је користан има ли се на уму да појам права у правној теорији мора да буде употребљив и делотворан.²⁵⁹ Али, произлазећа етатистичко-позитивистичка тврдња да правници не треба да испитују да ли су норме добре или рђаве нити какав је њихов циљ, већ да треба само верно да их тумаче и тачно примењују – не може да се прихвати.²⁶⁰

256 Р. Лукић, 29–30.

257 *Ibid.*, 30.

258 R. Ihering, *Der Geist: Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, III, Berlin 1907–1921, 4; Р. Лукић, „Хегелова филозофија државе и права“, *Архив за правне и друштвене науке*, Београд 1/1957, 45 и даље; Т. Живановић, *Систем синтетичке правне филозофије*, III, 51–55; Д. Митровић, *Аутономно право*, Београд 2013, 50–55, 74–76.

259 А. Рос, *Право и правда*, 57.

260 R. Laun, *La démocratie. Essai sociologique, et de politique morale*, Paris 1933, 62–86.

II глава

ВРСТЕ ПРАВА

Од када људи размишљају о праву – нарочито од када га примењују, због чега још више размишљају о њему – постојано се прави разлика између идеје права и његових појавних облика, субјеката који стварају право или области које су предмет правног регулисања. Наведене разлике представљају мерила за одређивање главних врста права.

1. Врсте права према његовој природи

1.1. Природно право

Природно право (*ius natura*) независно је од неког спољашњег ауторитета. Оно је дато од једног узрока или чиниоца изван њега самог једном и заувек. Тај узрок или чинилац јесте извор природног права, његов творац. Према једној школи природног права, тај узрок, односно творац, јесте „биолошка (антрополошка) природа човечја“ (*биолошко њприродно њправо*); према другој, „ум, умна природа човечја“ (*умно њприродно њправо*); према трећој, „божански ум“ (*божанско њприродно њправо*) „чији је гласник човечји ум“ итд.²⁶¹ Према Францу Нојману, „Свака теорија природног права – била она оптимистичка, песимистичка или агностичка, била конзервативна, апсолутистичка, револуционарна, демократска или либерална – почива на претпоставци да је човек рационално биће... Од свих типова природног права, највише истине садржи демократско природно право“.²⁶² Али, независно од свог узрока или

261 Т. Живановић, II, 144–145.

262 Ф. Нојман, *Врсте њприродног њправа*, Београд 2013, 36–37.

објашњења, природно право увек претходи позитивном праву и служи му као основ и узор.

Између природног и позитивног права постоје и друге важне разлике. Према традиционалном схватању, природно право је непроменљиво и универзално, док је позитивно право код разних народа мање-више различито и подложно променама. Природно право је дато самом људском природом, „као што су творевине природних закона природом дане“, док позитивно право стварају људи. Оно је увек праведно, док позитивно право то само може да буде као „покушај да се оствари Правда“. ²⁶³ У погледу природног права може само да се постави питање његовог објашњења, док позитивном праву мора да се нађе оправдање. Такође, природно право је „савршено право“, док је позитивно право „несавршено“. Природно право је „идејно“, док је позитивно право „стварносно“ итд. ²⁶⁴

Тврдња да природно право оличава правду, док позитивно право познаје само правичност, омогућава природном праву да се у облику правичности појави као засебан извор позитивног права. Неки старији грађански законици (нпр., Аустријски општи грађански законик из 1811. године или Грађански законик Кнежевине Србије из 1844. године), природном праву су изричито придавали допунско важење позивајући се на „природна правила“. У том посебном смислу, природно право се сматра независним извором права, али само на основу законског признања. Дакле, када у позитивном праву има празнина, норме за њихово попуњавање судије треба да нађу у природном праву.

Поједини писци (нпр., Хајнрих Аренс, Рудолф Штамлер, Џорџ Патон) природним правима називали су и тзв. „примитивна права“. Истицали су да су то права „која проистичу непосредно из природе и намене човекове и која су основа свих других“. Примитивним правима су првобитно припадале и различите врсте друштвеног права. То поготово важи за првобитно обичајно право, које је и данас важан извор права. ²⁶⁵ Изгледа да је једина

263 Т. Живановић, 147, 162.

264 G. Gurvich, *L'idée du droit social*, 96. Вид. R. Tuck, *Natural Rights Theories*, Cambridge Un. Press, 1981; M. J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford Un. Press, 1982; R. P. George, *In Defense of Natural Law*, Oxford Un. Press, 1999; *Natural Law Liberalism and Morality*, Oxford Un. Press, 2001; M. Murphy, *Natural Law in Jurisprudence and Politics*, 2006; C. Wolfe, *Natural Law Liberalism*, 2006.

265 Т. Живановић, III, 143–144, 464.

разлика у томе што наведени писци сада примитивним називају права која су некад Лок и Русо називали природним.²⁶⁶ Појам природног права још више релативизују неки савремени писци (Мајкл Волзер), готово до његове нераспознатљивости, чинећи га потпуно зависним и променљивим од датих друштвених околности и односног културног миљеа.²⁶⁷

Иако је природно право савршено а позитивно несавршено, између ова два права не мора увек да постоји неслагање. Могуће је и преливање природног у позитивно право, тј. правних принципа природноправне садржине у правна правила позитивноправне садржине. Али, и када није тако, идеја природног права, објективно заснована у људској природи, требало би да нагони творце позитивног права да стварају што боље право. Нарочито сазнавање идеје природног права и његових начела од стране правне науке представља снажан подстицај за усавршавање позитивног права.²⁶⁸ Да је то могуће, доказали су чувени римски правници код којих је то сазнање достигло непревазиђену висину јер је у великој мери постало саставни део римског права.²⁶⁹

2.2. Позитивно право

Према томе да ли важи и примењује се, или не, право се дели на позитивно и непозитивно.

Позитивним правом (*ius positum*) назива се право које у датом друштву важи и примењује се. Његова „позитивност“ се одређује према његовом вршењу, тј. ефикасности, док се позитивност сваког његовог дела одређује према томе да ли припада позитивном праву, а не да ли се примењује. Позитивно право је, дакле, постојеће, од људи постављено, посебно право, право онакво какво јесте. Његовим изучавањем и развијањем подробно се бави правна наука, а унутар ње правна догматика и нормативна правна теорија.

Насупрот позитивном праву, у *непозитивном* право спада право које је више не важи, али је некад важило. Његовим истраживањем баве се правноисторијске дисциплине.

266 Вид. Ј. Ј. Баховен, *Природно право и историјско право*, Београд 2008.

267 М. Волзер, *Погруче правде*, 16 и даље.

268 Т. Живановић, III, 631–632.

269 Вид. W. Morrison, *Jurisprudence: from the Greeks to Post-Modernism*, 23–47.

2. Врсте права према начину настанка и обележјима

2.1. Државно право

Шта ће се назвати државним правом зависи од тога да ли се појам права одређује у проширеном или суженом смислу. У првом случају, прави се разлика између потпуног, непотпуног и недовршеног (неоствареног) државног права. У другом случају, државно право чине само норме које ствара држава и које располажу државном санкцијом.

Поред различитих врста државног права у теоријском смислу, постоје и његове различите врсте у позитивноправном смислу. Према правно-регулативној делатности органа који припадају главним облицима државне власти, разликује се законодавно право од административног и судског права. Такође, према најважнијим правним прописима који се регулишу државним правом, разликује се уставно право од законског и уредбодавног права. Најзад, државно право може да се односи само на регулисање државног уређења, када се назива уставно право. До тога је дошло када су модерне државе добиле уставе који су начелно признати као једини правни извори државног уређења, иако време увек покаже да је у стварности правни живот много сложенији од оног што устави предвиђају.

Административним правом се регулише државно управљање. Ова правна грана била је прилично занемарена све док није прихваћено да је држава динамична организација. Та промена учинила је да се данас државни облици више разликују према начину управљања него према уређењу. У административно право спадају и прописи о службеним актима, којима се спречава самовоља државних органа.

У државно право спадају и друге гране јавног и приватног права. Најважније је кривично право.

2.2. Друштвено право

Друштвеним (социјалним, аутономним) правом у проширеном смислу назива се потпуно, непотпуно и недовршено (неостварено) право које ствара друштво (његове организације, групе људи или појединци). У суженом смислу, друштвено право чине

само норме које стварају друштвени субјекти а држава их санкционише.

До научног открића друштвеног права дошло је крајем XIX и почетком XX века, када је јасно уобличена мисао да јавно и приватно право нису довољни и предложено да се те две велике правне области сједине у једном ширем друштвеном праву или чак да се њиме замене. Будући да је друштво изнад личности и државе – истицано је – не може се више говорити о одвојеној и себичној личности појединца који за свој рачун уређује приватни живот. Уместо тога, друштво је дужно да сваком обезбеди услове за достојан живот и корисно учешће у заједничким подухватима. Према Леону Дигију, својина постаје друштвена дужност, а не право, тј. једна социјална функција. То важи и за државу која се све више преобраћа у низ установа за пружање јавних услуга (пошта, железница итд.). Ни чиновничка служба више није државна, већ друштвена итд.

У теорији је такво друштвено право различито оцењено. Док једни сматрају да је друштвено право лек против једностраности, индивидуализма или друштвене борбе (Жорж Гурвич), други сматрају да је опасно ставити друштво изнад личности појединца и државе (Георг Јелинек, Ханс Келзен). И друштвено право мора сваком појединцу да обезбеди сигурност на живот, личну слободу (предузетништво) и власништво, као и државно право.

3. Врсте права према областима регулисања

Прва систематска класификација уобичајено се везује за римску двојну (бипартитну) деобу на јавно и приватно право. Класична римска двојна деоба остала је све време владајућа, па је то била и после, у XIX и XX веку, када је свестранијој обради правних наука посвећена много већа пажња.

Упоредо с дубљом научном разрадом права, долази до постепеног критиковања и напуштања римске двојне деобе у корист тројних деоба (јавно, приватно и друштвено или јавно, приватно и црквено итд.). Али, могуће је сачинити и другачије деобе. Тако је учињено на овом месту, јер је за приказивање врста права по областима регулисања изабрана четворострука бипартитна деоба права на унутрашње и међународно, јавно и приватно, формално и материјално, објективно и субјективно.

3.1. Међународно и унутрашње право

Једно од најчешће постављаних питања у правној науци јесте питање да ли је међународно право уопште право. Поводом тог питања образоване су две главне групе гледишта.

Према првој групи, која оспорава правни карактер међународном праву, међународне норме иза себе немају принудну силу државе или скупа одређених држава, а када је стекну, постају норме националног (унутрашњег) права. Међународне норме дакле постоје, али нису правне, пошто међународно право не располаже санкцијама као унутрашње право. Али и да постоје такве санкције, међународно право не може да обезбеди њихово спровођење (у рату може да победи страна која је прекршила норме међународног права, али нема ко да је санкционише). Да међународно право није право, показује институт самопомоћи (самоодбране) који је дозвољен у међународним односима у недостатку правне санкције. Због тога се тврди да међународно право није истинито право. Оно је, у најбољем случају, „несавршено позитивно право“ или „позитивни морал“.²⁷⁰

Према другој групи гледишта, међународно право јесте право, јер када је створено, оно делује на све субјекте на које се односи. То што међународно право нема исту принудљивост као норме националног права још не значи да оно уопште нема принудни карактер (реторзија, репресалије, блокада, санкције итд.). То једино није сила којом уобичајено располаже држава у свом унутрашњем праву. Међународно право, дакле, није „позитивни морал“, као што су истицали представници аналитичке јуриспруденције.²⁷¹ Такође, правност међународног права још теже може да се оспори ако се има на уму његов особен предмет регулисања: међународни односи међу државама, организацијама и удружењима. Њиме се мање регулишу имовински односи и односи власти између држава, а више или претежно организациони односи између различитих националних или међународних организација и удружења. Такође, међународно право мање регулише и разграничава сукобе интереса, а више уређује унутрашњу организацију и делатност међународних субјеката који га стварају и примењују. Међународно право располаже и другим својствима: сталним и *ad hoc* судовима, тачно одређеним обавезама, постојањем организација за извршење изречених санкција итд., дакле, свим обележјима којима располажу и национална права.²⁷²

270 Вид. J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, London 1954, 18.

271 Т. Живановић, III, 97.

272 Р. Лукић, „Појам права“, 21–22; N. Visković, 292.

На основу наведених главних схватања, решава се однос међународног права с унутрашњим правом. Према једној групи писаца, реч је о два различита и независна правна поретка (дуализам), док по другој групи оба поретка чине један јединствен правни поредак (монизам). Присталице монистичког решења међусобно се разликују по томе да ли сматрају да је међународно право више од унутрашњег (првенство међународног права) или да је унутрашње право више од међународног (првенство унутрашњег права). Први право своде на међународно, а други на унутрашње право.²⁷³ Да је истина негде на средини, показују норме међународног права које су за државе обавезне независно од њихове воље, за разлику од норми које за државе нису обавезне, као што је случај са међународним нормама чланица и нечланица Уједињених нација или нормама Међународне организације рада. У међународно право спадају и међународни обичаји, којима се уређују односи са државним органима и дипломатским представницима других држава (предаја акредитива, усмене и писмене ноте итд.), као и норме којима се регулише поступак рада на међународним конференцијама, што такође оспорава оправданост првенства међународног права над унутрашњим или унутрашњег над међународним правом. Такву тврдњу поткрепљује развој међународног права, јер је све до прошлог века међународно право обухватало сужен круг традиционалних међудржавних односа који су регулисани нормама дипломатског права, ратног права и права слободне пловидбе. Такође, од средњег века настају међународно трговачко и међународно приватно право, а затим међународно кривично право, међународно саобраћајно право, међународно здравствено и хуманитарно право, међународно радно право итд.

3.2. Јавно и приватно право

Деоба права на јавно (*ius publicum*) и приватно (*ius privatum*) представља најстарију поделу. Таква деоба одговарала је класичном римском и младом грађанском друштву како би се подстакла приватна иницијатива и ничим спутано деловање тржишних закона. Међутим, већ крајем XIX века долази до сужавања приватног права у корист јавног под утицајем све снажнијег радничког покрета и јачања улоге грађанске државе. То се одразило на правна учења, (нпр.) на солидаристичке теорије по којима традиционално приватно право треба да буде задржано само у областима у којима владају начела равноправности и аутономије воље.

273 Х. Келзен, *Проблем суверености и теорија међународног права*, 117–140.

У правној науци постоји барем шест стотина мерила за разврставање јавног од приватног права, али се најчешће користе само три. Према мерилу *интереса*, јавно право сачињавају све норме које штите државне (опште) интересе, а приватно право све норме које штите приватне интересе. Према мерилу *субјекта*, јавно право сачињавају све норме где је субјект држава, а приватно право норме где су субјекти приватна лица. Најзад, према мерилу *власти*, јавно право обухвата односе између државе и појединаца, у којима се држава појављује као носилац власти, а приватно право остале односе између државе и појединаца или између самих појединаца, у којима влада начело аутономије воље. На пример, када држава попуњава свој возни парк, реч је о приватноправном односу. Али, када нареди обавезан откуп девиза, злата или жита, реч је о јавноправном односу. Ни ово треће мерило, као ни претходна два, није довољно за потпуно разграничење јавног од приватног права, јер је тешко наћи иоле важан друштвени однос који барем делимично није регулисан принудним нормама државе.

У јавно право спадају уставно, управно, кривично, финансијско итд. право, а у приватно грађанско, породично, трговачко, наследно итд. право.

3.3. Материјално и формално право

Већина правних норми има материјални карактер, а тек њихов мањи део инструментални карактер, како би се омогућило боље доношење и успешнија примена материјалних правних норми. Сагласно са тим, када се опште правне норме разврстају према својој садржини, оне сачињавају материјално (*сујстијанцијално*) право.

У материјално право спадају све норме било које правне гране које за односне правне субјекте утврђују овлашћења, обавезе и предвиђају санкцију за њихову повреду (норме о правима и дужностима супружника, родитеља и деце, правима грађана, правима и обавезама парламента, шефа државе, владе, судова, правима и обавезама уговорних страна, накнади штете итд.). Те норме су *примарне* јер сачињавају суштину права.

Када се опште норме разврстају према свом облику, оне сачињавају формално (*процесуално*) право. У њега спадају правне норме које регулишу спољашњи облик и поступке за остваривање права, тј. норме кривичног и грађанског судског поступка или управног, арбитражног или неког другог сличног поступка (норме о

начину склапања и раскидања уговора, о начину склапања и развода брака, о формуларима који се испуњавају приликом пријаве пореза, о упису бирача у бирачке спискове итд.). Норме формалног права су *секундарне* јер је њихов главни задатак да служе остваривању примарних материјалних норми.

Треба истаћи како је и ова подела у великој мери вештачка, као и претходне поделе, јер није увек лако утврдити да ли извесна норма спада у материјално или формално право. На пример, у породичном праву претежу норме материјалног права, али су норме о начину склапања брака или норме о поступку усвајања деце формалноправног, тј. процедуралног карактера. У уставном праву такође претежу норме материјалног права, али су бројне и норме о законодавном поступку, начинима избора и смењивања посланика, шефа државе или владе (тзв. „норме компетенције“). Исто је и у грађанском праву, у коме, поред преовлађујућих норми материјалног права о обавезама и правима субјеката, основним имовинским односима итд., постоје и норме формалног права о начинима склапања, облицима извршавања или раскида уговора или опорукe. У кривичном праву готово све норме спадају у материјално право (иако не до краја, јер оно садржи и формалне норме о начинима извршавања казни). Али, постоје гране судског или управног права које у целости садрже норме о поступцима којима се прописују облици и начини улагања тужби и жалби, рад судија и судских службеника, извођење доказног поступка, одбрана оптуженог, вођење записника итд.²⁷⁴

3.4. Објективно и субјективно право

И ова стара подела разграничава право на две области. На пример, објективно право може да се одреди као скуп од државе санкционисаних норми којима се прописује државним органима, друштвеним организацијама и грађанима како да поступају, а субјективно право као на објективном праву заснован скуп овлашћења и обавеза којима располажу правни субјекти. Субјективним правом утврђују се овлашћења која државни органи, друштвене организације и грађани могу да захтевају од других, као и обавезе које морају да испуне на основу норми објективног права. У англосаксонском праву наведена разлика је сасвим јасно језички назначена – за објективно право се користи енглески израз *law*, а за субјективно *right*.

274 N. Visković, 286–287.

Трећи одељак

ОДНОС ДРЖАВЕ И ПРАВА

Одређивање односа државе и права представља још један извор важних недоумица у правној науци. У тим недоумицама се стичу готово све методолошке, гносеолошке и друге велике несугласице, чак у вези с појавама као што су држава и право, све до мање важних, једноставних или чак споредних несугласица у правној науци. Због тога се каже да однос државе и права представља „сложен правни проблем“ који има „изванредно много страна“,²⁷⁵ што је нарочито видљиво на примеру правног поретка. Такође, каже се да однос државе и права „изражава законитости њихове нераздвојне повезаности“,²⁷⁶ што је нарочито видљиво на примеру њиховог сједињеног деловања у облику правне државе или владавине права.

I глава

ОДРЕЂИВАЊЕ ОДНОСА ДРЖАВЕ И ПРАВА

1. Схватања о односу државе и права у правној теорији и доктрини

Постоји више теорија које решавају овај сложени проблем. Могу се разврстати према мерилима која правни писци сматрају одлучујућим (постанак, порекло, развој, задатак и значај државе

275 С. Врачар, *Социјална садржина функције државнојравној йорейика*, 50 и даље. Вид. М. Гавриловић, *Држава и йраво*, Београд 2007.

276 С. Врачар, 57; С. Јовановић, *О држави*, 45–50.

и права или важење, изнудљивост и обавезност правних правила која ствара држава или друштво итд.). На основу тих мерила настале су две главне групе теорија: оне које заговарају постојање односа државе и права и оне које оспоравају постојање њиховог однос.

1.1. Теорије и учења која заговарају постојање односа државе и права

Теорије које заговарају постојање односа између државе и права то чине или тако што државу и право сматрају равноправним појавама, или тако што сматрају да постоји јединство државе и права, или тако што предност дају држави над правом или праву над државом, или пак тако што државу и право сматрају различитим и релативно самосталним појавама.

Може се сматрати како је тек *теоријама о равнојравности* јасно наглашена веза једнакости између државе и права. Држава и право нису само повезане, већ су и узајамно равноправне појаве. Због тога уопште не може да се постави питање њиховог првенства или надређености.²⁷⁷ Идеју о узајамној повезаности државе и права без надмоћи једног над другим истицали су Роберт Шмит, Ичилио Вани, Јозеф Колер, Јозеф Биндер и други писци.²⁷⁸

Карактеристичне су и теорије које заговарају *јединство државе и права*. Оне државу и право често интегралистички повезују (нпр., Вилхелм Зауер, Стеван Врачар, Никола Висковић) и приказују као две стране јединствене појаве („државе-права“) или, синтетички, као својеврсну „унију“ државе и права, али у оба случаја без оспоравања њихове самосвојности. У модерној правној филозофији и теорији први је Ото Гирке истакао да су држава и право „суштински повезани“, и то без надмоћи једног над другим. Корак даље учинио је Густав Радбрух с Артуром Кауфманом, према којима су држава и право „два модалитета исте супстанције“. Држава од права није одвојена „ни појмовно ни временски“ (Феликс Шомло). Она је „идентична с институцијама које стварају правне норме, па је због тога право само једна страна те делатности која нормира друштвени живот“ (Ханс Велцел).²⁷⁹ Ове теорије државу и право доводе у најближу могућу везу.

277 Г. Радбрух, *Филозофија права*, 123.

278 Вид. R. Schmidt, *Allgemeine Staatslehre*, I, Berlin 1901; I. Vanni, *Lezioni di Filosofia del diritto*, Bologna 1920.

279 С. Врачар, 36–37.

Према умеренијим етатистичким дуалистичким и плуралистичким теоријама (од Томаса Хобса до Џона Остина и других), држава и право не чине јединство већ су повезани тако да је *држава њимарна, а њраво секундарно*. Држава је настала пре права и због тога има првенство над правом чији је најважнији стваралац. Она сама може да ствара своје право, чак насупрот друштву и његовом праву, што значи да је право подређено држави.

Према умеренијим социјалним дуалистичким и плуралистичким теоријама (од св. Августина до Еугена Ерлиха, Жоржа Гурвича, Норбера Бобиа или Ноберта Рулана), држава и право су повезани тако да је *њраво њимарно, а држава секундарна*.²⁸⁰ Право је настало пре државе. Оно може и да постоји независно од државе, као друштвено право, па чак и насупрот држави. Такође, право је надређено држави, односно држава је подређена праву, било зато што је право божанског порекла (хришћанске природноправне теорије), било зато што народ има право на побуну против државе која гази право (учење монархомаха и неке уговорне природноправне теорије).

Изгледа да су *теорије о релативној самосталности*, а не равноправности, *државе и њрава* најближе објашњењу њиховог односа. Оне воде рачуна како о узајамној повезаности државе и права, тако и о њиховој посебности проистеклој из различитих веза с друштвеним окружењем које омогућава релативну самосталност државе према праву и права према држави. Ове теорије основ повезивања државе и права не траже првенствено у њима самима, већ у појавама које окружују државу и право и тако утичу на њих да се држава и право повезују у нарочиту врсту правног поретка. Тај поредак није ништа друго него резултат повезаности државе као најзначајније друштвене организације и права као најзначајнијег средства за регулисање људских односа (нпр., Слободан Јовановић, Евгеније Спекторски, Живан Спасојевић, Радомир Лукић).²⁸¹

1.2. Теорије и учења која оспоравају постојање односа државе и права

Постоје и теорије које оспоравају постојање односа државе и права. То се чини или тако што се право у потпуности своди на државу (право је исто што и држава), или тако што се држава

280 G. Gurvich, 30.

281 E. Спекторски, 43–44.

у потпуности своди на право (држава је исто што и право), или тако што се држава и право сматрају потпуно одвојеним и независном појавама, због чега такође не може да се говори о њиховом односу.

Према крајње етатистичким учењима, *држава је једини и њој једини стваралац њеј права*. Произилази да је целокупно право државно. И друштвено право је државно.²⁸² Право је државна творевина, резултат искључиве државне надмоћи и силе (учења од Томаса Хобса до Хегела и Карла Шмита). Та чињеница производи изузетно значајну последицу: држава може да ствара право какво и када год хоће. Пошто је право пуко оруђе државе, држава као његов једини извор може да га се не придржава. За означавање таквог права користи се израз „право силе“, што је нека врста достваривања познате изјаве Ота фон Бизмарка да „сила претходи праву“ (*die Macht geht vor Recht*).²⁸³ Ове теорије толико истичу апсолутну надређеност државе над правом да су пропустиле да запазе како су тиме укинуле њихов однос.

Према крајње плуралистичким социјалним теоријама, обротно, *друштво је једини и њој једини стваралац њеј права*. Произилази да је целокупно право друштвено. И државно право је друштвено.²⁸⁴

Најпознатији покушај да однос државе и права доследно реши у корист права учинио је Ханс Келзен у свом нормативистичком учењу, а не припадници крајње плуралистичких социјалних учења. Према њему, држава је потпуно оличење (*персонификација*) права.²⁸⁵ Истичући апсолутну предност права над државом, тј. свдећи државу на право, и Келзен је такође укинуо њихов однос.

Постоје теорије које оспоравају однос државе и права истицањем њихове *њој једине одвојености и независности* (неке историјско-правне, уговорне природноправне или неке плуралистичке социолошке теорије). Држава је одвојена и независна од права и право је одвојено и независно од државе. Због тога између њих не постоји никакав однос који би их међусобно одређивао и ограничавао. Та чињеница се сматра довољном за тврдњу о потпуној одвојености државе и права и непостојању односа између њих.

282 Р. Лукић, „Хегелова филозофија државе и права“, 45 и даље.

283 Е. Спекторски, *Држава и њен живот*, 45–46.

284 G. Gurvich, *L'idée du droit social*, 25 и даље.

285 Х. Келзен, *Ојнија теорија њеј права и државе*, 187–188, 190.

Можда је однос државе и права најбоље одредити по узору на главну идеју теорије симфоније, по којој у међусобном односу државе и права постоје два крајње неприродна стања. То су самовољна државна власт и разобручено право. Пошто су оба стања неприродна за државу и право, а штетна за друштво, најбоље је да се држава и право укрштају, попут два круга који се међусобно секу, чинећи три области: чисто државну (свет државе), чисто правну (свет права) и заједничку (свет државе и права). Област у којој се држава и право укрштају чини њихов заједнички државно-правни поредак.

2. Утицај државе на право и права на државу

Неспорно је да су држава и право тесно повезане појаве чије је порекло изворно друштвено. Они из друштва као природног окружења „извлаче“ своја суштинска заједничка обележја, успостављају међусобне везе и утичу једно на друго као релативно самосталне и независне појаве. Држава је организација која је предодређена да одлучујуће утиче на право, и обратно, право је предодређено да одлучујуће утиче на државу. Због тога је „утицај права на државу приближно једнак утицају државе на право“.²⁸⁶ Али, повезаност државе и права није иста у нормалним и ванредним околностима. Док се у стабилним околностима и временима држава и право упоредо развијају и континуирано мењају, управо то није случај у нестабилним околностима и временима.²⁸⁷

2.1. Утицај државе на право

Утицај државе на право састоји се у државном рационализовању права. Човек може да буде интуитивно биће, али држава и право то не могу. Они морају да буду што је могуће више рационализовани. Најважнији начини утицаја државе на право, тј. државног рационализовања права, састоје се у примени права, стварању права и предузимању других радњи које имају циљ да олакшавају стварање и примену права. Такав утицај Џозеф Раз објашњава „посредничком улогом власти“ између друштва и права.²⁸⁸

286 *Ibid.*, 57.

287 Ж. Спасојевић, *Нацрти једне ошшиће теорије љрава*, 91–96; А. Кожев, *Феноменологија љрава*, 184, 182–183, 192–197.

288 Ц. Раз, 234–240.

Примена њрава од сїрране државе састоји се у понашању људи по правним нормама. Она може да буде добровољна или принудна. У првом случају, субјекти права се понашају према диспозицији правне норме, док су у другом случају субјекти дужни да се понашају према санкцији правне норме о чијем се извршењу стара држава. Може се закључити да принудна примена права од стране државе представља њену основну делатност која је приказује као најефикасније средство за одржавање и развијање важећег права. Али, ако је примена државне санкције важан услов за право, она није довољан услов за постојање права.

Држава има изузетно важну улогу у *сїварању њрава*, јер се државним правом непосредно уређују најважније области друштвеног живота. Ипак, улога државе у стварању права није одлучујућа, будући да право могу да стварају и други субјекти. Држава често и не жели да ствара све правне норме. У извесним ситуацијама она не ствара чак ни њихов највећи део. Али, и када препушта другим друштвеним субјектима да стварају право, држава може најпре конкретно да одреди ко ће и како да ствара право. Вршењем тих својих овлашћења, она посредно учествује у стварању права. Држава може и начелним прописом да овласти друштвене субјекте да стварају право, као и да накнадно потврди прописе које донесу друштвени субјекти. Најзад, држава може и сасвим прећутно да учествује у стварању права, тако што само примењује санкцију за прекршај норми које она није створила нити је одредила ко ће да их створи. У савременим правима велики број друштвених прописа прећутно стиче правни карактер захваљујући примени санкције од стране државе.

Применом и стварањем права није исцрпљен утицај државе на право јер држава обавља и велики број других *делатности које олакшавају њрмену и сїварање њрава*. Оне могу да се врше употребом државне принуде или без ње, под условом да су законите. Држава пре свега може *їревенїивно* да користи своју физичку силу како би приволела грађане да одустану од кршења права. Такав је случај са чувањем јавних објеката или добара како би се отклонила опасност или спречила већа штета. Претња државном силом или њена употреба ретко када се користе у просвети, здравству, социјалном осигурању, банкарском пословању или другим сличним делатностима. Држава може и другим средствима да утиче на право. Данас важно место заузимају традиционална и мање традиционална средства за обавештавање и упознавање грађана с правом и његовим садржајем, као што су специјализо-

вана правна издања, правни часописи, дневна штампа, радио и телевизија, интернет итд. Та средства државне моћи имају као циљ да у свести грађана усаде став да је поштовање права обострано корисно за њих и друштвену заједницу.

2.2. Утицај права на државу

Чињеница да „право поседује власт показује да је оно кадро да је има“, користи и утиче на државу.²⁸⁹ Утицај права на државу састоји се у правном рационализовању државе. Захваљујући рационализацији, право претвара државу у правну организацију, омогућава њено функционисање, одржава и учвршћује државну организацију, претвара делатност државе у примену права и ограничава њену власт.

Претварање државе у ѿравну орѣанизацију значи да је држава правна организација од тренутка свог настанка, па све док постоји. Она је најпре правна организација због тога што ствара право и, што је важније, на основу права извршава своје санкције. Држава је правна организација и зато што је организована помоћу правних норми. Норме које прописују државну организацију разликују се по својој врсти, органима на које се односе, пословима који се обављају итд. Држава је правна организација и због тога што њени органи морају стално да врше своју делатност на тачно прописан начин. Не постоји ниједан државни орган чији положај није регулисан правним нормама. Још мање сме да постоји државна радња која барем овлашно није предвиђена правним нормама. Да је држава правна организација, показује начин на који је право прилагођено свом задатку. Упоредо са стварањем права које се односи на све друштвене субјекте, држава изграђује право које се односи или само на државну организацију, или само на друштвену организацију. Захваљујући тој чињеници, држава стиче својство правне личности и појављује се као субјект овлашћења и обавеза, тј. постаје правна установа.²⁹⁰

Омоућавање функционисања државе представља још један важан начин утицаја права на државу. Право има изузетно важну улогу у омогућавању нормалног функционисања државе, јер је готово целокупна делатност државе одређена правним нормама. То се постиже утврђивањем врсте, положаја, састава и обима

289 Ц. Раз, 236 и даље.

290 J. Raz, *The Authority of Law*, Oxford Un. Press, 1979, 97 и даље.

послова државних органа, а затим и регулисањем самих радњи које представљају делатност државних органа. Улога права у омогућавању функционисања државе толико је значајна да без њега постојање државе уопште не може да се замисли.

Омогућавајући функционисање државе, право *одржава и учвршћује државну организацију*. То се постиже спровођењем начела хијерархије и других начела државне и правне организације. На основу тих начела виши државни органи одређују количину слободе којом нижи државни органи располажу у свом раду, док нижи органи могу да одређују своје понашање у границама додељене слободе и врше поверене им послове.

Одржавајући и учвршћујући државну организацију, *право ирејивара делатности државе у ирмену ирава*. То се постиже конкретним регулисањем радњи односних државних органа. Када се каже да право одређује делатност државе и њених органа, не мисли се да право само прописује организацију државе и поступак по коме државни органи треба да раде *per leges* (посредством права), него и да одређује садржину делатности државних органа, тј. шта органи треба да раде *sub lege* (под правом). То се постиже тако што нижи органи поступају по заповестима виших органа. Те заповести виших органа представљају правне норме које се одnose на понашање нижих органа.

Право и *ограничава државну власи*. Према врсти и квалитету тог ограничавања, разликује се неколико карактеристичних правних облика државе: држава безакоња, законска држава и правна држава, односно владавина права.²⁹¹ Ограничавањем се утврђују и границе распрострањања власти државних органа. Оне треба да се налазе унутар законских оквира слободе коју им додељују виши органи. Тачно утврђивање граница распрострањања власти државних органа представља најважнији разлог зашто се у теорији подробно разматра утврђивање објективне и субјективне границе државне власти.²⁹²

Када је реч о *објективној* граници, она се обично одређује довођењем у везу државне власти с правом као системом заповести и потребом да се силом правних заповести обезбеди неопходна ефикасност правном поретку. Много је теже одредити *субјективну* границу државне власти. То се чини тако што се предност даје држави или друштву. Када предност има држава, тада се субјек-

291 A. Allott, *The Limits of Law*, London 1980, 237–259.

292 Ц. Раз, *Етика у јавном домену*, 230–234.

тивна граница државне власти налази у садржајима свести управљача који могу своју вољу да представљају као народну на основу прописа које слободно доносе.²⁹³ Али, у таквој држави, осим њих, нико други није слободан. Када предност има друштво, субјективна граница државне власти може другачије да се одреди. То се чини тако што се „леgitимна моћ права“ раздваја од „не-леgitимне силе државе“,²⁹⁴ а поштовање правног поретка схвата као „квалитет цивилизованог правног живота“.²⁹⁵ Упркос томе, јасно је да „права снага једне државе не лежи у њеној организацији и интервенцији, него у моралним и умним својствима њених поданика“.²⁹⁶

Међусобна повезаност и обострани утицај државе и права омогућили су настанак правне државе – владавине права.

293 Х. Келзен, *Ошћѣа теорија ѣрава и државе*, 48.

294 Ј. Ђорђевић, „Функционалност и дисфункционалност права у Југославији“, *Архив за ѣравне и друшћѣвене науке*, Београд 4/1984, 654.

295 В. Становчић, „Правна неизвесност као средство ауторитарне политичке контроле“, *Архив за ѣравне и друшћѣвене науке*, Београд 4/1984, 701.

296 С. Јовановић, 83.

II глава

ПРАВНА ДРЖАВА – ВЛАДАВИНА ПРАВА

Људи су се током читаве историје питали који је облик владавине бољи – владавина људи или владавина права. Изгледа да је наизменично давање различитих одговора на то питање окончано тек у другој половини XIX века у корист владавине права. Такав развој од државе безакоња до правне државе и владавине права није случајан, јер да је човечанство желело правду могло је одавно да је има (Вилијам Хејзлит). Будући да то очигледно није био случај, људи су створили правну државу као образац којим су правду као вредност заменили вредностима владавине права. Тиме је једна општељудска вредност замењена другом, чисто правном вредношћу. Али, у људске односе је унета ослобађајућа идеја о општој правној једнакости, сигурности и предвидљивости. Данас се сматра да је најбоља – а не идеална – владавина права као нека врста Аристотелове политике, која обезбеђује поштовање људских слобода и права.

1. Учења о правној држави – владавини права и њихова унификација

У савременој правној науци постоје два главна учења. Прво је настало је у европском континенталном систему и познато је као правна држава (*Rechtsstaat*), а друго у англосаксонском систему и познато је као владавина права (*Rule of Law*).

Евројско континентално учење о правној држави настало је из поставки заснованих на радовима највећих и најпознатијих представника римске јуриспруденције. Њихове идеје су систематски изложене у Јустинијановом законику. Неки писци сматрају да је у њему први пут на позитивноправни начин одредђена идеја

правне државе (Урлих Бек). Од тада, па све до најновијих нормативних и нормативистичких теорија, учење о правној држави као обрасцу владавине права довођено је у везу са старом идејом да се закони мењају док је законитост постојана. Постизању тог циља прилагођен је не само читав систем савремених правних ус-танова, решења и средстава, већ је посвећен и велик број учења писаца (Рудолф фон Мол, Пол Лабанд, Карл Едвин Лутолд, Ло-ренц фон Штајн, Адолф Меркел, Георг Јелинек, Ото Гирке, Ханс Келзен, Леон Диги, Рејмон Бонар, Шарл Ајзенман, Жорж Ведел, Андре де Лобадер итд.) који су основним сматрали начело зако-нитости, а изведеним начело правне државе. По њима, формално начело законитости обезбеђује сагласност свих нижих правних аката и људског понашања са вишим правним актима, нарочито сагласност појединачних правних аката са законом у формалном смислу, док материјално начело законитости представља „један политички појам“ који се односи на постојање правне државе.²⁹⁷ Произилази да придржавање формалног начела законитости обезбеђује постојање материјалног начела правне државе.

Према *англосаксонском учењу*, једино владавина права (*Rule of Law*) изражава право значење законитости, док је законитост у формалном смислу који јој придају правници на Континенту „су-више уско схваћена“ и оптерећена „позитивизмом“, „формализ-мом“ и „догматизмом“.²⁹⁸ Поред израза *rule of law*, англосаксонски правници користе изразе *government under law*, који означава вла-ду, тј. администрацију ограничену правом, и *due proces (procedural regularity)*, који представља поступак за заштиту људских права и слобода који у правном систему одређује народ или држава.

Међу писцима који претежним сматрају владавину права, тј. политичко значење законитости, истакнуто место припада Ал-берту Дајсију, В. И. Џ. Џенингсу, Вилијаму Робсону, Џону Гарнеру, Фридриху фон Хајеку, Александеру Пасерен д'Ентреву, Џону Рол-су и другим, који су у владавини права видели средство за оства-рење људских права, благостања, слободе или правде.²⁹⁹

297 G. Birdeau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris 1980, 81; Д. Митровић, *Начело законитости – појам, садржина, облици*, Београд 1996, 20–24.

298 Вид. *Quolloquium on the Rule of Law as understood in the West*, Chicago 1957.

299 A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law and Constitution*, London 1927, 183–185, 188, 198–199; W. A. Robson, *Justice and Administrative Law*, London 1951, XI–XIV. Вид. W. I. J. Jennings, *Modern Theory of Law*, London 1933; *The Queen's Government*, London 1954; A. P. d'Entrèves, *The Notion of the State*, Oxford Un. Press, 1960; H. Wechsler, *Principles, Politics and Fundamental Law*, Cambridge

Наведена учења оставила су траг у правној теорији и пракси. Свим писцима који су се формирали на традицији англосаксонског појма права заједничка је тежња за унификавањем западњачког типа законитости – владавине права, што је учињено до 1961. године. Исто тако, англосаксонским писцима је заједничко оштро критиковање ставова правних писаца који припадају континенталној правној традицији и пракси. По њима, правници на Континенту, тј. „позитивисти“, законитост своде на „питање чињеница или на процену обавезности закона коју стављају у потпуно другачију раван“ од равни у којој се законитост уобичајено посматра. Такође, англосаксонски правници међу осталим кажу да закон у европском континенталном праву „представља првенствено израз смишљеног стварања“. По њима, формални приступ законитости представља главни узрок несугласицама и разликама приликом одређивања јединственог појма владавине права за који су се здушно залагали. У Њу Делхију 1959. и Лагосу 1961. године оштро је нападнута Келзенова чиста теорија права, и то онај њен део који се односи на учење о логичкој затворености права као система. Према критичарима Келзенове теорије, законитост је не само захтев за формалну сагласност и тачност с односним законом већ је и „захтев за сагласност закона и одлука са вредностима које се постављају као неопходне за постојање слободної друштва“.³⁰⁰ Крајњи резултат поменутих расправа представља усвајање заједничког закључка да између правне државе и владавине права више не постоје суштинске разлике, односно да су правна држава и владавина права истоветне.³⁰¹ Једино, када се каже правна држава мисли се пре на формалну страну владавине права, а када се каже владавина права, пре на садржинску страну правне државе.

Наведеним ставовима из поменутих докумената унификовани су правна држава и владавина права. Али, унификацијом није превазиђено англосаксонско разликовање захтева за владавину права *sub lege* (под правом), када се забрањује или спречава злоупотреба власти, од захтева за владавину права *per leges* (посредством права), када се обезбеђује примена општих и апстрактних правних норми уместо индивидуалних и конкретних заповести.

Un. Press, 1961; J. R. Lucas, *The Principles of Politics*, Oxford Un. Press, 1966; Л. Фулер, *Моралносић права*, Београд 2001 (2012); Х. Харт, *Појам права*, Београд 2013.

300 R. A. Falk, S. I. Shuman, *The Bellagio Congrengence on Legal Positivism*, 1956, 9.

301 *Quolloquium on the Rule of Law as understood in the West*, Chicago 1957, 23–26. Вид. „The Rule of Law in a Free Society. A Report on the International Congress of Jurists“, New Delhi 1959, *Annales de la faculté de droit d'Istanbul*, 12/1959.

Поменуто разликовање је задржано упркос томе што оба захтева не противрече један другом и нису надређени један другом, било да се односе на законодавца било на судије.³⁰² Такође, у англосаксонској теорији међународног права почела је да се прави још једна важна разлика, између *thick* и *thin rule of law*. Прва („дебела“, „густа“) врста владавине права, карактеристична за развијене западне демократије, садржи, поред суштинских правних састојака, још и моралне и вредносне састојке, док то није у толикој мери случај са другом („мршавом“, „танком“) врстом владавине права карактеристичном за земље у транзицији. Овом поделом започет је нов спор о оправданости употребе израза „међународна владавина права“, који се све чешће сусреће у документима.

2. Појам правне државе – владавине права

Савремено учење о најбољем облику државе заснива се на владавини права, а не закона. Његова суштина састоји се у томе што правна правила, када су једном донета и све док важе, имају једнаку обавезну снагу како за оне који управљају, тако и за оне којима се управља.³⁰³ Тиме су у једно спојене две важне идеје – идеја о свеопштој правној обавезаности с идејом о садржини правне државе. Прва идеја је важна за одређивање формалног појма правне државе, а друга за одређивање њеног материјалног појма, као владавине права.

Правна држава у формалном смислу представља облик у коме су сви једнако обавезани правом. У њој влада право уместо људи. Она је „благо за које као и за свако друго благо вреди да се боримо ако желимо његову корист, иако морамо да се помиримо са његовим злоупотребама“.³⁰⁴ У њој мора да постоји изграђен систем правних норми, независно судство, законодавац који суверено доноси законе и управа која се у свом раду руководи начелом законитости. Када су правна правила једном постављена, она захтевају строг и доследан режим правних норми. Али, то не значи да правну државу треба поистоветити с идејом опште нормативности, јер би у том случају правна била и аутократска држава.

302 Н. Бобио, *Будућности демократије. Одбрана њених правила игре*, Београд 1990, 167–168.

303 I. Krbeč, *Zakonitost uprave*, Zagreb 1936, 18 и даље.

304 Р. Јеринг, *Циљ у праву*, II, 292, 382.

Правна држава у садржинском (материјалном) смислу представља облик у коме је идеја поданика, као субјекта обавеза, напуштена у корист идеје грађанина, као субјекта слобода, права и обавеза. Тиме је садржај правне државе везан за демократију која није сведена на пуку форму. У таквој демократској држави интервенција власти може да буде ужа или шира, али под условом да се њом не угрожавају утврђене основне демократске слободе и права грађана.

На тим основама је после Другог светског рата, најпре у Немачкој, поново афирмисана идеја да правна држава представља „општи постулат друштва“ (Хајнрих Гнајст).³⁰⁵ Њен задатак састоји се у „унапређивању свих човекових могућности“. У томе се састоји тзв. „слободарска мисија државе“. У правној држави сви захвати власти морају да буду „изузетни, мерљиви, предвидљиви и подложни објективној контроли“, док њене одлуке морају да буду „етички добре и на моралу засноване“. Касније је садржај правне државе одређиван према задацима културне државе (*Kulturstaat*), а затим и задацима државе благостања (*Welfare State*).³⁰⁶ Тиме је интересовање за правну државу усмерено на социјалну страну „друштва обиља“ (*affluent society*) с циљем да се одреди појам „социјалноправне државе“ која почива на идејама једнакости, слободе и солидарности у друштвеном окружењу мешовите привреде, политичке демократије и развијеног система социјалне сигурности.³⁰⁷ Последњих деценија садржај правне државе везује се за најшире могуће признавање и уважавање људских слобода и права у мултикултуралистичком или комунитаристичком смислу (Чарлс Тејлор, Џозеф Раз, Мајк Сендел, Мајкл Волзер итд.). Али, правна државе се и све отвореније оспорава или, чак, сматра излишном, пошто одавно не може да одговори новим технолошким, информатичким и правним изазовима.³⁰⁸

Иако је материјални појам правне државе често мењан и допуњаван, једно је остало непромењено – у правној држави легитимност државне власти увек мора да се изводи из њене легалности, а не обратно.³⁰⁹ Извођење легитимности из легалности

305 Н. R. von Gneist, *Gesetz und Budget*, Berlin 1879, 7.

306 Вид. С. Завадски, *Држава блајостјања*, Београд 1975; С. Недовић, *Држава блајостјања*, Београд 1995.

307 Г. Вукадиновић, 125–132.

308 Вид. *Правна држава – њорекло и будућности једне идеје*, зборник радова, Београд 1991; J. Lynch, *Age in the Welfare State*, 2006.

309 Џ. Раз, 403–412.

сматра се показатељем да ли у држави постоји владавина права или владавина људи. Ипак, посматрана у својој „принципијелној чистоти“, правна држава и владавина права представљају „пре једно жељено друштвено стање“ него „једну стварност која траје или можда крајњу сврху друштвеног развића“. ³¹⁰

За постојање правне државе – владавине права, важно је да буду испуњени одговарајући *друштвени* (стабилност, хомогеност, ред и мир, развијена правна свест и идеологија, активно јавно мњење и различите интересне групе), *државно-орјанizacionи* (демократија и подела власти) и *йравнојтехнички* услови (законитост рада управе, судска контрола управних аката, уставност рада законодавства, уставно судство и друга средства институционално-правне и ванправне контроле, добра техника стварања и примене права). ³¹¹ Испуњавање наведених услова не доводи аутоматски до правне државе, нити обезбеђује њено трајање. Због тога се каже да су правна држава и владавина права крхке творевине, подложне већем утицају прагматичних изазова него теоријских приговора. Ти изазови данас постојано крње супстанцу правне државе и владавине права, што не одузима смисао потражи за бољом и најбољом државом. Такав напор је, у ствари, једина залога да још нису напуштене главне цивилизацијске тековине због којих су правна држава и владавина права створени. ³¹²

3. Правна држава – владавина права и правна култура

Правило је да свако право садржи одговарајући цивилизацијски и културни образац. ³¹³ Ипак, то не мора увек да буде случај, јер сваки цивилизацијски образац не мора да буде културан. Ако се може сматрати да свака цивилизација садржи извештан степен културе, то још није довољно да њене изведене појаве, каква је појава и право, одмах и по некаквом аутоматизму стекну то својство. Право, дакле, може да буде цивилизовано а некултурно са становишта неког другог културног обрасца. Али, оно не може да буде културно а нецивилизовано. Због те могућности конкретна права,

310 Б. С. Марковић, *Начела демократије*, Београд 1937, 10.

311 Р. Лукић, *Уставијности и законийности у Југославији*, 56–77.

312 Вид. *Правна држава – йорекло и будућности једне игеје*, Београд 1991.

313 Вид. N. Visković, *Pravo kao kultura*, Rijeka 1990.

чак и унутар истог цивилизацијског обрасца, могу да изражавају различите културне обрасце или да располажу различитим степенима „културности“ унутар истог културног обрасца. То је могуће будући да правна култура обухвата правно знање, специјализовано правничко знање, познавање алтернативних и супсидијарних норми, вредности и правног осећаја (*љравној ејџоса*).³¹⁴

Тврдња да право мора да буде цивилизовано, али да „само може“ да буде културно, важи и за правну државу, односно владавину права, под условом да се има на уму да цивилизација и култура нису исто, да унутар исте цивилизације може да постоји више културних образаца, као и да није свака правна држава или држава владавине права најкултурнија само због тога што је поникла на неком тренутно водећем цивилизацијском обрасцу.

Данас се сматра како испуњавање поменутих услова омогућава успостављање културне правне државе (*Kulturstaat*), чиме се јасно истиче да је савремена правна држава преузела на себе вршење одређених социјалних и културних задатака не одричући се свог либерално-демократског карактера (Јозеф Колер). Обављајући ту своју „културну мисију“, она се не устручава да позове на одговорност сопствене органе када се огреше о право и поредак. Због тога је у културној држави створено најповољније окружење да право буде сигурно и утемељено на чињеницама, а не на личним судовима у појединачним случајевима (Густав Радбрух). Веома је важно да су чињенице на којима се право темељи установљене са што мање забуне, тако да у пракси могу да се докажу, макар морали да се помиримо са грубим поједностављивањима.³¹⁵ Речју, културна је само она либерална демократска правна држава која на себе преузима вршење културних и друштвених задатака подржаних постојањем ефикасних средстава за контролу и заштиту грађанских и људских слобода и права.³¹⁶ Изгледа да је то највећи могући домет правне државе, јер да су људи желели правду, правна држава им не би била потребна.

Данас, када су све израженији интеграциони процеси, ширење културних образаца одвија се од развијених земаља ка земљама у развоју, чиме се преносе и правна решења о појединим значајним културним и правним питањима. Нарочито приликом преузимања културних и правних решења коришћењем правних транс-

314 D. Vrbanc, *Sociologija prava*, 210–221.

315 Г. Радбрух, *Филозофија љрава*, 94–101, 230–238; *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Stuttgart 1952, 39–40; С. Wolfe, *Natural Law Liberalism*, 2006, 121.

316 Вид. А. Картаг-Одри; В. Димитријевић, *Културна љрава*, Београд 1999.

плантата, земље у развоју делимично или потпуно усвајају културне моделе најразвијенијих земаља, тј. њихове културне обрасце, који се тичу основних питања савремене цивилизације. Њихово прихватање не мора неизоставно да води ка стварању културне монолитности. Уместо тога, прихваћени страни културни утицаји и обрасци могу да поспеше убрзано усвајање савремених цивилизацијских тековина, доприносећи бржем развоју мање развијених земаља и њиховом лакшем укључивању у међународну заједницу, као што је управо случај са правним и културним обрасцем правне државе, односно државе владавине права.³¹⁷

4. Правна држава – владавина права и стање државне нужде

Држава постоји због нормалног функционисања поретка који „није принуда наметнута друштву споља, већ равнотежа успостављена изнутра“.³¹⁸ Али, када дође до промена које угрожавају његово нормално функционисање, тада се уместо законитости и владавине права једно друго начело – *начело државној разлоја*, преображава у стање државне нужде (*status necessitatis*), односно у ванредно стање, опсадно стање или ратно стање. То начело није самовољно, јер свака нормална држава у својим најважнијим прописима и документима предвиђа ситуације у којима може да дође до нарушавања владавине права и потребе да се она брани у духу Цицеронове изреке да је „Спас народа врховни закон“ (*Salus populi, suprema lex esto*).³¹⁹

Најстарији образац стања државне нужде представља *римска диктатура*, која је и данас у много чему недостижан узор када се ради о самоограничавању државне власти. Најпознатији је пример Луција Квинкција Цинцината, римског државника и узора старе римске честитости и скромности, који се као конзул, коме су у два маха поверена диктаторска овлашћења (458. и 439. године пре н. е.), тих овлашћења одмах одрекао пошто је извршио поверени му посао римског диктатора много пре истека шестомесечног рока на који су изабраном појединцу предавана диктаторска овлашћења.

317 M. Deflem, *Sociology of Law*, Cambridge Un. Press, 2008, 173–178, 215.

318 F. A. Hayek, *Politički ideal vladavine prava*, Zagreb 1994, 69.

319 Ciceron, *De legibus*, III 1, 3.

Други савремени облици стања државне нужде јесу француска установа *ојсагној сјања* (*l'état de siege*), енглеска установа *унушрашњеј рајиној сјања* (*martial law*) и америчка установа *ванредних уставних овлашћења* (*constitutional emergency powers*). Наведене установе у свим системима права представљају средства за одбрану државе споља и изнутра. Оне се састоје у привременом проширивању надлежности бирократских органа и обустављању примене уставних и законских норми док траје ванредно стање. Земље континенталног права проглашење стања државне нужде сматрају првенствено својим одговором на јавну опасност која угрожава постојање државе, док земље англосаксонског права стање државне нужде посматрају у светлу нарушавања владавине права – кључне вредности на којој је заснован њихов целокупан правни систем.

Стање државне нужде или ванредно стање може да се уведе само у демократским правним државама пошто у онима које то нису перманентно ванредно стање представља њихово редовно стање. Његово увођење не мора обавезно да доведе до нереда и безакоња, упркос томе што је реч о одступању од „редовног стања“, јер је циљ стања државне нужде управо да се привременом обуставом важења уставног поретка спрече неред и безакоње. Због тога се, изрично или посредно, на основу „духа“ датог правног система и римске изреке *ius orbitur vi*, одређује да ли уопште може да се прогласи ванредно стање, ко треба да одлучи о томе, ко га проглашава итд.

Постоји и друга страна ванредног стања, јер његово увођење може да се злоупотреби успостављањем ничим ограничене власти засноване на продужавању или неодређено дугом трајању ванредног стања. Можда је најпознатији пример Адолфа Хитлера који је, злоупотребивши заштитну клаузулу о ванредном стању Вајмарског устава из 1919. године, успео легално да дође на власт користећи попустљивост политичких партија, општу беду, друштвену кризу и стални терор својих трупа. Сличан је случај са бројним извршним наређењима америчког председника која су сва 1994. године претворена у једну извршну наредбу (бр. 12919). Она председнику САД у случају неког „катастрофалног догађаја“ дословно даје овлашћења свемогућег диктатора. Њоме се амерички Конгрес лишава права да „модификује, одбаци или прогласи неактивном“ председничку моћ у ванредним ситуацијама. Тиме је у исто време за све друге грађане укинут *habeas corpus*, на основу кога се могу супротставити незаконитим радњама властите државне власти.

Тако се постиже супротно од жељеног: да се увођење ванредног стања због очувања демократије и јачања заштите људских права преобрати у средство за изигравање устава, демократије, владавине права и одржавање недемократске власти.

Друга важна страна односа правне државе – владавине права и стања државне нужде, тј. ванредног стања, односи се на увођење у везу великих овлашћења државних органа у ванредним ситуацијама са основним правима и заштитом приватне сфере грађана. Тиме је дотакнут последњи елемент учења о владавини права. Он се састоји у следећем: ако принуда мора да има правно утврђено значење и обим, нужно је да буде одређена област унутар које појединац и у ванредним ситуацијама може да следи своје намере. Да би појединац могао успешно да оствари своје планове, он такође мора да зна или барем да предвиди шта ће му у ванредним ситуацијама уопште бити допуштено да чини, а шта неће. Али, постоје и такве ванредне околности у којима је највећи интерес заједнице да неки појединац буде присиљен да чини нешто због догађаја о коме ништа није знао, и то на начин који не одређује јасно ниједан правни пропис. Природне катастрофе или неке друге неочекиване опасности (општа опасност која угрожава опстанак нације или нека друга јавна опасност настала због хаварије, тероризма итд., као што је предвиђено Европском конвенцијом о људским правима или Међународним пактом о грађанским и политичким правима), често налажу да се појединцу изузетно не допусти одлучивање о томе да ли је неки заједнички циљ мање важан од његовог издвојеног интереса. Али, и у таквом случају, уплитање неког државног органа мора да буде изузетно тако да они који морају да се покоре не морају да трпе због осујећења својих оправданих очекивања.

Средства развијена у ту сврху састоје се у ограничавању овлашћења грађана у посебним ситуацијама, као што је случај са законом о *eminent domain*, који овлашћује владу САД да одузме приватни посед због јавних потреба или посебних услова. Али, упоредо с одредбама које предвиђају задирање у приватноправну сферу појединца, постоје и одредбе које предвиђају постојање једне независне власти задужене за надзор над начином вршења ванредних овлашћења од стране чувара заједничких интереса.³²⁰ Њихово постојање олакшава појединцима да остваре пуну накнаду због повређеног права приватног власништва или неког другог законито стеченог права.

320 F. A. Hayek, *Politički ideal vladavine prava*, 69–71.

Наведени примери показују како владавина права тражи да дискрециона власт државних органа, нарочито извршно-управних, као чин принуде и задирања у особеност и приватно власништво грађана, тј. у њихова основна права и заштиту приватне сфере, увек мора да буде подвргнута надзору независног суда који није чак ни скривени инструмент дневних циљева државне политике. Тај надзор у свим случајевима мора да се тиче садржаја таквог, по правилу, управног акта, а не само питања његовог односа са другим актима, тј. да ли је акт *infra vires* (под) или *ultra vires* (над) другим актом. Када један независан орган, обично суд, утврди да су повређена приватна права грађана, тада проузрокована штета мора да буде утврђена на исти начин као да је појединчево право повредио неки други грађанин, а не извршно-управни орган у стању проглашене државне нужде.³²¹

Изгледа да постојање такве независне власти због проглашеног стања државне нужде, заједно са већ познатим захтевима општости, једнакости и законитости, заиста сачињава суштину ствари, ону одлучујућу тачку од које зависи да ли је реч о владавини права или владавини људи. Ипак, „људи ће увек сумњати у лекове против болести државе ако не виде како се ти лекови припремају“ (Џорџ Халифакс). Изгледа да је цена људске слободе непрестана будност грађана.

321 М. Волзер, *Морал и ѿрљаве руке*, 28–39.

Други део
ПРАВНИ ПОРЕДАК

1. Природни, друштвени и правни поредак

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

Некада је правни поредак изједначаван с *универзалним* или *иприродним* поретком који влада светом. Готово сви антички народи, а нарочито Грци и Римљани, развијали су учења управо о таквом поретку у коме је природно право надређено људском праву. Много касније, иста идеја сусреће се 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 идеју развили Ричард Хукер и Вилијам Блекстон. Према Хукеру, право је као смислен и сврсисходан поредак правила истоветно с „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. Због тога 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.“³²² На крају XIX века, 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. Пре-

322 R. Hooker, *Laws of Ecclesiastical Policy*, I, 18; W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, New York 1884, I. Вид. Г. Фасо, 254–255, 367–368.

ма њему, у правном поретку се одражавају основни закони који прожимају универзум. Може се 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“. Ако можемо веровати ономе што видимо, „цео свет, и ствари божанске и оно што називамо годишњим добима, регулисани су законом и поретком“.³²³

Наведена учења су 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. Због тога 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. Њих је истакао Галилеј својом чувеном реченицом: „Библија нас учи како се иде на небо, а не како се небо креће.“ Оне постоје у погледу:

- *стварања* ове две врсте правила – природни закони су резултат дејства природних сила, док друштвене норме човек ствара својом свесном делатношћу;
- *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;
- *поглоће* преко које дејствују – природни закони дејствују непосредно на материју и човека, а друштвене норме посредно, само на човека, и то најпре на човекову свест и вољу, па тек затим на самог човека;
- *циља* – природни закони немају никакав циљ по себи, док су друштвене норме изразито телеолошки саздане због тога што њихов циљ представља извесну вредност;
- *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

323 Г. Гершић, *Енциклопедија права*, предавање (Београд 1902, 2011), Ниш 1995, 35.

друштвене норме могу да се прекрше, због чега су снабдеване санкцијама;³²⁴

- *ипредвидљивости* – закони природе не садрже предвиђање будућих догађаја; они се само откривају људском духу, док управо то није случај са друштвеним нормама.

Наведене разлике могу се сажето изразити на следећи начин: људски закони нам казују „шта можемо очекивати да ће друштво учинити под извесним околностима“, а природни закони „шта можемо очекивати да ће учинити природни предмети под извесним околностима. И један и други садрже обавештења упућена нашој интелигенцији“.³²⁵

На основу разлика између природних закона и друштвених норми може да се одреди појам *друштвеног поретка*. То је „поредак с извесним специфичним јемствима да постоји вероватност да ће емпиријски важити“, односно да постоји „правилност у понашању“.³²⁶ 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 сачињава *иправни поредак*. Он постоји поред економског, политичког, обичајног, моралног итд. поретка, који такође улазе у састав друштвеног поретка, и делимично се додирује и укршта са њима.

До издвајања правног од других врста поредака дошло је постепено, када се у европској цивилизацији право одвојило од морала, вере и политике, поставши својеврстан облик друштвеног знања које полаже право на основне и потврђене истине. Од тада до данас, за правни поредак се каже да представља врсту друштвеног поретка регулисаног правом. Он је особено јединство правних норми и људског понашања по тим нормама које се остварују према утврђеном начелу законитости и одговарајућим друштвеним и правним вредностима.

Као део или врста друштвеног поретка, правни поредак има своје тачно одређено место. Налази се између *идеалног* и *сионитског* поретка. Први је људски недостижан поредак у коме се право уопште не крши, а други поредак на који право нема никакав утицај. Али, и унутар самог правног поретка могу да се уоче две

324 Р. Лукић, *Теорија државе и права*, 115–116.

325 Т. Н. Huxley, *Introductory (Science Primers)*, 1882, 12.

326 М. Вебер, *Приврега и друштво*, II, 324.

његове врсте: *изричит* (*explicate order*, у смислу видљив, разоткривен) поредак, и *прикривен* (*implicate order*, у смислу мање видљив или неразоткривен) поредак.³²⁷ Први је свесно-планска творевина у чијем стварању долази до изражаја утицај правне науке. Са њим се непосредно рачуна у људским односима. Други се односи на целокупно сачувано правно знање и искуство. Његов задатак је да координира делове изричитог поретка и прида им смисао у односу на друге ствари или појаве. Због тога се каже да је целокупно кретање права одређено спонтаним самоуређивањем прикривеног поретка чије је дејство посредно али постојано.

2. Састав правног поретка

Правни поредак састоји се из правних норми, људског понашања, законитости (правилности) и правних вредности, због чега се могу разликовати четири његова главна елемента или дела.

Нормативни елементи састоји се од великог броја најразноврснијих *правних норми* и *правних аката*. 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 затим појављују у текстовима правних аката.

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

Између нормативног и фактичког елемента правног поретка морају да постоје што складнији правно уређени односи. У противном, правни поредак би престао да буде ефикасан. То се постиже *законитиошћу*, која је трећи елемент правног поретка. Њом се утврђује начин исправног одвијања делова само у нормативном или само у фактичком елементу, као и исправано одвијање међуодноса делова нормативног и фактичког елемента. Будући да законитост „амалгамише“ делове нормативног и фактичког елемента правног поретка, она се може одредити као скуп *међуправних*

327 Вид. D. Bohm, *Wholeness and the Implicate Order*, London – New York 2002.

правила о односима и начину примене материјалних и процедуралних правила.

Вредносни елементи представља четврти део правног поретка. 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 *правне* (правичност, мир, сигурност, делотворност, јасност, прецизност итд.). Друштвене вредности нису особене за право, али су у тесној вези с правним вредностима, док правне вредности нису особене за друштво, али су у тесној вези с друштвеним вредностима. Између њих се налазе мешовите „друштвено-правне“ вредности, које често представљају врхунске правне вредности (друштвена правда и правна правда, друштвена сигурност и правна сигурност, друштвени ред и правни ред итд.).

Наведени елементи правног поретка распоређени су према строго утврђеном редоследу. Правни поредак започиње најопштијим нормама и актима, наставља се појединачним нормама и актима, а завршава њиховим законитим примењивањем кроз људско сврсисходно понашање којим се остварују жељене вредности.

3. Стање правног поретка

Правни поредак није статичка већ „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 регулисано правом непрестано мења, а са њим и правни поредак у коме 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 с правним нормама итд. И „тај сталан покрет тече по одређеном реду, па се стога и зове *поредак*“.³²⁸

Правна наука прати и изучава стање правног поретка. Она то чини или *de lege lata* (са становишта какав он збиља јесте), или *de lege ferenda* (са становишта какав би требало да буде). 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.

328 Р. Лукић, 199.

Будући да поредак функционише само када је ефикасан, а то је његово једино могуће стање постојања, може се поставити питање његових граница. На то питање се може одговорити тако што ће се разликовати горња од доње границе ефикасности правног поретка.

Када је реч о горњој граници ефикасности, могу се дати два одговора. Први се односи на идеално замишљену границу која је практично недостижна. Она дочарава неку врсту правног раја у коме правни поредак потпуно или савршено функционише, тј. у коме је апсолутно ефикасан. Једино, то више не би био правни поредак, јер би укинуо самог себе и претворио се у чисто морални поредак. Други одговор се односи на оперативно замишљену границу ефикасности која је практично достижна. Ту границу ефикасности представља ситуација у којој поредак функционише најбоље могуће или до својих крајњих могућности.

Друга, доња граница ефикасности правног поретка односи се на његово нормално, уобичајено функционисање. Само, ту границу је теже одредити јер се правни поредак чак у истом друштву никад не остварује у истој мери: увек постоје успони и падови. Када би се они графички приказали, запазило би се да је уобичајена ефикасност правног поретка најчешће тек нешто изнад његове доње границе. Сличан резултат се постиже и када се ефикасност правног поретка математички квантификује „степеном извесности“ његовог остваривања.³²⁹ То што је уобичајена ефикасност правног поретка најчешће тек нешто изнад његове доње границе потврђује да је правни поредак врста присиле којој се људи покуравају пре због увиђања нежељених последица него због увиђања пожељних благодети.

Доња граница ефикасности правног поретка се често одређује описно (изразима као што су „Мање“ или „Више“, тим незваним гостима у праву). Срећом, постоји сакупљено правно искуство које показује да се правни поредак нормално примењује, тј. да је ефикасан, *све док у њему постоје аберације без деформација*. Испод те доње границе ефикасности, када превладају деформације над аберацијама, тј. аномија и анархија над еуномијом и редом, поредак више не може да функционише, постаје неефикасан и престаје да постоји – привремено или трајно.

329 Д. Митровић, Љ. Станојевић, *Теорија хаоса и њивна теорија. Моделовање и рачунарска симулација у праву*, Београд 1996, 123–149.

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 акаѿа*, као психичких радњи којима се стварају правне норме или одређују услови за њихову примену.

I глава
ПРАВНА НОРМА

Све норме представљају правила понашања, због чега се још називају друштвеним прописима, конвенцијама, стандардима итд. Најважнију врсту представљају правне норме.

1. Норма као друштвено правило
које садржи заповест

Друштвеним нормама регулишу се најразличитији друштвени односи, због чега постоје њихове најразличитије врсте: учтивост, бонтон, пристожност, такт, мода, хигијена итд. Најважније друштвене норме су обичајне, моралне и религијске. Њихов скуп сачињава *нормативни друштвени систем*. Постоје упоредо са нормама бројних друштвених организација и државе као посебне друштвене организације.

Свим друштвеним нормама је заједничко да представљају *зајовестии* о понашању људи. То што норме садрже заповести представља њихово *императивно* или *нормативно значење*. Оно је готово увек изражено прескриптивним исказима којима се утврђује да нешто „треба“ (*Sollen*). Поред императивног значења, друштвене норме имају и друго, *индикативно значење*, када се нормама утврђује оно што се догађа, што „јесте“ (*Sein*), а не оно што треба да буде. То значење норме је готово увек изражено дескриптивним исказима.

За све друштвене норме је важно да располажу једним и другим значењем, тј. да садрже прескриптивне и дескриптивне исказе. Али, њихову суштину чини то што су оне пре свега 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. Норме се не доносе због приповедања, већ због заповедања.³³⁰

Од питања да ли је норма императивно или индикативно правило треба разликовати питање на који су начин заповести у норми формулисане. Да би се одговорило на ово друго питање, потребно је разликовати праве (потпуне) прескриптивне исказе, који садрже требање са заповешћу од привидних (непотпуних) прескриптивних исказа, који садрже требање без заповести, и праве дескриптивне исказе, који не садрже ни требање ни заповест, од привидних дескриптивних исказа који садрже скривено требање и заповест, тј. који су скривени прави прескриптивни искази.³³¹

Заповести у норми најчешће су несумњиво и јасно саопштене у облику „заповедног требања“ („тражења“) да се нешто изврши (чињење) или не изврши (нечињење). Њих садрже *јрави* (*јошјуни*) *јрескриптивни искази* (нпр., Јанко је дужан да плати порез од 10.000 динара). Али, постоје и *јривидни* (*нејошјуни*) *јрескриптивни искази*, као прескриптивна употреба језика и правног говора, који нису праве заповести, већ молбе, савети, препоруке, обећања или захтеви.³³² Такви прескриптивни искази, за које се каже да не садрже заповести, који су у ствари „требање без заповести“, имају циљ да утичу на разум и вољу људи ради подстицања, усмеравања или дисциплиновања људског понашања у

330 Х. Келзен, *Елементи теорије јравних норми*, 36.

331 Вид. G. H. von Wright, *Norm and Action*, London 1963; Д. Врањанац, „Норма као императив“, *Сирани јравни живој*, 2/2010, 7–24.

332 N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Torino 1993, 3, 69–73.

одређеном правцу, исто као и прави прескриптивни искази. На пример, 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 или саветује да се музика утиша.

Постоји неколико врста привидних прескриптивних исказа. 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 којима субјект сам од себе, пред самим собом или другим лицима, тражи од себе или налаже себи да нешто учини или не учини себи или другом, што се прихвата и сматра његовом обавезом. Важнија обећања се често дају јавно, у облику свечане заклетве. Због тога су она за један степен обавезнија врста тражења од молби, савета или препорука.

Првим друштвеним нормама најближи су *захтеви*. Налазе се на средини између „требања без заповести“ карактеристичног за молбе, савете, препоруке и обећања, и „заповедног тражења“ карактеристичног за праве друштвене норме. Они су принудни за сва друга лица на која се односе, јер им се предочава зло које могу да претрпе у случају њиховог неиспуњавања. Могу да буду легитимни и нелегитимни. *Легитимни* 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). *Нелегитимни* захтеви 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 најснажније од свих привидних прескриптивних исказа утичу на понашање лица којима су упућени. Пошто захтеви садрже претњу неким злом, они страхом од могућег зла (санкције) мотивишу лица да их испуне (нпр., жртву да преда паре разбојнику). Лица могу да испуне захтеве и њиховим добровољним прихватањем из навике или уверења (нпр., када родитељ издржава своје пунолетно дете на студијама или помаже свог болесног пријатеља).

Сви привидни прескриптивни искази, изражени у облику молби, савета, препорука, обећања или захтева, личе на друштвена правила која садрже праве заповести, али не располажу њиховом обавезујућом снагом. Они су „требање без заповести“. Насупрот њима, прави прескриптивни искази увек садрже праве заповести изражене у облику „заповедног требања“. Они су „требање са заповешћу“. На основу тога се може закључити како за одређивање карактера друштвених правила само требање није довољно, већ је потребно и да оно буде изражено у заповедном облику.

Такође, постоје прави и привидни дескриптивни искази. *Прави дескриптивни искази* не садрже ни требање 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, тј. *привидним дескриптивним исказима*. У том случају, норма садржи прескриптивни исказ у облику „заповедног требања“, само што он није видљиво изражен. Згодан пример представљају тзв. „норме дефиниције“, у којима се одређује какав је орган „скупштина“, јер скупштина не може другачије да буде основана и уређена. Ко би ту поступио друкчије, постао би подложен државној санкцији.

Најважнија разлика између прескриптивних и дескриптивних исказа проистиче из њихове функције – прескриптивни искази саопштавају нечије жеље и вољу, чиме *нейосредно* утичу на људско понашање у одређеном правцу, док дескриптивни искази обавештавају о чињеницама, и на тај начин *јосредно* утичу на понашање људи у жељеном правцу. Та разлика омогућава да се о нормама као друштвеним правилима која садрже заповести закључи још понешто.

Пре свега, све друштвене норме које садрже „заповедно требање“ представљају „праве“, „потпуне“, тј. савршене“ друштвене норме. Оне поседују то својство независно од тога да ли је у њима заповест формулисана изрично (као у правим прескриптивним исказима) или прећутно (као у привидним дескриптивним исказима), јасно или нејасно, одређено или неодређено итд. Такође, у њима су 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.

Све норме које у различитим степенима садрже „требање без заповести“ представљају „привидне“, „неостварене“ или „могуће“,

тј. „несавршене“ норме, и то само када су легитимна оба њихова елемента. То нису правне норме, али могу то да постану. Будући да су такве норме изражене привидним прескриптивним исказима, 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 норме, прави дескриптивни искази садрже само „обавештења о норми“ у претпоставкама диспозиције и санкције. Они олакшавају ближе упознавање са садржајем заповести у диспозицији и санкцији норме. Будући да упућују на постојање прескриптивних исказа у норми, они на тај посредан начин одређују понашање људи. Очигледно, норма не може да буде норма ако садржи само праве дескриптивне исказе. Потребно је још да садржи „заповедно требање“.

Из реченог произлази да све норме морају да садрже прескриптивне и дескриптивне исказе. Прави прескриптивни искази и привидни дескриптивни искази чине норме обавезним императивним правилима, привидни прескриптивни искази чине норме само могућим императивним правилима понашања, док прави дескриптивни искази не чине никакве норме већ садрже обавештења о њима. Због тога је за норму као друштвено правило које садржи заповест важније њено *примарно* императивно од њеног *секундарног* индикативног значења.³³³ Дакле, Џон Остин, 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“.³³⁴

2. Врсте друштвених норми

Друштвене норме се у правној теорији разврстају на различите начине и врсте. Карактеристична је подела на друштвене норме у ширем смислу, у које спадају бројне техничке норме и технички стандарди, и друштвене норме у ужем смислу (друштвене

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

334 J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, 159 и даље.

прописе), у које нарочито спадају обичајне, традицијске и моралне норме, норме друштвених субјеката и правне норме.

2.1. Техничке норме и стандарди

Техничке норме 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). И техничке норме могу да се прекрше. Али, њихов прекршилац неће због тога бити санкциониран јер оне немају санкцију. Довољно је то што због њиховог непридржавања неумитно наступају штетне последице за односног субјекта. Али, то није апсолутно правило.

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. 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 средини између природних закона и правих друштвених норми, могу да буду снабдевене друштвеним и правним санкцијама када то налаже посебан друштвени интерес. Такав је случај са нормама којима се одређује карантин лицима или животињама због опасности од преношења и ширења заразних болести. Када се то догоди, друштвене норме постају друштвени прописи.

2.2. Друштвени и правни прописи

Друштвене прописе – за разлику од техничких норми и стандарда – људски дух ствара, а не открива. Они представљају запознати једне воље упућене другој вољи. Њима се непосредно уређују односи међу људима. Те заповести су снабдевене друштвеним санкцијама у случају њиховог кршења.

Према томе ко ствара друштвене прописе, а нарочито према томе ко примењује санкцију у случају њиховог кршења, друштвени прописи могу да се поделе на три главне врсте.

Прву главну врсту сачињавају *норме дифузне заједнице*, тј. прописи које стварају и примењују друштвене групе у којима не постоје специјализовани органи за примену санкција. У најважније такве норме спадају обичај, традиција и морал. На пример, норме које налажу да млађе особе поздрављају старије представљају обичајне норме; норме које налажу прославу породичног празника представљају норме које припадају традицији (традицијске норме); док норме које налажу лично поштење и истинољубивост представљају моралне норме.³³⁵

Обичај (од лат. *mores*, у смислу обичаја, карактера, нарави, понашања) представља друштвену норму која настаје самостално, мање-више спонтано, дуготрајним понављањем истог понашања у истим или сличним ситуацијама, тако да се код људи ствара свест о његовој обавезности (нпр., да млађе особе прве поздрављају старије). То није случај са *навиком*, која личи на обичај и може да буде подлога за образовање обичајне норме: кршење обичаја сматра се огрешењем о друштвену норму, а кршење навике одступањем од уобичајеног понашања. У првом случају реч је о деформацији у понашању којим се крши друштвено правило, а у другом о аберацији у понашању без кршења друштвеног правила.

Традиција (од лат. *traditio* – предање, у смислу раширености и прихваћености у народу: нпр., прослављање породичног празника) такође игра важну улогу у праву, јер се већина друштвених и правних норми преноси из старих или најстаријих права у савремено право преко сачуване традиције. Налази се на средокраћу између обичаја и навике, због чега располаже већим степеном обавезности. Сачињавају је друштвене норме које је обично веома тешко разликовати од старих или древних обичајних норми. Готово једина поуздана разлика између традиције и таквих древних обичајних норми постоји у погледу степена њихове друштвене обавезности који је, ипак, слабији када је реч о традицији. У европском континенталном праву 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 традицији).

335 Ph. Harris, *An Introduction to Law*, Cambridge Un. Press, 2007, 23–26.

Традиција је данас особито јака у гранама наследног и породичног права. Традицијске норме понекад постају обичајне или чак правне. У Енглеској се и данас сматра да неке норме које припадају традицији имају уставни карактер. Традиција показује да је право стара културна творевина.

И *морал* (од лат. *moralis* – моралан) представља посебну врсту друштвених норми, која је изворно потпуно аутономна. То важи само за лични морал, а не и за друштвени који је хетерономан као и сви други друштвени прописи. На пример, моралне су све норме које налажу поштење и истинољубивост. Будући да је човеково генеричко својство да је морално биће, насупрот моралним наказама, осећајем за моралност натопљени су сви човекови поступци и све човекове творевине. Невоља је што нису натопљени истим садржајем или у истој мери.

Другу главну врсту друштвених прописа чине *норме друштвених организација*. Реч је о прописима које стварају и примењују њихови специјализовани органи. 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 правни прописи.

Трећу главну врсту друштвених прописа сачињавају *норме које ствара или само примењује држава*. 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 не представљају друштвене, већ правне прописе.

2.3. Разлике између друштвених, правних и моралних прописа (однос права и морала)

Када се упореде *друштвени и правни прописи*, може се запазити неколико важних разлика.

Пре свега, друштвени прописи се разликују од правних према степену своје *формализованости*. Док за обичајне, традицијске и моралне норме често није могуће тачно утврдити субјекте обавеза и овлашћења, дотле је то релативно лако учинити за правне нор-

ме. Формализованост као мерило показује да су правне норме институционализоване од тренутка свог стварања до тренутка своје примене, док то најчешће није случај с обичајним, традицијским или моралним нормама.

Такође, код обичајних, традицијских и моралних норми није развијена посебна *хијерархијска лестивица*, нити је посебним механизмима обезбеђена њихова *кохерентност*, *пошћуносћ* и *одређеност*, као што је случај са правним нормама.

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.

Најзад, 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. То показује да су правне норме непосредно везане за организацију државне власти, док то не мора да буде случај с друштвеним обичајима, традицијом, моралним нормама или нормама друштвених организација.

Када се упореде само *јравни* и *морални јройиси*, тј. правне и моралне норме, може се такође запазити неколико важних разлика. Оне налажу додатно разматрање односа права и морала.

Пре свега, правило је да су сви друштвени прописи обавезнији за односне субјекте када су подржани моралним нормама. То нарочито важи за правне прописе, јер право и морал усмеравају људско понашање ради остварења одређених вредности, прилагођавају се спољним утицајима и променама у друштву и теже постизању потпуног обухватања и нормирања односа на непротивречан, јасан и одређен начин.³³⁶ Према том заједничком циљу, моралне норме су најближе правним.

Такође, моралне норме имају једнострану, а правне норме двострану карактер.

И природа морала је једноставнија од природе правне норме, која је сложенија: морал је само императивна појава, а право у исто време императивно-атрибутивна појава (од латинских речи *imperio* – заповедати, прописивати, налагати и *atribuo* – поделити, дозначити).

336 Ц. Раз, 229–230.

Морал се изражава једноставном формулом *do fas* („дај да учиниш људима“), док за право постоје сложеније формуле: *do ut des* („дајем да ми даш“), *facio ut facias* („чиним да ми учиниш“) или *do ut facias, facio ut des* („дајем да ми учиниш, чиниш да би ми дао“).

За постојање морала није нужно постојање других људи. Човек има моралне обавезе и према себи, а не само према другима, као што је случај са правом. (За постојање моралних норми довољан је само један човек, а за постојање права најмање два.) Због тога морал може у исто време да буде лични и друштвени, док право може да буде само друштвено.

Морал обухвата све спољашње и унутрашње акте. Моралној норми одговарају, или не, сви свесни и слободни акти, жеље или мисли, док право обухвата само друштвене акте који су једнаки актима других људи према нама.

Најзад, док је за неки неморалан акт првенствено надлежан унутрашњи суд савести, за неки незаконит правни акт првенствено је надлежан спољашњи формални суд са његовим спољашним казнама којима се поново успоставља деликтом нарушена равнотежа.

Произилази да право испољава неколико особина које га јасно разликују од морала: прво, право је двострана или императивно-атрибутивна појава, а морал једнострана или императивна појава; друго, право је изразито друштвена појава, док је морал мешовита, „лично-друштвена“ појава; и треће, право има спољашњи карактер по својој природи и санкцији, док морал има унутрашњи карактер по својој природи и санкцији.³³⁷

Упркос наведеним разликама, *право се ослања на морал и морал на право*. Али, под налетом научног и правног позитивизма, појавила су се схватања која раздвајају морал од права (од Хуга Гроцијуса и Имануела Канта до Џона Остина, Ханса Келзена, Херберта Харта и Ричарда Поснера). Карактеристично је Остиново а делом и Хартово раздвајање права од морала. Према Остину, убеђеном позитивисти, право обавезује и када се крше морална правила; и обратно, оно што је морално исправно не мора бити правно обавезно.³³⁸ Према Харту, умереном позитивисти, поставка о појмовној одвојености морала од права може

337 С. Троицки, 19–21.

338 J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, 17.

се ублажити. Он дозвољава конвенцију по којој је услов важења неког стандарда његова морална вредност јер су правна правила понекад обавезујућа за судије управо због њихове моралне вредности.³³⁹

Приказана схватања су сасвим супротна старијим, чисто етички надахнутим учењима која поистовећују морал са правом (као што је био случај у антици са учењима Платона и Аристотела или у средњем веку са учењем Аурелија Августина или Томе Аквинског). Такво поистовећивање права и морала, када би оно заиста било могуће, вероватно би се и данас сматрало пожељним циљем. Одјек таквог настојања се препознаје у учењу Роналда Дворкина, по коме свако правно правило мора да располаже својом моралном димензијом.³⁴⁰ То је разлог зашто се Дворкиново учење сматра нормативним (због превласти моралних вредности), за разлику од Хартовог учења које се сматра дескриптивним (због превласти вредности чињеница).

Данас је преовладало треће, уравнотежено схватање. Према њему, право представља „етички минимум“ (Георг Јелинек) у смислу да моралне норме неопходне за одржавање друштва постају правне. Тај минимум морала у праву сачињава „скуп свих моралних захтева, чије је поштовање у једном датом периоду развоја неопходно потребно“.³⁴¹ Будући да се право и морал делом „допуњавају“, а делом „одбијају“ једно од другог (Артур Кауфман),³⁴² исправним се сматра право које садржи барем „минимум моралности“ (Лон Фулер).³⁴³ Ово, треће становиште, потврђује и правна пракса, која и те како води рачуна о томе да ли је нека правна норма супротна моралној, односно да ли је тумачење правне норме сагласно с јавним моралом.³⁴⁴ Произилази да „Морал више не лебди изнад права... он улази у позитивно право а да се у њему не раствара“ (Јирген Хабермас).³⁴⁵ Ипак, право је испод морала, а не само испод правде.³⁴⁶

339 X. Hart, 169.

340 Вид. Р. Дворкин, *Царство права*, Београд 2003.

341 G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1890, 38.

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

343 Л. Фулер, *Моралности права*, 49 и даље, 114–136.

344 Ph. Harris, 18 и даље.

345 J. Habermas, *Kako je moguća legitimnost putem legalnosti*, Zagreb 1987, 140. Вид. J. Habermas, *Law and Morality*, Harvard University Press, 1986.

346 Ph. Harris, 19.

3. Појам правне норме

Правна норма представља посебну врсту друштвених норми. Она је, како се обично каже, правило о понашању људи снабдевано државном санкцијом (ко другог убије биће кривично кажњен; ко учини штету дужан је да је надокнади итд.).³⁴⁷ Али, према неким правницима, „правне норме могу постојати без санкције, али не могу бити без државног органа који би санкцију накнадно одредио и осигурао казнено извршење“.³⁴⁸ На основу тога може се закључити како је за правни карактер неке норме довољно да постоји само „могућност“ да државни орган накнадно одреди и изврши санкцију. Када би се то дословно прихватило, држава би постала изванпраправни 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. Пошто такве норме не садрже одредбе о нечијој обавези да их правно осигура санкцијама, нити да санкције буду извршене, ради се о неоствареном праву, привиду права или барем нечем попут „голог права“ (*nudum ius*). Такође, постоје правници (нпр., Еуген Ерлих, Жорж Гурвич, Норберто Бобио) који тврде да санкција уопште није одлучујуће мерило за правни карактер норми јер се већина норми примењује добровољно, а не принудно. Из тога се погрешно закључује да основ правне обавезности проистиче из унутрашње моралне, а не спољашње принудне физичке снаге таквих норми.³⁴⁹ То би значило да су правне само норме које морално мотивисани појединци добровољно извршавају, док то не би био случај са нормама које морално немотивисани појединци не извршавају.

Поред примене државне санкције, постоје и друга важна мерила која обезбеђују правни карактер нормама, као што су: вредносна усмереност норми, њихов садржај, начин настајања, познатост творца норми и одређеност лица којима је норма упућена, кодификованост норми, врста и састав понашања које се нормама захтева, њихова императивност и атрибутивност итд.³⁵⁰ Нека од тих мерила нису довољно одређена, јер се подједнако успешно

347 Р. Лукић, 200–201.

348 В. Perić, *Struktura prava*, I, 43.

349 N. Bobbio, 135.

350 Г. Вукадиновић, *Теорија државе и права II*, 109–114.

могу применити на друштвене и правне норме, 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

Већ је истакнуто да право у проширеном смислу располаже свим или барем већином заједничких правних својстава. То важи и за правне норме које, такође, треба да располажу свим или барем већином заједничких правних својстава. На основу располагања тим својствима, могу се одредити три врсте правних норми различитог степена правности: потпуне, непотпуне и недовршене. Све три врсте правних норми су тако повезане да сачињавају читав један правни „свет норми“.³⁵¹ Ако се, пак, право одреди у суженом смислу, тада је довољно да правне норме располажу само могућношћу примене државне санкције. У том случају, уместо три постоји само једна врста правних норми, док су све друге друштвене.

Које год значење права да се изабере, остаје да свака правна норма мора да садржи заповест о понашању људи у друштву. Ту заповест, изражену у облику „заповедног требања“, не треба изједначавати са начином на који је заповест формулисана у норми, јер постоје норме у којима заповест постоји али није видљиво изражена. Такође, постоје и привиди норми, које садрже „требање без заповести“. На основу те разлике, правне норме могу да се поделе на праве и привидне (могуће).

Треба истаћи да се заповешћу у правној норми увек налаже оно што „треба да буде“ (*de lege ferenda*). Та суштински идеалистичка страна правне норме показује две ствари: да норма постоји прво чисто *виријуелно* (изван простора и времена, само као садржај свести свога творца), а затим и *актијуелно* (у времену, али изван простора, као садржај свести свога творца, тумача и обавезаних субјеката). Такво актуелно постојање норме је могуће, будући да је „значење у свом актуелном облику увек једна врста бивствовања“.³⁵² Самим тим, може се сматрати како и заповест представља једну врсту постојања (додуше, само временског, као садржаја људске свести). Оно само није материјализовано (изван је простора, али није изван времена и односних садржаја свести људи,

351 N. Bobbio, 3.

352 D. Bohm, 87 и даље.

изузев у случају непознавања норме). Згодан пример да норма може да постоји само актуелно представља њено важење. Правна норма важи све док је саставни део важећег система правила, независно од тога да ли се примењује или не. Она и престаје да важи на исти начин, независно од тога да ли је икад била примењена. У оба случаја норма, као смислена и сврсисходна творевина, има за циљ остваривање одређених вредности у стварности. Такво двоструко идеално: виртуелно и актуелно постојање показује да заповест у норми увек мора да буде *вредносно заснована* и *сазнајљива* као садржај свести односних субјеката права.

Правна норма има и своју суштински реалистичку, материјалну страну – она је нешто што „јесте“ (*de lege lata*), дакле, нешто што постоји *реално* и материјализовано је (у времену и простору), а не само нешто што „треба да буде“. Реалистичка страна јасно показује да правна норма мора да буде *практично усмерена* (*ојеративна*) и *корисна*. Она је практична, тј. оперативна, када је погодна за примену, а корисна када преко понашања односних субјеката производи жељено дејство. Њен задатак је да регулише друштвене односе, буде примењена у стварности и способна да ту стварност мења у задатом правцу. Дејство правне норме се увећава када је здружена са другим важећим нормама.

Произилази да „треба“ и „јесте“ не само да постоје у правној норми, већ и да се допуњавају, преливају једно у друго и стварају смислену целину способну да се оствари. Правна норма показује да је привидан дуализам између праведности и корисности, вредности и стварности, идеалистичке и реалистичке стране права.³⁵³

3.2. Шта није правна норма

Подразумева се како се на питање шта није правна норма може одговорити тако што ће се рећи да није правна она норма која располаже мањим бројем заједничких правних обележја или која макар посредно не садржи „заповедно требање“.

Постоји још једна важна разлика на коју треба скренути пажњу. Наиме, од правне норме треба разликовати чланове или параграфе који се налазе у правним актима, јер се они сасвим ретко подударају с целом правном нормом. Један члан или параграф најчешће садрже део једне, а понекад и више правних норми. То је случај и када се делови исте правне норме налазе у различитим

353 Вид. Д. Митровић, „Идеалистички и реалистички појам права“, *Анали Правној факултету у Београду*, 1/2013.

члановима истог акта или када се један део правне норме налази у једном, а други у сасвим другом правном акту. Тек заједно, оба дела норме сачињавају правну норму.

Може се запазити да правна норма не може постојати без свих својих делова. Само, они не морају да буду на истом месту, тј. у истом члану или параграфу, као што се понекад догађа када се норма и параграф збиља подударају. Такав став подржава и правна наука, која правну норму схвата као сложену и недељиву целину. Она не може да се подели а да и даље буде норма. Када се то учини, преостају само главни и споредни елементи норме без саме норме. И обратно, тек када су сви потребни елементи на окупу и распоређени, они заједно чине једну правну норму.

Састављањем делова, тј. њиховим повезивањем у норму, као и растављањем норме на делове, бави се правна догматика приликом истраживања нормативне стране права.

4. Састав правне норме

Свака правна норма има сложен састав. Састоји се из три или четири елемента, од којих су два главна – диспозиција и санкција. Обе садрже два прескриптивна исказа, тј. две алтернативне заповести о понашању. Поред главних елемената, правне норме имају један или два споредна елемента – претпоставку санкције и претпоставку диспозиције. Обе су два права дескриптивна исказа, 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 само условне норме имају претпоставку диспозиције.

Приказани састав правне норме навео је неке 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. Прва врста норми била би упућена свим субјектима права, а друга само државним органима задуженим за примену санкције. Ако таква тврдња можда 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 највећи број писаца диспозицију и санкцију исправно сматрају алтернативним правилима понашања у правној норми, а не двама правним нормама. Захваљујући таквом схватању, 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. Тиме се постиже да сви елементи правне норме буду тачно подешени и да изражавају исто вредносно опредељење свог творца.

4.1. Претпоставка диспозиције правне норме

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. На основу тога, 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 мушкарци који наврше шездесет пет година живота или четрдесет година радног стажа стичу право на 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 стопи).

Претпоставком диспозиције се одређује догађај који још није наступио, али који је могућ, вероватан или чак неизбежан. Тај догађај мора да се оствари да би за односног субјекта наступила обавеза да поступа по диспозицији. Због тога се претпоставка диспозиције 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.

4.2. Диспозиција правне норме

Диспозиција правне норме је први главни део норме. Она је примарно, условно, релативно и алтернативно нормативно правило понашања (обичајно, морално или неко друго друштвено), тј. заповест једне воље (која располаже влашћу) упућена другој вољи (нпр., којом се налаже 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 први нормативни састојак, који норми обезбеђује императиван а не правни карактер. Такође, 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 условна заповест, не значи да је и правна норма као целина условна заповест јер, поред диспозиције, правна норма садржи и санкцију као секундарно правило понашања, чију примену у крајњем обезбеђује држава својим апаратом принуде.

Постоје различите *врсте диспозиција*. Према начину на који је формулисана заповест, разликују се наређујуће и забрањујуће од овлашћујућих и декларативних. *Наређујуће* диспозиције наређују субјекту да се понаша на одређен начин, тј. заповедају му да изврши извесну позитивну радњу (нпр., 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): забрањено је убијати, красти, клеветати другог итд. И у њима је заповест јасно формулисана и изражена, као код наређујућих диспозиција. *Овлашћујуће* диспозиције овлашћују субјекта на једно понашање. Оне субјекту нити наређују нити забрањују одређено понашање (нпр., свако има право на заштиту здравља). Ипак, и оне садрже заповест за све друге да не ометају овлашћеног субјекта у уживању његовог права. Најзад, *декларативне* (проглашавајуће) диспозиције пружају опис, објашњење или дефиницију, и на изглед не садрже никакву заповест, због чега се називају „нормама дефиниције“. Иако се њима дефинишу појмови, оне нису мање правне од других норми. И декларативне диспозиције садрже заповест, само та заповест није приметна, скривена је или се подразумева, јер је изречена привидним дескриптивним исказима. Такође, декларативним диспозицијама се у једнакој мери одређују овлашћења и обавезе односних субјеката припрећени санкцијом због могућег

непоштовања (нпр., због кршења одредби Закона о употреби грба, заставе и химне Републике Србије). Санкција се састоји у томе што ће свака другачија употреба изван оквира дефинисаног израза произвести незаконит акт.

Према степену слободе, тј. одређености, диспозиције се могу разврстати на апсолутно и релативно одређене. *Апсолутно одређене* диспозиције (категоричке, императивне, когентне, стриктне) садрже тачно одређену заповест која односним субјектима не оставља никакву слободу. Најодређеније су наређујуће и забрањујуће диспозиције, као и диспозиције у нормама дефиниције. *Релативно одређене* (дисјунктивне) диспозиције располажу различитим степенима слободе, тј. одређености за односне субјекте овлашћења и обавеза. Могу се поделити на 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.

Диспозиције с неодређеним појмовима и правним стандардима настале су због превелике сложености и разноврсности друштвеног живота, као и због немоћи њихових твораца да правом унапред обухвате целокупан друштвени живот. Због тога творци посежу за неодређеним појмовима, јер би, у противном, морали да доносе бесконачно велик број норми које би право учиниле неупотребљивим. Иако су унапред неодређени, ти појмови се накнадно тачно одређују и прецизирају према околностима сваког 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. А да ли родитељи збиља васпитавају и издржавају своју малолетну децу, накнадно се тачно утврђује у сваком конкретном случају.

Нарочито се у грађанском, трговачком, породичном и управном праву користе неодређени појмови који се називају *правним стандардима*. То су појмови који мењају конкретну садржину, али не мењају своју суштину (нпр., „савестан“, „добар домаћин“, „брза возња“, „опасан“, „јавни ред и мир“, „јавни морал“, „општи интерес“, „добар грађанин“, „правична накнада“ итд.). Да би се проценило да ли је субјектово понашање у складу са нормом, узима се у обзир не само конкретна ситуација већ и претходно дефинисан стандард понашања (нпр., по дану и на аутопуту, брзина од 130 километара још није недопуштено брза возња, али ноћу на рђа-

вом путу и брзина од 50 километара може то да буде). Очигледно, суштина диспозиција са неодређеним појмовима и правним стандардима састоји се 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 понашање које ће субјект обавезе да изабере, јер то зависи од његове воље (нпр., поверилац има само 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, дакле, субјект овлашћења може само да захтева да субјект обавезе испуни своју 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 унапред и тачно одређених понашања, у чему се једино састоји његова слобода. Алтернативним се сматрају и норме чија санкција овлашћује судију да бира између новчане или затворске казне за одређено кривично дело.

Диспозиције са дискреционом влашћу (овлашћењем, правом, слободном оценом) још мање су одређене. Њима се овлашћују државни органи, нарочито управни и судски, да у конкретном случају који је предвиђен правном нормом тачно одреде једино могуће понашање за односног субјекта обавезе које је у складу са правном нормом. Важно је запазити да је државни орган, као субјект овлашћења, једини слободан да одреди то понашање за односног субјекта обавезе.³⁵⁴ На пример, управни орган дискреционо поступа када одлучује да ли ће да изда, или не, путну исправу, оружани лист или грађевинску дозволу. Али, и судски орган поступа на основу слободног судијског уверења када за утврђено кривично дело обичне крађе, за које је 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?

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

Дискрециона власт је, очигледно, посебна врста делегиране, правом предвиђене и додељене државне власти. То није самовољна власт, како би могло да се учини, јер је државни орган обавезан да се руководи начелом законитости (што представља *објективну* *границу* дискреционе власти) и начелом целисходности, тј. јавним интересом или интересом службе (што представља *субјективну* *границу* дискреционе власти). Ако он то не чини, већ крши прописе или се руководи личним интересом, тада крши право и злоупотребљава поверену дискрециону надлежност.

Како би се отклонила опасност од злоупотребе, дискрециона власт управних и судских органа увек мора да буде ограничена, јер њихове одлуке могу да се оспоравају само због незаконитости (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), а не због нецелисходности (нпр., због тога што је грађанин осуђен на годину дана затвора због кривичног дела обичне крађе или што му је одбијен захтев за издавање путне исправе, оружаног листа или грађевинске дозволе), у чему се заиста и састоји слобода ових органа.

Дискрециона власт увек мора да буде тачно одређена, најбоље таксативно. Па ни тада, државни орган коме је дискрециона власт дата није слободан да користи дискреционо право по свом нахођењу. Њему је унапред тачно одређено какву норму треба да створи, тј. он је слободан само да изабере једну између више попућених норми (да изда, или не, путну исправу, дозволу итд.). И тек тада, он може слободно да процењује конкретне околности у сваком појединачном случају. У противном, његов акт биће поништен, а његова службена лица кажњена.

Диспозитивне (заменљиве) диспозитије дају још већу слободу односим субјектима да уреде своје односе. Оне се најчешће сусрећу у гранама права где важи начело аутономије воља странака (грађанско, наследно, облигационо, трговачко итд. право). Њима се допушта да диспозитију законске или неке друге правне норме замене диспозитијом коју сами створе сагласношћу својих воља. На пример, законски рок за испоруку робе је осам дана, изузев ако се продавац и купац другачије не договоре. У случају диспозитивне диспозитије, субјект на кога се односи диспозитија сам ствара диспозитију којом регулише сопствено понашање или понашање других субјеката. На пример, у § 13 Грађанског законика Кнежевине Србије из 1844. године стоји: „воља и наредба човечија заступа закон“, а када те воље и наредбе нема, „закон надокнађује

вољу и наредбу човечију“. Али, то не значи да диспозитивне диспозитије 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 диспозитија је обавезна као и било која друга принудна диспозитија. Али, када субјекти ништа не изјаве (ћуте), сматра се да су прихватили законско решење.

Произилази да су све диспозитије императивна правила која одређују обавезу за односне субјекте независно од тога како је у њима заповест формулисана. Али, саме диспозитије не обезбеђују нормама правни карактер.

4.3. Претпоставка санкције правне норме

Претпоставка (хипотеза, услов) санкције другачије се назива „секундарна претпоставка“. Она садржи опис прекршаја диспозитије (или деликта) који тек треба да се догоди да би се применила санкција. На пример, 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. Због тога ни она нема нормативан, већ индикативан карактер, као и претпоставка диспозитије.

Претпоставку санкције треба разликовати од прекршаја, деликта. Претпоставка санкције је нужан део сваке правне норме. Она пружа одређење деликта и као таква омогућава везу диспозитије 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 диспозитији правне норме, тј. у неизвршењу правне обавезе супротно или забрањеном радњом. Као такав, деликт је негација диспозитије и услов за примену санкције описан у претпоставци санкције норме.

4.4. Санкција правне норме

Санкција као нормативно правило представља други главни или завршни део правне норме. Она је алтернативно и секундарно правило понашања које је обавезно за прекршиоца диспозитије.

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 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, наравно, примењује за то надлежан државни орган поступајући према диспозицији друге норме. Односном субјекту је само остављено на вољу да бира хоће ли да примени или крши диспозицију, док 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“. Важно је запазити да ни она не представља целу правну норму. Штавише, она је бесмислена без диспозиције чијем остварењу служи. Али, једино она норми обезбеђује правни карактер.

И санкције могу да буду мање-више одређене (нпр., алтернативне, дискреционе или диспозитивне /уговорна казна/) или мање-више 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 или донета судска пресуда којом се неком окривљеном лицу изриче казна затвора од једне године).

Будући да су санкције правних норми уперене према прекршиоцима који јој подлежу, таква подложност прекршилаца диспозиције санкцији назива се *јавна одговорност*. Она се одређује према разним мерилима. На пример, према томе да ли се санкција односи на једно или више лица, разликује се *индивидуална* од *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, постоји *кривична*, *грађанска*, *дисциплинска* итд. одговорност, као и *одговорност за друштво*: одговорност родитеља или старатеља за малолетне особе, одговорност за поступке душевно болесних или умно заосталих особа, као и најновија одговорност послодаваца за раднике.³⁵⁵

355 D. Vrban, *Sociologija prava*, 272–281.

Савремена права у исто време одређују 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 и противправни напад од себе или других; „крајња нужда“, када лице чињењем штете од себе и других отклања истовремену и нескривену опасност; и „чињење штете уз пристанак оштећеног“ (*volenti non fit iniuria*), када оштећена особа пристане на штету која је правно дозвољена, морално прихватљива и односи се на добра којима она као оштећеник располаже.³⁵⁶

Поред нормативног значења санкције постоји и њено фактичко значење. У том свом другом главном значењу, санкција представља принудну меру, а не елемент правне норме.

5. Врсте правних норми

Правне норме могу се разврстати према различитим мерилима. Ево неколико карактеристичних подела.

Према субјектима који их стварају, правне норме могу се поделити на *државне, аутономне и мешовите*. Државне норме се додатно могу поделити према врстама државних послова (државним делатностима) и врстама државних органа који их стварају на уставне и законодавне, норме шефа државе, норме владе, судске и управне норме. Исто мерило се може користити за поделу аутономних норми друштвених организација (норме у колективним уговорима и уговорима у предузећу, норме синдиката, послодавачких удружења, предузећа итд.), што није случај са мешовитим државно-аутономним нормама.

Према обиму и кругу субјеката на које се односе, тј. према одређености адресата, правне норме се могу поделити на опште и појединачне (индивидуалне). *Опште* норме односе се на унапред неодређен број субјеката (физичких и правних лица) и ситуација (односа). У њима адресати нису одређени именом, презименом или називом већ апстрактно, као скупови субјеката (нпр., сви грађани су дужни да плаћају порез; свако је дужан да служи војску; родитељ је дужан да васпитава децу итд.). Њихову општост

356 N. Visković, 164–165.

подржавају њихова сталност и трајност. Једном примењена општа норма односи се на све описане субјекте или ситуације док они постоје. Због тога се ове норме још називају *јравна јравила*, будући да намећу једну врсту правилности у будућим понашањима субјеката поводом одређене врсте односа. У опште правне норме спадају и *јравна начела* (правни принципи). То су најапстрактнија основна правила на којима се заснива неко право. Оне представљају неку врсту „норми над нормама“, тј. највиших правних норми, будући да изражавају основне вредности којима служи целокупно право (начело законитости, начело праведности, начело правне сигурности, начело аутономије воље итд.).³⁵⁷ Појединачне (индивидуалне) норме односе се само на један тачно одређен случај који се у норми тачно именује (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 и такви случајеви. Подразумева се да појединачне норме морају да буду сагласне с општим нормама кад год оне постоје.

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

Према степену слободе односних субјеката, тј. према степену своје одређености, правне норме се деле на *којентивне* и *дисјунктивне* норме. Когентним нормама се уређују односи у којима често долази до сукоба због чега се субјектима не даје право да сами одлучују како ће се понашати. Они могу само да одлуче хоће ли да примене норму или ће да је прекрше. Другим речима, у случају когентних норми субјекти немају могућност избора између два или више допуштених понашања, док таква могућност постоји у случају дисјунктивних норми. У дисјунктивне норме се убрајају: норме с неодређеним појмовима и правним стандардима, алтернативне норме, норме с дискреционом (слободном) оценом, диспозитивне норме, норме с оквирно одређеним елементима тра-

357 Вид. А. Kaufmann, „Das hermeneutische Verständnis der juristischen Methode“, *Архив за јравне и груштивне науке*, Београд 4/1996, 987–1008; N. Visković, 174–175.

жења у којима се овлашћења и обавезе субјеката крећу у задатим границама „од – до“ (нпр., висина камате на банкарски зајам) и нормe с оквирно одређеним казнама (нпр., казна затвора од три до десет година).³⁵⁸

Према начину на који је заповест формулисана, правне нормe деле се на *наређујуће, забрањујуће, овлашћујуће и декларативне*, о чему је било речи.

Према предмету регулисања, тј. врсти друштвених односа, правне нормe се деле на *уставне, имовинске, радне, ујравне, њрјо-вачке, социјалне, кривичне, њроцесне* итд.

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

Према правцу деловања у времену, разликују се нормe с *активном и рејроактивном снајом*.

Према правној снази којом располажу, нормe се деле на *највише, више, ниже и најниже*. Највише су уставне нормe, а најниже нормe у појединачним правним актима. Између њих се налазе све друге више и ниже правне нормe.

Према томе да ли се ради о нормама којима се регулишу друштвени односи (нормe о односима) или облици (нормe о формама), правне нормe се деле на *материјалне* (супстанцијалне) и *формалне* (процедуралне) итд.

6. Повезивање правних норми

Нормe се повезују на различите начине. Повезивање има за циљ да све нормe уреди у јединствену целину, од врха до дна и од дна до врха. Тај циљ се постиже коришћењем *јравнојехничких начела* која изражавају темељне вредности датог система права. Она се могу проширити формалним или *инструменталним начелима*: нпр., с Фулерових осам захтева за постојање унутрашње моралности права (општост, обнародовање, забрана злоупотребе повратне правне снаге, јасност, непротивречност, остваривост,

358 N. Visković, 178.

постојаност правних правила и сагласност између проглашених правила и начина на који се она примењују),³⁵⁹ а у још ширем смислу *интерпретативним начелима* (идентитета, противречности, искључења трећег итд.), *начелима до којих се долази уопштавањем норми* садржаних у правним актима (нпр. слободе уговарања, слободе судског уверења, застаревања имовинских потраживања итд.) и *материјалним (вредносним) начелима* (нпр., правде, сигурности, једнакости, реда и мира итд.).

Карактеристична су три правнотехничка начела. Прво је *начело кохерентности*. Оно изражава потребу права као система да буде што је могуће више усклађено, са што мање антиномија, празнина и неодређености, тј. да буде што мање противречно. Друго, *начело јединствености*, засновано на традицији римске јуриспруденције и каснијег европског континенталног права, има циљ да обезбеди садржинско заокруживање система права како би било што мање празнина у праву. Најзад, треће, *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, како би се обезбедило и формално заокруживање система права тако да ниже норме буду у складу са вишим од себе.³⁶⁰

За повезивање правних норми и њихово формално заокруживање нарочито је корисно разликовање општих (правних начела и правних правила) од појединачних и виших од нижих норми. Као што је речено, правним начелима се постављају темељи целокупног правног система и поретка. Та начела се даље разрађују правним правилима, којима се унапред прописују једнака правила понашања за све субјекте права. Затим се та општа правила даље разрађују појединачним нормама и примењују у конкретним случајевима. Ту правна начела служе као подлога правним правилима, а правна правила као подлога појединачним нормама. Када се ради само о општим правним правилима, ту више опште норме представљају подлогу нижим општим и свим појединачним правним нормама. То значи да појединачне норме не смеју да противрече општим, ниже опште – вишим општим, а више опште норме – највишим нормама на којима се заснива целокупни систем права.

Нешто другачија врста хијерархије успоставља се и између државних и аутономних норми. Највише су и најважније државне

359 Д. Митровић, *Моралности која љаво чини моћним*, у предговору књиге Л. Фулера, *Моралности љава*, 11.

360 N. Visković, 172–176; Г. Вукадиновић, II, 114–117.

норме у уставима, законима, уредбама итд., којима се уређују политички односи власти и државне организације. Тек затим своје место заузимају аутономне норме у колективним уговорима о раду, статутима, правилницима, пословницима итд., којима се уређују економски и пословни односи. На крају, појављују се појединачне државне и аутономне норме у указима, управним и судским актима или правним пословима, којима се непосредно регулишу конкретни друштвени односи. Али, показује се да чак и државне појединачне правне норме имају предност над аутономним појединачним правним нормама, јер незадовољна страна у спору увек може да се обрати за помоћ судском или неком другом државном органу.

Од начина на који се повезују правне норме зависи какав ће бити 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 општих и појединачних, виших и нижих итд. норми.³⁶¹

361 Р. Лукић, 218–219.

II глава

ПРАВНИ АКТ

1. Правни акт и правна норма

У правној науци и данас постоји неслагање поводом питања шта је правни акт. Због тога је потребно појам правног акта претходно разграничити од појма правне норме. Та потреба је навела поједине писце да посумњају у оправданост употребе појма правног акта који постоји упоредо са појмом правне норме.³⁶² По њима, није потребно да се удвостручују називи за једну појаву јер је реч о истој ствари која се само различито назива. У ствари, потребно је укинути тај неоправдани и штетни дуализам наметнут добрим делом утицајем француске правне школе на правне теоретичаре и практичаре.

Упркос таквом залагању писаца, може се запазити како укидање дуализма правног акта и правне норме, и то у корист правне норме а на штету правног акта, има један суштински недостатак који оспорава умесност таквог настојања. Наиме, правна норма не може да се објасни из себе саме, као некакав правни феникс, јер је потребно да постоји нешто што изазива и ствара правну норму, а то је управо акт који претходи норми или је барем временски истоветан са њом. Због тога је исправније рећи да је правна норма производ правног акта, који јој логички претходи, ствара је и одређује њена формална и материјална својства. А то значи да је прихватљивије гледиште друге групе писаца, према којима је, поред појма правне норме, потребно и корисно да постоји појам правног акта, независно од тога колико су ова два правна појма у теорији успешно развијена и међусобно разграничена. Такође, између појма правног акта и правне норме не може се ставити знак једнакости јер је појам правног акта шири од појма правне норме. Свака правна норма јесте правни акт, али сваки правни акт

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

није правна норма. Уз то, нормативни правни акт може да садржи само део једне или делове двеју или више правних норми, што такође оспорава тврдњу о његовој истоветности са нормом или о његовој излишности. Дакле, правна норма и правни акт нису исти појмовно, а ни временски.

Наведено друго схватање, које је данас прихватила већина правних писаца, изгледа очигледно, умесно и прихватљиво, под условом да се избегне другачије претеривање која такође доводи до нетачности. Оно се односи 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.³⁶³ Таква тврдња може се прихватити само када се прецизира појам правног акта, 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 (људске) радње, јер је та разлика, ипак, релативна – нормативни правни акт је оправдан када представља резултат психичких и физичких радњи људи, а материјални када је заснован на праву као резултату претходних (психичких и физичких) радњи људи. Очигледно, јединственим појмом правног акта могуће је обухватити све нормативне и материјалне правне акте. Први припадају нормативном елементу правног поретка, а други његовом фактичком делу, заједнички творећи исти претходни појам правног акта.

Нормативни правни акти могу се поделити на опште, који су извори права јер садрже општу правну норму, и појединачне, који нису извори права јер садрже појединачну правну норму. Изузетке представљају судски прецеденти и судска пракса, који су формални извори у англосаксонском праву. Такође, нормативни правни акти се могу поделити на државне и друштвене (организација и грађани); уставне и законодавне, шефа државе и владе, судске и управне; више и ниже; опште и појединачне; генералне и партикуларне; уставног, грађанског, породичног, финансијског, трговачког, радног, социјалног или кривичног права; акте материјалног и формалног (процедуралног) права итд. Да би се избегло понављање, о материјалним правним актима биће речи у делу о људским правним радњама.

363 Х. Келзен, *Елементи теорије правних норми*, 51.

2. Појам и обележја нормативног правног акта

За разлику од правне норме, 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, тј. правило о понашању, или представља услов за примену неке друге норме. У првом случају реч је о општим правним актима који су извори права, а у другом о појединачним правним актима који нису извори права.

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 *несазнајљив* непосредно, што није случај са телесним актом, и *крајкојтрајан* (као и све психичке појаве, пошто се психички доживљаји брзо смењују један за другим), што такође не мора да буде случај са телесним актом. Због тог значајног ограничења, потребно је да се нормативни правни акт учини трајним и доступним другима, тј. да се *материјализује*. За постизање тог циља користе се различита средства која омогућавају сазнавање унутрашњег психичког акта као изјаве воље и разума: ако је акт усмен, он се чује; ако је писан, он се чита итд. Спољни израз акта то мора верно да учини, јер, у противном, искрсава проблем неслагања унутрашњег, тј. правог правног акта са његовим спољним изразом.³⁶⁴ 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.

2.1. Карактеристични случајеви неслагања унутрашњег акта с његовим спољним изразом

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

Најједноставнији случај представља *омашка*, тј. грешка у изражавању (нпр., када се у уговору напише 1.000 уместо 100 динара или када сведоци усменог тестаментa нетачно изјаве како гласи тестамент).

364 Р. Лукић, 220–222.

Други случајеви неслагања спољног израза с унутрашњом суштином правног акта нису тако једноставни.

Први такав случај представља „заблуда“ (*error*). Она 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). Наведени пример се односи на тзв. „заблуду о чињеницама“ (*error facti*), коју треба разликовати од тзв. „правне заблуде“ (*error iuris*), тј. заблуде о постојању и садржини правних правила.

Други случај представља „превара“ (*fraus, dolus, captio*). Она постоји када је погрешна процена доносиоца акта изазвана намерном делатношћу другог лица (нпр., лажним представљањем).

Најзад, трећи такав случај представља „принуда“ (*metus*). Она постоји када се физичким или психичким средствима или само претњом о њиховој употреби тако делује на доносиоца да он донесе акт какав не жели (нпр., када лице потпише тестамент који је саставио неко други против његове воље или када преда новац разбојнику).³⁶⁵ Ту, у ствари, не постоји неслагање унутрашње воље са њеним спољним изразом, већ само неодољива сила или претња њоме, због чега лице прихвата оно што неће.

Случајеве заблуде, преваре и принуде право предвиђа и забрањује. Оно 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. Да би се избегла заблуда 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 важнијих аката подробно се одређује поступак којим се утврђује постоји ли принуда или превара (нпр., приликом закључења брака будући супружници се питају да ли су принуђени да закључе брак). Право одређује и ко све може да покрене поступак за поништавање аката који су донети због заблуде, преваре или принуде, а затим и мере за уклањање наведених узрока неслагања (нпр., против превараната и силеција примењују се кривичне казне).

365 Р. Паунд, II, 150–151.

2.2. Доношење нормативних правних аката

Право само уређује своје стварање. Та особина је навела Ханса Келзена да као његову посебну одлику истакне способност за „саморегулисање“ пошто се, збиља, правне норме стварају правним актима, док се доношење правних аката регулише претходним вишим правним актима који садрже норме којима се одређује доношење каснијих нижих правних аката. То саморегулисање укључује и способност права да се самоусавршава, као је што истицао Роналд Дворкин.

Наведени логички образац није довољан за потпуно разумевање способности права на властито регулисање јер, како ће неки нормативни правни акт да буде регулисан, зависи од читавог низа правила и околности. Основно правило је да виши правни акти одређују доношење каснијих нижих правних аката. Али, и од тог правила постоји један изузетак. Он се тиче доношења првог устава, које је правно сасвим слободно. Први устав представља формалну основу из које настаје читава зграда правних аката са њиховим нормама, али се он сам не ослања ни на какву формалну основу управо због тога што је први. Сви каснији уставни се ослањају на претходни устав, чиме се обезбеђује неопходан правни континуитет, изузев у случају формалноправне револуције, после које нов устав преузима улогу првог устава.³⁶⁶ И обратно, доношење нижих правних аката увек се регулише вишим правним актима (закон уставом, статут законом, правилник статутом итд.). Али, и од тог правила постоји један изузетак. Он се тиче правних празнина, када се појединачном нормом регулише неки конкретан однос без ослоња на општу норму. Такође, правило је да се подробно регулише доношење важнијих правних аката (закона, уредби итд.), а овлашно мање важних.

Укратко описаним начином регулисања и стварања правних аката, од врха до дна и од дна до врха, обезбеђује се да сви акти буду међусобно сагласни и да сложено дејствују у истом правцу како би право испунило своју улогу у друштву. 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)“.³⁶⁷

366 Х. Келзен, 127.

367 Р. Лукић, 223.

3. Облик и садржина нормативног 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 правног акта се одређује као скуп материјалних чинилаца и начина помоћу којих се акт ствара и испољава. Он 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 је садржина нижег акта често недовољно подробно одређена вишим актом.³⁶⁸ Такође, облик правног акта одређен је постојањем одговарајућих елемената. Њихов број и особености зависе најпре 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 нормативног правног акта састоји се из три елемента.

Први елемент, *надлежности* 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 органи специјализовани за доношење извесних врста аката, чије се доношење управо због тога ставља у њихову надлежност. Такав је случај с актима законодавних, извршно-управних и судских органа.

Други елемент, *поступак* по коме се акт ствара, састоји се из низа конкретних радњи које имају 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.

Трећи елемент, *материјализација* акта, састоји се 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., руковањем, којим се закључује правни посао). Када је реч о материјалном средству које мора да буде чулно, лако опазиво и што трајније, оно се бира тако да ва-

368 *Ibid.*, 224–227.

жнији акти дуже трају (нпр., хартија, пергамент, камен, бронза, глина, светлосна, звучна или ликовна порука) од мање важних аката. Том приликом долази до изражаја предност писаног облика над неписаним, јер писани акт јасније, трајније и објективније изражава и чува намере свог творца. Он садржи мноштво норми систематизованих у одређене целине. Због тога је прегледнији од неписаних аката. У њему су правне норме изражене прецизније и опширније. Када је потребно, уз акт може да се приложи одговарајуће образложење (нпр., као у пресуди или решењу). Писани облик нормативних правних аката олакшава њихово објављивање и упознавање великог броја субјеката са садржајем 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, тј. када је акт изречен или изведен.

Садржина нормативног правног акта састоји се из два елемента.

Први, *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 том главном елементу, сви правни акти деле се на опште и појединачне зависно од тога да ли се актом стварају правне норме или постављају услови за њихову примену.

Други, *споредни* елемент, састоји се у *означавању* о којој је врсти акта реч, који га субјект доноси, који је правни основ његовог доношења, место и време његовог доношења, а често и поступак по коме се акт доноси, циљ због кога се доноси, потписе одговарајућих органа, печате итд. Без споредног елемента заиста би било тешко 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.

4. Формални и садржински појам нормативног правног акта

На основу елемената форме или садржине, за сваки нормативни правни акт могу да се створе два његова појма – формални и садржински. Сви нормативни акти који имају исте елементе форме

припадају истој врсти правних аката, што је случај и са свим актима који имају исте елементе садржине.

Приликом одређивања *формалној* појма нормативног правног акта најважнији елемент представља надлежност субјекта, а затим поступак. Због тога у формално исту врсту нормативних правних аката спадају сви акти за чије је доношење надлежан исти субјект и који су донети по истом поступку предвиђеном за њихово доношење. На пример, закон је увек закон, независно од материје коју регулише, када га доноси парламент по законодавном поступку. И обратно, за одређивање истог *садржинској* појма нормативног правног акта важе елементи садржине правног акта. Произилази да у садржински исту врсту нормативних аката спадају сви акти који имају исти главни елемент, тј. изјаву воље или разума, независно од њихове форме, тј. субјеката који их доносе и поступака по којима се то чини. На пример, садржински су исти сви нормативни акти који уређују исте својинске односе независно од тога да ли су они формално закони, уредбе, статути итд.

Правило је да сви нормативни правни акти који имају исту форму имају исту садржину, тј. да се њихови формални и материјални појмови подударују (закон је закон само када је то у формалном и материјалном смислу итд.). Такође, правило је да 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. У противном, ради се 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 вишим прописом). Због тога се за прекршај прописа о форми и садржини правног акта примењује санкција према акту (поништавање), а често и према субјекту који је акт донео (казна).

III глава

ОПШТИ ПРАВНИ АКТИ (ФОРМАЛНИ ИЗВОРИ ПРАВА) И ЊИХОВЕ ГЛАВНЕ ВРСТЕ

1. Три врсте извора права

Реч „извор“ (права) користи се не само у правном значењу формалног извора права, већ и у неправном значењу.

Када се ради о правном значењу, може се запазити како израз „формални извор права“ или „формално 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 по коме 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.

Поред правног, постоји и неправно значење извора права. Једном се под њим сматрају материјалне и друштвене чињенице из којих стварно настаје, извире право, а други пут друштвене вредности из којих такође извире право. У првом случају реч је о материјалном, а у другом о вредносном извору права.³⁶⁹

Помоћу формалних извора као средства испољавају се материјални и вредносни извори права. Али, неће се погрешити ни када се каже да материјални и вредносни извори представљају основе права (*grounds of law*), за разлику од правних правила (*propositions of law*), која својим важнијим делом представљају формалне изворе права.³⁷⁰

369 Р. Паунд, II, 203–205.

370 Р. Дворкин, *Царство права*, 13 и даље.

1.1. Материјални извор права

Материјални извор права представља све оно што претходи праву и чини да право буде такво какво јесте. Он је извор јер изазива настанак права. Али, у материјални извор спада и сам предмет правног регулисања.³⁷¹ Тај најопштији појам материјалног извора објашњава се неким узроком који изазива стварање права (воља, природа, људски разум, објективно постојећа идеја, национални дух, међузависност људи у друштву итд.). Он се објашњава и различитим друштвеним чињеницама или околностима које под дејством неког узрока стварају право (држава, друштво, друштвене групе и организације, правна наука итд.) или ситуационо, различитим околностима под којима настаје и ствара се право.

Када је реч о *узроку* који изазива настанак права, очигледно је да је њега тешко одредити, због чега проблем појам материјалног извора права ни данас није до краја решен у науци. То потврђују различите теорије које објашњавају право и његов постанак. Слична ситуација је и са *чиниоцима*, јер је тешко оспорити да више друштвених чинилаца изазива настанак права, док то може да се оспори када је реч о узроку права. Ипак, неспорно је да најважнији део модерног права ствара држава, а најбројнији друштво. И различите друге *околности* утичу да право, већ одређено узроцима и чиниоцима, буде баш такво, а не другачије. Али, тада није реч о изворима права, већ о облицима или начинима њиховог испољавања у праву.

Материјални извор права, а нарочито његови друштвени састојци, нису дати једном заувек, већ се мењају с друштвеним епохама. У средњем веку су нарочито важним сматрани верска припадност, начини међукласног и међусталешког понашања, начини одевања и исказивања поштовања владару, због чега су били извор и предмет правног регулисања. Али данас такви односи нису толико важни, због чега су најчешће регулисани верским и обичајним нормама, док су други односи: биолошко-друштвени (рођење, одржавање живота и здравља, слобода становања и кретања, издржавање и брига за децу и старе, смрт и погребни обреди итд.), економски (поседовање добара и њихова заштита, производња и управљање власништвом и радом, заштита радника на раду, присвајање, расподела и размена добара и новца итд.) и политичко-културни (организовање и вршење државне власти, судовање, односи са странцима и етнички односи, верска уверења и обреди,

371 Р. Лукић, *Увод у право*, 228.

школовање деце и одраслих, унапређење науке и заштите природе итд.) постали врло значајни извор и предмет модерног права.³⁷²

1.2. Вредносни извор права

Вредносни (*метиправни* или *етички*) извор права има циљ да осмисли и унапреди функцију државе и права у друштву. Он се у ужем смислу односи на правду, правичност, слободу, сигурност, једнакост, ред, мир, делотворности итд. У ширем смислу, обухвата и вредности које утичу на саме субјекте-ствараоце права. Те вредности су садржане у моралним нормама, политичким начелима, правним мишљењима истакнутих правника и тичу се живота, здравља, истине, знања, рада, власништва, благостања, поштења итд.

Вредносни извор права треба да квалификује поједине врсте понашања као добра или рђава, пожељна или непожељна, вредна или безвредна. То се постиже оцењивањем односа који се уређују правним нормама према односним вредностима.³⁷³ Такође, вредносни извор нема самосталну обавезну правну снагу, нити представља правне норме и њихове специфичне садржаје, за разлику од формалних извора. Али, могуће је да и он под одређеним условима постане обавезујући за органе као формални извор права.³⁷⁴

У правној науци се повремено разматра постојање једног посебног вредносног извора права, тзв. „природе ствари“ (*rerum natura*). Природа ствари се може одредити као „скуп етичких, искуствених и прагматичких императива“³⁷⁵ који под одређеним условима постају извор права. Када се то догоди, они допуњавају, усавршавају или замењују правне норме.³⁷⁶ Учење о природи ствари задржано је у правној теорији и пракси чак и када је правни позитивизам одлучно почео да истискује природноправно учење.

1.3. Формални извор права

Формални извор права, за разлику од материјалног и вредносног, представља општи а изузетно и појединачни правни акт који се примењује као општи. Због тога постоје два његова

372 N. Visković, 134–135.

373 Р. Лукић, *Систем филозофије права*, 461–485.

374 Ф. Тарановски, *Енциклопедија права*, 192; М. Јовичић, *Закон и законитости*, Београд 1977, 29–30.

375 В. Perić, *Struktura prava*, 210–211.

376 А. Kaufmann, *Analogie und 'Natur der Sache'*, Heidelberg – Hamburg 1982, 44 и даље.

значања. 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. Али, 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. Постојање формалних извора, такође, омогућава остваривање 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.

Постоје различите врсте формалних извора права. 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 уопште не постоји. У англосаксонском праву 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.

Формални извори права тако су распоређени да *писани* извори права, које и данас 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, због чега може да укине писану законску норму (случај изобичајења */deseutudo/*) или чак да сачињава део устава.³⁷⁷ Такође, данас је сасвим очигледно првенство државних извора права над друштвеним и мешовитим изворима. Али, то правило више није апсолутно, јер се данас све чешће норме међународних и наднационалних организација примењују у домаћим правима, док домаће аутономне норме у колективним уговорима о раду и трговачким узансама редовно обавезују државне судове и органе управе.

2. Стварање формалних извора права

Стварање права представља изузетно 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. Због тога је стварање права веома сложена делатност приликом које стваралац мора да води рачуна да буду обезбеђене јасноћа, прецизност и гипкост правних норми без којих право не може успешно да се разуме и примењује. Али, стварање права је и чисто техничка делатност, због чега може да се говори о посебној *техници стварања права*.³⁷⁸ 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.³⁷⁹

Наведена питања решавају се применом одговарајућих *оппијих техничких метода* стварања права: *сјонџаної* (без посебне свести, плана и познатог творца) и *свесно-џланскої* стварања (са познатим творцем). У првом случају је улога свести и плана много мања, а у другом много већа. Такође, пожељно је да тво-

377 Ph. Harris, 78–81.

378 Вид. В. Morgan; К. Yeung, *An Introduction to Law and Regulation*, Cambridge Un. Press, 2007.

379 Р. Лукић, *Методологија џрава*, 178–208.

рац 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. Најважнија је *номојтехника*, коју законодавац користи када доноси законе или друге сличне правне акте са снагом закона.

Поред општих техничких метода, постоје *йосебни йтехнички мейоди* свесно-планског нормирања. Ево неколико карактеристичних:

- *йааксајивно нормирање* састоји се у тачном навођењу случајева који су предмет правног регулисања, најчешће у кривичном праву, због чега се норме у правном акту примењују тачно на случајеве који су изричито наведени;
- *йримерично нормирање* постоји када се у правном акту, најчешће у грађанском праву и делу радног права, 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;
- *казуисјичко нормирање* постоји када правотворац у акту истиче значај изабраних случајева које нормира, за разлику од других случајева;
- *ајсјиракјно нормирање* постоји када се, извлачењем заједничких обележја из низа конкретних случајева и састављањем опште норме на апстрактан начин одређују случајеви који потпадају под замишљени случај којим се обухвата читав категорија унапред неодређених конкретних сродних случајева. Тиме се постиже да буде обухваћен читав низ конкретних случајева које је творац норме имао на уму, постојећих или будућих;
- *начелно нормирање* постоји, исто као и апстрактно нормирање, када се одређују случајеви у којима право има да се примени, само се то чини на још сложенији и разуђенији начин. Њиме се користе уставотворац и законодавац, али и састављачи колективног уговора о раду или статута предузећа;
- *йреценденјно нормирање* значи да ако је извор права неки прецедент, он треба да се примени на све исте будуће си-

туације. У противном, мора да се примени други прецедент или неки општи правни акт уместо прецедента.³⁸⁰

Ниједан од наведених општих или посебних техничких метода није довољан. Општи технички методи стварања права и сувише су општи, док су посебни технички методи и сувише конкретни. Због тога правотворац мора умешно да их комбинује ако жели да се створено право примењује.³⁸¹

3. Закон

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

3.1. Општи појам закона

Реч *закон (lex)* има више значења. Најстарији сачувани корени везују је за власт римског магистрата, јер је први историјски потврђен Законик XII таблица донет 449. године пре н. е. у античком Риму. Када се данас каже закон, најчешће се мисли на једно од три његова правна значења:

- у *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);
- у *најужем*, закон означава само онај писани извор који има највећу правну снагу због тога што га законодавни орган доноси по тачно одређеном поступку.³⁸²

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. Само је треће значење закона савремено, јер се закон одређује као посебан

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

381 Ph. Harris, 85 и даље.

382 Р. Лукић, *Увод у право*, 233.

општи правни акт, тј. као посебан формални извор права у формалном и садржинском смислу. У противном, постоји неслагање форме закона са његовом садржином. Право у неким случајевима допушта такво неслагање, иако оно није пожељно.

Реченом треба додати да савремени појам закона као највишег правног акта важи само када не постоји устав у формалном смислу. Али, када формални устав постоји, закон постаје највиши акт после устава упркос томе што је устав настао из закона, због чега се и он може сматрати законом у ширем смислу речи. Такође, поред устава као највишег закона, постоје законици, уставни, органски, основни или општи закони, и специјални закони. Сви они још више усложњавају општи појам закона, а сужавају појам обичног закона. Тако се у готово свим савременим правима, првенствено према обиму захватања друштвених односа па тек затим према правној снази, успоставља хијерархија и међу самим законима према њиховој важности у садржинском смислу: устав, уставни, основни, општи итд. закони, обични закони и специјални закони. 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. Наведена хијерархија је још сложенија у федерацијама, у којима истовремено могу да постоје све поменуте врсте закона у савезној држави и федералним јединицама, сагласно са правилом да је у федерацији готово све двоструко, укључујући и законодавство.

Полазећи од елемената форме и садржине (материје) правног акта као најважнијих мерила, може се одредити *ирејходни оишии* појам закона: у формалном смислу, то је општи правни акт који доноси законодавни орган по законодавном поступку, а у материјалном смислу акт који садржи опште правне норме којима се уређује „законска материја“.

3.2. Устав

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 јајећој кожи, због чега има назив *Јарац* (*Трајос*). Данас се чува у Протату (суду) у Кареји као својеврсни правни темељ прве и једине монашке државе на свету. С друге стране, Енглеска је једина земља која ни данас нема свој формални устав, али, наравно, има устав у материјалном смислу. 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. Шта је, дакле, устав?

Устав (*constitutio*) представља правни акт са највећом правном снагом, због чега се налази на врху хијерархијске лествице правних аката. Он је темељ целокупног поретка једне земље, тамо где постоји. Њиме се регулишу основна политичка и социјална права и слободе човека и грађанина, економски састав друштва (својина, новац, тржиште, планирање итд.) и организација власти у држави. 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 законодавном поступку. Он је настао из политичке потребе да се најважније правне норме о организацији државне власти и највиших државних органа формално истакну као више и чвршће од других законских норми. То се постиже или одређивањем једног 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. Сматра се да се тиме обезбеђују већа стабилност и трајност устава. Када у федеративној држави постоји више устава, и они се међусобно хијерархијски разврставају на више (савезне) и ниже (републичке). Али се између њих успостављају и хетерархијски односи, нарочито у деловима који се односе на особености чланица федерације.

Устав у материјалном смислу пре може да се одреди према врстама норми које садржи него према предмету који се његовим нормама регулише. То одступање од уобичајеног 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“.³⁸³ Сагласно са тим,

383 Р. Лукић, 237.

устав садржи две врсте норми: *јравна јравила* (опште норме које непосредно могу да се примене, а којима се непосредно уређује организација највиших органа државне власти), и *јравна (уставна) начела* (која се односе на државну организацију уопште и правни поредак у целини). Ова друга врста норми најпре се разрађује конкретним законским нормама, којима се утврђују овлашћења и обавезе односних субјеката, а затим и другим, нижим општим правним нормама, све до појединачних правних норми. На пример, највиши државни органи образују се непосредно на основу правних правила (уставних норми), док се апстрактно начело политичког плурализма нужно разрађује конкретним законским и другим нормама.

Данас устав представља јединствен писани акт највише правне снаге. Али, и ту има одступања. У неким земљама (нпр., Канада, Немачка, Израел), писани 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 (као енглески) може да постоји само у материјалном смислу, састојећи се једним делом чак из неписаних правила (уставни обичаји, традиција, конвенције). Појам устава, дакле, може да се одреди тек имајући на уму наведена одступања, чиме су нагвештене *врсте уставна*.³⁸⁴

Пре свега, устави могу да се поделе према свом облику на писане и неписане. *Писани* устави су највиши закони у једној земљи. *Неписани* устав је карактеристичан 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* (чак један члан из *Magna carta libertatum*), *ојшије јраво (common law)*, тј. правни прописи који важе за судове, уставне нагодбе и уставно обичајно право (на коме почива целокупан енглески парламентаризам) итд. Све друге државе имају писане уставе. Интересантно је да је мисао о писаном уставу настала током револуционарних превирања управо у Енглеској у XVII веку, када су енглески револуционарни официри, подстакнути Хобсовим учењем, саставили нацрт устава који није прихваћен. Затим се у Енглеској одустало од увођења писаног устава. Али, друге државе су преузеле ову енглеску иницијативу. Одмах пошто су се седамдесетих година

384 К. Ј. Фридрих, *Конституционализам (ограничавање и контрола власти)*, 9–23; М. Јовичић, *Закон и законност*, 216 и даље.

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.³⁸⁵

Постоји још једна важна подела устава – на кодификоване и некодификоване. *Кодификовани устави* као јединствени писани правни акти садрже основна начела и норме о организацији државе и друштва. *Некодификовани устави* се налазе у дифузном стању пошто нису јединствени и целовити правни акти.

Писани устави се такође могу поделити према начину доношења на подарене (октроисане /*constitution octroyée*/) или донете у уставотворним скупштинама. *Подарени* устави настају слободном одлуком апсолутне власти која 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, захваљујући учењу и залагању опата Сјејеса, од Француске револуције доносе посебне *уставојворне скујшишине* као највише власти у земљи. Устав Југославије из 1946. године донела је уставотворна скупштина.³⁸⁶

Устави се према начину свог мењања могу поделити на чврсте и гипке. Наведену поделу увео је у уставну и политичку теорију државе и права Џејмс Брајс. Разлика је у томе што *тврди* устави олакшавају допуне и промене (Устав Немачке), док *чврсти* устави отежавају допуне и промене или су начелно непроменљиви (Устав САД). Добра страна гипких устава је у томе што се они лако прилагођавају друштвеним потребама, али је њихов недостатак у томе што основи државног уређења могу да се мењају према тренутној вољи 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 устави се мењају као закони, док то није случај са чврстим уставима.³⁸⁷

Постоје и *уставне декларације*. Ако се остави по страни чувени Киров цилиндар, као и готово два миленијума после њега донета Велика повеља о слободама (*Magna carta libertatum* из 1215, а затим из 1216, 1217. и 1225. године), прву модерну уставну декларацију представља француска Декларација права човека и

385 Е. Спекторски, 88–89.

386 Вид. *Нови устави на тлу бивше Југославије*, Београд 1995.

387 Р. Марковић, *Уставно право и политичке институције*, 30–32, 34–48; В. Perić, *Struktura prava*, 145–158.

грађанина донета 26. августа 1789. године. Од тада су доношене различите уставне декларације, укључујући и Уставну повељу Државне Заједнице Србије и Црне Горе из 2003. године. Насупрот томе, Европски парламент је 2005. године донео устав (који није усвојен), упркос томе што је карактеру Европске уније примеренија уставна декларација, која јесте уставни акт, али није класичан устав.

3.3. 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 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* Лава IV Мудрог у РOMEЈСКОМ царству или Душанов законик са Законоправилом св. Саве у Србији).³⁸⁸ 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 поступак њиховог доношења *кодификација*.

За успешну кодификацију потребно је да се стекне много *услова*, а пре свега да се постигне друштвена стабилност, одређеност, економска развијеност и политичка зрелост поретка који жели да се кодификује, јер када је поредак неразвијен, тада недостаје грађа за кодификацију. Најважнији су политички и правни услови за успешну кодификацију.

Када је реч о политичким условима, нарочито место припада истакнутим појединцима. Захваљујући томе, кодификовано право се одржава ауторитетом власти, па чак и позивањем на богове, због чега је оспоравање и испитивање квалитета увек на губитку.

388 Вид. А. В. Соловјев, *Посланик и значај Душановог законика*, Београд 2001; С. Троицки, *Црквено право*, Београд 2011.

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 законуку; Мојсије, који је између XIV и XII века пре н. е. свој народ ослободио египатског ропства и прибавио му *Десеј зайовесји*; 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). У нешто новије доба, 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 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 наглашена је 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. И данас се често дешава 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.

Када је реч о правним условима, нарочито је важно да се 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 и сувише у подробности, јер су само начела трајна, односно да законик краће траје што се више бави појединошћима. 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 разумео што већи број људи.³⁸⁹

Упркос испуњености свих потребних услова, до кодификације права не мора да дође, као што је случај са англосаксонским правом.³⁹⁰ 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.

3.4. „Обични“ закони и законодавни поступак

И обични (прави) закони могу да се одреде у формалном и материјалном смислу, исто онако како је учињено са законом уопште.

Закон у формалном смислу представља 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. Због тога се „поступак доношења закона, који се може састојати из мноштва аката, јасно разликује од закона, који је... његов ‘продукт’, кроз њега бива ‘произведен’ и који... јесте његов *смисао*“.³⁹¹ Будући да је реч о најважнијем правном акту после писаног устава, поступак за доношење закона често је тако подешен да буде спор, подробан и свеобухватан, како би најважније правне норме могле пажљиво да се претресу. Та обележја су у још већој мери изражена у поступку за доношење кодификације, који је неупоредиво свеобухватнији, тежи, сложенији и дуготрајнији од поступка за доношење закона, а у све мањој мери у поступку за доношење устава.

Законодавни процес започиње подношењем *предлога* закона и израдом *нацрта* закона. Предлог најчешће подноси влада као овлашћени предлагач, али то могу да учине шеф државе, група посланика или грађани својом потписаном иницијативом. Предлог и нацрт закона претходно брижљиво припремају посебни стручни и политички органи (посебни одбори састављени од неколицине

389 Р. Лукић, 243.

390 Р. Паунд, II, 363–397.

391 Х. Келзен, *Елементи теорије правних норми*, 43.

посланика и представника свих парламентарних странака који су специјализовани за унутрашњу политику, спољну политику, правосуђе, привреду, просвету, школство, културу итд.). Њихов задатак је да испитају основаност конкретного предлога и дају мишљење о њему са властитим предлозима измена и допуна. Предлог се увек подробно *ирейреса* 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. Тада се у сваком дому или на заједничкој седници домова води расправа о целини или деловима у одборима претходно 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. Предлог може понекад да се стави на општу дискусију, када се о њему изјашњавају грађани. Након тога, приступа се *одлучивању* о закону. Пре гласања захтева се постојање скупштинског кворума, а приликом гласања већина гласова присутних. Закон је изгласан када добије потребну већину гласова посланика у скупштини (најчешће релативну). Изузетно закон може да изгласа народ на референдуму (референдумски закон). После изгласавања, закон се *објављује* у службеним новинама како би се грађани са њим упознали, а после извесног времена и *стиуиа на снају*, обично у року од 15 дана (*vacatio legis*). Понекад се између изгласавања и објављивања закона умеће *санкција*, тј. потврђивање закона од стране шефа државе или његова забрана (*вето*). Такође, може да се уметне и *промулиација*, када шеф државе својим потписом потврђује да је дотични закон заиста донела законодавна власт по поступку који је предвиђен за његово доношење. Тиме се отклања сумња у веродостојност и исправност закона, због чега сви треба да га примењују.³⁹²

Иако 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 (скупштина, парламент). То је апсолутно својство закона, од кога 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.³⁹³ Он има мању правну снагу од устава (будући да се уставом одређују органи који доносе

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

393 Р. Лукић, 233–234, 239–241.

законе, поступак за њихово доношење и њихов садржај), а већу од подзаконских прописа. Такво место закона на хијерархијској лествици општих аката такође се сматра његовим апсолутним својством упркос једном броју изузетака.

Када је реч о појму закона у материјалном смислу, готово да је очигледно да се законом уређују најважнији друштвени односи после устава, мада је тачније рећи да се њиме уређују сви односи које устав не уређује непосредно и подробно већ посредно и овлашно. Због тога се каже да *закон у материјалном смислу* чине све норме којима се заснивају конкретна овлашћења и обавезе односних субјеката.

3.5. Посебне врсте закона и привидни закони

Поред устава који је закон у ширем смислу, законика који је велики закон и обичних закона, постоје закони са повећаном снагом (уставни, органски, основни, општи), системски закони, административни и секундарни закони, специјални закони и привидни закони.

До настанка посебних закона са *повећаном правном снагом* дошло је због све већег усложњавања државне и правне организације. То је постигнуто тако што је законодавац задужен да по „строжем поступку“ донесе законе којима се уређује посебно важна законодавна материја у једној или више области, а која не жели да се регулише уставом. Тако настају *органски, основни или ојшћии* закони, који и формално бивају за један степен уздигнути на хијерархијској лествици закона. Понекад законодавац може да донесе законе по уставотворном поступку, због уставног карактера материје, када настају *уставни закони*. 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.

Постоје и *системски закони*. Њима се уређује читава једна област друштвених односа, али не и 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.

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 формал-

ни појам. На тај начин су у Француској настали посебни *административни закони* које уместо скупштине доноси влада. У Великој Британији 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 Парламенту“.³⁹⁴

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

Постоје и *привидни закони* (привиди закона). То су акти који су закони само формално (нпр., буџет, завршни рачун, пословник о раду скупштине) или само материјално (уредба са законском снагом).³⁹⁵

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, буџет је акт владе, а не прави законски акт. Њиме се не постављају никаква општа правила, већ се влади и њеној финансијској управи у облику закона издају упутства за рад у једној години. Та година назива се фискалном или буџетском, јер се не подудара са календарском годином. Дакле, буџет у материјалном смислу представља акт извршне власти (влада). Али, он је закон због тога што шеф извршне власти мора да га поднесе на одобрење, тј. усвајање, што се у парламенту чини на исти начин као и када се доносе обични закони.³⁹⁶

Буџету је сличан *завршни рачун*, с том разликом што он представља веродостојан извештај владе о оствареним приходима и учињеним расходима на крају фискалне године.

Пословник о раду скупштине такође представља закон у формалном смислу јер се доноси на исти начин као и обични закони. Али, он није закон у материјалном смислу јер садржи

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

395 Р. Марковић, 30–32, 34–48.

396 С. Јовановић, 216. Вид. Д. Поповић, *Наука о порезима и пореско право*, Београд 1997.

унутрашња (интерна) правила о раду скупштине, а не конкретна овлашћења и обавезе за све односне субјекте, као што је случај са правим законом.

Карактеристичан случај неслагања формалног са материјалним појмом закона представљају и *уредбе са законском снагом* или *декреји-закони*, којима влада или шеф државе могу не само да уреде законску материју већ и да суспендују или промене закон који донесе парламент.³⁹⁷ У формалном смислу, уредбе са законском снагом јесу акти највише извршне власти (влaде), али су у материјалном смислу закони. Оне замењују законе само на одређено време, обично док трају разлози за суспендовање закона (нпр., док траје проглашено ванредно стање).

3.6. Сличности и разлике између устава и закона

Између устава и закона постоје сличности и разлике у формалном и материјалном смислу.³⁹⁸

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 све више ублажава за устав, чак дотле да је у неким земљама поступак за промену устава готово исти као за промену закона (гипки устави). Наведену сличност повећава строжи поступак за доношење „закона са појачаном снагом“ (уставних, основних, општих итд.). Произлази да *формалне разлике* између устава и закона нису тако велике – закон је највиши општи акт који није устав. Али, те разлике могу да буду веома изражене када устав и закон доносе различити органи по различитим поступцима.

Када је реч о *садржинским сличностима* између устава и закона, оне произилазе из исте врсте друштвених односа које ови акти уређују. Али, и ту постоје *садржинске разлике*. До њих долази због коришћења различитих врста општих правних норми у уставу и закону. Последица је различит ниво апстрактности којим се уставом и законом уређују исти друштвени односи. Правило је да се законом уређују конкретна овлашћења и обавезе односних

397 Р. Марковић, 11.

398 Р. Лукић, 235, 238–241.

субјеката правним правилима, нарочито тамо где уставотворац користи правна начела за регулисање истих друштвених односа. То значи да закон садржи правна правила којима се непосредно не уређује организација највиших државних органа и која нису правна начела. Ова разлика није сасвим прецизна, јер закон понекад регулише и чисто уставну материју или устав чисто законску материју, али је барем јасна.

4. Државни општи правни акти нижи од закона

У државне опште акте ниже од закона спада читав низ општих аката различитих по називу, својствима и карактеру. Доносе их државни органи нижи од законодавца или друштвени органи.

Опште акте ниже од закона сачињавају сви општи правни акти мање правне снаге од закона, које доносе односни органи према унапред утврђеном поступку за њихово доношење. То су најчешће органи извршне власти, обично влада или шеф државе. Али, то могу да буду представнички, судски (у случају судског прецедента или судске праксе) и друштвени (недржавни, аутономни) органи, што зависи од решења у конкретним правима. Свим таквим општим актима заједничко је да их не доноси парламент (који доноси уставе и законе) и да су мање правне снаге од закона, тј. да су хијерархијски нижи од закона, због чега не смеју да му противрече. Такође, овим актима се не утврђују конкретна овлашћења и обавезе субјеката, што се чини законом, већ, како се каже, само начин остваривања тих законских овлашћења и обавеза.

4.1. Подзаконски прописи

Најважније опште акте ниже од закона сачињавају само подзаконски општи акти државних органа – подзаконски прописи, због чега они спадају у чисто државне изворе права. Будући да ових аката има више, они се међусобно хијерархијски разврставају и уређују према хијерархијском положају органа који их доноси. Али, и ту постоје одступања јер влада може да доноси подзаконске прописе различите правне снаге, исто као законодавац законе.³⁹⁹ Тако се још једном долази до ситуације да не само да

399 Р. Лукић, 241–242.

постоје закони над законима, већ и подзаконски прописи над подзаконским прописима.

Подзаконски прописи могу се поделити на оне које доносе централни органи и оне које доносе нецентрални (обласни или локални) органи. Подзаконски прописи централних органа међусобно се разликују по свом доносиоцу и поступку доношења, јер неки пут прописе доносе колегијални, а други пут инокосни органи, што је случај и са подзаконским прописима децентрализованих органа.⁴⁰⁰ Најважнија је подела подзаконских прописа према томе који их органи три главне врсте државне власти доносе.

Подзаконски прописи представничких органа – скупштина (статути, одлуке, закључци, наредбе, пословници итд.) представљају опште нормативне акте организационог, функционалног или мешовитог (организационо-функционалног) карактера. У нашем праву најважније место имају *скупштина скупштина* општине и града, који су највиши правни акти локалне самоуправе, и *статут покрајине*, који је највиши акт 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 поједини елементи правног положаја грађана у тим заједницама. Скупштине доносе и различите *одлуке* којима се извршавају и конкретизују поједине законске одредбе или уређује њихова унутрашња организација.

Подзаконске извршно-управне власти доносе влада и шеф државе. То могу да буду различите врсте прописа, али је *уредба* најважнији подзаконски пропис. Њу доноси влада или шеф државе због извршавања закона.⁴⁰¹ Али, тиме није решена недоумица шта се уредбом регулише. Према класичном схватању, уредбом могу да се регулишу само питања која су јој законом препуштена „у одређеној мери“ пошто не постоји никаква материја која би била чисто „уредбодавне природе“. Ово схватање истрајава на постојању знатних разлика између закона и уредбе. Али, у последњих осам или више деценија приметно је све веће преношење тежишта нормирања са парламента на извршну власт. То се чини *редовно*, када се проширује опсег државних послова, или *изузетно*, када наступе ванредне ситу-

400 N. Visković, 187–189.

401 M. Јовичић, 105–107.

ације (рат, непосредна ратна опасност, тероризам, економске и политичке кризе, природне катастрофе итд.). Тако се стигло до измењеног и ублаженог схватања по коме се законом регулишу најважнији друштвени односи, док се други мање важни односи регулишу уредбом. До одступања у наведеном смислу долази и када се законска материја регулише апстрактно, док уредбу као „збирку детаља“ одликују конкретност и подробност регулисања (Етјен-Мари Порталис), као и када се законом регулише релативно стабилна, тј. стална материја, док се уредбама регулише променљива, флексибилна материја.

Постоје различите поделе и врсте уредби: административне, правне и полицијске (Слободан Јовановић);⁴⁰² уредбе за извршавање закона на основу законског овлашћења (наређења), на основу генералног уставног овлашћења и са законском снагом (Миодраг Јовичић) итд.⁴⁰³ Најпознатија је *уредба са законском снагом*, којом привремено могу да се обуставе или укину (де-рогирају) поједине законске одредбе, па чак и цели закони.⁴⁰⁴ Због таквог правног дејства уредба са законском снагом не само што није допуна закону (*secundum legem*) него није ни испод закона (*infra legem*). Будући да може да укине законе, она постаје супротна закону (*contra legem*). Таква уредба је само формално подзаконски акт.

Извршна власт доноси и *друџе врсте одлука* којима уређује поједина питања и мере од општег значаја: *правилнике* којима се разрађују поједине одредбе закона, других прописа и општих аката; *наредбе* којима се извршавају одредбе закона, других прописа и општих аката скупштине или владе (њима се наређује или забрањује одређено поступање у случају који има општи значај); *уџуштџва* (инструкције) којима 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 џравосуђа*, што је предвиђено у правима појединих земаља које припадају англосаксонском систему. У нашем праву и правима других земаља које припадају европском континенталном систему тако нешто је апсолутно забрањено.

402 С. Јовановић, 208–211.

403 М. Јовичић, 114–118.

404 З. Томић, *Управно џраво*, Београд 1998, 154–162.

4.2. Сличности и разлике између закона и подзаконских прописа

Много је лакше одредити разлику између закона и подзаконских прописа у *формалном* смислу. Пре свега, органи који доносе законе и подзаконске прописе припадају различитим врстама главних државних власти. Због тога је поступак по коме се ти акти доносе потпуно другачији. Али, између ових аката могу да постоје формалне сличности, нарочито када влада или шеф државе доносе декрет-законе, тј. административне законе, као што је случај у француском праву.

Много теже је одредити разлику између закона и подзаконских прописа у *материјалном* смислу. На пример, уредбом не може да се регулише уставна или законска материја, док друга питања могу да се регулишу уредбом само када за то постоји законско овлашћење. Такву тврдњу треба примити уздржано, јер се уредба у материјалном смислу не разликује од закона само према степену важности друштвених односа (*вредносно* мерило), већ и према методу који се користи за регулисање истих друштвених односа (*методолошко* мерило) и степену променљивости друштвених односа који су предмет уредбе (*техничко-динамичко* мерило). Али, и такав приступ има слабих страна због неизбежног преплитања уредбодавне са законодавном материјом.

Будући да подзаконски прописи регулишу исте правне односе као и закони, само на „мање важан“ и „деталнији“ начин, изгледа да је за одређивање разлике између закона и подзаконских прописа у материјалном смислу корисније *јолијичко* мерило које се заснива на „улози и значају закона у демократији“.⁴⁰⁵ Према њему, само закон који је, поред устава, једини непосредан израз народне воље – из чега проистиче надмоћ закона над актима извршне и управне власти – може да одређује овлашћења и обавезе субјекта, док подзаконски општи акти одређују само *начин* на који ће та овлашћења и обавезе да се остварују. То показује да приликом одређивања правног места ових аката политички разлог односи превагу над формално-логичким разлогом. Али, када се то жели, подзаконским прописима најлакше може да се осујети остваривање законских овлашћења и обавеза утврђивањем начина на који ће та законска овлашћења и обавезе „извитоперено“ да се остварују. Зато је важно да грађани имају своје мишљење и о детаљима, а не само о начелима.

405 Р. Лукић, 239.

5. Акти друштвених организација (аутономно право)

5.1. Општи акти аутономног права

У савременим порецима постоји велики број субјеката стваралаца аутономног права. 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. Могу се поделити на *спољашње* (различите врсте колективних уговора о раду и уговора у предузећу) и *унутрашње* (станути предузећа, правилници, пословници и други акти унутрашње регулативе).⁴⁰⁶

Најважнији су *колективни уговори о раду* (општи, грански и локални), који се закључују између послодавачких и радничких (синдикалних) организација поводом регулације односа у раду и поводом рада. Изузетно, у њиховом закључивању може да учествује влада, неки други државни орган (министарство рада) или друштвени орган (привредна комора) као неутрална трећа страна (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. Због тога су колективни уговори најпре *legal rights*, а понекад и *social rights*. Изузетно, они 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 (нпр., одлуком министра рада).⁴⁰⁷ Најновију врсту представљају „наднационални“ европски колективни уговори о раду, који у последњих тридесетак или више година могу непосредно да се закључе између главних европских социјалних партнера – европских синдиката и европских удружења послодавца.⁴⁰⁸ Карактеристичну санкцију због кршења одредаба колективних уговора представља накнада штете.

406 Д. Митровић, *Аутономно право*, 113–135.

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

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

Одредбе колективних уговора конкретизују се у *уговорима у предузећу*, који се закључују између шефа предузећа и савета предузећа у коме се налази синдикални представник или представник неког другог радничког органа или тела. Правно дејство уговора у предузећу, које је често условљено 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 регулише рад и услове рада у предузећу. То се чини *основним њравилом или сјаиуиуиом њредузећа*, у коме су предвиђена дисциплинска овлашћења шефа предузећа према запосленима. У предузећу се доносе и различити општи правни акти засновани на статуту (правилници, пословници, одлуке итд.).⁴⁰⁹

5.2. Аутономно право

Различите друштвене организације, а не само држава, већ одавно могу да доносе своје акте којима прописују правила о понашању својих чланова. Такво право, које стварају друштвени субјекти, назива се *ауиономно* (недржавно, друштвено, социјално) *њраво*.

За аутономно право је, пре свега, карактеристично да га стварају различити и бројни друштвени *субјектии* (привредне, трговачке, здравствене, школске, културне, спортске итд. организације). Али, они то не могу да чине потпуно самостално и независно од државе, без њеног знања, овлашћења или признања. На пример, држава може својим диспозитивним нормама да *овласии* друштвене субјекте да доносе опште аутономне правне акте или да својим прописима одреди њихов оквир и садржај. Она може и да сачека да аутономни акти буду донети, па тек затим да им (накнадно) *њризна* правни карактер. Такође, аутономно право располаже властитим *њредмеиом* (односи у којима влада аутономија воље) и карактеристичним *начином* за регулисања друштвених односа (специфичним формализованим поступцима). Исто тако, оно поседује неопходну *њринудности*, која као крајњу меру изнудљивости укључује примену државне санкције. Најзад, иако главне *вредностии* које аутономно право остварује у друштву нису суштински

409 Б. Лубарда, *Колективни уговори о раду. Уиоредно њраво. Теорија, њракса*, Београд 1990, 137–148.

другачије од вредности које остварује право уопште, оне су, ипак, особене у извесном смислу: аутономно право је више усмерено на мирно решавање сукоба и одржавање унутрашње организације рада и живота, а мање на решавање најважнијих друштвених сукоба. Таква усмереност омогућава му да оствари друге вредности, које га приказују као право са изразитом тенденцијом ка једнакости, супротстављено доминацији државе и њеног права. 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.⁴¹⁰ 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.

У традиционалне врсте аутономног права спадају црквено, статутарно, градско, земаљско, задружно, трговачко итд. право, а у новије синдикално и послодавачко аутономно право рада.

6. Уговор (уговорно право)

Уговор је двостран или вишестран правни акт настао сагласношћу воља двеју или више страна које теже остварењу различитих циљева (нпр., продавац новац, а купац робу), за разлику од *сиоразума*, када уговорне стране теже остварењу истог циља (нпр., споразум брачних другова о презимену).⁴¹¹ Будући да уговор не настаје обичном изјавом воље, већ *сајласном* изјавом воља уговорних страна, сваку уговорну страну може да сачињава један или више конкретних субјеката који уговором желе да произведу различите правне последице. Али, сагласна изјава воље и различити циљеви нису довољни услови да уговор постане извор права. Потребно је још да изјава воље буде изражена у облику опште правне норме. Полазећи од тог мерила, уговори се могу поделити на опште (изворе права) и појединачне (правне послове).

Уговори као извори права могу се поделити на *државне* (између две или више држава или органа исте државе), *недржавне* (између две или више међународних или националних компанија или органа исте компаније) и *мешовитије* (између државе, тј. њеног

410 Ж. Гурвич, *Социологија њрава*, Београд – Подгорица 1997, 95.

411 Х. Келзен, *Чистиа теорија њрава*, 202–203.

органа, и неке компаније). Такође, могу се поделити на *међународне, наднационалне и унутрашње*, а ови последњи на *сиољашње* (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 (уговор између органа у држави или погона у предузећу).

Најважнија су *уговори у међународном праву*, који су главни извор права у тој области. Њихову важну врсту представљају црквено-државни уговори (*конкордати*). Поред њих, постоје препоруке, смернице, модел-закони и други међународни акти који спадају у тзв. „меко право“ (*soft law*). Карактеристични су и европски наднационални и национални колективни уговори о раду.

У теорији се често разматра питање самосталности међународних уговора као извора права и истиче како они не могу да се сматрају посебним извором, већ пре 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.⁴¹² Дакле, да би обавезивао државу-потписницу, међународни уговор у унутрашњем праву мора да добије облик неког другог правног акта да би постао извор права. Такав поступак, којим се мења правни облик међународног уговора, назива се *ратификација*.

Сам поступак ратификације одвија се према следећем редоследу: после потписивања међународног уговора следи његова ратификација у парламенту. Затим следи потписивање и издавање ратификационе исправе указом монарха или председника. Тиме се 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, након чега уговор ступа на снагу. Наведени делови могу да буду допуњени предавањем ратификационих исправа на чување или регистровањем ратификованих међународних уговора (у Секретаријату УН).

Какав ће облик међународни уговор да добије ратификацијом, очигледно, зависи од субјекта који га ратификује. Правило је да уговори које закључи држава добијају облик закона, тј. да морају да буду преобличени у закон како би постали правно оба-

412 В. Perić, 162–163.

везујући у унутрашњем праву. Понекад се ратификација врши у облику подзаконског прописа. За ратификацијом изузетно може да посегне и друштвена организација када са неком међународном организацијом закључи важан међународни уговор.

Треба запазити да се међународни уговор као двостран или вишестран акт који је закључила држава јасно разликује од закона којим се ратификовани уговор чини обавезним у унутрашњем праву. 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.

7. Обичај (обичајно право)

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. Али, обичај јесте засебан формални извор права.

7.1. Обичајна норма као извор права

Обичај постаје извор права 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, тако да је код чланова друштва створена свест о обавезности поступања по обичају.

Некада су обичаји представљали главни извор права. На пример, старо *ius civile* било је у исто време правни обичај и религијски обред (*manipatio, stipulatio, manumissio* итд.). Значај обичаја поново је порастао у средњем веку, у коме је право претежно било обичајно. На његовој основи настале су друге врсте средњовековног обичајног 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.⁴¹³

Обичајним нормама се често регулишу исти друштвени *односи* које регулишу норме државног права (имовински односи, односи власти и организациони односи). То је нарочито случај с имовинским односима (својина, уговори, наслеђе, накнада штете итд.), а у нешто мањој мери и с односима власти (породична, сеоска, племенска) и организационим односима (због примене санкције). Због тога може да дође до *сукоба* неписаног обичајног и писаног државног права. Тај сукоб се данас решава у корист државног права. Али, тиме није престала да дејствује правна снага обичаја као извора права. На пример, обичаји старији од 100 година или обичаји од памтивека (*immemorabilis*) не могу да се укину. Такође, обичајима се често регулишу друштвени односи које писано право овлашно или никако не уређује. Њима се подробно утврђују права и обавезе чланова заједнице, често прецизније од писаног државног права, као и санкције због њиховог кршења. Нарочито је важно запазити да се приликом примене норме или санкције узима у обзир психичко *стање* појединца у много већој мери него код других правних извора. Обичајима се остварују *вредности* реда, мира, сигурности, правде итд., због чега је важно да норме обичајног права подржавају државно право, као и да норме државног права подржавају обичајно право.⁴¹⁴ Већ је старо римско право у обичајним нормама препознало најбољег тумача закона (*coseutudo est optima legum interpres*).

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 *рецејцију обичаја*, тј. преузимање обичајне норме од стране државе. То је ситуација када друштвена обичајна норма постаје правна због примене државне санкције у случају њеног кршења. Други начин је судско-извршни, када судови или извршни органи 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 обичај не

413 Р. Паунд, II, 208–224.

414 Р. Лукић, „Појам права“, 20–21.

буде противан правним прописима, моралним начелима, начелима правног поретка и да је усклађен са суштином и развојем друшног друштва.

Правни обичаји се укидају на исти начин на који се доносе: изрично, противним законом, или неосетно и прећутно, противним правним обичајем. Тада се каже како је обичај престао да важи *изобичајењем*. Али, изобичајење се у англосаксонском праву односи и на ситуацију у којој обичајна правна норма мења или укида законску или неку другу правну норму. Тако нешто је незамисливо у европском континенталном праву у коме обичај има улогу допунског (супсидијарног) извора права.

Од обичаја које државни органи санкционишу и примењују треба разликовати обичаје којима се *руководе* државни органи. Најпознатије и најважније врсте таквих обичаја представљају *ушавни обичај*, у чијем образовању учествују искључиво уставни државни органи, и *судски обичај* (*usus fori*), који настаје када се нека норма толико устали да судови постану свесни њене обавезности и сматрају да не смеју да је не примене. Ромејско законодавство је судском обичају давало већи значај него другим обичајима. Данас врло важно место припада узансама за промет робом и услугама, трговачким и другим пословним обичајима.

7.2. Обичајно право

Скуп правних обичаја назива се обичајним правом. Њега сачињавају сва правна правила чији се формални извори не налазе у неком пропису који доноси државни орган, него у правилима друштвене средине која санкционише држава.

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

Опшћосћ значи да обичаји морају да буду општеприхваћени од великог дела припадника заједнице. Према величини заједнице и броју чланова који су створили или прихватили обичаје, постоји неколико врста обичајног права: опште или заједничко (*consuetudines universales*), када обичајно право изражава вољу целог народа; партикуларно (*particulares*, или *generales* за провинцију), када обичаји изражавају вољу једног дела народа на једном делу државне територије; и специјално (*speciales, specialissimae*), када обичаји изражавају вољу појединих друштвених кругова становништва, заједница унутар државе (Римокатоличка црква или трговачко удружење) или чланова међународних организација и удружења.

Дујоуѣрајносѣ (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 (*legitimae praescripta*). 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.

Увереносѣ у исправност обичаја (*opinio iuris sive necessitatis*) представља резултат заједничког уверења чланова заједнице о његовој неопходности и обавезности, под условом да је обичај „разумно погодан“ (*rationabilis*) за односне прилике дате заједнице и толико снажан да нема против себе супротан обичај. То уверење се назива правним уверењем или правном свешћу о обавезности обичаја (*animus obligandi*).

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. Не каже се тек тако: „Обичај без истине је стара заблуда“ (*Conseutudo sine veritate vetustas erroris*).

8. 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“.⁴¹⁵ 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 назива се *ѣрецедент* а право (створено прецедентима) *ѣрецедентно ѣправо*. 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 с општошћу законске или неке

415 Р. Лукић, *Увод у ѣправо*, 251.

сличне опште норме, јер ове друге могу да се примене и на сличне, а не само на истоветне случајеве као прецедент.

Велики део англосаксонског права се и данас 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 временском периоду почну да их користе као образац за решавање истих случајева.⁴¹⁶

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, што је повратно утицало на уобличавање теорије 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). Будући да право није ништа друго до производ доношења прецедената, оно постаје „царство судија“.

Прецедентно право има својих добрих и лоших страна. Његова изразито добра страна је еластичност, јер је неупореди-во 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, јер се број прецедената у развијенијим земљама мери милионима или десетинама милиона, чиме се нарушавају начела законитости, правне сигурности и једнакости. Нарочит проблем представља утврђивање када постоји довољна сличност између два случаја би се прецедент применио на случај који је након њега искрсао. Решење тог проблема је олакшано коришћењем правила да „слични случајеви деле суштинске елементе“ и применом нових информатичких технологија заснованим на коришћењу правних банака података, када се сличност може поузданије утврдити. На тај начин, лоше особине прецедентног права све више се ублажавају и готово да бледе пред његовим предностима које су ослобођене већине поменутих недостатака.

У нашем праву судске пресуде нису формално извор права, што не значи да наши судови не воде рачуна о пресудама других

416 Р. Паунд, II, 233.

судова, а нарочито највиших правосудних органа. На тај начин у нашем праву поједине пресуде стичу снагу тзв. „фактичког извора права“. Само, судије приликом решавања конкретних случајева не могу формално да се позову на њих.

9. 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.⁴¹⁷

Судском праксом и праксом других државних органа назива се њихово једнако поступање, тј. доношење истих пресуда или других појединачних аката за истоветне случајеве. Њено постојање је неопходно због извесне слободе којом располажу органи који доносе ниже акте на основу виших, а нарочито појединачне правне акте. На пример, 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“.⁴¹⁸

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 законодавних, извршно-управних и судских органа у случајевима када они различито примењују устав, законе или друге прописе. Нарочито је значајно да судови у таквим случајевима поступају једнообразно, јер управо они свакодневно одлучују о правном стању

417 *Ibid.*, 206.

418 Р. Лукић, 252.

субјеката који су им се обратили за помоћ. Томе посебно доприноси рад највиших судова којима је дата надлежност да се старају о уједначеном поступању нижих судова. Али, 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. Такође, највиши судски органи могу у својим одлукама да изражавају 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 због тога што су на то обавезни, већ због тога што увиђају да је то за њих корисно. Судови се обично у дужем периоду 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 судског обичаја.

Судска пракса није извор у нашем праву иако је врло слична признатим изворима права. Али 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.

10. 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. Тако нешто постојало је у временима која припадају историји. На пример, 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 (*ius respondendi ex auctoritate principis*). Наведени правници били су овлашћени да парничним странкама дају правно обавезне изјаве о 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 Закон о цитирању (*Lex*

citationis), на основу кога су за судове постала обавезна мишљења петорице класичних правника: Папинијана, Гаја, Паула, Улпијана и Модестина. У доба средњовековне рецепције римског права, карактер извора права имало је заједничко мишљење свих познатих правника, односно тадашње целокупне науке (*communis opinio doctorum*). Тако су се током дугог периода поједина мишљења правне науке искристалисала у јасне и прецизне формуле које служе као општи принципи за решавање сложених питања, под условом да се не противе позитивним изворима права. Те формуле се називају правним максимама, изрекама или брокарима.

Модерни развој оспорио је улогу правне науке као ствараоца права. 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 правну праксу одувек био велик. У историји се често догађало да поједини правни системи или најважнији законици настану под одлучујућим утицајем истакнутих правних стручњака и научника. То није случајно јер правна наука од свог настанка до данас стално обрађује позитивно право, догматички излажући његов садржај и објашњавајући га тумачењем (какво оно јесте *de lege lata*) или оцењујући га с гледишта праксе и предлажући како би га требало променити (какво оно треба да буде *de lege ferenda*). Тиме правна наука попуњава и усавршава правни систем, објашњава његове нејасности, измирује противречности итд., утичући на примену права, стварање судске праксе и прецедентног права. Она то чини учествовањем у стручним припремама за стварање права, тумачењем права, давањем предлога и процена постојећег стања права у целини или појединих његових институција, руководећи се научним, политичким, етичким, стручно-техничким разлозима или разлозима ефикасности. То је навело неке писце, попут Теодора Штернберга, да устврде како правној науци изнова треба признати право на „слободно научно стварање права“, што би је произвело у главни извор права.

Будући да правна наука одавно није извор права, њено мишљење ни за кога више није правно обавезно. Оно може само да буде прихваћено када онај који га прихвата оцени да је тачно. Важност правне науке зависи од снаге и убедљивости њених аргумената. Због тога се може десити да се једно научно мишљење фактички дуго поштује и примењује, па чак и да норме које израђује правна наука стварно буду врло близу извору права. Али,

правно посматрано, мишљење правне науке не може да буде извор права. Ипак, нека законодавства су почела изричито да се позивају на помоћ правне науке као допунског извора права. На пример, стари Швајцарски грађански законик је у члану 1, став 3 препоручивао судијама да се приликом доношења одлуке надахну ставовима увреженим у правној науци како би се растеретила правностваралачка делатност државе. Исти процес се данас одвија у међународном праву, у коме снага правне науке такође све више долази до изражаја. На пример, у члану 38 Статута Међународног суда правде пише да ће се одлуке у споровима пред тим судом доносити и на основу учења најпозванијих стручњака међународног јавног права различитих народа као помоћног средства за утврђивање правних правила. Очигледно, правни научници и стручњаци су и данас добрим делом градитељи савременог друштва.

IV глава

ПОЈЕДИНАЧНИ ПРАВНИ АКТИ И ЊИХОВЕ ГЛАВНЕ ВРСТЕ

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.

Појединачни правни акти се могу поделити, према субјектима који их доносе, на *државне* и *друшћивене*. Постоји и подела на *јојјјуне* и *нејојјјуне* појединачне правне акте, која је важнија. 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 сви они имају свој посебан облик. Али није тако, јер потпуни појединачни правни акти свој посебан правни облик преузимају од непотпуних појединачних аката. Њихов формални и материјални појам одређује се према формалном и материјалном појму непотпуних појединачних правних аката. И обратно, непотпуни појединачни правни акти имају свој посебан облик. Он зависи од тога да ли 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 монарха или председника).

Али, то не значи да је између непотпуних појединачних аката увек јасна разлика у погледу форме и садржине (управни акт и правни посао у материјалном смислу садрже појединачну диспозицију), што се преноси и на потпуне појединачне акте.

1.1. Потпуни појединачни правни акти

Потпуни појединачни правни акти су веома ретки јер ретко кад постоји потреба да садрже оба нормативна елемента норме. Главни разлог представља велика разлика између њихових диспозиција и санкција, будући да се надлежност за њихово стварање и примену поверава различитим специјализованим органима (суд изриче санкцију на основу диспозиције у закону, али је не извршава). Због тога потпуни појединачни правни акти немају засебан облик, већ га преузимају од непотпуних појединачних правних аката. На пример, потпун појединачни акт извршне власти постоји када шеф државе поставља високе државне службенике; потпун управни појединачни правни акт – када управни орган нареди да се позвани одазове његовом позиву, иначе ће бити кажњен казном затвора; потпун правни посао – када се у уговору одреди казна за његово кршење; потпун судски акт – када суд одреди да је разведе ни 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 или судских органа.

1.2. Непотпуни појединачни правни акти

Непотпуним појединачним правним актима одређује се или само појединачна диспозиција, или само појединачна санкција.

Када је реч о појединачној диспозицији, такве акте доносе подједнако државни органи и друштвени субјекти, због чега у формалном смислу постоје 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. Сама појединачна диспозиција 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 јавни мир, појединачна диспозиција наређује да ноћу престане ларма).

Када је 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. Будући да се тим нормама утврђује 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.

2. Најважније врсте појединачних правних аката

Постоји неколико карактеристичних врста појединачних правних аката. 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 ордење итд.). У *материјалном смислу*, указ је само онај појединачни акт који одређује појединачну диспозицију, која субјекта чије понашање регулише „начелно обавезује и против његове воље“.⁴¹⁹

Иако је указ акт високе правне снаге, он није извор права јер садржи појединачну правну норму за конкретан однос. На пример, акт о помиловању увек се односи на поименичног осуђеника, на супрот закону о амнестији којим се неодређени број осуђених лица ослобађа даљег издржавања казне или им се казна смањује и ублажава.

419 N. Visković, 192.

2.2. Управни акт

Управни акт у *формалном смислу* доноси управни орган по одређеном управном поступку. То је акт којим неки државни или друштвени орган одлучује о индивидуалним стварима из свог делокруга на основу закона и других општих правних аката. Таквим конкретним одлучивањем извршавају се општи правни акти (издаје се дозвола за градњу куће, разрезаје порез појединцу, одређује време одласка у пензију итд.). Такође, управни акт се доноси према претходно тачно утврђеном управном поступку, због чега он начелно има исти састав као и пресуда. Али, пошто је управа створена да доноси појединачне акте, управни акт у *материјалном смислу* јесте онај појединачни акт који одређује појединачну диспозицију, која субјекта чије понашање регулише такође обавезује против његове воље. Важно је нагласити да је управни акт исправан само када је његова форма сагласна са његовом садржином. Изузетак постоји када управа донесе акте који су само формално управни, док садржински представљају неке друге акте (судски акт). И такви акти се сматрају законитим. Али, када се изван тога утврди да је управни акт формално или материјално незаконит, предвиђена је могућност подношења жалбе вишем управном органу или тужбе суду. Окончањем поступка вишег управног органа по жалби или судског органа по тужби, такав акт може да се прогласи незаконитим. У том случају, 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).

Најважнија и најпознатија врста управног акта је *решење*. Оно се доноси по предвиђеном управном поступку, има начелно исти састав као судска пресуда и може се оспоравати због формалне и материјалне незаконитости као пресуда (најпре жалбом пред вишим управним органом, а затим тужбом пред судом /случај управног спора/). Поред решења, управни органи доносе *закључке и одлуке*.

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 оба-

везна само када они на њу пристану. Као субјект правног посла може да се појави и држава, али не као носилац власти, већ као страна у правном послу.

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.). За њих је карактеристично да нису правно обавезни све док субјект не пристане на њих (нпр., наследник може да одбије да прими наследство, младожења да не ступи у брак, уговорна страна да не закључи уговор).

Правни послови се закључују у неписаном или писаном облику свуда где влада *начело аутономије воље*. 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 *do ut des* („дајем да ми даш“). 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 ствари (*traditio*) која је објект уговора. Посебну врсту уговора 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.

Правни послови морају увек 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 одређеном судском поступку, док у *материјалном смислу* 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 или неком другом поступку.

Према томе да ли суд изриче санкцију, или не, разликују се потпуни од непотпуних судских аката. *Пошћуни* судски акти састоје се из утврђивања прекршаја и изрицања санкције, а *непошћуни* 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 морају да садрже два елемента: први, који представља утврђивање једне чињенице, и други, који представља саму судску одлуку.

Да би остварили своју улогу, судски органи су 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 изречене санкције.

Будући да суд доношењем судског акта решава спор који представља „ненормалну“ 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 доноси се по веома сложеном поступку. Она не може да се доводи у питање, нити спор може да се обнавља, осим изузетно, у тачно одређеним случајевима коришћењем правних лекова. Својом одлуком суд прецизира диспозицију опште норме и доноси појединачну санкцију која одговара конкретном појединачном случају. Због тога се каже да судски акт има карактер непроменљивости, неопозивости и ненападљивости.

Судске акте по правилу доносе државни судови. Али, судску функцију могу да обављају у тачно одређеним случајевима избрани судови (арбитраже, мировна већа). Најважнији судски акти су пресуде, а затим решења и одлуке.

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 и 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*). Пресуда се проглашава усмено и странкама доставља у писаном облику, од када почиње да тече рок за улагање правног лека (жалбе или неког другог).

3. Сличности и разлике између појединачних правних аката

Између појединачних правних аката постоје очигледне сличности и разлике. Заједничко им је да сви припадају врсти појединачних правних аката и да нису извори права, изузев судског прецедента који јесте извор права. Њихов највећи број спада у врсту непотпуних појединачних правних аката, а изузетно у врсту потпуних појединачних правних аката. Сви непотпуни појединачни акти у материјалном смислу садрже само појединачну диспозицију, изузев непотпуних судских аката који садрже само појединачну санкцију. Подразумева се да сви потпуни појединачни правни акти садрже и појединачну диспозицију, и појединачну санкцију. Могу да их доносе државни и друштвени органи, изузев указа који увек доноси шеф државе (председник или монарх као државни орган). Због преплитања поменутих сличности и разлика, потребно је додатно разликовати указ од управног акта и правног посла, а ове акте од судског акта.

Када је реч о разликовању указа од управног акта и правног посла, указ се од ових аката јасно разликује према органу који га доноси, врсти друштвених односа који су предмет регулисања, поступку свог доношења, циљу због кога се доноси итд. Та разлика је можда нешто мања и блажа између указа и управног акта јер се ради о актима исте врсте извршно-управне власти. Изгледа да се апсолутна разлика између указа и других појединачних правних аката састоји у томе што указ увек доноси државни орган, тј. шеф државе, док с другим појединачним правним актима то не мора да буде случај.

Када је реч о разликовању управног акта од правног посла, може се приметити како је правни посао увек акт сагласности воља, док је управни акт увек акт државне или друштвене власти. Правни посао је двострано или вишестрано обавезна уговорна одредба, а управни акт једнострано обавезна наредба, јер може

непосредно да се примени коришћењем принуде. На пример, када полиција нареди да се разиђу учесници нелегалног скупа, то представља озбиљан изузетак од општег правила по коме једино санкције које изриче суд могу непосредно да се примене принудом. Такође, субјекти правног посла нису обавезни да закључе уговор, док то није случај с управним органима, који својим управним актима врше свакодневно конкретну државну или пословну делатност која је за њих обавезна, а не ствар сагласности воља. Најзад, циљ због кога уговорне стране склапају правни посао обично је другачији од циља због кога се доноси управни акт. Само, управни акт није могуће јасно разграничити од правног посла према субјектима, јер могу да га доносе и државни и друштвени органи, као и према појединачној диспозицији коју садрже оба акта у материјалном смислу.⁴²⁰

Подразумева се да се *судски акти* јасно разликују од свих других појединачних правних аката у формалном и материјалном смислу.

420 Р. Марковић, *Управно право. Ојшњи гео*, 247–281.

Други одељак

ФАКТИЧКИ ЕЛЕМЕНТ ПРАВНОГ ПОРЕТКА

Фактички елемент представља други главни део правног поретка. Он се састоји из људских материјалних (телесних) радњи којима се правне норме примењују. Материјалне радње врше људи као правни субјекти поводом одређених добара (правних објеката), налазећи се међусобно у правним односима, тј. у друштвеним односима регулисаним правним нормама, због чега и они улазе у састав фактичког дела правног поретка. На крају, правне норме се тумаче и утврђују чињенице, на основу чега се право непосредно примењује и производи одговарајућа дејства у стварности.

I глава

СУБЈЕКТ И ОБЈЕКТ ПРАВА

1. Правна личност и субјект права

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

Право не може да постоји без личности јер је оно ради њих створено. Данас су сви људи субјекти права. Ипак, постојали су

порци 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. 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, тј. да могу да постоје и правна (морална) лица.

У једном 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 предвиђена у кодификованом Уставу Немачке из 2002. године, који је животињама признао уставна права, или у некодификованом уставу Новог Зеланда, у коме је признато да су примати „више од обичних живих бића“.⁴²¹ 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.“⁴²²

Најзад, захваљујући развоју информатичких технологија, могуће је (пored *реалних* субјеката права: физичких и правних лица која постоје у правој стварности) говорити и о *виртуелним* субјектима (виртуелним ликовима или *аватарима*). 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 на реалне субјекте права у правој стварности.

2. Појам субјекта права

Субјект права може да се одреди као лице које је подвргнуто позитивном праву државе. Потребно је да располаже следећим својствима:

421 Вид. М. Пауновић, *Права животиња*, Београд 2005, 131.

422 N. Visković, 134.

- идентитетом;
- могућношћу поседовања (власништво);
- способношћу или надлежношћу за стварање правних аката (правотворство);
- способношћу да одговара за своје противправне поступке (правна одговорност).

Сва четири својства заједно сачињавају јединствен појам субјекта права као поседника, ствараоца права и правно одговорног лица које располаже својим идентитетом. То данас важи и за виртуелне ликове који као субјекти 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 заједно сачињава јединствен појам субјекта права као поседника, ствараоца права и правно одговорног лица, само у виртуелној стварности.⁴²³ То једино не важи за физичка лица која располажу само пасивном (правном) способношћу, дакле, која располажу само властитим идентитетом и могућношћу поседовања. Нека законодавства иста два права признају и тзв. „вишим приматима“.

Субјект права је *носилац* пасивне и активне *правне способности*, тј. овлашћења и обавеза. Обе способности нису његова природна, већ правна својства, која правни поредак признаје људима и њиховим творевинама. У томе се јасно уочава утицај правне стварности која надограђује обичну стварност.

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.

Од субјекта права, који је увек носилац пасивне правне способности, треба разликовати лице (физичко или правно) које као носилац *активне* правне способности (нпр., пословне) може свесно и вољно да поступа по правним нормама. То значи да располагање активном (делатном) правном способношћу подразумева постојање *правне свесности* и воље, док то не мора да буде случај с пасивном правном способношћу.

423 Д. Митровић, *Пути права. Холстичка парадигма свести и права у свештој теорији хаоса и правне теорије*, Београд 2000, 271–272.

Правна свесћ се увек односи на активног субјекта права, док то није случај са пасивним субјектом права који, лишен свести и воље, поседује само правну способност. Састоји се из *йознавања йрава* и поседовања *сйава йрема йраву* (негативног или позитивног). Али, и непознавање правне норме чини садржај правне свести. Састоји из непознавања садржаја права и одсуства става према њему (због чега се греша). Ту идеју су већ стари Римљани регулисали правилом да „непознавање норме шкоди“ (*ignorantia legis nocet*). Ипак, то није апсолутно правило, јер право под одређеним условима изузетно може да дозволи одступање од тог правила. На крају, хоће ли човек да поштује или да прекрши правну норму зависи не само од његовог познавања права и става према норми већ и од других околности које окружују субјекта и норму.

Активно способно лице које располаже правном свешћу назива се *йравни ајенй*. Поступајући по правним нормама, правни агент може да дела у свом *инйересу*, као власник, или *йуђем инйересу*, као заступник.

Док власништво подразумева поседовање активне и пасивне способности односног носиоца да дела у свом интересу, дотле *застујинишйво* постоји због физичких лица (која нпр. немају такву активну способност, која не могу или не желе сама да врше неке правне радње на које су иначе правно овлашћена итд.) и правних лица (која без физичких лица не могу да производе никакве правне последице). Ту је заступање неопходно, као нека врста замене и услуге другим правним субјектима (физичким и правним лицима). Само заступање подразумева постојање *застујника*, који је посебна врста правног агента који врши за друга физичка и правна лица одређене послове у њиховом интересу и увек дела у име заступљеног лица (заступљеника), тако да је то лице (а не правни агент као заступник) субјект правног посла. На пример, у праву се сматра да је пословно неспособно лице закључило уговор о купопродаји преко заступника, односно да је оно постало субјект права својине на купљеној ствари, а не његов заступник. У случају заступања правног лица, заступник мора јасно да се разликује од органа правног лица.

Постоји неколико врста заступања: *законско* (родитељ се сматра законским заступником свог малолетног детета); *сйајушарно* (када декан као овлашћено лице заступа факултет на основу непосредних одредаба статута); *сйарашељско* (када старатељ на основу пресуде или решења надлежног органа заступа малолетно лице без родитеља или неурачунљиво лице); *ујоворно* (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/. Однос између заступника пословно способног лица и заступаног лица сличан је односу између заступника и пословно неспособног лица.

3. Врсте субјеката права

3.1. Физичко лице

Човек, појединац, представља физичко лице које располаже својим личним и правним *идентитетом*. Његов правни идентитет се одређује на основу личног имена, пребивалишта и држављанства. На основу идентитета, физичка лица стичу и остварују своја приватна и јавна субјективна права. На пример, место пребивалишта користи се као мерило за примену материјалног и процесног права, за одређивање месне (територијалне) надлежности, укључујући и област међународног приватног права. 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.

Физичко лице као субјект права располаже не само својим правним идентитетом већ и својствима која га приказују као пасивне и активне (делатне) способности.

Пасивна способност физичког лица састоји се у његовој могућности да буде носилац правних овлашћења и обавеза. Она се другачије назива *правна способност*. Може да буде потпуна или делимична. *Потпуна* пасивна, тј. правна способност је правило, а *делимична* или *ограничена* изузетак од правила (нпр., привремено нестала лица или осуђеници делимично су лишени својих грађанских права). Стиче се 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 commodis eius agitur*). Данас је све присутнија потреба да се и „човеку у настајању“ призна правна способност, како би се и нерођено људско биће правно заштитило од физичких, хемијских, генетских и других врста повреда.⁴²⁴ Проучавањем и решавањем

424 Г. Вукадиновић; Р. Степанов, *Теорија државе и права I*, 323.

тих проблема данас се баве биоетичке дисциплине. И обратно, правна способност физичког лица престаје његовом физичком смрћу (под условом да се зна када тачно настаје физичка смрт; тим питањем се баве судска медицина, форензика, биоетика, биоджуридика итд.). Правна способност такође престаје судским проглашењем несталог лица за умрло. Некада је у Наполеоновом *Codé Civil*-у постојала установа *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.

Право се не задовољава само тиме да субјектима призна правну способност. Оно исто тако захтева да је физичка лица користе, али не самовољно, већ под одређеним условима. Да би остварило тај циљ, право познаје и признаје субјектима *активну (делатну) способност*, која је строже одређена од пасивне способности. Она 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 њихове радње сагласне (законите) или противне праву (прекршаји, деликти). То је сасвим у складу с идејом да нико не може активно да учествује у правном саобраћају ако претходно није пасивни поседник овлашћења и обавеза.

Активна (делатна) способност односи се на поседовање различитих врста способности од стране физичких лица. *Пословна способност* 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). *Полицичка способност* се састоји у праву да грађанин бира друге, али и да сам буде изабран за носиоца јавних функција. То друго, пасивно право – да се буде изабран, нешто је строже постављено када је реч о највишим државним функцијама. *Деликтивна способност* означава подложност прекршиоца правне норме санкцији. Она се одређује према старосном добу. Састоји се у огрешењу физичког лица о право, када лице изврши противправну радњу (понекад чак мимо своје свести и воље), због чега је одговорно. Потпуна деликтна способност стиче се пунолетством, док је за лакше прекршаје (деликте) предвиђена посебна малолетничка деликтна одговорност. *Процесна способност* се састоји у овлашћењу и обавези субјекта да буде па-

сивна или активна страна у спору и да користи правна средства. Без располагања процесном способношћу, нико непосредно и на правно исправан начин не би могао да заштити своја оспорена или угрожена права и интересе пред надлежним органом. *Брачна и њородична* способност се састоје у могућности физичких лица да закључе брак или да имају породицу. Питање брачне и породичне способности (због година старости, нарушеног физичког или душевног здравља) додатно се компликује захтевима припадника тзв. „аскриптивних“ друштвених група. Физичка лица такође могу да располажу *радном* или неком другом врстом активне правне способности.

Потпуна активна способност стиче се пунолетством (како где, од 16 до 25 године живота). Али, право и пре пунолетства може физичком лицу да призна *делимичну* или *ођраничену* активну способност на основу разлика између 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 у потпуности 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 да закључе и брак, али само на основу претходне судске одлуке и сагласности родитеља или старатеља. На тај начин је постигнуто да се старијим малолетницима призна активна способност као да су пунолетна лица, али само за конкретну ситуацију коју је одобрио судски орган (нпр., за закључење брака или уговора о делу). Таква активна способност, дакле, није иста с активном способношћу *ђунолетњих лица*. Тек стицањем пунолетства, право таквим младим лицима признаје потпуну или општу активну способност. Они као 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 када се ради о добу за активно укључивање у правне послове, нарочито између старијих малолетника и пунолетних лица.

Физичко лице може да буде *лишено* активне правне способности (пословне, политичке, кривичне, процесне итд.) због животне доби, здравља или правних одлука. То лишење може да буде *ђођђуно* или *делимично* зависно од тога у којој је мери утврђена

неспособност лица за здраворазумско расуђивање (на основу стандарда „просечног човека“, ма шта то тачно значило). Али, активна правна способност може да буде ограничена због расе, нације, порекла, пола, вере, имовине итд., а таквим примерима обилује људска историја. Због тога се поставља питање да ли делимично ограничавање једне врсте активне правне способности утиче на ограничавање њених других врста. Одговор зависи од узрока који ограничавају активну правну способност. Ако је реч о здравственим разлозима 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, а најбоље је да таква ограничавања уопште не постоје, делимично ограничавање једне врсте активне правне способности не мора да доведе до ограничавања њених других врста.

3.2. Правно лице

Субјект права може да буде и правно (морално) лице. Први облици правних лица створени су у старом Риму (акционарска друштва, принцепсова државна благајна /*fiscus*/ итд.). Али, требало је сачекати XVII век да израз правно лице први у модерном смислу употреби Хуго Гроцијус, користећи га за означавање тадашњих малобројних удружења и корпорација (познат је пример Холандске Источноиндијске компаније, основане 1602. године). Тек када је у XIX веку развијена привреда довела до увећања капитала, повећан је број и 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. Произилази да правно лице представља сваку творевину 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 што је случај са физичким лицем које ту свест и вољу има. То је учињено зато што и правно лице представља „центар интереса и делатности људи“,⁴²⁵ односно располаже овлашћењима и обавезама које одговарају његовом карактеру и циљу због кога је основано. Једино што та овлашћења и обавезе не могу да буду везани за својство човека да буде родитељ, супружник или да располаже одређеним грађанским правима. Али то није једина важна разлика. Док за физичка лица важи начело слободе, за правна лица важи начело њеног ограничавања. Физичким лицима је дозвољено да нешто чине, или не чине, све док њихово понашање изричито није забрањено правним нормама, што је у складу са схватањем да је слободно, тј. правно дозвољено све што није правно забрањено. Правна лица смеју нешто слободно да чине, или не чине, само ако је то изричито дозвољено правним нормама, што је у складу са схватањем да је слободно само оно што је правно дозвољено. Наведена разлика између физичких и правних лица у погледу њихове активне и пасивне способности правда се карактером правних лица и њиховим специјализованим активностима.⁴²⁶

Следећу важну ствар представља одређивање *природе правних лица*. У правној науци постоје барем три главне теорије којима се објашњава природа правног лица. Према првој и најстаријој *теорији фикције*, правно лице се сматра привидним, вештачким субјектом права. Према другој, *теорији нејације*, пориче се субјективитет правног лица као таквог, тј. сматра се да је реч о пуком скупу (збиру) физичких лица која су једини носиоци овлашћења и обавеза. Најзад, према трећој, *теорији реалности*, признаје се субјективитет правном лицу које се сматра једним центром делатности и интереса (системом). Поред наведених, постоје и друге теорије којима се објашњава суштина правног лица (теорија концесије, теорија организма, теорија групне личности, Јерингова „теорија заграде“, теорија власништва, Келзенова теорија итд.).⁴²⁷ Само захваљујући теорији реалности, правно лице може да се појави као посебна друштвена и правна творевина која располаже овлашћењима и обавезама као физичко лице или чак у већој мери од њега. Суштина је у томе што се сматра да је реч о друштвеној организацији састављеној од више људи који врше извесна

425 Р. Лукић, 284–285.

426 N. Visković, 210.

427 Р. Паунд, II, 493–529.

овлашћења и дужности у име те организације. Због тога се правне последице њихових радњи не урачунавају непосредно њима, већ целој организацији. Правно лице је, дакле, субјект права без способности да лично, тј. непосредно врши своја овлашћења и обавезе. То уместо њега чине његови органи као његови заступници. За узврат, правно лице има овлашћења и обавезе и према члановима и органима који га сачињавају.

Правно лице је веома сложена творевина. Састоји се од великог броја елемената. У главне *елементије* *правној* *лица* спадају његов идентитет, циљ, средства, чланство, органи, статут, јединственост и континуитет.

Идентификацијом правног лица одређује се на основу оснивачког акта у коме се наводе његов назив, седиште и, евентуално, „држављанство“. На основу седишта, правно лице стиче и остварује своја права. Место пребивалишта се користи за примену материјалног и процесног права, као и за одређивање месне (територијалне) надлежности, укључујући и област међународног приватног права. У случају сукоба правних норми које се тичу статусних односа правног лица, надлежно право се обично одређује према месту његовог седишта.⁴²⁸

Правна лица се оснивају због постизања најразличитијих економских, политичких, државних, просветних, здравствених и других циљева. Ти *циљеви* морају да буду правом допуштени. У противном, држава може да забрани правна лица која су основана због постизања правно забрањених циљева.

Правна лица располажу *средствима* (имовином, апаратом, механизмима) која њихово *чланство* користи ради остваривања планираних резултата. Чланство није збир људи у правном лицу већ колектив са специјализованим органима за вршење тачно одређених врста послова.

Чланови правног лица улазе у састав *орјана* правног лица. Ти органи нису само овлашћени већ и обавезни да обављају послове из свог делокруга. Они руководе правним лицем, представљају га споља и изнутра, ступају у правне односе, стичу, мењају и гасе права и обавезе правног лица итд. Једино се њихове радње урачунавају правном лицу, а не члановима у органима који правном лицу позајмљују своју свест и вољу. Послови правног лица могу да буду поверени и уговорном *заступнику* изван правног лица, који није састојак (као орган) правног лица већ самосталан правни субјект, одвојен од правног лица.

428 Г. Вукадиновић, II, 171–174.

Свако правно лице располаже својим *правилима*, због чега се каже да је оно правилима уређена организација. Једну врсту правила поставља законодавац, а другу само правно лице преко својих органа. Најважнији акт правног лица је *сшаишуйи*. 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 на статуту. Тиме се постиже да правно лице наступа јединствено и деперсонализовано у правним односима.

Правно лице нема прописано трајање, осим изузетно. Оно најчешће надживљава своје чланове, чиме се потврђују његова *јединственоси* и *кониинуишети*.

Када је реч о *врстама правних лица*, основна је подела на *јавна* (држава, покрајина, регион, општина и друге територијалне јединице, јавне установе /болнице, факултети, музеји итд./ и јавна предузећа /електропривреда, комуникације, транспорт итд./) и *приватна* правна лица (трговачка друштва, приватна предузећа, културне, научне, хуманитарне и друге организације).⁴²⁹ Овој подели је блиска подела на *неирофийна* и *ирофийна* правна лица.

Јавна и приватна правна лица могу да се поделе на удружења, установе и задужбине.

Удружења (universitates 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 чине 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 (universitates rerum или bonorum) као друга главна врста правних лица више су одвојене од људи и могу да постоје независно од њих. Оне 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 за разлику од универзитетских наставника и администрације). 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.⁴³⁰

429 N. Visković, 209.

430 P. Лукић, 286–287.

Задужбине представљају такву врсту правног лица које оснива неко физичко лице својом несумњивом изјавом воље. Да би задужбине настале, потребно је да постоји јасна изјава воље о намери да се оне 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 помогне. Због тога задужбине носе имена својих оснивача у знак сећања и признања. У јавном праву, задужбине се називају *заводима*. Заводи располажу специјалном пословном способношћу.

Од задужбина треба разликовати *фондације* (Карнегијева, Гетијева, Рокфелерова итд.). Наменски их оснивају правна лица због постизања одређених циљева, али као саоснивачи могу да им приступе друга физичка и правна лица. Обично су добротворног (филантропског) карактера или се тако представљају.

Од фондација треба разликовати *фондове* (нпр., Фонд проф. Радомира Лукића, Фонд проф. Николе Стјепановића или Фонд проф. др Мирка Васиљевића на Правном факултету Универзитета у Београду) и *лејаше* (нпр., Бете Вукановић или Бранислава Нушића предате Музеју града Београда), којима наменски могу да располажу одређена физичка и правна лица којима су поверени на чување.

4. Објект права

Под правним објектом обично 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.⁴³¹ То могу да буду *йриродна добра* (земља, вода, ваздух, руде, биљке, животиње, робови, кретање, здравље, живот итд.), *људске йворевине* (материјалне: оруђа, намештај, зграде, новац, кола, затвор итд., и духовне: знање, васпитање, вера, естетско задовољство, осуда итд.) и *људске радње* (чињење: земљорадња, за-

431 Р. Паунд, II, 669–676.

натство, политички и верски обреди, деликти, итд., и нечињење: уздржавање од указивања помоћи).⁴³² Дакле, објект права нису само ствари, тј. материјални предмети (земља, кућа, кола, намештај итд.), већ *сва расподељива добра* као што су енергија (која очигледно није ствар), преносива субјективна права, производи људског духа (научна и културна дела) или лична добра (дневници, фотографије, преписка итд.). Такође, објекти права нису само добра настала људском делатношћу (радњама) већ је то и сама та делатност (сврсисходна људска активност, људска радна енергија, рад).⁴³³ Некада је човек био објект права (роб и кмет), што данас правно није случај. У савременим правима објекти све чешће постају органи и други делови људског тела уместо живих људи.

Појам субјекта права, очигледно, не може прецизно да се одреди без појма објекта права, као ни појам правног односа у који субјекти ступају поводом најразноврснијих интереса и добара.

432 N. Visković, 211–213.

433 D. Vrban, 289–296.

II глава

ПРАВНИ ОДНОС

Правни односи су нужан део правног поретка. Преко правних односа се нормативни део правног поретка (правне нормe) повезује с његовим фактичким делом (људским понашањем по нормама). То повезивање омогућава да се право испољи и делује у стварности.

1. Појам и врсте правног односа

Правни односи су друштвени односи регулисани правом. То су „односи зависности у форми права и дужности“.⁴³⁴ Али, они нису прост скуп права и обавеза, већ њихов уређен систем у коме сваком правном овлашћењу одговара иста таква правна обавеза. Због те везе, субјекти овлашћења и обавеза су дужни да се понашају по правним нормама.

Правни односи 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, јер само преко њих право постаје погодно средство за претварање обичне стварности у правну.⁴³⁵

Број правних односа је готово неизмеран. Правом су нарочито подрбно уређени економски, политички и организациони односи. Али, то не значи да су сви ти односи самим тим правни, јер постоје односи регулисани само друштвеним нормама. Поред ових чисто друштвених односа, нису правни ни друштвени односи који представљају правну празнину, као ни односи субјеката

434 Т. Живановић, III, 214–220.

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

према добрима. Наведено разликовање је најједноставније објаснити на следећи начин: правни однос се „од осталих друштвених односа практично разликује по томе што држава интервенише својим апаратом силе како би субјект односа извршио своју дужност, док то неће да учини у случају неправног односа“.⁴³⁶ На пример, правни однос постоји између војног органа и војног обвезника, купца и продавца, мужа и жене, али не постоји између другова, пријатеља или љубавника.

Правни односи су увек регулисани правном нормом на основу које настају. За њихов настанак најважније је да су испуњени услови предвиђени у норми, док је мање важно на који начин настају или у којој су мери регулисани правним нормама. Када се ради о начину настанка правних односа, карактеристичне су три ситуације. У првој се из једне опште норме непосредно изводи правни однос (нпр., однос грађана према дужности да бране земљу), у другој се правни однос изводи из једне опште и једне појединачне норме (нпр., однос плаћања пореза између пореског органа и пореског обвезника), а у трећој само из једне појединачне норме (случај правне празнине).

Будући да правни односи представљају најважнију врсту друштвених односа, то постоје њихове најразличитије *врсте*. Могу се разврстати на више начина. 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.). *Конкретни* правни односи настају у тренутку примене правне норме у конкретној друштвеној ситуацији 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 /дневних 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 остварују се само преко конкретних правних односа.⁴³⁷

Друга важна подела је на једнострано обавезујуће и двострано обавезујуће правне односе. У *једнострано* обавезујућим односима само једна страна, тј. један или више субјеката, има према

436 Р. Лукић, *Увод у право*, 269.

437 N. Visković, 207.

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). Једнострани правни односи садрже једно правно овлашћење и једну правну обавезу, а двострани два правна овлашћења и две правне обавезе.

Правни односи се још могу поделити на: *приватноправне* (између приватних лица или организација) и *јавноправне* (између држава или државе и друштвених организација); *просије* 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 (нпр., право запослених на месечну плату); *радне*, *трађанске*, *породичне*, *кривичке*, *међународне* (зависно од врсте добара према којима су усмерена правна овлашћења и правне обавезе) итд.

2. Састав правног односа

У правној науци се различито одређује састав правног односа и број његових елемената. Према једном схватању, правни однос састоји се из четири елемента: правног овлашћења, правне обавезе, субјекта права и објекта права. Према другом, он се састоји из три елемента: правног овлашћења, правне обавезе и субјекта права. Према трећем, правни однос се састоји само из два елемента: правног овлашћења и правне обавезе.⁴³⁸

Изгледа да је треће схватање најприхватљивије, јер правни субјекти нису елемент правних односа. Они нису елемент јер постоје и када не заснивају правне односе. Дакле, најпре морају да се појаве субјекти, па тек онда може, али и не мора, да настане правни однос. То важи и за објекте права, који су предмет правних односа, а не њихов елемент. Ни објекти нису елемент јер постоје и када нису садржај правних односа. Претходно треба да постоји неко добро да би поводом њега могао да настане неки правни однос. Подразумева се да правни односи не могу да на-

438 M. Zirk Sadowski, „La repport juridique“, *Dictionaire encyclopédique de théorie et de sociologie juridique*, 336 и даље. Нав. према: Г. Вукадиновић, II, 168.

стану између лица и ствари (субјекта и објекта) или између самих ствари (објеката). То јасно показује како субјекти и објекти права нису елементи већ нужне претпоставке за постојање правних односа (њихов *conditio sine qua non*). Сагласно са тим, правни односи се 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 истог правног добра.

2.1. Правно овлашћење

Правно овлашћење (лат. *auctoritas*) 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, јер 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 (да буде активан, да учини захтевано) јер у противном крши право. Али, правно овлашћење није само нечије право већ и облик испољавања друштвене моћи, јер ко има већа или важнија овлашћења требало би да има и већу друштвену моћ.

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; ако је субјект овлашћен да захтева враћање својих кола која је позајмио другом, субјект обавезе је дужан да му кола врати у договорено време јер у противном чини прекршај. Важно је запазити следеће: ако нема макар једне од поменуте две моћи субјекта овлашћења – ако моћ захтева није подржана тужбом, или ако моћ одлуке о прекршају није подржана применом санкције – тада се ради више о моралном него о правном овлашћењу.

2.2. Правна обавеза и њен однос с правним овлашћењем

И правна обавеза (дужност, лат. *obligatio*) представља правном нормом утврђену дужност субјекта на одређено делање или уздржавање од делања. Она значи да је понашање субјекта оба-

везе (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. Правна обавеза, 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. Због тога се појам обавезе у праву јасније издваја од појма овлашћења, јер је право у првом реду систем правила о обавезном понашању.

Када је реч о односу правне обавезе и правног овлашћења, апсолутним се сматра правило да не може постојати правно овлашћење без 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. Због тога правна обавеза има исти састав као и 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 поступа представља јединог субјекта овлашћења, док је субјект обавезе искључиво грађанин на кога се односи норма у конкретном управном акту.

3. Врсте правних овлашћења

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 јавну заштити* (односно *право на јужбу*) и три врсте њихове злоупотребе до којих долази када се правна овлашћења користе супротно њиховој намени.

3.1. Субјективно право

Идеја субјективног права веома је стара. Њено порекло и настанак могуће је довести у везу с учењима св. Августина и каснијих правника-сколастичара. Али, она је добила снажан замаха тек у XVIII и првој половини XIX века, када је сматрано да се „слобода као правна појава“ изражава управо кроз „природна субјективна права“.⁴³⁹ У другој половини XIX века идеја субјективног права разматрана је претежно позитивистички и довођена у везу са државом као центром правног поретка. У исто време, јављају се писци који заговарају ограничавање субјективног права и напуштање схватања о његовој апсолутној неограничености. Субјективно право се више не доживљава као пуко овлашћење одређеног субјекта да се понаша на било који правно могућ начин. Оно субјекта овлашћује да се понаша само на *јравно дозвољен начин* и у *свом инјересу*, који предвиђа и штити правни поредак. То значи да као посебна врста правног овлашћења (нпр. право својине, право закупа, право на слободу кретања итд.) субјективно право припада односном субјекту на основу норми објективног права ради заштите његовог сопственог интереса. Само у тим границама, субјект је слободан 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 у томе такође слободан, јер не чини прекршај.⁴⁴⁰

Поводом таквог схватања субјективног права успостављена су барем три главна учења у правној науци, којима се одређује *јприрода субјективної јрава*. Према *јтеорији воље* (Бернард Виндшајд), 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 *јтеорији инјереса* (Рудолф фон Јеринг), право не постоји због воље, већ воља због права, будући да субјективна права представљају „правно заштићене интересе“. Најзад, према синтетичким, тј. *вољно-инјересним јтеоријама* (Георг Јелинек, а код нас Ђорђе Тасић и Радомир Лукић), природа субјективног права произлази из међузависности воље и интереса, чиме се појам субјективног права релативизира.⁴⁴¹

439 Г. Вукадиновић, II, 176.

440 Р. Лукић, 269–270.

441 М. Поповић, *Појам субјективної јрава*, Београд 1975, 25 и даље.

Субјективна права, која је тешко избројати чак и када је реч о једном физичком лицу, могу се поделити на различите начине. Најважнија је подела на *ајсолућина* (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*). Али, 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. Такође, код апсолутних права познат је само субјект овлашћења, док је субјект обавезе апстрактан, све док се не повреди то апсолутно право, када настаје захтев за његову заштиту. Код релативних права познате су обе стране пошто је правни однос потпуно персонализован. Тиме је олакшано подношење захтева за заштиту повређеног права. Наведеној подели субјективних права на апсолутна и релативна све чешће се додају *корпоративна права* (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.).

Најважнију врсту преносивог субјективног права које делује *erga omnes* представља својина (*potestas*). Чисто правно посматрано, својина је најважнија врста преносивог субјективног права које делује према свима (*erga omnes*). Суштина је у следећем: оно што је „Моје“, то није „Твоје“, или, оно што је моје, то није ни „Наше“ ни „Ваше“. Само је Моје. Али, схватање својине је временом преобликовано: прво тако да оно што је моје буде и твоје (нпр., ортаклук), затим да оно што је моје и твоје буде наше (нпр., корпорација), а на крају и да оно што је моје и наше постане ваше (нпр., потпуно подржављење својине у тзв. социјалистичким порецима). Та промена је довела до тога да се својина више не сматра неприкосновеним, „светим правом“, као што је то некад био случај, већ релативним правом које се све више и све чешће ограничава.

Субјективна права се такође могу поделити 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 поделе субјективних права на *позийтивна и неїаїивна, дискрециона и официјелна, самосїална и несамосїална* итд.

3.2. Надлежност

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. Надлежношћу се штити туђ интерес, туђе субјективно право, у чије име субјект надлежности дела, а не свој интерес и своје субјективно право.

На основу реченог није тешко запазити следеће *разлике између субјективної 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 поступа како он хоће, као што то може да чини субјект субјективног права унутар одређених правних оквира, већ је обавезан да поступа онако како би поступао 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, под условом да правно овлашћење представља главни, а правна обавеза споредни елемент надлежности.

Из тог основног разграничења проистичу и 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 чита или чува књигу). И то не било како рационално (нпр., као што се понаша 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 због тога 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 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.⁴⁴²

3.3. Право на правну заштиту

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

Право на тужбу представља врсту правног овлашћења, у ствари, правног средства. Састоји се у могућности односно субјекта права да се обрати надлежном државном органу да реши спор поводом оспореног субјективног права или надлежности, што правни поредак дозвољава и штити. То право је карактеристично за европски континентални систем у коме се обично не схвата као самостално правно овлашћење, 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 сматра претежнијим – његова форма или његова садржина. Уз то, поред *захтева* (*postulatum*) да се правно овлашћење оствари тужбом, право на тужбу садржи и саму *моћ тужбе* (*potentio petitionis*) поднете надлежном органу.⁴⁴³ Та моћ дозвољава суду да у одређеним ситуацијама процесуира предмет образован на основу тужбе упркос тужитељевом противљењу. Та чињеница државно-правну организацију јасно приказује као један моћан механизам.

Право на приступ суду (*Acces to Justice*) карактеристично је за англосаксонски систем. Схвата се као самостално правно овлашћење, за разлику од права на тужбу. Састоји се из различитих процедуралних и формалноправних захтева како би се остварило „право на прихватање и испитивање захтева од стране независног суда, право на примену хитних и привремених мера да би се

442 Р. Лукић, 271–272.

443 Г. Вукадиновић, II, 177–180.

осигурани интереси и права у случају опасности и опасне претње, право на изузеће судије, право да се добије судска одлука у разумном року или право на жалбу⁴⁴⁴. Може да се односи и на уставнољубавање извесне формалноправне могућности, која укључује и њен материјални еквивалент, јер је у неким ситуацијама обраћање суду препуштено заинтересованим странама, у другим је оно нужно, а у трећим присилно.

Право на приступ суду, као шире од права на тужбу, обухвата и *право на људски суђење*. Односи се на заштиту права људи у свим фазама поступка пред судским или другим државним органима. Оно 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 Уједињених нација, Европској конвенцији о људским правима и другим сличним међународним уговорима, па чак и у нормама међународног обичајног права. У свим документима, на пример, у члану 6 Европске конвенције о људским правима, 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.⁴⁴⁵

Право на правну заштиту сажето изражава скоро целокупну правосудну цивилизацију. Њиме се одређује положај грађана према држави, а тиме и положај суда у држави и друштву, што посредно омогућава остваривање циља права. Данас се у нормалној правној држави питање права на правну заштиту не односи само на то како до суда, већ и до каквог суда. Ипак, да ли ће заинтересована страна да реагује и обрати се суду, и даље се препушта њеној процени кад год је то могуће.

4. Злоупотреба правних овлашћења

Све што човек употреби може и да злоупотреби. Некад је сматрано да субјект своје правно овлашћење може неограничено да врши, чак и у случајевима када тиме повређује туђе пра-

444 Г. Вукадиновић, I, 337–338. Вид. N. Mole, C. Harby, *Право на људски суђење. Водич за примену члана 6 Европске конвенције о људским правима*, Београд 2003.

445 N. Mole, C. Harby, 34–65.

во. Али, такво схватање је најпре ублажено, а затим оспорено утврђивањем правила за разграничење употребе од злоупотребе правних овлашћења. Прво је у XIX веку уведен у праксу институт злоупотребе субјективног права (пресудом једног париског суда), а на почетку XX века институт злоупотребе надлежности. То је доба када је држава доживљавана 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 спорном случају процени да ли постоји злоупотреба. А злоупотреба правног овлашћења постоји када се вршењем свог пуноважног права потпуно или делимично онемогућава коришћење или уживање другог субјекта у његовом праву. Ту се коришћењем свог правног овлашћења (свог пуноважног права) врши злоупотреба (прекршај) туђег правног овлашћења (туђег пуноважног права).

Карактеристичне случајеве злоупотребе правног овлашћења представљају злоупотреба субјективног права и надлежности као релативно модерних правних института, а делом и злоупотреба права на правну заштиту.

4.1. Злоупотреба субјективног права

У старом римском праву је сматрано да онај „Ко своје право врши, никоме не наноси штету, нити неправду“ (*Qui suo iure utitur, neminem laedit, 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 и да их процењују са становишта циља и духа права, ограничавајући самовољно коришћење власничких и других субјективних права. Од тада је прихваћено да се злоупотреба субјективног права састоји у таквом вршењу права у свом интересу да се тиме неком другом поседнику субјективног права наноси штета. Посебан облик злоупотребе субјективног права, карактеристичан за англосаксонски систем, 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“ у границама права.⁴⁴⁶

446 Р. Паунд, III, 156–158.

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 *теорији вредновања*, злоупотреба субјективног права постоји само када се вршењем свог права наноси штета заједници (оштећењем права другог субјекта) која је већа од могуће претрпљене личне штете због невршења субјективног права. Шта је од та два важније 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.

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 постоји (мања или већа, дакле, и злоупотреба субјективног права), духу савременог права више одговара објективна теорија о злоупотреби субјективног права. Због тога се субјективно право као врста овлашћења све више ограничава и уређује у корист оштећеног субјекта. Схватање објективне теорије о злоупотреби субјективног права је 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? 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 шиканом злоупотребљава своје право само да би другом била причињена нека штета него неког ко не зна да вршењем свог права другом наноси штету због своје неувидљивости или примитивности.

Злоупотребу субјективног права треба разликовати од *нейо-средној кршења субјективној права 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, али субјект није правно одговоран само у случају одговорности за ризик јер је овлашћен да вршењем свог права може другом да нанесе штету. Због тога 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.

4.2. Злоупотреба надлежности

Злоупотреба надлежности дуго је везивана за област приватног права. Како је државна власт све више схватана као јавна служба, тако је уобличаван појам злоупотребе надлежности у јавном праву. Али, до тога се није дошло одједном. Најпре је схваћено да надлежност није само правно овлашћење већ и правна обавеза, па је тек затим строже одређена од субјективног права, јер и надлежност може да се злоупотреби. До тога долази неправилним вршењем надлежности (у свом, а не у туђем интересу), њеним ирационалним вршењем или вршењем мимо утврђених правних стандарда.

Посебан облик злоупотребе надлежности у јавном праву представља *злоупотреба власти*. То је најопаснији облик злоупотребе. 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 кандидата 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 нарочито се поставља у случају вршења дискреционе власти. До њене злоупотребе 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 због тога што грађанин не испуњава тражене услове или због тога што би то било противно јавном интересу, већ због осећаја личне мржње или бахатости). Када се докаже злоупотреба власти (која мора да се заснива на конкретним чињеницама, а не на проценама или повређеним осећањима) којом су оштећени грађанин и држава, такав правни акт мора да се поништи а службено лице казни.

Злоупотреби надлежности, као релативно новом кривичном делу, сличан је *мобини* (*mobbing*), као најновија врста кривичног дела. Може да садржи елементе злоупотребе субјективног права. Радње којима се изводи мобинг обично су веома сличне радњама којима се злоупотребљава надлежност. Постоји када надређени (*вертикални* мобинг) или колеге у радној или животној средини (*хоризонтални* мобинг) својим поступцима (који могу да представљају прекорачење њихове надлежности) врше притисак на појединца с циљем да га онемогуће, омаловаже или искључе из заједничког подухвата, групе или заједнице, наносећи му моралну и материјалну штету.⁴⁴⁷

4.3. Злоупотреба права на правну заштиту

Злоупотреба права на правну заштиту (права на тужбу или права на приступ суду) постоји када субјект овлашћења то своје право користи на такав начин да угрожава туђе субјективно право на спокојан живот. То може да буде приватно лице или неки орган. Ту се злоупотреба врши претераним коришћењем свог права како би се другом нанела штета. Када је реч само о државним органима, до злоупотребе долази и њиховим уздржавањем од коришћења свог права (када орган не користи процесна средства иако је на то обавезан по службеној дужности).

Да би се спречила злоупотреба права на тужбу и права на приступ суду, установљена су посебна правила и механизми којима се спречава да неко због исте ствари бескрајно пута буде тужен (сагласно са духом римске изреке *ne bis in idem* /не двапут у истој ствари/), системом двостепеног а, изузетно, тростепеног суђења итд.

447 Вид. В. Балгезаревић, *Мобини. Комуникација на четири ноге*, Панчево 2007.

5. Врсте правних обавеза

Постоје и различите врсте правних обавеза (дужности). Могу се поделити на *ајсџиракџине* и *конкретџине* (нпр., да су сви грађани дужни да бране земљу или да је Јанко дужан да плати порез надлежном пореском органу), *једносџране* и *двосџране* (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), *јавнојравне* и *јривајнојравне* (нпр., дужности које се тичу државе потписнице неког међународног уговора или дужности које се тичу обавеза приватних лица) или *јреносиве* и *нејреносиве* (нпр., обавеза писца да плати дуг је преносива, али је његова обавеза да напише књигу непреносива).

6. Правно стање

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 приступ суду). Скуп тих овлашћења и обавеза сачињава *јравно сџање* (ситуацију, статус) дотичних субјеката. У појам правног стања спадају и могућности субјеката да стекну извесна овлашћења или обавезе (ко може да бира, може и да буде изабран), поред овлашћења и обавеза којима већ располажу.⁴⁴⁸

У савременим демократским системима чини се све да се разлике између субјеката што више формалноправно ублаже или укину, како би се барем смањила дискриминација међу њима. Али, право то не чини на апсолутан начин, већ релативно, толеришући оправдане или неизбежне разлике између 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.⁴⁴⁹ Та чињевица показује да сваки субјекат у датом тренутку има свој тачно

448 Р. Лукић, 275.

449 N. Visković, 218.

одређен лични правни положај. Али, правно стање субјеката 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, некалификовани – висококвалификовани, државни службеници – обични грађани, студенти права – мастери правних наука итд.

Приказане промене у положају субјеката показују да право није статична већ динамична творевина заснована на чињеницама. У њему стално настају нови правни односи, док се постојећи мењају или укидају. И то представља „нормално стање права“, у коме правни субјекти располажу конкретним скупом овлашћења и обавеза независно од тога да ли их врше или само поседују.⁴⁵⁰

7. Настанак, промена и престанак правних односа

Правни односи настају 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 даље, правни односи престају да постоје када престане обавеза субјеката да се понашају по правној норми (нпр., раскидом уговора).

Случајеви *настанка* правних односа нешто су сложенији када се доведу у везу са врстама правних норми. *Ајсџиракџи* правни односи настају непосредно на основу опште норми која 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

450 Р. Лукић, 276–277.

санкције општих норми (нпр., када продавац Јанко закључи купо-продајни уговор са купцем Марком), па чак и без тога, у случају правне празнине. Када правни односи настају на основу *условне* норме, 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). Када правни односи настају на основу *безусловне* норме, 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 је реч о *промени* правних односа, очигледно је да се они стално мењају. И не само да се мењају, већ због нових правних односа претходни (старији) правни односи *престају* да постоје. Када *ајсџрактџни* правни односи престају да постоје, то се дешава од тренутка престанка важења опште правне норме (њеним укидањем), од када нестају апстрактна овлашћења и обавезе односних апстрактних субјеката. *Конкретџни* правни односи нестају 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 *условних* норми, до престанка правног односа долази тек испуњењем раскидног или одложеног услова, док у случају *безусловних* норми правни односи престају непосредно, испуњењем правне обавезе.

Може се запазити како се једина разлика између промене и престанка правних односа састоји у томе што нови правни односи не морају увек да укину старе. Али, када старији правни односи нестану због промене правног односа, то је трајно.

III глава

ПРАВНА ЧИЊЕНИЦА И ПРАВНА РАДЊА

Чињенице које су предвиђене у претпоставкама правних норми, а на основу којих настају, мењају се и престају правни односи, називају се *йравне чињенице*. Њихов збир се назива *чињенични скуй*. На основу чињеница се успоставља изузетно сложена мрежа правних односа који право повезују са стварношћу.

1. Појам и врсте правних чињеница

Правне чињенице представљају услов или основ (*iustus titulus*) за заснивање, промену и престанак правних односа. Најчешће се деле на *нейравне* (обичне: нпр. рођење, старост, смрт итд.) и *йравне* (које се тичу особених правних појава: нпр. умишљај, заблуда, деликт итд.). Према другој подели, која је можда важнија, 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. На пример, рођење је услов за успостављање родитељских односа; старење је услов за ограничење правних овлашћења због деменције; 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 претрпљене штете.

Људске радње су све активности које човек врши вољно и свесно, тј. које сам изазива (изградња путева, стварање профита, доношење правног акта, мишљење, осећање, расправљање итд.). Додатно се могу поделити на *йравне акције* и *остјале радње*: *йелесне* и *йсихичке*, као и на *йравно дозвољене* (сагласне праву) и *йравно*

зобрањене радње (прекршаје права, деликте, којима се стварају или укидају правни односи). На пример, 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; подношење тужбе или жалбе је услов за настанак процесног односа између тужитеља, туженог и надлежног органа; крађом настаје правни однос између државе и лопова.

Разликовање правно дозвољених од правно забрањених људских радњи није смислено када је реч о природним догађајима, јер се сматра да природне силе, укључујући у извесној мери и животиње, не могу чинити деликте („зла дела“). То значи да 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 (када се судило „демонским животињама“), као и појава мешовитих „природно-људских чињеница“ које су резултат знања стечених технолошко-техничким напретком (метеоролошке прогнозе, употреба громобрана, противградна одбрана, локална контрола климе, вештачка оплодња, генетски инжењеринг итд.).

2. Просторно-временска одређеност правних чињеница

Правне чињенице постоје када су просторно-временски одређене. Али, лакше је утврдити везаност чињеница за простор него за време. То нарочито важи за протек времена у праву као правну чињеницу.

Проштек времена представља чињеницу која се одређује као *рок* за настанак, промену или престанак правних односа, што значи да у праву постоји више врста рокова. Ти рокови могу да буду материјални или процесни.

Материјални рокови могу да буду *одложни* (суспензивни, када протеком времена настаје правни однос), *раскидни* (резолутивни, када протеком времена престаје правни однос) или *ипреклузивни* (законски, када законом одређеним протеком времена такође престаје правни однос због невршења правног овлашћења).

Процесни рокови омогућавају странкама да користе односна правна средства и предузимају процесне радње у судском, управном или неком другом поступку (нпр., рок за тужбу, жалбу или улагање неког ванредног правног лека).

Нарочито су значајне две чињенице везане за протек времена – застарелост и одржај. Протек времена услед кога се извесна овлашћења губе, тј. извесни односи престају да постоје, назива се *застарелост* (*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. Постоје и овлашћења која уопште не застаревају, тј. која не могу да се стекну одржајем, као што је случај с овлашћењем брачног супруга или родитеља. И обратно, протек времена услед кога се извесна овлашћења стичу а извесни односи настају назива се *одржај* (*usucapio*). На основу одржаја, застарела овлашћења прелазе на другог. На пример, када застарело право опустеле својине у одређеном року неовлашћено врши неко други, тада тај други субјект истеком времена, одржајем, стиче то овлашћење.

Без застарелости и одржаја, те две изузетно важне правне чињенице, живо право би готово замрло јер захтева непрекинуто одвијање. На крају, право би престало да постоји.

3. Појам и врсте правних радњи

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. Она не служи ничем другом осим да се радње односних субјеката врше у складу са правним нормама. Али, право не регулише све људске радње, већ само оне које су значајне за право. Радње значајне за право називају се правним радњама.

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. Оне 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 целокупног права.

Основна је подела правних радњи на слободне и правом регулисане радње.

Слободне радње су све радње којима право не одређује како субјекти треба да се понашају, јер све што је слободно није забрањено. Ипак, то не значи да су ове радње потпуно слободне, како наговештава њихов назив, јер и оне могу да се врше само у претходно одређеним правним оквирима, а не мимо или изван њих, самовољно. Поред општег значења слободних радњи, постоји и њихово изведено правно-политичко значење, према коме слободне радње могу да се одреде шире и уже. У ширем смислу, слободне су све радње које нису изричито забрањене (правом регулисане радње). У ужем смислу, слободне су само оне радње које су као такве изричито проглашене (правом регулисане радње). Прво схватање преовлађује у демократским, а друго у старијим и савременим аутократским порецима.

Правом регулисаним радњама нешто се или наређује (утврђују се правне обавезе), или забрањује (одређују се прекршаји и деликти), или се допушта вршење правних овлашћења (субјективног права, надлежности или права на правну заштиту). У састав правом регулисаних радњи улазе и материјални правни (телесни) акти.

Правне радње могу се поделити и према другачијим 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 власт: на правне радње неједнакости и једнакости; према томе из чега се састоје: на материјалне (физичке радње: предаја ствари) и језичке (писане или говорне активности: сведочење), којима се обезбеђује спољни облик психичким правним радњама. 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; расправа у парламенту; испитивање и искази сведока; клевета, увреда итд.).

4. Материјални правни акти као правом регулисане људске телесне радње

Материјални правни акти, као што је речено у делу о општем појму правног акта, спадају у људске (телесне) правне радње. Они чине важну, а можда и најважнију врсту правом регулисаних радњи. Разлог је веома једноставан: без њих право не би могло да се примењује. Али, нису сви материјални акти оправдани зато што су засновани на праву. Потребно је да они буду и сагласни са правом, тј. да буду законити, а не незаконити. То се постиже тако што се материјални акти непосредно изводе из нормативних правних аката, који материјалне акте не само заснивају већ и одређују.

И материјални правни акти, а не само нормативни, располажу својим обликом и својом садржином. Када је реч о облику, материјални правни акти имају само два елемента: надлежност субјекта и поступак извршења. Они не садрже материјализацију као трећи елемент, јер сами представљају материјализацију свести и воље свог правотворца (нпр., наплата мандатне казне због погрешног паркирања, као правом регулисана људска радња, увек је и само то када је изриче овлашћено службено лице према прописаном мандатном поступку). Само 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 према начелу аутономије воље. Нарочито су подробно регулисани акти примене физичке принуде (нпр. радње којима се неко лице хапси или лишава живота у случају смртне казне). Све то чини се како би се обезбедила законитост рада државних органа и заштитиле грађанске и људске слободе и права.⁴⁵¹ Када се ради о одређивању садржине материјалног акта, то не представља ништа друго до одређивање врсте телесне радње коју односни субјект треба да изврши, из које се иначе састоји садржина материјалног правног акта. Те радње нису исте када се односе на грађане, друштвене организације или државне органе. Али, све оне састоје се у вршењу односних овлашћења и обавеза.

На основу елемената облика и садржине, материјални правни акти могу да се одреде у формалном и садржинском смислу, као и нормативни правни акти, чиме се добија њихов формални

451 Р. Лукић, 289–290.

и садржински (материјални) појам. И у овом случају је веома је важно да се облик (форма) материјалног акта слаже са његовом садржином (материјом), што модерна развијена права подробно и прецизно уређују и контролишу. У противном, радило би се о незаконитим материјалним актима, тј. људским радњама које представљају деликте, што је недопустиво. Понекад, узрок поменутом неслагању може да буде неслагање унутрашњег акта са његовим спољним изразом (нпр., случај када надлежни истражни орган тачно изврши радњу прикупљања доказа, али на непрописан начин, због чега окривљени мора да буде ослобођен оптужбе).

IV глава ТУМАЧЕЊЕ ПРАВА

Први одсек ПОЈАМ ТУМАЧЕЊА ПРАВА

1. Шта је тумачење

Људски живот може да се посматра као низ узрочно-последичних или функционалних веза између људи или природе и људи. Али, он може да се посматра и као низ значењских веза, као културна појава испуњена свешћу, вредностима и значењима, јер „ни до чега човеку није толико стало колико до тога да се разуме са својим ближњима“ (Емилио Бети). И тек као културна појава, људски живот 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 или функционално објашњавају.

Таквим утврђивањем значењских веза између појава бави се једна посебна дисциплина, *јравна догмајшика*, чији је циљ да „утврди значење (смисао) неке материјалне појаве, која је употребљена као знак да би се дотично значење саопштило“.⁴⁵² 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“.⁴⁵³ Циљ тумачења је да се „нешто нејасно објасни, учини јасним, разумљивим и схватљивим“,⁴⁵⁴ пошто се „у јасноћи не тумачи“ (*in claris non fit interpretatio* или *interpretatio*

452 Р. Лукић, 316.

453 N. Visković, *Pojam prava*, 288.

454 Г. Вукадиновић, II, 194.

cessat in claris).⁴⁵⁵ Оно је „духовни поступак који процес примене права прати у његовом кретању од вишег ка нижем ступњу“.⁴⁵⁶

Тумачење се састоји у утврђивању смисла неке појаве. Оно није утврђивање узрочно-последичних веза (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.

Предмет тумачења увек представљају *знаци*, тј. материјалне појаве које су носиоци значења (ствар, природан процес, људска радња, тј. покрет, реч, израз лица итд.). Најважнији систем знакова представља језик, који се састоји од чулно опазивих знакова који могу да се изразе у писаном облику. На језик се своде 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, јер је посредни друштвено објективизована творевина. Предмет тумачења у наведеном смислу могу бити најразличитија уметничка дела, политички говори или текстови, од библијских и књижевних до правних.

Приликом 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 разумео одаслато значење. То показује да увек постоје барем два значења о истој појави.⁴⁵⁷

Наведене тешкоће с 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. Дакле, тумачење није савршено, али је нужно.

Поменута разлика зачиње се већ у самом субјекту-одашиљачу значења, ако је тачно да интелектуална активност мозга представља холистички структуриран производ биохемијских и других процеса. До тога долази најпре због тога што творац значења мора да утврди властито значење, чиме се већ на почетку осиромашује значењска целовитост појаве. Затим, творац такво значење саопштава другима субјектима коришћењем знакова.

455 D. Vrban, 455.

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

457 Р. Лукић, 317 и даље.

Тиме се значење додатно осиромашује његовим прилагођавањем апстрактним и унапред одређеним значењима знакова или избором најадекватнијих 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.⁴⁵⁸

Иако је људско споразумевање могуће, оно није потпуно. Због тога се приликом сваког тумачења уместо једног јединственог значења појављују три различита значења: *значење субјектша-одашиљача* (творца значења), *значење према законнику значења* и *значење субјектша-примаоца* (тумача). Разлика у погледу наведених значења обично се објашњава изузетном сложеносту друштвене стварности, слојевитосту и променљивошћу друштвених односа насупрот статичности предмета тумачења, људском несавршеносту и несавршеносту језика, као и променом вредносних судова и система који другачије доживљавају исти предмет тумачења. Због тога се каже да појава као предмет тумачења не припада искључиво свом творцу, тј. да није завек завршена од тренутка када је настала. Њу на неки начин „достављају“ њени тумачи, што тумачење приказује и као стваралачку, а не само као репродуктивну делатност. У противном, позив уметничког, правног, моралног, друштвеног итд. критичара као тумача дела или појаве био би излишан, што није случај.⁴⁵⁹

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 или што тачнији садржај свести који је субјект-одашиљач као творац значења изразио знаковима, што машине никад неће моћи да учине. Само када би људи били телепате, наведена разлика у значењима не би постојала, али тада тумачење не би било потребно.

Поменутом разликом може да се објасни човекова постојана потреба за тумачењем. То потврђују истраживања према којима први познати корени тумачења сежу до старогрчког мита о богу Хермесу, који је људима преносио објаве са Олимпа, посредујући

458 A. N. Whitehead, *Process and Reality*, New York 1978, 28–29, 190, 215 и даље; D. Bohm, 12.

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

између света богова и света људи. На тај начин је већ у миту о Хермесу приказано 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“.⁴⁶⁰

2. Тумачење права и његов значај

Тумачење права представља једну подврсту веома сложене и разноврсне појаве тумачења уопште. То је сложена интелектуална делатност која има за циљ исправно утврђивање правог, истинитог, значења правне норме.

2.1. Општи појам тумачења права

Тумачење права је делатност без које сазнавање и примена права не могу да се замисле. 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 (нпр., када оно што се мислило није изречено у норми или када је нека правна норма изражена другим материјалним средством /гестом или сличним покретом тела/). У том случају и тумачење норме излази из оквира језика. Ипак, пошто је језик најпрецизнији систем знакова, тумачење права се најчешће заснива на језичком тумачењу правне норме.

Тумачење права треба разликовати од тумачења формалних извора права, које представља само једну констатацију најчешће засновану на претходном тумачењу формалних извора права.⁴⁶¹ То разликовање нарочито треба чинити у развијеним правима претежно израженим формалним изворима, јер су они увек у остајању за животом као апроксимација стварности. Али, главни проблем код тумачења права настаје због нејасности и неодређе-

460 *Херменеутика. Теорија тумачења и разумевања*, зборник радова, Београд 1973, 8.

461 Р. Лукић, 318–321.

ности формалних извора који представљају средиште тумачења права. Тај проблем ће постојати све док постоје формални извори. Упркос томе, нема ниједног правника који би одбацио формалне изворе права, чак и када је реч о искључивим присталицама школе слободног стварања права. Поменута тешкоћа је навела Ханса Келзена да задатак тумачења одреди скромније: 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“.⁴⁶²

2.2. Тумачење права као свакодневна правничка делатност и њен значај

Тумачење права је свакодневна правничка делатност која се не одвија увек исто. Неки пут се тумачење изводи неприметно и несвесно, када тумач „вршећи свакодневну делатност сазнавања правних норми“ то чини спонтано (без посебне свести и плана), не примећујући да у ствари врши веома 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 која се врши према посебним правилима и захтева „посебно знање, вештину и обдареност“.⁴⁶³ 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 које дају државна лица увек је обавезујуће, стручњачко тумачење које дају друштвена лица није увек или у истој мери обавезујуће, док је лаичко тумачење права увек необавезујуће.

Може се запазити како 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 повезаност и да у правном систему не смеју да постоје противречности. Тиме је наговештен *значај тумачења права* јер се право не тумачи из радозналости, већ због примене. Он се

462 Х. Келзен, 268.

463 *Ibid.*, 327.

састоји у следећем: тумачење права представља саставни а можда и најважнији део поступка сазнавања правне норме у коме се користе одговарајући правни методи, пре свих догматички и нормативни. Током примене правних метода 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.

На тумачење се надовезује поступка примене права. Он је резултат претходне примене технике тумачења права.

3. Предмет тумачења права

3.1. Схватања о предмету тумачења права

Некада је предмет тумачења била свака правна норма. Много касније, у доба владавине егзегетичке школе, сматрало се да предмет тумачења може да буде само писана законска норма, будући да је целокупно право записано у закону, тј. да је закон исто што и право а законска норма исто што и правна норма. Од таквог уског одређивања предмета тумачења убрзо је морало да се одустане под налетом све ужурбанијег живота, када се увидело да закон као најважнији извор не обухвата целокупно право. 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, што је одувек дозвољена пракса у англосаксонском систему права.

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., у старом Риму *tapis: конклученџина* радња стављања у дужничко ропство или склапање правног посла руковањем), схваћено је да није потребно да постоје посебне врсте тумачења нити посебна правила за тумачење правних норми и људских радњи.

3.2. Кругови тумачења права

Приликом тумачења правних норми треба имати на уму да ниједна норма нема у потпуности тачно одређен смисао (изузев техничких правних норми), већ само два или више могућих значења, од којих само једно најисправније изражава њен смисао. Норма тај смисао стиче често тек када се доведе у везу са другим нормама, њиховим скуповима, па чак и са целокупним системом права.

Произилази да односна норма као *нейосредан* предмет тумачења представља само повод за тумачење система права као *йосредној* предмета. Због тога се каже да је предмет тумачења увек двострук: или једна норма, тј. њихов мањи или већи скуп, или правне области и цео правни систем. Тако се добијају *крујови йумачења*, 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; и тако редом, све до самог правног система. То важи и за људске радње или њихове скупове, засноване на праву.⁴⁶⁴

4. Тумачење права у ужем и ширем смислу

4.1. Тумачење правних норми и попуњавање правних празнина

До тумачења права увек долази због тога што право не може у потпуности да обухвати живот који је разноврснији, сложенији и бржи од права. Неке правне норме мењају своје значење, неке губе своје значење, док га неке уопште немају. Тако настају правне празнине, тј. друштвени односи који нису регулисани правом иако би због друштвеног интереса требало да су регулисани.

Постојање правних празнина усложњава предмет тумачења и отежава задатак тумача. То је навело правну науку да почне да прави разлику између *нейосредној* и *йосредној* предмета тумачења. Непосредни предмет тумачења представља једна или неколико постојећих сродних норми, док се посредни састоји у попуњавању правних празнина ослонцем на један или више скупова норми или на норме целог правног система, логичке судове и правна начела.

464 Р. Паунд, II, 264–265.

На основу тога, може се разликовати тумачење у ужем смислу од тумачења у ширем смислу.

Тумачење у ужем смислу постоји када је непосредан предмет тумачења једна или неколико тесно повезаних правних норми. Због тога је само тумачење у ужем смислу право тумачење, будући да је очигледно да се могу тумачити само норме које постоје. Такво решење је исувише уско, иако је логично, јер не излази у сусрет захтевима права и потребама живота. Због тога постоји *тумачење у ширем смислу*, када је предмет тумачења један или више скупова међусобно тесно повезаних норми или делова правног система. Правни систем као целина може да буде предмет непосредног тумачења само у једном веома ретком случају. То је случај попуњавања више великих правних празнина, тј. области на основу „духа“ целокупног права. Због тога се и за тумачење у ширем смислу може рећи да представља посредно тумачење правних норми које постоје, а не норми „које не постоје“.

4.2. Врсте правних празнина које се попуњавају тумачењем у ширем смислу

Будући да право не може да регулише све друштвене односе, то се нужно појављују правне празнине. Оне се налазе или изван правних норми, или у њима.

У правне празнине које се налазе *изван* норми спадају почетне и накнадне, као и праве и неправе правне празнине.

Почетне правне празнине настају у тренутку доношења правне норме због превида њеног творца, док се *накнадне* правне празнине појављују после доношења норме, обично због настанка нових односа које творац норме није могао унапред да предвиди. Прве су последица људског немара, а друге људске несавршености.

Праве правне празнине настају када је неки сложенији друштвени однос регулисан општом нормом, али неки његов саставни део није регулисан, док *неправе* постоје када читава област друштвених односа није регулисана општим нормама, при чему све норме које регулишу друге области могу несметано да се примењују. Праве правне празнине се редовно појављују у праву, а неправе изузетно.

Постоје и правне празнине *унушар* норми. Могу да буду техничке и вредносне.

Техничке правне празнине су резултат слабог регулисања правних односа. Оне настају или због недостатка неког главног елемента норме (диспозиције или санкције: 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 и санкцији правне норме (када се користе апстрактни појмови или правни стандарди као што су савесност, поштење, исправност, поверење, уздржавање итд.).

Вредносне празнине представљају резултат просуђивања једног или више правних субјеката да нека норма уређује друштвени однос неправедно или на неки други вредносно мањкав начин. У том случају, сматра се да норму треба променити и ускладити са схватањима вредности правде, мира, сигурности или других правних вредности које ти субјекти заступају.⁴⁶⁵

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 техничким 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 супротстављене интересе правним поступцима чији је циљ заштита правних овлашћења или ревизија правних прописа. То се постиже споразумом заинтересованих субјеката и таквом техничком применом спорне норме која има за циљ да отклони или барем ублажи могуће или већ произведене последице.

4.3. Недоумице поводом одређивања и попуњавања правних празнина

У правној науци стално се 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, тј. који 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

465 N. Visković, 254–255.

како би се мање грешило. За такву процену је правилно утврђивање циља барем подједнако важно као и строго придржавање начела законитости. То је могуће и дозвољено јер је реч о односу који није регулисан правом.

Друго питање се тиче 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, садржан у духу целокупног права. Ипак, постоји апсолутно 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 и другу праксу, правну науку, обичаје итд. Такво поступање суда или неког другог органа не значи да су прихваћени захтеви припадника школе слободног стварања права, већ да се односни органи само налазе у ситуацији која подсећа на захтеве припадника поменуте школе.

Правне празнине не смеју да постоје у кривичном праву, док у другим гранама могу да постоје.

5. Врсте тумача и тумачења права

У старој догматичкој науци тумачење је схватано уско и када је реч о врстама тумача. Правим је сматрано само тумачење државних органа (законодавца и судова) и тумачење правне науке (*доктрине*).

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 који немају правну власт (од грађана до правних научника), због чега њихово тумачење не представља део поступка стварања правних норми, такво тумачење није обавезно. Када норме тумаче субјекти који врше правну власт, због чега њихово тумачење представља део поступка стварања правних норми, такво тумачење је обавезно. Исто тако, 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

вима обавезног тумачења, садржај правних норми се „достварује“, јер тумачењем добијена значења постају саставни делови самих тих норми.

Правило је да творац и тумач норме нису исти субјекти. Али, могући су и такви случајеви, када тумачење норме врши њен стваралац. Оно се назива *ауџентично тумачење*. Будући да се ради 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*). Изузетно, могуће је да аутентично тумачење добије повратну снагу, јер оно није сасвим самосталан акт, већ је садржински повезано с актом који се тумачи, због чега се сматра саставним делом тог акта, само што није донето када и сам акт. Аутентично тумачење државних органа, нарочито уставотворца и законодавца, сматра се важнијим од аутентичног тумачења друштвених органа. Друге врсте тумачења се не сматрају аутентичним.

5.1. Тумачење државних органа

Државни органи су дужни да тумаче прописе приликом вршења своје делатности. Због тога је њихово тумачење увек *обавезно*. Али, оно је и *ауџоријативно*, јер га дају органи који су носиоци државне власти. Тиме се обезбеђује законит рад целе државне организације. Он се састоји у законитој примени права. Али, државни органи не тумаче право у истој мери.

Законодавац првенствено доноси правне норме, а само изузетно их тумачи. То његово тумачење је *ајсџрактивно* јер има општи или начелни значај, пошто није непосредно везано за примену конкретних друштвених односа. Када се догоди да законодавац тумачи властити закон, такав акт се назива *инџерџреџијивни закон*. Он дејствује *et pro futuro*, а 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 обрате.

Тумачење управних и судских органа спада у *конкретно* или *казуистичко* (од лат. *casus* – случај) тумачење због примене права. Оно се састоји како из тумачења општих норми на којима се заснива доношење појединачних правних аката, тако и из тумачења појединачних норми у пресудама, решењима и правним пословима. Због тога је ова врста тумачења обавезна, али није изворна. То значи да судски и управни органи тумаче опште норме које је донео неко други.

Нарочито важну улогу у тумачењу права имају судски органи јер решавају спорове и дају тачно тумачење правних норми. Због тога се *судско тумачење* сматра *коначним*. Сва друга тумачења важе само када их суд потврди.

Значај судског тумачења не умањује казуистичку важност тумачења управних органа (*ујравно тумачење*). И њихово тумачење има обавезну снагу која је сразмерна снази управног акта чије се тумачење врши. Само, оно није изворно и коначно, јер у случају управноправног спора и оно потпада под судско тумачење.

5.2. Тумачење друштвених субјеката

Друштвени субјекти (физичка и правна лица) много чешће тумаче правне норме од државних органа. Такво тумачење није ауторитативно, али може да буде изворно. Оно је најчешће казуистичко јер је усмерено на решавање конкретног случаја због примене права. Тумачење друштвених субјеката обично није тако тачно као тумачење судских и других државних органа. Због своје усмерености, оно се често назива *јословно тумачење*. Зависно од тога да ли тумачење врши тумач или творац норме, може се разликовати обично од аутентичног пословног тумачења.

Тумачење друштвених субјеката нема унапред одређену обавезну снагу, изузев можда у случају аутентичног тумачења. Оно није ни коначно, будући да тумачење друштвених субјеката обавезује друге субјекте само на основу њиховог пристанка. Тек по њиховом пристанку, оно накнадно (*ex post*) постаје обавезујуће.

5.3. Доктринарно тумачење

Постоји још једна важна врста неауторитативног тумачења – доктринарно тумачење. Има велики значај иако нема као циљ непосредну примену права. То је апстрактно тумачење које даје правна наука. Није обавезно, изворно ни коначно, јер служи сазнајној или педагошкој анализи и критици правних норми, укључујући и предлагање измена у систему права. Због таквог циља, чак се целокупно знање правне науке може користити као средство доктринарног тумачења.⁴⁶⁶

Понекад и тумачење правне науке може да буде казуистичко. То је случај када правна наука испитује значење правних норми поводом конкретних односа, а на молбу заинтересованих субјекта-

466 О. Mandić, *Sistem i interpretacija prava*, Zagreb 1971, 98.

та. Али, постоје супротни примери, када је правним научницима ускраћивана могућност да проучавају и коментаришу право.

Најпознатији је Јустинијанов пример.⁴⁶⁷ Наиме, Јустинијан је у две конституције *De auctore* и *Tanta* правницима забранио писање коментара због неусаглашености коментатора и могућих тешкоћа приликом тумачења његовог законика. Дозволио је само три облика за вођење правне расправе: буквалне *преводе* закона са латинског на грчки, *парафраза*, тј. изводе паралелних места из закона, и *индексе* или синописе, тј. излагање закона у скраћеном облику. Али, живот је постепено оборио ту забрану. Прво је настала потреба за тумачењима израза римског права. Таква тумачења (*глосе*) записивана су или на крају стране (*glossae marginales*) или између редова (*glossae contra lineales*). Глосе су касније проширене и претворене у тумачење појединих места. Таква врста тумачења названа је „схолија“. На крају, појавила се тзв. „егзегеза“, тј. непрекидно тумачење текста. За нарочито сложена питања, независно од текста закона, писане су посебне расправе (*монографије*, *монобибле*, *libri singulares* итд.).

После Јустинијанове забране, постепено је обновљена *правна догматика* као дисциплина. Али, када је реч о теорији и уметности тумачења, тада наступа *правна херменеутика*.⁴⁶⁸ Она се може сматрати посебном филозофско-правном дисциплином која се бави вештином разумевања неког „облика који садржи смисао“ (Емилио Бети). Као таква, она је „умешност избегавања погрешног разумевања“, односно „учење о умећу разумевања“ (Фридрих Шлајермахер).⁴⁶⁹

Данас правна наука својом стручношћу и уверљивошћу 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 другим заинтересованим субјектима, од државних и друштвених органа до појединаца. Та чињеница је навела Ханса Келзена да закључи како „Тумачење које врши правна наука не може ништа друго него да утврди могућна значења неке правне норме.“⁴⁷⁰

467 Вид. С. Троицки, 97–98 и даље.

468 Вид. Х. Перелман, *Право, морал и филозофија*, Београд 1983; Т. Фивег, *Тоштика и јуриспруденција*, Београд 1987; Ж. Спасојевић, *Аналогија и тумачење. Прилози проучавању метода у приватном праву*, Београд 1996; N. Visković, *Argumentација и право*, Split 1997; Х. Фетер, *Херменеутички ојледи*, Београд 2000.

469 Вид. А. Kaufmann, „Das hermeneutische Verständnis der juristischen Methode“, 987–1008.

470 Х. Келзен, *Чиста теорија права*, 271.

6. Средства тумачења права

6.1. Традиционална средства тумачења права

Приликом тумачења користе се различита традиционална средства како би се утврдио смисао правне норме. Најважнија таква средства према Фридриху Карлу фон Савињију представљају језик, логика, систем права, историја норме и циљ норме. Коришћењем наведених средстава, тумач започиње своје тумачење и повезује добијене резултате у логичну целину, тј. уређен скуп значења добијених применом одговарајућих средстава тумачења права. Тако настају језичко, логичко, систематско, историјско и циљно тумачење права.

Језичко тумачење представља почетно средство тумачења, док остала четири средства тумачења следе после језичког и могу да се поделе у две групе. Прву групу, тзв. унутрашња средства тумачења, чине примена *логике* у ужем смислу и логика система права, на основу чега се прави разлика између *логичкој* и *систематској* тумачења права. У ову групу спадају и средства за упоредноправно испитивање правних норми, правних установа итд., због чега се може говорити о *упоредноправном тумачењу*. Другу групу, тзв. спољашња средства тумачења, чине средства за утврђивање циља или друштвених околности које су утицале на доношење или промену норме. На основу тога се прави разлика између *циљној* и *историјској* тумачења.

Коришћењем наведених средстава, а нарочито циља норме и циљног тумачења, утврђује се право значење норме. На крају, језичко и право значење норме упоређују се и, када је то потребно, право значење исправља језичким, а само изузетно (у случају омашке и правне празнине) језичко значење правим.

6.2. Приговори теорије аргументације и обавезност средстава тумачења права

Традиционално учење правне теорије о средствима тумачења у новије време се све више доводи у сумњу због приговора који су истакнути у *теорији аргументације*, чији је основни циљ „обликовати односни правни састав помоћу кога је могуће на одговарајући начин аргументе анализирати и оцењивати“.⁴⁷¹

Први приговор теорије аргументације односи се на оспоравање броја и врсте средстава тумачења, којих је много више од

471 Ž. Harašić, *Sudska argumentacija*, Split 2010, 144.

оних која признаје традиционална теорија тумачења права. Средства која признаје и користи традиционална теорија нису довољна да изразе стварну разноврсност постојећих поступака и правила правног тумачења. Због тога 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, која обавезно доводе до „јединог“ правог или истинитог значења правне норме, иако ти поступци и та правила – нимало случајно – ретко када 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.⁴⁷²

Учинак критике теорије аргументације довео је у правној науци до другачијег сагледавања 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 отклоне нејасноће. Такође, тумачи ретко када бирају само једно средство. Због тога 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. Али ни таква, средства не доводе обавезно до истинитог правног значења. Уместо тога, она доводе до „јединог могућног, а никада до једног јединог исправног резултата“.⁴⁷³ Та чињеница је навела 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“. Свој став Келзен објашњава у духу „чисте правне теорије“ по којој тумачење „треба да развије метод који омогућује да се утврђени оквир исправно попуни“.⁴⁷⁴

472 Вид. М. Pavčnik, *Argumentacija v pravu*, Ljubljana 1991.

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

474 Х. Келзен, *Општа теорија права и државе*, 18–52.

Други одсек ПОСТУПАК ТУМАЧЕЊА ПРАВА

Поступак тумачења права представља „интелектуални акт објашњавања или разумевања“. Састоји се из припремног и главног дела. У припремном делу се прво утврђује аутентичан текст норме, а затим да ли норма важи, или не. Када се утврде аутентичан текст и важење 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 законнику 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 језичко значење норме са њеним правим значењем како би се утврдило да ли се ова два значења слажу. Ако се значења слажу, поступак тумачења је завршен, после чега се прелази на примену права. Ако се не слажу, поступак тумачења се наставља исправљањем правога значења језичким или, изузетно, језичког правим значењем норме.

Поступак тумачења права се ретко када 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 сродним правилима која се употребљавају у другим друштвеним активностима.

1. Утврђивање аутентичног текста правне норме (нижа критика правне норме)

Припремни део поступка тумачења започиње утврђивањем аутентичног текста правне норме. Када је норма писана, текст се налази у одговарајућем документу (најчешће службеним новинама, ако је реч о нормама државних органа, или огласним таблама, сајтовима итд., ако је реч о нормама друштвених органа), а када то није случај, утврђује се коришћењем одговарајућих доказа (као што је случај са обичајним нормама). Аутентичан текст мора да буде веран оригиналу. На пример, текст закона је аутентичан када је веран оригиналном тексту закона, што није случај са текстом коментара

закона који се сачињава због других потреба. Коментар закона има за циљ да додатно омогући бољи преглед законске материје, појасни или објасни језик и садржај заповести у закону, наведе или прецизира стандарде који се користе у закону, скрене пажњу на историјску еволуцију идеја садржаних у новом закону, могуће учињене пропусте у њему итд. Али, он није обавезан, као што јесте закон, јер његова могућа обавезност зависи од уверљивости коментаторових аргумената а не од силе законских заповести.

Утврђивање аутентичног текста другачије се назива *нижа кријшика* правне норме. 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, 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. На основу тога, он одлучује 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. Могућност да се погрешити мања је што је шири и богатији субјектов увид у норме које долазе у обзир да буду утврђене и изабране као најпогодније.

2. Утврђивање важења правне норме (виша критика правне норме)

Када се утврди аутентичан текст норме, прелази се на утврђивање њеног важења (позитивности). Утврђивање да ли је норма саставни део позитивног права, односно да ли важи, или не, другачије се назива *виша кријшика* правне норме. Она показује да није довољно да субјект само пронађе аутентичан текст правне норме. Потребно је и да субјект пронађе односну норму која је временски, просторно, персонално итд. 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 недоумице у вези с 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. Због тога у данашњим правима проналажење важећих правних норми постаје све тежи проблем чак и за правнике, упркос средствима чији је циљ да олакшају сазнавање и проналажење важећих норми. Нарочито важним средствима сматрају се службене публикације, регистри, банке правних прописа, збирке важнијих пресуда, правни часописи итд.

Да би се извела виша критика, потребно је претходно утврдити која је норма важећа, тј. да ли и када важи, колика јој је област распрострањања, на кога се све односи итд., што се постиже утврђивањем карактеристичних врста важења норми.

2.1. Појам и врсте важења правних норми

Важење је својство норме да актуелно обавезује односне правне субјекте. То значи да је норма ступила на снагу и да су субјекти дужни да се по њој понашају, када се њихово понашање сматра законитим. Та чињеница је навела неке писце да важење норме изједначе са нормативном законитошћу. Али, сличност ових појмова не укида очигледне разлике – нормативна законитост није иста са важењем, али јесте значајна за важење, јер утврђивање незаконитости води ка неважењу норме.⁴⁷⁵

Често се важење одређује према врстама правних норми, врстама њиховог важења или предности која се даје једној врсти важења над другима. На пример, постоје писци који важење везују за опште, а правоснажност за појединачне норме, што се може сматрати уступком правној традицији. Али, разлике постоје и када је реч о врстама важења (а не врстама правних норми), због чега у правној теорији постоји више подела. Карактеристична је подела Оте Вајнбергер, која разликује природноправно и вредносно (аксиолошко) од реалистичко-социолошког, системско-динамичког и институционалног важења правних норми.⁴⁷⁶ Такође,

475 N. Visković, 199–200.

476 D. Vrban, *Država i pravo*, 489–491; X. Келзен, *Елементи и теорије управних норми*, 86.

разлике међу писцима постоје и када одређују којој врсти важења треба дати предност. На пример, Ханс Келзен, сматра да персонално и системско важење треба да имају предност над просторним и временским,⁴⁷⁷ упркос очигледној чињеници да и право, а не само држава, располаже својом просторно-временском димензијом која се одавно сматра претежнијом. То је омогућило да у теорији и пракси просторно и временско важења норми превагну над другим врстама важења.

Просторно, временско, персонално и системско важење, спадају у врсту *формално* важења правних норми. Али, постоји *материјално, вредносно и етичко* важење правних норми, јер право мора да буде ефикасно, као и да садржи барем „минимум праведности“ и „минимум моралности“.⁴⁷⁸

Различите врсте важења правних норми показују да је право релативно самосталан систем, који дејствује према посебним мерилима.⁴⁷⁹ То значи да су *позитивне* само оне правне норме које важе, а не оне које не важе, што се утврђује вишом критиком правне норме. Скуп норми које важе чини *позитивно право*.

2.2. Просторно важење правних норми

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 у настајању, а право општина и месних заједница подређено држави, произлази да су по правним нормама непосредно обавезна да се понашају сва лица унутар простора државе. То важи и за ствари које се налазе на простору државе, јер се и на њих примењују норме дотичне државе. У томе се састоји начело просторног важења правних норми. Оно важи независно од тога да ли се простор државе смањује или увећава.

Од сложеног проблема важења правних норми у простору треба разликовати проблем важења простора у праву.⁴⁸⁰ То је за-

477 Х. Келзен, *Општа теорија државе и права*, 95.

478 Н. Л. А. Харт, „Scandinavian Realism“, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford Un. Press, 1983, 164; Л. Фулер, *Моралност права*, 49 и даље.

479 D. Vrbanc, 222.

480 J. L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Paris 1985, 115; Г. Вукадиновић, II, 348.

мишљена 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 рачунарском виртуелном простору, без физичког простора. Такву могућност важења права потврђује све већи обим електронског пословања виртуелних компанија, сличних организација или појединаца (различитих виртуелних ликова, аватара, све до постојања виртуелних држава). Дакле, право важи не само у физичком државном простору већ одавно и само поседује свој рачунарски виртуелни простор (неку врсту метаверзума). Неке најмоћније државе су одавно тај актуелни виртуелни простор прогласиле саставним делом свог сувереног државног простора.

2.3. Временско важење правних норми

Правне норме не важе само просторно, већ и временски. Можда је та димензија важења правних норми важнија од њихове просторне димензије. И у овом случају треба разликовати време у праву од права у времену.⁴⁸¹

Време у праву представља важну хронометријску и хронолошку категорију. Тачно одређено или утврђено време у праву може да представља одлучујући тренутак за настанак, мењање или престанак правних односа (време рођења, стицања пунолетства, закључења уговора, испоруке купљене робе итд.). За разлику од њега, право у времену односи се на примену и еволуцију права током његовог временског трајање, јер неки правни односи збиља настају, мењају се или нестају, чиме се мења и само право.

Време у праву може да се посматра и другачије, јер треба разликовати време почетка важења од времена престанка важења правних норми. Та два тренутка се различито одређују, зависно од тога да ли је реч о збирном или засебном важењу норми, а у овом другом случају, да ли је реч о општим и појединачним или условним и безусловним нормама. Те тренутке је лакше утврдити у писаном него у неписаном праву.⁴⁸² У сваком случају, тренутак када норма почиње да важи означава да од доношења норме субјекти на које се она односи морају ту норму да примењује под претњом примене санкција, док тренутак када норма престаје да важи означава да субјекти више нису обавезни да је примењују.

481 Г. Вукадиновић, II, 349.

482 Р. Лукић, 309–313.

2.4. Време почетка важења правних норми

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). Активно важење норми може да се посматра збирно или засебно, а у овом другом случају према тренутку када општа и појединачна или условна и безусловна норма почиње да важи.

Када је реч о *збирном* важењу норми, правни систем и поредак важе и обавезују односне субјекте права на основу своје ефикасности, тј. све док се њихове норме примењују у већини случајева. 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.

Када је реч о *засебном* важењу правних норми, тренутак од када неке *ојшња* правна норма почиње да важи (ступа на снагу) може да буде означен у њој самој. У том случају се одређује још један рок (од тренутка доношења до тренутка ступања на снагу), који служи за упознавање субјеката са садржајем норме. Он се зове *vacatio legis*. У развијеним правним системима *ојшње* правне норме редовно почињу да важе тек истеком тог рока, док само изузетно могу да ступе на снагу и пре истека рока. Тренутак од кога *појединачна* норма почиње да важи, тј. постаје правоснажна, најчешће се одређује у односном појединачном правном акту. Али, и правна пракса је утврдила неке карактеристичне случајеве када опште и појединачне норме ступају на снагу: од тренутка њиховог изгласавања или изрицања, објављивања, уручења адресату, истеком рока (обично 15 дана од објављивања или уручења), повратно (од неког времена пре њиховог доношења) итд.

Од правила да правна норма важи за будућност, постоји изузетак – када норма важи ретроактивно (од лат. *retro agere*). Ту је реч о изузетку од правила да је најранији тренутак када норма ступа на снагу тренутак њеног доношења, јер је у том случају норма такође обавезна за субјекте и пре него што је донета.

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, 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 поста-

ли 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 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; 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.⁴⁸³

2.5. Време престанка важења правних норми

Много је теже одредити тренутак када норма престаје да важи јер се тај тренутак не одређује увек јасно и прецизно.

Када је реч о *збирном* престанку важења норми, правни систем и поредак престају да постоје када су неефикасни. Њиховим нестанком, престају да важе и правне норме које улазе у њихов састав. Тај тренутак, када стари поредак нестаје због новог поретка, који га смењује, назива се *формалној правна револуција*.

Када је реч о *засебном* престанку важења норми, одређивање тренутка када оне престају да важе зависи од врсте правних норми. *Безусловне* норме престају да важе чим су примењене, а када то није случај, чим их овлашћени субјекти укину. Када је реч о *условним* нормама, које обично дуго трају, оне престају да важе нестанком друштвеног односа који су регулисале, изричитим укидањем од стране овлашћеног субјекта (*abrogatio*) или прећутним укидањем (*derogatio*). Такође, пракса прихвата као тренутке од када норма престаје временски да важи: истек времена, укидање норме због дуготрајног непримењивања (заборава обичајне норме), изобичајење норме (*desuetudo*) итд.

Тренутак када норма престаје да важи зависи и од примене *правила за ошклањање противречности* (антиномија) између прав-

483 Вид. С. Перовић, *Ретроактивност закона и других ошћих акција. Теорија сукоба закона и времена*, Београд 1987.

них 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 (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 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 *противречности због посебности* (специјалности норми) примењује се правило да обе норме важе, али тако да једна представља *изузетак* у односу на другу, под условом да новија општа норма не укида старију посебну норму, док старија посебна норма (зато што је изузетак) укида новију општу норму (*lex specialis derogat legi generali*). На пример, специјална норма овлашћује одличне студенте да користе институт убрзаног студирања, чиме се они изузимају од опште норме која одређује редовни режим студирања, или омогућава универзитетским професорима да добију титулу *emeritus* по одласку у пензију, чиме се и они изузимају од опште норме која одређује редовни режим за одлазак у пензију.

Примена наведених начела за утврђивање важења правних норми релативно је једноставна, изузев ретких случајева када између њих самих дође до противречности.⁴⁸⁴ Та начела постоје због тога 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.

2.6. Персонално, системско и друге врсте важења правних норми

У старом и средњем веку преовладало је персонално важење норми. Сматрано је да свако лице има дужност да примењује право своје државе без обзира на то да ли се налази у њој.

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

То начело је данас преокренуто готово у своју супротност, чиме је просторност превагнула над персоналношћу, а територија над држављанством.

Персонално важење правне норме односи се на шири или ужи круг субјеката (адресата) права. Најшире персонално важење имају међународне норме упућене целокупном човечанству или неком његовом делу, свим или само неким државама (нпр., норме Универзалне декларације или Повеље Уједињених нација). Веома широко персонално важење имају правне норме које се односе на све становнике неке државе (уставне норме или норме кривичних, имовинских и других закона). Уже персонално важење, пак, имају опште правне норме које се односе само на неке категорије грађана (норме које се односе на јавне службенике, пензионере, студенте, ђаке итд.). Најуже персонално важење имају појединачне правне норме у појединачним правним актима (укази, пресуде, решења и правни послови). Изузетке представљају норме у судским прецедентима или 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. Али, системско важење норме одређује се не само на основу њених вертикалних веза са другим нормама већ и на основу хоризонталних и дијагоналних веза између ње и других позитивних норми. То је могуће због тога што систем права представља у највећој могућој мери једну логички и хијерархијски сређену целину.⁴⁸⁵

Постоји и *материјално важење* које се изводи из делотворности (*ефикасности*) норме. Неки писци материјално важење изводе из врста друштвених односа који су предмет правног регулисања, што спада у технику стварања права.

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

485 Х. Келзен, 95 и даље.

3. Језичко тумачење и значење правне норме

Када се утврди аутентичан текст норме и њено важење, тј. када се оконча припремни део поступка тумачења права, прелази се на његов главни део. Он започиње језичким тумачењем норме.

3.1. Појам и врсте језичког тумачења

Језичко тумачење састоји се у тумачењу појединих елемената језика у норми како би се дошло до одговарајућег језичког значење норме. Оно се разуме помоћу појмова и њихових логичких веза. Да би постали сазнатљиви, појмови се изражавају језиком, који се састоји из речи обичног (ординарног) и стручњачког (квазиординарног) језика. Поред њих, постоје речи чији појмови имају другачије значење у правном него у обичном језику (муж, савестан, ствар, радња итд.) као и речи чијих појмова уопште нема у обичном језику (ступање на снагу, правоснажност, извршност, свесни и несвесни нехат, одржај, застарелост, ванредан правни лек итд.). Нарочито речи којих нема у обичном језику показују колико је велики значај разрађене правне терминологије за прецизно и јасно изражавање правних појмова.⁴⁸⁶

Приликом језичког тумачења правници никад не треба да сметну с ума како треба да буду господари свог језика да не би постали робови својих речи. Због тога је главни циљ тумача да помоћу језика право учини што разумљивијим будући да коришћење правног језика никада не може да буде идеално, као што би био случај када би за сваки правни појам постојао посебан правни израз. Ипак, постоје области где је неопходно да језик буде врло прецизан, односно што је могуће више прецизнији, као што је случај у кривичном праву. Понекад се с тим претерује, јер „постоји извесна граница преко које прецизност више штети него што користи праву“.⁴⁸⁷ То у ублаженој мери важи за делове права у којима постоји аутономија воља странака или у којима је изражено коришћење правних стандарда и контекстуалног разумевања правних норми. Реченом треба додати да језичко тумачење није тумачење права само на основу елемената и правила језика, већ и логике, у мери у којој сам језик представља логичку творе-

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

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

вину. Због везе језика и логике, у теорији се равноправно користи израз *језичко-логичко тумачење*.

Постоји неколико *врста* језичког тумачења. Одређују се према главним елементима језика које представљају речи, скупови речи (изрази), реченице и интерпункцијски знаци. Ти елементи се употребљавају као средства (методи) за изражавање норме и утврђивање њеног језичког значења према законнику значења који користи творац норме. На основу тога се може говорити о лексичком (речничком), граматичком, синтаксичком и интерпункцијском тумачењу.

Лексичким тумачењем се утврђује језичко значење норме на основу значења речи. Али, 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 норми дефиниције којима правотворац одређује обавезно значење израза које користи.⁴⁸⁸ 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 речнички 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* норме, јер је данас „тешко прихватити поставку о јасним речима које не захтевају тумачење“⁴⁸⁹ изузев када су посредни неке врсте техничких норми. То је навело Алфа Роса и Јиржија Вроблевског да закључе како је „контекст разумевања језика текстова, заправо, целокупан поступак нормативне конкретизације закона“.⁴⁹⁰ Уз то, постоји и функционални (*ситуацијски*) контекст норме, до кога се долази коришћењем других средстава тумачења. Очигледно, истраживање само језичког контекста и значења норме је нужно, али није довољно.⁴⁹¹ Због тога

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

489 D. Vrban, 471.

490 J. Wroblewski, *Meaning and Truth in Judicial Decision*, Helsinki 1983, 38; A. Ross, *On law and Justice*, 115.

491 Вид. Б. Кнежевић, *Наративна функција права*, Београд 2014.

се језичко тумачење нужно повезује са другим методима и врстама тумачења.

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

3.2. Јасно и нејасно језичко значење правне норме

Применом језичких метода на правну норму, тј. наведених врста језичког тумачења, добија се једно или више њених језичких значења. У оба случаја, језичко значење може да буде јасно или нејасно. Када постоји једно јасно језичко значење норме, прелази се на утврђивање њеног правога значења. Али, када је језичко значење норме нејасно или када постоји више јасних језичких значења, поступак језичког тумачења мора да се понови како би се томе открили узроци.

Постоје три главна узрока *нејасној језичкој 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).

Први узрок, *недовољности*, постоји када норма ништа не каже о ономе што треба да каже због правне празнине која се попуњава коришћењем логичких средстава (аналогije, разлога супротности, разлога ауторитета итд.).

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

Трећи узрок нејасности представља *неодређеност* норме. Она постоји када норма има више значења, али се не зна које је од њих право и прво. До неодређености у ужем смислу долази прво због несавршености језика и недовољности појмова који доводе до вишезначности, а затим због људске несавршености, сложености друштва, промене друштвених односа, вредносних судова, идеологије итд. 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.⁴⁹² Због тога, неодређеност нормe не може потпуно да се уклони. Али, она барем може да се сведе на најмању могућу меру, што се постиже добром правном техником и вештином која се стиче праксом.

3.3. Правила језичког тумачења

Језичко тумачење врши се не само помоћу елемената језика као метода већ и помоћу одговарајућих језичких правила, која могу да се поделе на основна и техничка.

Основно правило језичког тумачења гласи да сваки језички знак има сопствено значење, тј. да није сувишан у норми. Друго основно правило гласи 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. Невоља са ова два правила састоји се у томе што готово сваки језички знак има више значења, укључујући ту и сам израз „нормално“ значења. У оба случаја ради се о оборивим претпоставкама заснованим на жељама и идеализованој представи језика у праву.

Поред ова два, постоји више *техничких* правила за тачно утврђивање језичког значења. На пример, језичким знацима не треба без довољно основаних и чврстих разлога придавати посебан правни смисао већ општи и најопштији, проистекао из духа система права; знацима који имају посебно правно значење, различито од оног у обичном језику, треба изузетно придавати то посебно правно значење, и то само оно које може да постоји у оквиру једног дела правног система (правне гране); приликом одређивања посебног значења знакова треба водити рачуна о значењу сличних знакова; треба се придржавати значења више знакова утврђених језичким дефиницијама и нормама дефиниције; истим знацима не треба без доброг разлога давати различита значења итд.⁴⁹³

Побројана техничка правила су готово саморазумљива, тачко-рећи априорна. Али, дешава се да их тумач занемари поведен својом идејом како треба тумачити правне нормe. И претварајући заповести нормe у предлоге, он чини опасне грешке.

492 Р. Лукић, 332–336.

493 *Ibid.*, 336–340.

4. Право значење правне норме

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

4.1. Учења правних школа о правом значењу

Право значење правне норме може да се одреди као оно које обезбеђује најпотпуније 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, нарочито правна догматика. Она је до сада пружила више карактеристичних одговора. Из тих одговора развиле су се школе тумачења права са својим врстама тумачења за утврђивање правог значења правне норме. У њих се могу убројати и нихилистичка правна учења која потпуно одбацују тумачење, заједно са формалним правним изворима и правном техником, ступајући на терен стварања права (Пјер-Базил Мињо, Живан Спасојевић, Божидар С. Марковић).

Карактеристичне школе тумачења могу да се поделе у две основне групе.⁴⁹⁴

Првој припадају школе које заговарају „фетишизам писаног кодификованог закона“ уз одговарајуће варијанте изражене афоризмима: „на основу кодекса, али не даље од њега“ (Алојз фон Бринц), „на основу кодекса, али даље од њега“ (Анри Капитан) и „даље од кодекса, али на основу њега“ (Рејмон Салеј). Такав догматски позитивизам почива на 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*.

494 М. Д. Туцаковић, „Школе интерпретације права“, *Архив за правне и друштвене науке*, XXXIII, Београд 6/1937, 543–559.

Другој групи припадају школе према којима закон није једини формални извор права. Уместо монизма, оне заступају плурализам извора права са варијантама: „без кодекса, али даље од њега“ (Франсоа Жени) и „без кодекса, па чак и против њега“ (нпр., Јохан Хајнрих Ламбер, Марсел Фердинанд Плањол, Борислав Т. Благојевић). Слично решење је својевремено изложио Тома Аквински поставком о допуњавању позитивних норми природним нормама „путем одређивања мере“ (*per modum determinationis*). Много векова после Аквинског, исто то су предлагале присталице школа интересне јуриспруденције и слободног стварања права, тврдећи да сваки формални извор права, тј. свака општа правна норма, има „техничке празнине“ које треба поунити позивајући се на захтеве живота, а не права. У новије време је нормативиста Ханс Келзен устврдио како је свака примена правне норме истовремено и њено стварање, док је Херман Канторовиц отишао још даље, устврдивши да колико има речи, толико има празнина у правној норми.⁴⁹⁵

Ставови поменутих писаца и учења наведених школа могу да се разврстају у две велике групе: на схватања по којима право значење норме може да буде само њено језичко значење и на схватања по којима право значење није везано за језичко значење норме, што би значило да су одлуке судија извор права, као што данас истичу присталице америчког правног реализма или Школе економске анализе права. Поводом те важне недоумице у правној науци су образована карактеристична схватања и различите врсте тумачења за утврђивање правога значења правне норме.⁴⁹⁶ Уобичајена је подела на *везано тумачење* са његовим карактеристичним врстама (субјективно, објективно, статичко и еволуционистичко) и на *слободно тумачење*, односно стварање права.

4.2. Везано тумачење и његове главне врсте

Према теорији везаног тумачења, првим 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. Као што је неприхватљива норма без значења, тако је

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

496 Р. Паунд, II, 265–266.

неприхватљива и норма чије значење постоји, али није садржано у њеном језичком контексту.

Постоји неколико карактеристичних врста везаног тумачења. Одређују се према субјектима (субјективно и објективно) или временској разлици између доношења и тумачења норме (статичко и еволуционистичко) као мерилима за одређивање правог значења. Заједничко им је да правим значењем сматрају само једно од више језички могућих значења норме. На тај начин се одржава постојана веза тумача са правотворцем и обезбеђује поштовање начела законитости и правне сигурности.⁴⁹⁷

Према теорији *субјективног тумачења*, коју је у XIX веку 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. Због тога тумач мора да пронађе творчево значење које није изван језичког оквира норме.

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 у филозофији и науци. Вољу творца норме тешко је утврдити чак и када је творац физичко лице које ту своју вољу може да реконструише. То је, наравно, немогуће урадити када он премине. Исто тако, воља је променљива, а и питање је колико је нечија воља збиља садржана у норми која се тумачи, нарочито када ту норму доноси колегијални орган, под условом да се уопште зна шта је колективна воља итд. Због тога 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., тестаменту или уговору).⁴⁹⁸

За утврђивање истинитог значења правне норме, почевши од Рудолфа фон Јеринга и његове школе интересне јуриспруденције, најчешће се користи *објективно тумачење* по коме право значење није оно језичко значење које норми придаје њен творац, већ оно које норми придаје друштво на основу законика значења, који је објективизована друштвена творевина 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.

497 Е. Д. Хирш, 233–276.

498 Г. Вукадиновић, II, 212–213.

Постоје две варијанте објективног тумачења. Према *ужој*, право значење норме је оно које норма има према законуку значења, који је друштвено објективизована творевина. Према *широј*, право значење је оно које би „требало да хоће“ један „савршено разуман субјект“ када би он постојао, а тиме и могао да пронађе и потпуно изрази објективну друштвену вољу у норми.⁴⁹⁹ У наведеном схватању није тешко препознати античке римске трагове *lex citationis* и средњовековне трагове *communis opinio doctorum*.

Може се приметити како објективно тумачење у ширем смислу има исте недостатке као и субјективно тумачење. Једина разлика је у томе што код првог тумач утврђује вољу непостојећег творца, а код другог 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. Због тога се као најпоузданије користи објективно тумачење у ужем смислу. Оно је поуздано јер су тумачи лишени потребе да утврђују вољу замишљеног или стварног творца норме будући да не морају да се покоравају циљевима које су такви творци имали на уму у тренутку стварања норми. Довољно је да се, уместо тога, држе важећег законика значења који је друштвено објективизована творевина.

И протек времена, а не само творца, његова замисао или кодекс, утиче на начин одређивања правога значења норме. До тога долази јер протеком времена знаци мењају своје значење. Њихова промена доводи до питања које ће се значење норме сматрати правим. Одговор на то питање нуде статичко и еволуционистичко тумачење, изузев када се тренутак доношења правне норме подудара са тренутком њеног тумачења и примене, када не постоји разлика између статичког и еволуционистичког тумачења.

Према теорији *статичког тумачења*, право значење норме је оно које је норма имала у тренутку доношења. Због тога се отвара тешко питање како утврдити значење неке норме која је донета, на пример, пре два века? Чак и да оно може тачно да се одреди, може се запитати: да ли такво значење уопште треба да се примени на неку садашњу конкретну ситуацију? То је само једно од многих питања на која теорија статичког тумачења не може да одговори. Због тога је статичко тумачење ближе субјективном и објективном тумачењу у ширем смислу, јер садржи исте недостатке због којих га не треба користити.

499 Р. Лукић, 349.

Према теорији еволуционистичкој тумачења право је оно значење које норма има у тренутку свог тумачења, тј. примене. Оно обезбеђује какву-такву правну сигурност људима који живе у садашњости, а не у прошлости. Еволуционистичко тумачење је могуће исправно користити само ако се значење протумачене норме мења према законнику значења. Тумач, дакле, не може норми да придаје неко друго значење, изузев оног које она има према законнику значења у тренутку свог тумачења. Али, ни еволуционистичко тумачење није сасвим сигурно, јер могу да се појаве случајеви правних празнина које није могуће решити према законнику значења. Ипак, оно је сигурније, због чега треба користити еволуционистичко уместо статичког тумачења.

4.3. Слободно тумачење (или стварање) права

Према теорији слободног тумачења, односно стварања права, тумач није везан никаквим језичким значењем. Право значење је оно које норми даје њен тумач независно од творца или језичког контекста норме. Због тога се каже да слободно тумачење у свом чистом облику није никакво тумачење, већ слободно стварање права. Оно не спада у правну догматику, већ у правну технику.

Такво схватање се може објаснити (али не и оправдати) „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.⁵⁰⁰ Њихови најпознатији заговорници (Еуген Ерлих, Херман Канторовиц, Филип фон Хек и Макс фон Римелин) истицали су да првенство логике „мора бити замењено првенством проучавања и вредновања живота“,⁵⁰¹ односно да се главни задатак правне науке састоји у „истраживању интереса“ и њиховом „повезивању са правним начелима“. По њима, право треба ослободити крутих стега и прилагодити животу у сваком конкретном случају. И не само то – потребно је да судски и други државни органи располажу великом слободом када примењују право. Судије могу да суде чак *praeter legem* и *contra legem*. Такво учење, наравно, ниједно право не може да допусти јер би то довело до велике правне несигурности и безакоња.

500 Вид. М. Д. Туцаковић, *Школа егзегезе и њена кријика*, Београд 1940.

501 Ph. von Heck, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, 1914, 98.

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

4.4. Право значење у формалном и материјалном смислу

Право значење 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 шта је творац норме стварно рекао према законнику значења или шта је хтео да каже у тренутку тумачења, тј. примене норме.

У *садржинском смислу* то је значење које од свих могућих значења норме у датом случају најбоље остварује циљ норме (њен *ratio legis*) и штити дати објективан (или објективизован) друштвени интерес. Будући да је број правних норми изузетно велик, и број циљева такође је изузетно велик. Њих није тешко утврдити када су јасно изражени у нормама. Али, када то није случај, они се у крајњем одређују на основу циља самог права, тј. његове функције. Утврђивање и вредновање циљева постиже се коришћењем циљног (телеолошког) тумачења, након чега се одређује право значење норме у материјалном смислу.⁵⁰²

5. 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 се користе за утврђивање правог значења норме извођењем логичког, систематског, циљног, историјског и упоредноправног тумачења.

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

5.1. Логичко тумачење

Логичким тумачењем се право значење норме одређује употребом правила логике као средства, нарочито логичких правила непротивречности, истоветности и искључења трећег. Њима 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 се не могу добити језичким или неким другим врстама тумачења.

Постоје две главне врсте логичког тумачења. Одређују се према задацима које треба да остваре. Прву чини проверавање логичке исправности значења добијеног другим врстама тумачења коришћењем формалне логике (нпр., начела непротивречности). Друга се састоји из две карактеристичне подврсте. Прва подврста се састоји у извлачењу нових значења из норми која не могу да се извуку другим средствима осим коришћењем неформалне логике у ужем смислу (начела идентитета у случају аналогije, разлога супротности итд.). Друга подврста састоји се из непосредног попуњавања правних празнина код тумачења у ширем смислу још слободнијим коришћењем правила неформалне логике у још ширем смислу. У овом последњем случају, до значења се долази извођењем много сложенијих поступака закључивања заснованих на претпоставкама које су прихваћене али нису строго логичке.⁵⁰³ Разлика између ове две подврсте логичког тумачења одређује се према степену ширине коришћења неформалне логике. Таква примена неформалне логике очигледна је код попуњавања правних празнина коришћењем односних правних разлога (аргумената).

Прва врста логичког тумачења, тј. проверавање значења норми коришћењем строгих логичких правила (*crisp logic*), неопходна је јер без ње не може поуздано да се сазна да ли је неко значење 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 врста логичког тумачења са своје поменуте две подврсте углавном није поуздана, јер служи за „извлачење“ нових значења која нису заснована на строгим логичким правилима већ правилима неформалне логике (*fuzzy logic*). Због тога добијена значења не морају да буду јасна и смислена до краја, већ само вероватно јасна и смислена.

503 Р. Лукић, *Увод у право*, 359–361.

Примена формалне логике у праву од античких времена до данас, а тиме и логичког тумачења, постојано одржава недоумице које и данас садржи питање да ли се приликом откривања правог значења норме користи обична или посебна правна логика. На то питање дају се два главна 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 (нпр., Илмар Тамело, Радомир Лукић).⁵⁰⁴ Ханс Келзен је у том смислу још изричитими: „Не може дакле бити никаквог говора о некој специфичној ‘јуристичкој’ логици.“⁵⁰⁵ Према другом, приликом тумачења права користи се посебна правна логика (Жорж Калиновски),⁵⁰⁶ тј. аргументативна, дијалектичка или реторичка логика (Хаим Перелман).⁵⁰⁷ То је могуће учинити, будући да циљ тумачења права у назначеном смислу није „логичко утемељење неке одлуке као истините или правилне с обзиром на логичке методе, него постизање сагласности око предмета спора“.⁵⁰⁸

Изгледа да је и овог пута истина негде на средини, односно да су вредни ставови оба супротстављена гледишта. Тако нешто је могуће јер се приликом тумачења у праву збиља користе правила формалне и неформалне логике. Такође, 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 због тражења и утврђивања истине, већ због избегавања грешака приликом расуђивања и извођења неутемељених закључака.⁵⁰⁹

5.2. Систематско тумачење

Данас готово да нема правне норме која је потпуно разумљива по себи, тј. која је изван система права, јер „ко је тај који може исправно схватити један део пре него што прочита целину“ (Целзус). Зато се користи систематско тумачење. Оно представља посебну врсту логичког тумачења, само примењеног на систем пра-

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

505 X. Келзен, *Елементи теорије правних норми*, 110.

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

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

508 M. Pavčnik, 57.

509 D. Vrban, 471–472.

ва као целину. Њиме се право значење норме добија тако што се „норма повезује и разјашњава помоћу других норми из правног система“: састављањем делова норми, тј. њиховим реконструирањем; 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. Такав поступак је могуће извести пошто се испитује значењска међузависност норми као састојака система права. Али, то је и неопходно учинити јер је ретко када 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 не увек.

Постоје две главне врсте систематског тумачења. Прва се одређује и врши помоћу места које норма заузима у систему права, чиме се уклањају спољашње противречности између две норми, више норми или њихових ужих и ширих скупова. То се чини усаглашавањем норми или укидањем једне или више норми. Друга се одређује и врши смисаоним повезивањем норми и ближним одређивањем њиховог значења на основу међусобних веза. То се чини груписањем и разврставањем норми у уже или шире целине у односном правном акту на делове, одељке, главе, одсеке, чланове, ставове и тачке.

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

5.3. Циљно (телеолошко) тумачење

Циљно тумачење представља одлучујућу и завршну врсту тумачења. Оно разрешава недоумицу које је од свих могућих значења норми збиља њено право значење. То се постиже утврђивањем разлога постојања норми помоћу њеног *ratio legis*-а, а не свих друштвених околности као приликом историјског тумачења. Због тога циљно тумачење представља претежно социолошко-аналитичко истраживање улоге или циља правне норми на основу претходних тумачења, која представљају припрему за примену циљног тумачења.

Када се каже да се циљним тумачењем утврђује циљ норми, то не значи да се утврђује било какав циљ, већ само њен објективан, а, у ствари, објективизован друштвени циљ, онако како налаже схватање о објективном тумачењу у ужем смислу. Он може да се

разуме само у вези са „повољним и неповољним последицама које норма изазива у друштвеном животу“ (нпр., у вези са тзв. „културалним“ и „акултуралним“ потребама и вредностима друштва), а не према томе какав је циљ творац замислио и наменио норми, као што налаже схватање о *субјективном* тумачењу.

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. Исто тако, целокупно право је од врха до дна прожето бројним циљевима који су међусобно повезани и веома слични. Они постоје чак и када нису довољно јасно изражени нормама, што додатно отежава њихово одређивање и разврставање. Најзад, и сама норма може да има више различитих циљава, који не морају да се остварују у истој мери.

Када се једном утврди који циљ или који његов степен остварује неко право значење норме, тада се прелази на поређење тих разних циљева и њихових различитих ступњева 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 сопствене циљеве, као што је случај с нормама устава и појединих закона.

На тешкоће у вези с одређивањем истинитог циља норме приликом циљног тумачења нарочито 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 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.“⁵¹⁰

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

Право значење норме, дакле, може да се утврди на тежи или лакши начин. До њега се долази тек када се циљно тумачење схвати као средство које служи за остварење тачно 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 напорног 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.⁵¹¹ Такође, показало се да не постоји апсолутна моћ права и да је живот јачи од правних концепција.

5.4. Историјско-правно и упоредноправно тумачење

Постоје и две помоћне врсте тумачења: историјско-правно и упоредноправно тумачење.

Историјско-правно тумачење представља посебну врсту 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). Иако се сврстава у помоћну врсту тумачења, треба истаћи да ниједна правна норма не може целовито и тачно да се схвати ако се не зна њена историја, што у ствари значи да језичко, логичко и систематско тумачење не могу да открију оно значење које може да открије историјско тумачење. Историјско тумачење је нарочито погодно за утврђивање воље творца норме, циља норме или њене улоге у садашњости. Поред разумевања некадашњих субјективних правотворчевих циљева, оно понекад омогућава

511 N. Visković, 252.

откривање дубљих, трајнијих и кориснијих извора друштвених интереса и вредности важних за боље разумевање континуитета права. Не каже се тек тако да они који не познају историју учествују у њеном понављању.

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

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

Правне празнине се попуњавају тумачењем у ширем смислу. То се постиже коришћењем различитих логичких аргумената и других средстава.

6.1. Аналогија

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 састоји се у томе што се на један случај који није регулисан општом правном нормом, који представља правну празнину, примењује правна норма предвиђена за неки други случај сличан случају који представља правну празнину. На пример, ако правна норма забрањује возњу 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 та забрана 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 познато⁵¹². Будући да се аналогијом 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. То је навело Рудолфа Карнапа да закључи како се у класичној (формалној) и модерној (неформалној) логици „не може наћи неки основ за закључак по аналогији“, док је Ернст Мах тврдио да „закључци по аналогији нису предмет логики, него психологије... Судска одлука донета *per analogiam* јесте једно ново право“⁵¹³. Због тога се приликом примене аналогије умесно може поставити питање њене оправданости и питање основа њене примене. То се може учинити јер 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“⁵¹⁴.

Питање *ојправданости* аналогије решава се тако што се закључак по аналогији сматра делимично дедуктивним, а делимично 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. Према томе, одговор на питање да ли обележја која произлазе из два случаја постоје и у свим другим ситуацијама, може се 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 законског разлога (*ratio legis*-а). Утврђивање законског разлога се постиже испитивањем циља постојеће норме која је слична случају који представља правну празнину.

512 Р. Лукић, *Методологија права*, 128.

513 R. Carnap, „On Inductive Logic“, *Philosophy of Science*, XII, 1945, 77; E. Mach, *Erkenntnis und Irrtum*, Leipzig 1917, 225. Нав. према: X. Келзен, *Елементи теорије правних норми*, 107.

514 Р. Лукић, 128–129.

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, када се њено језичко значење исправља њеним правим значењем, и проширује, када се норма односи и на случајеве који њом нису изричито обухваћени. Али, када се утврди да односна два случаја немају исти законски разлог, аналогија не може да се примени.

Аналогија може да буде законска или правна. *Законска* аналогија (*analogia legis*) представља примену конкретне норме, а *правна* аналогија (*analogia iuris*) примену општег начела на случај који представља правну празнину. Правна аналогија се, даље, дели 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.⁵¹⁵

Постојање различитих врста аналогије дозвољава да се запази неколико ствари о оправданости њиховог коришћења: прво, законска аналогија представља закључивање од „посебног сличног на слично посебно“, а правна „од сличног општег на слично појединачно“;⁵¹⁶ друго, законској аналогији има места када је закон нејасан, а првој када постоји празнина у закону; и, треће, примена наведених врста аналогије зависи од тога колико је право систематски изграђено и развијено. У неразвијеним правима или правима која нису систематски саздана примена аналогије је чешћа. Њено коришћење је забрањено у кривичном праву како би се успешније заштитила грађанска права и људске слободе.

Аналогија се у ширем смислу користи 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 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

515 Ж. Спасојевић, *Аналогија и тумачење*, 65–105.

516 Вид. М. Д. Туцаковић, „Проблем законске и правне аналогије“, *Бранич*, Београд 1-2/1936.

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“.⁵¹⁷

6.2. Разлог супротности

Разлог супротности (*argumentum a contrario*) представља друго главно средство за попуњавање правних празнина, али на начин супротан аналогiji. За све сличне случајеве које нека норма не обухвата, примењује се њој супротна норма коришћењем разлога супротности. 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 та забрана не важи 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 или особе женског пола итд.

Код разлога супротности закључивање се одвија обрнутим током од оног код аналогije: 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 због тога 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, он представља закључивање по различитости, а не по сличности.

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, он пре може да се одреди испитивањем одговарајућих интереса који се штите нормом него 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.

517 Х. Келзен, 105.

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 јер 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“.⁵¹⁸ 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.

Разлог супротности у ширем смислу користи се као „један начин закључивања“ који се примењује приликом „обичног тумачења“, а не приликом попуњавања правних празнина. До тога долази када од две опште норме једна представља изузетак. Тада се сматра да сви случајеви који нису обухваћени општом нормом која регулише изузетке потпадају под другу општу норму (нпр., извршење смртне казне не сматра се убиством). Дакле, реч је „о тумачењу норме којим се спречава проширивање изузетака, а не о попуњавању правне празнине“.⁵¹⁹

Понекад се аналогија и разлог супротности тако одређују као да је свеједно које ће логичко средство бити примењено, што није тачно. Када постоји основ за примену аналогије – исти законски разлог, односно друштвени интерес – треба да се примени само аналогија. И обратно, када законски разлог није исти, јер постоји различит друштвени интерес, треба да се примени само разлог супротности. Веома је важно да се исправно изабере једно од поменутих логичких правила, јер примена аналогије или разлога супротности не производи исте правне последице за субјекте (нпр., није исто добити морално задовољење због ослобађања од оптужбе или бити осуђен правоснажном пресудом).

6.3. 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 подсећа на аналогију, али се од ње разликује по томе што основ за

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

519 Х. Келзен, *Општа теорија права и државе*, 379.

његову примену не представља сличност два случаја, већ израже- нија иста обележја (важнији разлог) једног случаја (Улрих Клуг).⁵²⁰

Постоје две његове варијанте. 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 обич- на већина за доношење закона, може се закључити да је та већи- на 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 обавеза- ма укљученим у шире, као што налаже Улпијанова изрека: „Коме је допуштено више, допуштено му је и мање“ (*Cui maius conceditur, et minus concedi videtur*). На пример, ко може да гласа, може и да се уздржи од гласања; ако клијент опуномоћи свог адвоката без навођења његових овлашћења, може се закључити да је адвокат овлашћен да повуче тужбу, уложи жалбу итд.

6.4. Разлог „ауторитета“

Разлог „ауторитета“ (*argumentum ab exemplo*), нарочито цењен у теорији аргументације почевши од Аристотелове *Рейџорике*, Ches- то се користи у праву и свакодневном животу. Он се састоји у позивању на ауторитет судске праксе или правне доктрине (у об- разложењима закона, судских пресуда и других аката), а у животу на узоре или добре примере родитеља, предака или поштованих јавних личности.

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 судова, које остали судови уважавају због њиховог ау- торитета.

6.5. Разлог „природе ствари“

Разлог „природе ствари“ (*argumentum rerum natura*), поче- вши од Платоновог одређења „природе и природног“, представља врсту правног закључивања које се изводи из увиђања складних правилности постојања и функционисања, које су дате у самој

520 U. Klug, *Juristische Logik*, 1966, 136–139, 145.

природи објекта или односа (или из увиђања њиховог одсуства). На пример, слаб коњ за вучу који је купљен у заблуди, црвоточна столица, завртњи од метала слабог квалитета, неквалитетне сијалице итд., по природи ствари не служе циљу ради кога су купљени јер њихова „редовна употреба“ није у складу са њиховом наменом или „природном употребом“, тј. „природом ствари“.

6.6. 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 само оних општих правних аката за које се основано посумња да су неуставни и незаконити.

Разлог апсурдности се не односи на ситуације када је норма бесмислена у свим својим значењима. До тога 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 очигледно непотребно) извршити, или зато што се нормом регулишу односи који нису значајни за заједницу (који су хармонични и не изазивају снажне друштвене сукобе), или зато што они споља тешко могу да се контролишу (односи између пријатеља или 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. Њихова примена није нужна, док је примена строгих логичких правила увек нужна.

6.7. 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 смисао⁵²¹. На пример, када норма одређује да су хендикепиране особе изузете из похађања школске наставе физичког васпитања или да усмени тестамент важи у рату, то значи да норма не сме да се проширује широким (екстензивним) тумачењем тако да све хендикепиране особе или особе уопште не морају да похађају школску наставу физичког васпитања, нити да се усмени тестамент сматра правно важећим и за време мобилизације или мира.

Поузданост и вредност овог правила зависе 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 таксативног 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 на све друге случајеве. И обратно, изузетак не постоји када се после набрајања 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 коришћењем метода примеричног набрајања. До тачног појма изузетка може се доћи само строгим тумачењем норме уз примену свих важећих правила тумачења.

6.8. Попуњавање правних празнина општим начелима

Правне празнине се изузетно попуњавају општим начелима уместо конкретним нормама (начелима да штета треба да се надокнади, да уговори морају савесно да се извршавају итд.). То је могуће учинити јер је у начелима садржан „дух“ датог права. Али, према учењу о логичкој затворености права, које је нарочито неговала школа егзегезе, то није потребно чинити јер у праву могу да 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 слободe по коме је све што изричито није забрањено слободно или барем дозвољено. Будући да према егзегетичком схватању 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.

521 Р. Лукић, 385.

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. И што је начело општије (нпр., када се као опште начело користи „правичност“, „револуционарни дух“ или „класна свест“) већа је правна празнина коју треба поунити. Ипак, и ту постоји граница – правне празнине не постоје изван оквира права који су одређени правним начелима.

Такво компромисно решење не важи само за један изузетак, који води ка једино прихватљивом закључку – да не могу да буду сматране дозвољеним слободне радње угрожавања људи коришћењем атомске енергије, истраживањима болести у генетичким лабораторијама, прислушкивањем, производњом некавалитетних производа, масовним приказивањем шунда, насиља, коцке или разврата због тога што оне нису изричито правно забрањене. Разлог за то је веома једноставан – правом није ни потребно уређивати или забрањивати оно што представља очигледно „патолошко друштвено и правно понашање“. Једноставно, подразумева се да су такве самоочигледне ствари по својој природи *айсо-лујно* забрањене. Ту се накнадна правна забрана јавља као допуна друштвеној забрани да се штеточински утиче на друштвену заједницу. Дакле, ту и није реч о несумњивим правним празнинама, већ пре о *квалификавању* 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.

7. 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. Због тога је потребно да се на крају поступка тумачења упореди језичко значење са правим значењем норме.

Резултат упоређивања 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. Од тог правила једини прави изузетак представља случај омашке.⁵²² Али, језичко значење норме исправља се правим значењем и у случајевима када је норма недовољна, бесмислена или неодређена. У том случају, начин и обим исправљања протумачене правне норме у случају неподударања језичког са правим значењем зависи од врсте недостатка у језичком значењу норме.

7.1. Исправљање норме с јасним значењем у случају омашке

Правило је да тумач правим значењем норме сматра само оно њено јасно значење које се односи на све случајеве на које норма треба да се примени. Језичко значење норме тумач може да исправи правим значењем само када утврди да је оно постало такво због учињене омашке приликом стварања норме (нпр., када се пропише да је за возила дозвољена брзина у граду 500 уместо 50 км, када се у уговору напише 1.000 уместо 100 динара или када сведоци усменог тестаментa нетачно изјаве како гласи тестамент). Због тога се каже да утврђивање омашке спада у тумачење, а њено исправљање у стварање права.

Омашка може да се одреди у субјективном и објективном смислу. Омашка у субјективном смислу постоји када је творац норме *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). Омашка у објективном смислу постоји 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 у случају омашке тешко утврдити стварну вољу творца норме, уместо субјективног, у пракси се користи објективан појам омашке на основу кога се уочени недостатак уклања.

522 Р. Лукић, 389.

Омашку треба разликовати од *несавршености* норме. Несавршеност не може да се исправља, док омашка мора да се исправља. Такође, од омашке треба разликовати *шијамјарске* и *грује* *ірешке* приликом објављивања норме, јер омашка постоји само када се налази у оригиналном тексту.

7.2. Исправљање недовољне норме (случај правне празнине)

И најзаокруженији системи права су непотпуни јер је право један живи ток. Тиме се објашњава стална потреба за „исправљањем“ норме у случају правне празнине. До тога долази када се тумачењем утврди правна празнина коју треба попунити једним од претходно наведених логичких разлога.

Приликом попуњавања правне празнине најпре се кретањем од права као целине ка једном његовом делу, тј. једној норми или мањем скупу норми, открива правна празнина, а затим се, кретањем од норме или мањег скупа норми ка целокупном праву, прелази на ближе тумачење једне норме или мањег скупа норми, које су у вези са случајем који представља празнину. Тада се и „открива“ право значење „непостојеће“ норме, тј. значење које би норма требало да има само када би постојала. Оно мора да буде 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 „достављањем“ или „развијањем“ права него његовим допуњавањем у задатим правним оквирима.⁵²³ Таква тврдња је прихватљива јер, строго посматрано, у случају правне празнине нема шта да се исправља пошто норма не постоји.

7.3. Исправљање бесмислене норме

Норма је бесмислена, тј. без значења, када је противречна. Пошто до противречности може да дође унутар или између норми, постоје и две врсте бесмислених норми.⁵²⁴ Бесмисленост због унутрашње противречности елемената у норми често представља резултат омашке. Таква бесмисленост норме се релативно лако

523 Р. Паунд, II, 255–264.

524 *Ibid.*, 265.

исправља када се омашка утврди на несумњив начин. Када то није случај, норма се не може исправљати, сматра се непостојећом, а случај који она регулише правном празнином. Али, бесмисленост због спољашње противречности може се исправљати. 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, али тако да једна представља изузетак у односу на другу норму. Тиме се остварује правило да право значење норме може да буде само једно од њених језичких значења. Тог значења, па ни тумачења, нема у случају када због поништавања норме (или норми) настаје правна празнина. У другим случајевима, исправљање бесмислених норми укидањем једне или проглашавањем једне изузетком у односу на другу могуће је и спада у тумачење права.⁵²⁵

7.4. Исправљање неодређене норме

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 за твора 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., када се пропише да усмени тестамент важи само када је изјављен у рату, значи да за време мобилизације или у мирnodопским 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).

525 Р. Лукић, 392.

Приликом тумачења права због његове примене, правим значењем се најчешће сматра обичан, нормалан смисао нормe. Али, могуће је да прави смисао нормe буде узак или широк. Када је све то случај, одређује се на основу правила језичког тумачења и *ratio legis*-а.

На поступак тумачења надовезује се поступак примене права. Њиме се стављају у покрет разум и воља односног органа задуженог за примену права.

V глава

ПРИМЕНА ПРАВА

Примена права као понашање људи по правним нормама састоји се из три елемента: *јравне нормe* (опште или појединачне), *јравној субјектjа* (физичког или правног лица) и *конкретној случаја* (догађаја или људске радње). Њиховим повезивањем се остварују најразличитији правни и друштвени облици живота, што јесте прави задатак права – да производи намераване последице у стварности.

1. Општа знања о примени права

Примена права је мање-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 нормe на основу виших (купопродајни уговор на основу закона, решење о пензионисању на основу статута и закона итд.) или да непосредно примењују санкције (државни и друштвени органи). 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 нормe. 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“ (*hard cases*), када примена правних норми захтева савесну и методичну анализу, као и компликовану интелектуалну и вредносну активност. У тим случајевима се до исправне примене правних норми може доћи једино извођењем низа претходних сазнајних и вредносних радњи заснованих на правилима логике, језика, морала, идеологије итд. Веома 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, извршење санкције или мисаони процес.⁵²⁶

Прво значење се односи на *примену њрава као њрактиичну делайност*. Она представља део људске и друштвене праксе. Састоји из претварања права у стварност, тј. његовог остваривања понашањем људи по диспозицијама или санкцијама правних норми. На основу тога настају две главне врсте примене права: *добровољна*, када се људи понашају по диспозицијама, и *њринудна*, када се људи понашају по санкцијама правних норми. У првом случају, примена се састоји у сагласном понашању субјекта по диспозицији, а у другом из прекршаја диспозиције и примене санкције државног органа према субјекту који је прекршио диспозицију и санкцију правне норме.

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. Сматра се да су тада интереси друштва најпотпуније заштићени. Али, пошто није увек реч о сасвим добровољној примени из убеђења (*ауџономној њримени њрава*), добровољном се назива и примена због страха од санкције (*хеџерономна њримена њрава*), будући да се субјекти и у том случају добровољно понашају по диспозицији правне норме. Наравно, пожељно је да субјекти примењују диспозиције из убеђења, а не из страха од санкције, што обично није случај. И обратно, није пожељно да се право примењује применом принуде, али је нужно када субјекти одбијају да се понашају по санкцијама правних норми.

У случају принудне примене права, држава и друштво покушавају да спрече кршење права коришћењем утврђених *механизам*. Пре свега, то се постиже одређивањем да за државне органе примена санкције према прекршиоцу 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. Механизам примене права зависи и од тога да ли је неки случај регулисан општом или појединачном нормом. Када је случај ре-

526 Р. Лукић, *Методологија њрава*, 186 и даље.

гулисан 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 правној норми. Доношење појединачне норме у таквом случају не спада у примену, већ у стварање права.

Друго главно значење односи се на *примену права као врсти извршења санкција према лицима*. Према врсти добара која се одузимају од прекршиоца, постоје *материјалне, имовинске и моралне* санкције које се нпр. састоје у ускраћивање политичких и грађанских права. Према циљу који треба да остваре, постоје *реперибутивне* (одмазда) и *респективне* (преваспитавање, накнада штете, повраћај у пређашње стање) санкције. Према врсти аката због којих се примењују, постоје санкције према лицима и санкције према актима. Санкције према лицима могу додатно да се поделе према врстама кривице – на санкције за *умишљај* (тежа кривица, *dolus*) и за *нехај* (лакша кривица, *culpa*), а према степенима кривице – на *санкције за кривична дела* (казне: смртна казна, казна затвора, конфискација имовине итд.), *санкције за имовинске, односно 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). Будући да санкције према лицима представљају примену државне принуде, оне морају да буду ограничене, сразмерне, тачно одређене и специфициране. То нарочито важи за кривичне санкције јер се њима одузимају најважнија људска добра. Због тога 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 (*Nullum crimen sine lege, nulla poene sine lege*). У томе се састоји начело *легалитета* у кривичном праву.

Поред санкција према лицима, постоје и *санкције према актима* које се примењују због незаконитости правних аката.

Постоје и правне области у којима санкције не могу да испуне наведене услове. У међународном праву рат представља најтежу санкцију, али у њему може да победи страна која је повредила међународно право; у унутрашњем праву постоје норме

које садрже санкцију према суверену, али нема ко да их 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 питање да ли су такве норме правне. Такве су политичке, религијске, моралне или неке друге норме, као што је случај са природним облигацијама које могу пуноважно да се испуне, али без права на тужбу; законима без санкције (*leges imperfectae*); нормама међународног трговачког права (*lex mercatoria*) итд. Али и такве норме могу да постану правне када их накнадно санкционишу државни органи.

Треће главно значење односи се на *примену права као мисаони процес*, тј. психичку радњу. У том значењу, мисли се на 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 *правној силојизма*, а у другом о *конкретизацији* и *индивидуализацији* опште норме у појединачном случају.

Посебна врста примене права постоји када се води рачуна о основним начелима изведеним из религијско-филозофских или обичајних састојака правног система, у чијем духу морају да се одвијају друге врсте примене права (нпр. у шеријатском или јеврејском праву).

1.2. Особине и услови за примену права

Наведене главне врсте примене права нису строго одвојене. У пракси, између њих не постоје строге границе јер све располажу извесним заједничким *особинама* као што су универзалност, униформност, унификаторност и константност.⁵²⁷ Наведене особине обезбеђују да примена права буде остварена према истим начелима на целом простору државе према успостављеним обрасцима и 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. На тај начин се обезбеђује постојана примена права према претходно утврђеној правној норми.

527 О. Mandić, 133–137.

Да би примена права била успешна, потребно је да буду обезбеђени одговарајући технички услови, а пре свих: *сигурносћ*, која значи да право мора да се примењује тачно како 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, тј. одустали би од понашања по правним нормама, што би закочило право, а друштвени живот претворило у анархију; *ефикасносћ*, која се састоји у коришћењу најпогоднијег прописаног начина примене како би право збиља могло да произведе жељено дејство; *економичносћ*, која налаже да се право примењује најкраћим путем, штедњом времена, људске енергије и материјалних средстава.⁵²⁸

2. Поступак примене правне норме

Примена права представља осетљив и одговоран процес који се састоји из више различитих психичких (умних) и телесних (материјалних) радњи. Њихов циљ је да тачно одреде понашање које норма захтева у конкретном случају и омогуће његово извођење. Тим циљевима је прилагођен читав поступак примене права. Он се састоји из припремног и главног дела.

Припремни део поступка примене права чини цео поступак тумачења права, којим се решавају правна питања (*questio iuris*). Тек се затим прелази на *главни део* поступка примене права, којима се решавају чињенична питања (*questio facti*). Састоји из три дела: прво се *утврђују релевантне чињенице* описане у правној норми, чије је постојање услов за примену норме. У пракси је нарочито тешко утврдити *правну квалификацију* извесних чињеница, што се постиже добрим правничким знањем и искуством стеченим праксом. Правне чињенице се утврђују доказима, ређе претпоставкама, а најређе фикцијама; затим се прелази на *правно закључивање* коришћењем правног силогизма. Њиме се протумачена норма доводи у везу с утврђеним чињеницама, после чега се закључује да ли и како она може да се примени на конкретан случај; на крају, следи *нейосредна примена права*, тј. приступа се конкретизацији и индивидуализацији опште правне норме, што се постиже извођењем правних и материјалних аката.

528 Р. Лукић, *Методологија права*, 223 и даље.

3. 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 да ли оне заиста постоје.

Утврђивањем чињеница данас се баве сва физичка и правна лица на мање-више слободан и неформалан начин. Када то чине друштвени субјекти, већа је опасност да они 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, чиме је смањена опасност да погреше.

Механизам утврђивања чињеница зависи од врсте норми, тј. од тога да ли је норма општа или појединачна. Због тога за опште норми постоје две врсте, а за појединачне норми само једна врста чињеничних ситуација која се утврђује. Код општих норми *йолозна* ситуација је одређена у претпоставци норми, а *долазна* у диспозицији норми. На пример, за норму која налаже да су сви грађани дужни да плаћају порез, полазна ситуација је постојање грађана који располажу имовином изнад одређеног новчаног износа, а долазна, одређени износ пореза који мора да се плати пореском органу. Тек када се обе чињенице утврде, може јасно и тачно да се каже како норма гласи. Долазна ситуација обично проистиче 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 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 правна стварност, односно *йравна* или *формална истина* о чињеницама. Она не мора увек да се подудара са *йравом* или *материјалном истином*. Ипак, и таква, формална истина је меродавна упркос могућој нетачно-

сти, јер у противном право не би могло да се примењује. Али, то не значи да право не води рачуна о материјалној истини, пошто су последице неподударања правне и праве истине тешке за субјекте који утврђују чињенице и субјекте на које се чињенице односе. 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 (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“.

Право пажљиво бира и користи поступке којима се долази до правне истине, како би се она у највећој могућој мери подударила с материјалном истином. Ти поступци којима се утврђују чињенице називају се доказима. Њима се утврђује материјална истина. Али, у случају недостатка доказа, то може да се учини претпоставкама и фикцијама. Претпоставкама се одређује оно што је вероватно истинито, док се фикцијама истинитим сматра нешто што је очигледно неистинито али је корисно за остваривање материјалне истине. Наведена правнотехничка средства имају циљ да заштите повређене интересе како би се право примењивало тачније, брже и економичније.

3.1. Правни докази

Ниједна правна норма не може да се примени ако чињенице нису поткрепљене јасним и чврстим доказима (*evidentio iuris*). Због тога је извођење доказа врло важна радња у процесу примене права, нарочито када норму примењују државни органи који су дужни да активно суделују у извођењу доказа и критички их оцењују. 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 људске радње користе за утврђивање постојања других правно важних чињеница или за њихово непосредно увиђање у конкретном случају.

Докази се деле на непосредне и посредне. *Нејосредни*, докази у ужем смислу, састоје се у непосредном утврђивању чињеница или предмета који су објект, средство (*corpus delicti*) или последица деликта. *Посредни*, докази у ширем смислу, састоје се из по-

средног утврђивања чињеница на основу њихове везе са другим чињеницама које могу непосредно да се посматрају и утврђују на основу признања окривљеног, исказа сведока, вештака итд. Посредни докази се изводе или из непосредних доказа, или из других чињеница које нису докази. У националним правима се доказним средствима (*media probandi*) обично сматрају предмети увиђаја, обавештајни предмети, исправе, сведоци, вештаци, странке у парничном и окривљени у кривичном поступку. Доказним средством сматра се и увиђај, док се индиција и заклетва не сматрају доказним средствима.

Приликом оцењивања доказне вредности појединих чињеница државни орган је слободан да на основу свог *слободної уверења* самостално оцени снагу доказа (доказну снагу */nervus probationis/*) и призна њихову важност и тачност. Он мора искључиво да се руководи начелом материјалне (праве) истине о чињеницама. Докази који се узимају као тачни морају бити тако несумњиви да код свих других изазову исту увереност у њихову тачност. Због тога се у појединачном судском или управном акту опширно образлаже зашто се наведени докази сматрају тачним. У противном, треба применити старо римско правило по коме „У случају сумње, треба одлучити у корист оптуженог“ (*In dubio pro reo*). Тим правилом се утврђује претпоставка невиности – оптужени није дужан да доказује своју невиност, него је на тужиоцу да докаже његову кривицу. Смисао је садржан у славној Волтеровој реченици: „Боље је пустити да се случајно спасе и један кривац него осудити невиног.“⁵²⁹ Оно је пример како једно правило може да постане суштински елемент савремених правних држава у којима оптужени мора да буде ослобођен ако, после проверавања свих индиција и доказа, још постоји сумња у његову кривицу.

3.2. Правне претпоставке

Правне претпоставке (*praesumptio iuris*) представљају чињенице које право унапред сматра доказаним, у ствари, највероватније тачним у конкретном случају, све док се не докаже супротно. Оне су врста правнотехничких средстава којима се избегава доказивање извесних чињеница које су најчешће тачно онакве како се претпоставља да јесу, а чије је доказивање компликовано или дуготрајно. Захваљујући претпоставкама, право се брже и ефикасније примењује.

529 Волтер, *Изабрана дела I*, Београд 1949, 92.

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. Због тога 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 дететов отац (*Pater est quem nuptiam demonstrant*).

У савременим правима, која се руководе духом начела утврђивања материјалне истине, користе се само обориве претпоставке. Али и данас постоје изузеци од тог правила, као што је случај са необоривом претпоставком да у краљеву надлежност спадају „само апсолутно добри акти“ или да је римокатолички поглавар у теолошким питањима „непогрешив *ex chatedra*“.

3.3. Правне фикције

Фикције (*fictio iuris*) представљају правнотехничка средства којима се свесно проглашава тачним оно за шта се унапред зна да није тачно. Иако на први поглед изгледају не само бесмислене него и непосредно противне праву и истини, фикције су корисно средство помоћу кога право на најлакши начин постиже извесне допуштене и пожељне циљеве. Такав је случај са заштитом интереса зачетог а нерођеног детета, успостављењем субјективитета правног лица као да је физичко лице, бољом применом права коришћењем правила да непознавање права шкоди, неометаним одвијањем рада у дипломатским представништвима према начелу екстериторијалности, јер се сматра да су она саставни део простора државе којој припадају, а не у којој се налазе итд.

Често коришћење фикција карактеристично је за англосаксонско право. Оно познаје неколико њихових врста, као што су „историјска“ (Лон Фулер), „правна“, „судска“ или „процедурална“ фикција (Роско Паунд).⁵³⁰

530 Р. Паунд, II, 511; Л. Фулер, 88.

4. 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 (*йравни силойизам*), тј. на правно закључивање, по коме општа норма треба да се примени на конкретан случај. Дакле, силогизам је традиционалан логички закључак. Чини га тзв. „тројство суда“ од којих трећи суд следује из признате исправности друга два суда. Његово правно својство потиче од садржаја његових суда, а не од њиховог броја или устројства.

Правни силогизам се састоји из две претпоставке и једног закључка. Прву претпоставку или *виши суд* (*praemissa maior*) представља значење протумачене норме, другу претпоставку или *нижи суд* (*praemissa minor*), сам 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 најпре утврђивањем аутентичног текста, важења 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.

У случају постојања правне празнине, прва премиса (која не постоји) језички се накнадно формулише на основу друге премисе утврђивањем *ratio legis* у конкретном случају, након чега се такође прелази на правно закључивање. У том случају се претходно користе одговарајући правни аргументи за попуњавање правних празнина код тумачења у ширем смислу, па се тек након попуњавања правне празнине прелази на правно закључивање. То је нужно, јер без правног силогизма правна норма не би могла

да се примени. 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.⁵³¹

Проблеми могу да се појаве и када нема правне празнине. На пример, судија понекад не може непосредно да примени општу норму на тачно утврђено чињенично стање, већ претходно мора да решава сукоб између два или више правила која долазе у обзир да буду примењена. У том случају, он поново мора да изабере норму која према његовом схватању *ratio legis* највише одговара утврђеном чињеничном стању. И обратно, понекад норма са тачно утврђеним значењем не може непосредно да се примени због учињених пропуста приликом утврђивања чињеница, због чега тај део поступка примене права треба поновити. То нарочито важи за тзв. „граничне случајеве“ у којима није могуће поуздано утврдити да ли је реч о „одређеним или неодређеним радњама“.⁵³²

5. Непосредна примена и остваривање права

Непосредна примена састоји у непосредном извршавању права од за то задужених органа. Најважнији су државни органи јер је њихово стечено искуство довело до подробног и тачног одређивања најпогоднијих начина за примену санкција принудом, нарочито када су оне врло тешке (смртна казна, доживотна или дуготрајна робија).

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 кривичних, грађанских и других извршних поступака.

Од примене права треба разликовати *остваривање права*. Оно се односи на искуствену страну права, на оно што је збиља остварено, а не на оно што је правно прописано. Због тога оства-

531 Х. Келзен, *Елементи теорије правних норми*, 65 и даље.

532 Џ. Раз, „Правни принципи и границе права“, *Домети*, Београд 8/1985, 44, 46 и даље.

ривање права не садржи никакво ново значење. Ипак, оно је и те како важно, јер је за право важније оно што је учињено од оног што би требало да буде учињено а није.⁵³³ Остваривање права је показатељ стања датог права, које може да послужи за аргументовану правну научну критику.⁵³⁴

533 Р. Паунд, III, 179–213.

534 Вид. С. Благојевић, *Право и стварносћ*, Београд 1995.

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 лакше 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 најпре утврђује поредак одвијања правних правила, а затим и поредак људског понашања по праву. Такође, нормативна законитост захтева постојање правног облика и његово придржавање исправним примењивањем процедуралних правних норми.

Поред нормативног, постоје још два значења законитости. Прво се односи на *искусствену* (емпиријску) законитост, а друго на *нормативно-правну* законитост, тј. правну државу – владавину права.⁵³⁵ Искусствена законитост не пружа никакав нов појам законитости, већ само показује шта је од проглашене нормативне законитости збиља остварено.

I глава

НОРМАТИВНА ЗАКОНИТОСТ

1. Појам, врсте и обележја нормативне законитости

Законитост у *најужем смислу* у означава сагласност свих односних нормативних аката са законом као вишим актом. То је њено најтачније, чисто нормативно значење. У *ширем смислу*,

535 C. Wellman; J. Simons, *Is There a Duty to Obey the Law*, 2005, 26 и даље.

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) и односи се 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.⁵³⁶

На основу наведена три значења може се одредити више врста нормативне законитости: формална, материјална, непосредна, посредна, почетна, накнадна итд. *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), а *материјална* када су акти слабије правне снаге садржински сагласни са законом (нпр., статут је материјално законит када је његова садржина у складу са законом). *Нејосредна* законитост се односи само на акте који се непосредно заснивају на закону (подзаконски прописи, статути или судијине конкретне процесне радње), а *јосредна* на акте који се посредно заснивају на закону (правилници, пословници, одлуке, радње царинења робе итд.). *Почетна* (претпостављена, констатована) законитост се заснива на уверењу да су нижи правни акти збиља законити од тренутка свог настанка, односно примене, јер су донети или примењени на исправан и коректан начин, а *накнадна* (утврђена, конвалидирана) да су акти постали законити тек окончањем поступка за испитивање њихове законитости.⁵³⁷ У случају накнадне законитости, треба имати у виду и могућност да одлука судског или неког другог државног органа задуженог за испитивање законитости може да буде погрешна: да законит акт буде проглашен незаконитим или незаконит акт законитим. Да би се та опасност отклонила, правни прописи се мењају и стварају по тачно одређеним поступцима, чији је циљ да обезбеде њихову формалну и материјалну законитост.⁵³⁸

536 Р. Лукић, *Уставишности и законитости у Југославији*, 49–54.

537 *Ibid.*, 42–46, 49–51, 54–55.

538 Д. Митровић, *Начело законитости. Појам, садржина, облици*, 9–15.

Одређивање различитих облика законитости је нужно јер се законом као вишим правним актом утврђује различит 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. широко и неодређено, нити сувише подробно да буду одређени законом, јер би у том случају нижи орган имао или превише слободе, или би је имао премало. Важност начела законитости долази до изражаја у раду оних државних органа који непосредно примењују правне норме својим материјалним актима, као што је случај са државним органима који непосредно располажу оружаном силом. Али и други правни субјекти морају да воде рачуна о поштовању овог начела.

Законитост располаже извесним сталним *особинама*. Најважнију представља *везаност за државу и право*. Када не би било тако, законитост би се утопила у „друштвену правилност“. Друга препознатљива особина законитости, њена *универзалност*, показује да сви пореци располажу некаквим обликом и степеном постојања начела законитости, односно да „у сваком поретку постоји ‘закон’ и његово остваривање“, што поретку даје „највећу чврстину и животворност“. Трећу особину законитости представља њена *јединственост*, која значи да законитост важи и примењује се на целом државном простору. Али, то није апсолутно правило. Четврту особину чини *релативност* у погледу остваривања законитости. 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 законитости итд.

Наведени узроци производе „стандардне аберације“ законитости у поретку. Тек затим настају деформације и безакоње (*аномија* права). Док су аберације неизбежне, деформације, а нарочито безакоње као ступањ највише незаконитости, то нису јер разарају правни и друштвени поредак.⁵³⁹ На пример, *незаконитости*

539 С. Врачар, „Релативно остваривање прокламованог принципа законитости у Совјетском Савезу“, *Симпозијум о основама и облицима уставности и законитости у социјализму*, САНУ, Београд 1967, 76.

постоји када је неки нижи нормативни или материјални правни акт супротан закону као вишем акту, због чега се такав акт поништава, а његов прекршилац кажњава. У том случају, реч је о „обичним“ облицима незаконитости, који се састоје из кршења правних норми и непримењивања правних санкција. Таква незаконитост се отклања коришћењем одговарајућих правних средстава и вршењем прописаних радњи од стране надлежних државних органа. Али, поред *обичне* незаконитости, постоји неколико њених других облика.⁵⁴⁰ Карактеристична је *џанџурдизација*. Састоји се у претераном проширивању области правног регулисања, а препознаје у намери да се све нормира, и што треба и што не треба, ставу да је правно обавезно само оно што има писани облик, као и по гламазном, скупом, неефикасном државном апарату и успореном правном саобраћају. Карактеристична је и *џролиферација* („суперпроизвођење“ прописа), која настаје када сваки виши правни пропис ствара властиту „породицу“ нижих прописа. Будући да се право производи у непримерено великој мери, оно све мање може да се примењује. За нормативну незаконитост још су карактеристични *џревелика џравна џокреџљивосџи* и *џроменљивосџи* прописа, чиме се слабе квалитет и примена права, и *џреџшерана сџеџџијализација*, која развија склоност ка детаљизму, лошем језику и стилу, неодговарајућим конструкцијама и фразама или бирократском начину изражавања.

Законитости су блиска *сродна начела* уставности и саправности (правне правилности), као и, евентуално, подзаконитости и аутономности. Нормативно начело *у сџавносџи* јасно се разликује од нормативног начела законитости само према формалној надређености устава закону. То је једина апсолутна разлика између њих. Све друге разлике су релативне и сразмерне другим формалним и материјалним разликама између устава и закона. То се може видети по начину на који се одређује појам нормативне уставности. Она у *најужем смислу* значи 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 *ширем 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.⁵⁴¹ Уставност и законитост могу да се одреде јединствено, као

540 М. Јовичић, *Закон и законџосџи*, 277–278.

541 Вид. Р. Лукић, 51–56.

начело легалности (легалности), због сродности и сличности устава и закона.

У теорији се, такође, разликује законитост од *сајравносџи* (правне правилности), која је шири појам од законитости. Док законитост захтева да се сви правни акти и све људске радње заснивају на закону, саправност захтева међусобну усклађеност свих нормативних и материјалних аката (независно од њихове врсте, места или правне снаге). Понекад се помињу *јодзаконийосџи* и *ауџономносџи* (Миодраг Јовичић),⁵⁴² 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 облици посредног испољавања законитости.

2. Снага и обавезност правних аката

Правна снага представља меру утицаја (дејства) једног акта на друге акте. Она је одређена количином власти којом располаже односни орган као стваралац или примењивач права. Захваљујући томе, „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“.⁵⁴³ 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. 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, што потврђује подробан поступак по коме се устав доноси, мења и укида. Такође, највећа правна снага устава изражава се преко свести о значају устава као израза опште воље, а затим и тако што се уставом утврђују основи државног и друштвеног уређења. 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

542 М. Јовичић, 267–268.

543 Р. Лукић, 295.

који су законити само када се врше на основу и у складу са тим појединачним актима.

Од правне снаге треба разликовати *йравну обавезносй* аката, јер су сви прописи подједнако обавезни за 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, и у таквим случајевима, помоћу хијерархијског и других правила тумачења може прецизно да се утврди снага прописа, чиме се решава проблем њиховог сукоба и поново успоставља нормативна законитост.

3. 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. Због тога сваки правни поредак предвиђа и поседује 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 идеја *начела йрвосйейеносйи* и *двосйейеносйи*, па чак, изузетно, и *йросйейеносйи* 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: врховни, касациони, савезни или неки други највиши судски орган. Начело двостепености или тростепености једино не може да буде примењено на највише акте којима се одређују сви други акти. Али, за њих постоји уставни суд.

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. Тако нешто 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 (јавни тужилац по службеној дужности *lex officio*). Други акти се само изузетно подвргавају

испитивању законитости. То се чини тек када неки овлашћени субјект налази да постоји основана сумња да је извршена незаконитост. У том случају, он покреће поступак својом изјавом воље (*ad personam*), а не по службеној дужности.

Најважнија правна средства за обезбеђење законитости су тужба и жалба, али постоје и друга правна средства: право на петицију, право на уставну жалбу итд.

Када се захтев за испитивање законитости подноси неком судском органу, такво правно средство назива се *тужба*. Њу суд може да одбаци, одбије или усвоји. Када се захтев за испитивање законитости подноси вишем судском или управном органу, такво правно средство назива се *жалба*. Њено улагање значи да је дозвољена могућност да се првостепена одлука (пресуда или решење) донета на основу прихваћене тужбе још једном испита пред вишим судским или управним органом. Такође, то значи да се о законитости првобитног акта изјашњава још један виши орган од органа који је донео првостепену одлуку. С друге стране, 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 8 дана за улагање приговора), после чега се сматра да је акт постао законит (правоснажан).

Правним средством се може сматрати и *свака радња у јосћуј-ку* којом се вршилац те радње супротставља одређеном процесном акту. Оно може да се употреби и против поступка, а не само против одлуке органа који води поступак (улагањем *јрићујбе*), као и против акта друге стране у поступку (улагањем *јрићовора* против оптужнице). Такође, и *јравни механизми* се могу сматрати правним средствима. Најважнији су контрола примене права од стране судова, судска контрола рада управе (управни спор), забрана ретроактивности закона, дужност објављивања закона и других прописа итд.

Од правног средства треба разликовати *јравну самојомоћ*, 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 самопомоћ, изузев у случају нужне одбране и крајње нужде. Спорно је да ли у самопомоћ треба убројати право грађана на побуну (устанак) или право на вођење праведног рата.⁵⁴⁴

544 N. Visković, 223–224.

4. Правни лекови

Правни лекови су врста правних средства којима се захтева доношење другостепене судске или управне или трећестепене судске одлуке. Њихов циљ је да побију првостепену или другостепену одлуку која се сматра незаконитом. Њима се предлаже да одлука буде преиначена или укинута.

Правни лекови могу да се поделе на: *демонстративне* 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; *суспензивне* и *несуспензивне*, којима се одлаже, или не одлаже, извршење побијане одлуке; *једностране* и *двостране* – први се примењују када надлежни орган одлучује о случају на основу једностраног саопштења (подносиоца жалбе као правног лека), док други пружају могућност и другој страни да се изјасни о уложеном правном леку (одговор на жалбу).

Најпознатија је подела на *редовне* и *ванредне* правне лекове. Редовни правни лекови се улажу против одлука које нису постале правоснажне. Редован правни лек је *жалба* против првостепене пресуде и решења судског органа или решења управног органа. То је еволутиван редовни правни лек јер по њему решава другостепени судски или управни орган. Његове одлуке, по правилу, имају суспензивно дејство пошто одлажу правоснажност побијане одлуке.

Жалба *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. Али, 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. Том приликом, 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, одбије, 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. Али, као што је поменуто, жалбу је могуће поднети и вишем ујравном 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, одбија или прихвата. У случају прихватања жалбе, другостепени управни орган може да врати предмет на поновно одлучивање првостепеном управном органу или да сам донесе ново решење по жалби.⁵⁴⁵ 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.

За разлику од жалбе као редовног лека, 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. Ванредни правни лекови су предвиђени у кривичном, грађанском, управном или неком другом поступку.

Један од најпознатијих ванредних правних лекова јесте *захтев за заштитом законитости*. Њега може да уложи само одређени државни орган (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 судском органу, али његово подношење још не значи да ће самим тим нападути правни акт бити поништен јер се крајња оцена законитости неког акта, заједно са проценом интереса да се такав акт поништи, налази у рукама суда, а не јавног тужиоца.

Поред захтева за заштиту законитости, користе се и други ванредни правни лекови. *Захтев за обнављање поступка* улаже

545 В. Perić, 130–131.

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.). *Захтјев за ванредно ипресийиивање иправоснажне судске ипресуде* такође је ванредан правни лек који се улаже у року од 30 дана против правоснажне другостепене пресуде или другостепеног решења највишем (трећестепеном) судском органу (због битних повреда одредаба парничног поступка или погрешне примене материјалног права, али не и због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања). Он не задржава извршење правоснажне другостепене пресуде, док највиши судски орган одлучује о ревизији без расправе. Када се против исте одлуке истовремено уложи ревизија и поднесе захтев за заштиту законитости, највиши судски орган доноси само једну одлуку поводом оба уложена ванредна правна лека.

У кривичном праву се користи и *захтјев за ванредно ублажавање казне*.

5. Заштитник грађана (омбудсман)

Двовековна установа заштитника грађана (заштитника јавног интереса, повереника, представника, комесара, правобраниоца), како се код нас све назива шведска установа омбудсмана, настала је 1809. године. Карактеристична је за нордијски правни систем из кога се „правном трансплантацијом“ проширила на већину савремених земаља у којима је успостављен посебан орган чији је задатак да надзире рад управе и штити права грађана. То важи и за Републику Србију, која је положај овог органа одредила посебним законом. Тиме се потврђује модерна идеја да се заштита законитости састоји се не само у коришћењу наведених државних средстава и механизма за испитивање законитости већ и у успостављању допунских средстава и механизма којима се грађанима омогућава да се без уобичајених формалности обраће заштитнику грађана (омбудсману) када сматрају да су њихова права угрожена поступцима јавне власти.⁵⁴⁶

546 М. Јовичић, *Омбудсман. Чувар законитости и иправа грађана*, Београд 1969.

Главни 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, тј. нема наредбодавну власт као судови, иако има право да тражи увид у судске акте, да образложено 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.⁵⁴⁷ Тиме се додатно спречава појава незаконитих аката и омогућава њихово санкционисање због незаконитости.

6. Санкције због незаконитости правних аката

Против незаконитих аката изричу се санкције којима се они уклањају. То се постиже *йонишйавањем* 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 почетка без правних последица. На тај начин се бришу повреде правног поретка поништавањем противправних последица и спречава доношење нових незаконитих аката.

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 *нишйавним*. У том случају, сваки државни орган је дужан да по службеној дужности (*ex officio*) покрене поступак за њихово поништавање. Ништењем се поништавају све правне последице (од тада *lex tunc!*)

547 Р. Марковић, 631–635; D. Vrbanc, 105–106.

и успоставља исто стање какво је постојало пре него што је незаконит акт донет. На пример, 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 прогласавају *рушљивим*. У том случају, 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. У случају поништавања акта његовим рушењем, одлука важи од тренутка када је утврђена незаконитост (од сада *lex nunc*), односно акт се поништава само за будућност (*et pro futuro*). Тиме се спречава да он и даље производи последице, док се признају произведене последице до одлуке о 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. Али то неће бити случај са радњама које су купац и продавац извршили после доношења одлуке којом је купопродајни уговор проглашен рушљивим.

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 заинтересована лица. Такође, на ништавност неког акта увек се може позвати, а на рушљивост само у одређеном року, јер 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 се сматра да такви незаконити акти више не постоје.⁵⁴⁸

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 супротне радње из које се састоји незаконит акт како би се успоставило стање које је постојало пре извршења незаконитог материјалног акта. На пример, када се незаконит акт састоји у неплаћању дуга, санк-

548 В. Perić, 138–139.

ција 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 примењују, јер одузет живот или уништено уметничко дело не могу да се поврате никаквим супротним материјалним актима. Због тога се у таквим случајевима додатно изричу новчане или неке друге санкције. Оне имају циљ да оштећенима барем делимично надокнаде вредност уништене ствари и пруже им морално задовољење.

7. Правоснажност правних аката

У сваком правном поретку предвиђају се рокови до када мора да се оконча испитивање законитости аката. На основу тога, коначно се зна да ли су такви акти законити. Исход поступка за испитивање законитости састоји се у томе што надлежни државни орган утврђује законитост акта, тј. проглашава га законитим, или утврђује његову незаконитост, тј. 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. Али, када се после правоснажно утврђене законитости неког акта појаве чињенице које основано изазивају сумњу у његову законитост, право дозвољава да се поступак покрене (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 улагањем редовног правног лека (жалбе). 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 (тзв. „потврђена 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. Правоснажним актима се коначно, неопозиво и једном завагда 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 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 неког ванредног правног лека.

Правоснажност се односи на опште и појединачне правне акте.

Када је реч о *правоснажностии оишићих йравних акаћиа*, 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 њиховим нормама.⁵⁴⁹

Када је реч о *правоснажностии йојединачних йравних акаћиа*, а израз правоснажност се најчешће користи за 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 *аисолућина*, када ниједна страна више не може да побија донету одлуку. И у парничном поступку правоснажност 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. У управном поступку, пак, правоснажним се називају управни акти чија је законитост потврђена окончањем поступка за утврђивање њихове законитости.

Главна последица правоснажности састоји се у томе што утврђивањем правоснажности започиње поступак извршности. Такође, тренутком правоснажности се оснажују начела *ne bis in idem* (дословно: не два пута о истој ствари) и *res iudicata* (дефинитивна одлука, коначно пресуђена ствар).

549 *Ibid.*, 135.

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 и да извршност правног акта, подржана материјалним радњама, настане пре правоснажности (нпр., решење пореског органа о обавези плаћања пореза извршно је пре него што постане правоснажно).

8. 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 доношења. Али поступак за утврђивање њихове законитости може да буде покренут и после њиховог доношења. У том случају, акти ступају на снагу тек после утврђивања њихове правоснажности. Такође, правило је да се акти који ступају на снагу не примењују на исти начин када је реч о уставу, закону или подзаконским прописима.⁵⁵⁰

Услови по правилу ступају на снагу даном свог проглашења, будући да се на њих не примењује институт *vacatio legis*. Постоје случајеви када устав ступа на снагу тек даном објављивања у службеним новинама. Изузетно, у прелазним и завршним одредбама устава може да се утврди датум његовог ступања на снагу.

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 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 односни закон не мора да садржи ту одредбу. Важно је само да може тачно да се утврди када неки закон ступа на снагу, док је мање важно да ли се то чини у уставу или закону.

550 М. Јовичић, 157–180.

За тачно одређивање тренутка (дана) када закон ступа на снагу примењује се институт *vacatio legis*. Његова дужина није увек иста и креће се од једног дана до више година. На пример, југословенски Кривични законик, донет 27. јануара 1929. године, ступио је на снагу тек 1. јануара 1931. године. У нашем праву предвиђено је 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 се не одређује 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 ауџентичној тумачења закона* због недоумице од ког тренутка дејствује тумачење закона: од тренутка ступања на снагу закона чије се одредбе тумаче или од тренутка ступања на снагу акта о тумачењу (интерпретативног закона). Друго решење је прихватљивије, али под условом да се оно односи само на део који је промењен актом о тумачењу.

Сличан проблем с 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. Ипак, закони и даље начелно не могу да имају повратно дејство. Само изузетно, повратно дејство може да се прида појединим одредбама закона када то захтева општи интерес утврђен приликом њиховог доношења.

Поступак доношења *подзаконских йройиса* најчешће није правно регулисан. О ступању на снагу ових прописа обично се не говори, већ само о њиховом доношењу. Али и ту постоје 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 такав пропис потписује. Подзаконски прописи ступају на снагу даном објављивања, али постоје случајеви када они ступају на снагу као закони.

У неким случајевима може бити важно и када *йојединачни йравни акти* ступају на снагу. Сматра се да они ступају на снагу од тренутка свог доношења, али су за сваку главну врсту појединачних аката додатно разрађена посебна правила.

9. 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). Састоји се из вршења материјалних радњи надлежних државних органа, чији правни опис налаже да се (нпр.) грађанин држи годину дана у затвору због извршеног кривичног дела обичне крађе.

Тренутак када акт постаје извршан не мора увек да се подудари са његовим ступањем на снагу. Извршност није истоветна ни са правоснажношћу, јер такође 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. Због тога се извршним у *ширем* смислу сматрају само појединачни акти који тачно предвиђају услове за своју извршност и тренутак њеног наступања, док извршност у *ужем* смислу значи да је од тренутка њеног наступања односни државни орган овлашћен да примени принуду како би обезбедио да се односни субјекти понашају у складу са извршним актом.⁵⁵¹

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 када год је то потребно, док се правни послови извршавају посредно – судским путем. На пример, када субјект неће добровољно да изврши диспозицију (да плати порез), 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 изузетно хитним случајевима, извршним могу да се учине и акти који нису постали правоснажни, али под условом да се њиховим извршењем омогући враћање у пређашње стање ако 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).

551 Р. Лукић, 300.

Одлука у односним појединачним правним актима може под одређеним условима да се исправи (коригује) коришћењем уставна помиловања, аболиције и амнестије. *Помиловање* представља акт којим се осуђено лице потпуно или делимично ослобађа извршења казне, или му се ублажава осуда. *Аболиција* се састоји у ослобађању лица од кривичног гоњења, док *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. За сва три корективна средства каже се да представљају деривате „божанске праведности и милосрђа“ јер је најбоље оно право чија је правда зачињена милосрђем.

II глава

ПРАВНИ ОБЛИК

Да би се право успешно примењивало, потребно је да се правне радње исправно изводе у одговарајућем правном облику чија се исправност утврђује нормативном законитошћу. Та чињеница правни облик приказује као нешто више од пуког техничког средства. Као и нормативна законитост, тако и правни облик израња из правног света и претвара прави свет у свет права. Без свог правног облика право и законитост не би могли да се изразе нити да се примењују, што значи да би престали да постоје.

1. Појам правног облика

Правни облик састоји се „у одређеном чулном елементу, споља опазивом“ у који морају да се претворе „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, тј. да се „тачно зна шта је учињено како би тачно могле да се предвиде последице које из тога наступају“. То се постиже давањем правног облика обичној стварности коришћењем правних појмова, језика (терминологије), правних односа и правних радњи.⁵⁵²

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 другачије од оних које имају тражену правну форму или да успори одређене радње када захтева извођење сложених поступака.

552 Р. Лукић, *Теорија државе и права*, 184–185.

У савременим правима, нарочито у областима где влада аутономија воље, углавном важи *начело слободне њравне форме* (уговор може да се склопи писано, климањем главе, руковањем итд.). Важно је само то да садржина уговора може на довољно јасан начин да се утврди како би он постао пуноважан, а не како ће то да се учини. То начело не важи за државне органе нити за неке врсте јавних друштвених субјеката, за које важи *начело обавезне форме* (доношење закона, рад суда, закључење брака, избор декана или посланика увек се одвија према строго утврђеној процедури, тј. према прописаном правном облику). На тај начин се добија један формализовани систем процедуралних правних норми, тзв. „формалних правних норми“ или „норми о облицима правних радњи“.

2. Процедуралност правног облика

Као и за начело законитости, тако су и за правни облик важне процедуралне норми, којима се прописују нужни облици или поступци којих се треба придржавати да би се исправно извеле правне радње стварања и примене права. Према Лону Фулеру, суштина права, тј. његова „унутрашња моралност“, почива управо на процедуралним нормама. Норме које налажу исто поступање у истим случајевима или које забрањују стварање тајних правила не само што су праведне већ чине и окосницу права. До сличног закључка дошао је и Херберт Харт, Фулеров интелектуални противник. По њему су процедуралне норми *sui generis* оперативне норми 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 норми називају се *норми 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, а најчешће се сусрећу у законима о кривичном, управном и грађанском парничном, ванпарничном и извршном поступку.

Саме „норми о нормама“, као основна врста процедуралних норми, додатно могу да се поделе барем на три врсте.

Норми о компетенцији (надлежности) прецизно и строго прописују који правни субјекти (посланици, министри, судије или

други службеници и неслужбеници) имају искључиво овлашћење да стварају поједине врсте општих и појединачних правних аката.

Норме о врстама радњи и начинима њиховој вршења такође строго и прецизно прописују врсте радњи и начине њиховог вршења приликом настајања, промене и укидања појединих врста нормативних правних аката (норме о начину предлагања, расправи, изгласавању, промулгацији, објављивању и ступању на снагу закона и других извора права, као и норме о образложењу пресуда и решења, јавности судског рада, сталности и независности судија, облицима правних аката, начину достављања пресуде и решења, регистрацији уговора итд.).

Норме за њокрепшање њосиујка исјишивања законийосиш прописују од кога, због чега, како или у којим роковима може да се захтева испитивање законитости појединих врста нормативних правних аката (норме о тужби, жалби или другим правним средствима и лековима, омбудсману, укидању или поништавању незаконитих правних аката, правоснажности пресуда итд.).

Без процедуралних норми правни облик би постао немислив, а тиме и поредак одвијања правних норми и аката, остваривање правне сигурности, једнакости итд. Та чињеница је навела неке писце (Џона Ролса, Отфрида Хефеа, Петера Колера и друге) да се заложу за постојање тзв. процедуралне правде. Невоља је у томе што се укрштањем правне процедуре с правдом, управо залагањем поменутих и других писаца, ствара један привид тзв. процедуралне правде. Смисао је да се важеће (позитивно) право због исправно спроведене процедуре представи као праведно. Али, када би се прихватила тврдња да процедурална правда постоји, тада би се (нпр.) и Хитлерови расистички Нирнбершки закони могли сматрати праведним само зато што су донети на правно исправан начин. Или, у блажем случају, свако исправно и поштено спровођење правила процедуре уопште могло би да се сматра праведним, док би неисправна примена истих процедуралних правила била правно прихватљива, само се она не би могла назвати праведном у процедуралном смислу. Очигледно, реч је о опасном симулакруму који материју права замењује његовом формом (процедуром), истину исправношћу, а правду произвољношћу. Очигледно, процедурална правда не може да постоји, али се до правде може доћи исправним поступцима. И обратно, правда постоји, али она није процедурална, што није ни правичност. Процедура је једино исправно средство права, али право није једино исправно средство правде.

3. Злоупотреба правног облика

Злоупотреба правног облика постоји када се њиме 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“.⁵⁵³

До злоупотребе правног облика понекад долази из незнања, понекад намерно, а најчешће из нужде. Али, независно од узрока, свако такво огрешење о процедуралне норме сматра се незаконитим поступањем.

Када до незаконитости долази због злоупотребе правног облика 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 незаконитости, до које долази када орган заобилази прописани правни облик, јер му се тај пут чини краћим и лакшим.

Много је опаснија злоупотреба правног облика коју неки орган чини намерно, нарочито државни, када законитост и право свесно и плански крше они који су дужни да их штите.

До злоупотребе правног облика, ипак, 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, деведесетих година прошлог века британски парламент донео је закон по коме 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, он је злоупотребио законски правни облик.

Будући да злоупотреба правног облика представља кршење процедуралних норми, каже се да она аутоматски производи злоупотребу права, тј. незаконитост. То је једна од ретких ситуација где је „формализам права“ дословно јасан, користан и пожељан. Али и тада треба да постоји јасна разлика између злоупотребе правног облика и злоупотребе права, до које долази не само због процедуралних већ и због материјалних разлога – на пример, због уношења изопачених садржаја у право.

553 Р. Лукић, 217.

Четврти одељак

ВРЕДНОСНИ ЕЛЕМЕНТ ПРАВНОГ ПОРЕТКА

Друштвене и правне вредности представљају четврти главни део правног поретка. Оне испуњавају смислом и сврхом целокупно право и 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. 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 и у свим другим 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.

1. Слобода

„Човек се рађа слободан, а свуда је у ланцима“ (Жан-Жак Русо).⁵⁵⁴ Та чињеница је два века касније навела Олдоса Хакслија да устврди: „Слобода? Па то не постоји. Не постоји слобода у овом свету, само златни кавези.“ Упркос томе, и даље се тврди да је

554 „L'homme est né libre, et partout il est dans les fers.“ Овом славном реченицом Русо је 1762. године започео излагање у свом најпознатијем делу „Друштвени уговор“ (*Du contract Social*).

слобода (*libertas*) човеково генеричко својство, а не само основна друштвена и правна вредност, како су је схватили Томас Хобс, Џон Лок, Имануел Кант, Јохан Готлиб Фихте и други грађански мислиоци. Будући да је човек слободан по својој природи, поставља се 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. Али, и када је има, човек слободу често злоупотребљава, бркајући је са самовољом. Злоупотребљавајући вредност слободе, он ограничава слободу других, али и сам постаје неслободан. Можда је због тога слобода најузвишенија људска вредност, пре свих других вредности. Једино она омогућава човеку да се самооствари, тј. да испуни своју мисију. У чему се састоји та мисија – то свако мора сам да одреди.

Слобода се обично одређује као право које подразумева одговорност избора. У антици је слобода схватана као покораване 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“),⁵⁵⁵ нити ограничењима и принудом других (Џон Лок). Таква слобода састоји се у могућности да се „чини све што се хоће, ако се никоме не чини неправда“ (Имануел Кант). Због тога они којима је слобода на срцу увек морају да воде рачуна о другима, који такође имају једнако право на слободу. 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). Изгледа да је цена људске слободе непрестана будност а не успаваност грађана.

И само право, ма колико то наизглед било противречно, треба да уређује и остварује слободу човека. 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 добро сазданом праву такво

555 Т. Хобс, *Левијатајан*, 213, 221. Вид. Т. Глинтић, *Правда, слобода, једнакост*, Београд 1995; Џ. С. Мил, *О слободи*, Београд 1999.

ограничавање је оправдано, јер људи без права не би имали ни то мало слободе. Право 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“.⁵⁵⁶

У чисто 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 бити одређене само законом“ (члан 4).⁵⁵⁷ 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 (чланови 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 проглашава једним од неколико основних права. Главна идеја у свим наведеним документима заснива се на следећем: „Слободан човек слуша, а не служи. Он има шефове, али нема господара. Он слуша само законе. Захваљујући законима, он се поковава људима.“⁵⁵⁸

Најзад, у правнотехничком смислу, слобода се састоји у повећаној нормативној и другој самосталности субјеката права. Та самосталност сачињава суштину њихових аутономних индивидуалних и колективних права.⁵⁵⁹

556 Р. Лукић, „Појам права“, 27.

557 *Темељи модерне демократије. Избор декларација и повеља о грађанским правима (1215–1989)*, Београд 1989, 137.

558 Ж.-Ж. Русо, *Друштвени уговор*, 9, 46–47. Вид. А. S. Brett, *Liberty, Rights and Nature, Individual Rights in Later Scholastic Thought*, Cambridge Un. Press, 2003.

559 Р. Дворкин, *Суштина индивидуалних права*, 297–327.

Слободи је супротна неслобода, разузданост, самовоља, која 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 таква разузданост се зове „закон џунгле“.

2. Људско достојанство

Људско достојанство (*dignitas humana*) је човекова истинска природа. Оно представља скуп својстава, пре свега умних и моралних, која га природно издвајају од других бића. Такво *природно* достојанство једнако је за све људе, јер су сви они једнако слободна и стваралачка бића.

Човек располаже и *грушћивеним* достојанством, које није једнако за све људе (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. Због тога се каже да тек људско достојанство човека чини узвишеним бићем. Оно није посед, већ врлина. Једино људско достојанство не може да се прода, уступи нити замени достојанством неког другог човека.

Постоји и *правно достојанство*: *уже*, као достојанство правничке професије (правних научника, носилаца правосудних функција итд.) и *шире*, као регулисање људског достојанства правним прописима. У овом последњем случају, правно достојанство представља правилима регулисани спој природног и друштвеног достојанства, а тиме и веома важан чинилац уравнотежавања и позитивноправне заштите људи. Али, то је могуће учинити само формално, јер правно није могуће укинути стварне разлике међу људима, иако је могуће ублажити их.⁵⁶⁰

560 P. Häberle, „Ljudsko dostojanstvo i politička demokracija“, *Politička misao*, XLIII, Zagreb 2/2006, 14. Вид. G. Dürig, „Einführung zum Grundgesetz“, *Grundgesetz: mit Vertrag über die abschließende Regelung in bezug auf Deutschland, Menschenrechtconvention, Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, München 1998; P. Tiedemann, *Was ist Menschenwürde? Eine Einführung*, Darmstadt, 2006.

Данашња демократска права развијених држава (Немачке, Португала, Грчке, Швајцарске итд.) представљају важан чинилац заштите људског достојанства. То је случај и са међународним документима. На пример, у Повељи Уједињених нација из 1945. године и Универзалној декларацији о правима човека из 1948. године замишљен је свет у коме ће се поштовати достојанство сваког људског бића, док је Уставни споразум Европске уније из Мастрихта 1991 (односно 1993. године), од свих основних људских права на прво место поставио људско достојанство, његово поштовање и заштиту. Ипак, „јасно је да намерна занемаривања владавине права нарушавају људско достојанство“⁵⁶¹ исто као и принуда која се примењује у свим правима.

Када постоји, људско достојанство зачињава слободу као мило срђе правду.

3. Толеранција

Уз слободу и људско достојанство пристаје толеранција (*tolerantia*, трпељивост). Заснива се на прихватању мишљења других и када су она у супротности са нашим или владајућим званичним 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 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“⁵⁶² 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.⁵⁶³

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*

561 J. Raz, *Authority of Law*, Oxford Un. Press, 1979 (2009), 36.

562 Вид. одредницу о толеранцији у М. Вујаклија, *Лексикон сѣраних речи и израза*, као и у *American Heritage Dictionary*, 4th ed., 2000.

563 Вид. М. Бартош, *Уговорно право. Међународно јавно право*, Београд 2013.

ранцији пажњу усредредио на верску толеранцију, а исто је поступио 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 Бенжамена Констана *О слободама сџарих у њоређењу са слободама модерних народа*. Процват доживљава у познијим либерално-демократским друштвима.

У савременој политичкој филозофији нарочита пажња посећује се тзв. „позитивној толеранцији“ („добронамерној отворености“), која почива на ширењу љубави, правичности, осећају за законитост, милосрђе 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. Најновије је залагање за тзв. „нову толеранцију“, нарочито у списима неких савремених хришћанских теоретичара (Кенет Хама, Глен Мекдауел). Такође, толеранција се све чешће сматра неком врстом замене за људска права, која су већ Повељом Уједињених нација утемељена као паралелан, а често 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“. То се не може рећи и за толеранцију.

Иако је и данас изузетно важна друштвена вредност, толеранција није увек 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 (свирепешћу) или уништавањем и убијањем других људи у име верских или ма којих других разлога.

Толеранција се често погрешно изводи из економског просперитета и стандарда, иако је много важније да грађани буду правно просвећени, да преовладава политичка култура и изграђена свест о вредности поштовања права и заједничког живота у заједници. Нарочито је важно 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“ (из 1763. године): „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 када донесу одлуке. Толеранција представља залог да ће друге друштвене и правне вредности бити лакше и потпуније остварене.⁵⁶⁴

4. Правда

Правда (*iustitia*) представља врхунску друштвену и правну вредност. Она је вредност због тога што је једна врста сразмерности и склада, све до постизања хармоније, која је друго име за апсолутну правду. Поред те апсолутне, божанске или природне правде, постоји и друштвена правда са својим изведеним врстама (правна, морална, религијска, политичка, глобална итд.), која је релативна.⁵⁶⁵

Најопштији појам правде је изведен из појма природе, оног што јесте. Први га је одредио Хомер у *Илијади* и *Одисеји*, који је приказао како се спроводи правда. Софисти су истицали релативни карактер правде, док су Хесиод и Солон говорили да је човеку немогуће да живи и дела изван правде. Затим је правду, као стварање складног друштва, одредио Платон у свом делу *Држава*. Аристотел, Платонов ученик, појам правде развио је и усавршио у толикој мери да ни данас нема шта битно да му се дода или одузме. У петој књизи *Никомахове еџике*, Аристотел правду у вишем смислу одређује као синоним за потпуну врлину. У римском праву је најпознатију одредбу правде дао 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 про-

564 Вид. *Толеранција – сусрећ разлика*, зборник радова, Београд 2002.

565 Вид. О Хефе, *Правда*, Нови Сад 2008.

пао свет“ (*Fiat iustitia, pereat mundus*).⁵⁶⁶ У средњем веку, Аурелије Августин је вечну правду Божје државе истицао као једино изворну, док је Тома Аквински правду одређивао као општу врлину. Врхунац такве правде достиже се милосрђем (*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.⁵⁶⁷ Често су морална и религијска правда строже од правне правде. Неколико векова касније и надаље, Жан Боден је правду сматрао једним од неколико основних делова суверености, Франсис Бејкон средством које обавезује да човек човеку буде Бог (а не вук), Хуго Гроцијус суштином природних права проистеклих из разума, Џон Лок својством праведног поретка, и тако све до Џона Стјуарта Мила који је правду сматрао моралним појмом, Густава Радбруха 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, Ханса Келзена по коме правда у праву може да постоји само као законитост итд.

Правда је и код Срба одувек извођена из оног што „јесте“, што је природно и истинито. Правда је „основ свега“ (св. Сава). Она је истина јер „праведно је само оно што је истинито“ (Доситеј Обрадовић). У противном, мора да је страшно веровати у неки ауторитет као истину уместо у истину као једини ауторитет. И у руском језику реч правда означава истину, док се за правду као вредност користи руска транскрипција латинске речи *iustitia* (*јустисија*). У истом значењу истине, реч правда се користи у језицима других словенских народа.

Правна њравда представља посебну врсту друштвене правде. Она је синоним за оно што је сразмерно или једнако. Према тим мерилима одређују се два *формална* обрасца правне правде: *дистрибутивна* (*iustitia distributiva*: „свакоме сразмерно“), која је првобитна, положајна и налаже да се „неједнако поступа с неједнакима“, и *комутиativна* (*iustitia commutativa*: „свакоме једнако“), која је разменска и налаже да се „једнако поступа с једнакима“. У најужем значењу, правна правда означава саображавање закону (*законска њравда /iustitia legalis/*). Она се састоји у општости, једнакости и непристрасном вршењу закона и права. Али на питање

566 А. Ромас, *Minerva. Florilegium sententiarum*, Zagreb 1988, 365.

567 Р. Лукић, *Систем филозофије њрава*, 218.

у чему се састоји материјална правда, не може да се одговори никаквим сличним обрасцем.⁵⁶⁸ Најновији покушаји да се одреди солидарна правда, по којој од заједничких добара више треба дати слабим и сиромашним а мање јачим и богатим, нису обрасци материјалне правде каквим се представљају, већ Аристотелове дистрибутивне правде. У новије време све чешће се говори о процедуралној правди, као некој врсти допунске формалне правне правде, кривичној правди, као изведеној врсти правне правде итд.⁵⁶⁹

Правна правда, будући да је врста друштвене правде, није савршена. Али то није ни право. Због тога између несавршене правне правде и још несавршенијег права увек постоји мања или већа напетост.⁵⁷⁰ Правду је лакше осетити него одредити или постићи. Такође, ни право никада не може да постане сама правда. Због тога је свако право у одређеној мери неправедно. Али, оно не сме да постане изопачено и да остварује неправду (*кривду*). Тада у име правде устају сви чији су интереси погажени, да сруше такво тиранско право.⁵⁷¹ Имајући управо то на уму, Цицерон 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 садржати барем „минимум правде“, која се преко општих правних принципа улива у право (Роналд Дворкин). 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 правда председава над правом.

5. 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, иако је правичност тек у римском праву доживела свој врхунац, утичући на настанак бројних правних установа (нпр., доцње или уговорне казне). Таква правичност је сматрана врлином законске правде. У XIX и XX веку правичност је сматрана средством

568 Х. Келзен, *Елементи теорије правне норме*, 122.

569 О Хефе, *Правда*, 47–50; 80–85.

570 Т. Живановић, III, 675–679.

571 Г. Радбрух, *Филозофија права*, 39 и даље.

за исправљање претеране строгости закона (од стране припадника школе слободног стварања права), нарочито када треба да се спречи механичка, незаконита или неправедна примена правила у конкретним случајевима. Тако се поступа и данас, 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, врста поштења које исправља право када његов творац не може унапред да урачуна све могуће случајеве. То поштење је увек драгоцено када се судије приликом решавања спорова и други органи позивају на правичност ако посумњају у ваљаност и исправност позитивног права.⁵⁷²

Правичност као вредност, заснована на правди и изведена из ње у облику примењивачке, конкретне правде, може да се одреди у природноправном и позитивноправном смислу. Правичност у *природној* правном смислу постоји када закон непосредно упућује на природно право у случају правних празнина које законодавац није предвидео или није могао да подведе под неку општу норму. Постоји и правичност у *позитивној* правном смислу, са својим изведеним врстама законске (нормне, материјалне) и судске (правнопримењивачке, формалне) правичности. *Законска правичност* представља својство које омогућава да се правна норма примени тако што ће бити узете у обзир све особености неког случаја. Такве норме спадају у тзв. „правично право“, које налаже некажњавање за ситну крађу, утају и превару из невоље итд., за разлику од тзв. „строгог права“, које не допушта узимање у обзир особености случаја. *Судска правичност* постоји када се решавање законом обухваћених конкретних случајева врши „у духу“ права, тј. његове идеје, а не према слову закона. До тога обично долази када законом нису обухваћена сва обележја конкретног случаја, као што је случај са правним празнинама. Тада судска правичност омогућава судији да реши конкретан случај према правилу које сам одреди.⁵⁷³

Законска и судска правичност обично се остварују у корист оних који трпе правну санкцију. Оне спречавају да појединци буду неправедно гоњени или кажњавани. Њихов значај је толики да у појединим правима постоје посебни органи који суде у таквим случајевима (*судови правичности*).

572 Вид. М. Кнежевић, *О правди и правичности*, Београд 1995.

573 Т. Живановић, III, 679–680.

6. 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 и релативна вредност. Али, како год да је одређена, сигурност представља посебну вредност јер омогућава људима да своје животе унапред сврсисходно уреде и планирају, а не да живе насумице и према неизвесној прилици.

Може се разликовати објективна од субјективне сигурности. *Објективна* сигурност значи да ће последице људских радњи свакако да се остваре, тј. да ће одређени субјекти свакако да остваре своја права или да изврше своје обавезе. Нарочито је важно да о њој воде рачуна државни органи када примењују право, јер тада субјекти могу да рачунају на истоветно урачунавање њихових правних радњи, тј. на истоветан правни положај и третман. То је и дужност државних органа, јер сви иоле нормални правни пореци морају својим грађанима да гарантују правну сигурност. За разлику од објективне, *субјективна* сигурност представља поуздано уверење да ће право збиља да буде примењено, што не мора да буде случај.

Правна сигурност се у посебном смислу односи на једну другу суштинску страну права – да оно решава спорове у друштвеним односима који би без права остали нерешени. 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.

Правној сигурности је супротан њен корелат, *правна несигурност*, која разара поредак. Између правне сигурности и правне несигурности налази се *правна извесност*. Односи се на редовно стање поретка који грађанима обезбеђује барем минимум правне сигурности. Због тога се за сигурност каже да представља „извесност законите слободе“ (Вилхелм фон Хумболт), „извор друштвеног спокојства“ (Шарл Монтескје) или једну од три основне идеје у појму права (Густав Радбрух).⁵⁷⁴

574 В. фон Хумболт: *Идеја за покушај одређивања границе делатности државе*, 104; Ш. Монтескје, *О духу закона*, I, 81; Г. Радбрух, *Филозофија права*, 99.

7. 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. Због тога, када се каже једнакост, мисли се пре свега на друштвену једнакост слободних људи или на правну једнакост у могућности уживања слободе, тј. на апсолутну, аритметичку једнакост. 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 нарочито долази до изражаја када су у питању њихове једнаке обавезе према праву.

Једнакост представља и формално мерило за одређивање обрасца комутативне правде. Такође, она је састојак законске правде и подлога правној сигурности. Често се таква једнакост назива релативном, пропорционалном, геометријском, атрибутивном једнакошћу, почевши од Платона, Аристотела, Улпијана и Томе Аквинског, због чега се одређује као *suum cuique tribuendi*, а не као *aequalitas*. Али, „упркос томе што је таква једнакост можда праведна, нико на свету неће моћи да је претвори у чињеницу“ (Оноре де Балзак).

8. Ред

И ред (*ordo*) „сам по себи има вредност, и то једну велику вредност... Ред значи на првом месту предвидљивост и извесност“.⁵⁷⁵ Будући да је реч о релативној друштвеној и правној вредности, ред се остварује само делимично. Али и такав, он 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“.⁵⁷⁶ Због тога појединци и друштво настоје да остваре што трајније и јасније одређен ред.

575 Ђ. Тасић, „Правда и ред као принципи права“, *Избор расправа и чланака из теорије права*, Београд 1984, 211–212.

576 Р. Лукић, 225–226.

Ред постоји када се понашање значајно за опстанак друштва врши „тачно по одређеним друштвеним и правним прописима, којима се одређују субјекти који их врше, начин, време вршења и сви други важни чиниоци којима се обезбеђује ред“.⁵⁷⁷ На тај начин се добија један, унутар себе, усаглашен друштвени и правни поредак. Будући да у њему свако има своје „тачно одређено место“, поретком се одржавају и штите друштвени и правни ред. Насупрот реду, *неред* у праву доводи до безакоња, а у друштву до безвлашћа.

9. Мир

Мир (*пак*) као друштвена и правна вредност представља вечити политичко-етички идеал људске заједнице. Вредност мира је истицана већ у антици, јер је само у „стању мира“ могуће постићи унутрашњу равнотежу и спокојство духа, док је „грађански мир“ могућ само у условима складне заједнице и правилно регулисаних унутрашњих односа. Мир је, такође, „пожељан амбијент“ у коме се остварују правда и поредак као „сврха људског закона“ (Томас Хобс), „главни државни и међународни циљ“ (Барух де Спиноза), „једини услов сазнања и деловања“ усмерен ка постизању „вечног мира“ (Имануел Кант), „једина вредност која може бити предмет рационалног, а не идеолошког сазнања“ (Ханс Келзен) или „циљ права... у смислу да је свака наредба, без обзира на своју садржину, миротворачка“ (Алф Рос).⁵⁷⁸

Мир остварује и штити свако нормално право јер чим мир није чврст, одмах настаје поремећај права. Извршавање правних обавеза није више уредно, потпуно и право престаје нормално да функционише. Када мир не би постојао у дужем периоду, дошло би до безвлашћа и анархије. С друге стране, да би се мир у друштву успоставио, довољно је да постоји „државна, контролисана и на права заснована принуда која је у стању да спречи индивидуална и колективна насиља која немају оправдање у праву“.⁵⁷⁹ Државна принуда није пожељна, али је њена употреба нужна и оправдана, управо због остваривања вредности мира. Често је довољно да постоји само претња да ће употребљена да би се поредак мирно остваривао.

577 *Ibid.*, 477.

578 Т. Хобс, 191; О. Höffe, *Immanuel Kant. Zum ewigen Frieden*, Berlin 1995, 48, 67; Х. Келзен, *Опшња теорија државе и права*, 71 и даље; А. Рос, *Право и правда*, 83.

579 Г. Вукадиновић, II, 257.

Миру су супротни *немири* и *рај*. Али, мир „није одсутност рата. Мир је врлина, расположење, поверење, правичност и склоност ка чињењу добрих дела“ (Барух де Спиноза). Због тога се каже да су право и правда највеће добро мира.

10. Целисходност

Целисходност (*intentus*) представља чисто примењивачку 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, као 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*).

11. Делотворност

Делотворност (ефикасност, *efficacitas*) је чисто практична правна вредност. Када се посматра у чисто нормативној равни, делотворност се појављује у облику примарне и секундарне ефикасности или неефикасности правне норме. *Примарна ефикасност* правне норме постоји када се људи понашају по диспозицијама правних норми (извршавају уговорне обавезе, возе десном страном улице, плаћају порез држави итд.). И обратно, својим правним радњама људи могу да крше правне обавезе, чиме се изазива *примарна неефикасност* правних норми. Она се састоји из кршења диспозиција и санкција правних норми (неизвршењем уговорних обавеза, вожњом левом страном улице, неплаћањем пореза држави итд.). С друге стране, *секундарна ефикасност* постоји када државни органи присиљавају субјекте да се понашају по санкцији правне норме или је извршавају уместо њих (изрицањем казни особама које нису извршиле своје уговорне обавезе, које су возиле левом страном улице, принудном наплатом из имовине особа које нису платиле порез итд.). *Секундарна неефикасност* правних нор-

ми, 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, које нису платиле порез итд.). У том случају, виши државни орган је дужан да присили од себе нижи орган да примени санкцију или да сам уместо њега примењује санкцију, претварајући секундарну неефикасност у нову секундарну ефикасност. И тако редом, све до највишег, сувереног државног органа кога нема ко да санкционише. Због тога норме које „регулишу понашање суверена нису стварно правне“, већ стварно „политичке“. Њих суверен не врши из „страха од правне санкције“, већ из свог „убеђења“. Може се закључити како целокупно право почива на несанкционисаним нормама, тј. на уверењу, јер за оне који постављају правила – правила не постоје.⁵⁸⁰

Очигледно, без делотворности или ефикасности не би могла да се оствари ниједна друга друштвена и правна вредност. Право је, ипак, најделотворније када се најмање примењује принуда, тј. када су правне норме примарно, а не секундарно ефикасне.⁵⁸¹

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, у ствари, унутрашње правне вредности, које имају посредну вредност за друштво. 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.⁵⁸²

580 Visković, 200–201; Р. Лукић, 212, 216.

581 Р. Лукић, 471.

582 Вид. Р. Лукић, *Методологија права*, Београд 1978.

Трећи део
ПРАВНИ СИСТЕМ

Систем је скуп уређених делова, тј. „од разноврсних ствари или сазнања састављена целина“.⁵⁸³ Из наведене дефиниције могу да се извуку корисни закључци за разумевање права као система, а нарочито закључци о једном његовом делу – правном систему, јер оно што важи за систем уопште мора да важи и за правни систем. Ти закључци омогућавају да правни систем буде одређен као нешто што је „сређених делова, али не згомилано“.⁵⁸⁴ Такође, правни систем не постоји изван или мимо природе, друштва и света, већ само као њихов саставни део, као један посебан управљачки подсистем који је намењен регулисању људског понашања унутар ширих система са којима је двоструко повезан: прво, као локални правни систем са глобалним системом света, и друго, као глобални правни систем са својим локалним подсистемима правних норми, правних појмова, правних санкција, правног образовања, правне науке итд. Та чињеница је навела неке писце да закључе како „нема неке појмовне разлике између права као система и правног система“,⁵⁸⁵ упркос томе што је правни систем део права као ширег система. Греши се и када се каже: „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“,⁵⁸⁶ јер се такав поредак општих норми у правној науци исправно назива правни систем. Очигледно, правни систем представља посебан део нормативног елемента правног поретка који се односи на опште правне норме, а не синоним за право као систем или правни поредак.⁵⁸⁷

583 М. Вујаклија, *Лексикон сѝраних речи и израза*, 882.

584 Н. Dreisch, „Kant und das Ganze“, *Kantstudien*, Bd. 29, 366. Нав према: Р. Вучић, „О појму целине“, *Богословље*, II (XVII), Београд 1/1958, 62.

585 С. Врачар, „Тезе о правном систему Југославије“, зборник радова: *О љавном сисѝему СФРЈ*, Београд 1979, 7.

586 Х. Келзен, *Оиѝиѝа ѝеориѝа ѝрава и државе*, 17–20.

587 Џ. Раз, 259, 274–276. Вид. J. Raz, *The Concept of Legal System*, Oxford Un. Press 1980.

1. Појам позитивног и научног правног система

У праву се успостављају најразличитије везе између његових норми. На тај начин се добија једна јединствена, рационално повезана и организована целина. Та целина се назива позитивни правни систем. Иако се ради о великој целини, она представља тек део нормативног елемента правног поретка, и то онај део који се односи на формалне изворе права. Та чињеница показује да позитивно право, а нарочито европско континентално, представља један свесно и плански изграђен целовит правни систем. Поред позитивног правног система постоји научни правни систем, будући да правна наука води рачуна о сложености, кохерентности, потпуности и одређености правила позитивног правног система.⁵⁸⁸ Постоје и системи везани за право, као што је случај са поменутиим системима правних појмова, правних правила, правних односа, правних санкција, правног образовања, правне науке итд.⁵⁸⁹

Позитивни правни систем представља према одређеним мерилима систематизовану целину само важећих општих норми, а не свих норми које улазе у састав система позитивног права, јер је то немогуће извести. Поред распоређивања правних извора, тј. 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.⁵⁹⁰ Захваљујући систематизацији, свако ко жели да зна како је уређен један друштвени однос, њихова врста или читава област сродних друштвених односа, може у позитивном правном систему да пронађе на једном месту сакупљене и сређене све норме које их регулишу.

Систематизација извора права има као главни циљ да сваком заинтересованом субјекту омогући да „тачно зна како треба да се понаша“ у конкретној ситуацији.⁵⁹¹ Да би се тај циљ остварио, норме не смеју да буду међусобно формално или садржински противречне, што се постиже њиховим тумачењем и отклањањем противречности међу њима. Добро систематизован правни сис-

588 Г. Вукадиновић, II, 233–238.

589 N. Visković, 267.

590 Р. Лукић, *Увод у право*, 395–397.

591 *Ibid.*, 395.

тем знатно олакшава проналажење правних норми, њихово тумачење, откривање њиховог значења, уклањање незаконитости, стварање и уобличавање правних дисциплина, развијање правне науке итд. Он нарочито олакшава посао законодавним и другим државним органима приликом доношења нових општих норми или мењања постојећих. Захваљујући томе, лакше може да се уочи које области друштвених односа нису регулисане општим нормама, које су недовољно регулисане или су регулисане застарелим нормама, због чега се те области попуњавају новим нормама.

Приликом стварања правног система до изражаја долази утицај науке и њеног *научној правној систему* чију систематизацију обавља управо правна наука, нарочито њена догматика и нормативна теорија ослоњена на правну праксу. Захваљујући том драгоценом преплитању са позитивним правним системом, 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 одговарајућим мерилима у правне установе и правне гране као елементе или у правне области и подсистеме права као још шире делове јединственог позитивног правног система. Поменуто преплитање показује да су позитивни и научни правни систем нераздвојно повезани.

2. Предмет систематизовања и састав правног система

Сређивање позитивног правног система 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 врши се према њиховој правној снази и садржини као мерилима. Најпре, све норме се 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 све опште норме сачињавају позитивно право. Затим се прелази на груписање општих правних норми у целине према

њиховој садржини, јер је правило да се исти предмет уређује према 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 класификовање у веће групе, а затим се „помоћу индукције и апстракције врши синџеза, сједињавање норми у веће и више целине, уз издавање мање општих од више општих норми“.⁵⁹² На тај начин се добија изузетно сложен састав правног система. У њему, правне норме чине *праћу* за систематизацију позитивног правног система. *Елементи* правног система чине правне установе (са бројним подустановама и под-подустановама) и правне гране (са подгранама и под-подгранама), а *делове* правне области (са подобластима) и, евентуално, два подсистема права. Сви они заједно улазе у састав јединственог позитивног правног система. Али, то је унутрашња слика једног националног правног система. Постоји и спољашња слика, чију *јодлоу* чине сами национални правни системи, а *надпраћу* наднационални и међународни правни систем.

2.1. 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 (установа брака, својине, тестаментна, наслеђивања, ауторског права, законодавца, државног службеника, универзитета, тужбе, жалбе, застарелости, одржаја итд.). Али, нису све установе исте ни 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).

Постоје и „подврсте установа“ (*јодусианове*), као и њихове још уже групе (*јод-јодусианове*). На пример, унутар више и шире установе брака настају још ниже и уже подустанове склапања брака, права и обавеза брачних другова, ништавности брака или развода брака; унутар установе својине, подустанове стицања

592 *Ibid.*, 398.

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 (нпр., подустанову стицања својине на под-подустанове окупације, купопродаје, поклона, наслеђивања, одржаја итд.).⁵⁹³

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).⁵⁹⁴

Систематизовање норми у установе, подустанове и под-подустанове је релативно и донекле несигурно у смислу како ће се груписати норме у уже (ниже) и шире (више) установе. Ипак, оно је корисно, под условом да је учињено у духу правног система, исто као што се нова реч ствара у духу система језика. Због тога 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 запита каква је правна природа купопродаје, у ствари, тада покушава да се одреди 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, у правном систему се може одредити место купопродаје као посебне врсте правног посла. Такође, на купопродају се могу применити и оне опште правне норме које се непосредно не односе на њу, већ на ширу установу уговора.⁵⁹⁵ Исто важи и за правну установу брака, иако је готово невероватно како у већини западних земаља захтеви за пуноважан брак или за развод подједнако важе за целокупну популацију, али различито утичу на православне, римокатолике, муслимане, хиндусе итд.

2.2. 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.

593 N. Visković, 269.

594 Т. Живановић, III, 95–97.

595 Р. Лукић, 398–399.

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 увек мешају и преплићу једна са другом, што изазива спорове поводом одређивања граница њиховог распростирања.

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 (нпр., гране грађанског и судског права састоје се барем из три-четири подгране, док управно и трговачко право имају још већи број подграна). И 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 (нпр., садашње наследно, породично, трговачко, стамбено, ауторско или стварно право настали су издвајањем из старе и разгранате гране грађанског права). То важи и за грађански, кривични и управно-судски поступак, који су се такође издвојили у посебне 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. Њихов број није коначан, јер развој друштвеног живота доводи до постепеног образовања нових правних грана из подграна права.

2.3. 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 подела на области јавног и приватног, међународног и унутрашњег, формалног и материјалног права.

И правне области могу да буду уже и шире, са својим *правним подобластима* или без њих, зависно од тога како су по сродности груписани скупови правних грана састављених од сродних

врста 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 састављене од одговарајућих правних грана и подграна међународног карактера.

2.4. Правни подсистеми и системи

Правне области се у новије време све чешће групишу у два велика подсистема – *јодгсистѐм државној* и *јодгсистѐм друшћивеној* (*аућиономној*) *јрава*. Њихово постојање се објашњава развијеним правним плурализмом у савременим друштвима. У састав сваког од ова два велика подсистема улазе различите правне области са својим подобластима, правне гране са својим подгрананама и правне установе са својим подустановама, да би се на крају систематизације добио јединствен *јравни систем* као релативно складна целина у којој сваки елемент и део има своје тачно одређено место. Тек тако срећен правни систем може ефикасно да остварује друштвене и правне вредности. Али, према Жаку Вандерлиндену и присталицама социјалног правног плурализма, помоћу јединственог правног система као складне целине у којој сваки елемент и део има своје место „не обезбеђују се ни правда ни ефикасност права“.⁵⁹⁶ Срећом, то није главни циљ правног система, већ права чији је важан нормативни део управо правни систем. Очигледно, 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.

Наведену систематизацију могуће је додатно проширити јер национални правни системи представљају делове међународног правног система. Део међународног правног система представља (нпр.) наднационално (комунитарно) право Европске уније, које није ни чисто национално ни чисто међународно. Тако се успостављају *национални*, *наднационални* и *међународни* правни систем, који би у једном тренутку могао да се претвори у *јлобални*, тј. светски правни систем.

596 J. Vanderlinden, *La pluralisme juridique – Essai de synthèse, La pluralisme juridique*, Bruxelles 1971, 38 и даље. Нав. према: Г. Вукадиновић, II, 61–162.

3. Главни светски правни системи

Правни системи представљају оригиналне целине. 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 покрету, природи и сврси права.⁵⁹⁷

3.1. Правни системи Истока

Исток је изнедрио четири велике правне културе. То су културе кинеског, индијско-браманског, јеврејског и мухамеданског права. Заједничко им је да право заснивају на божјем ауторитету, сматрајући 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 самосазнање без претходног улажења у испитивање праузрока божјег духа.⁵⁹⁸

Данас се кинеско право у свету све више доживљава као систем у коме су успешно спојени филозофски холизам са прагматизмом, тј. традиционални елементи са најновијим, светски потврђеним стандардима и захтевима правног регулисања. За разлику од њега, индијско-брамански систем још није достигао критичну тачку која треба да омогући стварање модерног права. Али, то није потребно јер је Индија прихватила (трансплантирала) систем англосаксонског права као своје званично право. За разлику од кинеског и индијско-браманског система права, јеврејска и мухамеданска теологија и јуриспруденција задржале су се у готово неизмењеној и несмањеној мери.⁵⁹⁹ Ипак, и ова права све више усвајају правне институције развијеног Запада. На пример, у садашњем праву државе Израел „преовладавају инострани елемен-

597 Вид. *Panorama of the World's Legal Systems*, Washington 1936.

598 Г. Гершић, *Енциклопедија људског права*, 10.

599 Вид. М. Беговић, *Шеријатско брачно право*, Београд 1936.

ти, 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.⁶⁰⁰

3.2. Правни системи Запада

Другачијим путем одвијао се развој права на Западу. Први су антички Грци напустили оријентално и прешли на европско право, утемељивши га као филозофско-правну категорију. Али, њихово право је остало неразвијено и срасло са моралом.⁶⁰¹ Тек су римски правници успели јасно да раздвоје право од морала и јавно од приватног права, створе правне институције какве дотле нису постојале и успоставе универзално право старог света.⁶⁰² У ствари, тек су стари Римљани, сасвим раскидајући везе са источним правним културама и традицијама, успели да створе и развију до неслућених висина позитивно право.⁶⁰³ Римљани су пре свега били „народ веома велике енергије и баш због тога, што су били с 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“.⁶⁰⁴

Грчко-римску јуриспруденцију је сменио хришћански период. Док је грчко-римски дух порекло права и државе тражио у људској заједници, дотле је хришћанство проналазило порекло права и државе у божјој вољи и откривењу. Цео тај правац у филозофији познат је као *сколасџика*.

У исто време, у средњовековном Ромејском царству, правна мисао се заснивала више на темељима Јустинијанове кодификације и римско-грчке правне традиције него на учењу црквених отаца. Тако је било све док ромејски цар Василије I, оснивач македонске династије, подстакнут потребом да обезбеди правду за све и заштити поседе ситних земљопоседника, није поставио у IX и X веку посебну комисију са задатком да изврши поновну кодификацију и ревизију важећег права. Његов посао наставио је Лав

600 G. Tedeschi, „On Reception and on the Legislative Policy of Israel“, *Scripta Hierosolymitana*, XVI, Jerusalem 1966, 11–12.

601 Е. Спекторски, *Историја социјалне филозофије*, 33–72. Вид. С. Аврамовић, *Општа правна историја. Сивари и средњи век*, Београд 1999.

602 Е. Спекторски, 72–88.

603 Вид. О. Станојевић, *Римско право*, Београд 1998.

604 Г. Гершић, 13.

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. Ипак, требало је да прође доста времена док није сасвим истиснуо Јустинијанов законик.⁶⁰⁵ Пропашићу Ромејског царства 1453. године, духовна и световна моћ је премештена на тло Западне Европе. То је омогућило препород познат као „ренесанса“ (*Renaissance*) и полагања темеља за стварање данашњег модерног права.⁶⁰⁶

На темељима европске културе настала су два велика светска правна система: европски континентални и англосаксонски.

Евројски континентални систем права има дугу историју и традицију, која се заснива на писаном и кодификованом праву. У његовом стварању одлучујућу улогу је одиграла римска јуриспруденција захваљујући средњовековној рецепцији римског права, која се одвијала упоредо с образовањем правника у најважнијим европским универзитетским центрима, почевши од Болоње (основане 1088. године). Такође, утицај доктрине природног права, оснажене стварањем великих кодификација, учинио је неопходним коришћење апстрактних појмова, формулисање општих норми, поделу права на јавно и приватно или материјално и формално. То је захтевало логичко уобличавање и стварање кохерентног правног система. Види се по израженој потреби за хијерархијом извора права на чијем се врху налазе устав и закон, на којима се заснивају сви други писани и неписани правни акти. Најизразитију карактеристику европског континенталног система чини постојање развијеног писаног и кодификованог система правила, која је лако открити и разумети пошто су готово одмах доступна.

И *англосаксонски систем права*, иако млађи, има дугу историју током које је од локалног правног система постао други велики правни систем који је изнедрила европска култура. Настао је у Енглеској, земљи која једина није извршила рецепцију римског права. Заснива се претежно на правилима која су вековима стварали енглески судови, а у знатно мањој мери на римском праву, природном праву или кодификацијама. Од XI до XII века, значајну улогу има *common law*, које је засновано на локалним обичајима, а од XIV до XV века *equity law* (право правичности), које представља скуп материјалних и процедуралних правила (изра-

605 *Рани средњи век*, Београд 1976, 132. Вид. С. В. Троицки, 59–70, 94–96, 97–165.

606 С. Рансиман, *Пад Цариграда. 1453*, Београд 2009, 7–8; Г. Гершић, 17–24; Е. Спекторски, 235–294.

жених у облику судских одлука које су засноване на обичајима и правичности). Од XV века расте улога *statute law*, које се заснива на активности законодавца. 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.). Али, то не значи да постоје сви извори или да су они исти у свим националним правима која припадају англосаксонском систему. На пример, у праву САД писани устав представља најзначајнији извор права, али са знатно другачијом улогом (проистеклом из историје, особености федералног устројства и правног система те земље) од устава других земаља које припадају англосаксонском систему права, док Енглеска никад није имала писани устав.

Данас се све више ублажавају и губе разлике између европског континенталног и англосаксонског система права. То није само последица њиховог међусобног утицаја који траје вековима (нпр., у европском континенталном правном систему судска пракса постаје све значајнији извор права, а закон у англосаксонском), већ и резултат све израженијих напора да се савремена права унификују (као што је случај са унификацијом међународног обичајног трговачког права /UNIDROIT/ или с унификацијом правне државе и владавине права). Такав процес подржава у пракси већ проверено искуство *нордијској њравној системa*, који садржи карактеристике европског континенталног (романско-германског) и англосаксонског права. То искуство се данас користи приликом стварања *комунићарној њрава Евројске уније*, које је такође замишљено као један мешовит правни систем. Али, док је нордијски систем резултат вишевековног еволутивног развоја и уједначавања у пракси сличних националних права, наднационални систем комунићарног права Европске уније је првенствено резултат свесно-планског стварања од стране централних европских институција.⁶⁰⁷ Стварање права Европске уније убрзано је коришћењем *њравних њрансиланћајћа (legal transplants)* који представљају „преношење правила или система права из једне земље у другу или из једног народа у други“.⁶⁰⁸

607 Ph. Harris, 156. Вид. *Евројска заједница народа и универзалне вредносћи*, Зборник радова са међународног скупа (Сремски Карловци 2008), Нови Сад 2010; *Водич кроз њраво Евројске уније*, колектив аутора, Београд 2010.

608 А. Вотсон, *Правни њрансиланћи. Присћуј ућоредном њраву*, Београд 2010, 18.

АБСТРАКТИ

ПРВИ ДЕО ДРЖАВА, ПРАВО И ЊИХОВ ОДНОС

Увод УВОД У ПРАВО КАО САМОСТАЛНА ДИСЦИПЛИНА

Правна наука као једна од најстаријих људских наука. Спајање наука о држави и праву у XIX веку. Самосталност теорије државе и права у XX веку и различити теоријски правци у првој деценији XXI века. Истакнути домаћи посленици. Савремени називи за исту дисциплину различитог обима. Увод у право као апстрактна теоријско-правна дисциплина. Место и значај Увода у право. Држава и право као постојан предмет Увода у право. Основни, општи и посебни квалитети и везе државе и права. Врсте знања које Увод у право пружа о свом предмету: појмови (обични и правни: непосредни и посредни – правна нечала и правне конструкције) и законитости (правилности: закони вероватноће и тенденцијске правилности). Метод Увода у право. Врсте сазнајних метода (догматички, нормативни, логички, аксиолошки, социолошки, психолошки, историјски, упоредноправни) и образовање посебних правних дисциплина. Везе Увода у право са другим апстрактним правним и неправним дисциплинама.

ПРВИ ОДЕЉАК

I глава ДРЖАВА КАО ДРУШТВЕНА И ПРАВНА ПОЈАВА

Назив и језичка значења државе. Држава као део друштва. Држава као посебна друштвена организација. Две стране државе као друштвене организације. Различита објашњења државе као друштвене организације. Везе државе са другим друштвеним појавама. Везе државе са правом. Држава се не види, али се осећа – виде се само њена обележја. Држава у правној теорији и доктрини: идеалистичке (утопистичке, природноправне, етичко-културалистичке) и реалистичке (правне, социолошке, политичке) теорије. Три оперативна и конвенционална значења државе.

Држава као тродимензионалан простор (шта све спада у простор или подручје државе, фикције државног простора, државне и административне границе, начело ефективности). Временска димензија државе (начело непробојности). Становништво државе (грађани, народ, националне мањине, етничке заједнице, странци и апатриди). Разлике између држављана и странаца. Стицање и престанак држављанства. Пребивалиште и боравиште (домил и резиденција). Бројност становништва (емиграција и имиграција). Власт државе. Ослонци државне власти: ауторитет, право и сила. Обележја државне власти. Сувереност као највиша државна власт (учења, појам, елементи, слагање правне и фактичке суверености). Међусобни утицај и значај елемената државе. Права или типична држава. Изузеци од правила: атипичне државе, привиди држава и недовршене државе. Светска држава – глобализација и стварање наднационалних државних заједница.

II глава

УЛОГА ДРЖАВЕ И ЊЕНЕ ПРОМЕНЕ

Функција државе: врсте и схватања (монистичко /телеолошко и синтетичко/ и плуралистичко /аналитичко/). Три значења функције државе: идејно (апстрактно: сапостојање људи), оперативно (практично: одбрамбено, заштитно, правно и културно значење) и техничко (конкретно: функције главних врста државне власти). Функција права: организационо-регулативна. Заједничко у функцији државе и права. Државна делатност. Промене у поретку државе: револуција (научно-технолошка, економска, политичка, формално-правна), реакција, рестаурација, реформа и преврат (државни удар и пуч). Настанак и престанак државе.

III глава

ДРЖАВНА ОРГАНИЗАЦИЈА

Држава као организација. Државни апарат и државни механизам. Државна организација, друштво и друштвене организације. Развој државне организације. Појам и врсте начела државне и правне организације: хијерархија, центрo-периферна повезаност, координација, кооперација, корелација, комплементарност. Елементи државне организације. Државно службено лице. Службеници и неслужбеници: бирократија и технократија. Држава као установа. Појам и врсте надлежности. Појам, обележја и елементи државног органа. Врсте државних органа: централни и периферни, одлучујући и извршни, политички и стручни, демократски и бирократски, инокосни и зборни, оружани и цивилни, виши и нижи, заједнички и засебни, непосредни и посредни, суверени и несуверени. Законодавни, извршно-управни и судски органи у светлу претходних подела државних органа. Главне врсте власти у државној организацији: законодавна, извршно-управна и судска. Организација власти „између“ законодавне, извршно-управне и судске власти и њихова интерференција. Организација

„унутар“ законодавне, извршно-управне и судске власти: централизација и децентрализација, самоуправа, аутономија и регионализам.

IV глава ОБЛИЦИ ДРЖАВЕ

Теорија државних облика. Карактеристична учења о идеалном и најбољем облику државе. Појам и главни облици државе. Облици државне власти: јединство власти (политичко и организационо-техничко, апсолутно и релативно, аутократско и демократско; конкретни обрасци: француски револуционарни скупштински систем, швајцарски скупштински систем и скупштински системи у некадашњим социјалистичким државама) и подела власти (политичка и техничка, апсолутна и релативна; конкретни обрасци: енглески и француски парламентарни систем и амерички председнички систем). Облици државног уређења: јединствена држава и савези држава. Јединствена држава: једноставна (централна, централизована и децентрализована) и сложена држава: регионална и савезна (федерација и федерализам). Савези независних држава: државни савези (конфедерација) и уговорни савези (унија: реална и персонална, и комонвелт). Савези зависних држава: протекторати, колоније, вазалне државе, мандати и подручја под старатељством. Деволуција и агрегација. Образац Европске уније. Облици политичког режима: демократија (материјална и формална – непосредна: плебисцит, референдум, народна иницијатива и вето, посредна: право гласа, право кандидовања, систем представљања, право на оставку и опозив, и полунепосредна) и аутократија (диктатура, деспотија, тиранија, олигархија, аристократија, тимократија, теократија, плутократија, тоталитаризам: фашизам, национасоцијализма, сталинизам). Глобализам и интернационализам. Облици владавине: монархија (неограничена: лични и државни апсолутизам, и ограничена: уставна, сталешка, дуалистичка и парламентарна) и република: неограничена и ограничена (са кабинетском владом и председничким системом). Мешовити облици владавине. Поређење монархије са републиком.

ДРУГИ ОДЕЉАК

I глава ОДРЕЂИВАЊЕ ПОЈМА ПРАВА

Значења права у правној теорији и доктрини: идеалистичке (природноправне, априористичко-феноменолошке и егзистенцијалистичке, формалне, културалистичке) и реалистичке (позитивистичке, социолошке, интегралне, мултидисциплинарне) теорије. Потпуно сазнање и коначно дефинисање права су изван људских могућности. Право се никада не подудара са својим појмом и дефиницијом. Ни појам права се никада не подудара са својом дефиницијом. Стварне људске могућности за сазнавање, одређивање и дефинисање права су ограничене, а грани-

це непоуздане. Појам права је релативан, због чега су и све дефиниције права релативне. Појам и дефиниција права су увек субјективни. Појам и дефиниција права никада нису сасвим истинити, али су увек корисни. Право треба да се одреди и дефинише конвенционално када год је то могуће. Конвенционалних појмова и дефиниција права је готово безброј, али се у праву користи само једна или неколико њих. Врсте конвенционалних дефиниција права (дескриптивне, прескриптивне, дескриптивно-прескриптивне и *per genus et differentiam*). Заједничко у појму права: спољашњост (телесност), хетерономност, друштвеност, регулативност (разграничење интереса), предмет регулисања (три посебне врсте друштвених односа: имовинских, односа власти и организације друштва), мерљивост и прецизност, постојање спора и суда, посебан поступак формализације, друштвена (спољашња) санкција, остваривање друштвених и правних вредности (реда, сигурности, мира, правде, слободе, итд.), омогућавање „сапостојања“ људи у друштву. Оперативни појам права у проширеном смислу: потпуно („савршено“), непотпуно („несавршено“) и недовршено (привид или „голо“) право. Оперативни појам права у сууженом смислу: право као скуп норми које држава санкционише.

II глава ИЗВОРИ ПРАВА И ВРСТЕ ПРАВА

Појам и врсте неправних извора права: материјални извори права (различити узроци и чиниоци) и вредносни извори права (друштвене и правне вредности; „природа ствари“ као извор). Врсте права према његовој природи: природно право и позитивно право. Врсте права према начину настанка и обележјима: државно право (законодавно, административно, кривично, итд.) и друштвено право (аутономно право у ужем и ширем смислу: синдикално, послодавачко, задружно, обичајно, црквено, статутарно, градско, еснафско, трговачко, итд.). Врсте права према правним областима: међународно право и унутрашње право, јавно право и приватно право, материјално право и формално право. Објективно право и субјективно право.

ТРЕЋИ ОДЕЉАК ОДНОС ДРЖАВЕ И ПРАВА

I глава ОДРЕЂИВАЊЕ ОДНОСА ДРЖАВЕ И ПРАВА

Теорије и учења о односу државе и права: независност (самосталност и невезаност) државе од права и права од државе, првенство државе над правом, првенство права над државом, јединственост (потпуна прожетост и сједињеност или утопљености) државе у право и права у државу. Узајамна повезаност државе и права, релативна самосталност државе од права и права од државе (упркос узајамној повезаности). Оперативно одређивање односа државе и права. Утицај државе на право – државно

рационализовање права: примена права од стране државе; држава као стваралац права; предузимање других организационо-техничких радњи од стране државе. Утицај права на државу – правно рационализовање државе: претварање државе у правну организацију; омогућавање нормалног функционисања државе претварањем државне делатности у примену права; ограничавање државне власти.

II глава
ПРАВНА ДРЖАВА – ВЛАДАВИНА ПРАВА

Спој државе и права: правна држава – владавина права. Учења о правној држави – владавини права: европско континентално и англо-саксонско. Појам правне државе – владавине права у формалном и материјалном смислу. Услови и средства за постојање правне државе – владавине права: друштвени, државно-организациони и правно-технички. Међународни документи којима је правна држава изједначена са владавином права. Правна држава – владавина права и правна култура: може ли правна држава да буде културна? Правна држава – владавина права и стање државне нужде: римска диктатура, енглеско унутрашње ратно стање, француско опсадно стање и америчка установа ванредних уставних овлашћења. Значај надзора и контроле независног судског органа над актима државне власти у стању државне нужде.

ДРУГИ ДЕО
ПРАВНИ ПОРЕДАК

УВОД
ОПШТИ ПОЈАМ ПРАВНОГ ПОРЕТКА

Универзални и(ли) природни поредак. Раздвајање природног од друштвеног поретка. Разлике 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.

ПРВИ ОДЕЉАК
НОРМАТИВНИ ЕЛЕМЕНТ ПРАВНОГ ПОРЕТКА

I 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, закони са повећаном снагом, посебни и специјални закони (основни, општи, органски, уставни, административни, специјални). 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 права. 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, разли-

ка 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 временски 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 код тумачења. Три врсте значења код сваког тумачења. Тумачење права. Значај тумачења права: личко 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, права и неправе, 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 правог или истинитог значења правне норме, упоређивање и исправљање језичког и правог 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 правог 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 слободно тумачење (проблем стварања права); појам правог значења у формалном и материјалном смислу; средства и врсте тумачења за утврђивање правог значења код тумачења у ужем смислу: логичко (проблем правне логике), систематско, циљно (телеолошко) и помоћне врсте тумачења (историјско и упоредноправно); средства за утврђивање правог значења норме по-

пуњавањем правних празнина код тумачења у ширем смислу: аналогија (права и неправна, 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 норми).

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 норми. 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 понављањем поступка, захтев за ванредним преиспитивањем правоснажне судске пресуде, захтев за ванредним ублажавањем 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 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 слободе (у позитивном и техничком 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 техничке правне вредности.

ТРЕЋИ ДЕО ПРАВНИ СИСТЕМ

I 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 укруптене установе (институције), правне подране 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 англо-саксонски (*common law*, *equity law* и *statute law*) и мешовити: нордијски и правни систем Европске уније. Правни трансплантати и њихова улога у развоју савремених правних система.

ЛИТЕРАТУРА

- АРИСТОТЕЛ: *Политика*, Београд 1980.
- БИНДЕР, Ј.: *Прилози учењу о појму права*, Београд 2008.
- БИДЛИНСКИ, Ф.: *Правна методологија*, Подгорица 2011.
- БО, О.: *Држава и њена власти*, Београд 2016.
- ВЕБЕР, М.: *Привреда и друштво*, I–II, Београд 1976.
- ВИНСЕНТ, Е.: *Теорије државе*, Београд 2009.
- VISKOVIĆ, N.: *Teorija države i prava*, Zagreb 2001 (2006).
- ВОЛЗЕР, М.: *Морал и њљаве руке*, Београд 2010.
- ВОЛЗЕР, М.: *Подручје правде*, Београд 2000.
- ВОТСОН, А.: *Правни трансилани. Присилуи ујоредном праву*, Београд (2000) 2010.
- ВРАЧАР, С.: *Социјална садржина функције државно-правној порејка*, Београд (1965) 1996.
- ВУКАДИНОВИЋ, Г. – АВРАМОВИЋ, Д.: *Увод у право*, Нови Сад 2014.
- ВУКАДИНОВИЋ, Г.: *Теорија права I–II*, Нови Сад 2008.
- ГАВРИЛОВИЋ, М.: *Држава и право*, Београд 2007.
- ГЛОБАЛНО УПРАВЉАЊЕ СВЕТОМ, прир. Ј. Бабић и П. Бојанић, Београд 2012.
- ГРЕЈ, Џ. Ч.: *Либерализам*, Београд – Подгорица 1999.
- ГУРВИЧ, Ж.: *Социологија права*, Београд – Подгорица 1997.
- Д’ЕНТРЕВ, А.: П. *Природно право*, Београд – Подгорица 2001.
- ДВОРКИН, Р.: *Царство права*, Београд 2003.
- DWORKIN, R.: *Shvaćanje prava ozbiljno*, Zagreb 2003.
- ДВОРКИН, Р.: М. *Суштина индивидуалних права*, Београд – Подгорица 2001.
- ДЕЛ ВЕКИО, Ћ.: *Право, правда, држава*, Београд (1940) 1999.
- ДЕРИДА, Ж.: *Сила закона*, Нови Сад 1995.
- ДИГИ, Л.: *Преображаји јавној права*, Београд (1929) 1998.
- ДИРКЕМ, Е.: *О друштвеној подели рада*, Београд 1975.

- ЖИВАНОВИЋ, Т.: *Систем синтетичке правне филозофије*, I–III, Београд 1921, 1951, 1959.
- ЈОВАНОВИЋ, С.: *О држави. Основи једне правне теорије*, Београд (1922) 2011.
- ЈОВИЧИЋ, М.: *Велики уставни системи*, Београд 1984.
- КАНИНГАМ, Ф.: *Теорије демократије. Критички увод*, Београд 2003.
- КАНТ, И.: *Метафизика морала*, Сремски Карловци 1993.
- КАНТОРОВИЦ, Х.: *Борба за правну науку*, Београд 2006.
- КАРБОНИЈЕ, Ж.: *Правна социологија*, Сремски Карловци – Подгорица 1992.
- КАУФМАН, А.: *Право и разумевање права*, Београд – Ваљево 1998.
- КЕЛЗЕН, Х.: *Проблем суверености и теорија међународног права. Прилози једној чистијој теорији права*, Београд 2003.
- КЕЛЗЕН, Х.: *Главни проблеми теорије државног права*, Београд – Подгорица 2001.
- КЕЛЗЕН, Х.: *Општа теорија права и државе*, Београд (1998) 2010.
- КЕЛЗЕН, Х.: *Чиста теорија права*, Београд 1998.
- КЕЛЗЕН, Х. – АДЛЕР, М.: *Марксизам и држава – две расправе у сиору*, Београд 1985.
- КЕРИМОВ, А. Д.: *Основне поставке филозофије права*, Подгорица 1994.
- КИН, Ц.: *Цивилно друштво*, Београд 2003.
- КИМЛИКА, В.: *Мултикултурално грађанство. Либерална теорија мањинских права*, Нови Сад 2002.
- КИШ, Ј.: *Савремена политичка филозофија*, Сремски Карловци 1998.
- КОЖЕВ, А.: *Феноменологија права*, Београд 1984.
- ЛИБЕРТ, А.: *Идеја моралног*, Београд 2006.
- ЛОК, Ц.: *Две расправе о влади*, I–II, Београд 1979.
- ЛУКИЋ, Р.: *Увод у право*, Београд 1994.
- ЛУКИЋ, Р.: *Систем филозофије права*, Београд 1992.
- ЛУКИЋ, Р.: *Методологија права*, Београд 1977.
- ЛУКИЋ, Р.: *Теорија државе и права*, Београд 1976.
- МАРКОВИЋ, Б. С.: *О праведном праву*, (Нови Сад 1993) Београд 2013.
- МЕКИНТАЈЕР, А.: *Критика историје етике*, Београд 2000.
- МИТРОВИЋ, Д. М.: *Теорија државе и права*, Београд 2010.
- МИТРОВИЋ, Д. М.: *Држава, право, правда, правници*, Београд 2009.
- МИТРОВИЋ, Д. М.: *Правна теорија*, Београд 2007.
- МИТРОВИЋ, Д. М.: *Пути права. Холитичка парадигма света и права у светлу теорије хаоса и правне теорије*, Београд 2000.
- МИТРОВИЋ, Д. М.: *Начело законитости. Појам, садржина, облици*, Београд 1996.
- МОНТЕСКЈЕ, Ш.: *О духу закона*, I–II, Београд 1989.

- МОС, М.: *Социологија и антропологија*, 1–2, Београд 1998.
- НОЈМАН, А.: *Владавина права. Политичка теорија и правни системи у модерном друштву*, Београд 2002.
- NOZICK, R.: *Anarhija, država i utopija*, Zagreb 2003.
- PAVČNIK, M.: *Teorija prava*, Ljubljana 1997.
- PAVČNIK, M.: *Argumentacija v pravu*, Ljubljana 1991.
- ПАУНД, Р.: *Јуриспруденција*, књ. I–III, Београд – Подгорица 2000.
- ПАУНД, Р.: *Увод у филозофију права*, Београд – Подгорица 1996.
- ПАШУКАНИС, Ј. Б.: *Општа теорија права и марксизам*, Сарајево 1958.
- ПЕЈН, Т.: *Права човека*, Београд 1987.
- ПЕРЕЛИМАН, Х.: *Право, морал и филозофија*, Београд 1983.
- ПЕТРАЖИЦКИ, Л.: *Теорија права и морала*, Београд – Подгорица – Сремски Карловци 1999.
- ПЛАТОН: *Закони*, Београд (1971) 1990.
- ПЛАТОН: *Држава*, Београд 1969.
- ПОПЕР, К.: *Отворено друштво и његови непријатељи I–II*, Београд 1993.
- РАДБРУХ, Г.: *Филозофија права*, Београд 1999.
- РАЗ, Ц.: *Етика у јавном домену*, Београд – Подгорица 2005.
- РАСЕЛ, Б.: *Историја западне филозофије*, Београд 1998.
- РЕНЕР, К.: *Социјална функција правних институција*, Београд 1997.
- РОЛС, Ц.: *Право народа*, Београд 2003.
- РОЛС, Ц.: *Теорија правде*, Београд – Подгорица 1998.
- РОЛС, Ц.: *Политички либерализам*, Београд 1998.
- ROUSSEAU, J.-J.: *О порijeklu i osnovata nejednakosti među ljudima*, Zagreb, 1977.
- РУСО, Ж.-Ж.: *Друштвени уговор*, Београд 1974.
- САВИЊИ, К. Ф. фон: *Законодавство и позитивна наука*, Београд – Подгорица 1998.
- СЕН, А.: *Развој као слобода*, Београд 2002.
- СОРОКИН, П.: *Друштвена и културна динамика*, Београд – Подгорица 2002.
- СПАСОЈЕВИЋ, Ж.: *Нацрт једне опште теорије права*, Београд 1989.
- СПЕКТОРСКИ, Е.: *Држава и њен животи*, Београд 2000.
- СПЕКТОРСКИ, Е.: *Историја социјалне филозофије*, Београд – Подгорица 1997.
- СТЕПАНОВ, Р., ВУКАДИНОВИЋ, Г.: *Правна мисао XX века*, зборник радова, Петроварадин 2000.
- ТАДИЋ, Љ.: *Филозофија права*, Београд 1996.
- ТАДИЋ, Љ.: *Наука о политици*, Београд 1996.
- ТАДИЋ, Љ.: *Поредак и слобода*, Београд 1977.
- ТАРАНОВСКИ, Ф.: *Енциклопедија права*, Београд (1923) 2003.

- ТАСИЋ, Ђ.: *Расправе из филозофије и теорије права*. Превод са страних језика, Београд 1992 (2013).
- ТАСИЋ, Ђ.: *Избор расправа и чланака из теорије права*, Београд 1984.
- ТАСИЋ, Ђ.: *Увод у правне науке*, Београд 1941.
- ТЕЈЛОР, Ч.: *Призивање грађанској друштва*, Београд 2000.
- ТОКВИЛ, А. де: *О демократији у Америци*, Сремски Карловци 1990.
- ТРОПЕР, М.: *Правна теорија државе*, Београд 2014.
- ФАСО, Г.: *Историја филозофије права*, Београд – Подгорица 2007.
- ФЕРАРИ, В.: *Право и друштво*, Подгорица 2011.
- ФЕТЕР Х.: *Херменеутички оiledи*, Београд 2000.
- ФИВЕГ, Т.: *Тойика и јуриспруденција*, Београд 1987.
- ФИНИС, М. Џ.: *Природно право*, Београд – Подгорица 2005.
- ФИНИС, М. Џ.: *Аквински – морална, холиитичка и правна теорија*, Београд 2004.
- ФРИДРИХ, К. Ј.: *Конституционализам (ограничавање и контрола власти)*, Београд – Подгорица 1996.
- ФУЛЕР, Л. Л.: *Моралност права*, Београд (2001) 2011.
- ХАЈЕК, Ф. А.: *Право, законодавство и слобода*, Београд – Подгорица 2002.
- ХАЈЕК, Ф. А.: *Студије из филозофије, економије и холиитике*, Београд 2002.
- ХАЈЕК, Ф. А.: *Кобна идеја*, Подгорица 1998.
- НАУЕК, Ф. А.: *Politički ideal vladavine prava*, Zagreb 1994.
- ХАРТ, Х. Л. А.: *Појам права*, Београд 2013.
- ХЕГЕЛ, Г. В. Ф.: *Основне црте филозофије права*, Београд 1989.
- ХЕГЕЛ, Г. В. Ф.: *Правни и холиитички системи*, Београд 1981.
- ХЕЈВУД, Е.: *Холиитика*, Београд 2004.
- ХЕЛД, Д.: *Демократија и холобални поредак*, Београд 1997.
- ХЕРШ, Ж.: *Историја филозофије*, Нови Сад 1998.
- ХЕФЕ, О.: *Правда*, Нови Сад 2008.
- ХИНЛИ, Ф. Х.: *Сувереност*, Београд 2001.
- ХОБС, Т.: *Левијатан*, Београд 1960 (2011).
- ХУМБОЛТ, В. фон: *Идеје за хокушај одређивања граница деловорности државе*, Сремски Карловци 1997.
- ЦИЦЕРОН: *Држава*, Београд 2002.
- ЧОМСКИ, Н.: *Нужне илузије: контрола мисли у демократским друштвима*, Нови Сад 2000.
- ШМАЛЕ, В.: *Историја европске идеје*, Београд 2003.
- ШМИТ, К.: *Три врсте правнонаучног мишљења*, Београд 2003.
- ШТАМЛЕР, Р.: *Привреда и право*, Београд – Подгорица 2001.
- ШТРАУС, Л.: *Природно право и историја*, Сарајево 1971.

BRIEF CONTENTS

NOTE WITH THIS EDITION.....	19
FOREWORD TO THE EIGHTH EDITION	20
INTRODUCTION: INTRODUCTION TO LAW AS AN INDEPENDENT DISCIPLINE.....	21

FIRST PART: BASIC AND GENERAL KNOWLEDGE OF STATE AND LAW

FIRST SECTION: THE CONCEPT OF THE STATE

Chapter I: THE STATE AS A SOCIAL AND LEGAL PHENOMENON.....	33
Chapter II: THE ROLE OF THE STATE AND ITS CHANGES. . .	69
Chapter III: STATE ORGANIZATION.....	79
Chapter IV: MAIN TYPES OF GOVERNMENT IN THE STATE ORGANIZATION.....	99
Chapter V: ORGANIZATION OF MAIN TYPES OF STATE AUTHORITIES.....	107
Chapter VI: FORMS OF THE STATE.....	117
First section: FORMS OF GOVERNMENT.....	122
Second section: FORMS OF STATE ORGANIZATION	135
Third section: FORMS OF POLITICAL REGIME	146
Fourth section: FORMS OF GOVERNMENT.....	168

**SECOND SECTION:
THE CONCEPT OF LAW**

Chapter I: DEFINITION OF THE CONCEPT OF RIGHTS	177
Chapter II: TYPES OF RIGHTS	197

**THIRD SECTION:
RELATIONSHIP BETWEEN STATE AND LAW**

Chapter I: DETERMINING THE RELATIONSHIP BETWEEN STATE AND LAW	207
Chapter II: THE RULE OF LAW – THE RULE OF LAW	217

**SECOND PART:
LEGAL ORDER**

**FIRST SECTION:
NORMATIVE ELEMENT OF THE LEGAL ORDER**

Chapter I: LEGAL NORM	237
Chapter II: LEGAL ACT	265
Chapter III: GENERAL LEGAL ACTS (FORMAL SOURCES OF LAW) THEIR MAIN TYPES	273
Chapter IV: INDIVIDUAL LEGAL ACTS AND THEIR MAIN TYPES	309

**SECOND SECTION:
THE FACTUAL ELEMENT
OF THE LEGAL ORDER**

Chapter I: SUBJECT AND OBJECT OF LAW	317
Chapter II: LEGAL RELATIONSHIP	331
Chapter III: LEGAL FACT AND LEGAL ACTION	349
Chapter IV: INTERPRETATION OF LAW	355
First section: THE CONCEPT OF INTERPRETATION OF LAW	355

Second section: PROCEDURE OF
INTERPRETATION OF LAW 370
Chapter V: APPLICATION OF LAW 407

**THIRD SECTION:
LEGALITY AS AN ELEMENT
OF THE LEGAL ORDER**

Chapter I: NORMATIVE LEGALITY..... 419
Chapter II: LEGAL FORM 437

**FOURTH SECTION:
VALUE ELEMENT OF THE LEGAL ORDER**

**THIRD PART:
LEGAL SYSTEM**

Chapter I: POSITIVE LAW SYSTEM AND LEGAL SYSTEM.... 460
Chapter II: MAJOR WORLD SYSTEMS OF LAW 466
ABSTRACTS 471
LITERATURE 481

Драган М. Митровић
ИЗАБРАНА ПРАВНА ДЕЛА
Књига IV
УВОД У ПРАВО

Издавач
Досије студио
www.dosije.rs

Лектор и коректор
Марина Давидовић

Технички уредник
Ирена Ђаковић

Дизајн корице
Ивана Зорановић

Припрема и шtamпа
Досије студио, Београд

ISBN 978-86-6047-498-0
ISBN 978-86-6047-494-2 (за издавачку целину)

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд
ISBN 978-86-6047-498-0
ISBN 978-86-6047-494-2 (за издавачку целину)
COBISS.SR-ID 192224521

ISBN 978-86-6047-498-0



9 788660 474980