



Драган М. Митровић

ОСНОВИ ПРАВА



УНИВЕРЗИТЕТ СИНГИДУМУ

Драган М. Митровић

ОСНОВИ ПРАВА

ОСМО ИЗДАЊЕ

Београд, 2017.

ОСНОВИ ПРАВА

Аутор:

др Драган М. Митровић

Рецензент:

др Гордана Вукадиновић

Издавач:

УНИВЕРЗИТЕТ СИНГИДУНУМ

Београд, Данијелова 32

www.singidunum.ac.rs

За издавача:

др Милован Станишић

Техничка обрада:

Јелена Петровић

Дизајн корица:

Александар Михајловић

Година издања:

2017.

Тираж:

300 примерака

Штампа:

Мобид, Лозница

ISBN: 978-86-7912-255-1

Copyright:

© 2017. Univerzitet Singidunum

Izdavač zadržava sva prava.

Reprodukcija pojedinih delova ili celine ove publikacije nije dozvoljena.

ПРЕДГОВОР

Ово четврто - садржински обогачено, језички прецизирано, композиционо дотерано и допуњено, али и знатно скраћено - издање уџбеника „Основи права”, написано је како би студенти факултета у саставу универзитета „Сингидунум” и „Синергија” већ на самом почетку стекли неопходна основна, општа и нова знања о држави и праву и државном и правном поретку, упознајући карактеристичне резултате правне науке, која је једна од најстаријих људских наука. Такође, студентима је омогућено да упознају правнички начин размишљања и закључивања, као и да стекну толико потребну правну културу, а не само правна знања. Без те културе и тих знања, студенти неће моћи успешно да разумеју и савладају друге важне позитивноправне дисциплине на наредним годинама студија, нити ће касније моћи исправно да се користе правом. Речју, да би се упознали са правним појмовима, институцијама или гранама карактеристичним за бројне позитивноправне дисциплине, студенти претходно морају да имају представу о њима, што се добија упознавањем са знањима Основа права.

Таквим главним намерама и специфичном профилу студената различитих факултета економског усмерења прилагођен је избор и састав материје, која је и у овом издању раздељена на уводни део: „Основи права као самостална дисциплина”, и три главна дела: први, претходни: „Основна и општа знања о држави и праву”, други, средишни: „Правни поредак”, и трећи, завршни: „Правни систем и светска права”. На крају, приложен је кратак списак Основне литературе са обавезним Испитним питањима за студенте свих факултета оба универзитета.

Предајући и ово четврто издање уџбеника „Основи права”, надамо се да ће студенти већ на самом почетку свог школовања осетити како право неизбежно наткриљује све важне области друштвеног живота, регулишући их. Као такво, право је устава свакој самовољи и произвољности, обезбеђујући предвидљивост и сигурност у правном и друштвеном поретку. Зато се и каже: право – то је цивилизација!

*У Београду,
септембра 2007.*

Др Драјан М. Митровић

САДРЖАЈ

УВОД

ОСНОВИ ПРАВА КАО САМОСТАЛНА ДИСЦИПЛИНА

1. Појам Основа права	2
2. Предмет Основа права	3
3. Метод Основа права	4
4. Однос Основа права према другим дисциплинама	5

ПРВИ ДЕО

ОСНОВНА И ОПШТА ЗНАЊА О ДРЖАВИ И ПРАВУ

ПРВИ ОДЕЉАК – ПОЈАМ ДРЖАВЕ

I глава – ДРЖАВА КАО ДРУШТВЕНА И ПРАВНА ПОЈАВА

1. Држава и друштво	9
2. Држава као друштвена организација	11
3. Три главна значења државе	13
4. Елементи државе	14
4.1. Простор државе	14
4.2. Становништво државе	17
4.3. Државна власт	20
5. Значај елемената државе и њихов међусобни утицај	24
6. Изузеци од правила: атипичне државе, привиди држава и недовршене државе	25

II глава – УЛОГА ДРЖАВЕ И ЊЕНЕ ПРОМЕНЕ

1. Функција и делатност државе	28
2. Промене у поретку државе	31
2.1. Револуција	31
2.2. Реакција	31
2.3. Рестаурација	31
2.4. Реформа	32
2.5. Преврат	32
3. Настанак и престанак државе	32

III глава – ДРЖАВНА ОРГАНИЗАЦИЈА

Први одсек – ДРЖАВА КАО ОРГАНИЗАЦИЈА

1. Појам државне организације	35
2. Начела државне организације	37
3. Елементи државне организације	39

Други одсек – ДРЖАВНА СЛУЖБЕНА ЛИЦА

1. Лица која врше власт у државној организацији	40
2. Надлежност државних службених лица	40
3. Однос државних службених лица према држави: држава као установа	41
4. Државна бирократија и технократија	42

Трећи одсек – ДРЖАВНИ ОРГАНИ

1. Појам, елементи и својства државних органа	43
2. Главне врсте државних органа	45
2.1. Оружани и цивилни органи	46
2.2. Политички и стручни органи	47
2.3. Одлучујући и извршујући органи	48
2.4. Демократски и бирократски органи	49
2.5. Инокосни и зборни органи	50
2.6. Централни и нецентрални органи	51
3. Друге врсте државних органа	52

IV глава – ГЛАВНЕ ВРСТЕ ДРЖАВНЕ ВЛАСТИ И ЊИХОВА ОРГАНИЗАЦИЈА

Први одсек – ГЛАВНЕ ВРСТЕ ВЛАСТИ У ДРЖАВНОЈ ОРГАНИЗАЦИЈИ

1. Законодавство	53
2. Управа	55
3. Судство	56

Други одсек – ОРГАНИЗАЦИЈА ДРЖАВНИХ ВЛАСТИ

1. Организација између законодавне, извршно-управне и судске власти	57
2. Организација унутар законодавне, извршно-управне и судске власти	58
2.1. Централизација и децентрализација	59
2.2. Самоуправа и аутономија	62

V глава – ОБЛИЦИ ДРЖАВЕ

Први одсек – ОБЛИЦИ ДРЖАВНЕ ВЛАСТИ

1. Јединство власти	67
1.1. Појам и врсте јединства власти	67
1.2. Конкретни обрасци јединства власти	70
2. Подела власти	71
1.1. Појам и врсте поделе власти	71
2.2. Конкретни обрасци поделе власти	73

Други одсек – ОБЛИЦИ ДРЖАВНОГ УРЕЂЕЊА

1. Јединствена (једноставна и сложена) држава	77
1.1. Једноставна држава	77
1.2. Сложена (регионална и савезна) држава	78
2. Савези држава	81
2.1. Конфедерација	81
2.2. Унија	83
2.3. Комонвелт	84
3. Деловање сједињујућих и разједињујућих чинилаца на облике државног уређења	85

Трећи одсек – ОБЛИЦИ ПОЛИТИЧКОГ РЕЖИМА

1. Демократија	87
1.1. Појам и значења демократије	87
1.2. Етапе развоја модерне демократије	88
1.3. Примери „заобилажења“ демократије	89
1.4. Услови и елементи демократије	91
1.5. Врсте демократије	92
2. Аутократија	100
2.1. Појам и значења аутократије	100
2.2. Врсте аутократије	100

Четврти одсек – ОБЛИЦИ ВЛАДАВИНЕ

1. Монархија	104
1.1. Појам монархије и својства монарха	104
1.2. Врсте монархије	105
2. Република	107
2.1. Појам републике и својства председника	107
2.2. Врсте републике	109
3. Поређење монархије и републике	109

ДРУГИ ОДЕЉАК – ПОЈАМ ПРАВА

I глава – ОДРЕЂИВАЊЕ ПОЈМА ПРАВА

1. Главна значења права	113
2. Заједничко у појму права	114
6.1. Спољашњост	115
6.2. Хетерономност	115
6.3. Друштвеност	115
6.4. Регулативност	116
6.5. Предмет регулисања: имовински односи, односи власти и организације друштва	116
6.6. Мерљивост и прецизност	117
6.7. Појава спора и постојање суда	118
6.8. Поступак формализације	118
6.9. Друштвена (спољашња) санкција	118

6.10. Остваривање друштвених и правних вредности	119
6.11. Захтев за остваривањем правде и људске слободе	119
6.12. Омогућавање „сапостојања“ људи у друштву	120
7. Конвенционални појам и дефиниција права у проширеном и суженом смислу	120
II глава – ВРСТЕ ПРАВА	
1. Врсте права према његовој природи	122
1.1. Природно право	122
1.2. Позитивно право	123
2. Врсте права према начину настанка и обележјима	123
2.1. Државно право	123
2.2. Друштвено право	124
3. Врсте права према областима регулисања	125
3.1. Међународно и унутрашње право	126
3.2. Јавно и приватно право	127
3.3. Материјално и формално право	128
3.4. Објективно и субјективно право	128

ТРЕЋИ ОДЕЉАК – ОДНОС ДРЖАВЕ И ПРАВА: ПРАВНА ДРЖАВА – ВЛАДАВИНА ПРАВА

I глава – ОДНОС ДРЖАВЕ И ПРАВА	
1. Утицај државе на право	130
2. Утицај права на државу	131
II глава – ПРАВНА ДРЖАВА – ВЛАДАВИНА ПРАВА	
1. Појам правне државе – владавине права	134
2. Услови и средства за постојање и остваривање правне државе – владавине права	135
3. Правна држава – владавина права и правна култура	138
4. Правна држава – владавина права и стање државне нужде	139

ДРУГИ ДЕО ПРАВНИ ПОРЕДАК

УВОД – ОПШТИ ПОЈАМ И САСТАВ ПРАВНОГ ПОРЕТКА

1. Појам правног поретка	144
2. Састав правног поретка	146
3. Стање правног поретка	147

ПРВИ ОДЕЉАК – НОРМАТИВНИ ЕЛЕМЕНТ ПРАВНОГ ПОРЕТКА

I глава – ПРАВНА НОРМА

Први одсек – ПРАВНА НОРМА КАО ПРАВИЛО

1. Норма као друштвено правило које садржи заповест	150
2. Врсте друштвених норми	152
2.1. Друштвене норме у ширем смислу	152
2.2. Друштвене норме у ужем смислу (друштвени прописи)	152

3. Појам правне норме	155
3.1. Шта је правна норма	156
3.2. Шта није правна норма: чланови и параграфи	157
4. Састав правне норме	157
4.1. Главни елементи правне норме: диспозиција и санкција	157
4.2. Споредни елементи правне норме: претпоставка диспозиције и претпоставка санкције	163
5. Врсте правних норми	164
6. Повезивање правних норми	165

Други одсек – ВАЖЕЊЕ ПРАВНИХ НОРМИ

1. Важење правних норми у простору	166
2. Важење правних норми у времену	167
3. Персонално, системско и друге врсте важење правних норми	170

II глава – ПРАВНИ АКТ

Први одсек – ОПШТИ ПОЈАМ ПРАВНОГ АКТА

1. Појам и обележја правног акта	171
2. Доношење правних аката	173
3. Облик и садржина (нормативног и материјалног) правног акта	173
4. Формални и садржински појам правног акта	175

Други одсек – ОПШТИ ПРАВНИ АКТИ(ИЗВОРИ ПРАВА)

1. Појам и врсте извора права	176
2. Формални извор права	177
3. Стварање формалних извора права	179

Трећи одсек – НАЈВАЖНИЈИ ФОРМАЛНИ ИЗВОРИ ПРАВА

1. Закон	182
1.1. Општи појам закона	182
1.2. Устав	183
1.3. Законик (кодификација)	186
1.4. „Обични“ закони	188
1.5. „Посебни“ закони и закони који то нису	188
1.6. Сличности и разлике између устава и закона (и подзаконских прописа) ...	190
1.7. Законодавни поступак	191
2. Државни општи акти нижи од закона (подзаконски прописи)	191
3. Акти друштвених организација и аутономно право	194
4. Уговор	197
5. Обичај и обичајно право	198
6. Судска пресуда (судски прецедент)	201
7. Судска пракса и пракса других органа	201
8. Правна наука	202

Четврти одсек – ПОЈЕДИНАЧНИ ПРАВНИ АКТИ

1. Појам и подела појединачних правних аката	204
1.1. Потпун појединачни правни акт	205
1.2. Непотпун појединачни правни акт	205
2. Најважније врсте појединачних правних аката	206
2.1. Указ	206
2.2. Управни акт	206
2.3. Правни посао	207
2.4. Судски акт	208

ДРУГИ ОДЕЉАК – ФАКТИЧКИ ЕЛЕМЕНТ ПРАВНОГ ПОРЕТКА

I глава – СУБЈЕКТ И ОБЈЕКТ ПРАВА

1. Правна личност, субјект права и њихове врсте	210
1.1. Физичко лице	212
1.2. Правно лице	214
2. Људске радње у односу на право	217
3. Објект права	218

II глава – ПРАВНИ ОДНОС И ПРАВНА ЧИЊЕНИЦА

1. Појам, састав и врсте правног односа	219
2. Правно овлашћење	221
2.1. Субјективно право	222
2.2. Надлежност	224
2.3. Право на правну заштиту	225
2.4. Злоупотреба правног овлашћења	226
3. Правна обавеза	229
4. Правно стање и његова динамичност: настанак, промена и престанак правних односа	230
5. Правна чињеница	232

III глава – ТУМАЧЕЊЕ ПРАВА

Први одсек – ПОЈАМ ТУМАЧЕЊА ПРАВА

1. Тумачење права и његов значај	235
2. Предмет тумачења права	236
3. Тумачење у ужем и ширем смислу(тумачење права и „тумачење” правних празнина)	237
4. Врсте тумача и тумачења права	239
5. Средства тумачења права	241

Други одсек – ПОСТУПАК ТУМАЧЕЊА ПРАВА

1. Језичко тумачење и значење правне норме	242
1.1. Појам и врсте језичког тумачења	242
1.2. Јасно и нејасно језичко значење норме	243
1.3. Основна правила језичког тумачења	243

2. Право (истинито) значење правне норме	244
2.1. Учења правних школа о правом значењу	244
2.2. Везано тумачење и његове главне врсте	245
2.3. Слободно тумачење (или стварање) права	247
2.3. Право значење у формалном и материјалном смислу	247
3. Средства и врсте тумачења за утврђивање правога значења код тумачења у ужем смислу	248
3.1. Логичко тумачење	248
3.2. Систематско тумачење	248
3.3. Историјскоправно тумачење	249
3.4. Упоредноправно тумачење	249
3.5. Циљно (телеолошко) тумачење	249
4. Средства за утврђивање правога значења попуњавањем правних празнина код тумачења у ширем смислу	250
4.1. Аналогија	250
4.2. Разлог супротности	252
4.3. Разлози тим пре, ауторитета и природе ствари	253
4.4. Уско тумачење изузетака	254
4.5. Попуњавање правних празнина општим начелима	255
5. Упоредивање и исправљање језичког и правога значења	256
5.1. Упоредивање језичког и правога значења норме	256
5.2. Исправљање језичког и правога значења норме	256
IV глава – ПРИМЕНА ПРАВА	
Први одсек – ПОЈАМ И ПОСТУПАК ПРИМЕНЕ ПРАВА	
1. Појам, особине и врсте примене права	259
1.1. Примена права у најширем, ужем и најужем смислу, и њене врсте	259
1.2. Особине и услови за примену права	261
2. Поступак примене правне норме	262
2.1. Утврђивање чињеница	263
2.2. Правно закључивање	266
2.3. Непосредна примена и остваривање права	267
Други одсек – ПРАВНИ ОБЛИК	
1. Појам и елементи правога облика	269
2. Злоупотреба правога облика	269
ТРЕЋИ ОДЕЉАК – ЗАКОНИТОСТ КАО ЕЛЕМЕНТ ПРАВНОГ ПОРЕТКА	
1. Законитост	271
1.1 Појам, врсте и обележја законитости	271
1.2. Снага правних аката	274
1.3. Средства за обезбеђење законитости правних аката	275
1.4. Санкције због незаконитости правних аката	278
2. Правоснажност правних аката	279
3. Ступање на снагу правних аката	280
4. Извршност правних аката	282

ЧЕТВРТИ ОДЕЉАК – ВРЕДНОСНИ ЕЛЕМЕНТ ПРАВНОГ ПОРЕТКА

1. Правда	283
2. Правичност	285
3. Слобода	285
4. Људско достојанство	287
5. Сигурност	287
6. Једнакост	289
7. Ред	289
8. Мир	290
9. Целисходност	291
10. Делотворност	291
11. Чисто техничке правне вредности	291

ТРЕЋИ ДЕО

ПРАВНИ СИСТЕМ И СВЕТСКА ПРАВА

I глава – СИСТЕМ ПОЗИТИВНОГ ПРАВА

1. Појам система права	295
2. Састав и поредак система права	295
2.1. Правна установа	296
2.2. Правна грана	297
2.3. Правна област, подсистем и систем права	297

II глава – ГЛАВНИ СВЕТСКИ СИСТЕМИ ПРАВА

1. Правни системи Истока	298
1.1. Кинеско право	299
1.2. Индијско-браманско право	299
1.3. Јеврејско и мухамеданско право	300
2. Правни системи Запада	301
2.1. Европско континентално право	303
2.2. Англосаксонско право	303
2.3. Право Европске уније	304
3. Правни транспланти	304

ОСНОВНА ЛИТЕРАТУРА	307
---------------------------------	------------

ИСПИТНА ПИТАЊА	309
-----------------------------	------------

У В О Д

ОСНОВИ ПРАВА КАО

САМОСТАЛНА ДИСЦИПЛИНА



Правна наука као једна од најстаријих наука. Основи права као апстрактна теоријско-правна дисциплина. Место и значај Основа права. Држава и право као постојан предмет Основа права. Основни, општи и посебни квалитети и везе државе и права: појмови и законитости (правилности). Врсте знања које Основи права пружају о свом предмету. Методи Основа права: догматички, нормативни, логички, аксиолошки, социолошки, психолошки, политиколошки, историјски и упоредно-правни. Врсте сазнајних метода и образовање посебних правних дисциплина. Врсте техничких правних метода. Везе Основа права са другим правним дисциплинама. Јуриспруденција.

1. Појам Основа права

Правом су одувек обухваћени скоро сви иоле важни друштвени односи. Који су то све односи, то унапред не може тачно да се одреди. Идеја права је постојана, али су његове границе непоуздане. Ипак, и такве, њих право надграђује и претвара у нову, измењену правну стварност. Та стална делатност, изазвана постојаним људским потребама, правну науку представља као једну од најстаријих наука, а њену правну теорију, овом приликом изложену у уџбеничком облику Основа права, као једну од најстаријих правних дисциплина.

Основи права такво место и значај имају како због свог предмета: државе и права, тако и због тога што друге конкретне правне и друштвене науке често морају да користе знања која пружају управо Основи права, посебно знања о основним и општим појмовима и везама државе и права које открива и објашњава управо ова дисциплина. Али, Основи права су самостална дисциплина и због тога што, као и свака друга наука, имају свој предмет и метод, пружајући објективна, критичка и методски изведена научна знања о држави и праву. И управо због тога, Основи права могу да се одреде као апстрактна теоријско-правна дисциплина која проучава државу и право као објективне друштвене појаве, за разлику од других конкретних (позитивних и историјских) правних и друштвених дисциплина. Док позитивне науке првенствено изучавају важеће право поједињавајући га по гранама, а историјске важеће право нападају драгоценим искуствима и поукама протеклих права, дотле се Основи права искључиво баве оним што је стално у држави и праву као таквим.

Такво место и значај Основа права потврђује и састав 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, а у другом делу основна и општа знања о поретку, систему права и његовим елементима.

2. Предмет Основа права

У стварности постоје само конкретне државе и права. Али, њихово реално постојање (у простору и времену) није једино, иако је најупечатљивије.

Држава и право постоје исто тако идеално: *виртуелно* (изван физичког простора и времена, као скуп чистих идеја и вредности, на пример различите утопистичке теорије). Држава и право постоје и *актуелно* (само у времену, као садржаји свести, психички процеси, на пример о српској средњовековној држави), такође делотворно утичући на стварност. Иако невидљиви и апстрактни, они су садржани у најдубљем слоју, у коме се налазе извори суштинских квалитета и веза без којих стварни држава и право не могу да постоје. Њих најлакше препознајемо у нападајућим искуствима заједничке традиције.

Поред тих основних квалитета и веза који су својствени свим конкретним државама и правима, без којих они не могу да се замисле, постоје општи квалитети и везе који су својствени или свим државама и правима или су карактеристични за више њихових конкретних система, какви су данашњи главни државни и правни системи (европско-континентални, англосаксонски, шеријатски, хинду и други).

Најзад, постоје квалитети и везе који су својствени само некој конкретној држави и праву, на основу којих се они разликују од других конкретних држава и права унутар истог типа државног и правног система.

Основи права посматрају све, а не само најважније квалитете и везе државе и права. Такво проширивање предмета Основа права неопходно је како због целине излагања, тако и због стицања потпунијих знања о држави и праву као објективно постојећим и нераздвојно повезаним друштвеним појавама. Ипак, само Основи права на продубљен и постојан начин проучавају те основне и најопштије квалитете и везе, за разлику од свих других позитивноправних или историјскоправних дисциплина.

Основи права пружају не само целовита, већ и истинита знања о предмету свог истраживања, и то у мери у којој су та знања искуствено проверљива. Та знања о квалитетима и везама државе и права изражавају се појмовима и законитостима.

Појмови су скупови смислених одредби о суштини и најважнијим обележјима сваке појаве. Они могу да буду основни, општи, посебни и појединачни, али само се основним и општим појмовима описују главни квалитети државе и права.

Законитостима се пак изражавају правилности између појава, и то у распону од природних закона, преко закона вероватноће, све до тенденцијских правилности. Ипак, везе државе са правом, као и њихове везе са другим друштвеним или чак природним појавама, ретко и само посредно се истражују коришћењем строгих природних закона. Најчешће се то чини коришћењем закона вероватноће и тенденцијских правилности.

Појмовима се описују држава и право какви су у тренутку посматрања (статичност), док се законитостима објашњава њихово кретање (динамичност). Они сачињавају главни предмет ове дисциплине.

3. Метод Основа права

Метод је пут, начин, средство да се постигне неки циљ. То важи и за научне правне методе, помоћу којих се стичу нова знања о држави и праву.

Најважнији су следећи сазнајни методи: *догматички* (који се првенствено користи за утврђивање значења правних појава, укључујући ту и државу као правну појаву. Главни задатак догматичког метода јесте да утврди истинито, право значење правних норми, јер се вршење државне власти и састоји из издавања и примене 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 врсте веза постоје између њих и, посредно, између државних органа који их стварају); *логички* (којим се утврђују логичке везе између разних елемената и делова права, јер је само право једна логичка творевина, као и држава, која се такође састоји из различитих делова и елемената); *аксиолошки* (којим се одређују вредности. Њиме се долази до вредносних судова, без којих не може да започне поступак стварања права. Али, аксиолошки метод се користи и као метод правне критике, без које нема примене и промене државе и права, што није ништа друго него други вид стварања права); *социолошки* (којим се истражује друштвена страна права, тј. право као друштвена појава и његове везе са другим сличним појавама, посебно са државом. Њиме се посебно истражују друштвени узроци права); *психолошки* (којим се истражује право као психичка појава, тј. садржаји правне свести људи, укључујући и њихов став према праву. Сазнавање права као психичког садржаја посебно је важно кад државни органи, тј. службена лица, стварају или примењују право, јер баш од њих најчешће зависи како ће право да гласи и примењује се); *политициолошки* (којим се држава и право изучавају као политичке појаве. Његов задатак није да утврди вредности које треба да остварују право са државом, што је задатак аксиолошког метода, већ да испита у којој су мери те вредности збиља остварују захваљујући праву и држави. Он је посебно користан кад је реч о оцени којим врстама аката треба да буду регулисани одређени друштвени односи); *историјски* (који представља помоћни метод у праву. Њиме се аналитички истражује и сазнају држава и право као историјске појаве); *ујоредни* (компаративни, који се као помоћни метод састоји из упоредноправног истраживања најмање два дела две различите државе или два национална права).¹

Резултати добијени применом наведених 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, упоредноправну теорију, итд.

Наведени општи методи сазнања права, на тај начин, представљају припрему за коришћење *техничких правних метода*, који се деле на *методе стварања* и *методе примене права*. Сви ти методи, и сазнајни и технички, међусобно су повезани, употпуњују се, и сви су једнако важни за сазнавање права, његово стварање и примену.

¹ Видети: Р. Лукић, *Методологија права*, Београд, 1977.

4. Однос Основа права према другим дисциплинама

Између Основа права као апстрактне правне науке и конкретних правних наука постоје бројне везе. Основи права обрађују материјал који добијају од конкретних позитивноправних, историјскоправних или других дисциплина, али његов главни задатак јесте да из тог материјала извуче највише појмове и законитости који важе за све државе и сва права. Сходно томе, Основи права су *основна* наука зато што пружају основна научна знања о држави и праву, о њиховој суштини и повезаности са другим сродним појавама. На та питања ниједна конкретна правна наука не може на тај начин да одговори.

Основи права су и *општа* наука, јер пружају општа научна знања о држави и праву, уопштавањем и апстракцијом из материјала којим располажу конкретне правне науке. У том смислу, они представљају синтезу свих конкретних правних наука.

Најзад, као основна и општа правна наука, Основи права су и *уводна* наука. И управо то представља главни разлог за одређивање Основа права као посебне и самосталне научне дисциплине која се обично изучава на самом почетку студија.

Основе права као основну, општу и уводну правну науку, треба разликовати од *јуриспруденције* као посебне правне дисциплине која се некад бавила питањима појма и природе права или сврхом и односима права са друштвом, а данас, сужено, унутрашњим проблемима и систематским истраживањем права, из чега извлачи своје одговоре на поменута стара питања. Али, ни правну теорију - чији су прилагођен део управо Основи права - не треба изједначавати са јуриспруденцијом, која данас није ни посебна „грана правне науке”, нити обухвата „разнолика општа учења о праву”.² Правна теорија је шира од јуриспруденције. Али, она је неминовно шира и од своје, студентским потребама прилагођене, уџбеничке варијанте под називом Основи права.

² А. Рос, *Право и њива*, Подгорица, 1996, стр. 22-24.

П Р В И Д Е О
ОСНОВНА И ОПШТА
ЗНАЊА О ДРЖАВИ И ПРАВУ



ПРВИ ОДЕЉАК ПОЈАМ ДРЖАВЕ

I глава ДРЖАВА КАО ДРУШТВЕНА И ПРАВНА ПОЈАВА

У души државе постоји извесно тајанство. Како се држава све назива. Држава као део друштва. Држава као посебна друштвена организација. Две стране државе као друштвене организације. Различита објашњења државе. Везе државе са другим друштвеним појавама. Везе државе са правом. Држава се не види, али се осећа: виде се само њена обележја. Три значења државе. Држава као тродимензионалан простор (шта све спада у простор државе, фикције државног простора, државне и административне границе, начело ефективности). Време државе (начело непробојности). Становништво државе (грађани, народ, националне мањине, етничке заједнице и странци). Разлике између држављана и странаца. Стицање и престанак држављанства. Пребивалиште и боравиште (домицил 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. Изузеци од правила: атипичне државе, привиди држава и недовршене 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. Ову Шекспирову мисао потврђује и правна наука, јер је државу збиља веома тешко одредити. До тога долази пре свега због њене сложене природе.

Да је државу тешко одредити, потврђују имена, тј. *називи* који се користе за њено означавање. Ипак, посебно су значајна три њена назива. Први је *res publica*, који означава јавну или заједничку тековину, а не републику као облик владавине. Такав назив за државу задржали су Пољаци: *rzeczpospolita*. Исти смисао имала је и енглеска реч *commonwealth*. Сасвим другачије називе користе романски и германски народи: *stato, état, Staat* или *state*, којима се означава стање, уређење или стабилан поредак, као и Чеси: *stat*. Трећи назив: *држава, держава, јосударство, панство*, карактеристичан је за већину словенских народа. Њиме се посебно истиче да се држава заснива на потчињавању власти која држи и одржава земљу и сав друштвени поредак.³ Отуд и српски назив: *држава* (од држати, тј. поседовати, имати у својој власти, али и чинити, вршити и чувати), који се на сасвим јасан начин сусреће већ у Душановом законикy.

³ Е. Спекторски, *Држава и њен животи*, Београд, (1933) 2000, стр. 21.

Поред наведених главних назива, постојали су или се и данас користе: *полис, civitas, regnum, imperium, land, terre, terra*. Док грчка реч полис означава државу као целовиту људску заједницу за коју је човек судбински везан, а *civitas, regnum* и *imperium* државу као политичку заједницу, дотле *land, terre, terra* означавају државу као претежно територијалну заједницу.

Да је државу тешко одредити, исто тако, потврђују и различите оцене њеног значаја, приликом којих посебно долази до изражаја политички став писаца. Према једнима (анархисти и марксисти), држава је непотребна, штетна установа коју треба или уништити или пустити да одумре. Према другима, држава је смртни бог („*mortalis deus*”, Хобс), или бар „нешто земаљски божанствено” („*Iridisch-Göttliches*”, Хегел). Како год било, човек је очигледно друштвено, тј. „политичко биће”, упућено на живот у заједници („*zoon politikon*”, Аристотел). Чак и ако држава није његов највиши или коначни циљ, она је ипак нужно средство за остварење скоро свих других његових личних и друштвених циљева.⁴ И, што људи свесније схватају услове свог живота, то више треба да раде на усавршавању своје државе.

1. Држава и друштво

Држава је утопљена у друштво и друштво је утопљено у државу. Зато је држава изразито друштвена појава. Такав друштвени карактер државе одређује и њене везе са другим најразличитијим друштвеним појавама. Све те везе између државе и других друштвених појава произилазе из три главне врсте веза које се успостављају између државе и друштва: физиолошких веза крвног сродства, економских веза производње и расподеле материјалних добара, и духовних веза моралног и интелектуалног развоја.⁵ На основу њих, може да се одреди однос државе са најважнијим друштвеним појавама (производњом и расподелом, друштвеним групама и класама, народом, идеологијом, културом, вером, итд.).

Физиолошке везе крвног сродства представљају првобитни извор објективног поретка у људском друштву. На основу њих се успостављају различите врсте друштвених заједница (од рода и племена, до народности и народа). На крају, ствара се највише духовно јединство, које некадашње родове претвара у народ, а затим у становнике државе. Сходно томе, становништво, односно народ у држави, представља укупност разнородних друштвених група, од којих се свака заснива на посебности и унутрашњем јединству заједничког интереса. Иако дакле унутар истог друштва збиља постоје групе и заједнице људи које се битно разликују по свом квалитету и суштини, све оне првенствено функционишу као чисто интересне групе и заједнице, што значи да не опстају на љубави и узајамном поверењу као породица. Зато су оне подесне за упражњавање права, али сасвим неподесне за упражњавање вештине трагања за правдом, којом се

⁴ K. Von Beyme, *Suvremene političke teorije*, Zagreb, 1976, стр. 154-155.

⁵ Ф. Тарановски, *Енциклопедија права*, Београд, (1923) 2003, стр. 401 и даље.

често образлаже потреба њиховог постојања и признавања.⁶ Пошто су интереси различитих друштвених група такође различити, поједине друштвене групе се нужно противстављају једна другој, стварајући и одржавајући променљиву равнотежу интереса. И, управо на тој равнотежи, заснива се читава државна организација, која треба да се стара о свим заједничким интересима, синтетички их изражавајући као општи интерес.⁷

Економске везе производње и расподеле материјалних добара такође одлучујуће утичу на настанак и распоређивање друштвених група. Те везе, које не зависе од физиолошких веза крвног сродства, проистичу из нужне упућености појединаца једних на друге, тј. из њихове кооперације која је неопходна за људски опстанак. За најједноставнију кооперацију у првобитној производњи карактеристично је опште економско сиромаштво, које није могло да доведе до оштрих економских разлика између саставних делова друштва. Кад је пак друштвена кооперација постала сложенија, а производња ојачала, повећан је и збир расположивих добара. Постојано прикупљање добара и њихово неједнако распоређивање, посебно присвајање имовинских добара, довело је на крају до поделе друштва на основне *друштвене класе* (имућних и сиромашних).⁸ Из те основне поделе, проистекле су и све друге друштвене поделе између имућних (крупних, средњих и ситних поседника и сопственика, тј. земљишних поседника, трговаца, индустријалаца, новчаних капиталиста, итд) и сиромашних (пољопривредних и фабричких радника, или радника у ситним, средњим и крупним предузећима). Тој основној подели треба додати и каснију, трећу, проистеклу из даље специјализације, која се односи на широку област интелектуалног техничког и теоријског рада који је обухваћен општим појмом тзв. слободних струка (професија).

Економске везе доводе до раслојавања становништва и настанка хијерархијски распоређених, виших и нижих *друштвених класа*. Сходно томе, може да се замисли целокупан друштвени састав, и то не само у облику основних друштвених класа, које су вертикално одвојене, већ и у облику *друштвених слојева* који се не налазе само један изнад другог, већ су и међусобно хоризонтално одвојени. Зато се за сва таква друштва каже да су хијерократска, јер је у њима друштвена неједнакост добила свој институционализован и инструментализован облик. Ипак, *хијерократија* није сама по себи посебан облик власти, већ подлога сваком политичком облику власти.⁹ Али, економске везе, исто тако, доводе до поделе делова државне територије (*месне заједнице, оштинне, градове, провинције, области или колоније*), посебно кад се економским интересима придружи тежња за националним одвајањем или религијском слободом. Све то заједно још више усложњава ионако сложен састав друштва, чинећи да се усложњава и сам државно-правни поредак који утврђује или поравнава те разлике.¹⁰

⁶ M. Villey, *Pravo i prava čovjeka*, Zagreb, 2002, стр. 37.

⁷ Ф. Тарановски, *Енциклопедија права*, стр. 401-402.

⁸ Видети: Ž. Ž. Ruso: *O porijeklu i osnovama nejednakosti među ljudima*, Zagreb, 1977.

⁹ М. Вебер, *Привреда и друштво*, II том, Београд, 1976, стр. 245-297.

¹⁰ Ф. Тарановски, стр. 403-404.

Духовне везе социјалне диференцијације и интеграције испољавају се најпре у религији као најстаријем, до сада најраспрострањенијем и најмоћнијем облику духовног живота, који садржи у себи непроменљиве и вечне елементе људске природе. Организовани скуп појединаца, који припадају једној истој вероисповести, сачињава цркву или религијску заједницу. Поједине цркве и религијске заједнице образују посебне друштвене групе које теже било искључивом владању, било равноправности са другима у држави.¹¹

На духовним везама заснивају се различита и многобројна културна удружења, а у извесној мери и политичке странке. Та удружења и те странке иступају као засебне друштвене групе, од којих свака има своје посебне интересе, тежећи свака свом циљу.¹²

2. Држава као друштвена организација

У правној науци је општеприхваћено да држава представља посебну друштвену организацију. То је због тога што држава и друштво нису само апстрактни појмови, већ стварне силе и носиоци два различита схватања заједничког живота: државног и друштвеног.

Државно схватање заснива се на уверењу да нема постојане и стабилне друштвене заједнице без државе. Друштвено схватање, пак, заснива се на уверењу да је најбољи облик заједничког живота самоодређивање и добровољно удруживање. Према првом, држава је чинилац и покретач друштвеног живота. Према другом, друштво је чинилац и покретач државе. Девиза државе је *власт*, а друштва *слобода*. Ипак, 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. Сходно томе, нормална држава - жели ли да буде ефикасна - мора да садржи оба ова начела у једном уравнотеженом односу. Ту идеју о синтези власти и слободе истакао је већ у XVII веку Монтескје, говорећи о уставној држави каква је у то доба била Енглеска.

И збиља, у држави као друштвеној организацији, могу да се уоче две њене стране, два њена својства: својство општедруштвене организације и својство

¹¹ Данас у свету постоје три главна правна режима за регулисање односа државе и цркве. Режим државне цркве постоји у државама у којима је само једна црква проглашена државном. Друге цркве нису укинуте, али само државна црква располаже свим привилегијама. У режиму *признајних цркава* све цркве су слободне, али су само неке међу њима признате и због тога стоје у одређеном односу спрам државе. Држава над признатим црквама врши надзор, пружа им материјалну помоћ, итд. Црквама је, с друге стране, забрањено да верска осећања својих припадника користе у политичке сврхе. Државна помоћ признатим црквама указује се сразмерно њиховим потребама и броју верника. У режиму *одвојености државе и цркве*, пак, цркве се сматрају приватним установама, у чији се рад држава не меша, већ га само својим законима регулише. Истовремено, црквама је забрањено да се мешају у послове државе. У њему, све цркве имају потпуно равноправан положај (Видети: *Правна енциклопедија*, Београд, 1979, стр. 264 и 562).

¹² Ф. Тарановски, стр. 405-406.

организације само једног дела друштва, сходно чему се одређује њен појам. То је могуће због тога што се ове две организације јасно разликују по својој делатности и организационо, иако сачињавају исту државу. На тој основи су настале две велике групе теорија, у зависности од тога ком својству државе се даје предност. Првој групи припадају различите солидаристичке и друге сличне социолошке теорије, а другој марксистичка и анархистичка теорија са другим социолошко-политичким теоријама које у држави виде искључиво или пре свега класну организацију.

Приликом одређивања појма државе као друштвене организације посебну тешкоћу представља то што писци предност дају спољашњем (формалном) или унутрашњем (материјалном) елементу државе. Другу сличну тешкоћу представља објашњење најпрепознатљивијег спољашњег елемента државе: монопола физичке силе, којим располаже само држава као друштвена организација, или пак објашњење њеног унутрашњег елемента: друштвене функције. Према једној групи гледишта, монопол физичке силе није важан за одређивање државе, према другој управо он представља њено најважније препознатљиво спољашње обележје, док према трећој, монопол физичке силе није довољан за верно одређивање суштине државе: он је само знак да постоји нешто дубље што га одређује, а то је функција државе. Према солидаристичким теоријама на пример, сила као спољни елемент служи остваривању општег добра које оличава идеја солидарности свих чланова друштва (Л. Диги).¹³ Сходно томе, државна сила је потребна само због постизања те идеје, тј. хармоније у друштву као једној непотпуно хармоничној заједници (С. Јовановић).¹⁴ Према теоријама које државу одређују као организацију за заштиту посебних друштвених интереса, држава је организација за заштиту пре свега тих интереса, због чега је државна сила неопходна како би се заштитио управо тај интерес (Р. Јеринг, К. Маркс, Н. Пуланцас).¹⁵ Али на такву, у основи класну суштину државе, указују и други писци, као Х. Келзен, који иначе заступа нормативистичко схватање државе. Према њему, то што грађанска правна наука не уводи класни елемент у државу и право, не значи да она не зна за класни карактер друштва.¹⁶

Из те основне разлике, у правној науци проистичу и друге разлике, доводећи до велика шароликости, која почиње већ објашњењем постанка државе. Сходно томе, постоје теорије које на религијски начин објашњавају порекло и постанак државе; теорије које државу изједначавају са друштвом (према којима држава одувек постоји); теорије према којима држава постоји тек неколико векова (које

¹³ Видети: Л. Диги: *Преображају јавној људској праву*, Београд, (1929) 1998.

¹⁴ Видети: С. Јовановић, *О држави. Основи једне људске теорије*, Београд, 1922.

¹⁵ Видети: Р. Јеринг, *Борба за људско право*, Београд, (1874) 1998; К. Marks, *Prilog jevrejskom pitanju*, *Rani radovi*, Zagreb, 1967; N. Poulantzas: *A propos de la théorie marxiste du droit*, T. XII, 1967. Интересантно је наведено дело упоредити са каснијим Пуланцасовим радом: *La renaissance du droit naturel en Allemagne*, 1994.

¹⁶ Видети: Х. Келзен: *Социјализам и држава*, у: Х. Келзен – М. Адлер, *Марксизам и држава – две расправе у сјору*, Београд, 1985.

државу поистовећују са постанком модерних грађански држава), итд. Поред њих, постоје теорије које постанак државе објашњавају психичким узроцима и разлозима (психолошке теорије); продужењем и гранањем патријархалне породице (патријархалне теорије); актом воље људи, односно уговором који закључују сви чланови друштва ради заштите својих урођених природних права (уговорне природноправне теорије); борбом две друштвене заједнице (теорије силе) или другим различитим чиниоцима, какви су на пример друштвена солидарност, класна борба (социолошке и марксистичке теорије), итд.¹⁷ Како год било, држава није настала зато што су људи по природи добри и вредни, нити зато што су њихови поступци честити, надахнути љубављу или доказима узајамног уважавања, јер би тад и Десет божјих заповести било сасвим довољно за уређивање њихових односа. Напротив, држава је настала управо због тога што људи најчешће све то нису. Речју, држава као посебна друштвена организација није настала из доколице, већ из преке људске потребе да се друштво сачува од самоуништења. Зато се и каже да је држава посебна друштвена и правна организација, тј. установа, јер је трајнија од људи који је сачињавају. Она располаже монополом физичке силе, који служи за регулисање најважнијих економских и политичких односа, посебно односа који се тичу таквих добара каква су живот, слобода или власништво. Да би остварила тај свој циљ, држава располаже сувереном влашћу, одговарајућом организацијом и облицима који је чине лако препознатљивом међу другим друштвеним организацијама и заједницама.

3. Три главна значења државе

Држава се не види, али се осећа. Виде се само обележја која је представљају: застава, грб, химна и бројна друга. Ипак, држава споља може да се одреди као посебна и јединствена друштвена организација која располаже монополом физичке силе. Посматрана изнутра, пак, држава је једна непотпуно хармонична организација, јер су интереси њених чланова с једног ширег гледишта подударни, а с другог, ужег, супротни. Зато држава има велики број значења,¹⁸ али су три њена значења стална и главна.

Кад се каже држава, под тим се у најширем смислу мисли на тродимензионални простор одређен државним границама, на коме живи становништво над којим се простира и врши државна власт. Тај тродимензионални простор назива се подручјем државе које, одређено временским границама, заједнички сачињава тзв. *просторно-временско значење државе*.

Држава у ужем смислу представља посебну друштвену заједницу која је организована на такав начин да располаже монополом физичке силе. То је *социолошко-политичко значење* које државу представља као носиоца политичке власти, тј.

¹⁷ Видети: Р. Лукић, исто, стр. 247-257; М. Живковић, *Постанак државе*, Београд, 2000, стр. 110-117. и *Теорија државе и права*, Београд, 1995, стр. 70-78.

¹⁸ Видети: Р. J. Steinberger, *The Idea of the State*, 2005.

као свесно и плански створену друштвену творевину, установљену са одређеним циљем, за извршавање одређених задатака.

Најзад, у најужем, *орјанизационо-техничком значењу*, држава представља саму државну организацију са посебно утврђеним органима за вршење одређених послова, а нарочито са посебним органима за примену државних санкција због прекршаја правних норми.

4. Елементи државе

Свака држава састоји се из три елемента: простора, становништва и власти. Кад су ови елементи раздвојени, држава не постоји. Али, то не значи да не могу да постоје становништво или народ без државе на одређеном географском простору. На пример, Јевреји, иако распршени по читавом свету, опстали су као народ и кад нису имали своју државу, као део становништва држава у којима и данас живе. Или, обратно: словенска и германска племена, која су лутала у доба тзв. великих сеоба народа, имала су своје вође, али ипак нису створила своје државе са народом као становништвом све док се нису трајно настанила на територијама на којима и данас претежно живе. Зато је становништво производ државе, а народ производ историје. Држава дакле није простор („земља”) без становника и народа, нити простор без власти. Исто тако, држава није ни власт без простора и становника. Зато простор и време државе сачињавају њено прво и најшире, просторно-временско значење.

4.1. Простор државе

Физичке динемзије државе. Подручје државе представља тродимензионални простор на коме важи државни правни поредак, односно на коме се остварује државна политичка власт. Пошто је земља у физичком смислу приближно лопта, геометријски облик државног простора приближно представља изврнута купа.¹⁹ Врх те купе налази се у геометријском средишту Земље, а њен основ у атмосфери и космосу. Стога попречни пресек државног купастог (коничног) простора представља само видљив део државне територије, тј. део земљине површине омеђен државним границама. Простор испод и изнад тог видљивог дела државне територије такође представља саставни део државне територије. Проналаском летелица, а посебно продором човека у космос, више се не сматра да ваздушни простор изнад територије државе припада у целости датој држави. Проналаском нових технологија и машина, то се више не може рећи ни за „подземље” државне територије.

Површински део државне територије, омеђен државним границама, који је највидљивији, не мора увек да се састоји из једног дела. Историја познаје државе које су биле подељене на два дела, док се између тих делова налазила широка

¹⁹ Х. Келзен, *Ојшџа теорија државе и права*, Београд (1951) 1998, стр. 274-275.

територија друге државе (Пакистан). Данас је државна територија јединствена (интегрална), а изузетно распарчана (Аљаска или Хаваји у САД). Па ипак, свака држава правно поседује само једну територију, без обзира да ли је њена територија јединствена или распарчана. То значи да јединство државне територије није исто са њеним географским јединством.

Изузетак од правила представља Антарктик, који одлуком Уједињених нација од 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 донеле Уједињене нације 1967. године (што личи на неку врсту државног *condominium*-а или *coimperium*-а у миру). Том приликом, коришћен је правни модел из 1959. године, примењен за територију Антарктика, само строже. Наиме, искрцавање људске посаде на Месец 1969. године или слање сонди на Марс нису држави САД дали никакво право на истицање суверености над простором тих небеских тела, јер су присвајање планета и коришћење свих њихових ресурса забрањени поменутиим уговором УН. То, наравно, није спречило приватне компаније да коришћењем правне празнине у уговору УН започну пословну делатност везану за искоришћавање могућности и ресурса свемира.

Држави припада и део мора, кад има територијални излаз на море. То је тзв. обално или прибрежно море, чија ширина није јединствено утврђена. Према „Међународној конвенцији о праву мора” ширина обалног мора износи највише 12 наутичких миља. Изван тог појаса обалног мора простира се отворено море које припада свим народима (*mare libertatis*), и то на исти начин на који свим народима припада замљиште које није у саставу ниједне државе. Данас неке земље покушавају да прошире границе свог обалног мора, смањујући простор слободног мора и ваздушни простор изнад њега најчешће једностраним проглашавањем тзв. привилеговане економске зоне (на пример, Исланд, Јапан или Кина, до 200 наутичких миља, одн. 370 км). Уз то, у државну територију спадају реке, језера, канали и други водотокови, као и острва на њима, чак и кад преко њих прелази државна граница.

У територију државе, такође, спада подморје (тзв. „епиконтинентални појас”), и то до границе слободног мора, односно до државне границе речног или неког другог водотока, као и ваздушни простор изнад површинског дела државне територије, како је наведено.

Најзад, саставним делом државног простора сматрају се и његове фикције: амбасаде, конзулати, ратни и цивилни бродови и ваздухоплови, дипломатска возила, дипломатске поштице, итд. Ипак, то није буквално тако, јер за амбасаде важи међународно начело „екстериторијалности”, што значи да 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. (Ако неко у страниој амбасади затражи уточиште, азил - све док је у њој - нико од органа државе у којој се налази амбасада нема право да га гони или хапси; у средњем веку то су обично биле цркве. Једина амбасада у свету која нема екстериторијалност је италијанска

амбасада у Ватикану, јер се, као и већина амбасада при Светој столици, налази на територији Италије, у Риму).

Државна граница. Територија државе ограничена је државним границама, које су утврђене у складу са 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 легално на утврђеним граничним прелазима, сходно одговарајућим правилима. Од државне границе треба разликовати административну границу између федералних јединица у савезној држави или између децентрализованих области у једноставној држави (на пример, регија, округа или општина). Пошто државне границе раздвајају територије независних држава, а не делове територије унутар исте државе, њих није могуће мењати вољом једне државе. Али, држава може у складу са властитим правилима и својом вољом да мења своје унутрашње (административне) границе.²⁰

Постојаност и непроменљивост државног простора - начело ефективности. Простор државе, посебно њена територија одређена државним границама, није увек постојан. Он може да се увећава или смањује. Кад се увећава, то се обично чини *окупацијом*, тј. припајањем територије која не припада ниједној држави (под условом да је извршена са намером да се окупирана територија припоји територији окупаторске државе); *анексијом*, тј. припајањем територије која је припадала другој држави у рату или миру; *прираштањем*, тј. повећањем земљишта (на пример, увећањем величине речних и морских острва); *одржањем*, тј. неузнемираваном непрекидном државином којом се производи „основ” за државу-држаоца територије (под условом да је такав рок уопште одређен; у противном, готово да нема разлике између одржаја и обичног начела државне ефективности), итд. Кад се државна територија смањује, и то се обично чини на начин који одговара наведеним начинима за стицање територије, при чему се посебно води рачуна о начелу ефективности вршења државне власти. То посебно важи за ситуације кад се територија губи њеним *напуштањем*, тј. кад држава напусти део своје територије без намере или способности да је поврати. У том случају, на том делу територије се успоставља нов поредак једне или заједнички поредак више других држава.²¹

Временска димензија - непројектованост државе. Као што држава није просторно бесконачна, нити постојана, тако није ни временски вечна, иако би свака то да буде. Зато за постојање државе није довољно само да она буде тачно просторно одређена, већ и временски. Ипак, свака држава постоји континуирано у одређеном времену, што значи да ниједна држава не може да постоји дисконтинуирано, у два или више различитих времена (иако је било и таквих покушаја, на пример са Првим, Другим и Трећим Рајхом), нити да две или више држава могу да постоје у истом времену на истом државном простору (већ само временски сукцесивно, у низу једна за другом). Такво начело, да само један поредак важи искључиво на тачно одређеном државном простору за сва лица која се налазе у

²⁰ Х. Келзен, *Основна теорија државе и права*, стр. 275.

²¹ Х. Келзен, стр. 277-278.

њему, назива се „непробојност” државе.²² Непробојност значи да само једна држава може да постоји на истој територији у истом времену, иако и од тога постоје изузеци. На пример, у миру држава може бити међународним уговором овлашћена да на територији друге државе предузме извесне радње, посебно да врши акте принуде које допушта међународно право, или да у рату предузима акте принуде на странијој територији коју је војнички окупирала, или да заједно са другим државама (тзв. *condominium* или *coimperium*) успостави своју власт и врши правни поредак који, на основу заједничког споразума, примењују заједнички органи тих држава. У том случају, окупирана територија се сматра заједничком територијом тих држава, а успостављени поредак заједничким поретком тих држава.²³

Временско важење државе одређује се домаћим и међународним правом, којим се разграничавају временске сфере важења државног и правног поретка, као и у случају државне територије. На основу временског важења, исто тако, одређују се почетак и крај, тј. настанак и престанак државе, и то на основу начела ефективности.²⁴

4.2. Становништво државе

И становништво представља важан елемент државе. Као што држава има само једну територију, тако има и само једно становништво. Некад су становништво сачињавали поданици (у различитом степену друштвене и правне зависности), што данас није случај.²⁵

Становништво, народ, нација. Становништво чине сви људи који живе на територији једне државе, на којој се у сваком тренутку налази највише њених држављана. Некад је овим елементом сматран *народ*,²⁶ како се и сад понекад чини, иако становништво државе могу да сачињавају припадници једног, два или више народа, укључујући ту и мање делове народа који су већина у својим матичним државама (националне мањине). Сходно томе, становништво државе и народ нису исто. Становништво је производ државе, а народ производ историје. Али, ни народ и *нација* (Француска, Немачка или САД) такође нису исто, јер нација може да настане из дела једног народа, више различитих народа или етничких заједница. Зато, кад се каже нација, пре се истиче значај целовитости становништва државе, него што се истиче значај неког народа у њој. Ретке су данашње државе чије се становништво подудара са једним народом, који је истовремено и једна нација настала од људи истог етничког порекла (Албанија, Јапан).

Држављанство: држављани и странци. Данас се сматра да становништво државе припада само онај појединац који је „укључен у персоналну сферу важења

²² Исто, стр. 274.

²³ Исто.

²⁴ Исто, стр. 280 и даље.

²⁵ Ф. Тарановски, исто, стр. 396.

²⁶ Видети: Ф. Тарановски, стр. 395-407.

њеног правног поретка”.²⁷ Та сфера 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 и један број странаца који су, као њени гости, изједначени са домаћим држављанима у погледу потребе да поштују правни поредак дотичне државе. Кад они то не чине, државна власт има право да их протера из земље или да их екстрадира (испоручи) другој држави. Док се *проштеривање* увек односи на странце, дотле се *екстрадиција* под условима одређеним међународним уговорима односи и на домаће држављане. Такође, и међу странцима постоје важне разлике у погледу њиховог правног положаја, јер се странцима сматрају и лица без икаквог држављанства (тзв. апатриди). Иако су апатриди лица без држављанства, они нису лица без личних докумената, јер имају тзв. *бели* или *Нансенов пасош* (назван по председнику Лиге Народа и нобеловцу Фритјофу Нансену). Сва друга лица, тј. странци, по правилу, имају држављанство (и пасош) само своје државе. Изузетно, странци могу да имају два или више држављанстава (бипатриди, трипатриди, итд.). Најзад, у случају промене државне границе, међународним уговором се одређује посебан рок становницима неке територије за избор новог држављанства.

Становници по правилу имају само *држављанство* државе чији су држављани. Оно може да се одреди или као правна целина, или као правни однос. Држављанство као *правна целина* представља скуп правних норми којима се регулишу односи поводом држављанства. Држављанство као *правни однос*, пак, 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, без обзира да ли се налази на домаћој или страној територији.

Савремена права подробно предвиђају услове за стицање или престанак држављанства. Кад је реч о стицању држављанства, *главни* начин представља рођење. То је основни начин за стицање држављанства, који се у правима разних држава одређује или према држављанству оца (класични *ius sanguinis*), или према држављанству оба родитеља (модерни *ius sanguinis*), или, пак, према територији државе у којој је лице рођено (*ius soli*). *Дојунски* начин за стицање држављанства користи се само кад не постоји могућност за стицање држављанства основним начином. Сходно томе, држављанство се стиче после рођења, а не у тренутку рођења, и то: прирођењем; међународним уговором, кад су родитељи детета непознати или апатриди; удајом; позакоњењем, итд. Кад је, пак, реч о престанку држављанства, ту је ствар нешто сложенија. Ипак, постоји неколико главних начина за престанак држављанства: због невршења дужности држављанина (одузимање држављанства или престанак држављанства због одсутности), због удаје, развода или позакоњења, или, пак, због отпуста из држављанства или одрицања од држављанства.²⁸

²⁷ Х. Келзен, стр. 295.

²⁸ Видети: *Правна енциклопедија*, стр. 268-269.

Понекад се каже да држављанство имају и правна лица, а не само физичка, што није сасвим тачно, и компликовано је за одређивање. Пре свега, ни данас није на задовољавајући начин решено да ли правна лица уопште могу да имају држављанство као физичка лица, а затим, ако могу, на који начин стичу држављанство (према држављанству својих чланова, седишту, власништву), итд. То је, као што може да се примети, више законодавни него теоријски проблем, јер сваки законодавац има право да то питање реши својим важећим нормама.²⁹ Тим сложеним проблемом подробно се баве одговарајуће позитивноправне дисциплине. Исто важи и за хипотетички престанак држављанства правног лица.

На основу држављанства неко лице располаже најширим правима и обавезама у држави чији је држављанин. Држављанин дугује својој држави оданост, а има право на њену заштиту. И само такво лице има обавезу да служи војни рок и да учествује у одбрани државе. Зато држављанима припадају сва права, посебно политичка, јер само они могу потпуно да буду укључени у рад јавних институција. Уз то, држава је дужна да у одређеним ситуацијама пружи заштиту својим држављанима. Бити држављанин једне државе значи бити субјект овлашћења и обавеза дате државе. Ипак, поменуте разлике између држављана и странаца све се више ублажавају и нестају, посебно због тога што одређеним категоријама странаца почиње да се признаје активно и пасивно бирачко право у локалној самоуправи, док реорганизацијом и професионализацијом војске домаћим држављанима постепено престаје потреба за војном обавезом, итд.

Пребивалиште и боравиште (и, домицил и резиденција). Поред држављанства, становници државе најчешће и у највећем броју имају своје пребивалиште и боравиште. Лица без пребивалишта и боравишта називају се скитницима. *Пребивалиште* је место у коме се грађанин, тј. становник државе настанио тако да у њему стално живи (где је његово тзв. „средиште животних интереса”). *Боравиште* је место у коме грађанин повремено или привремено борави. За боравиште је важан просторни однос грађанина према одређеном месту, при чему не постоји његова намера да то место сматра тзв. средиштем својих животних интереса.

И пребивалиште, и боравиште, представљају важне правне чињенице, према којима се одређује месна надлежност за спровођење административног поступка, решавају брачни и други статусни спорови, сукоби (колизије) правних норми у домаћем и међународном приватном праву, итд. Ипак, од пребивалишта и боравишта је држављанство много важнија правна чињеница, јер пребивалиште и боравиште у држави могу да имају и странци, па чак и лица без држављанства, али они не могу да одлучују о статусу, унутрашњем уређењу, организацији власти, облику владавине у датој држави, њеним границама, итд, што могу држављани. Али, о тако важним јавним питањима не треба само да одлучују ни држављани са пријављеним пребивалиштем у својој држави, јер се право на такво одлучивање стиче држављанством, а не пребивалиштем. То право се дакле односи на све држављане дате државе, а не само на држављане са

²⁹ Видети: Х. Келзен, стр. 302-303.

пребивалиштем у држави чије држављанство имају. И обратно, то право се не односи на странце или апатриде.³⁰

Од пребивалишта (настањења у једном месту) и боравишта (повременог или привременог борава у неком месту), треба разликовати *домицил* као стално место становања физичког лица или место где је правно лице (на пример, компанија) регистровано и где плаћа порез, и *резиденцију* као место званичног становања, борава или пребивања грађанина, поглавара, црквеног великодостојника, итд.³¹

Постојаност и непроменљивост становништва. Број становника у држави никад није постојан. Њега одређују бројни чиниоци (на пример, разлика у стопи наталитета и морталитета). Поред тога, и промене државних граница скоковито утичу на број становника у држави. Али, чак и кад се државне границе не мењају, људи се одувек исељавају из једне и усељавају у друге државе.

Такав проток људи, посебно у модерном добу, довео је до осмишљавања државне популационе политике. Све до краја XVIII века државна политика се руководила квантитетом, тј. мишљењем да што једна држава има више становника - то боље за њу, јер тиме се осигуравају војна служба и државна благајна. Зато је усељавање странаца (*имиџрација*) сматрана пожељном. Такво схватање уздрмао је Малтус својом теоријом, према којој пораст животних намирница заостаје за прираштајем становника: први се одвија према аритметичкој прогресији (1, 2, 3, 4, итд), а други према геометријској (2, 4, 8, 16, итд). Ипак, кад би се свих шест и по милијарди становника сместило у Њу Џерси, најмању савезну државу САД, свако би могао да има станчић од барем 35 квадратних метара. И обратно, у пренасељеним државама поставило се питање исељавања (*емиџрације*) становника.

Данас се државе све више и чешће руководе квалитетом састава становништва као мерилем, тј. његовим верским, народносним или професионалним групама. Сходно томе, државе су мање-више опробале три система за уређење односа са становништвом: *систем повлашћивања*, према коме се једна или више група користе повластицама, док се друге оптерећују; *систем немешања*, према коме држава одустаје од повлашћивања и оптерећивања група становништва, препуштајући их слободној утакмици; и *систем измирења*, који тежи синтези која би била кадра да, заснована на начелу социјалне правде, сузбије затечене и могуће друштвене размирице.³² Данас преовлађује овај трећи систем.

4.3. Државна власт

Државна власт као елемент државе садржана је у самом појму државе као организацији силе. Зато је државна власт важна или најважнија манифестација државе. Преко своје власти држава је везана за право, јер вршење власти у нормалној држави и није ништа друго, правно посматрано, до стварање и примењивање права.

³⁰ Видети: S. Benhabib, *The Rights of Others, Aliens, Residents, and Citizens*, 2004.

³¹ Видети: *Правна енциклопедија*, стр. 110, 235 и 1071-1072.

³² Видети: Е. Спекторски, *Држава и њен живот*, стр. 73-74.

Појам и обележја државне власти. Државна власт представља посебан друштвени појам који произилази из односа надређености и подређености. Као таква, она је врховни израз друштвене моћи и ауторитета у једној заједници. Зато је власт, данас као и некад, прва и последња реч у друштвеном животу. Она се састоји у наметању воље једног субјекта другоме. Власт је, дакле, издавање заповести о понашању другоме, који те заповести слуша и мора да слуша.

Свака власт, а има их најразличитијих (породична, црквена, школска, друштвена, државна, итд), значи извесну принуду. Али, само државна власт може да употребљава физичку принуду (силу). Све друге врсте власти по правилу могу да се служе само ненасилним средствима. Па чак, и кад те друге власти употребљавају физичку принуду, оне то могу да чине зато што им је државна власт то дозволила. Употреба физичке силе, с друге стране, значи да је сукоб интереса у друштву постао снажан и да тешко може мирним путем и ненасилним средствима да се реши. Зато је за државу, чији је основни задатак да решава управо такве друштвене сукобе, посебно важно да располаже најјачим средствима физичке принуде.

Свака државна власт почива на два ослонца: ауторитету и сили. Ауторитет улива поштовање, а сила страх. Али, оба изазивају страхопоштовање према власти.³³ Они се међусобно допуњавају, јер је ауторитет без силе немоћан, а сила без ауторитета слепа. Зато је пожељно да се они складно допуњавају. Јер, што је власт већа, то је страшнија њена употреба (Ф. Достојевски). Свака власт квари човека: апсолутна власт квари апсолутно.

У теорији се различито одговара на питање одакле потиче ауторитет државне власти. Према првом одговору, власт је божје пуномоћје (теократија, божја власт); према другом, државна власт сама из себе црпи свој ауторитет и моћ (аутократија); према трећем, власт црпи свој ауторитет и моћ одоздо, из народа (демократија). Сходно томе, и данас постоји схватање државне власти као израза или народне воље, или државне силе,³⁴ иако је право решење у складном споју неопходног ауторитета државне власти са нужном силом. Како год било, државна власт је или власт државе као најјаче организације у друштву, или власт највиших државних органа, и то централних органа државе, за разлику од власти којом располажу други њени органи. У оба случаја, државна власт може да се врши употребом средстава физичке присиле. Та средства се разликују од свих других сличних средстава по томе што једино држава располаже најјачом принудом, тј. монополом физичке силе. Отуд је суштинско *силоулашње* обележје државне власти то што се она ослања на монопол за физичку принуду, управо што њу врши један монопол физичке принуде, тако да је она јача од свих других власти у друштву, јер све друге може да потчини и натера на послушност. Њено суштинско *унућрашње* обележје, пак, произилази из друштвеног циља који треба да оствари, тј. из њене функције.

Поред ова два суштинска, постоје и друга важна обележја државне власти. Уз већ поменуто *иерархијалност* (помоћу које се одређује шта све спада у државну

³³ Е. Спекторски, стр. 74-75. Видети: М. Mann, *An Anatomy of Power*, 2006.

³⁴ *Исто*, стр. 75.

територију), *йерсоналносћ* (помоћу које се одређује која све лица потпадају под државну власт, а која су њени држављани) и *надмоћносћ* (која почива на располагању монополом физичке силе), државну власт обележавају *йоларизованосћ* (која државу и друштво приказује као непотпуно хармоничне заједнице), *свеобухвајносћ* (која значи да унапред не може да се искључи ниједан друштвени однос као могући предмет државног регулисања), *самосйалносћ* (јер се државна власт не изводи ни из какве друге више власти, чак и кад се оправдава неким вишим начелом), *јединсйвеносћ* и *недељивосћ* (јер је власт државе једна чак и кад је врши неколико различитих органа с различитим уделом у укупној државној власти. А то значи да државна власт не може тако да се дели да сваки њен део буде нова државна власт).³⁵

Сувереносћ. Државну власт не врши само један државни орган, већ сви органи и институције које улазе у састав државе, тј. државне организације. Али само један или неколико њих располажу највишом, тј. сувереном државном влашћу. Стога се сва наведена обележја државне власти правно изражавају у суверености као њеној суштинској правној карактеристици.³⁶ И, управо мислећи на суверену власт, Шекспир је забележио да у души државе постоји извесно тајанство чије је дејство божанственије но што дух и перо могу да опишу.

Историјски посматрано, кад је у другој половини XVI века тежиште државе пребачено са територије и становништва на њену власт, настала је потреба за новом правном теоријом која би осмислила такву промену. Такву модерну теорију суверености изложио је Жан Боден, описујући власт француског краља. Према њему, краљевска, тј. државна власт, суверена је зато што је неvezана законима, самостална, непрекидна и недељива. Она је самостална споља (јер није у вазалној зависности од друге државе), а надмоћна изнутра (јер је независна од поданика којима заповеда). Њена непрекидност састоји се у томе што суверена власт остаје иста и кад се мењају њени носиоци („краљ је умро, живео краљ”, *le roi est mort, vive le roi*). Најзад, недељивост значи да сви државни органи добијају своју надлежност од суверене власти.

Боденова теорија је извршила велики утицај на потоњу политичку и државну праксу, и то у толикој мери да је већ у XVIII веку републиканац Жан Жак Русо прихватио теорију монархисте Бодена, с том разликом што је уместо краљеве суверености прогласио народну сувереност.³⁷ Али, у истом веку, Монтескје је довео у питање недељивост суверености, прогласивши такву државну власт варварском, налик азијатским деспотијама. Према њему, европска цивилизација треба да се напаја примером Енглеске, у којој је власт подељена на законодавну, извршну и судску. Ипак, идеја суверености је већ узела толико маха да су о њој водиле рачуна чак и Монтескјеове присталице. Излаз је нађен у теорији државе чија је власт суверена, али су њене функције подељене.³⁸

³⁵ Видети: Р. Лукић, стр. 88-94.

³⁶ Видети: Ф. Х. Хинли, *Сувереносћ*, Београд, 2001.

³⁷ Видети: И. Маус, *Асйекћии народне сувереносћии*, Београд, 2001.

³⁸ Е. Спекторски, стр. 82-85.

Крајем XIX века, постављено је питање суверености у сложеној држави На то питање је тако одговорено да се и данас сматра да је суверена савезна држава, а не њене чланице. У првој половини XX века, сувереност је отворено почела да се оспорава као одлучујуће својство државе. Посебно је Леон Диги негирао сувереност, успостављајући уместо ње појам јавне функције и службе. Ипак, да сувереност не припада историји, потврђује најновији пример Енглеске, која, поводом доношења првог Устава Европске уније, није желела ни да чује да се у њему нађе нешто што би задирало у њену националну сувереност.³⁹ Штавише, пошто је Устав усвојен, грађани три државе-чланице Европске уније референдумом су одбили да га прихвате. То је нагнало друге државе-чланице да одложе расписивање референдума.

Сувереност, дакле, представља правни израз монопола физичке силе којим располаже државна власт. Зато је сувереност највиша државна власт која по правилу припада највишим државним органима. Она је гранични појам државе и права, њихов врховни, последњи појам, који не може да се извуче ни из каквог права, већ из чињеница (фактичког стања). Сувереност, дакле, јесте чињеница, факт, јер се заснива на поседовању монопола физичке силе, али, она је и правна чињеница, правни факт, јер се састоји из правне неограничености. Као чињеница (факт), сувереност је ограничена, јер, како каже Монтескје, свака сила налази своју границу у другој сили. Али, као правна чињеница (акт), она је збиља неограничена, јер ко има суверену власт може да ствара право какво год жели. Зато се и каже да се сувереност (аналитички) састоји из *независности*, што 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, и *надмоћи* (супремације), што значи да на територији конкретне државе нико не може да наметне своју власт важећој државној власти, тј. да су сви правно обавезни да слушају њене заповести. Оба наведена елемента суверености синтетички се изражавају као *правна неограниченост* државне власти, што значи да власт може и самовољно да доноси право. Наравно, ниједна власт то не чини у мери којом доводи у питање свој опстанак.⁴⁰ Штавише, и суверена власт се обавезује правом, иако обавезност таквих прописа није права, тј. иста са обавезношћу свих других субјеката права, јер ко је тај који ће суверена правно да санкционише? Зато се и каже да „Власт није расправљање, нити говорништво. Она је сила, као и ватра: опасан слуга и страшан господар” (Џ. Вашингтон).

У самој државној организацији постоји један, а у демократијама више државних органа који су формално суверени. Сви други, посебно нижи државни органи, нису суверени. Они врше тзв. пренету (делегирану) државну власт, која им је предата од суверена. Али посредно, и они су суверени, и то само зато што су саставни делови суверене државне организације.

³⁹ Лист „Политика”, субота, 6. септембар 2003.

⁴⁰ Видети: Р. Лукић, стр. 101-104.

Да би држава као целина била суверена, а не само њени органи, потребно је да она то буде и правно (*de iure*), и чињенично (фактички, *de facto*). Том приликом, важнија је чињеничка (фактичка) од правне суверености, јер држава може да постоји и функционише чак и кад није призната од међународне заједнице, под условом да располаже свим својим неопходним елементима. У филму „Иван Грозни” постоји следећи разговор између двојице страних дипломата, који се шапатом одвија током крунисања истоименог руског цара - први каже: „Овог неће признати у свету”, на шта други одговара: „Биће јак, признаће га”. Али и кад то није случај, држава ипак може привремено да постоји, захваљујући међународном признању. Такве ситуације наравно нису честе, али се догађају, и саставни су део живота државе. Сходно томе, ко је фактички суверен, пре то може да постане и правно, него обротно, јер се правне чињенице увек на крају приклањају животним чињеницама, па и правна сувереност фактичкој. Зато добро уређена власт чува прво своје становнике. Чувајући своје становнике, она чува и своју територију. И тек чувајући своје становнике и своју територију, она чува саму себе.

Државна власт, као што може да се примети, састоји се у издавању заповести о понашању у облику норми и њиховог примењивања, и то ослањањем на монопол физичке принуде. Издавање и примена тих норми чине њену садржину. Зато се за такве норме и каже да су правне, јер се о њиховој примени старају надлежни државни органи. На тај начин, јасно се приказује тесна повезаност државе и права, јер се вршење државне власти управо и састоји из стварања и примене права.

5. Значај елемената државе и њихов међусобни утицај

У модерним државама просторно (територијално) начело односи превагу над персоналним. То значи да просторне (територијалне) заједнице преважу над персоналним (личним) заједницама, што није био случај у претходним епохама.

У античком медитеранском свету, право је у начелу било пре персонално него територијално. Тако су се Египћани у грчко-римском Египту управљали домаћим египатским приватним правом, Грци хеленистичким „општим правом”, Римљани римским правом, а остале мање групе – попут Јевреја – својим персоналним правом. Тако је било и касније, сходно изреци: „ваздух који се дише чини поданика”, све док у позном средњем веку није успостављена централизована државна власт, од кад преваже просторно (територијално) начело. Од тада, кад год су на територији друге државе, странци потпадају под власт оне државе на чијој се територији налазе. Али, они су дужни да се покоравају и власти своје државе, ако то допушта (инострана) власт на чијој су територији. Зато држављанство као лична веза уступа пред територијалном везом државе и лица над којима се врши власт, што некад није био случај.

Иако су сви наведени елементи неопходни за опстанак државе, њихов значај, као што може да се примети, ипак није исти у различитим епохама. Антички народи су сматрали да је најважнији елемент државе народ (који чини становништво).

Сходно томе, где су грађани, тј. припадници народа на окупу, тамо је и држава. У средњем веку, пак, територија (земљиште) постаје главни елемент државе, због чега се држава назива земљом (*terra, Land, Angleterre, England, Deutschland*, итд.). Уз то, државна власт није схватана као римски *imperium*, тј. право заповедања грађанима и провинцијама, него као *dominium*, тј. имовинско притежавање. Сви државни послови вршени су на основу власништва над земљом и преко земље, сходно изреци: „Ниједна земља без господара” (*Nulle terre sans seigneur*).⁴¹ Најзад, у модерно доба, власт постаје све важнији, ако не и најважнији елемент државе, јер је створена јака централизована држава са сувереном влашћу којој је пошло за руком да себи потчини простор и становништво. Изгледа да је у данашњим државама власт постала важнија од друга два елемента државе.

6. Изузеци од правила: атипичне државе, привиди држава и недовршене државе

Наведни саставни елементи својствени су свим државама: просторно великим или малим, многољудним или малољудним, са јаком или слабом влашћу. Какве год да су државе, све оне морају да располажу свим неопходним елементима, сходно чему за њих важе и све правилности у погледу односа између главних елемената државе. Само за такве државе може се рећи да су *йраве*, односно нормалне државе. Поред правих, постоје атипичне државе, привиди држава и недовршене државе.

Кад је реч о *аџиџиџичним државама*, већ више од дванаест векова својом блиставом постојаношћу пркоси једини, у готово сваком погледу прави изузетак међу свим другим државама, монашка Света Гора (*Аџион Орос*): „цела једна држава са свим установама неопходним за нормалан живот и рад”.

Монашка држава Света Гора је самосталну управу стекла у IX веку, а већ 972. године је добила свој најстарији написани и сачувани устав у свету, који и данас важи. Светој Гори је државна аутономија поново призната 10. септембра 1926. године. Следеће, 1927. године, њен правни статус је одређен у члану 105. Устава Грчке, у коме је записано да је Света Гора „аутономна република монаха”, али и „суверена територија Грчке”, „под канонском управом Васељенског Патријарха”.

Монашка држава Света Гора располаже свим елементима државе. Једино, они нису уобичајени, као код других, „нормалних” држава. Зато она није сасвим суверена (што би можда и могло да се оспори позивањем на старе манастирске правне документе: повеље, хрисовуље, даровнице, типике, итд.), али није ни сасвим несуверена (споља и изнутра, што би такође могло да се оспори позивањем на старе и нове правне документе). Као таква, она располаже неограниченом унутрашњом и ограниченом спољашњом сувереношћу (спрам власти државе Грчке и власти

⁴¹ Е. Спекторски, стр. 65.

Васељенског Патријарха у Цариграду). Таква држава, која је суверена унутар себе, дакле, представља изузетак од правила.⁴² Њену необичност можда понајвише одређују речи св. Николаја Велимировића: „Света Гора је царство без круне, држава без војске, земља без жена, богатство без новца, мудрост без школе, кухиња без mesa, молитва без престанка, веза с небесима без прекида, славопој Христу без умора, смрт без жаљења”.

Пример Свете Горе није једини такав изузетак од правила, иако је најупечатљивији. Поред Светогорске државе, постоји Папска држава, Ватикан, такође

⁴² Света Гора пре свега располаже својом територијом (древним правним документима утврђеном и ненарушивом, а грчким уставом потврђеном и гарантованом): дугачка је шездесетак, а широка између седам и шеснаест километара; укупно 392 кв. км. Што се времена тиче, а Света Гора постоји више од дванаест векова, она је најдуговечнија постојећа европска држава. Од ње је непрекинуто дуже трајало само Римско царство, али оно одавно више не постоји. Света Гора има и своје становнике. Али, они нису обични грађани, већ искључиво монаси двадесет манастира, због чега нема природног, већ вештачког прираштаја њеног становништва (њих 2600). Сви други су њени гости, и то искључиво мушког пола. Најзад, Светогорска држава располаже и карактеристичним облицима власти: законодавном, управном и судском. Па ипак, може се поставити питање да ли је њена власт збиља државна и суверена, бар онако како је то случај са другим „нормалним” државама. То питање је сасвим умесно, јер се у Кареји истовремено налази и седиште администратора кога поставља грчко Министарство унутрашњих послова. Уз то, у већ наведеном 105. члану грчког устава стоји да је њена територија „суверена територија Грчке”. Ипак, Света Гора је, према истом члану устава, прво „аутономна република монаха”, и то „под канонском управом Васељенског Патријарха”, што је и световно, а поготово духовно, чини сасвим особеном.

Светом Гором управља двадесет самосталних манастира (српски Хиландар, бугарски Зограф, руски Свети Пантелејмон и грчки: Есфигмен, Ватопед, Пантократор, Ставроникита, Ивиرون, Кутлумуш, Филотеј, Каракал, Велика Лавра, Свети Павле, Дионисијат, Григоријат, Симонопетра, Ксиропотам, Ксенофонт, Дохијар и Констанит), уз надзор грчких власти. Представници свих манастира сачињавају Свештену општину (*Киноџис*). Они се бирају на годину дана. На челу Свештене општине је Први (*Прџос*), кога такође на годину дана бирају представници свих манастира, али предлажу само најугледнији светогорски манастири (Велика Лавра, Ватопед, Ивиرون, Хиландар и Дионисијат). Манастири и све њихове келије ослобођени су свих пореза и дажбина, док је светогорска имовина неотуђива. Средиште и управно седиште Светогорске државе налази се у Кареји. Свакодневне случајеве решава Свети савет (*Еџисџасија*), који се састоји од три саветника и врховног саветника, у ствари шефа административне власти. Свети савет има властиту полицију и располаже свим другим обележјима државе (заставом, грбом, печатима, повељама, итд). За духовне спорове, пак, надлежан је Прквени суд (*Прџаџи*). У Кареји, како је поменуто, истовремено се налази седиште администратора кога поставља грчко Министарство унутрашњих послова.

Најзад, поред свог основног задатка: непрекидне службе Богу, око манастира или на манастирским имањима постоји мање-више развијена економска делатност (какав је случај са метохом Каковом, који је такође основао св. Сава због економске подршке Хиландару), али само у сврху постизања и одржавања основног задатка: да се одрже Божја светилишта и у њима до сада непрекинута Божја служба. Дакле, Светогорска држава је сасвим јасно замишљена и одређена као сврховита творевина са јасном функцијом. Једино, њена функција ни мало није слична функцијама свих других држава..

као атипична држава.⁴³ Папска држава на први поглед располаже свим нужним елементима и спољним ознакама „нормалне” државе, због чега је међународно потпуно призната као права држава. Ипак, упркос постојању сва три елемента државе, већ на први поглед је тешко говорити о Папској држави као нормалној, правој држави, како због незнатне државне територије и малољудних становника, тако и због теократски устројене власти у којој је готово нераздвојно испреплетано духовно са световним. Све то указује да се ради о привиду државе. Али, истина је сасвим другачија. Иако Папска држава, као и Светогорска, такође представља изузетак од правила кад је реч о елементима нормалне државе, она је атипична држава на сасвим обратан начин. Пре свега, Папска држава је по досегу своје власти далеко изнад Светогорске. Док је Светогорска држава окренута ка себи самој, дотле је Папска држава окренута ка целом свету. Том циљу је прилагођена сложена државна и духовна организација чију ефикасност могу само да прижељкују многе савремене државе. Пошто се власт Папске државе формално или фактички, како где, распростире на све државе у којима има римокатолика, то се она распростире неупоредиво даље од њених физичких граница. И управо то Папску државу представља пре као државу над државама, тј. као светску „наддржаву”, и то не само због њеног верског или идеолошког утицаја на вернике у другим државама, већ у готово истој мери и због њеног световног утицаја на свакодневни живот грађана у многим садашњим лаичким државама света.

Поред Свете Горе и Ватикана, постоје и примери *привидних држава* (Андора, Лихтенштајн, Луксембург, Монако, Сан Марино, Фарска острва, итд), који такође представљају изузетке од правила која важе за праве државе. Поједине од њих су толико мале и малољудне, са тако неразвијеном унутрашњом организацијом, да је готово немогуће да тако мали број људи чини државу. Стога су оне привиди држава, резултат компромиса, а не изузеци од правила; речју, прихваћени остаци традиције Средњег века.

Најзад, постоје и *недовршене државе*, какав је случај са СФРЈ и СССР. Иако номинално федерације, у СФРЈ је савезним уставом било утврђено право на нулификацију, а у СССР и право на сецесију. Због тога је у правној науци често разматрано питање природе таквих недовршених држава, које данас више не постоје. Али, поред недовршених држава које више не постоје, правна наука и пракса познају и недовршене државе које постоје, какав је на пример случај са садашњом

⁴³ Папска држава захвата површину нешто већу од једног и по хектара. Смештена је усред Рима, са неколико стотина становника (700-800, на челу са Папом као врховним поглаваром свих Римокатолика у свету, свим свештеним лицима римске курије и швајцарском гардом заједно), и располаже изванредно сложеном и модерно уређеном државном организацијом. То као да потврђује један изузетак: једина амбасада у Ватикану која не ужива благодети екстериторијалности јесте италијанска амбасада, што је и логично. Ипак, занимљиво је да италијанска држава поседује и делић своје територије до које не може да се дође осим преко територије друге државе (Ватикана). Та територија је дворана за пријеме папе Павла VI, јер се граница Италије и Ватикана налази тачно испод узвишења где се римски Папа пење за време свечаности. Остатак просторије ужива екстериторијалност у корист Свете столице. Ако би се ту догодио неки злочин, биле би надлежне италијанске власти, с тим што италијанска полиција без позива и одобрења ту не би смела да крочи.

троентитетском БиХ (која упркос усвојеном уставу и заједничким органима није права држава све док се формално налази под међународним протекторатом УН). Такође, питање је да ли је Србија збиља права држава (имајући у виду унутрашњу окрњеност њена сва три главна елемента државе због проблема са покрајином Косовом и Метохијом, која се од 1999. налази под окупацијом). Најзад, и ЕУ је недовршена држава, јер још није постала федерација.

Наведени изузеци: атипичности, привиди и недовршености, показују да је појам државе много сложенији него што то може да се учини, чак и кад је реч само о њеним главним елементима. Он је још сложенији кад се елементи државе доведу у везу са њеном улогом и организацијом.

II глава

УЛОГА ДРЖАВЕ И ЊЕНЕ ПРОМЕНЕ

Функција државе: врсте и схватања (монистичко /телеолошко и синтетичко/ и плуралистичко /аналитичко/). Два значења функције државе: идејно (апстрактно: сапостојање људи) и техничко (конкретно: одбрамбено, заштитно, правно и културно значење). 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.

1. Функција и делатност државе

Држава је сврсисходна творевина која има своју функцију (циљ, задатак, мисију). Она ту своју функцију остварује вршењем својих државних делатности. Сходно томе, државна делатност је *средство* за остваривање функције државе, док је функција државе *циљ* конкретних државних делатности. И у томе се састоји друго главно или средње, социолошко-политичко значење државе, које јасно показује у којој су мери држава и право сврсисходне творевине испуњене значењем и смислом.

Функција је циљ државе, због чијег остваривања она постоји. То може да буде један, највиши циљ (монистичко схватање) или више њих (плуралистичко схватање). Исто тако, тај циљ може да буде онакав каквим га одређују државни управљачи (*субјективна* функција) или како се збиља остварује у друштву (*објективна* функција).⁴⁴ Сходно томе, постоји и велики број схватања о *друштвеној функцији државе*, од којих су најкарактеристичнија телеолошка, аналитичка и синтетичка схватања.⁴⁵

⁴⁴ Видети: С. Врачар, *Социјална садржина функције државнојавној порејка*, Београд, 1965.

⁴⁵ Видети: Р. Лукић, *Теорија државе и права*, стр. 198-199. и М. Живковић, *Теорија државе и права*, стр. 298-303.

Према најстаријим, *телеолошким схватањима*, почев од Платона и Аристотела, функција државе произилази из њене идеје, њеног смисла, који се различито одређују. Често се истиче да држава треба да обезбеди правду, слободу или опште добро (Аристотел, Лафарл, Мол, Рем), да одржава државни и правни поредак (Јелинек, Врачар), обезбеђује одбрану и заштиту (Трајчке) или развија културу (Фолценберг), да остварује класне (Маркс) или општедруштвене интересе (Диги).

Према *аналитичким схватањима*, функција државе се одређује на основу анализе конкретних државних делатности или њихових карактеристичних група. Обављање одређених послове, доводи до образовања посебних државних органа. На тај начин се постиже да држава у друштву дејствује систематски, опсежно и трајно. Најчешће се функција државе одређује двојако, као њена спољашња и унутрашња функција (тзв. класично схватање: Смит, Лерој-Болије, Журдан), али и тројако, додавањем тзв. културне функције (мисије) државе (С. Јовановић). Неки пут се функција државе одређује уважавањем особених историјских, географских и других околности (тзв. аналитичко-историјско схватање) које су довеле до наглог развоја државне организације. Неки пут, пак, функција државе се објашњава формално-техничким, правним разлозима, посебно разлозима правног облика, који су довели до специјализације државних послова на законодавне, управне и судске (Бајер, Келзен).

Према *синтетичким схватањима*, пак, постоји само једна функција државе. Њу оличава највиша вредност коју држава треба да оствари у друштву (Пертицоне, Лукић). Ту вредност, према класичним схватањима, представљају ред, мир, сигурност, заштита права и слобода људи, правда, итд, без којих није могуће нормално обнављање друштва. И све то државу представља као друштвену и политичку организацију која, сходно датим друштвеним околностима и одлукама својих управљача, поставља одређене циљеве и остварује их преко својих државних делатности.

Изгледа да разлике између монистичких (телеолошких и синтетичких) и плуралистичких (аналитичких: историјских и правних) схватања могу да се отклоне или барем ублаже кад се *јединствена функција државе одреди* сложено, тако што ће се у њој уочити две њене стране: њено *идејно* (апстрактно) и њено *техничко* (конкретно) значење. Према првом, функција државе оличава њену идеју која је врховни циљ. А он се састоји у омогућавању „сапостојања људи у друштву” као највећем могућем добру, тј. у њиховом заједничком животу који се одвија са што мање неусклађености, препрека, сукоба и борби који слабе и разарају друштво.⁴⁶ На тај начин, задовољени су захтеви монистичких (телеолошких и синтетичких) схватања. Али, пошто идејна функција државе због своје апстрактности не може непосредно да се остварује конкретним државним делатностима, њено идејно значење мора да се конкретизује. То се постиже одређивањем више њених главних задатака, тј. њених техничких значења, најчешће тако што се истиче да

⁴⁶ Видети: Р. Лукић, *Појам права*, „Зборник за теорију права”, САНУ, св. II, Београд, 1982, стр. 27.

држава располаже одбрамбеном (спољашњом), заштитном (унутрашњом), правном (организационо-регулативном) и културном (просветном, школском, здравственом, итд) функцијом, чиме су задовољени захтеви плуралистичких (аналитичких) схватања. И тек ти главни задаци државе непосредно могу да се остварују вршењем конкретних државних делатности. Узети заједно, они омогућавају остваривање идејне функције државе, тј. њеног највишег циља. То је разумљиво, јер је реч о организацији која је смислена од врха до дна, од најапстрактнијег циља (функције) до небројених најконкретнијих циљева (делатности).

Независно од тога како се одређује друштвена функција, држава увек остварује своју техничку *йравну* (организационо-регулативну) *функцију*. Та њена правна функција састоји се у издавању заповести о понашању људи, што је навело неке писце (Келзен, Бајер, Де Вијнев)⁴⁷ да функцију државе одреде као власт, пре свега законодавних и извршних органа. Такво схватање није тачно из два разлога: прво, зато што се функција државе непотребно сужава изједначавањем са главним облицима власти у државној организацији, и, друго, зато што регулативна и извршна функција наведених органа, као њихова редовна делатност, представља само средство за остварење правне функције државе. На тај начин, држава посебно *йреко* правне функције остварује своју идејну функцију. То је неопходно због извршавања главних друштвених и политичких задатака државе у областима одбране, заштите и културе. 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.

Држава своју функцију врши стварањем и доношењем општих и појединачних правних аката. Зато се каже да *функција йрава* увек мора да буде усклађена са *функцијом државе* у толико великој мери да држава може да се одреди као правна организација која регулише друштвене односе користећи монопол физичке силе. А ти друштвени односи које држава регулише првенствено су политички и економски. Држава може да регулише и друге односе, али она је створена пре свега због регулисања политичких и економских односа, и по томе се јасно разликује од других друштвених организација.⁴⁸

Од државне функције треба разликовати *државну делайносћ*, тј. свакодневне, готово небројене конкретне радње државних органа које су усмерене ка остварењу одређеног конкретног циља, задатка. И оне могу да се разврстају према степену сродности и конкретности по групама на више (области) и ниже (гране, секторе: на пример, правна функција државе на највише области законодавне, извршно-управне и судске делатности, од којих се свака понаособ састоји из више нижих грана и сектора делатности, такође распоређених по својој сродности и конкретности). Збирно дејство свих тих радњи (делатности) сачињава главне техничке функције државе, а збирно дејство главних техничких функција јединствену идејну функцију државе.

⁴⁷ Видети: Х. Келзен, стр. 317-320. и С. Јовановић, стр. 191-192.

⁴⁸ Р. Лукић, *Теорија државе и йрава*, стр. 220.

2. Промене у поретку државе

Држава своју функцију врши постојано. Али, могуће су и такве промене које доводе до прекида и измене њене функције. До тих промена долази или нагло, скоковито, или мирно, постепено. Сходно томе, може да се говори о револуционим и еволуционим променама у друштвеном и државно-правном поретку, тј. о тзв. „критичном” и тзв. „органском” добу (Сен-Симон). У првом су све државне и друштвене везе лабаве, губи се стабилност и траже нови правци. У другом, пак, те везе су чврсте, док се живот одвија без већих потреса и жеља за променама.⁴⁹

Најважније такве промене су: револуција, реакција, рестаурација, реформа, државни удар и пуч.

2.1. Револуција

Револуција је скоковита и свеукупна квалитативна друштвена промена. Она започиње, захваљујући генијалним открићима појединаца и њиховој научно-технолошкој примени, као *економска*, а завршава се као *политичка и социјална* револуција, најчешће уз употребу насилних средстава која важеће право забрањује. То није случајно: револуција је коренит преврат. Она означава раскид са целокупним дотадашњим друштвеним, државним и правним поретком. Као таква, она дубоко засеца у све друштвене односе (на пример, Француска револуција из 1789. године). У посебном смислу, као *формалнојавна* револуција, она означава коренит раскид са важећим правом, како је на пример код нас учињено „Законом о неважности правних прописа” од 5. априла 1946. године.⁵⁰

2.2. Реакција

Политичкој револуцији је супротна реакција. То је у ствари конзервативна револуција или контрареволуција. Она има за циљ да понови прошлост враћањем историје уназад. До ње обично долази после револуције, „кад на површину државног живота избијају људи који ништа не уче и ништа не заборављају”⁵¹, али желе да спрече или задрже не само револуционарне, већ и све друге промене у друштву. Контрареволуцију представља и она револуција која није надахнута прошлошћу, већ неизвесном или недостижном будућношћу, јер је лакше људима предочавати благодети неизвесне будућности, него извесне прошлости.

2.3. Рестаурација

Политичкој револуцији је блиска рестаурација, до које обично долази после револуције. Али, док реакција побија револуцију, рестаурација је прихвата и сматра још једним нужним беочугом у историјском ланцу развоја. На пример, Наполеон је пре

⁴⁹ Видети: Е. Спекторски, стр. 29-30.

⁵⁰ *Политичка енциклопедија*, Београд, 1979, стр. 1649.

⁵¹ Е. Спекторски, стр. 33.

повратка династије Бурбона у Француској поставио темељ рестаурацији, чије је правно ремек-дело *Codé Civil* из 1804. године. Али, често се у доба рестаурације праве грешке (Наполеон је покушао да направи ново племство од заслужних официра и чиновника), јер све дуготрајне последице револуције не могу унапред тачно да се предвиде.

2.4. Реформа

Реформа представља закониту, постепену и мирну друштвену промену, која се изводи без употребе насилних средстава. Штавише, реформу често свесно и намерно изазива или подстиче државна власт (реформе Петра Великог, Наполеона, Јосифа II, итд, све до данас у нашој земљи). Њен циљ је такође коренита промена друштва - али његовим усавршавањем, а не разарањем.

Реформа може да буде општа и посебна. Реформа права назива се *јравна* реформа или кодификација. Иако бројне и важне, реформе нису свемоћне, јер зависе од простора, доба и поднебља у коме се изводе.

2.5. Преврат

Преврат је незаконита насилна промена са становишта важећег права, којом се изводи смена власти. Најважније врсте преврта су државни удар и пуч. У случају државног удара, промену изводе поглавар или лица у самом врху државне власти (на пример, државни преврат у републици или дворски преврат у монархији), а у случају пуча лица на нижим положајима у државној организацији или чак изван ње (на пример, улични преврат).

Државни удар и пуч су краткотрајне, најчешће насилне промене, којима се не мења постојећи државни и правни поредак, већ само лица која врше највишу државну власт. Зато само револуцијом и реформом може коренито да се измени функција државе и права, док то није случај са другим променама. Таква коренита промена поретка пожељнија је кад се изводи реформом, јер је реформа постепена законита промена, 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.⁵²

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.⁵³ Стога настанак државе треба разликовати од њеног престанка.

⁵² Видети: R. Layton, *Order and Anarchy. Civil Society, Social Disorder and War*, 2006.

⁵³ Видети: П. Кенеди, *Усјон и њад великих сила. Економска промена и рајшовање од 1500. до 2000. године*, Београд-Подгорица, 1999.

Настајанак државе може двојако да се посматра: или као питање како је настала држава уопште, или као питање како историјски настају нове државе.

Одговор на прво питање пружају три главне групе теорија: теорија стварања, теорија еволуције и теорија револуције, са својим бројним варијантама.⁵⁴

Према *теорији стварања*, 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 настаје захваљујући постепеним променама у природном и друштвеном животу људи, и то усавршавањем и напредовањем људске заједнице (на пример, развојем родова и племена или њихове војне организације). Најзад, према *теорији револуције*, карактеристичној за другу половину XIX и прву половину XX века, државе настају као резултат квалитативне друштвене промене, тј. друштвених сукоба који не могу друкчије да се реше до успостављањем једне надмоћне друштвене организације која располаже монополом физичке силе (различите социолошке и марксистичке теорије).

Од настанка државе уопште, треба разликовати настанак конкретних нових држава. И том приликом, треба разликовати две ситуације: кад настане сасвим нова држава (по први пут уопште), или кад нова држава настане распадом неке претходне државе (као нова држава или њен настављач). Прва ситуација углавном припада прошлости. Данас на планети готово да не постоји таква резервна територија, која би могла да постане по први пут сасвим нова држава. Друга ситуација је карактеристична за модерно и савремено доба, кад се једна држава раздели (Чехословачка на Чешку и Словачку), кад се две или више држава стопе у једну (Енглеска, Велс, Шкотска и Северна Ирска у Велику Британију), или кад једна држава преузме државноправни континуитет претходне државе (СРЈ од СФРЈ).

Од наведене две ситуације треба разликовати промену владавине или уређења унутар исте државе. Таква промена сама по себи још не значи да је настала нова држава. Садашња Пета република у Француској није нова држава, него 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 поредак успостављен политичком револуцијом или државним ударом није нов поредак, већ његова модификација, под условом да он ефективно важи на истој државној територији. И у ова два случаја, захваљујући просторном и временском континуитету, сачувана је идентичност државе на основу начела ефикасности, које значи да држава важи од тренутка кад је њен целокупан поредак постао ефикасан без обзира на унутрашње промене које је претрпела, односно да престаје да важи од тренутка кад је њен поредак престао да буде ефикасан.

Захваљујући начелу ефикасности, ни признавање нове државе од стране других држава није апсолутан већ пожељан услов за њен настанак. Ипак, данас

⁵⁴ Видети: Е. Спекторски, стр. 29-30 и 33-34.

међународно признање има велику тежину за државу, јер оно значи да је држава као таква призната и прихваћена у међународној заједници.⁵⁵ Сложеним питањима признања државе посебно се бави међународно јавно право.

Данас се број држава у свету постојано увећава, иако више готово да нема слободних територија. Према речима претходног генералног секретара УН (Бутрос Бутрос Галија), Уједињене нације ће до 2050. године бројати око 400 државачланица. Уситњавање великих и ново глобално повезивање малих: то је образац најновијих промена на светској сцени, тој великој „шаховској табли“.⁵⁶

Престанак државе, обратно, значи да је једна држава потпуно престала да постоји, тј. да су уништени сви њени главни елементи: простор, становништво и власт. Али, то није апсолутни крај, јер кад једно нестане друго настане. Тако и престанак државе најчешће значи да је настала једна или више нових држава из делова претходне државе. До тога долази издвајањем (на пример, *сецесијом* бивших република из СФРЈ), „инкорпорацијом“ (добровољним присаједињењем, на пример Порторика са САД), анексијом (кад једна држава претвара део или целу другу државу у своју област: Аустро-Угарска са Босном, Немачка са делом Чешке или са Аустријом за време Хитлера), стапањем држава (Енглеска, Шкотска, Велс и Северна Ирска у Велику Британију), на основу међународног уговора (Ватикан), итд. Зато за престанак државе, као и за њен настанак, важи усклик: „Држава је умрла, живела држава!“.

⁵⁵ *Исјо*, стр. 28.

⁵⁶ Видети: З. Бжежински, *Велика шаховска табла*, Подгорица-Бања Лука, 2001.

III глава

ДРЖАВНА ОРГАНИЗАЦИЈА

Држава и организација. Државни апарат и 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 и комплементарност. 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: оружани и цивилни, демократски и бирократски, одлучујући и извршујући, политички и стручни, инокосни и зборни, централни и нецентрални, виши и нижи, заједнички и засебни, непосредни и посредни, суверени и несуверени. Законодавни, извршно-управни и судски органи у светлу претходних подела државних органа.

Први одсек

ДРЖАВА КАО ОРГАНИЗАЦИЈА

1. Појам државне организације

Држава са својом организацијом представља изванредно сложену, а вероватно и најсложенију људску творевину. Али, држава није само најсложенија људска творевина, већ и посебна правна личност, јер представља правну установу (субјект права: правно лице). У томе се састоји организационо-техничко, тј. треће или најуже значење државе.

Државна организација је свесно и плански створена друштвена творевина, установљена са одређеним циљем, са претходно утврђеним органима за извршавање одређених задатака (послова), посебно органима за примену државних санкција. Она суверено врши власт у друштву засновану на принуди. Као таква, државна организација представља шири појам од појма државног апарата, а готово од појма државног механизма, јер у демократијама обухвата и грађане који повремено учествују у вршењу власти, и на тај начин улазе у државну организацију (на пример, посланици или судије-поротници). Сходно томе, *државни апарати* сачињавају само она лица која као државни службеници врше државне послове трајно и професионално, у виду занимања. *Државни механизам*, пак, односи се на састав и везе државних органа, који сами по себи чине један механизам за вршење власти, али и на средства којима се користе државни органи кад примењују власт у друштву. Ипак, државном организацијом се понекад назива и онај њен део који сачињава државни апарат или државни механизам. То је разумљиво, јер државна организација у оба своја поменута посебна значења није ништа друго до нужна последица самог карактера државе.

Државна организација се јасно разликује од друштва и других друштвених организација, посебно по томе што је организована да једино она располаже монополом физичке силе, а затим и према врстама органа и државних 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 и посебна лица која воде рачуна о томе да сваки њен члан врши своју делатност у складу са важећим правом. Та лица могу да примењују санкцију 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. Кад не би постојао такав строг ред и склад у раду државних органа, државна организација би престала да постоји. Зато се за државну организацију и каже да је чвршће и сложеније организована од других друштвених организација, као и да располаже средствима којима друге мање-више сличне организације не располажу или располажу 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 начело строге потчињености једних и строге надређености других органа има посебан значај за њено функционисање. Тим начелима се одржава чврста хијерархичност, којом се обезбеђује да се тачно зна шта који орган ради.

Државна организација није дата једном заувек. И она се мења. У ствари, кад се посматра развој државне организације од њеног настанка до данас, лако може да се запази како је она 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 број људи који улазе у састав државне организације повећао, док су се послови предати у надлежност специјализованим државним органима увећали. На тај начин, државна организација је постајала све сложенија, а послови које државни органи врше све подробније правно регулисани.

Поменути развој државне организације повезан је са усложњавањем форме по којој се државни послови обављају. Посебно 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. Сходно томе, преовладало је схватање да те послове могу да обављају само посебно образовани државни службеници-специјалисти. Од тада до данас, државна организација се толико развила и искомпликовала да је постала изванредно значајан, ако не и најзначајнији чинилац у животу друштва. Тај развој је своју највишу тачку доживео у савременим државама на почетку овог века и миленијума.⁵⁷

⁵⁷ Видети: Р. Лукић, *Увод у право*, Београд, 1971, стр. 117-118.

2. Начела државне организације

Свака државна организација почива на начелима која јој прибављају неопходну меру уобличености и кохерентности. Она утврђују начин повезивања органа, метод одређивања њиховог места и распореда, као и њихово јединствено функционисање, тј. јасно показују састав, положај и везе између државних органа, јер имају за циљ 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. Уосталом, организација без начела, као и „дрвено гвожђе”, такође представља својеврсну противуречност.

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

Основним начелима установљава се и учвршћује целокупна државно-правна организација (на пример, начело легитимности). *Општим начелима* обухваћене су све области државе и њена целокупна правом уређена делатност (на пример, начело легалности или хијерархије). Обе врсте начела немају улогу само спољашњег елемента државе и права, већ су такође њихов саставни део. *Посебна и изведена начела* представљају разраду и конкретизацију основних и општих начела за сваки посебан део државе, за сваку посебну област државног организовања или за поједине историјске и савремене облике државе и права. Као таква, она су неопходна допуна и разрада основних и општих начела (начело територијалности или персоналности у јавном праву или начело да се склопљени уговори морају поштовати */pacta sunt servanda/* у међународном праву; начело уговарања или мирног решавања спорова пред арбитражама у пословном праву; начело правоснажности решења, пружања помоћи странци или начело о употреби језика и писма у процесном праву; или начело да је црква једна, света, саборна и апостолска у црквеном праву). *Чистио државна начела* карактеристична су само за државу, *чистио правна* само за право, а *мешовита* и за државу, и за право. Њима се узајамно повезују, међусобно одређују или ограничавају држава и право (државно је начело скупштинског система 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). Њима се подробно баве бројне позитивноправне дисциплине. *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. Начела сталности судства и независности судске функције утврђују положај судских органа, али начело контрадикторности

(*audiat et altera pars*) свакако припада другој врсти, јер се њиме одређује начин рада судског органа у парничном поступку.

У најважнија начела државно-правне организације спадају начело хијерархије, центро-периферне повезаности, координације, кооперације, корелације и комплементарности. Па ипак, бар су три начела основна. То су начело хијерархије, центро-периферно начело и начело координације. Она су у стварности неодвојива једно од другог, творећи јединствену целину. Захваљујући њима, између државних органа се успостављају најразличитије вертикалне, хоризонталне и дијагоналне везе, што утиче на сличне везе унутар права, као и на везе државне и правне организације.

Начело хијерархије означава или службену лествицу, ранг, према коме се одређује положај делова у организацији, или концентрисан израз права одлучивања и заповедања. Сходно томе, оно представља најважније начело државне организације. Састоји у томе што су сви државни органи, сходно количини власти којом располажу, међусобно вертикално распоређени на хијерархијској лествици. На тај начин, добија се „пирамида” или „купа” надређених и подређених државних органа. На њеном врху налази се суверен, а на дну најнижи државни органи, чиме се обезбеђује јединствено распоређивање државних органа и вршење њихових делатности. Али, 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 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 разврставање. И, пошто све опште правне норме немају исту правну снагу, то немају ни исто место на хијерархијској лествици. На тај начин, добија се „пирамида” или „купа” извора права на чијем се врху налази устав, испод њега закони, а испод закона подзаконски прописи (уредбе, декрети, одлуке, упутства и слично), као и уговори, обичаји или различити аутономни општи акти. Наведени образац је још сложенији у федерацијама, тако да се истородни правни акти исте правне снаге међусобно разликују према томе да ли је реч о савезним актима или о актима федералних јединица. На пример, у швајцарском скупштинском систему власти постоје два основна хијерархијска степена којима се изражава подређеност владе парламенту. Парламент је хијерархијски виши орган, док је влада хијерархијски нижи орган који за свој рад одговара парламенту. У случају сукоба уредбе владе са законом парламента, закон има предност. Исто тако, чврста хијерархијска веза се успоставља и између органа који имају исту стварну, али различиту месну надлежност, какав је случај са судским или управним органима. Чврстине те везе посебно доприноси то што државни орган може да доноси своје прописе само на основу овлашћења које му је дато од вишег органа, и то често само на основу поступка који је прописао виши државни орган. Виши државни орган, штавише, понекад својим прописом може да одређује садржину прописа нижег органа. На тај начин, упоредо са

хијерархијском лествицом државних органа, ствара се и хијерархијска лествица правних аката између којих увек мора да постоји склад. Зато се каже да те две хијерархијске лествице представљају два лица исте појаве: власти којом располаже држава.

Начело центро-периферно 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 да остварују своје задатке. То начело је дакле наизбежно, јер се иоле развијен државни апарат састоји из већег броја органа које све треба повезати и бочно, а не само вертикално и хоризонтално. И управо такво повезивање државних органа сачињава суштину начела центрo-периферне повезаности.

Начело координације показује да је успостављен складан однос између органа у државној организацији, насупрот нескладним односима. Оно никад није потпуно остварено, јер је држава релативно хармонична заједница која не може увек и у свим правцима подједнако успешно да координира активности својих органа у мери у којој би то иначе желела. Идеално стање координације због тога нигде није постигнуто. Зато се сматра да је оно успостављено у пожељној или довољној мери увек кад држава врши своје редовне делатности без озбиљнијих 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. Штавише, начело кооперације државних органа представља правно утврђену радну обавезу државних органа.

3. Елементи државне организације

Ма колико државна организација била сложена и развијена, она се увек састоји из два главна елемента: државних службених лица и државних органа.

Државним службеним лицима називају се лица која врше државну власт. Она се разликују од обичних грађана по томе што само она 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 из државних службених лица. Том приликом, на јединственост органа не утиче 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. Кад би то био случај, радило би се о две државе. Али, држава и оно физичко лице које врши функцију органа, збиља јесу два правна субјекта. Речју, државна службена лица у саставу државних органа само позајмљују своју свест, вољу, жељу (хотење) и активност органима и држави. Изван тога, она су изједначена са другим грађанима.

Други одсек ДРЖАВНА СЛУЖБЕНА ЛИЦА

1. Лица која врше власт у државној организацији

Државна службена лица су сва лица која врше државну власт. Она се деле на службенике и неслужбенике, према томе да ли своју делатност обављају као стално занимање (професију) или не.

Државни службеници су лица која врше државну службу као стално занимање, тако да им управо она представља главни извор прихода. Они за свој рад добијају плату. Њена висина обично зависи од ранга који имају на службеној лествици.

Поред државних службеника, постоје и државни *неслужбеници*. То су лица која имају сопствено стално занимање, док државну службу врше привремено или повремено. Она могу и да напусте своје стално занимање како би вршила државну службу, после чега поново могу да му се врате. Такав је случај са грађанима који су изабрани да у неком унапред тачно одређеном времену врше државне послове (посланици или судије-поротници). По себи се разуме да су неслужбеницима у државној служби поверени такви послови који не захтевају располагање посебном стручном спремом коју имају државни службеници. Неслужбеници, сходно томе, за своју службу не примају плату, већ је врше из почасти. Али, ако им вршење службе осетније смета у обављању њиховог редовног занимања, због чега се смањују њихова средства за живот, њима се даје извесна накнада за све време проведено у државној служби.⁵⁸

2. Надлежност државних службених лица

Сродне врсте послова групишу се у целине и поверавају једном или неколицини службених лица која чине јединствену службену јединицу – државни орган. Државни посао који врши један државни орган назива се надлежност. *Надлежности* (делокруг, компетенција) дакле представља скуп послова које обављају државна службена лица као органи државне организације.

Надлежност може да буде редовна или ванредна. Сходно томе, разликују се стварна и месна надлежност од функционалне надлежности.

Стварна надлежности се одређује према врсти послова које обављају државна службена лица. На пример, суд има различиту стварну надлежност од скупштинe или органа управе. То значи да службена лица распоређена у главним врстама државних органа увек имају различиту стварну надлежност. Али, стварна надлежност се одређује и међу лицима и органима који врше исту врсту државне делатности, тј. припадају истој врсти државних органа. На пример, према стварној надлежности одређује се врста суда који треба да суди за одређену врсту кривичних

⁵⁸ Видети: Р. Лукић, стр. 118-119.

предмета. Сходно томе, првостепена надлежност је подељена између општинских и окружних судова, при чему главно мерило за разграничење послова представљају тежина кривичног дела и запређена казна. И не само кад је реч о суђењу, стварна надлежност је подељена између појединих судова или судских органа у оквиру истог суда према врсти послова који се изводе у појединим деловима покренутог поступка (кривичног или неког другог). Стварна надлежност је расподељена и према томе да ли је реч о судовима опште надлежности (општински судови) или не (војни и трговачки судови). Стварна надлежност је слично расподељена и кад је реч о другим врстама судских поступака.

Кад исту стварну надлежност има више службених лица, односно органа на различитим местима, они ту надлежност врше у одређеним територијалим границама. Тако одређена надлежност назива се *месном надлежношћу*. На пример, два општинска или окружна суда имају различиту месну надлежност. То значи да се месна надлежност одређује на основу везе између врсте предмета и подручја одређеног суда, односно да се месном надлежношћу одређује ко ће од стварно надлежних судова судити у конкретном предмету. Исто правило важи за скупштину, органе извршне и управне власти, који своју делатност такође обављају само на одређеној територији. Изузетак од наведеног правила постоји само кад више државних службених лица раде у истом државном органу.

Наука показује да постоји и трећа, ванредна врста надлежности, која се врши повремено и траје привремено, иако се она посебно не спомиње у позитивном праву. Таква посебна врста надлежности назива се *функционална надлежност*. Сматра се да она постоји кад, на пример, више судова поступа на исти начин у истој правној ствари. Међутим, она постоји и кад се одлуком вишег државног органа образује посебан орган, састављен од стварно и месно различито надлежних државних службених лица. Такав посебан државни орган са функционалном надлежношћу, образује се према потреби (*ad hoc*), за извршење посебног задатка (на пример, кризни штаб). Он постоји све док се задатак не обави или док се не укине одлуком органа-оснивача. Потребна за функционалном надлежношћу правда се лакшим и успешнијим обављањем посебних врста послова које други органи не могу тако лако и успешно да врше као своје редовне послове.

3. Однос државних службених лица према држави: држава као установа

Тежња државних службеника да се осамостале, па чак и изузму од закона, актуелизује питање њиховог односа према држави. Као што може да се примети, ради се о томе на који начин држава може да се издвоји од људи који је чине, односно какав је правни положај људи који улазе у састав државне организације.⁵⁹

На питање да ли су државна службена лица држава или не, одговара се двојачко. Према првом одговору, државну организацију сачињавају људи из којих

⁵⁹ Видети: Р. Лукић, *истио*, стр. 119-121. и *Теорија државе и права*, стр. 67-69.

се она састоји. Држава није ништа друго до група људи који намећу своју власт другима. Суштину овог схватања верно изражава гесло Луја XIV: „Држава, то сам ја!” (*L'État, c'est moi*). Према другом 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 је сачињавају. Та целина се схвата као посебно јединство, посебно биће, посебна правна личност, која има своју посебну вољу. Пошто се државна организација сматра „организмом за себе и за друге”, то се људи који врше државну власт сматрају њеним органима. Као такви, они морају да разликују „себе када врше државну делатност” од „себе као приватних лица”.⁶⁰ Наведено разликовање производи још једну значајну последицу: дејства радњи државних службених лица (службеника и неслужбеника) не урachuнавају се непосредно њима, већ односном државном органу, тј. држави. Такође, држава је трајнија од људи који је сачињавају. Она не зависи од конкретних људи који врше власт као појединци, већ од појединаца који као правни субјекти у границама своје правно утврђене надлежности врше власт као њени државни органи.

Данас је прихваћено гледиште о држави као *установи*, а не као простом скупу лица која је чине. Зато се држава као друштвена творевина, која постоји независно од људи који улазе у њен састав, сматра и назива установом. Као установа, држава је састављена из службених лица која раде у њено име, за њу и уместо ње, позајмљујући јој део своје свести, воље и жеље (хотења).⁶¹ Сходно томе, „државна власт не припада људима као личностима, већ само као службеним лицима”.⁶² А то значи да та лица као јавне личности служе државним интересима. Кад тако поступају, она су дужна да своју вољу заодену у прописани облик правног акта (закона, нередбе, пресуде, итд), односно морају да поступају у оквирима своје надлежности управо онако како би и сама држава поступала кад би то могла, а не онако како би то они сами желели. Ко ради у име државе, не сме да се руководи субјективним (личним) мотивима. Његови мотиви морају да буду објективни (или бар објективизирани). И што је држава боље организована, то је она јасније разграничена од приватне делатности својих чланова. Њена главна делатност састоји се или у примени правних норми, или у стварању правних норми, или у предузимању различитих материјалних аката (радњи) које претходе праву или се на њему заснивају.⁶³

4. Државна бирократија и технократија

Број државних службеника у свим државама света све више расте. Такав огроман раст није само резултат развоја савремених држава и све бројнијих и разноврснијих послова које оне обављају, већ и све већег захтева за службеницима који располажу све већим специјализованим знањем, а не само стручном спремом (различити научни институти, државне агенције, итд). На тај начин се у самом

⁶⁰ Видети: Р. Лукић, *Увод у право*, стр. 120.

⁶¹ Видети: С. Јовановић, *О држави*, стр. 89-95.

⁶² Р. Лукић, *Увод у право*, стр. 121.

⁶³ Видети: Р. Лукић, стр. 121.

државном апарату образује посебан слој сталних државних службеника. Тај слој људи, који образује свој посебан поглед на место и улогу државе у друштву, назива се државном бирократијом и технократијом.

Бирократија се првенствено односи на руководеће државне органе који управљају или заузимају водеће положаје у државној организацији, а *технократија* на оне стручне органе који су посебно оспособљени у областима тзв. егзактних наука, који у свом раду користе управо таква знања, строго се држећи тзв. „објективних научних закона”. Технократија је дакле посебан друштвени слој људи, као и бирократија. Али, у смислу система политичке власти, технократија је посебан слој стручњака који располажу великом влашћу приликом доношења важних или најважнијих одлука. У савременим развијеним државама, технократија представља привилегован слој и унутар саме бирократије.

Претеран утицај стручних органа је непожељан и штетан. Због тога је посебно значајно да у држави буду сузбијени бирократизам и технократизам. То је посебно значајно због тога што моћ најразвијенијих савремених држава, издвајањем професионалног слоја управљача, чини да такве државе постану моћније од самог друштва. Али, ако су претерани етатизам, оличен у бирократизму и технократизму, непожељне појаве, сама држава са својом државном бирократијом и технократијом то није, јер ниједна држава не може да постоји без професионалног и стручњачког слоја државних службеника. У ствари, државна бирократија и технократија су чак и пожељни (С. Јовановић), али само у рационалној и функционалној држави. У противном, држава у веома кратком року може да се преобрати у свемоћну државу са неодговорном бирократијом и технократијом. И управо за такву државу која је несврсисходно бирократизована, односно технократизована, каже се да је бирократска или технократска.

Трећи одсек ДРЖАВНИ ОРГАНИ

1. Појам, елементи и својства државних органа

За државни орган се каже да представља организациону јединицу државне организације. Као такав, државни орган се јасно разликује како од државног службеног лица, тако и од државе.

Државни орган се разликује од државног службеног лица по томе што је *државно службено лице* физичко лице, док је *државни орган* организациона јединица састављена из једног, неколицине или великог броја државних службених лица. Такође, државну организацију увек сачињава група људи, а никад један човек, какав је случај са државним службеним лицем. Та група људи не врши све државне послове заједно, већ су они међу њима подељени. Због тога службена лица у саставу државних органа обављају одређене врсте државних послова и правно не смеју да се

мешају у послове других службених лица у саставу других државних органа. Речју, државни органи сачињавају организационо и функционално једну целину, док су службена лица увек физичка лица која улазе у састав тих целина.

Државни орган се разликује и од државе, као део од целине, посебно од општег. Као такав, он је саставни део државне организације. И, пошто држава не може да постоји без или изван својих органа, то је они, као носиоци њеног унутрашњег живота, представљају у спољашњем саобраћају. Држава без својих органа ништа не може сама да уради. Ипак, личност државе треба разликовати од личности њених органа, иако држава и њени органи нису два различита субјекта.

За државни орган се каже да обавља унапред одређене делатности или послове (стварна надлежност) на одређеној територији (месна надлежност). Да би постојао и обављао своје послове, сваки државни орган састоји се из четири елемента: *личној* (једног или више службеног лица), *материјалној* (средстава и имовине), *циљној* (сврсисходног вршења одређене врсте државних послова због којих је успостављен) и *вредносној* (вођења рачуна о остваривању основних државних, правних и друштвених вредности). У зависности од тога који од ових елемената претеже, зависи врста државног органа.

Сваки државни орган исто тако располаже посебним својствима, али су нека *својства* заједничка свим државним органима.

Прво својство тиче се лица која дејствују као државни органи. Она немају никаква субјективна права на пословима које врше у име државе (не могу да их наследе, купе или закупе). Једино субјективно право које она имају као државни органи, јесте њихово право да буду призната као државни органи. На пример, судијска власт не припада судији као таквом већ држави, док судијско својство припада судији лично. Али, и то својство под одређеним условима може да буде укинато привремено или трајно (на пример, одузимањем грађанских права). Зато делатност органа у суштини и није ништа друго до испољавање државне власти. Речју, субјект државне власти нису државни органи, већ је то сама држава. А то значи да сваки државни посао мора да се врши у државном интересу, као јавна служба.⁶⁴

Друго својство тиче се образовања државних органа, које мора да буде правно одређено и усклађено са правним поретком. У почетку су државни органи образовани фактички, простим наметањем силом од стране најјаче друштвене групе. Данас се државни органи образују помоћу права, и то према унапред тачно утврђеној правној процедури, било да је реч о избору, било о постављењу.

Треће својство тиче се воље државних органа, која никад не сме потпуно да се изједначи са вољом државе. У савременим државама предузимају се различите мере како би се власт спутала и подвела под право (подела власти, зборна организација појединих власти, системи надзора и праћења рада државних органа, итд), што значи да воља сваког државног органа улази у састав државне воље само својим безличним, објективизираним делом.

⁶⁴ Видети: С. Јовановић, стр 143-145.

Четврто својство показује да државни органи морају да буду одговорни, посебно за злоупотребу власти, што значи да и они треба да одговарају за последице својих противправних радњи. Начело одговорности државних органа због злоупотребе власти представља један од најважнијих садржаја начела владавине права. У противном, „где год закон престаје, тиранија настаје”.⁶⁵

Пето својство односи се на састав државних органа. Они се по правилу састоје из физичких лица, али у одређеним случајевима то могу да буду и правна лица. Такав случај постоји кад се обављање извесних државних послова повери општини, која је правно лице. Ипак, ни општина поверене послове не може да врши непосредно, већ посредно, преко физичких лица која улазе у састав њених органа. Такође, ни сам државни орган не може да има свој орган. Кад се неком државном органу повери неки посао, он тај посао не може да пренесе на неки други орган. Изузетак од тог правила представља пример са пословима који се поверавају општини, а које извршава одговарајући општински органи.

2. Главне врсте државних органа

У држави постоје различите врсте државних органа који обављају различите врсте послова. Ти послови, из којих се састоји делатност државе, представљају правно утврђену надлежност сваког појединог државног органа. То је случај чак и са 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. Кад би то био случај, сви државни органи би располагали истом количином власти и правном моћи, односно сви би били суверени, што је немогуће.

Сви државни органи могу да се разврстају на различите начине. Х. Келзен наводи две врсте: једноставан (прост) и сложен орган; С. Јовановић четири: суверени, несуверени, агенти за правне послове и агенти за техничке послове; Ф. Тарановски две: директни (непосредни или врховни) и индиректни (посредни или потчињени); Р. Лукић десет: оружани и цивилни (грађански), демократски и бирократски, одлучујући и извршујући, политички и стручни, инокосни и зборни.⁶⁶

Подробна подела државних органа чини предмет бројних позитивноправних наука. Ипак, задржаћемо се на њиховој последњој подели, коју ћемо допунити другим поделама државних органа.

⁶⁵ Ц. Лок, *Две расправе о влади*, II том, Београд, 1979, стр. 110.

⁶⁶ Видети: Х. Келзен, стр. 256-257; С. Јовановић, стр. 147; Ф. Тарановски, стр. 423-424; Р. Лукић, стр. 124-132.

2.1. Оружани и цивилни органи

Оружани органи представљају саставни део државе као организације са монополем физичке силе. То су најважнији државни органи који непосредно располажу државном силом и примењују је. Њихов значај је толики да држава пре може да се замисли без свих других државних органа, него без својих оружаних органа.

Оружани органи могу да имају већи или мањи утицај на вршење државне власти, због чега њихов положај није исти у свим државама. Они могу или стварно да врше државну власт, или само да помажу другим органима да је врше.

У савременим демократским државама, цивилни органи доносе одлуке које извршавају оружани органи као њихови помоћни органи. С друге стране, начин на који се оружани органи потчињавају цивилним органима, крајње је различит. Најчешће највиши демократски цивилни орган добија врховну команду над оружаним органима, потчињавајући стручни војни кадар својим заповестима. Сходно томе, одлуку о употреби оружја доносе цивилни органи који немају оружје, док оружје употребљавају оружани органи који немају право да доносе одлуку о његовој употреби. Држава у којој власт имају цивилни органи, назива се *цивилна држава*, а друштво са таквом државом *цивилно друштво*.

На положај оружаних органа утичу различите околности. Најважнија је она која произилази из карактера државе као организације за примену насиља. И збиља, држава може да врши различите државне задатке, али њен главни задатак је да регулише друштвене сукобе. Она, по правилу, то чини мирним путем. Али, кад се то покаже недовољним, она прибегава употреби насиља. И управо тад до посебног изражаја долазе оружани органи. Самим тим расте и њихова улога у државној организацији, јер они неминовно добијају већи утицај на државну власт. Улога оружаних органа посебно расте у ратним временима.

У свакој иоле развијеној државној организацији постоје две главне врсте оружаних органа са бројним подврстама. То су војска и полиција.

Војска представља главни део оружаних снага државе. Она је стварни носилац оружане физичке силе. И као што се војска увек употребљава у случају рата, она се исто тако ретко кад користи за осигурање унутрашње безбедности, тј. реда и мира, поретка. Кад у држави превлада утицај војних органа (милитаризација), таква држава се назива *милиитаристичка држава*.

Већина данашњих држава има војску. Али, у свету постоји десетак држава без војске (Андора, Исланд, Лихтенштајн, Монако, Сан Марино, Науру, Палау, Хаити, Панама). Најпознатији је пример Костарике, до скоро најбогатије земље Латинске Америке са четири милиона становника, која је уставом из 1948. године потпуно укинула војску.

Полиција чини другу, исто тако важну групу оружаних снага. И полицију сачињавају наоружане и покретне снаге. Њен главни задатак је да одржава унутрашњи мир и ред у држави. Због тога се полицијске снаге распоређују на целокупној државној територији, док то са војском не мора да буде случај. На тај начин, постиже се да сваки цивилни орган има на располагању извесну оружану силу

помоћу које може да изнуди поштовање својих одлука. Зато је мирнодопска улога полиције важнија од мирнодопске улоге војске, и обрнуто. И полиција, такође, може да буде мање или више демократизована или бирократизована, са мање или више власти. Држава у којој власт има полиција, назива се *полицијска држава*.

У појединим земљама, постоји и трећа, мешовита врста оружаних органа, тзв. *жандармерија*, која представља полицијско-војну оружану формацију. Њен првенствени задатак није да брани земљу од напада споља, што је задатак војске, нити да само 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.

У војним, жандармеријским и полицијским органима најстроже је спроведено хијерархијско начело, док је оно у нешто блажој мери спроведено међу цивилним органима државе. Карактер ових органа и врста њихових задатака одређују и њихову посебну организацију, која је подробно разрађена. Због тога је лакше класификовати оружане него цивилне органе.⁶⁷

2.2. Политички и стручни органи

Политичким се називају органи који доносе главне државне одлуке, који руководе државом и одређују политику државе, а *стручним* они који одлуке политичких органа спроводе у живот, евентуално и сами доносећи мање важне одлуке.

Политички органи доносе најважније политичке одлуке, одређујући општи смер и начин вршења државне власти. Зато они у правом смислу владају државом. Најважнији политички орган у држави је суверен. Политички су и други органи који доносе опште правне акте. Међу њима, посебно место припада законодавним органима. Насупрот политичким, стручни органи су они који врше различите и многобројне делатности у држави, и то делатности које захтевају одговарајућу стручну спрему и специјализацију за управљање државним пословима.

Политички органи су обично састављени од грађана, који имају своје редовно занимање изван државне службе. Насупрот њима, стручни органи су састављени од лица која располажу неопходном стручном спремом за вршење државне службе. Они ту службу обављају као редовно занимање и за то примају плату. У демократским државама политичка лица се бирају, а стручна постављају.

Политички и стручни органи спојени су начелом хијерархије у јединствену државну организацију. То значи да они нису међусобно равноправни или независни једни од других. И они су подељени на више и ниже и тако распоређени на хијерархијској лествици да сваки политички орган има под собом бар један или неколико стручних органа који извршавају његове политичке одлуке. Ипак, у пракси не постоји тако строга подела међу њима, јер извршење одлуке садржи у себи бар делић одлучивања. Зато постоје и тзв. мешовити органи, који некад имају политички, а некад стручни карактер, зависно од тога која страна претеже у њима.⁶⁸

⁶⁷ Видети: Р. Лукић, стр. 124-126.

⁶⁸ Исто, стр. 129-131.

2.3. Одлучујући и извршујући органи

Сви органи могу да се распореде на хијерархијској лествици према количини власти којом располажу. Поред ове лествице, постоји и хијерархијска лествица правних аката. Она по правилу одговара хијерархијској лествици државних органа. Паралелизам ових лествица сам по себи спречава да дође до несагласја између врсте државног органа и правних аката које тај орган доноси.

На самом врху хијерархијске лествице налази се највиши државни орган, који издаје заповести свим другим нижим државним органима, који су према њему извршни. Највиши орган оличава државно јединство и обезбеђује складно функционисање целокупне државне организације. Будући суверен, он је искључиво *одлучујући* орган. На супротном крају хијерархијске лествице, налази се најнижи државни орган који је искључиво *извршујући*. Између ова два органа, од којих се један налази на самом врху, а други на самом дну хијерархијске лествице, налазе се сви други државни органи, који су истовремено надређени нижим и подређени вишим државним органима. Сходно томе, сваки виши орган је одлучујући, док су нижи органи извршујући. Виши орган издаје заповести нижим органима, који су дужни да их извршавају. Таквом распореду државних органа одговара распоред њихових правних аката. Сходно реченом, одлучујућим органима у *ширем смислу* сматрају се сви органи који доносе одлуке. То може да буде суверен (који је правно неограничен), или представнички орган (који доноси одлуке којима се мења правна ситуација мноштва субјеката који испуњавају исте услове), или сви други органи чијим се појединачним одлукама мења правна ситуација неког појединачног субјекта. У једном посебном, *ужем смислу*, одлучујући органи су само они који својим појединачним одлукама мењају правну ситуацију (правно стање, правни статус) одређеног субјекта. По правилу, то су судски органи. Суд је одлучујући орган кад доноси пресуду која се односи на појединца. Али, у ширем смислу, суд је извршујући орган у односу на законодавца, јер своју пресуду мора да донесе у складу са законом.

Сви други органи који врше материјалне радње, принудне или неке друге, називају се извршујућим, насупрот одлучујућим органима. Сходно томе, извршујући у *ширем смислу* је сваки орган који је подређен вишем државном органу. Иако такав орган доноси правне акте, за његово својство извршујућег органа важније је да он врши материјалне акте. Извршујући у *ужем смислу* је најнижи орган на хијерархијској лествици, који само извршава материјалне акте. На пример, кад суд донесе пресуду или неку другу судску одлуку, ту његову правну одлуку извршавају својим материјалним радњама за то специјализовани органи (принудна наплата пореза, извршење смртне казне или казне затвора, итд).⁶⁹

⁶⁹ Исто, стр. 127-129.

2.4. Демократски и бирократски органи

Ни између демократских и бирократских органа не може лако да се утврди разлика, јер се у државној организацији често дешава да демократски органи постављају бирократске, док се избор највиших бирократских органа (на пример, владе) врши демократски. Самим тим, не могу сасвим једноставно да се одреде, нити разграниче ове две врсте органа. Ипак, разлика између демократских и бирократских органа најлакше може да се одреди према начину на који неко лице улази у државну организацију, иако је реч о формалном и техничком, а не о садржинском мерилу.

Постоје два главна начина на које неко физичко лице постаје државно службено лице. Први начин је демократски, а други бирократски. У првом случају, државни орган је тако организован да појединци постају државна службена лица избором од стране грађана. У другом случају, државни орган је тако организован да воља грађана не долази до изражаја приликом избора неког појединца за државно службено лице.

У већини савремених држава демократски избори представљају главни начин за избор колегијалних (зборних) државних органа, а у нешто мањој мери и за друге врсте државних органа. Да би појединци могли да буду изабрани на демократски начин, потребно је пре свега да они буду грађани. Где су појединци поданици, избори нису потребни. Поред тога, потребно је да грађани располажу гласачким правом (тзв. правом гласа), да претходно подробно буду утврђена правила изборне процедуре (од евидентирања кандидата до објављивања изборних резултата) са истим таквим системом представљања (на пример, по коме ће се расподељивати посланичка места). Важно је да једно лице не може да постане државно службено лице без изборне воље грађана. Зато *изборносћ*, као генерички појам за демократски начин избора државних службених лица, представља грађанско својство преточено у скуп демократских правила о томе како се бирају државна службена лица и носиоци других јавних овлашћења.

Бирократски начин представља други главни начин за образовање државних органа. Карактеристичан начин бирократског образовања државних органа представља *постављење*, кад је неко лице појединачним правним актом (указом, одлуком, решењем) вишег органа изабрано, тј. постављено да врши неки државни посао. Постављење се посебно користи кад је реч о управним органима, а у променљивој мери и кад је реч о судским органима. То се и данас правда стручним квалификацијама будућих државних службеника, због чега се не користи демократска изборна процедура, већ се меродавним сматра мишљење вишег стручног органа. Поред постављења, органи могу да се образују *наслеђивањем* и *узурпацијом*. Док је наслеђивање законит бирократски начин доласка на власт, узурпација то није.

Данас је само законодавна власт доследно демократизована, док су друге две то само повремено или у незнатној мери. Такође, демократски органи могу да се бирократизују, а бирократски демократизују. Ипак, управни органи су у целости

бирокартски, јер се готово цео управни апарат поставља, док су представнички органи у целости демократски, јер се бирају на изборима. За разлику од њих, судски органи се негде образују демократским, а негде бирократским начином, јер се негде судије бирају, а негде постављају.⁷⁰

2.5. Инокосни и зборни органи

Државни органи се према броју лица из којих су састављени, деле на инокосне (индивидуалне) и зборне (колегијалне). Инокосни органи састоје се из једног физичког лица, а зборни из више физичких лица. У првом случају, државно службено лице је сам инокосни орган, док су у другом случају државна службена лица (службеници и несљубеници) делови зборног државног органа. Ипак, инокосан орган се сасвим ретко састоји из једног физичког лица (службеника или несљубеника).

Инокосан је онај орган у коме само једно службено лице представља тај орган, иако може да му помаже више физичких лица. Судија за прекршаје или јавни тужилац збиља јесу инокосни органи, иако им у њиховом раду помажу друга лица. Та помоћна лица су потчињена датом инокосном органу, што значи да она сама не могу да доносе никакве одлуке, већ само да пружају неопходну стручну помоћ приликом доношења одлука (проучавају дотично питање, прикупљају грађу за одлуку, предузимају друге неопходне припремне радње, итд.). С друге стране, зборни је онај орган у коме одлуке равноправно доноси више физичких лица. Зборни су сви представнички органи, судска већа, влада, одбори или савети.

Зборни органи састоје се из више лица која равноправно учествују у доношењу одлуке. Зато је веома важно да сви чланови зборног органа буду присутни, како би орган могао да ради. Али, такво присуство не може увек да се обезбеди. И због тога се одређује *кворум*, тј. минималан број лица која морају да буду присутна да би орган пуноважно радио. У важним случајевима, кворум може да обухвати број чланова који је близак њиховом потпуном броју или чак њихов потпун број. У мање важним и мање хитним случајевима, кворум обично броји половину или мање од половине чланова зборног органа. Кад нема кворума, орган не може да доноси пуноважне одлуке, већ евентуално може да расправља о мање важним питањима за која није потребно гласање.

Одлуке у зборном органу доносе се двојачко: једногласно или већином гласова. У првом случају, за доношење пуноважне одлуке захтева се *једногласност* (консензус), нарочито кад је број чланова зборног органа мали. Идеално би било кад би лица у зборном органу увек једногласно доносила одлуке. Али, то се ретко дешава. Због тога се одлуке по правилу доносе *већином гласова*. Али, ни тад се не захтева увек иста већина гласова. Најчешће се захтева *обична* (релативна, проста) већина, кад је одлука донета простом већином гласова. Кад се доносе посебно важне одлуке, тј. кад се захтева половина свих гласова са још најмање једним гласом више, реч је о *ајсолућној* већини (50% + 1). Најзад, изузетно, одлуке могу

⁷⁰ Исто, стр. 126-127.

да се доносе и тзв. *квалификованом* већином, кад 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). По правилу, закони се доносе обичном већином, а устав апсолутном већином гласова. Али, за посебно важне (уставне, органске, основне или опште) законе може да се захтева апсолутна већина, а за доношење устава квалификована већина гласова. На тај начин, и већином гласова, жели да се истакне важност правног акта који се доноси.

Да ли ће неки државни орган да буде зборан или инокосан, то пре свега зависи од посла који обавља. Кад орган доноси начелне одлуке, он је пре и све више зборан, док је број његових чланова већи. Кад орган доноси конкретније одлуке или само извршава одлуке других органа, он је све мање зборан а све више инокосан. Пошто су демократски органи по правилу и руководећи политички органи, они су најчешће организовани као тзв. тела (зборни органи).⁷¹

2.6. Централни и нецентрални органи

Подела државних органа на централне и нецентралне (периферне) постоји у свакој иоле развијеној државној организацији. Она зависи од тога како су у конкретној држави спроведени начело хијерархије и центрo-периферно начело, тј. који органи врше централну, а који нецентралну власт.

Централна власт се распростире над целом државном организацијом, јер су њене одлуке обавезне за све, што значи да само она својом вољом може да ограничи дејство својих одлука. Пошто се централна власт распростире над целом државном организацијом, самим тим, она се распростире и над целокупним државним простором и становништвом. За разлику од ње, *нецентрална власт* се не распростире над целом државном организацијом, јер њене одлуке нису обавезне за све, што значи да она сопственом вољом не може да ограничи дејство одлука централне власти. Пошто се нецентрална власт не распростире над целом државном организацијом, тј. државом, већ само над једним њеним делом, самим тим, она се распростире само над делом државног простора и становништва.

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 органи нецентралне власти. Њихов задатак је двострук: да примају и извршавају наређења централних органа и да се старају о испуњавању месних потреба. За разлику од централних, *нецентрални органи* могу да се разврстају према различитим мерилима. Они се обично разврставају према територијалном, личном и реалном мерилу, што значи да се њихова власт врши или над делом становништва једне територије, или над делом становништва које располаже извесним особеностима (национална припадност, вера, професија, итд), или над свим службеним лицима различите стварне надлежности којима је поверено вршење државних послова. Сходно томе, постоје локални, персонални и реални нецентрални органи. Међу њима, преовлађују они

⁷¹ Исто, стр. 131-132.

нецентрални органи који своју власт врше само на делу територије, иако у савременим државама постоје и друге врсте нецентралних органа.

Нецентрални органи могу да се разврстају на централизоване и децентрализоване, већ према свом положају спрам централних органа власти. Сходно томе, разликује се централизација од децентрализације, о чему ће бити речи у следећој глави.⁷²

3. Друге врсте државних органа

Поред наведених, државне органе је могуће разврстати на више и ниже, суверене и несуверене, заједничке и засебне, једноставне и сложене, непосредне и посредне, итд, како је већ поменуто. Подела органа на више и ниже најближа је подели на одлучујуће и извршујуће, подела на суверене и несуверене подели на политичке и стручне, подела на заједничке и засебне подели на централне и нецентралне, подела на једноставне и сложене подели на инокосне и зборне органе, итд.

Пошто је у државној организацији најважнија подела државних органа на законодавне, извршно-управне и судске, о чему ће такође бити речи у следећој глави, то је ове органе могуће одредити на основу претходно изложених врста државних органа. Сходно томе, *законодавни орјани* су увек цивилни, демократски, одлучујући, политички и зборни; *орјани извршне власћи и управе* су: оружани (војска, полиција) или грађански (сви други); бирократски (начелник), а изузетно демократски (председник); извршни (секретаријат) или одлучујући (влада); стручни (одбор), али и политички (влада); инокосни (монарх, председник, државни секретар) или зборни (председништво, влада); *судски орјани* су: цивилни, а изузетно оружани (војни судови); бирократски (постављене судије) или демократски (судије-поротници, тј. порота коју бирају грађани); одлучујући; стручни; инокосни (судија за прекршаје, јавни тужилац) или зборни (судска већа). Сви они могу да буду централни или нецентрални, тј. периферни.

⁷² Исто, стр. 171-172.

IV глава

ГЛАВНЕ ВРСТЕ ДРЖАВНЕ ВЛАСТИ И ЊИХОВА ОРГАНИЗАЦИЈА

Главне врсте власти у државној организацији: законодавство, управа и судство. Организација власти у државној организацији: организација између законодавне, извршно-управне и судске власти (интерференција главних власти) и организација унутар законодавне, извршно-управне и судске власти (централизација и децентрализација, самоуправа и аутономија).

Некад, на самом почетку, један државни орган је вршио све главне државне послове. Али, то је далеко време митова у коме су држава и право тек настајали. Њихов даљи развој довео је до повећавања обима и врста послова, а тиме и до усложњавања државне организације. У ствари, кад се државна организација посматра у свом најужем значењу, као државни апарат, није тешко запазити како је њен развој ишао кривудавом узлазном линијом, коју обележава све веће и прецизније раздвајање државних органа на главне врсте и подврсте, сходно садржини послова и степену специјализованости. На тај начин је настављено све веће усложњавање државне организације, које је довело до образовања и раздвајања три врсте главних органа у држави: законодавних, управних и судских.⁷³

Први одсек

ГЛАВНЕ ВРСТЕ ВЛАСТИ У ДРЖАВНОЈ ОРГАНИЗАЦИЈИ

1. Законодавство

Законодавство је „представништво оних над којима се влада”.⁷⁴ Оно је настало из потребе да се унапред прописаним општим правилима, регулише целокупна делатност државних органа, друштвених организација и грађана.⁷⁵ Та важна идеја је већ Ричарда III натерала да 1256. године први установи дводоми парламент у тадашњој Енглеској.

Некад, у доба тзв. предрационалног права, држава је неупоредиво више и чешће примењивала већ створена друштвена правила, задовољавајући се само повременим доношењем општих правила, и то у облику законика (кодекса). То је државним органима давало велику слободу да у конкретним приликама поступају

⁷³ *Исио*, стр. 183-186. Видети: Е. Спекторски, стр. 163-169.

⁷⁴ М. Вебер, *Привреда и друштво*, књ. II, стр. 474-475.

⁷⁵ Р. Лукић, стр. 183.

руководећи се својом слободном проценом. Развојем друштва и рационализовањем државе и права, „постаје 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”.⁷⁶ Сходно томе, држава све више и чешће властитим прописима (биловима, краљевским ордонансама, а затим и правим законима) уређује најважније друштвене односе (економске и политичке) за чије је регулисање она посебно заинтересована. До тога је дошло оног тренутка, посебно у Француској, кад је успостављена модерна држава у облику апсолутне монархије. Од тада је постојано развијана широка законодавна делатност државе, тј. доношена су општа правила, створена да би се примењивала на постојан и поуздан начин за унапред неодређен број случајева. На тај начин, законодавна власт је стекла посебно важно место у систему државне власти. У исто време, све више почиње да се увиђа како нема веће правне моћи од оне којом се правилима прописује поредак, на коме се заснивају сва најважнија права и дужности. Та правна моћ се односи како на државне органе, тако и на друштвене организације и грађане. Ипак, правна правила нису сасвим иста за државне органе или друштвене организације и грађане.

Делатност државних органа регулисана је двема основним врстама правила која доноси законодавство. Првом врстом правила непосредно се регулишу материјални акти свих државних органа, укључујући законодавца и суверена, чиме се њихова делатност ставља под закон. Другом врстом правила предвиђа се доношење одговарајућих правних аката којима се уређује делатност друштвених организација и грађана. Сходно томе, сви државни органи извршавају општа правна правила или непосредно, својим материјалним радњама, или посредно, метеријалним радњама других правних и физичких лица.⁷⁷

Обе основне врсте правила које доноси законодавство сачињавају јединствену целину, јер законодавство јесте сврсисходно стварање закона. Њима никад 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 и није главни задатак законодавца. Уместо њега, то чине други државни органи својим правилима, прописујући конкретне појединачне материјалне радње односним субјектима. Таква разрада општих законских правила (на пример, висина пореза, начин служења и дужина војног рока) постиже се појединачним правним актима (управним, судским или правним пословима). На тај начин, образују се управа и судство, а упоредо са њима и правно утврђена аутономија за правна и физичка лица.

Законодавство, дакле, прописује општа и апстрактна правила, управа и судство на основу њих прописују појединачна и конкретна правила или врши материјалне радње које су тим правилима предвиђене, док корпорације и грађани

⁷⁶ М. Вебер, књ. I, стр. 453. Видети: G. Compión, *Парламент и демократија*, Београд, 1964.

⁷⁷ Р. Лукић, стр. 184.

доносе своје аутономне акте и обављају своју делатност унутар правно утврђених граница које прописује законодавна власт.

Таква расподела послова између главних облика државне власти, законодавну власт приказује као „природно” претежнију, што није увек радо прихваћено. Ипак, свиђао се некоме законодавац или не, он не може да се одстрани. Могуће је само, евентуално, привремено га лишити политичке моћи, како су то својевремено учинили Бизмарк или Хитлер са Рајстагом.

2. Управа

Управна (или извршно-управна) делатност је одувек постојала у држави, док је посебна законодавна делатност ипак творевина модерног доба. У почетку, управна делатност се састојала углавном из материјалних радњи самих државних органа, али се касније све више развијала доношењем конкретних и појединачних прописа којима се захтевало вршење материјалних радњи од друштвених организација и грађана. Како год било, без управе ниједна држава не може да постоји, јер се свака управа у крајњем своди на организацију силе чији је главни задатак да врши материјалне радње принуде. Те радње морају увек да се врше и зато држава без управе не може да постоји. Тек кад се развило „законодавство као посебна делатност, управа се повезује с њим, појављујући се као његово спровођење у живот. Али, то не значи да је од тада делатност управе потпуно регулисана законом. Напротив, управа увек остаје у извесној мери *слободна*”, јер увек постоји извесна област где она може слободно да доноси акте и врши материјалне радње, тј. дискреционо да поступа.⁷⁸

Управа се често поистовећује са администрацијом, због чега су некад равноправно коришћени изрази управни и административни орган, управна и административна власт. Међутим, у савременим развијеним државама све чешће се прави разлика између тзв. извршне (извршно-политичке, егzekутивне) и „чисто” управне делатности, а тиме између извршних и обичних управних органа власти (администрације).

Постоје бар три значења која се обично придају извршној власти. У *најширем* смислу, извршна власт представља власт која извршава законе, тј. која доноси правне акте потребне за извршење закона (обично појединачне управне и судске акте, али и опште акте ниже од закона, тзв. подзаконске прописе, којима се конкретизује и разрађује закон /уредбе, одлуке и слично/), организује вршење материјалних аката или их сама врши. У нешто *ужем* смислу, извршна власт представља власт која својим општим или појединачним правним актима конкретизује диспозиције општих законских норми, организује вршење материјалних аката ради примене закона, а посебно аката физичке и друге принуде, или такве акте и сама врши као управна власт, због чега се још назива и извршно-управна власт. Најзад, у *најужем* смислу, извршна власт означава посебну власт која се стара о извршењу одлука

⁷⁸ Исто, стр. 185.

законодавне власти, а пре свега закона. Ова власт врши само општи надзор и даје само најопштије смернице за извршење одлука законодавне власти. У њену надлежност спада и доношење тзв. политичких аката, који су у садржинском смислу исти као и акти суверене власти. Једино што су ови акти према својој правној снази формално подређени актима законодавца. Али, и од тога постоји изузетак. У француском праву постоје тзв. административни закони које доноси влада, а који имају исту правну снагу као закони које доноси парламент.⁷⁹

У теорији постоји спор око оправданости издвајања овако посебно схваћене извршне власти, иако нема сумње да заиста постоје такви послови који се стављају у надлежност посебној извршној власти, тј. који се разликују од редовних законодавних (доношење општих аката), управних (доношење управних аката, тј. појединачних аката којима се конкретизују диспозиције општих норми и извршавају материјални акти) и судских послова (доношење појединачних аката којима се конкретизују санкције општих норми).⁸⁰ Због тога је можда боље користити израз извршно-управна власт, чиме се обухватају њена извршно-политичка и управно-административна страна.

3. Судство

Судство представља трећи главни облик државне власти. Према неким писцима оно се прво развило, јер је прво настала потреба да се решавају спорови, а према другима оно се развило упоредо с управом, јер је спровођења правних прописа повезано са решавањем спорова до којих долази у погледу законитости правних и материјалних аката приликом њиховог извршавања. Појава спора значи да правни пропис није јасан, да прописано понашање није до краја регулисано, што је друштвено штетно. Као такав, спор представља једну ненормалну појаву која спречава примену права, због чега треба што пре да буде решен. Његовим решавањем поново се успоставља нарушена правна равнотежа и омогућава несметана примена права. Зато се власт која решава спорове и прописује санкције против оних који су прекршили право, назива се судском влашћу, тј. судством.

Судство решава спорове између најразличитијих правних субјеката. Оно је орган који, разматрајући све важне околности за решавање дотичног спорног случаја, пажљиво треба да дође до тачног решења, тј. одлуке, посебно се руководећи начелима материјалне истине и законитости. Зато је судска делатност, како истиче Р. Лукић, наглашено „мислилачка”. Она захтева миран рад, стрпљење и посебно брижљив поступак, јер је у питању спор у коме није јасно какав је истинит смисао прописа и каква треба да буде конкретна делатност надлежног државног органа.

Суд ради само кад се пред њим појави спор, тј. кад му се обрате странке својом тужбом. Он, дакле, решава спорове који представљају застој у правном саобраћају, док обична управа делује, не застаје пред спором, нити га решава, већ

⁷⁹ Правна енциклопедија, стр. 475-476.

⁸⁰ Видети: I. Krbeč, *Zakonitost uprave*, Zagreb, 1936.

његово решавање препушта суду. И управо због тога се многобројни спорови између управе и грађана, или спорови између самих органа управе, препуштају надлежности редовних или специјалних управних судова, који су јасно одвојени од активне, тзв. „оперативне” управе.⁸¹

Други одсек ОРГАНИЗАЦИЈА ДРЖАВНИХ ВЛАСТИ

1. Организација између законодавне, извршно-управне и судске власти

Свака развијена држава мора да врши све три главне врсте државне власти, што значи да су законодавство, управа и судство изразито специјализовани.

Законодавна власт, као што је речено, представља колегијални, представнички и политички орган који располаже широким увидом у друштвене односе и способношћу да уочи главне проблеме и реши их у интересу друштва. Законодавац проблеме мора да схвати у њиховој суштини и основним цртама, не залазећи посебно у њихове подробности. Он, исто тако, све то мора да изрази начелно, општим законским нормама. Зато је законодавна власт природни амбијент унутар кога долазе до изражаја најразличитији погледи и интереси његових чланова. На основу тих погледа и интереса, води се расправа и доносе најцелисходнија решења. То се чини на основу подробно прописаног поступка, који је успорен, али свестран.⁸²

Извршно-управни органи су организовани и припремљени да прецизно испитују и упознају појаве друштвеног живота, на основу чега доносе прецизне конкретне прописе руководећи начелом законитости. Извршни и управни органи располажу могућношћу да своју конкретну (активну, оперативну) делатност организују и руководећи се начелом целисходности у границама законитости, јер они брзо морају да поступају и у ситуацијама које законодавац није предвидео. Због огромног броја послова, и унутар њих долази до све веће специјализације, што значи да се стално образују нови органи извршне и управне власти према струкама и специјализованим знањима (на пример, новооснована управа за рачунарски криминал).

Судски органи, пак, морају да располажу великим правним знањем, јер они решавају спорове од којих зависи правна ситуација субјеката. Они то пре свега чине тумачећи правне прописе, тј. утврђујући њихов тачан смисао у сваком спорном конкретном случају. Том приликом, они утврђују које су радње законите, а које не. Судски органи обично нису састављени од великог броја чланова, какав је случај са законодавцем, нити су инокосни као управни органи. Пошто

⁸¹ Видети: Р. Лукић, стр. 185-186.

⁸² Исто, стр. 187.

им је посао врло сложен, они су организовани као тзв. *судска већа*, састављена од неколицине људи.⁸³

Велика специјализованост законодавства, управе и судства у савременим државама требало би да значи да сваки главни облик врши само једну врсту власти, односно да су законодавни, управни и судски органи приликом обављања својих послова независни једни од других. Ипак, та независност није потпуна, већ релативна. И, пошто у модерној држави није могло да се избегне мешање једних у послове других, на тој основи је настала тзв. *интерференција власти*, која не искључује вршење више различитих врста главних државних послова од стране истог државног органа (начело интерференције главних државних делатности), нити рад више државних органа различите стварне надлежности на истом државном послу (начело интерференције различитих државних органа).⁸⁴

Интерференција постоји кад законодавац у материјалном смислу врши управне послове (поставља функционере у скупштинским домовима) или судске послове (кад одлучује поводом оспоравања избора чланова скупштинских домов или подиже оптужницу против председника републике и министра); кад извршна власт у материјалном смислу врши законодавне послове (кад доноси опште правне прописе који су слабије или једнаке правне снаге са законом); или, кад судска власт у материјалном смислу врши управне послове (кад доноси акте приликом тзв. добровољног суђења и у ванпарничном поступку, или кад врши судски надзор над радом извршних и управних органа). Ипак, можда је најважније то да интерференција постоји независно од тога да ли је дати поредак изричито предвиђа или прећутно толерише. Она се увек успоставља између главних врста државних органа, какав год да је облик државне власти. Ипак, она је критикована, јер је логички неодрживо и илузорно да све три власти буду равноправне, пошто у савременим државама постоји природна надмоћ законодавства над судством и управом. Исто тако, уочено је да интерференција, поред слагања и сарадње, доводи до преплитања и мешања главних облика државне власти (*la confusion des pouvoirs, interference, meddling*). На тај начин, уместо координације у раду државних органа, долази до збрке и пометње у вршењу послова, чиме се руши јединственост и ефикасност државне власти. Ипак, интерференција је нужна за нормално вршење главних врста послова у јединственој државној организацији.

2. Организација унутар законодавне, извршно-управне и судске власти

Усложњавање јединствене 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, довели су до раздвајања централних од нецентралних органа унутар исте

⁸³ Видети: С. Јовановић, стр. 237-248 и 259-290.

⁸⁴ Р. Марковић, *Уставно право и политичке институције*, Београд, 1995, стр. 213.

врсте државне власти. Сходно томе, почела је да се прави разлика између централне и нецентралне државне власти, односно централизације, децентрализације, самоуправе и аутономије, јер се државни живот већ одавно не одвија само у престолицама, него и у унутрашњости.

2.1. Централизација и децентрализација

Појам центријализације и децентријализације. Центријализација постоји кад су нецентрални органи у пуној зависности од централних органа. Такви нецентрални органи, који су саставни делови централних органа (њихова продужена рука), називају се *центријализованим*. 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 промене или укину. Зато 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. Уз то, они могу да постављају и смењују службена лица у централизованом органу према свом схватању државног интереса. Као што може да се примети, централизација има за циљ усредсређивање државне власти у централним органима. Она искључује ма какву самосталност централизованих органа, који су само покорни извршиоци централне воље, чак и у најситнијим стварима.

Децентријализација постоји кад нецентрални органи нису у пуној зависности од централних органа. Такви органи, правно посматрано, не сматрају се саставним деловима централних органа и нису њихова продужена рука, иако јесу саставни делови исте државне организације. Зато се они називају *децентријализованим*. Они не зависе од непосредне воље централних органа, који не могу да им нареду какве ће акте из свог самосталног делокруга да доносе, а још мање да тако донете акте промене или укину. Зато се акти децентрализованих органа сматрају њиховим, а не актима централних органа. Централни органи могу да врше само контролу законитости, али не и целисходности аката које доносе децентрализовани органи. Исто тако, централни органи не могу по својој процени државног интереса да постављају и смењују службена лица у децентрализованом органу. Сходно томе, децентрализација подразумева самосталност децентрализованих органа, који више нису само покорни извршиоци воље централних органа.⁸⁵

Врсте центријализације. Централизација се дели на политичку и административну. *Политичка центријализација* означава уједињење целокупног државног простора и свег становништва под сувереном државном влашћу. То су почеци савремених држава. *Административна центријализација*, пак, састоји се у томе што се државом управља из једног центра. Административна централизација не може да постоји без политичке, али политичка централизација може да постоји без административне.⁸⁶

⁸⁵ Видети: Р. Лукић, стр. 171-172.

⁸⁶ Е. Спекторски, стр. 153.

У средњем веку политичка централизација скоро да није постојала, што значи да није постојала ни административна централизација. Краљеви вазали, црквени великодостојници и слободни градови располагали су бенефицијама, имунитетом и даровницама владара, због чега нису непосредно зависили од централне власти. И тек почетком Новог века, кад су настале државе са тачно одређеном и непробојном територијом, а становништво почело да се сматра државним поданицима који се поковавају сувереној власти која може да заповеда и управља свиме, започета је изградња политичке и административне централизације у модерном смислу. У таквим државама (посебно Пруској и Француској), сходно теорији „полицеизма“ која је довела до снажне административне централизације, сва брига о безбедности и благостању спадала је у надлежност централне власти чије одлуке извршавају потчињени централизовани органи. Данас таква врста централизације постоји само у неким ретким аутократским државама (Непал). Али, изузетно, она може да постоји и у демократским државама (Француска до 1970. године).

Централизација исто тако може да буде фактичка и правна. *Фактичка централизација* постоји кад је у државној организацији успостављен систем централних и централизованих органа, тако да и они могу да врше власт, јер и централизовани органи доносе одлуке које спроводе у живот. *Правна централизација*, пак, постоји кад централизовани органи не могу самостално да поступају и доносе правне акте. Наведени облици централизације су нужни, јер не постоји таква државна организација која би била састављена само од централних органа, нити централни органи увек могу да врше потпуну стварну контролу законитости и целисходности над радом и актима централизованих органа.

Врсте децентрализације. Постоје различити облици децентрализације. Најважније су политичка и административна, фактичка и правна (потпуна и непотпуна), територијална, реална и функционална децентрализација.

Политичка децентрализација постоји кад је саставним деловима државе остављено да у различитој мери самостално врше главне врсте државних послова, и то тако да у њима не функционишу само локални, него и више демократски и бирократски изабраних државних органа. Сходно томе, саставни делови јединствене (једноставне или сложене) државе располажу или самоуправном, или аутономном, или регионалном влашћу, или пак влашћу федералних држава-чланица. И та власт се, иако у различитој мери, такође односи на све главне врсте државних послова. *Административна децентрализација*, пак, постоји кад се државом не управља само из једног центра. Она не може да постоји самостално, без политичке децентрализације.

Сложеност и важност политички и територијално организованих децентрализованих органа на свим наведеним нивоима државне власти, отвара питање начина избора њихових чланова. Сходно томе, постоје још две врсте децентрализације, засноване на начину избора државних службених лица (службеника и неслужбеника) који на трајан или привремен начин улазе у састав децентрализованих органа наведених јединица. То су бирократска и демократска децентрализација. *Бирократска*

децентрализација постоји кад надлежни централни органи постављају службенике децентрализованих органа. *Демократска децентрализација*, пак, постоји кад се чланови децентрализованих органа бирају избором од стране становника који припадају датој територијалној јединици. У првом случају, реч је о бирократској (административној) децентрализацији, а у другом о широкој децентрализацији којом се успостављају самоуправа и аутономија.

Децентрализација може да буде фактичка и правна. *Фактичка децентрализација* постоји кад је у државној организацији успостављен систем централних и децентрализованих органа који врше власт доносећи и спроводећи одлуке у живот. *Правна децентрализација* постоји кад је утврђен одређени степен правне самосталности нецентралног органа да самостално доноси правне акте и спроводи их. То значи да централни органи саобраћају са децентрализованим органима само општим актима, без издавања конкретних упутстава како треба применити општи акт на конкретни случај. Сходно томе, централни органи су овлашћени да оцењују законитост, а не целисходност аката децентрализованих органа.

Правна децентрализација може да буде потпуна и непотпуна. *Потпуна* (савршена) *децентрализација* постоји кад је стварање правних правила од стране децентрализованих органа коначно и независно. *Непотпуна* (несавршена) *децентрализација* постоји кад правила централних органа садрже општа начела која локално законодавство само разрађује и конкретизује.⁸⁷ У оба случаја, као што може да се примети, децентрализација нема за циљ усредсређивање државне власти у централним органима, већ унапређивање кроз прилагођавање месним потребама. Разлика постоји само у погледу степена правне слободе којом располажу децентрализовани органи.

Децентрализација такође може да буде *територијална* (према територији и становништву над којим се распростире власт децентрализованих државних органа: општине, срезови, области, итд), *реална* (према главним врстама државних послова: законодавним, извршно-управним и судским) и *функционална* (давање одређене самосталности јавним службама или другим делатностима од општег интереса).

Карактеристични обрасци децентрализације. И данас у свету постоје две карактеристичне врсте децентрализације, одређене првенствено према унутрашњој организацији нецентралних власти, а не према њиховом односу спрам централне власти. То је *систем дуплој колосека* и *систем једној колосека*.

Суштина француског *система дуплој колосека* састоји се у томе што истовремено постоје две врсте нецентралних органа који врше државну власт: једни као централизовани, а други као децентрализовани. Суштина енглеског *система једној колосека*, пак, састоји се у томе што један исти нецентрални државни орган истовремено обавља послове из свог делокруга, и као централизован, и као децентрализован. Добра страна француског система је заштита од бракања надлежности нецентралних органа. Добра страна енглеског система је

⁸⁷ Х. Келзен, *Општа теорија права и државе*, стр. 377.

једноставност и економичност. Лоша страна француског система је двострука администрација, а енглеског опасност од бркања надлежности.

Центријализација, децентрализација и деконцентрација. Децентрализацијом се по правилу повећава надлежност нецентралних органа. Али и од тога постоје изузеци. Понекад децентрализација претходи централизацији, поготово у државама које већ имају политичку централизацију, али још нису довољно јаке да централним апаратом и дисциплиновањем чиновника уједначе рад администрације. Понекад, пак, централизација претходи децентрализацији. У том случају, децентрализација се изводи деконцентрацијом, тј. растеређивањем централних органа и служби преношењем послова на нецентралне органе или проширивањем надлежности децентрализованих административних органа унутар исте државне организације. Тај прелазни облик, између централизованих и децентрализованих нецентралних државних органа, зове се *деконцентрација*. Она обухвата све мере које у једној централизованој администрацији имају за циљ да локалним органима прошире делокруг рада и обезбеде већу слободу одлучивања (на пример, кад се начелнику округа допусти да доноси одлуке које дотле није могао да донесе без сагласности надлежног министра).⁸⁸ Добра страна деконцентрације састоји се у томе што се администрација оспособљава да брзо и пажљиво задовољава месне потребе становника. Њена мана, пак, састоји се у томе што се на тај начин губи једноставност државног управљања и лабави надзор над радом административних органа.

Приликом увођења децентрализације, понекад се обласним управним органима придодају одбори грађана, који се постављају или бирају. На тај начин се успоставља органска веза између децентрализације и самоуправе, независно од броја органа и аката (статичка децентрализација) или, обратно, управо због броја органа и врсте правних аката (динамичка децентрализација).⁸⁹

2.2. Самоуправа и аутономија

У савременим државама постоје различити степени политичке и територијалне децентрализације. Сходно томе, постоје различите врсте децентрализованих државних органа који своју власт врше над тачно одређеним политичко-територијалним јединицама. Обично се сматра да су општине јединице првог степена, а срезови (као некад у Србији), департмани (у Француској) и покрајине (у Италији) јединице другог степена. Уз то, постоји и трећи степен децентрализованих јединица у просторно великим државама (региони и провинције).

Самоуправа (selfgovernment) као облик демократске децентрализације подразумева учешће грађана или њихових представника у вршењу односних месних послова. У зависности од начина на који се то чини, постоје државна и друштвена самоуправа. *Државна самоуправа* састоји се у томе што централна власт преноси

⁸⁸ С. Јовановић, *О држави*, стр. 431.

⁸⁹ Х. Келзен, стр. 373-374.

један део своје надлежности на органе састављене од грађана дате територијалне заједнице. *Друштвена самоуправа* пак, 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 за своје органе. За разлику од друштвене самоуправе, која искључује државни надзор и управљање, државна самоуправа их подразумева.

Изузев Енглеске, у модерним европским државама самоуправа представља релативно нову појаву. Апсолутистичка држава се начелно противила друштвеној и државној самоуправи, док је уставна држава преуредила само централне органе, занемаривши нецентралне. Тек половином XIX века самоуправи је посвећена дужна пажња. Данас је прихваћено да друштвена самоуправа представља шири и пунији облик децентрализације од државне самоуправе, јер државна самоуправа често о месним потребама води рачуна само кад то одговара државним интересима. Зато се у савременим државама тежи ка томе да се уравнотежи потреба за друштвеном и државном самоуправом.

Локална самоуправа. Најпознатији облик друштвене самоуправе је *локална самоуправа*, тј. локална аутономија, која представља непосредну и промишљену комбинацију децентрализације и демократије. Локална самоуправа је „облик одлучивања и управљања локалним заједницама, на ужој територији, непосредно од стране њених становника или путем њиховог представништва које они непосредно бирају и других локалних органа. ... То је локална власт коју врше локални органи”. Као таква, локална самоуправа је „оригинерна, својствена, па и основна организација власти”.⁹⁰ Најпознатији пример локалне аутономне јединице представља општина, као типична локална самоуправа. Општина обично припада типу сразмерно потпуне децентрализације, што значи да су њени аутономни акти коначни и независни, бар од централних административних органа државе.⁹¹

Аутономија. За разлику од класичне државне или друштвене самоуправе, аутономија (од грчких речи *аутономис* – буквално „независност” или *ауто* – сам, само, и *номос* – закон; буквално „самозаконитост”) представља такав облик организовања у коме одређене територије или социјалне групе, због своје посебности, имају посебан статус и аутономна права. Скуп тих аутономних права, средстава (материјалних, финансијских, политичких и правних) за њихово остваривање и посебна организација, сачињавају њихов аутономни статус унутар једне државе. У идеји аутономије, дакле, садржана је идеја о праву на самоорганизацију, која обухвата и право на релативно самосталну, тј. аутономну нормативну делатност (територијална аутономија).⁹² То право се обично врши преко аутономних (обласних или покрајинских) скупштина. Али то начело није апсолутно, нити само-никло, већ је изведено из права суверене централне власти. Сходно томе, органи аутономне области или покрајине не поступају по сопственом праву, већ према

⁹⁰ Р. Марковић, *Уставно право и политичке институције*, стр. 496-497.

⁹¹ Х. Келзен, стр. 378-380.

⁹² *Правна енциклопедија*, стр. 1353.

овлашћењима централне државне власти. И обрнуто, они поступају по сопственом праву само кад се у закону *не* налази изричита одредба да се дејство његових одредби простире на аутономну област или покрајину.⁹³

Данас главну врсту представља *ишеријоријална аутономија*, тј. такав облик унутрашњег државног организовања у коме становништво на једном делу јединствене државне територије може да располаже посебним аутономним правима и дужностима. Та права и дужности која проистичу из територијалне аутономије *не* моју да буду већи од права и дужности свих других грађана у истој држави. Она само моју да буду у извесном смислу посебна, и због тога аутономна, али под условом да се односе на онај делокруг који је особен само за то подручје, као и да се на тај начин не угрожава примена општих и јединствених прописа дотичне државе. Па ипак, каже се да аутономија, поред ограничене законодавне, садржи и друге привилегије, јер становништво аутономне области не губи субјективна јавна права која припадају свим грађанима државе (на пример, оно не бира посланике само за своју обласну, већ и за централну скупштину; има право на службу не само у својим, већ и у централним установама, итд). На тај начин, аутономија постаје јавноправна повластица која се додељује становништву извесне области, као допуна његовим општим грађанским правима.

Поред територијалне аутономије, коју у јединственој држави оличава аутономна самоуправна област, постоји и *неишеријоријална аутономија*. Њен смисао састоји се у томе што припадницима различитих народа, раса и вера, због њихове посебности или због потреба службе и профита, треба да се омогући заједнички живот, развој властите културе или предузетништва.

Данас постоје различите врсте *неишеријоријалне аутономије*, какве су персонална и функционална са верском и културном аутономијом. *Персонална аутономија* је историјски најстарија. За њу је карактеристично везивање аутономног статуса за посебно одређене категорија лица или њихових удружења (цехови, еснафи и гилде). Порекло персоналне аутономије је очигледно феудално, док аутономни облици који данас на њу подсећају већ одавно имају сасвим другачију садржину. *Функционална аутономија*, за разлику од персоналне, често се изједначава са функционалном самоуправом и представља такав аутономни облик који се заснива на праву на самостално обављање појединих делатности.

Унутар функционалне аутономије се издвајају верска и културна аутономија. *Верска аутономија* је резултат посебног статуса који у друштву и држави имају верске установе и организације. Верска аутономија се данас посебно огледа у изузимању црквених особа из надлежности државних судова и њиховом стављању под јурисдикцију црквених органа; учешћу црквених представника у тзв. мешовитим судовима који решавају спорове између црквених и световних лица; интеграцији са световним правом поводом регулисања неких односа међу мирјанима (брак, дела против службеног морала, лажно сведочење), итд. Посебан израз верске аутономије представља црквено право, којим се уређују

⁹³ Исто, стр. 157.

положај, организација и делатност цркве унутар себе и друштва.⁹⁴ *Културна аутономија* представља најпознатији и у савременим друштвима најчешћи облик, који се по правилу појављује у национално и етнички мешовитим, тј. нехомогеним државама. Најбоље је кад културна аутономија постоји као самосталан аутономан облик, али она може да постоји и несамостално, унутар неких других облика функционалне аутономије, какав је на пример случај са културном аутономијом унутар верске аутономије. Такође, сматра се да културна аутономија може да буде укључена и у територијалну аутономију, под условом да је територијална аутономија настала из културне аутономије. Међутим, самој територијалној аутономији посебна културна аутономија није потребна, јер је она већ садржана у територијалној аутономији.

Самосталност локалне самоуправе и аутономије. Самосталност локалне самоуправе омогућава да се неколико локалних аутономних јединица удружи у вишу аутономну јединицу, аутономну област. Више аутономних области могу да се удруже у аутономну покрајину, чији представнички и управни органи аутономно могу да доносе опште правне норме. То не важи само за судове, који су увек судови јединствене државе, а не аутономне области или покрајине, како је било у средњовековним државицама. Стога се поставља питање разликовања локалне самоуправе од наведених, виших аутономних облика.

Поменуто разликовање је јасно језички назначено не само у нашој, већ и у енглеској и немачкој политичкој терминологији, где се за локалну самоуправу користи израз *selfgovernment*, односно *Selbstverwaltung*, а за аутономију *home rule* (домаћа, властита, засебна, у смислу аутономна влада, самовлада) или *Selbstregierung* (аутономна влада). Ипак, изгледа да је изузетност статуса аутономије, спрам редовног статуса локалне самоуправе, управо оно поуздано формално мерило за наведено разликовање. Уз то, често се ширина и правна природа овлашћења такође користе као мерило. Аутономија, сходно томе, постоји кад постоји самосталност у нормативној делатности, а самоуправа кад та самосталност постоји само у правосуђу и извршењу. Такво мерило, ипак, не може да се прихвати као потпуно тачно, јер и органи локалне самоуправе располажу самосталношћу у нормативној делатности, какав је случај са бројним аутономним општим актима које доносе општински органи. Аутономија се разликује од локалне самоуправе и према степену самосталности спрам државе, посебно спрам централне државне власти, итд. За аутономију је суштински важно да обухвата самосталну законодавну делатност, јер је управо то разликује од самоуправе.⁹⁵

У основи поменутих облика децентрализације, као што може да се примети, налази се идеја о признавању колективног аутономног идентитета локалним или националним друштвеним групама које се и даље сматрају саставним или конститутивним елементом државе.⁹⁶ Сразмерно мери свесног самоопредељивања тих

⁹⁴ Видети: Д. Перић, *Црквено право*, Београд, 1996.

⁹⁵ Е. Спекторски, стр. 154-158.

⁹⁶ Видети: М. А. Јовановић, *Колективна права у мултикултурним заједницама*, Београд, 2004.

друштвених група и јачању њихове фактичке моћи, развија се самоуправа, настаје аутономија или се успостављају још сложенији облици јединствене државе (регионална и федеративна држава).

V глава

ОБЛИЦИ ДРЖАВЕ

Појам и главни облици државе. Облици државне власти: јединство власти (аутократско и демократско: швајцарски скупштински систем) и подела власти (енглески и француски парламентарни систем, амерички председнички систем и мешовити системи). Облици државног уређења: јединствена држава и савези држава. Јединствена држава: једноставна и сложена. Једноставна држава: централна, централизована и децентрализована. Сложена држава: регионална и савезна (федерација). Савези држава: државни савези (конфедерација) и уговорни савези (унија: реална и персонална, и комонвелт). Деволюција и агрегација: образац ЕУ. Облици политичког режима: демократија (материјална и формална – непосредна: плебисцит, референдум, народна иницијатива и вето, и посредна: право гласа, право кандидовања, систем представљања, право на оставку и опозив) и аутократија (диктатура, деспотија, тиранија, олигархија, аристократија, тимократија, теократија, плутократија, тоталитаризам: фашизам, националсоцијализма, стаљинизам). Облици владавине: монархија (неограничена: лични и државни апсолутизам и ограничена: уставна, сталешка, дуалистичка и парламентарна) и република (неограничена и ограничена: са кабинетском владом и председнички систем). Мешовити облици владавине. Поређење монархије са републиком.

Свака држава је састављена од различитих државних органа који се налазе у међусобно различитим односима, као и у различитим односима према народу. Укупност тих односа чини државни облик, јер држава само преко облика може да се испољи и оствари. Због тога *облик државе* представља начин на који је држава организована, тј. означава састав и везе њених органа, како међу собом тако и са народом.⁹⁷

Од бројних облика државе навешћемо само четири карактеристична и главна, који се сусрећу у свим модерним државама, и то са њиховим изведеним подврстама.⁹⁸ Те четири врсте државних облика, распоређене према двојном (бипартитном) класификационом мерилу, јесу: *облици државне власти* са системима јединства власти (аутократског и демократског/швајцарског/ скупштинског типа) и поделе власти (енглески и француски парламентарни, и амерички председнички систем), уз њихове друге бројне подврсте и варијанте; *облици државног уређења* са јединственом једноставном (централном, централизованом и децентрализованом) и сложенном (регионалном и савезном државом, федерацијом)

⁹⁷ Р. Лукић, исто, стр. 132.

⁹⁸ Видети: Р. Лукић, стр. 132-134.

и савезом држава: државним (конфедерација) и уговорним (унија и комонвелт); облици *политичког режима* са демократијом и аутократијом у најширем смислу, такође са њиховим бројним подврстама (непосредном /плебисцит, референдум, народна иницијатива и вето/ и представничком демократијом, односно диктатором, деспотијом, тиранијом, олигархијом, аристократијом, плутократијом, тоталитаризмом, итд, као карактеристичним аутократским облицима); и облици *владавине* са монархијом и републиком као главним облицима, уз њихове бројне подврсте (неограничена и ограничена: уставна и парламентарна монархија, одн. неограничена и ограничена република са председником или председништвом).

Наведена класификација заснива се на следећим мерилима: према међусобном односу главних облика државне власти (законодавне, извршне и судске): систем јединства и поделе власти; према односу државног апарата са народом: демократија и аутократија; према односу централних и нецентралних (периферних) државних органа: једноставна држава и савез држава; према организацији поглавара државе: монархија и република.

Први одсек ОБЛИЦИ ДРЖАВНЕ ВЛАСТИ

Људи су се одувек питали како да уреде односе између главних облика државне власти, а посебно како да изнутра ограниче превелику власт државне организације. На то важно питање дата су два исто тако важна одговора. Један се зове јединство, а други подела власти. Ипак, чисти облици јединства и поделе власти данас не постоје. Због тога се у пракси успоставља интерференција власти, која ипак није трећи, посебан мешовит облик, јер постоји у свакој држави независно од њеног облика државне власти.

1. Јединство власти

1.1. Појам и врсте јединства власти

Политичко и техничко јединство власти. Јединство власти као *политичко* начело створено је како би се државна власт изнутра учврстила или ограничила, и то обезбеђивањем превласти бирократског или демократског органа над другим двама врстама власти. У првом случају, јединство власти је веома старо монархијско начело, а у другом веома младо грађанско 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 да буде сам

свој законодавац, то уместо њега чини његова скупштина. Такав систем се назива скупштинским или конвентским системом.

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 орган (или један хијерархијски низ истих државних органа) врши све три власти, или тако што он доминира над органима других двеју власти. У првом случају реч је о апсолутном, а у другом о релативном јединству власти, тј. јединству власти у ужем и ширем смислу.⁹⁹

Апсолутно и релативно јединство власти. Апсолутно јединство власти постоји само кад један орган (или један низ хијерархијски уређених истоврсних органа) врши све три власти. У стварности је тешко наћи такав систем, изузев у најпримитивнијим и најнеразвијенијим државама. Због тога постоји само релативно јединство власти, које 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”,¹⁰⁰ што значи да органи једне власти врше преовлађујући утицај на органе друге две власти.

У систему релативног јединства власти утицај органа те једне, у ствари врховне власти, врши се коришћењем одговарајућих организационих и функционалних средства. Организациона средства састоје се у коришћењу овлашћења за избор носилаца других функција државне власти, као и у могућности да они буду опозвани због незаконитог и нецелисходног рада. Сходно томе, органи врховне власти могу да постављају и смењују органе друге две власти, и то тако да их непосредно присиљавају да своју власт врше у оном правцу у коме то они хоће. Функционална средства састоје се у надзору над радом органа друге две власти, као и у могућности њихове замене или, чак, у преузимању послова од стране органа врховне власти. Сходно томе, органи врховне власти имају право да поништавају акте органа друге две власти, односно да наређују какве ће акте да донесу, као и да сами у извесним случајевима доносе такве акте уместо њих. И, што је више тих средстава заступљено, то је јединство власти потпуније. Апсолутно јединство власти је незамисливо у савременим државама.¹⁰¹

Аутиокрајско и демокрајско јединство власти. Унутар система релативног јединства власти могу да се разликују два његова облика, који су одређени према врсти органа, тј. власти која доминира над другим двома. Кад доминира извршно-управна власт над другим двома властима, тад је реч о *аутиокрајском* јединству власти. На пример, у апсолутној монархији, због превласти бирократије и феудалаца, јединство власти је успостављено у корист извршне власти и управе. И нешто касније, јединство власти је спровођено у корист извршне власти и управе коришћењем установе конзулства у доба Првог и Другог царства у Француској за време Наполеона Бонапарте и Наполеона III. На пример, у доба Првог царства,

⁹⁹ Видети: Р. Марковић, *истио*, стр. 215-217.

¹⁰⁰ Р. Лукић, стр. 194.

¹⁰¹ Видети: Р. Лукић, стр. 194-196.

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, национал-социјализма у Немачкој или дуговечног Франковог режима у Шпанији. Кад, пак, доминира законодавна власт над другим, а посебно над извршном влашћу, тад је реч о *демократском* јединству власти.¹⁰² Такво јединство власти не треба мешати с извесном превлашћу законодавне власти која произилази из саме природе државне делатности, јер је законодавство у модерним државама „природно” највиша власт.¹⁰³ Демократско јединство власти, дакле, постоји и кад се законодавни орган меша у рад, у специфичну надлежност управе и судства, а не само кад доноси законе којих други органи морају да се придржавају. Сходно томе, извршну власт у скупштинском систему сачињава колегијални орган кога именује и разрешава скупштина, која може да поништи одлуке тог колегијалног органа. Као што може да се примети, систем јединства власти је посебно повољан за аутократске, револуционарне или за сасвим ретке крајње демократске политичке режиме.¹⁰⁴ Најзад, судска власт, због природе своје функције, никад није доминирала над законодавном и извршном влашћу, изузев можда у првим деценијама XX века у САД, које је тадашњи амерички председник Вудро Вилсон описао изразом „судократија”.

Разлози, за и, против јединства власти. У савременим државама јединством власти покушава да се оствари демократија, а не само да се изнутра ограничи државна власт, јер су управа, а донекле и судство, нужно бирократизовани. Уместо да „доносе само опште одлуке, тј. да врше законодавну власт у ширем смислу речи, представничка тела по начелу јединства власти добијају и надлежност вршења управне и судске власти, тј. и она могу доносити опште одлуке и примењују их на конкретне случајеве”.¹⁰⁵ Пошто управна и судска власт начелно припада представничким телима, тј. законодавним органима у ширем смислу, бирократски органи у управи и судству су непосредно потчињени органима представничких тела, хијерархијски су им подређени и не располажу никаквом самосталном влашћу.

Такво јединство власти није достигнуто ни у једној савременој држави, осим 1793. године у Француској. То је и разумљиво, имају ли се у виду велика сложеност савремених држава, састав представничких тела која нису погодна за вршење управних и судских послова, као и сами технички разлози за организовање и вршење власти који су налагали да се управни и судски послови повере специјализованим бирократским органима. На тај начин, „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”.¹⁰⁶

¹⁰² Видети: Р. Марковић, стр. 242-243.

¹⁰³ Видети: Р. Лукић, стр. 195. и Р. Марковић, стр. 216.

¹⁰⁴ Р. Лукић, стр. 194.

¹⁰⁵ *Истио*, стр. 196-197.

¹⁰⁶ *Истио*, стр. 196.

Релативно јединство власти, а само оно може да постоји, не искључује до краја, већ подразумева постојање поделе власти у извесној мери. Таква подела власти у систему јединства власти, међутим, може да доведе до фактичке надмоћи неке друге власти, која као таква није одређена уставом и законима. На тај начин, јединство власти може да се преобрати у властиту супротност, постајући опасност за разарање демократског поретка. То је сасвим јасно кад дође до фактичке превласти извршне власти, какав 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. Није чудно што су таквом систему јединства власти посебну пажњу поклањали марксистички оријентисани писци и што је он помно негован у пракси бивших социјалистичких држава. Управо та опасност навела је навела Ж. Ведела да устврди како јединство власти у облику скупштинског система неминовно тежи ка свом претварању у фактичку диктатуру,¹⁰⁷ док други писци, као Х. Келзен или С. Јовановић, говоре само о подели власти, смештајући јединство власти у аутократске облике владања.

1.2. Конкретни обрасци јединства власти

Први демократски систем потпуног јединства власти настао је у недемократским условима јакобинске диктатуре у Француској 1793. године, кад 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, што значи да у *француском револуционарном скупштинском систему* нису постојали шеф државе, шеф управне власти или влада.¹⁰⁸

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 уведен француским Уставом из 1795. године. Према другим, управо је он пример аутентичне примене скупштинског система. Како год било, његова суштина састоји се у таквом спајању законодавне и извршне власти у рукама скупштине, да скупштина и формално врши управну власт преко свог посебног одбора, савезног већа. Савезно веће, пак, управну власт не врши самостално, већ је дужно да се управља према 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. Предлоге чланова Савезног већа, који се бирају на три године, скупштина може да прихвати или одбаци, тј. поништи. У случају одбијања предлога или поништавања одлуке,

¹⁰⁷ Р. Марковић, стр. 217.

¹⁰⁸ Р. Лукић, стр. 194.

чланови Савезног већа не подносе оставку скупштини, јер су јој потчињени и не могу да воде никакву самосталну политику.¹⁰⁹

Иако је модеран систем јединства власти настао у Француској, одакле су га преузели и усавршили Швајцарци, од Швајцараца преузели други, а изменили Совјети и друге државе пролетерског или социјалистичког усмерења, укључујући својевремено и нашу, он данас нема ону привлачну снагу какву је некад имао, због чега све већи број земаља уводи систем поделе власти.

2. Подела власти

1.1. 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.

Айсолућна и релативна подела власти. Поделу власти као политичко и организационо-техничко нечело први пут је формулисао и одредио Џон Лок у Енглеској давне 1690. године у свом делу „Две расправе о влади”. Међутим, њу је први пут на целовит начин изложио Шарл Монтескје у Француској 1748. године, у свом можда још познатијем делу „О духу закона”.¹¹⁰ Почев од Лока и Монтескјеа, велики број писаца је истицао изузетан значај поделе власти за демократски карактер и нормално функционисање државе. Штавише, Кант је „хришћанску догму светог Тројства протумачио као поделу Божје власти на законодавну, извршну и судску. Али, исто онако како су богослови измирили веру у јединог Бога с догмом о Тројству, и правници су после извесног оклевања дошли до теорије троједне државне власти”.¹¹¹

Више као настављачи Монтескјеовог него Локовог учења, писци су у почетку поделу власти тумачили као потпуно раздвајање и изолацију све три власти једне од других (*séparation des pouvoirs*), кад сваку главну врсту државних послова врши искључиво само један државни орган, не сарађујући са органима других власти (Р. Каре де Малбер). У том случају, власт би била потпуно механички подељена, односно постојала би тзв. чврста или *айсолућна 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 функције подељене на законодавну, извршну и судску. Они су развили учење о тзв. мекој или *релативној*

¹⁰⁹ Видети: Р. Лукић, стр. 193-194. и Р. Марковић, стр. 243-247.

¹¹⁰ Видети: Џ. Лок: *Две расправе о влади* и Ш. Монтескје, *О духу закона*.

¹¹¹ Е. Спекторски, стр. 96.

йодели властѣи, по коме главне државне послове координирано врше главне врсте државних органа, упркос сарадњи и сукобима, на тај начин успостављајући неопходну равнотежу (Ш. Ајзенман). Касније, поједини француски правници (на пример, Дикрок), покушали су да ублаже и упросте постојећу поделу тако што су и судску власт уврстили у извршну. Према њима, „јединствена државна власт има две функције: законодавну и извршну, која опет може да се подели на управну и судску. Али, и у таквом 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 њој потчињава. Зато је у већини европских устава подела власти или потпуно потиснута парламентаризмом или се, као у Француској, налази са њим у једној еклектичкој вези”.¹¹²

Политичка и шехничка йодела властѣи. Политичка подела власти, као првобитна и основна замисао о ограничавању самовоље државне власти изнутра, почива на истој таквој носећој идеји: да се власт не би вршила на неконтролисан и арбитран начин, као и да би се спречила њена злоупотреба, потребно је да свака власт ограничава друге две власти. У противном, како истиче Монтескје, „Све би било изгубљено кад би исти човек или исто тело угледника, било племића било људи из народа, вршило поменуте три власти, наиме власт доношења закона, власт извршавања јавних одлука и власт суђења за злочине или у споровима приватних лица”.¹¹³

Поред политичке, постоји и *шехничка* подела власти, која се своди на поделу унутар сваког главног облика државне власти, што захтева чисто правну расподелу надлежности између државних органа.¹¹⁴ У њеној основи се налази као носећа идеја 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”.¹¹⁵ И, тек кад је и на тај начин извршена подела власти, може се сматрати да је власт изнутра ограничена, као и да ће законито да поступа. Подела власти, пак, штетна је кад је развијена прекомерно, јер тад није устава самовољи, већ извор самовоље.

Разлози ,за’ и ,йрошив’ йоделе властѣи. Постојање система поделе власти у савременим државама сматра се „генератором политичке слободе”, јер је управо у томе садржана проширена идеја о политичкој слободи ограничавањем државне власти изнутра. Сходно томе, нема поделе власти кад не постоје широк списак грађанских и политичких слобода и права, демократија, независно судство или политичка одговорност носилаца јавних функција (тзв. политички разлог у корист поделе власти). Такође, подела власти представља и један од више посебно важних

¹¹² Е. Спекторски, *истѣо*.

¹¹³ Ш. Монтескје, *О духу закона*, I том, стр. 18-19.

¹¹⁴ Видети: Р. Лукић, *Усѣавностѣи и законѣиностѣи у Јуѣославији*, Београд, 1966, стр. 77.

¹¹⁵ М. Илић, у: Р. Марковић, стр. 209-210.

услова за успостављање правне државе, што значи да законодавна, извршна и судска власт треба да располажу својим органима који ће моћи да се посвете само својим главним пословим (тзв. правни разлог у корист поделе власти).¹¹⁶ Најзад, потребна је и уравнотежена подела надлежности између главних врста државних органа (тзв. технички разлог у корист поделе власти). На пример, шеф извршне и управне власти не би требало да учествује у доношењу закона, а управа не би требало да издаје уредбе; законодавни органи не би требало да се мешају у послове извршне и управне власти, нити би било који орган истовремено требало да врши управне и законодавне послове; органи извршне и 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 извршних и управних органа; судска власт не би требало да се меша у законодавне послове или да доноси одлуке од опште важности, нити би законодавно тело требало да се меша у судске послове, итд.¹¹⁷

У модерној држави ипак није могло потпуно да се избегне мешање судске власти у управне послове (установа судског надзора над радом извршних и управних органа, судска одговорност извршних и управних органа за кривице које учине у служби и ван ње, итд), нити мешање органа извршне и управне власти у судске послове (установа управних судова). Зато је у правној науци истицано да подела власти производи збрку и нарушава ефикасност државе, све у жељи да се заштите људске слободе и права (замерка фашиста, национал-социјалиста и стаљиниста 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 судством и управом. Из тога је закључено како је учење о подели власти превазиђено, пошто „уместо легислативе и егzekутиве 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 у влади. Уместо да се власт врши на линији односа легислатива – егzekутива, она се у новим условима врши на линији односа опозиционе мањине и владајуће већине”.¹¹⁸ Упркос наведеним замеркама, начело поделе власти је данас прихваћено и у оним државама које су своју државну организацију све до скоро заснивале на начелу јединства власти.

2.2. Конкретни обрасци поделе власти

Најпознатије и најуспешније облике система поделе власти представљају енглески и француски парламентарни систем и амерички председнички систем.

Енглески парламентарни систем поделе власти. Енглески парламентарни систем је најстарији систем поделе власти. Он није толико резултат теоријских

¹¹⁶ С. Јовановић, стр. 259-260.

¹¹⁷ Видети: Х. Келзен, стр. 331-344. и С. Јовановић, стр. 264-289.

¹¹⁸ С. Јовановић, стр. 284.

замисли, колико производ историје. Такође, он није добио име по парламенту, како 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 (парламента, скупштине), а затим између парламента и владе, која је довела до тзв. 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.¹¹⁹ Тиме је обезбеђена релативна једнакост, равноправност и независност државних органа, тј. подела власти.¹²⁰

Прво обележје енглеског парламентаризма састоји се у томе што сви министри сачињавају владу (један одбор, тзв. кабинет или савет), чија је политика солидарна, без недоследности и противречности у државном управљању. Зато су у Енглеској владе дуготрајне. Друго његово обележје јесте да влада има право да подноси законски предлог парламенту (тзв. законска иницијатива владе), чиме знатан део законодавне власти стварно прелази на владу. Треће, чланови владе, њени министри, истовремено су чланови парламентарне већине (тзв. већински систем представљања у парламенту), сачињене од чланова странке која је добила 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 подnose оставку, што значи да су они 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, кад се такви случајеви чешће понављају, влада се користи својим правом распуштања парламента и налаже расписивање нових избора. На тај начин је постигнуто да одлази парламент, док остају министри. И, тек ако влада на расписаним парламентарним изборима не добије већину, тек тада министри излазе из владе. 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. На тај начин се парламент и влада уравнотежавају. Судство пак, због природе свог посла, није на тако непосредан начин повезано са парламентом и владом.¹²¹

Француски парламентарни систем поделе власти. Француски парламентарни систем је битно другачији од енглеског, иако је пренет из Енглеске. Он је убрзо постао меродаван облик поделе власти на Континенту. Посебну особеност француском парламентаризму прибавља *установа иншеријелације* (питање којим посланик у скупштини тражи од владе или неког министра писмено или

¹¹⁹ Р. Марковић, стр. 226.

¹²⁰ Видети: Р. Лукић, *Увод у право*, стр. 192-193.

¹²¹ Е. Спекторски, стр. 97-99. Видети: С. Ло, *Енглески парламентаризам*, Београд, 1929.

усмено изјашњавање о извесној ствари из области унутрашње или спољашње политике), на коју је влада увек дужна да одговори. Након одговора, а посебно кад је незадовољна њим у целости, скупштина (конвент) може да постави питање поверења влади, које ставља на гласање. И, у случају изгласавања неповерења, тј. негативног одговора посланика, влада подноси оставку. На тај начин је постигнуто да одлазе министри, док остаје скупштина. То је сасвим супротно решење од енглеског, по коме остају министри, а одлази парламент. Такво решење се објашњава различито, при чему се посебно помиње 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. Зато се у француском парламентарном систему владе често распуштају, понекад исувише често, случајно или изненадно, чак и за оне који гласају против њих.¹²² Та мањкавост се надокнађује знатном влашћу француског председника, који посебно у кризним ситуацијама представља чинилац стабилности. Његове прерогативе су толике, да у неким стварима подсећају на власт америчког председника.

Амерички председнички систем. Амерички председнички систем представља систем у коме 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 одступљено. Суштинска обележја америчког председничког система јесу: јединствена извршна и управна власт коју оличава председник, одсуство средстава којима једна власт може да угрози постојање друге две власти и строга подела послова између њих.¹²³

Према америчком уставу, председника непосредно бира народ општим правом гласа, иако то није сасвим тачно, јер га непосредно бирају тзв. изборници (електори) из сваке савезне државе. Председник је врховни командант оружаних снага и шеф целокупне извршне власти, што такође није баш тачно, јер се његова извршна власт не своди само на извршавање закона. Председник сам бира министре, без обзира на већину у конгресу (скупштини, парламенту). Зато у САД не постоји класична влада, већ тзв. кабинет у сенци, који је непосредно одговоран председнику. Штавише, кад за члана свог кабинета изабере неког ко је посланик у конгресу, 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 уредбе. Ипак, његова извршна, боље речено управна власт је ограничена, јер његово управљање не сме да се коси са законским прописима. Уз то, он за свој рад одговара само ако учини кривично дело.

Власт америчког председника се не ограничава искључиво на извршну власт и управу, јер он има право одложеног одбацивања закона које је изгласао конгрес (тзв. *сусџензивни вејџо*, за разлику од *ајсолуџној вејџа* којим располаже монарх). То своје право да утиче на одлуке конгреса, амерички председник је у

¹²² Е. Спекторски, стр. 99-100. Видети: Р. Марковић, стр. 226-239.

¹²³ Р. Марковић, стр. 218. Видети: Р. Лукић, стр. 190-192.

току првих сто година користио четири стотине четрдесет три пута (за разлику од парламентарне Енглеске, у којој то право није коришћено од 1707. године, или парламентарне Француске, у чијој је Трећој републици оно било „папирнато”).¹²⁴ Председник на рад конгрес утиче и тако што му у облику посланице једном годишње подноси предлоге закона, које понекад може и сам да образложи у облику поруке о стању нације која садржи председников законодавни програм, или тако што се непосредно обраћа бирачима, јер све три власти бира народ, итд. Најзад, председник не може да се меша у рад судске власти, која је одвојена од председника, али 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, јер конгрес такав закон ипак може да усвоји поновним изгласавањем двотрећинском већином. Такође, конгрес може у извесној мери да утиче на управну власт одобравањем наименовања извесних високих државних органа, што иначе чини председник, као и преговорима које води са председником или министрима поводом конкретних политичких питања. Али, конгрес не може да одређује какву ће политику да води председник у погледу извршавања закона. Најзад, као председнику, 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. Ипак, тако непосредно може да поступи само Врховни суд САД, проглашавајући закон ништавним кад нађе да он противуречи одредбама устава.¹²⁵ Зато се каже да је власт Врховног суда већа од власти председниковог права вета. Судска власт може да врши и друге врсте надзора и контроле над радом органа друге две власти, постајући на тај начин једина политички способна да контролише друге две власти.¹²⁶

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 Француској, Аустрији, Финској, Исланду или Португалу уведени *мешовити* облици поделе власти, који представљају комбинација парламентарног (влада као „колегијални орган солидарно политички одговоран парламенту”) и председничког система поделе власти (председник са великим овлашћењима изабран на непосредним изборима).¹²⁷

¹²⁴ Е. Спекторски, стр. 96-97.

¹²⁵ Видети: J. A. Segal, H. J. Speath, and S. C. Benesh, *The Supreme Court in the American Legal System*, 2005.

¹²⁶ Видети: Р. Марковић, стр. 217-226.

¹²⁷ *Истио*, стр. 240-242.

Други одсек ОБЛИЦИ ДРЖАВНОГ УРЕЂЕЊА

Следећу самосталну класификациону групу, облици државног уређења, сачињава подела на *јединствене државе* и *савезе држава*. Разлика је направљена према најважнијем: да ли је уопште реч о држави или не. Јединствена држава постоји само кад је у њој јединствена највиша власт. Кад то није случај, тад није реч о држави, већ о савезу две или више јединствених држава. Тек затим, даље може да се направи разлика унутар основне поделе, и то на једноставне (просте, унитарне) и сложене државе.

Јединствена држава, према степену централизације, односно децентрализације, дели се прво на *једноставну* централну, централизовану и децентрализовану, а затим на *сложену* (регионалну) и још *сложенију* савезну државу (федерацију). *Савези држава*, тј. државне заједнице састављене из две или више самосталних држава, пак, 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.¹²⁸ Као што може да се примети, облици државног уређења не односе се само на уређење конкретних држава, већ и на уређење њихових савеза.

1. Јединствена (једноставна и сложена) држава

Јединствена држава, како је наведено, може да буде *једноставна* или *сложена*, већ према степену централизације, коме је увек обрнуто пропорционална децентрализација. Такву поделу је својевремено назначио Монтескје, али је она тек у нешто измењеном облику постала значајном у другој половини XIX века. Од тада је његово учење о облицима државног уређења више пута допуњавано и мењано.

1.1. Једноставна држава

Једноставне (просте или унитарне) државе деле се на централне, централизоване и децентрализоване (укључујући мешовит облик тзв. сједињене уније).

Централна држава. У централној држави целокупна државна власт је усредсређена или само у једном централном, или у више централних органа. Сходно томе, најчистији облик јединствене државе (њен тзв. идеални модел) постоји кад један централни орган непосредно врши послове све три државне власти (на пример, римска *comitia curiata*). То је најстарији и најпримитивнији облик државног уређења, карактеристичан за саме почетке државе. Али, и тад, нужно и брзо, долази до природне расподеле послова између три главне врсте централних државних органа. Сходно томе, централна држава постоји и кад више централних органа непосредно врши све главне врсте државних послова.

¹²⁸ Видети: С. Јовановић, стр. 155-156.

Центрирализована држава. Центрирализована држава, под утицајем искуства личног и државног апсолутизма, постоји кад поред једног или више централних органа, који непосредно обављају државне послове (на пример, само монарх или заједно монарх и представнички орган), постоје и централизовани (подручни) органи, који у пуној зависности извршавају државне послове за органе централне власти. Обично се таква апсолутистичка држава назива унитарном. То није сасвим тачно, јер апсолутистичка држава није једина унитарна (од ње је још више унитарна стара централна држава), а затим и због тога што је унитарна и модерна децентрализована држава.

Децентрализована држава. Децентрализована држава постоји кад државне послове истовремено обавља више децентрализованих органа. У том случају, децентрализовани органи самостално (не и независно од централних органа) обављају извесне државне послове унутар делокруга своје надлежности, обично поред централизованих органа. Типичне примере децентрализоване једноставне државе представљају облици локалне самоуправе и аутономије. Ипак, често се и за такву државу, која је савим далеко од свог идеалног модела, каже да је унитарна. То није сасвим нетачно, јер је у суштини свака јединствена држава унитарна, само у различитој мери, која зависи од степена и обима децентрализације у њој.

1.2. Сложена (регионална и савезна) држава

Кад је успостављен велик степен и обим децентрализације државних органа саставних области или чланица државе, тад постоји сложена јединствена држава. Сложене државе су *регионална* и *савезна* држава (федерација). Савези држава, како им име каже, нису јединствена држава.

Регионална држава. Регионална држава је јединствена сложена држава са истом таквом влашћу, само издељеном на посебне области, регионе, који (захваљујући политичкој децентрализацији) располажу знатном самосталношћу приликом обављања државних послова. То је држава у којој „регионални, тј. обласни органи располажу ограниченом знатном децентрализованом државном влашћу у свим главним врстама државних послова, што их чини политички и територијално привилегованим”, али не у толикој мери да би била нарушена јединственост државе. Такав положај потврђује забрана њиховог непосредног учествовања у вршењу уставотворне и законодавне власти, која је у целости сачувана за централне државне органе. Зато су и регионални органи (само „у мањој мери”), зависни од органа централне власти.¹²⁹

Регионална држава се одређује или као посебан облик „знатно” децентрализоване једноставне државе, или 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, регионала је и тзв. *сједињена унија*)¹³⁰,

¹²⁹ М. Јовичић, *Регионална држава*, Београд, 1996, стр. 17.

¹³⁰ Р. Марковић, стр. 440.

или, како је назначено, као посебан облик сложене државе, поред федерације, која је још сложенија држава.

Да регионална држава није децентрализована једноставна држава, то готово да је самочигледно. Она није ни некакав прелазни облик између децентрализоване једноставне и сложене федеративне државе, како је код нас одређује М. Јовичић, већ најједноставнији облик сложене јединствене државе.

Иако примери сједињене уније представљају подстицајан пример за наста-
нак регионалне државе (Уједињено Краљевство Велике Британије и Северне Ир-
ске постепено је настало уједињењем Енглеске са Велсом /1536/, Шкотском /1707/
и Ирском /од 1800. до 1921. године/),¹³¹ они ипак нису одлучујући, јер је регио-
нална 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, кад су у тадашњим европским државама ојачале регионалне тежње
за што већом обласном аутономијом (Пруска и Француска). Те тежње нису усахле
ни по завршетку Првог и Другог светског рата, кад су Италија, Шпанија (поно-
во 1978. године) и Белгија (нешто касније) изнова територијално организоване у
регионе.¹³² 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. Сход-
но томе, данас постоје само три праве регионалне државе и више њих које су се,
можда, запутиле тим правцем.

Изгледа да одлучујући политички чинилац за успостављање регионал-
ног државног уређења представља претерана администрација централне вла-
сти, коју згодно илуструје пример из шездесетих година XIX века који наводи Е.
Спекторски.¹³³ Реч је о једном француском министру просвете, који се - извлачећи
часовник из џепа - хвалисао тиме како тачно зна који се предмет у било ком тре-
нутку и било ком разреду, подједнако и без изузетка, предаје у свим школама држа-
ве. Регионализам је дакле нужна реакција против прекомерне административне
централизације послова. Као такав, он оличава тежњу за што самосталнијим жи-
вотом градова и области у истој држави. И, пошто логика захтева доследност чак
и кад је реч о мери, регионалну државу треба сврстати у најчвршћи облик огра-
ничене сложене државе, поред федерације, која је мање ограничена и мање чврста
савезна држава.

Као што може да се примети, природа регионалне државе је таква да је
сврстава у облик сложене, а не једноставне државе. Ниједна регионална држава до
сада није постала унитарна, али има значајних наговештаја да регије желе да по-
стану федералне јединице или самосталне државе (најновији пример представља
измењен уставни положај Каталоније у Шпанији, утврђен 2006. године).

Савезна држава (федерација) „још” је сложенија држава. Она није заједница
држава, нити савез држава, како се понекад каже, већ у највећој могућој мери

¹³¹ Исио.

¹³² М. Јовичић, *Регионална држава*, стр. 30-33.

¹³³ Е. Спекторски, стр. 153-154.

децентрализована јединствена држава. Савезна држава располаже јединственом територијом, становништвом и сувереном влашћу. Само је у њој степен политичке децентрализације већи и израженији, али још не у толикој мери да би тиме била угрожена јединственост државе. У савезној држави је одлучујућа савезна власт, а не власт држава-чланица. Сходно томе, савезна власт, као централна власт установљена уставом савезне државе, представља главног носиоца власти. И та власт је и државна, и суверена.

За разлику од савезне државе, њени саставни делови такође представљају државе, али не праве, већ „квазидржаве”. И оне поседују државну власт, само што она није суверена, већ изведена (делегирана) из суверене савезне власти. Сходно томе, надлежност савезне државне власти је права и прва надлежност, док је надлежност власти држава-чланица изведена и друга.

Савезна власт се тиче свих главних врста државних послова који су искључиво у њеној (савезној) надлежности, док је надлежност држава првенствено одређена савезним уставом. И што је више савезних прописа, сматра се да је савезна држава чвршћа.

Савезна државна власт се распростире непосредно над целом територијом и становништвом савезне државе, док се власт држава-чланица распростире само над становништвом на њиховим територијама. Ипак, та подела није потпуна, нити оштра. Зато сви у таквој држави имају двоструко држављанство: савезне државе и државе-чланице. И не само то: у федерацији је готово све двоструко, укључујући и законодавство. Па ипак, чак и у таквој савезној држави, централна власт представља неспорног носиоца главне, тј. суверене државне власти, сходно изреци насталој у француској Првој републици (1792. године): „Република (тј. држава – *йрим. Д. М*) је једна и недељива”.¹³⁴

Најзад, у савезној држави не постоји право на нулификацију (одустајање поништавањем акта, и то улагањем вета државе-чланице), нити право на *сецесију* (отцепљење). Забрана тих права није случајна. Забрана нулификације (обично формулисана у облику тзв. заштитне клаузуле) представља меру против раздруживања у сложеним јединственим државама које по правилу настају спајањем. Она се састоји у забрани улагања вета држава-чланица на одлуке органа федерације. Забрана сецесије представља додатну заштиту државе од самовољног, тј. једностраног распарчавања било ког њеног дела од стране држава-чланица федерације.

Федерализам. Иако је савезна држава творевина модерног доба, њена носећа идеја је много старија. То је идеја *федерализма* (од *foedus*, тј. савез, уговор, нагодба), која се дуго односила на било који облик уједињавања самосталних политичких заједница. И тек образовањем САД, настао је модерни федерализам,¹³⁵ под којим 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”.¹³⁶ Од тада, идеја федерализма је доживела

¹³⁴ М. Јовичић, *истио*.

¹³⁵ Видети: Т. Пејн, *Права човека*, Београд, 1987.

¹³⁶ Р. Марковић, стр. 442 и даље.

много успешних и сувишних тумачења и опита. 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.

Данас је број савезних држава толико велики, да их не треба посебно 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. Данас су САД веома чврста федерација, иако је задржан релативно неутралан назив за такву државу, док назив Швајцарске није ни мењан. Она је именом и даље конфедерација, иако је реч о чврстој федерацији већ више од двеста педесет година. СФРЈ више не постоји, као ни СРЈ, док бивша СЦГ није ни замишљена као сложена држава, већ као унија (уговорни савез) Србије и Црне Горе.

2. Савези држава

Савези држава нису сложене јединствене државе. Према начину свог настанка, они могу да буду државни савези и уговорни савези. Како истиче С. Јовановић, у првом случају, „удружене државе раде на свом заједничком циљу преко извесних заједничких органа”. У другом случају, пак, „државе су везане једним заједничким циљем, али на његовом остварењу раде свака преко својих органа. Сем њихових посебних власти, никаква друга власт не постоји; питање о сложености држави ту се, дакле, и не поставља.¹³⁷ Сходно том заједничком циљу, начинима за његово остварење и врсти државних органа, прави се разлика између чврстих, државних савеза, и лабавијих, уговорних савеза, тј. између конфедерације, с једне, и уније и комонвелта, с друге стране. Наведене врсте савеза држава, овом приликом, разврстане су и изложене према степену њихове спољашње сличности са савезном државом, иако ниједан савез није јединствена сложена држава, ма колико јој својим обликом био сличан.

2.1. Конфедерација

Конфедерација (сложеница од предметка „кон” - с, са, и „федерација”: буквално „савез”, „савезна” или „парасавезна” држава, у смислу предметка „пара”: *суироишо, йоред*, али и *йромена* или *йребражај*) није јединствена држава, иако споља може да буде веома слична тзв. „лабавој” или „минималној” федерацији. То је последица чињенице да конфедерација уопште није држава. Сходно томе, између федерације и конфедерације постоји суштинска разлика у погледу правне природе и надлежности органа савеза и органа њихових саставних делова, њиховом односу према грађанима, итд.¹³⁸

¹³⁷ С. Јовановић, стр. 155.

¹³⁸ Ф. Тарановски, стр. 464.

Конфедерација настаје правним, а не фактичким путем (као федерација). Кад конфедерација правно настаје уставотворним актом, којим се успоставља власт савеза, сматра се да је такав савез чвршћи. Ипак, ни таква конфедеративна власт не може непосредно да заповеда становништву савеза. Она евентуално може да заповеда само државама-чланицама савеза, док свака држава-чланица преко својих органа може да заповеда својим грађанима. Кад конфедерација настаје уговорним актом, она се обично назива *савезом независних држава* (на пример, међународни савез Мала Антанта или Заједница независних држава /ЗНД/).

Државе које сачињавају конфедерацију, за разлику од федерације, представљају праве државе са сувереном влашћу. Сходно томе, надлежност чланица конфедеративног савеза је прва и права надлежност, док је надлежност евентуалног заједничког конфедеративног органа друга и изведена.

У конфедерацији постоји заједнички орган предвиђен оснивачким (уставним или уговорним) актом, који добровољно и сагласно образују суверене државе - оснивачи конфедерације. Тај конфедеративни орган обавља искључиво заједничке послове који су му поверени оснивачким актом. Али, он није парламент, какав је савезни парламент у федерацији. Он дакле није синтеза, већ збир, јер га сачињавају представници држава-чланица који су искључиво одговорни властима своје државе. Сходно томе, у њему се све одлуке доносе једногласно (консензусом). Њихова примена подразумева претходну потврду надлежних органа државе-чланице конфедерације, који те одлуке, такође, непосредно извршавају. То значи да су чланови конфедерације њене државе-чланице, а не њихови грађани.

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. Као таква, конфедерација по правилу није субјект међународног права. Уместо ње, сва наведена својства задржавају државе-чланице конфедерације, које, доносећи уставотворни акт или склапајући међународни уговор, установљавају лабаву заједницу суверених држава, задржавајући 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.

Конфедерација дакле није некаква „наддржава” над удруженим сувереним државама, већ пре „међународно признато друштво” настало „удруживањем држава”. Зато свака држава-чланица конфедерације располаже правом на иступања из конфедерације, тј. правом на *нулификацију* и *сецесију*. Услови и начини за престанак чланства у конфедерацији се обично утврђују оснивачким актом конфедерације.

Давна и скорија историја, као и садашњост, познају многобројне примере конфедеративних савеза: Утрехтску унију од 1579. до 1795. године, Северно-амерички савез од 1777. до 1787. године (тзв. „Лига пријатељства”), Швајцарску конфедерацију од 1815. до 1848. године, Немачку конфедерацију од 1815. до 1866. године (састављену од 38 држава које припадају немачком говорном подручју и

више слободних градова), итд.¹³⁹ И после Првог и Другог светског рата, такође је разматрано питање савеза држава, кад су на пример Украјина и Белорусија, чврсте чланице некадашњег СССР, имали самостално права гласа у Савету безбедности УН. Идеја о стварању конфедеративних савеза ни данас није сасвим усахла.

2.2. Унија

Унија је савез двеју или више држава образован на основу уговора, а ређе на основу уставотворног акта (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 је реч о врсти заједничких послова или о организацији поглавара државе. По правилу, реалне уније су републиканског облика владавине, а персоналне монархијског.¹⁴⁰

Реална унија представља чисто уговорну заједницу две или више држава. То значи да свака држава-чланица реалне уније задржава своје посебно законодавство, управу и судство, с тим што је у надлежност заједничких органа пренето вођење спољних послова, одбране и финансија. У међународним односима, пак, реална унија се појављује као јединствен субјект. Пример реалне уније била је Аустро-Угарска монархија, настала компромисом Аустрије и Мађарске 1867. године.¹⁴¹ У њој су постојала три заједничка министарства: спољних послова, војске и финансија. Кад је било потребно да се усклади законодавство, тад су образоване посебне „делегације” законодавних скупштина Аустрије и Угарске. Ипак, за сваки случај, један члан хабсбуршке династије је истовремено заузимао царски аустријски и краљевски угарски престо (дакле, Аустро-Угарска је била и персонална, тј. двострука унија). Она је ишчезла после I светског рата. Иста идеја реалне уније налазила се у Уставу Краљевине Југославије из 1931. године, у коме је записано да краљ не може бити у исто време поглавар неке друге државе без пристанка народног представништва. И та држава је ишчезла после II светског рата. Најзад, ни СЦГ није била ништа друго до реална унија две суверене државе. Њена сасвим неубичајена особеност састојала се у томе што је била „орочена” на три године (што до сад није забележен случај у познатој уставној пракси).

Персонална унија постоји кад две потпуно самосталне државе имају на својим престолима истог монарха из исте династије. До тога најчешће долази поклапањем наследног реда владајућих династија, што значи да иста личност, сходно правилима наслеђивања, постаје монарх у две или више држава. Како наводи Е. Спекторски, године 1714. године је на енглески престо позвана из Немачке хановерска династија (први краљ, Џорџ I, био је пореклом Немац), која се том приликом није одрекла

¹³⁹ Видети: Е. Спекторски, стр. 103. и Р. Лукић, стр. 173.

¹⁴⁰ Видети: Е. Спекторски, стр. 102-103. и С. Јовановић, стр. 155-162.

¹⁴¹ С. Јовановић, стр. 161.

хановерске круне. Тако је настала персонална (лична) унија између Енглеске и Хановера, која је трајала до 1837. године, кад је раскинута ступањем на енглески престо краљице Викторије. (Хановерски престо је заузео њен стриц, јер су према хановерским основним законима само мушкарци могли да наследе круну). Згодан пример представља и унија Холандије и Луксембурга, од 1815. до 1890. године.¹⁴² То се може рећи и за персоналну унију Србије и Црне Горе, до које је дошло орођавањем владарских кућа Петровић и Карађорђевић.

2.3. Комонвелт

Већ је Џон Лок, описујући државу чији је био савременик, користио израз комонвелт (*commonwealth*). Према 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 одговара реч *commonwealth* и која најприкладније изражава такво друштво људи”.¹⁴³ Поента његове дефиниције, која је и данас актуелна, садржана је у томе што је реч о на „било који начин независној заједници”. И збиља, данас само комонвелт представља најлабавији савез (изузмемо ли развијене племенске савезе Индијанаца на тлу Америке или Аборицина на тлу Аустралије). Као такав, он је сасвим удаљен од Локове првобитне дефиниције јединствене државе, јер после њега могу да постоје само самосталне суверене државе које нису ни у каквом савезу.

Комонвелт је творевина и слика некадашње моћи Велике Британије према својим „доминионима” (дословно: државинама, а у ствари колонијама) чији се статус према матичној држави временом мењао. (То време неспорне колонијалне моћи је прошло, иако два века за државу нису старост, поготово за империју за коју се говорило да у њој „Сунце никад не залази”). Крајем XVIII века, матица је показала према својим америчким колонијама такво неразумевање, подупрто тврдоглавошћу и непомирљивошћу, које је довело до њиховог потпуног одвајања (започетог тзв. „Бостонском чајанком”). Нешто касније, матица је постала толико предусретљива према неким својим колонијама, да им је драговољно доделила аутономију, а затим и суверена права, и све то у толикој мери да су на пример и оне (Аустралија, Индија, Канада, Јужна Африка и Нови Зеланд) учествовале у потписивању Версајског мировног уговора, поред Велике Британије. Иако је непосредна политичка потреба била очигледна (да матица има више гласова приликом вођења преговора о миру и нешто касније у Друштву народа), тиме је доминионима посредно признато да ступају у посебан однос координације (сагласности) са матицом, уместо пређашње субординације (потчињености). Штавише, после дуготрајне и понекад врло огорчене борбе, 1921. године, Енглеска је Ирској признала право на самосталну државу (*Irish free State*), која је такође ушла у Друштво народа. То ни данас није случај са Северном Ирском (*Northern Ireland*), са чијим се представницима управо ових година преговара.

¹⁴² Е. Спекторски, стр. 103.

¹⁴³ Џ. Лок, *Две расправе о влади*, II том, стр. 82-83.

Године 1926. Велика Британија је преуређена у заједницу у којој су доминиони правно постали чланови државног савеза (*British Commonwealth of Nations*). Таква тежња је убрзо проширена на све колоније, као и на територије унутар појединих колонија. Већина некадашњих колонија данас су самосталне државе (на пример, Индија или Канада), док су друге, као на пример Аустралија (*Commonwealth of Australia*), прво уређене као саставне заједнице са правима самосталних држава, а тек затим и формално као самосталне државе. Ипак, садашња република Аустралија је задржала чвршће везе са својом матицом од других. У њој се и данас, понајвише захваљујући харизматској личности краљице Елизабете II, сматра да поред председника као поглавара државе, управо она представља врховног поглавара, иако без икакве власти, осим власти свог неспорног краљевског ауторитета.¹⁴⁴

3. Деловање сједињујућих и разједињујућих чинилаца на облике државног уређења

Облици државног уређења нису дати једном и заувек. Деловање сједињујућих и разједињујућих чинилаца чини да старе државе нестају, постојеће се мењају, а нове настају.

Данас једноставне државе све више постају децентрализоване или се преображавају у сложене регионалне, па чак и савезне државе. Кад једноставна држава променом своје унутрашње организације постане регионална или савезна (као Мексико, Аргентина или Бразил), или, кад савезна држава постане савез држава (СССР у ЗНД или СРЈ у СЦГ), таква промена се назива *деволуција*. Али, кад федерална држава настане споразумом до тада самосталних држава (као САД, Швајцарска, Аустралија или Немачка), таква промена се назива *аирејација*.

Образац Евројске уније. Посебан случај удруживања, а затим и сједињавања под снажним дејством интеграционих чинилаца, представља *Евројска унија*, која се сматра специфичном политичком заједницом или, чак новим „заметком федералне државе”.

Идеја о стварању сједињених држава Европе није нова. Идејом европске федерације бавили су се филозофи Лајбниц и Кант. Ипак, њу је први изразио француски писац Иго средином XIX века. После I светског рата, идеју тзв. „Паневропе” или „Свеевропе”, покренуо је гроф Коуденхове-Калерги (немачки писац који је предлагао да западноевропске и балканске државе склопе заједницу са седиштем у Бечу, основавши у ту сврху друштво под називом Паневропска унија, које је уживало симпатије многих тадашњих познатих државника). Идеју Сједињених Европских Држава наговестио је и проповедао француски књижевник Бријан.¹⁴⁵ Исту идеју и назив користио је чак и Хитлер. Ипак, тој идеји је покретачку снагу удахнуо Черчил 1946. године.

¹⁴⁴ Видети: Е. Спекторски, стр. 159-162.

¹⁴⁵ Видети, Е. Спекторски, стр. 216-217.

Идеја о европској интеграцији почела је убрзо да се претвара у збиљу образовањем Савета Европе и Европске заједнице за угаљ и челик 1951. године, а затим и да се постојано изграђује образовањем Европске заједнице за одбрану и Европске политичке заједнице 1952. године, као и Европске економске заједнице и Европске заједнице за атомску енергију 1957. године. Нешто касније, већ образовани органи (Савет, Комисија, Парламент и Европски суд правде) посебим уговором су обједињени у јединствену организацију 1965. године. Ипак, тек је Маастрихтским уговором 1992. године образована Европска унија (ЕУ), као самосвојан међународни субјект (државни савез), иако (и даље) без својства субјекта међународног права.

У садашњој Европској унији, дакле, нису укинуте (три) главне европске заједнице из којих је она настала. Те заједнице су само утопљене у њу, с тим што је сарадња држава-чланица проширена на заједничку спољну и безбедоносну политику, правосуђе и унутрашње послове. Сходно томе, Европска унија више није лабава заједница суверених држава (међународни уговорни савез суверених држава). Али, она није ни лабава федерација, иако је од Маастрихта на несумњив начин потврђено да она располаже властитом и искључивом надлежношћу у питањима која се тичу правне надлежности њених централних органа, „грађанства ЕУ”, посебног Европског суда правде, јединственог тржишта, заједничке монетарне политике, јединствене монете (*евро*), итд. Тврдњу да ЕУ ни данас није федерација, већ стабилна конфедерација, поткрепљују опробана средства савеза држава: најважније правне одлуке се доносе сагласношћу, а не већином, док се у областима заједничке спољне и безбедоносне политике, правосуђа и унутрашњих послова, такве одлуке уопште не доносе.¹⁴⁶

Прикључење десет нових држава 1. маја 2004. године, и најновије прикључење Румуније и Бугарске 1. јануара 2007. године, није само проширило, већ политички и организационо-технички искомпликовало ионако актуелно питање државног уређења ЕУ, и то у тренутку кад се и даље одлучује о томе да ли ће нов устав ЕУ бити федерални (прави устав) или конфедерални акт (декларација, повеља)¹⁴⁷. Усвајање Уставног споразума јуна месеца 2007. године, представља нужан компромис за којим се посегло кад је постало очигледно да Устав ЕУ неће бити прихваћен у свим њеним државама чланицама. Ипак, најновији процеси у ЕУ нису разједињујући, већ сједињујући, и то са тенденцијом да ЕУ у релативно кратком времену постане права федерација,¹⁴⁸ како се пре више од два века десило са САД или Швајцарском.

¹⁴⁶ Видети: С. Аврамов, М. Крећа, *Међународно јавно право*, Р. Д. Вукадиновић, *Право Европске уније*, Београд, 1996. и Г. Илић-Гасми, *Реформе Европске Уније. Институционални аспекти*, Београд, 2004.

¹⁴⁷ Иако је нов Устав ЕУ, донет 5. марта 2005. године у Риму, истог дана и на истом месту на коме је закључен уговор којим је 1957. године основана ЕЕЗ, државама чланицама је остављен рок од две године (до 2007), који ће највероватније бити продужен, да референдумски усвоје или у својим парламентима изгласају овај уставни акт.

¹⁴⁸ Видети: Е. Мацнер, *Монополарни светски поредак. О социоекономији доминације САД*, Београд, 2003.

Трећи одсек

ОБЛИЦИ ПОЛИТИЧКОГ РЕЖИМА

Трећу класификациону групу чини подела на демократске и аутократске облике политичког режима, са изведеним и карактеристичним облицима унутар сваког од главних облика. Сходно томе, разликују се формална, политичка и посредна од стварне, економске, непосредне и других облика демократије, односно тиранија, олигархија и аристократија од апсолутистичке државе, диктатуре, тоталитаризма и других облика аутократије.

1. Демократија

Реч демократија (сложеница од грчких речи *демос* – народ, и *крайеин* – владати) буквално значи владавину народа. Али, кад би цео народ стварно могао сам да влада, на шта упућује језичко значење, тад му не би били потребни ни демократија, ни држава. Пошто то није могуће, модерна демократија представља такав облик политичког режима у коме већина народа (становника, грађана државе) на унапред тачно одређен начин може стално или повремено да учествују у вршењу државне власти, контролише рад својих представника, поставља питање њихове одговорности, итд. Речју, демократија је 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.¹⁴⁹

1.1. Појам и значења демократије

Демократија је веома стара. Често се атинска демократија узима као класичан пример из давних времена, чији сјај ни до данас није усахнуо. Ипак, реч је о демократији која је постојала само за слободне атинске грађане (њих тридесетак хиљада), који су представљали мањину и на врхунцу моћи античке Атине. Уз то, и сами атински грађани делили су се на оне који учествују у јавном животу („политес”) и на оне који то не чине („идиотес”), тако да је број оних који су учествовали у јавном животу био још мањи. Зато се за античку демократију каже да се односила само на мањину слободних грађана и да је била ограничена само на слободан говор у скупштини („исегорија”) и исти такав положај грађана пред законом („исиномија”).¹⁵⁰ Поред овог, постојало је још једно значење демократије, као

¹⁴⁹ Видети: R. Laun, *La démocratie. Essai sociologique, et de politique morale*, Paris, 1933, стр. 62-86, као и: G. Sartori, *The Theory of Democracy Revisited*, New Jersey, 1987; Ф. Канингам, *Теорије демократије. Кривични увод*, Београд, 2003; R. Zucker, *Democratic Distributive Justice*, New York, 2003. и K. Dowding, *Justice and Democracy*, London, 2004.

¹⁵⁰ Видети: A. Saxsonhous, *Free Speech and Democracy in Ancient Athens*, 2006.

владавине масе, руље, коју је Аристотел сврстао у изопачене облике државе, јер је већина слободних грађана била сиромашна.

Кад се данас каже демократија, мисли се на *модерну* представничку демократију, повремено допуњавану и исправљану облицима непосредне демократије, која се суштински разликује од свог *антиичкој* узора непосредне демократије. Модерна представничка демократија почива на Русовљевој идеји о владавини сувереног народа, подупртој идејама слободе и једнакости. Њени темељи су формалноправно постављени одмах после грађанских револуција на тлу Европе, одакле се постепено раширила по целом свету. Од тада, демократија је током протекла два века доживела низ важних промена, постајући преовлађујући или бар пожељан образац политичког режима. Ипак, 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. Савремена демократија, дакле, није владавина народа, већ владавина у име народа и у интересу народа.

1.2. Етапе развоја модерне демократије

Непосредно после образовања првих грађанских држава, у доба тзв. *државе стјаријеј либерализма*, 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 закона и најпотпунијих кодификација, којима се у привреди прокламује начело слободне конкуренције; као врхунац либерализма истиче обезбеђивање личних слобода грађана; држава ограничава начелом поделе власти и њеним демократским устројством, што 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 састојао се у успостављању обрасца *либералне демократије* која је схваћена као средство за остваривање широко прокламованог начела слободе.

У доба тзв. *државе млађеј либерализма*, демократија се првенствено схватала као средство за остварење начела једнакости. На тај начин, идеал грађанске слободе и либералне демократије замењен је идеалом грађанске једнакости и *ејалишарне демократије*. Томе су примерене и одговарајуће политичке и правне мере: укинута је имовински цензус, обезбеђено је једнако право гласа, промењено је унутрашње устројство парламента сходно схватању да је меродавна само народна воља (*la volonté générale*), изједначени су домови у парламенту, постављена је јасна разлика између делокруга рада управе и правосуђа, итд.

Упоредо са наведеним променама, мењало се и схватање о друштвеном задатку либералне државе. Држава се, наиме, више није схватала као „ноћни чувар”, већ јој је постепено и постојано препуштано обављање најважнијих друштвених задатака.

Поред тзв. традиционалних задатака, који се односе на организацију политичког система, а посебно задатака који се односе на утицај и удео политичких странака у стварању и вршењу политичке власти, држава млађег либерализма је све 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, са очигледним наговештајима будућег државног интервенционизма, јачало је упоредо са осамостаљивањем професионалног управљачког слоја у држави. Држава млађег либерализма због тога није представља само одбор власника капитала, већ и савез најбогатијег грађанског слоја са државном бирократијом. Па ипак, у држави млађег либерализма друштвени сукоби нису имали она обележја која ће касније да добију. То се догодило вероватно због тога што су за појединца закони у таквој држави и даље изгледали као некаква самостална сила, која невидљивим нитима подједнако и на општи начин прожима и повезују цело друштво. Таква снага закона објашњавала се снагом нових идеала, због чега је и систем представничке демократије доживљаван као оличење такве хомогенизоване и снажне грађанске државе.

Крајем XIX века *интервенционизам* државе млађег либерализма прерастао је у *империјализам* као начин за решавање нагомиланих друштвених противуречности и напетости. Томе је погодноvalo развијено конституционалистичко и милитантно схватање демократије, пред којим је уступало класично 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, национал-социјализам, стаљинизам). Заједничко им је да, позивајући се на „конституционализам” и „позитивистички легализам”, демократију претварају у предмет изругивања или је отворено укидају, истичући да „култ бруталне силе искључује култ закона”.¹⁵¹

1.3. Примери,заобилажења' демократије

Демократија се често заобилази и у демократским порецима.¹⁵² То се чини „тихим” напуштањем (*decline*, заласком) демократских институција, посебним механизмима за изузимање из општег режима одговорности, појавама тзв. „легалне незаконитости”,¹⁵³ укључујући ту и тзв. „инцидентне случајеве” (политичке афере, корупцију, наслаге политичких лажи и олаких обећања). Тихо преношење власти са парламента на владу у Енглеској средином прошлог века, на шта су указивали Џенингс, Робсон и Хајек, означавало је залазак либералне демократије у Дајсијевој „колевици законитости”. Јачање председничког положаја у Француској

¹⁵¹ Д. Аранђеловић, *Принципи државног уређења у скорој прошлости и садашњости*, Београд, 1935, стр. 25.

¹⁵² Видети: R Dahl, *Democracy and Its Critics*, New Haven-London, 1989.

¹⁵³ F. A. Hayek, *The Constitution of Liberty*, Chicago, 1976, стр. 84.

такође је својевремено омогућило Де Голу да, формално се држећи закона и законске процедуре, добије толика овлашћења да примена и промена закона практично постане ствар његове воље. То је био случај и са активношћу Макартијевог комитета у САД, која је често почивала на грубом изигравању закона, представљајући насртај на основна демократска права грађана.¹⁵⁴ Анкете спроведене 2006. године међу грађанима ЕУ, показале су да је највише опало поверење немачких грађана у демократију, као и да је те године међу мађарским грађанима била најизраженија друштвена напетост, продубљена експлозивном друштвеном ситуацијом због изиграног поверења у демократију и њене институције.

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. Драматична убрзања протока информација и новца, најчешће доводе 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 институција у затворене и неформалне кругове без демократског покрића и легитимне контроле. Такве најновије промене навеле су поједине писце да суморно закључе како је дошло до „крађе демократије и права на самоодлучивање легитимних учесника” (Р. Дарендорф), да је у току „драстично растакање” суштине демократског начина владавине (П. Килмансер), односно да је већ сад устоличена „модерна форма тоталитаризма” (Н. Чомски). Ипак, и даље се узима за готово да либерална држава почива на начелима индивидуализма и демократије засноване 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 Русоа до Ролса), или да створе на начелу правде заснован модел грађанина (на пример, да основне слободе и друштвена добра буду 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 кад 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”.¹⁵⁵

Наведени примери угрожавања демократије показују да она нема једнак третман и облик ни у развијеним либералним грађанским друштвима (компетитивна, технократска, партиципативна, итд.). Сходно томе, она нема увек ни исту друштвену садржину. А то значи да је чак и у таквим друштвима демократија

¹⁵⁴ Видети: F. A. Hayek, *The Constitution of Liberty*, стр. 101-102.

¹⁵⁵ Видети: C. Wolfe, *Natural Law Liberalism*, 2006; J. Christman, *Autonomy and the Challenges to Liberalism*, 2005; S. Holmes, *Passions and Constraint: On the Theory of Liberal Democracy*, Chicago, 1995; *States and Citizens*, Cambridge, 2003; J. Rawls, *O liberalizmu i pravednosti*, Rijeka, 1993; A. Lijphart, *Demokracija u pluralnim društvima*, Zagreb, 1992; T. Iversen, *Capitalism, Democracy and Welfare*, Harvard, 2005; R. Dahl, *Democracy and Its Critics*, New Haven-London, 1989.

подложна променама које се не могу сматрати само њеним „аберацијама”.¹⁵⁶ Ипак, 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 демократски легалне институције постану застареле иконе са демократском легитимацијом без демократске суштине и неприкосновености.

1.4. Услови и елементи демократије

Да би демократија постојала, потребно је да буду испуњени одговарајући услови. Пре свега, потребно је да постоји друштвена стабилност, јер је тешко у бременитим временима, или у ситуацијама ванредног стања, демократски комуницирати и вршити власт. Такође, демократија захтева одговарајући економски просперитет и стандард грађана. Осамдесетих година прошлог века сматрало се да је потребно најмање 4 000 \$ по глави становника да би уопште могло да се говори о постојању некакве демократије. Данас је тај износ у развијеним земљама сигурно много већи. Од економског просперитета и стандарда, вероватно је важније да грађани буду правно просвећени, да преовладава свест о вредности поштовања (а не кршења) демократије. Посебно је пожељно да код грађана буде усађена свест о потреби да буду толерантни једни према другима, јер демократија управо и почиња на толеранцији. Она дозвољава да људи различито мисле, али то што различито мисле не значи да треба различито да раде кад демократски донесу одлуку. Такође, потребно је да постоје утврђена демократска правила и процедуре, посебно основне слободе и права, уставне и процедуралне гаранције за остваривање основних грађанских и људских слобода и права, итд. Ипак, да би се демократија збиља уврежила у друштву, потребно је да протекне доста времена. Зато и за њу важи исто оно што важи и за врло лепо уређене енглеске травњаке.

Сви поменути и непоменути демократски услови често нису испуњени, због чега је много лакше прогласити постојање демократије у друштву, него обезбедити њено постојање и поуздано вршење. Све то демократију представља као крхку творевину. И збиља, данас постоје пореци у којима периоде демократског владања смењују периоди аутократског владања. Такође, демократија је спора, јер је таква сама демократска процедура за доношење одлука. Уз то, она је сложена, скупа, итд. Дакле, демократија има своје слабе стране. Али, она је нешто најбоље што су људи до сад створили.¹⁵⁷ Она је посебно драгоцене, јер ослобађа успаване личне стваралачке снаге, а друштву обезбеђује поузданији и слободнији стваралачки развој.¹⁵⁸

Свака демократија има више елемената, али су главна два њена елемента. Први елемент је друштвени. Он се састоји у постојању тзв. *политичке воље народа*. Наравно, да би се знало шта је политичка воља народа, претходно треба утврдити сам појам воље, што је у крајњем чисто филозофски проблем који ни данас није решен.

¹⁵⁶ Видети: D. Held, *Modeli demokracije*, Zagreb, 1990.

¹⁵⁷ Видети: J. Mirić, *Demokracija u postkomunističkim društvima*, Zagreb, 1996.

¹⁵⁸ Видети: Б. С. Марковић, *О управедном праву*, Нови Сад, 1993, стр. 83-145.

Зато је још теже одредити изведену и претпостављену тзв. „политичку вољу народа”, који пре зна шта неће, него шта хоће. Други елемент је *државно-органizacionи*, са којим се демократија најчешће изједначава. Тај спољашњи елемент демократије састоји се, прво, у постојању одговарајућих средстава и механизма за повезивање народа са државом, а затим, и у омогућавању народу да учествује у вршењу државне власти. Сходно томе, у свим најважнијим савременим правним документима одређују се грађанске и људске слободе и права, утврђују институције права гласа, кандидовања, изборни поступак, начини расподеле добијених гласова, институције оставке и опозива, као и сами начини за учествовање народа у вршењу државне власти, укључујући ту и средства којима народ може да натера државне органе да извршавају ту вољу.¹⁵⁹

Да би демократија постојала, потребно је да постоје оба њена елемента. У противном, кад нема друштвеног елемента, тад постоји само огољена демократска форма без садржаја. Кад нема државно-органizacionог елемента, тад не постоји начин да се изрази друштвени елемент демократије. Али, и кад постоје оба њена елемента, они омогућавају постојање демократије само као владавине мањине у интересу већине грађана.

1.5. Врсте демократије

На основу елемената, могу да се одреде главне врсте демократије: стварна и формална, политичка и економска, непосредна и представничка.

Стварна и формална демократија. Стварна демократија је химера, посебна врста социјалне утопије. Њу не треба изједначавати са било којим обликом демократије каква постоји у стварности (искуствена, остварена демократија). Она се понекад поистовећује са тзв. *демократијом идентитета*, која верно изражава језичко значење демократије као владавине народа. У том случају, цео народ би владао, тј. „самовладао”, и то тако да не буде разлике између оних који владају и оних над којима се влада. Наравно да ни таква демократија пуне непосредне владавине народа без посредника и представника, у којој претеже колективно над индивидуалним, нигде није постојала, осим, можда, некад, давно и краткотрајно, на самом почетку државе. Ипак то касније није обесхрабрило скривене диктаторе да посегну и за таквим обрасцем, како би непосредним општењем са народом прибавили популистички легитимитет својој власти. Демократији идентитета је најближа непосредна демократија, али она није стварна, већ формална.

Пошто стварна демократија као таква нигде не постоји, постоји *формална* демократија. Она не укида, већ подразумева постојање односа надређености и подређености, тј. власти човека над човеком, сходно утврђеним основним грађанским и људским слободама и правима, процедурама, итд. Постојање формалне, а не стварне демократије, довело је до поистовећивања демократије са демократском процедуром, што није сасвим тачно, јер демократија не може да

¹⁵⁹ Р. Лукић, стр. 143-145.

постоји без неопходне демократске садржине, повезане са поменутиим вредностима слободе, једнакости, правде, итд. Данас се формална демократија нетачно поистовећује са грађанском демократијом, од које је неупоредиво ширира, јер сваки облик демократије (од античке, преко либералне, до најновијих савремених облика) у суштини није ништа друго до различито остваривање образаца формалне демократије.

Данас се сматра да је поредак стварно и формално демократски кад постоје основна демократска правила и процедуре, као и кад је обезбеђено учешће већине народа у образовању политичке воље, барем о минимуму заједничких животних и политичких циљева и вредности.

Политичка и економска (социјална) демократија. Подела 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 стварној демократији. *Политичка* демократија се првенствено односи на политичка права и слободе грађана, тј. на њихово учествовање у вршењу политичке власти. Као таква, она је неопходна за успостављање и постојање правне државе. *Економска*, тј. социјална демократија, пак, првенствено се односи на успостављање и остваривање економских и социјалних права. Она се понекад испољава у облику радничке или неке друге партиципације. У њеној основи се налази идеја о социјалној (насуспрот чисто либералној) правној држави. Та идеја је у највећој мери остварена у Немачкој и скандинавским земљама.

Ипак, сматра се да главне облике формалне демократије представљају непосредна и посредна, тј. представничка демократија, при чему се као трећи посебан, мешовит облик, повремено сусреће и тзв. „полунепосредна демократија”.¹⁶⁰

Нејасредна демократија. Овај облик демократије постоји кад грађани као народ непосредно врше власт као државни орган или органи. Према томе да ли народ врши власт, тј. доноси одлуке само у области законодавства, или и управе и судства, разликује се непосредна демократија у ужем од непосредне демократије у ширем смислу, тј. модерна од античке демократије. Према томе, пак, како народ (односно грађани) доноси одлуке, непосредна демократија може да постоји само у погледу иницијативе, само у погледу доношења одлуке, или истовремено у погледу иницијативе и доношења одлуке. Такво учешће народа у вршењу државне власти може да буде обавезно или факултативно. У првом случају реч је о широј, а у другом о ужој непосредној демократији, јер у другом случају учешће народа зависи од претходне одлуке неког државног органа.¹⁶¹

Карактеристичне установе непосредне демократије, замишљене као поуздано средство за саобраћање народа са државом, представљају плебисцит, референдум, народна иницијатива и народна санкција (вето).

Плебисцит и референдум су облици непосредног, појединачног и личног изјашњавања грађана ван скупа, и то изјашњавања које није везано за једно

¹⁶⁰ Р. Марковић, стр. 260.

¹⁶¹ Р. Лукић, стр. 148.

одређено место, али је временски ограничено, на коме народ потврдно или одречно одговара на питање које му поставља државна власт или органи неке за то овлашћене међународне или унутрашње организације. Али, није увек било тако.

Плебисцит потиче од римске речи „plebiscitum”, која означава одлуку народа донету гласањем, као и закон у најширем смислу донет народним гласањем. Реч референдум (као герунд латинског глагола „refere”) дословно значи „оно о чему треба да се извести”. Стога узети „ad referendum” значи узети нешто на проучавање да би се о томе поднео извештај неком органу или власти. Данашње значење референдума подудар се са значењем плебисцита, тако да су разлике између ових установа незнатне. Ипак, оне постоје и нису неважне.

Плебисцит је неупоредиво *старији* од референдума, који се користи тек у младим грађанским државама. Плебисцит је типична установа непоредне демократије која постоји у свим друштвима, док је референдум установа представничке демократије која има корективну и допунску улогу. Процедура за споровођење плебисцита и референдума је слична, али је у случају плебисцита строжа и сложенија. Зато је плебисцит важнији од референдума. Њиме се одлучује о животним питањима једног народа: постојању државне заједнице, присаједињењу или отцепљењу дела државних територија, положају појединих државних подручја према централној државној власти и другим сличним питањима. Помоћу плебисцита народ се уздиже над уставотворцем, поколебавши му осећај свемоћи и неодговорности. Као такав, плебисцит је начин да се провери легитимност државне власти. Сва друга питања, почев од облика владавине, па све до доношења закона или других сличних аката, решавају се референдумом. Зато је референдум начин да се потврди или оспори легалност неког предлога или одлуке предлагача, поколебавши му осећај свемоћи и неодговорности.¹⁶² И управо због тога, плебисцит никад не може да буде страначки, већ само народни, док референдум то може. Исто тако, плебисцит увек има обавезујући карактер, док референдум може да буде и факултативан. Плебисцит се увек спроводи тек после одлуке надлежног државног органа, док референдум може да се спроведе и пре тога, итд.

У модерно доба, први је за плебисцитом посегнуо Наполеон I Бонапарта, у два маха се обративши француском народу питањем да ли га признаје за доживотног првог конзула, а затим и да ли његовој породици признаје наследност достојанства царске власти. Слично је поступио и други француски цар, Наполеон III (1851. и 1870. године). Такође, плебисцитом је решавано питање присаједињења папског Авињона Француској (1791. године); Савоје, Нице и Белгије (1792-1793. године); после Версајског мира 1919. године, за разграничавање старих и нових европских држава; за решавање положаја Сарске области 1935. године; у Јужној Корушкој одмах после Другог светског рата, итд.¹⁶³ Плебисцит међутим није спроведен 1989. године у некадашњој СФРЈ, упркос легитимној иницијативи да се грађани тадашње државе изјасне да ли желе и даље заједно

¹⁶² Видети: С. Јовановић, стр. 408 и даље.

¹⁶³ Видети: *Политичка енциклопедија*, стр. 735.

да живе у истој држави или не. Насупрот плебисциту, референдум се користи у свим другим ситуацијама, почев од изјашњавања о облику владавине, промени устава, доношењу новог закона, све до усвајања статута или унутрашњих аката друштвене организације. Некад су владари посезали за плебисцитом како би себи придали већи значај, обраћајући се народу посебно важним питањем. Данас се исто то чини референдумом, иако се тиме понекад умањује судбински значај питања којим се власт обраћа народу.

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

Народна санкција (вејто) постоји кад се народ, тј. грађани, накнадно изјашњавају о већ донетој одлуци неког државног органа (на пример, о закону). Кад грађани потврде одлуку државног органа, реч је о позитивној санкцији. Кад је пак оспоре, реч је о *вејту*, тј. негативној санкцији.

Непосредна демократија, као што може да се примети, никад не може потпуно, већ само делимично да се оствари, јер народ може непосредно да доноси само главне политичке одлуке, али не може непосредно да врши стручне послове који се тичу спровођења таквих одлука. Зато је непосредна демократија, од основног облика у антици, данас постала допунски облик у модерној грађанској држави, и то облик за којим се посеже тек кад закажу редовни механизми представничке демократије.

Представничка демократија. Суштина представничке (посредне, репрезентативне) демократије састоји се у томе што народ непосредно не доноси политичке одлуке, већ непосредно одређује ко ће у његово име такве одлуке да доноси и извршава, тј. да врши државну власт у његово име. Сходно томе, представничка демократија се састоји у представљању народа. То се постиже на тај начин што се народни представници бирају демократским путем, и то тако што се сматрају изабраним она лица која на изборима добију највећи број гласова. Тако изабрана лица, тј. грађани, сматрају се државним службеним лицима која представљају народ у државној организацији. Пошто је њихов избор резултат народне воље, та лица су одговорна својим бирачима, тј. народу, и дужна су да спроводе његову вољу. Зато је за успешно спровођење државне политике од великог значаја поверење које народ има у своје изабране представнике. Оно је веће ако изабрани представник заиста припада народу, јер он тад има исте или сличне интересе као и његови бирачи, тј.

народ. Посебно је значајно да се изабрани народни представник професионализује, а не бирократизује.¹⁶⁴

И представничка демократија, а не само непосредна, може да буде ужа или шира, зависно од врсте, значаја и обима питања поводом којих народ изражава своју политичку вољу. Сходно томе, најважнији политички органи у држави су увек представнички. У савременим државама то су најчешће законодавни органи, који решавају општа политичка питања и доносе опште правне акте у облику закона. Те законе затим извршавају управни и судски органи. Шира је она представничка демократија у којој управа и судство имају у одређеној мери представнички карактер. Најзад, представничка демократија је још шира кад представнички органи постоје и у одговарајућим децентрализованим јединицама.¹⁶⁵

Представничка демократија подразумева постојање одговарајућих права, средстава и механизма који треба да обезбеде да народ изражава и остварује своју вољу. Најважније такво право јесте *право избора народних представника*, које обухвата право гласа на изборима, право кандидовања и право на оставку и опозив.¹⁶⁶

Право гласа на изборима представља услов без кога уопште не може да се приступи избору народних представника. Оно се састоји у одлучивању грађана, тј. народа, ко ће бити изабран за њиховог представника у државној организацији. Према томе да ли право гласа постоји или не, као и према његовом обиму и врстама (активно и пасивно, опште и ограничено, једнако и неједнако, непосредно и посредно, јавно и тајно), такође се одређује обим представничке демократије. Интересантно је да је право гласа и данас у Грчкој, као некад у Немачкој, правно одређено као грађанска дужност.

Активно право гласа састоји се у праву грађана да бирају свог представника, а *пасивно* у праву да сами буду бирани за представника. Ова два права нису иста. По правилу, активно право гласа имају сви пунолетни (обично са 18-ом, али и са 16-ом или 21-ом годином) и душевно здрави, тј. урачунљиво способни грађани, док се за пасивно право гласа захтевају додатни услови (веће године старости, рођење у дотичној држави, имовински или неки други цензус, итд: за председника САД може да се кандидује само лице које је навршило 35 година и рођењем у тој земљи стекло држављанство).

Опште право гласа значи да сви душевно здрави пунолетни грађани имају право гласа. Као такво, оно се подудара са активним правом гласа, које је такође демократско. *Ограничено* право гласа је селективно, мање демократско или сасвим недемократско. Оно постоји кад су пунолетна душевно здрава лица изузета због свог пола, расе, националне, верске или неке друге припадности, величине имања или висине прихода, степена културе или образовања, итд. Опште право гласа није ограничено годинама за стицање пунолетства (као активно), али јесте већим

¹⁶⁴ Видети: Р. Лукић, стр. 149-151.

¹⁶⁵ *Исто*, стр. 154.

¹⁶⁶ *Исто*, стр. 151-153.

годинама старости (као пасивно) које се повремено или стално захтевају од лица која врше државне послове као најважнији државни органи.

Једнако право гласа се такође сматра демократским. Оно постоји кад сви грађани располажу истим правом гласа, тј. кад свако има један глас. *Неједнако* право гласа, обрнуто, постоји кад сви грађани немају исто право гласа, тј. кад ожењени, родитељи, школовани или имућни имају два или више права гласа. (Први такав забележен случај представља реформа родовске скупштине */comitia curiata/* у сталешку скупштину */comitia centuriata/* према имовинском цензусу, коју је пре двадесет пет-шест векова спровео римски краљ Сервије Тулије. Слична организација парламента према имовинском цензусу успостављена је Уставом Краљевине Србије из 1888. године).

И *нејосредно* право гласа сматра се демократским. Оно се састоји у томе што бирач непосредно гласа за свог кандидата, односно представника. *Посредно* право гласа, како му назив каже, постоји кад грађани непосредно бирају своје „изборнике”, који тек затим својим гласањем непосредно бирају народне представнике (као тзв. електори председника САД), или кад тзв. нижи представници бирају своје тзв. више представнике (у делегатском систему: делегације своје делегате). На тој основи је настала тзв. „саветска демократија”, која је данас скоро сасвим напуштена.

Право гласа, најзад, може да буде *јавно*, кад се зна за ког кандидата је неко лице гласало, или *тајно*, кад се то тачно или уопште не зна. Најбоље је кад се уопште не зна за ког кандидата је бирач гласао, јер је он тад сучељен само са својим предрасудама и заблудама. Тајно гласање треба да буде правило, а јавно изузетак.

Активно, опште, једнако, непосредно и тајно право гласа представљају тековину савременог друштва, која ни данас није свуда у пуној мери остварена (жене су тек у претпоследњој деценији прошлог века у Швајцарској изједначене у погледу права гласа са мушкарцима, што није једини такав пример у XX веку). Политичка и уставна историја пребогати су најразличитијим случајевима комбиноване примене различитих врста права гласа грађана, тј. ограничавањем права гласа, како би се заштитили пролазни интереси управљача.

Следеће посебно важно право народа, тј. грађана, представља *јавно* кандидовања. Идеално би било кад би се сваки грађанин кандидовао, и кад би сваки грађанин слободно гласао за ког год хоће, или, још боље, кад би се на тај начин евидентирани (најбољи) представници грађана бирали коцком. Али, такве ситуације припадају давној историји, бар кад је реч о држави. Зато кандидовање данас представља вишеструко „прочишћавајућу” процедуру. Прву прилику за сучељавање жеља са могућностима кандидата представља њихова одлука да се кандидују. Тај сасвим претходни и најлакши (само)елиминациони део, у ствари означава почетак мање-више сложеног поступка кандидовања, у чијем даљем току могући кандидати и по други пут имају прилику да се преиспитају, како би својим бирачима олакшали избор и уштедели трошкове. Затим, следи најодговорнији

претходни део поступка кандидовања, јер ко се кандидује, тај мора да води рачуна о интересима својих гласача. Обећања нису довољна. Најзад, у трећем, једино правно важном делу, кад су кандидати евидентирани *по листама* или *појединачно*, тек тад се коначна одлука препушта бирачима. Сматра се да је појединачно кандидовање у изборним јединицама (обично срез или округ) демократскије од кандидовања по листама. И, на крају, ко не успе као кандидат, тај мора да сноси и економске последице свог неуспеха, као што их носе сви други грађани. Демократија није авантура, нити „бизнис” неодговорних, већ порив „најжељнијих”, кад су тог порива лишени набољи.

Следећу важну ствар представља расподела мандата према броју добијених гласова на изборима, посебно кад је истакнуто више кандидатских листа. Данас се расподела мандата врши коришћењем два главна и више мешовитих систем. Према систему *већинској њредсџавнишџива*, листи која добије највећи број гласова припадају сви мандати. Према систему *сразмерној њредсџавнишџива*, свака листа добија број мандата сразмеран броју гласова бирача, и то разрађеним сложеним техникама за њихово израчунавање, обично коришћењем система изборног количника (Д’Онтовог, Баденског, Херовог, итд.).¹⁶⁷ Систем већинског представништва карактеристичан је за Енглеску, у којој је настао, док је систем сразмерног представништва карактеристичан за друге државе. Познат је и мешовит француски систем сразмерног представништва, према коме бирачи нису строго везани за кандидатску листу, због чега кандидати са исте листе могу да не добију исти број гласова. Гласање по листама врши се у већим изборним јединицама коришћењем система сразмерног представништва. Кад је реч о појединачном бирању представника, ту се проблем своди на питање да ли мандат треба дати кандидату који је добио релативну или апсолутну већину гласова бирача. По правилу, појединачно гласање се врши у мањим изборним јединицама, коришћењем релативне (за један гласачки круг) или апсолутне (за два гласачка круга) већине гласова бирача. И један, и други главни систем представништва, имају своје добре и лоше стране, због чега смењују један други у великом броју држава.¹⁶⁸

Кад 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 врши јавне, тј. државне послове, назива се *мандат*. Мандат може да буде *везан*, тј. императивни, или *невезан*, тј. слободни. У првом случају, представник потпуно зависи од инструкција и воље својих бирача, које су за њега једино обавезне. Ова врста мандата је настала у Енглеској. Његова добра страна је то што бирачи могу потпуно да утичу на свог представника, али је лоша то што је представник сасвим спутан у свом раду. Стога је, прво у Француској, коришћен неvezан мандат, по коме изабрани представник има неупоредиво већу политичку слободу, јер је готово сасвим неодговоран својим бирачима, будући да се његова веза са њима окончава чином избора. Зато се данас у већини земаља

¹⁶⁷ Видети: С. Јовановић, стр. 333-348.

¹⁶⁸ Видети: N. Schofield and I. Sened, *Multiparty Democracy. Parties, Elections and Legislative Politics*, 2006.

користи мешовити, полуvezани-полуслободни, тј. *релативни мандати*, како би се сачувале добре, а ублажиле лоше стране обе главне врсте мандата.

Најзад, да би се демократски изабрани представници још чвршће обавезали да ће вршити вољу својих бирача, тј. народа, у свим системима предвиђа се престанак њиховог рада и пре истека мандата. Најважније такве мере су право на оставку и право на опозив.

Осташка је мера (врста санкције) коју представник изриче својим бирачима или државном органу чији је члан кад је незадовољан бирачима или радом државног органа. *Опозив* је пак мера којом бирачи или односни државни орган изричу свом представнику кад су незадовољни његовим радом. Правне последице оставке и опозива састоје се у превременом престанку мандата.

У систему представничке демократије, као што може да се примети, између представника и бирача не постоји само политички, већ и правни однос. Ипак, важнија је политичка веза представника са бирачима, јер се показало да никаква правна обавеза не може да буде ефикаснија од политичке обавезе представника да следи вољу својих бирача, коју може да сазна и провери у за ту сврху установљеним зборовима бирача, уважавањем саветодавних мишљења бирача, повременим подношењем рачуна бирачима о свом раду, итд.

Полунепосредна демократија. Неке земље познају и трећи, мешовит облик демократије. Таква „полунепосредна” демократија успоставља се кад народ непосредно одлучује о посебно важним државним и политичким питањима.¹⁶⁹ Кад народ то чини у законодавству, тад он непосредно и привремено постаје законодавни орган, тј. сам свој законодавац. Такву полунепосредну демократију не треба мешати са извесним карактеристичним облицима демократије (референдумом, народном иницијативом или народним ветој) који се у систему представничке демократије користе као допунско и корективно средство.

Кад се непосредна и представничка демократија упореде, није тешко запазити да непосредна демократија представља старији облик од представничке демократије. Прва је настала у античкој Атини, а друга у грађанским државама. Такође, једно време је сматрано да представничка демократија одговара великим, а непосредна малим државама (на пример, у три мала швајцарска кантона све важне одлуке и данас се доносе искључиво непосредним изјашњавањем грађана), али је такво мишљење оповргла пракса полунепосредног система демократије. Исто тако, сматрано је да непосредна демократија никад неће моћи да се сложи са модерном представничком демократијом, што оповргава све распрострањенија пракса посезања за облицима непосредне демократије у очигледно представничким системима демократије. Најзад, представничка демократија није уништила непосредну демократију, већ је само променила и прилагодила својим потребама. У ствари, једино што уставна пракса показује јесте то да је у државама без значајнијих политичких и других традиција непосредна демократија много погодније тле за настанак аутократских облика од представничке демократије.

¹⁶⁹ Р. Марковић, стр. 259.

Ипак, непосредна и представничка демократија нису бољи и лошији облици политичког режима, како би могло да се помисли, јер оба облика имају своје добре и своје рђаве стране.

2. Аутократија

Реч аутократија (сложеница од грчких речи *αυτός* – сам, и *κραίειν* – влада-ти) 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. Сходно томе, она не подлеже контроли и одговорности од стране народа, који је искључен из политичког живота. Зато су у аутократији појединци поданици, а не грађани, тј. субјекти обавеза, а не слобода и права. У аутократији је слободно само оно што је дозвољено.

И аутократија је настала веома рано (Спарта). Штавише, она представља главни облик политичког режима у античким грчким државицама, изузев Атине. Она је то била и у средњем веку, па чак и у првим деценијама модерних грађанских држава. Отворени или прикривени облици аутократије постоје чак и данас, јер је неугасива људска жеђ за моћи.

2.1. Појам и значења аутократије

Аутократија је облик политичког режима у коме је већина народа лишена могућности учествовања у вршењу власти, због чега је власт у рукама повлашћене мањине која не подлеже правној изборности и редовној смењивости.¹⁷⁰ И она може да буде формална и стварна. *Формална* (чиста, права, ужа) *аутиократија* постоји кад ни формално нема демократије, тј. кад стварно влада мањина у друштву. Она је посебно карактеристична за античке и средњовековне државе. *Стварна* (шира) *аутиократија* постоји кад у друштву стварно влада мањина, независно од тога да ли постоји формална аутократија. У том смислу, свака државна власт је аутократска, па чак и власт демократски изабраних представника, који су такође мањина. Али, такво прешироко значење аутократије није корисно, јер је у модерној грађанској држави важно и то у чије име се врши државна власт, а не само број лица која је врше. Ипак, то не значи да у модерној грађанској држави не могу да се успоставе чисте аутократије.¹⁷¹

2.2. Врсте аутократије

Различите врсте аутократија добиле су током историје бројне називе, иако се међу собом суштински много не разликују. Зато се за аутократију у најширем смислу понекад користи израз диктатура, који се супротставља демократији, односно којим се истиче да у друштву не постоји ни формална демократија, јер

¹⁷⁰ К. Чавошки, *Увод у право I. Основни појмови и државни облици*, Београд, 1994, стр. 218.

¹⁷¹ Видети: Р. Лукић, стр. 169-170.

постоји чиста аутократија. Међутим, *диктатишура* у правом смислу речи означава неограничену власт. У старом Риму, где је и настала, диктатура је представљала привремено предавање власти једном човеку кад је држава у опасности. Као таква, она је била законита, а не незаконита, каквом је касније постала (од Суле до Хитлера). Касније је *личној* диктатури, као неограниченој власти једног човека, придодато значење неограничене власти великог броја припадника неког покрета или чак целе друштвене класе над народом. Таква диктатура може да буде страначка (*јакобинска диктатишура*, *йролешерска диктатишура*) или ван-страначка. 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 заврши или предупреди грађански рат владом која се ставља изнад страначких интереса и труди да успостави „органску целину заједничког живота” (Керенски).¹⁷²

Личној диктатури је слична *тиранија*, која је вероватно дуго била најгори облик политичког поретка, све до XX века.¹⁷³ Тиранија је законита или незаконита, али увек насилна и самовољна владавина појединца над својим поданицима. Није чудно што су већ у средњем веку, кад је држава све више схватана као световна творевина, цветала учења о тираноубиству.¹⁷⁴

Тиранију треба разликовати од деспотије и средњовековне, посебно апсолутистичке монархије. У *деспоиџији*, која је шира од античког појма тираније (јер не постоје азијатске тираније), влада само један ослоњен на закон силе, док су сви други једнаки у ропској подређености. У *ајсолуџној монархији*, пак, суверену власт има само један, али он мора да је врши на основу чврстих и утврђених закона. Ипак, у таквој апсолутној држави јавна власт не подлеже никаквој друштвеној контроли, нити сарадњи, јер је чисто бирократска. Она сама води бригу готово о свему, чак и о личном благостању својих поданика. Зато, иако није формално одговорна својим поданицима, она ипак сноси бар некакву моралну одговорност. У таквој држави, становништво, које са владом не дели одговорност за стање државног живота, може само да критикује и окривљује државну власт за своје недаће. На тај начин је у Француској „настала опозиција против апсолутизма, која је спремила Револуцију”.¹⁷⁵

Поред наведених, постоје и други познати аутократски облици: *олиџархија* (владавина неколицине најмоћнијих), *арисџократија* (владавина мањине на основу изузетног порекла или својстава), *џимократија* (средњовековна владавина световног племства које стреми почастима и слави), *џеократија* (владавина духовног племства), *илуџократија* (владавина најбогатијих), итд.

Најновији облик аутократије представља *џоџалиџарна* (од *totalis*, потпуна, свеобухватна, апсолутна) *држава*. То је осиона, неограничена и свеобухватна држава која уместо слободе нуди сигурност, уместо личне акције - акцију маса,

¹⁷² Е. Спекторски, стр. 108.

¹⁷³ К. Чавошки, стр. 207-211.

¹⁷⁴ Видети: L. Strauss, *O tiraniji*, Zagreb, 1980.

¹⁷⁵ Спекторски, стр. 88.

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, потпуна контрола партије над масовним медијима, партијски монопол над оружаном силом и државна контрола над привредом.¹⁷⁶ Њен циљ је стварање „потпуно контролисаног друштва”,¹⁷⁷ које је сликовито дочарао Џорџ Орвел у свом познатом роману „1984”.

Конкретни примери тоталитаризма. Конкретни изданци тоталитарне државе су: фашизам, националсоцијализам и стаљинизам.¹⁷⁸

Фашизам (од *fascio*, свежањ) представља назив за националистичку странку фашиста којој је пошло за руком 1922. године да преузме власт у своје руке. Бенито Мусолини, њен неспорни вођа („дуче”), штавише, 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.¹⁷⁹ Та корпоративистичка идеја је и данас интересантна, али без „вођа” и насиља.

Фашизму је сличан *националсоцијализам* у Немачкој, и то као његова много гора варијанта. Адолф Хитлер, неспорни вођа („фирер”) странке и СС-а, а касније немачке нације и државе, своје политичке погледе и идеале изложио је у књизи „Моја борба”. Убрзо по освајању власти 1933. године, он је своје идеје преточио у збиљу, прво прогонећи комунисте и социјалисте, затим сву опозицију и све потенцијалне неистомишљенике, све физички или „морално” дегенерисане сународнике, итд, истовремено извршивши беспримеран погром над Јеврејима као наводном симболу светског паразитског капитализма и разгранате завере за стицање светске премоћи,¹⁸⁰ због чега је започео и изгубио II светски рат. Јан Кершо је описао 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”.¹⁸¹

Најзад, после „Фебруарске грађанске револуције” 1917. године, царска Русија је постала грађанска република са привременом владом, коју су исте године тзв. „Октобарским превратом” срушили бољшевици са В. И. Лењином.¹⁸² Као једини властодршци у земљи, они су одмах завели терор (диктатуру) и увели ново државно уређење,

¹⁷⁶ Видети: Т. Кулић, *Теорије о тоталитаризму*, Београд, 1983, стр. 148-163.

¹⁷⁷ Видети: К. Чавошки, стр. 211-218.

¹⁷⁸ Видети: В. Димитријевић, *Страхотвлада*, Београд, 1997. и У. Бек, *Ризично друштво*, Београд, 2001.

¹⁷⁹ Видети: Б. Мусолини, *О корпоративној држави*, Београд, 1937.

¹⁸⁰ К. Чавошки, стр. 218.

¹⁸¹ Наведено према: А. Нојмајер, *Хитлер*, Београд, 2004, стр. 12.

¹⁸² Видети: М. Чубински, *Закон и стварност у совјетској Русији*, Београд, 1925. и К. Кауцки – Л. Троцки, *Тероризам и комунизам. Расправа о бољшевичкој револуцији*, Београд, 1985.

које је промењено 1924. године. Уместо Русије, чије је име званично уништено, створен је СССР (Савез Совјетских Социјалистичких Република). Таква држава је правно учвршћена тзв. Стаљиновим уставом из 1935. године, у коме је и званично порекнуто скоро све што сачињава суштину једне државе (територија, становништво, организација и органи власти, итд.). Званична доктрина *лењинизма-стаљинизма* у СССР постали су марксизам и атеизам. Диктаторска власт је формално припала радничкој и сељачкој класи преко изабраних совјета (одбора), а стварно комунистичкој странци и њеном неспорном вођи Ј. В. Стаљину.¹⁸³ 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 Пол Пота у Камбоџи (Кампуџији).

„Расплинути” XX век, како га назива Антон Нојмајер, „изнедрио је, 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 моћи, систематски раширили до гигантских размера. Али, макар Јосиф Стаљин и Мао Цедунг бројем својих жртава по бескрупулозности и премашивали 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”.¹⁸⁴

Данас тоталитарне државе не постоје у најразвијенијим земљама, али тоталитаристичка идеја ни у њима није ишчезла смрћу Мусолинија, Хитлера и Стаљина („најбезазленији” пример представља Шпанија до Франкове смрти 1976). Њен најновији производ представља државна идеологија милитантног исламизма, подупрта мрежом терористичких организација. Сходно томе, ауторитарни системи не морају да се успоставе само у бившим колонијама по стицању независности, нити у посттоталитарним друштвима Источне и Средње Европе, већ и у технолошки високо развијеним државама (Орвелов „Велики брат”). У ствари, они могу да се успоставе било где, било кад и због било чега, ако се стекну повољни услови за то, као за коров у башти. То је због тога, како истиче Карл Попер, 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 хвањени као њени хероји”.¹⁸⁵ Па ипак, било какав осећај за личну елементарну пристојност властодршцима мора, макар из највеће даљине, стално да призива у свест једноставну истину: „буди исправан, и буди ваљан”.

¹⁸³ Е. Спекторски, стр. 109-110. Видети: Н. Ј. Бerman, *Justice in SSSR*, Cambridge, 1966.

¹⁸⁴ А. Нојмајер, *Хитлер*, Београд, 2005, стр. 12.

¹⁸⁵ К. Попер, *Ојворено друштво и његови нејријателји*, II књига, Београд, 1993, стр. 324-325.

Четврти одсек ОБЛИЦИ ВЛАДАВИНЕ

1. Монархија

1.1. Појам монархије и својства монарха

Монархија је облик владавине у коме је поглавар државе лице са изузетним привилегијама. Те изузетне привилегије, које га уздижу над свим другим лицима, нису везане за власт коју поглавар врши као државни орган, већ за његово својство суверене личности, што га формално чини „надправним” или „изванправним” чиниоцем. Зато изразито обележје монарха представља то да је он *суверена личност*.¹⁸⁶

Из својства суверене личности, произилази друго монархово важно обележје: он је правно неодговоран. Као правно неодговорна, а не као правно неограничена личност (што је обележје суверена, оног ко врши суверену државну власт), монарх не подлеже правним прописима. Чак и кад такви прописи постоје, они за монарха нису правно, већ морално или политички обавезни. Монарх, исто тако, не подлеже судској одговорности, што значи да на њега не може да се примени правна санкција државе. Уместо монарха, за његове политичке и друге поступке власти, правно одговарају други државни органи. Али, ти органи не одговарају за монархове личне поступке (убиство, крађу, итд), јер за њих само монарх може да одговара. Једино, монарх ни тад не може да буде правно санкциониран, зато што је суверена личност. Ипак, то не значи да је монарх потпуно неодговоран за своје личне поступке, јер је одговоран морално, политички, обичајно, итд.

Монарх, дакле, није апсолутно неодговоран, већ само правно, и то само за своје поступке власти и личне поступке, а не и за своју имовину. Кад је имовина монарха у питању, допуштено је да се монарх тужи, с тим што се у Енглеској тражи претходни пристанак краља да се против њега поведе парница. У део имовине убрајају се и приходи које краљ на име својих трошкова добија од државе (тзв. цивилна листа). Износ тих прихода одређује се основним законом.

Треће важно обележје монарха састоји у томе што су његов положај и власт одређени основним, а не обичним законима. Основним законима се такође одређују наслеђивање, имовински, па чак и породични односи. (Нормалним се обично сматра брак са особом једнаког, тј. краљевског порекла, док сваки други, тзв. „morganaticки брак”, све до неколико последњих деценија није производио никакве јавноправне последице.) Сходно томе, монарху се основним законима додељује јавноправни положај какав му припада као државном поглавару и, евентуално, шефу државе.

Четврто, монархова личност је посвећена. Према старој теократској традицији, краљ је изнад сваке критике, упркос својим личним манама. Некад давно, веровало се

¹⁸⁶ Видети: Р. Лукић, стр. 136-138. и Е. Спекторски, стр. 79-80 и 111-117.

да је краљева личност толико посвећена помазањем, да чак и болести лечи додиром руку. Ни данас у Енглеској, прави центлмен неће да каже ружну реч о својој краљици. Осећај изузетног уважавања који се гаји према њој је толики, да се чак и опозиција у енглеском парламенту назива се опозицијом Њеног Величанства.¹⁸⁷

Пето, монархова личност је неповредива. Сваки настрај на његов живот или част кажњава се нарочитом строгошћу, као квалификовано кривично дело.

Шесто, монарху припада титула Краљевског Величанства „по милости Божјој” или „по милости Божјој и вољи народној” (како је формулисана краљевска титула у Италији после њеног уједињења). У неким државама краљ се званично ословљава у множини: „Ми”. Он, као у Енглеској, почев од Виљема Норманског у XI веку, носи титулу сопственика земље, а од Хенрија VIII у XVI веку, и титулу поглавара (англиканске) цркве.¹⁸⁸

Седмо обележје монарха јесте да је он наследан, што се такође регулише основним законима. То правило не важи за монарха који започиње династију или за монарха који се бира доживотно, с тим да се после његове смрти бира нови монарх (Наполеон III у Француској). У првом случају, реч је о започињању или наметању „крунисане династије”, а у другом, о мешовитом облику монархије као некој врсти „крунисане републике”. Ипак, и кад се монарх бира без права преношења власти на своје наследнике, и тад је реч о монархији, јер је за тај облик владавине најважније да је поглавар државе суверена личност.

Постоји неколико система наслеђивања престола. Према првом (салијском), престо се наслеђује само по мушкој лози (сходно француској изреци: „круна никад не пада у преслицу”). Према другом (холандско-аустријском систему), жене ступају на престо тек када изумру сви мушкарци у роду. У Енглеској важи мешовит кастиљски систем, по коме само ако нема синова, наслеђују кћери. Некад, у Краљевини Југославији, краља је наслеђивало његово потомство из законитог брака по реду прворођења. У случају да краљ нема мушког потомства, он је одређивао свог мушког наследника из побочне линије. Најзад, у случају да краљ није одредио себи наследника, скупштина је могла да на заједничкој седници бира краља из исте династије.¹⁸⁹

Осмо важно обележје састоји се у томе што је монарх по правилу инокосан државни орган, појединац, а ретко и привремено колегијални орган (регентство, намесништво, итд.).

1.2. Врсте монархије

Према правном положају монарха, тј. према томе да ли је монарх шеф државе или само суверена личност, одређују се две главне врсте монархије: неограничена и ограничена, са својим подврстама.¹⁹⁰

¹⁸⁷ Е. Спекторски, стр. 113.

¹⁸⁸ *Истио*, стр. 113-114.

¹⁸⁹ *Истио*, стр. 114-115.

¹⁹⁰ Видети: Р. Лукић, стр. 138-139. и С. Јовановић, стр. 374-379.

У неоіраниченој монархији монарх је неспорни носилац суверене државне власти и суверена личност истовремено. Он има уставотворну и законодавну власт, али му истовремено припадају управна и судска власт, коју он може да врши непосредно или преко себи потчињених и одговорних органа. Штавише, монарх своју власт може да врши чак и кад не би постојао писани устав или закон. У том случају, он би фактички вршио суверену власт без ослоња на икакве прописе. Као такав, монарх је сматран феудалним владаром који управља државом као својим имањем, налазећи се у уговорним односима са својом властелом. Зато он није био „суверен” у правом смислу, већ „сизерен”, дакле, не врховни заповедник, већ најугледнији сениор, први међу једнаким (*primus inter partes*).

Карактеристичан облик неограничене монархије представља *ајсолућина монархија*, у којој је апсолутни монарх, ослободивши се уговорних односа, постао у правом смислу суверен. Суштина његове власти је двојако објашњавана: као *лични* или као *државни ајсолућизам*. У првом случају, монархова власт је схватана као приватноправна повластица. Посебно је карактеристичан пример личног апсолутизма Луја XIV, који је „читава земљу свео на своју престоницу, престоницу на свој двор, а двор на своју личност” (Монтескје).¹⁹¹ У другом случају, није монарх апсолутан, већ је то држава чији је он владар. Зато је монархова власт „више дужност него право, више терет него част, више позив него доколица, више служба него повластица” (Морне).¹⁹² Као такав, монарх је први слуга државе. (Таквим именом су се називали многи монарси, од руског цара Петра Великог до пруског краља Фридриха II, па и касније.)

У *оіраниченој монархији*, монархова власт је ограничена или уставом, или 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.

Уставна (ограничена) *монархија* значи да је монарх изгубио уставотворну власт. Устав доноси неко други, макар уз монархово учешће. Зато 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. Прва уставна монархија настала је у Енглеској 1216. године, када је после борбе са енглеским баронима и прелатима краљ Јован без Земље прихватио „Велику повељу о слободама” (*Magna carta libertatum*).

У *сталешкој* (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*, пак, 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 и даље влада, и управља.

¹⁹¹ Е. Спекторски, стр. 112-113.

¹⁹² *Истио*, стр. 113.

У парламентарној монархији, у којој је краљева власт много више ограничена, постоји парламентаризам. У таквој монархији, која је настала у Енглеској, „краљ влада, али не управља”. Он не одговара за оно што чини, „чиме се оправдава његова самовоља, чак и ђуд”. Али, краљ „не може да чини зло, што значи да у краљеву надлежност спадају само апсолутно добри акти. ... Ипак, кад краљ дела, онда важи треће начело: краљ не може да дела сам.”¹⁹³ Сходно томе, у парламентарној монархији суверену власт врши парламент самостално или заједно са монархом. Парламент врши и законодавну власт самостално или заједно са монархом (који има право апсолутног вета). Монарх у парламентарној монархији остаје шеф управе, али ту власт у његово име врше министри које поставља монарх, а разрешава парламент. Министри имају право премапотписа, што значи да без њега ниједан монархов акт није пуноважан. Штавише, први министар (премијер) не ограничава парламентарног монарха само у државним пословима, већ се понекад уплиће и у његов приватан живот.

У парламентарној монархији, очигледно, власт парламентарног монарха је толико незнатна, да је постала украс. Ипак, монарх и даље има стварно велику улогу у државним пословима. До тога не долази због његове власти, него због његовог утицаја који проистиче из сачуваног ауторитета и вештине да својом личном интервенцијом помогне у решавању политичких заплета. На тој основи је, почев од Монтескјеа и Лоренца фон Штајна, настала „теорија о усмеравајућој власти монарха” који својим утицајем ублажава борбу друштвених маса.¹⁹⁴

2. Република

2.1. Појам републике и својства председника

Република је облик владавине у коме поглавар државе *није* лице са изузетним привилегијама које га уздижу над свим другим лицима. Зато председник републике *није* суверена личност.¹⁹⁵

Из својства да *није* суверена личност, произилази друго председничко важно обележје: он је правно одговоран, односно 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. Зато он подлеже судској одговорности, што значи да на њега може да се примени правна санкција државе. Поред правне одговорности, председник одговара морално, политички, обичајно, итд.

Треће важно обележје председника републике састоји у томе што су његов положај и власт по правилу одређени обичним законима, који му додељују јавноправни положај какав му припада као државном поглавару и, евентуално, шефу државе. Обим власти председника републике зависи и од тога да ли

¹⁹³ *Исио*, стр. 116.

¹⁹⁴ Видети: С. Јовановић, стр. 378-379. и Ф. Тарановски, стр. 455-460.

¹⁹⁵ Видети: Р. Лукић, стр. 140-141. и С. Јовановић, стр. 379-385.

је у држави уведена подела власти (САД) или парламентаризам (Француска). У првом случају, председникова власт личи на краљеву у дуалистичкој монархији. У другом, председник је само поглавар државе и његова власт личи на власт парламентарног монарха.

Четврто обележје председника јесте да је он изборан, а не наследан. Ипак, није непозната пракса да се председник бира доживотно или да га на власти наслеђује директан потомак. У овом другом случају, реч је о „мешовитом” облику републике, о некој врсти „некрунисане монархије”.

У републикама се председник бира обично на четири године (САД), а изузетно на седам или пет година (Француска), или чак само на годину дана (Швајцарска), с тим што исто лице по правилу може још једном да понови мандат. На тај начин, многе републике су озакониле амерички обичај да се исто лице бира највише два пута узастопце. Овај обичај је настао кад је први амерички председник Џорџ Вашингтон одбио да буде биран по трећи пут, како не би постао доживотни „монарх”, што у првој половини XX века није учинио амерички председник Ф. Д. Рузвелт, који је преминуо 1944. године, у току свог четвртог председничког мандата. Иако највећи број савремених устава допушта поновно бирање, од тог правила постоје изузеци, какав је случај са Швајцарском, у којој је то изричито забрањено.

Постоје два начина бирања председника републике. Према америчком, председника бира народ општим гласањем. Зато се тако изабран 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”. Председник републике не улази у парламент, већ се са њим дописује својим посланицама. У томе се види јемство да он неће да врши притисак на парламент. Тако изабран председник стварно зависи од парламента, иако устав начелно јемчи његову самосталност.¹⁹⁶

У савременим уставима је предвиђена могућност оставке и опозива председника, чиме престаје његова функција пре истека председничког мандата. У првом случају, председник пре истека мандата добровољно одступа од вршења своје дужности, а у другом бива присиљен да тако поступи. Том приликом, бирачи референдумом или, уместо бирача, оба дома парламента, могу да укажу неповерење председнику. Уколико се то не догоди, сматра се да је председник поново изабран.

Пето важно обележје састоји се у томе што је председник по правилу иноко-сан државни орган, појединац, а ретко или привремено колегијални орган (председништво, президијум, итд).

¹⁹⁶ Видети: Е. Спекторски, стр. 117-119.

2.2. Врсте републике

Према правном положају председника, тј. према томе да ли је он шеф државе или само њен поглавар, одређују се две главне врсте републике. У *неограниченој републици* председник је шеф државе и њен поглавар (на пример, дуалистичка република). У *ограниченој републици*, пак, председник је обично само поглавар државе, док функцију шефа државе обавља неки други орган, самостално или заједно са председником. Сходно томе, републике се деле на *републике са кабинетском владом* (Немачка, Италија, итд) и *председничке републике* (САД).¹⁹⁷ У републикама са кабинетском владом, председника по правилу бира парламент, а у председничким републикама народ. Зато власт америчког председника подсећа на власт уставног монарха, иако је она уистину већа од власти римског папе и руског цара заједно, како се некад говорило. Уз то, постоје мешовити облици, у којима се и председник и премијер заједно или одвојено бирају непосредно од стране бирача. Тај непотребни дуализам се у савременим државама са дужом демократским традицијом најједноставније решава прихватањем модела кабинетске владе или модела парламентарног монарха уместо председника. Најзад, према броју лица из којих се састоји председник, републике се деле на оне које у којима функцију председника обавља једно лице, инокосан орган, и на оне у којима ту функцију обавља више лица, као колегијалан орган.¹⁹⁸

3. Поређење монархије и републике

Кад се монархија и република упореде, није тешко запазити да оне имају многа заједничка обележја (исти број лица која врше функцију монарха и председника, институција изборног доживотног монарха и председника, итд). Ипак, разлика између њих је јасна: монарх је увек формалноправно суверена личност, док председник то није. Такође, монархија и република не представљају старији и млађи облик владавине, јер би тад могло да се закључи како млађи облик смењује старији. Напротив, република и монархија, како потврђују најстарији сачувани споменици, подједнако су старе, јер се упоредо јављају кроз читаву људску историју. Постоје примери да је једна држава од самог почетка монархија или република, као што има и другачијих примера, да је монархија претворена у републику или република у монархију.

Једно време је сматрано 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. Исто тако, у XVI-II веку, уочи Француске револуције, сматрано је да монархија никад неће моћи да се сложи са модерном демократијом, чији се долазак предосећао. Али, модерна демократија није уништила монархију, већ је само довела до њеног претварања

¹⁹⁷ Х. Келзен, стр. 364-365.

¹⁹⁸ Видети: С. Јовановић, стр. 380-382. и Ф. Тарановски, стр. 460-461.

из апсолутне у ограничену уставну, а касније и парламентарну монархију. У ствари, једино што историјска пракса поуздано показује јесте то да су нове државе без икаквих политичких и других традиција погодније за учвршћење републике него монархије. Није случајно што је модерна република настала крајем XVIII века управо у данашњим САД, одакле је прешла прво у Француску, а из Француске постепено у друге европске државе.¹⁹⁹

Из свега реченог, на крају, произилази да монархија и република нису бољи или лошији облици владавине, јер оба облика имају своје добре и лоше стране.

У корист монархије, а против републике, често се наводи да јединство државне власти тражи једног човека који ће да га оличава. Сматра се да се монархов ауторитет не заснива само на личном поверењу које он улива народу, већ и на осећањима поштовања које народ негује према његовој династији. Тај осећај се јавља тек пошто је једна династија трајала дуже времена, постајући део народне историје. Сходно томе, у недостатку владара, тј. монарха, осећање државног јединства се губи у борби политичких странака. Исто тако, између наследног монарха и његовог народа постоји трајна солидарност интереса, захваљујући чему се сматра да монарх увек и унапред осећа и боље врши велике историјске задатке државе од неке краткорочне републиканске владе која се ослања на варљиво јавно мњење. Уз то, једино је монарх способан да буде неутралан и објективан чинилац који заступа опште интересе, да арбитражира и да их брани кад су они угрожени. У републици, пак, страначке борбе обично доводе до тираније већине, док се целокупна државна организација ставља у службу најјаче странке на власти. Најзад, сматра се да је држава одувек била уређена као једна војна установа, тј. да је војска (у којој постоји подела на старије и млађе, безусловна послушност, старешинство и дисциплина) уређена према монархијском начелу. Сходно томе, да би се монархијско уређење одржало у војсци, оно мора да постоји у држави. У противном, ако се у држави напусти монархијско начело, ако се ту прогласи општа једнакост, слобода расправљања и критиковања, непризнавање никаквог ауторитета осим ауторитета властитог разума, сматра се да ће та начела да се распу из државе у војску, све док се на крају војна организација не распадне под налетом „индивидуалистичког рационализма”.

И обрнуто, у корист републике а против монархије, често се наводи да су сви људи рођени једнаки, и да то треба да остану. Нико није толико паметнији од других да би имао право да свима заповеда. Зато у друштву треба да влада општа уместо личне воље. А до те опште воље се долази управо слободном расправом у којој су сва мишљења равноправна. У прилог томе, наводи се да су малобројни они владари, тј. монарси, који се издвајају памећу или другим врлинама, због чега просечни монарси нису дорасли тешким владарским дужностима. Исто тако, у корист републике се истиче да покоравње једној личности унижава човека, да умањује његово самопоштовање и самопоуздање, што је од рђаве моралне

¹⁹⁹ Видети: С. Јовановић, стр. 381-383.

користи за људе. Уместо тога, истиче се да је боље покораване једном апстрактном правилу, што је више у складу са људским достојанством и потребом да се подстакне успавана енергија људи. Уз то, ако је у време кад су се стварале државе владар и био потребан као војсковођа, данас то више није потребно, јер савремене државе имају за главни циљ постизање благостања својих чланова. Зато је боље пустити народ да сам собом управља, јер народ најбоље зна шта му треба. У модерној државној организацији, исто тако, државну личност треба одвојити од личности њених органа, који су подређени праву. Монарх, међутим, никад не може да се обавезе правом као други, јер је он суверена личност. Зато се монарху не допушта да ради сам. Њему се придодаје један орган, обично, министар без кога ништа не може да уради. У савременим монархијама „монарси владају, али не управљају. Зато власт све више прелази са неодговорног монарха на одговорне ministre. Изгледа да је савремени монарх без праве функције, чиме се оспорава целисходост монархије”.²⁰⁰

Као што може да се примети, могуће је разликовати монархију и републику, али није могуће одредити који је облик владавине бољи. То може само народ који слободно бира каквом ће облику владавине да се покорави.

²⁰⁰ Видети: С. Јовановић, стр. 383-385.

ДРУГИ ОДЕЉАК

ПОЈАМ ПРАВА

Право представља изузетно сложену појаву коју је веома тешко тачно одредити.

Да је право тешко одредити, потврђују називи који се често користе за његово означавање: „дикаион” (у смислу права уопште) или „номос” (у смислу закона, уредбе, одредбе, обичаја), „*ius*” (у смислу права уопште, правичности или правде, силе и власти који проистичу из права, али и у смислу права римских грађана или грађанског права, *ius civile*) или „*lex*” (у смислу закона, законског предлога, законске одредбе, прописа, правила). Из ова три назива за право потичу многе изведенице: „дикаиосуне” (право које обухвата читаву правду), „номотезија” и „номотетика” (доношење закона, законодавство, али и вештина доношења закона), „номотет” (законодавац), „номотелетика” (наука о одржавању и примењивању закона), „номофилакс” (чувар закона, онај који се стара да се закони примењују како треба), или, „*iustitia*” (правда, правица, правичност), „*iurisdictio*” (правосуђе, судство, право суђења, надлежност суда, област или делокруг суда), „*iurisprudentia*” (правна наука, правна ученост; начин судског решавања, судска пракса), „*iurist*” (правник, познавалац права), или, пак, „легалност” (уставност и законитост), „легислатор” (законодавац), „легислаторни” (законодавни), итд.²⁰¹ Поред наведених, као основни називи за право данас се у различитим језицима користе следећи изрази: у италијанском „*diritto*”, у француском „*droit*”, у немачком „*recht*”, у енглеском и америчком „*law*”, у руском и српском „право”, итд.

Поменути називи за право, подржани различитим језичким значењима, јасно показују зашто одређивање појма права представља врхунски проблем правне науке, који ни данас није решен. Штавише, тешкоће са одређивањем појма права својевремено су навеле Канта да примети како правници још траже дефиницију за свој појам права,²⁰² а касније и Дел Векиа, да закључи како свако приближно зна шта је право, али да прецизна дефиниција права изазива знатне потешкоће.²⁰³ Али, ако право не можемо да одредимо и објаснимо онако како желимо, то још не значи да уопште не можемо да га одредимо и да не можемо да пружимо све боље дефиниције права, које ће све више да наликују његовој идеалној, потпуној и коначној дефиницији. Такав напор је сасвим сврсисходан, јер право утиче на понашање људи, на мењање друштва, омогућавајући да се људи понашају регуларније него што би то иначе чинили када би се понашали самовољно. На тај начин, право уноси у људске односе неопходну извесност и предвидљивост, којих не би било да нема права. Уз то, право располаже својом идеалном (надискуственом) и реалном (искуственом) страном и значењем. Оно је истовремено и

²⁰¹ Видети: М. Вујаклија, стр. 383-385, 509 и 624.

²⁰² И. Кант, *Критика чистиој ума*, Београд, 1958, стр. 585.

²⁰³ G. Del Vecchio, *Philosophie du droit*, Paris, 1953, стр. 431.

друштvena, и политичка, и економска, и логичка, и језичка, и „чисто” правна појава. Оно је и знање и техника, и поглед на свет и решење конкретног случаја.

Не треба због тога да чуди што су на то врхунско питање које одувек заокупља људску радозналост - на питање шта је право, давани најразличитији одговори, што су формирани различити правци и школе са готово безброј изнијансираних гледишта и дефиниција права. Ипак, та шароликост која плени, није пружила јединствен или, чак, коначан одговор на питање шта је право.

I глава

ОДРЕЂИВАЊЕ ПОЈМА ПРАВА

Право као врхунски проблем правне науке. Главна значења права (природно-правне, позитивноправне, теорије историјскоправне школе и социолошке теорије). Заједничко у појму права: спољашњост (телесност); хетерономност; друштвеност; регулативност (разграничење интереса); предмет регулisaња (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. Конвенционали појам и дефиниције права у проширеном и сууженом смислу.

1. Главна значења права

Очигледан резултат расправа у правној науци о појму права, представља велики број правних теорија, које могу да се разврстају на *идеалистичке* (природно-правне, априористичко-феноменолошке, егзистенцијалистичке и културалистичке) и *реалистичке* (позитивистичке, социолошке и интегралне), како је учињено у четвртм одељку.

За идеалистичке природноправне теорије карактеристично је да оне суштину права налазе у некој врсти „надправа” које служи постизању правде и усавршавању човека. Априористичко-феноменолошке и егзистенцијалистичке правне теорије трагају за оним што је очигледно у праву, често се користећи методама који нису научни, већ филозофски у ширем смислу, док културалистичке правне теорије у праву налазе вредност која га представља као умну и културну појаву. За реалистичке позитивистичке правне теорије, пак, карактеристично је да оне у праву истражују оно што јесте, сматрајући правом само позитивно право. Социолошке правне теорије суштину права објашњавају деловањем друштвених чинаца, док најмлађе, интегралне правне теорије, имају за циљ да интегрално изложе право. Такође, у неким реалистичким теоријама право се изводи из државног монопола физичке силе, у другим из физичке силе као такве, у трећим из различитих спољашњих обележја права (стваралац, поступак стварања, циљ, садржина),

итд. Исто тако, неке теорије предност дају појединим састојцима права, док неке покушавају да све састојке изразе синтетички или интегрално. И све те теорије полазе од појма света, посебно реалног света, сучељавајући га са светом идеја и вредности. Сходно томе, право има два главна значења: *идеалистичко* и *реалистичко*, јер је оно истовремено идеална и реална појава.

Међу поменутиим идеалистичким и реалистичким теоријама посебно место припада различитим природноправним, позитивноправним и социолошким теоријама као најраспрострањенијим, због чега се обично сматра да право има три главна значења: *природнојавно*, *позитивнојавно* и *социолошко*, поред других.

Са таквом троделном поделом нису сагласни сви правни писци. Према Т. Живановићу, тих главних значења права је у ствари четири. Сходно томе, право у најширем (екстензивном) смислу означава *скуп свих позитивних, историјских и природнојавних јавних* (који важе, који су важили, или који су непроменљиви и универзални). У ужем смислу, којим се користе посебне правне науке, право означава само *позитивно јавно*. У посебном смисли, пак, право се користи за означавање саме *јавне науке*. Најзад, у најужем смислу, право се користи за означавање посебних, конкретних облика *јавног*.²⁰⁴

Конвенционално одређивање главних значења права, као што може да се примети, такође зависи од мерила која се том приликом користе. И, кад се користе различита мерила, долази се до различитих значења права. А то показује да праву као појави треба приступати на целовит, холистички начин. Пошто то најчешће није случај, Кантове и Дел Векиеве опаске о могућностима за одређивање појма права и даље важе за правну науку и филозофију.

2. Заједничко у појму права

Кад се расправља о научном појму права, потребно је утврдити његова својства која су заједничка за све конкретне облике права. То значи да сви који тај израз користе, свесно или подсвесно, налазе нешто „суштински истоветно” у појму права, што га јасно разликује од других сличних правила.²⁰⁵ Према Лукићу, најважније и најоучљивије такво својство представља државна санкција. Ипак, државна санкција није једино, већ само најоучљивије својство које се користи као мерило за одређивање правности, поред других бројних мерила. У ствари, према Лукићу, постоји дванаест карактеристичних заједничких својстава, односно мерила правности (која он наводи у свом раду „Појам права”).²⁰⁶ То су: спољашњост, хетерономност, друштвеност, регулативност, особен предмет регулисања, мерљивост и прецизност, постојање спора и суда, посебан поступак формализације, друштвена санкција, остваривање друштвених и правних вредности, и омогућавање „сапостојања” људи у друштву.

²⁰⁴ Т. Живановић, II књига, Београд, 1951, стр. 13-14.

²⁰⁵ Видети: Х. Келзен, *Општа теорија јавног и државног*, стр. 18.

²⁰⁶ Видети: Р. Лукић, *Појам јавног*, стр. 27-28.

6.1. Спољашњост

Прво заједничко својство јесте да се „правом регулише спољашње, телесно понашање”. Својство права да регулише спољашње, телесно понашање (чињење или нечињење) произилази из саме суштине права, која право приказује као посебно друштвено средство за уређивање, изједначавање и контролисање људског понашања. Да би право дакле могло да испуни свој циљ, од људи не треба захтевати нешто што они не могу да учине чак и кад су надахнути најбољим намерама, јер је такав захтев бесмислен, нити од људи треба захтевати да чине нешто што они иначе чине и без права, јер је такав захтев немоћан. Правом, дакле, треба захтевати само оно што људи збиља могу да учине, јер то и јесте смисао правног захтева.

Ту црту права посебно је истицао Кант, али она је у правом смислу призната у правној науци тек захваљујући социолошким правним теоријама. Од тада се сматра да право регулише спољашње понашање, док морал (индивидуални, не и друштвени) регулише унутрашње, психичко, умско понашање.²⁰⁷ Кад би неко прописао као правну обавезу неко унутрашње понашање, то би било бесмислено, јер оно не може лако да се утврди, нити на њега икако може да се утиче спољашњом контролом.²⁰⁸ Међутим, већ од Г. Јелинека, право се одређује као „етички минимум”. Тај „минимум морала” у праву сачињава „скуп свих моралних захтева, чије је поштовање у једном датом периоду развоја неопходно потребно”.²⁰⁹

6.2. Хетерономност

Свако право је у суштини увек хетерономно, без обзира на своје порекло и доживљавање обавезаног субјекта. Нису хетерономне само норме индивидуалног морала, које су једине аутономне. Зато друго својство и заједничку црту државних и аутономних правних норми представља њихова хетерономност, која постоји кад се субјект покорава спољашњој норми коју је донео неко други.

Да би се субјект покорио хетерономној норми, потребно је да норма претходно буде изражена (материјализована). Зато је хетерономности права блиска његова спољашњост, која омогућава изражавање и сазнавање хетерономне норме. У нешто ужем значењу, пак, хетерономност се односи на унутрашњи доживљај и став субјекта према норми, а спољашњост на начин испољавања понашања правом обавезаног субјекта (придржавањем или кршењем норме).

6.3. Друштвеност

Треће заједничко својство права представља његова друштвеност, која се огледа у томе што се правним нормама искључиво регулише понашање људи једних према другима. То значи да право непосредно не регулише човеков однос према себи самом, што се чини другим друштвеним (моралним) нормама. Наведено

²⁰⁷ Т. Живановић, III књига, стр. 685-693.

²⁰⁸ Р. Лукић, стр. 23.

²⁰⁹ G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1890, стр. 38.

разликовање није апсолутно, јер, практично не постоје односи који не могу да буду предмет правног регулисања (на пример, правом може да се забрани самоубиство). Једино, сматра се да право у таквим случајевима не може да произведе жељене ефекте, због чега се и одустаје од њиховог регулисања.²¹⁰ С друге стране, не постоје такви односи који макар посредно нису друштвени, због чега право, и када непосредно не регулише такве односе, то посредно може да чини, претварајући моралне норме у правне (забрана самоубиства најчешће није само морална, већ религијска, обичајна и правна норма). Друштвеност, наравно, још више долази до изражаја када је реч о организацијама и удружењима. У сваком случају, друштвеност права произилази из друштвености саме човекове природе, која доводи до настанка права. Зато се и каже: где је друштво, ту је и право (*ubi societas, ibi ius*).

6.4. Регулативност

Регулативност је четврто заједничко својство права. Она се састоји у „системском легитимном утицају на понашање људи”. Да би правно регулисање остварило свој друштвени задатак, оно мора да буде „постављено”, да се доноси „унапред” (спрам своје *causa finalis*), да буде „системско” и „легитимно”, с циљем да се постигне оно пожељно понашање људи које је регулисањем замишљено.²¹¹

Регулативност се посебно тиче садржинске стране права, његовог друштвеног задатка, јер се правом регулишу односи у којима долази до сукоба интереса. Уосталом, право не постоји да би регулисало хармоничне односе, што је непотребно, већ да би регулисало сукобе интереса, разграничило их и уредило.

Правом се по правилу регулишу сукобљени интереси различитог интензитета, од најоштријих до мање оштрих. Сходно томе, државним правом се регулишу најоштрији друштвени сукоби, а аутономним блажи сукоби који не угрожавају опстанак поретка. Правом се повремено регулишу и односи у којима преовлађују заједнички интереси (на пример, породица или друштвена организација у којој људи заједнички живе или обављају посао који је регулисан правом). То се чини „да би се тај заједнички интерес могао потпуније остварити”, што значи да је „потребно да се правом сузбије и реши сукоб око ситнијих интереса који се ту појављује”.²¹²

Кад сукоба уопште не би било, правне норме би постале чисто техничке или моралне, што није случај. Уместо тога, оне и даље задржавају свој правни карактер.

6.5. Предмет регулисања: имовински односи, односи власти и организације друштва

Сукоб интереса као стални предмет правног регулисања, нарочито је изражен у областима имовинских односа, односа власти и организације друштва. Зато ти односи морају прецизно да се квантификују, тј. нормама морају тачно да се измере овлашћења и обавезе субјеката права, чиме се избегавају оштрији сукоби поводом имовине, власти и начина организовања друштва.

²¹⁰ Видети: В. Perić, *Struktura prava*, стр. 70 и 95.

²¹¹ Видети: Е. Pusić, *Društvena regulacija*, стр. 149-151.

²¹² Р. Лукић, *истио*, стр. 24.

Посебно својински односи представљају предмет подробног правног регулисања. Њима су многи значајни мислиоци објашњавали основ настанка и суштину права. Позната је Русоова мисао: „Први, који је оградивши земљиште, рекао: „Ово је моје“, и наишао на довољно глупе људе да у то поверују, био је истински оснивач цивилизације”.²¹³ Ништа мање није позната ни Кантова мисао да свако нарушавање, а посебно нарушавање својине, представља угрожавање „грађанског поретка” у коме је „сопственик једини грађанин”.²¹⁴ Такав је случај и са Марксовим запажањем да је законом „осигуран човеков егоизам”.²¹⁵ Али, ништа мање нису познати ни ставови совјетских правника двадесетих година прошлог века. На пример, за П. И. Стучку, својина представља „основ права”, док су власт и организација „техника”.²¹⁶

Велики сукоби интереса настају и поводом регулисања односа власти, чак и кад се власт схвати само као средство за остваривање имовинских интереса и односа. Због тога је власт, а посебно организација највише државне власти, подробно правно регулисана најважнијим државним шрописима. А то значи да су организациони односи најтешње повезани са односима власти, јер се организација и састоји у одређивању надлежности која омогућава доношење правних одлука, тј. вршење власти у друштву. Власт такође значи да је сама државна организација хијерархијски уређена, тј. да постоје виши и нижи органи власти, који издају и извршавају наредбе.²¹⁷

Постоје и односи у којима сукоби интереса нису ни велики, ни важни, већ је само потребно да се организује неки важан друштвени процес. Због тога су ти односи предмет правног регулисања само када то налаже такав посебан интерес.

6.6. Мерљивост и прецизност

Наведеним мерилима блиско је шесто заједничко својство права: да одређује људско понашање, тежећи да га што тачније измери. Квантификовање има за циљ да тачно одреди овлашћења и обавезе субјеката права, јер се на тај начин обезбеђују предвидљивост и извесност без којих нема сигурног правног саобраћаја. Квантификовање права је посебно важно кад се регулишу и штите најважнија добра (живот, имовина, сигурност, итд). Стога је у тим областима правно прецизиран поступак на који неке правне радње једино могу да се изводе (на пример, случај са извршавањем санкција), што такође значи да правни прописи морају да буду јасни, прецизни и разумљиви. С друге стране, постоје области у којима право оставља заинтересованим субјектима да сами измере своја овлашћења и обавезе. То не значи да та овлашћења и обавезе уопште нису прецизно одређени и мерљиви,

²¹³ Ž. Ž. Ruso, *Rasprava o porijeklu i osnovama nejednakosti među ljudima*, стр. 36.

²¹⁴ И. Кант, *Метафизика његовећа*, стр. 32.

²¹⁵ К. Маркс, *Prilog jevrejskom pitanju*, стр. 68.

²¹⁶ Видети: F. Džinić, *Sovjetske teorije prava. Stučka, Pašukanis, Razumovski, Višinski*, Zagreb, 1985.

²¹⁷ Р. Лукић, *исццо*, стр. 27.

већ само да је њихово мерење препуштено заинтересованим субјектима (какав је случај са аутономијом воље у областима које су регулисане диспозитивним правним нормама).

6.7. Појава спора и постојање суда

Сарадња и сукоб су главни поводи, узроци, облици и димензије акције људи у друштву. Крај сарадање обично означава почетак сукоба и настанак спора. *Сйор* је последица чињенице да право регулише, тј. да разграничава сукобљене интересе.

Да би спор био решен, потребно је да се појави трећа, неутрална страна. Та трећа страна је најчешће *суд* у најширем смислу, који овом приликом треба схватити као вршење судске функције (судовање) од стране државних судова, арбитража, мировних већа и других сличних тела. Суд мора да буде друштвено и правно признат, тј. 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 (*ad hoc*), као и да ли је поступак пред њим формалан или неформалан. Улогу суда може да обави и заједнички пријатељ страна у спору. Штавише, и јавно мњење може да буде нека врста суда.

Велики значај спора као покретача многих људских акција и изузетна улога судова, навели су неке правне теоретичаре да настанак и појам права објасне и одреде управо појавом спора и вршењем судске функције.

6.8. Поступак формализације

У блиској вези са спољашњошћу, прецизношћу и мерљивошћу, налази се осмо својство права, да располаже посебним поступцима којима се тачно одређује која лица или органи, у ком облику, у које време, на којем месту, итд, могу да користе своје правно овлашћење или морају да изврше своју правну обавезу, као и на који начин ће, у случају спора, да се води истражни, судски, арбитражни или неки други поступак. На основу поступака, процењује се да ли је неко људско понашање правно пуноважно или није. На тај начин, поступци дају неопходну форму праву, формализујући га. Захваљујући томе, субјекти права лакше могу да усагласе своје понашање.

Поступци сачињавају читаву једну правну област, област формалног права, за разлику од области материјалног права.

6.9. Друштвена (спољашња) санкција

Заједничко девето својство права представља постојање и примена санкције. Примена санкција представља редовну делатност државних и друштвених органа, која се врши у општем или колективном интересу.²¹⁸ Она увек мора да буде правом предвиђена, друштвена, спољашња, мерљива, предвидљива, сразмерна, итд. Њено извршење такође мора да буде правом прецизно одређено. То је посебно важно

²¹⁸ Видети: Т. Живановић, III књига, стр. 338-340.

кад се кажњавањем (негативна санкција, казна) одузимају најважнија добра (живот, слобода, част и углед, имовина), насупрот награђивању (позитивна санкција, награда). Најстроже санкције изричу се за прекршај најважнијих норми државног права (смртна казна или казна затвора), док то није случај кад је реч о санкцијама за прекршај других правних норми, које су обично имовинског карактера.

Санкције се извршавају и према правним актима. Оне се састоје у њиховом поништавању. Посебно је значајна примена државних санкција које се користе као главно мерило за одређивање (формалног) појма права, иако је појам права боље одредити на основу свих или већине заједничких својстава права.

6.10. Остваривање друштвених и правних вредности

Са наведеним својствима права блиско је и следеће, десето својство, које се састоји у остваривању одређених друштвених и правних вредности (реда, мира, сигурности, итд). *Ред* постоји кад се свако понашање значајно за опстанак друштва врши тачно по одређеним друштвеним и правним прописима. На тај начин добија се један непротивуречан друштвени и правни поредак у коме свако има своје „тачно одређено место”.²¹⁹ Са редом је повезан *мир*, јер, чим мир није чврст, одмах настаје неред који доводи до поремећај права. Са редом и миром повезана је *сигурност*, која означава или благовремену и потпуну примену права, или поуздано уверење да ће право бити примењено,²²⁰ или решавање спорова у друштвеним односима.²²¹

О наведеним и другим друштвеним и правним вредностима посебно ће бити речи у одељку о вредносном елементу правног поретка.

6.11. Захтев за остваривањем правде и људске слободе

Једанаесто заједничко својство права представља захтев за остваривањем правде и људске слободе.²²² *Правда* означава сразмерност и склад. Као таква, она је повезана са регулативношћу (разграничењем интереса). Апсолутна правда се изједначава са истином, јер је праведно само оно што је истинито. Поред ње, постоји друштвена правда (правна, морална, религијска правда, итд), која је релативна и није савршена. Ипак, право мора да задовољава барем минимум правде.²²³ Правда у конкретним случајевима (као правичност) може да буде извор права.²²⁴

Право, ма колико то изгледало противуречно, треба да уређује и остварује *слободу човека*. Та слобода, наравно, није самовоља, јер је право забрањује и

²¹⁹ Р. Лукић, *Систем филозофије љава*, Београд, 1992, стр. 462.

²²⁰ Р. Лукић, *Систем филозофије љава*, стр. 479-480.

²²¹ Видети: Ђ. Тасић, *Правда, ојшћий интерес и друштвени мир*, у: Ђорђе Тасић: *Расправе из филозофије и теорије љава*. Преводи са страних језика, Београд, 1992, стр. 161; *Правда и ред као љринцији љава*, у: *Избор расјава и чланака из теорије љава*, стр. 211-212; и *Увод у љравне науке*, Београд, 1941, стр. 24.

²²² Видети: Б. С. Марковић, *О љраведном љраву*, Нови Сад, 1994.

²²³ Р. Лукић, *истио*, стр. 464-469.

²²⁴ Видети: Т. Живановић, III књига, стр. 251, 523 и 631.

кажњава, већ је једино могућа слобода коју право штити. Ипак, слобода није само друштвена и правна вредност. Она је и препознатљиво техничко-правно обележје, које се огледа у повећаној нормативној и другој самосталности субјеката правна.

6.12. Омогућавање „сапостојања“ људи у друштву

Наведена својства омогућавају „сапостојање људи у друштву“, тј. њихов заједнички живот, што представља дванаесто заједничко својство права. Омогућавајући одвијање заједничког живота са што мање неусклађености, препрека, сукоба и борби, који слабе, разарају друштво и непотребно троше енергију људи, право у људске односе уноси неопходну предвидљивост и извесност, ослобађа људску стваралачку енергију, повећава друштвену стабилност и доводи до друштвеног напретка.²²⁵

7. Конвенционални појам и дефиниција права у проширеном и суженом смислу

Карактеристична заједничка својства нису у истој мери присутна у праву. Неке правне норме располажу свим наведеним својствима, а друге не. Том приликом, није толико важно да ли је реч о нормама државног или друштвеног права, јер ни 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“.²²⁶ Стога може да се каже како су правне у *ужем смислу* само оне норме које располажу свим заједничким својствима, а у *ширем смислу* оне које располажу већином заједничких својстава. Норме које, пак, немају већину наведених својстава не спадају у право, већ су друштвене.²²⁷ Сходно томе, разликују се две врсте права: државно и недржавно, тј. друштвено, која могу да се одреде у *ужем* и *ширем* смислу. Државно и друштвено право у *ужем смислу* „обухвата само норме које имају сва својства“, а у *ширем смислу* „норме које немају сва та својства, али имају бар већину од њих“.²²⁸ Тако посматрано, државно право представља „само виши ступањ развоја једне умногоме исте друштвене појаве, права у *ширем смислу*, које даље, све до данас, постоји и развија се, иако је све више и све оштрије подељено на две све јасније издиференциране врсте - државно и друштвено право. Зато, иако треба истицати нов квалитет државног

²²⁵ Видети: Р. Лукић, *Појам људског права*, стр. 27.

²²⁶ Р. Лукић, стр. 31.

²²⁷ Према Лукићу, најчешће се правом називају норме са државном санкцијом. Ређе се изразом право називају норме које чине тзв. друштвено право. Најзад, правом могу да се називају или све друштвене норме или само неке од њих, без обзира на санкцију. Па ипак, он сматра да израз право треба да се употребљава само у два, а не у сва три наведена значења. У првом, *ужем*, право сачињавају само оне „норме које санкционише држава“. У другом, *ширем*, право сачињавају и оне „друштвене норме које мање-више имају својства ... која су заједничка и њима и нормама које санкционише држава“ (*Појам људског права*, стр. 29-30).

²²⁸ *Исто*, стр. 31.

права, који је стваран и битан, не треба ипак заборавити ни на његово сродство са друштвеним правом, које је постојало и пре њега и из кога се оно поступно развило, а из кога и данас црпи низ својих норми”.²²⁹

Појам права може да се одреди и *сужено*, кад се као најважније истиче само једно његово обележје, на уштрб других. Такав је случај са другом, много познатијом Лукићевом дефиницијом права, кад се право одређује према државној санкцији као његовом најучљивијем спољашњем својству, тј. као „скуп норми које санкционише држава”.²³⁰

Обе дефиниције којима је право одређено у *проширеном* (ширем и ужем) и *суженом* смислу, могу да се користе а да то не буде противречно због тога што наведени појмови права суштински нису различити. Наиме, исти им је „родни појам” (*genus proximum*), јер је увек реч о правилима људског понашања. Само је обим „особене разлике” (*differentia specifica*) другачије одређен. У случају проширеног одређивања права у ужем и ширем смислу, то су сва заједничка обележја или барем њихова већина, а у случају суженог одређивања само једно, најучљивије правно обележје: државна санкција, која се сусреће у свим наведеним случајевима. Такав приступ је оправдан, посебно има ли се посебно у виду да „појам права у правној теорији” мора да буде „употребљив” и „делотворан”.²³¹

II глава ВРСТЕ ПРАВА

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.

Од кад људи размишљају о праву - посебно од кад га примењују, због чега још више размишљају о њему - од тад се постојано уочава разлика између идеје права и његових појавних облика, субјеката који стварају право и области које су предмет правног регулисања. Сходно томе, разликује се природно од позитивног права, а унутар позитивног, државно од друштвеног (социјалног, аутономног) или међународно од унутрашњег, јавно од приватног, материјално од формалног и објективно од субјективног права.

²²⁹ *Исио*, стр. 29.

²³⁰ Према таквом етатистичко-плуралистичком учењу, право као „суштински нормативна појава представља скуп норми које држава санкционише” (*Увод у право*, стр. 30). Међутим, у наведеном раду „Појам права”, Лукић ублажава своје ставове, развијајући једно истанчаније етатистичко-плуралистичко учење.

²³¹ А. Рос, *Право и право*, стр. 57.

1. Врсте права према његовој природи

1.1. Природно право

Природно право (*ius natura*) је право независно од неког спољашњег ауторитета. Оно је дато (једном, заувек) од једног узрока или чиниоца ван њега самог. 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”.²³² Као такво, природно право претходи позитивном праву (државном и друштвеном), служећи му као основ и узор.

Између природног и позитивног права постоје и друге значајне разлике. Према традиционалном схватању, природно право је непроменљиво и универзално, док је позитивно право код разних народа мање-више различито и подложно променама. Такође, природно право је дато самом људском природом, „као што су творевине природних закона природом дане”, док позитивно право стварају људи. Као такво, природно право је увек праведно. Оно „увек представља покушај да се оствари Правда”,²³³ док позитивно право то не мора да буде. Зато у погледу природног права може само да се постави проблем његовог објашњења, док позитивном праву мора да се нађе оправдање.²³⁴ Уз то, природно право је „савршено право”, док су сва позитивна права несавршена. Природно право је „идејно”, док је позитивно право „стварносно”. Природно право оличава правду, док позитивно право познаје само правичност, итд.

Природно право може да се појави и као посебан извор позитивног права. Тако су неки старији грађански законици („Аустријски општи грађански законик” из 1811. године или „Грађански законик Књажевине Србије” из 1844. године) природном праву изричито придавали допунско важење, позивајући се на „природна правила”. У том посебном смислу, дакле, природно право се јављало као независан извор права, иако само на основу законског признања.²³⁵ Кад, дакле, у позитивном праву има празнина, судија треба норме за њихово попуњавање да нађе у природном праву, позивајући се на одредбе ових законика.

Поједини писци (Аренс и Штамлер) природним правима називали су и „примитивна права”. То су права „која проистичу непосредно из природе и намене човекове и која су основа свих других”. Примитивним правима су првобитно припадале различите врсте друштвеног права. То поготово важи за првобитно обичајно право, које је и данас важан извор права. Та права се „рађају с човеком”, односно свако може да их оствари, због чега су она „безусловна или апсолутна”. И данас, то су права „сваког човека у односу на живот, слободу, достојанство, част, итд.”²³⁶

²³² Т. Живановић, II књига, стр. 144-145.

²³³ G. Gurvich, *L'idée du droit social*, Paris, 1932, стр. 96.

²³⁴ Т. Живановић, стр. 147 и 162.

²³⁵ Т. Живановић, III књига, стр. 143-144.

²³⁶ Т. Живановић, стр. 464.

Иако је природно право савршено а позитивно несавршено, између њих не мора увек да постоји однос неслагања, јер идеја природног права, објективно заснована у човечјој природи, нагони и творце позитивног права да стварају што боље право. И постепено сазнавање идеје природног права и његових начела од стране правне науке, представља снажан подстицај за усавршавање позитивног права. Да је то могуће, доказују чувени римски правници, код којих је то сазнање достигло непревазиђену висину, јер је у великој мери постало саставни део самог римског права.²³⁷

1.2. 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 он припада позитивном праву или не, независно од тога да ли се примењује. Као такво, позитивно право је постојеће, од људи постављено, посебно право, онакво какво јесте.²³⁸ Њиме се подробно бави правна наука, посебно правна догматика и нормативна правна теорија.

Насупрот позитивном, у непозитивно право спадају историјско и природно право. Њима се баве правна историја и правна филозофија.

2. Врсте права према начину настанка и обележјима

2.1. Државно право

Право које располаже свим или већином заједничких обележја права, или право које држава ствара и примењује, назива се *државно право*. Сходно томе, кад државно право располаже свим заједничким својствима, или га држава непосредно ствара и примењује, реч је о правом, чистом или државном праву у ужем смислу. Кад државно право располаже већином заједничких својстава, реч је о државном праву у ширем смислу.

Постоје различите врсте државног права. Према правнорегулативној 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, разликују се уставно од законског и уредбодавног права.

Државно право у посебном смислу односи се само на регулисање државног уређења. Кад су модерне државе добиле уставе, они су начелно признати као

²³⁷ *Истио*, 631-632.

²³⁸ Видети: К. Чавошки, *Увод у право I*, стр. 46-49.

једини правни извор државног уређења, иако време увек покаже да је у стварности правни живот много сложенији од оног што устави предвиђају. Такво државно право се назива уставним.

Административним правом се регулише државно управљање. Ова правна грана била је прилично занемарена све док није прихваћено да је држава динамична организација. Зато се данас државни облици разликују више 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, посебно кривично право.²³⁹

2.2. Друштвено право

Право које садржи сва или већину заједничких својстава права, или право које стварају друштвени субјекти (појединци, групе људи или њихове организације) а санкционише га држава, назива се *друштвено* (социјално, аутономно) право. Сходно томе, кад друштвено право располаже свим заједничким својствима права, изузев субјекта ствараоца, или кад га примењује држава, реч је о друштвеном праву у ужем смислу. Кад друштвено право право располаже већином заједничких својстава, реч је о друштвеном праву у ширем смислу.

Најважније је и најстроже државно право у ужем смислу. Затим следи државно право у ширем смислу, па друштвено право у ужем смислу и, на крају, друштвено право у ширем смислу. Таква слојевитост је употпуњена другим подблицима државног и друштвеног права. Она није случајна, јер се на тај начин правно 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 или друштвеним нормама. На тај начин, показује се како између државног права и друштвених норми, постоји огромна област коју регулише и попуњава друштвено право.

До научног открића друштвеног права дошло је крајем XIX и почетком XX века, кад је јасно уобличена мисао да јавно и приватно право нису довољни и предложено да се та два права, тј. те две велике правне области, сједине у ширем друштвеном, тј. социјалном праву, или чак да се њиме замене.

Суштина друштвеног права, сматра се, састоји се у томе што је оно засновано на природној и културној међузависности чланова друштва. И пошто је друштво изнад личности и државе, то више не може да се говори о одвојеној и себичној личности појединца, који за свој рачун уређује приватни живот. Личност, напротив, има дужности према друштву. Али, и само друштво је дужно да сваком појединцу обезбеди услове за достојан живот и корисно учешће у заједничким подухватима. На тај начин, својина постаје друштвена дужност, а не право. Она је релативна,

²³⁹ Видети: Е. Спекторски, *Држава и њен живот*, стр. 60-61.

али више према друштву, него према држави. Као таква, она представља још једну важну социјалну функцију. Исто тако, држава, која суверено заповеда, све више се преобраћа у низ установа за пружање јавних услуга (пошта, железница, итд). Ни чиновничка служба више није државна, већ друштвена (Диги).

У теорију су подељена мишљења о улози друштвеног права. Док једни сматрају да је друштвено право лек против једностраности, индивидуализма или и друштвене борбе (Гурвич), други, пак, сматрају да је опасно ставити друштво изнад личности појединца и државе (Јелинек, Келзен). Ипак, и друштвено право, као и државно, мора да обезбеди сигурност сваком појединцу на живот, личну слободу (предузетништво) и власништво. Тај задатак је заједнички друштвеном и државном праву, што показује да између њих не постоје строге границе, како може да се учини. Уз то, неке норме друштвеног права држава може да преузме (усвоји, кодификује), док друге норме, за које више није заинтересована, може да препусти друштвеним субјектима. Најзад, и сама држава може заједно са друштвеним субјектима да ствара поједине врсте (државно-аутономних) правних прописа. На тај начин настају мешовити облици права, који се налазе између чисто државних и чисто друштвених. Њиховим подробнијим проучавањем бави се посебна правна дисциплина под називом Аутономно право.

3. Врсте права према областима регулисања

Прва систематска класификација права уобичајено се везује за римску двојну (бипартитну) деобу права на приватно (*ius privatum*) и јавно (*ius publicum*). Класична римска двојна деоба права на приватно и јавно остала је све време владајућа, па је то била и после, у XIX и XX веку, кад је свестранијој обради правних наука посвећивана много већа пажња. Истовремено, са дубљим научним разрађивањем права, критикована је и напуштана римска двојна деоба, најчешће у корист тројне деобе. Али, истовремено, стваране су и четворне деобе права, као и тзв. „деобе” по којима је све право или јавно, или друштвено (социјално). Посебно је интересантна она тројна деоба, према којој поред јавног и приватног права постоји и аутономно (друштвено или социјално) право, које се ствара на основу деривативне, тј. од државе пренете власти различитим друштвеним колективитетима. Због тога оно не може да се сврста ни у јавно, ни у приватно право, већ чини засебну трећу правну област, налазећи се изван права које ствара држава. Исто тако, постоји мишљење да друштвено право спада у области државног и међународног права, због чега га не треба издвајати у засебну правну област. Најзад, интересантна је и тројна деоба према којој црквено право (које је делом друштвено) спада у засебну, трећу правну област, поред јавног и приватног права.

Данас се најчешће право дели на унутрашње и међународно, јавно и приватно, формално и материјално, објективно и субјективно.²⁴⁰

²⁴⁰ Видети: Р. Лукић, *Увод у право*, стр. 399-403.

3.1. Међународно и унутрашње право

Једно од најчешће постављаних питања у правној науци јесте оно да ли је међународно право уопште право. Око тог питања образоване су две главне групе гледишта.

Према првој групи гледишта, која оспоравају правни карактер међународном праву, међународне норме иза себе немају принудну силу државе или скупа одређених држава, а кад је имају, тад постају норме националног, тј. унутрашњег права. Међународне норме дакле постоје, али нису правне, пошто међународно право не располаже санкцијама какве постоје у унутрашњем праву. А кад санкције постоје, међународно право не може да обезбеди њихово спровођење према свом прекршиоцу (на пример, у рату може да победи страна која је прекршила норме међународног права). Као што може да се примети, релативна невезаност и независност међународног права од ауторитета сваке поједине државе, често представља полазиште за негирање његовог правног карактера. Сходно томе, каже се да међународно право није истинито право, тј. да је оно у најбољем случају „не-савршено позитивно право” или „позитивни морал”.²⁴¹

Према другој групи гледишта, међународно право јесте прво. Њега стварају међународни субјекти, и, кад је створено, оно делује на све субјекте на које се односи. А то што међународно право не обезбеђује одређена држава или њихов скуп својим ауторитетом, тј. што нема исту принудљивост као норме националног права, то још не значи да оно уопште није принудног карактера. У ствари, и међународно право је снабдевано принудном силом, јер иза њега стоје међународно призната правна средства за његово спровођење (реторзија, репресалије, блокада, итд.). То, једино, није сила којом уобичајено располаже држава. Оно, дакле, није „позитивни морал”, како су истицали представници аналитичке јуриспруденције. Његово изједачавање са позитивним моралом, како примећује Тома Живановић, „неосновано је и с обзиром на његову *садржину*, јер слично осталом праву оно има за циљ заштиту *појуреба* егзистенције *друштва-државе*, дакле *йраведној*, а не просто *доброј* као морал”.²⁴²

Правност међународног права још теже може да се оспори полазећи од дванаест заједничких својстава права, јер је за њега довољно да располаже бар већином заједничких својстава. И, збиља, међународно право располаже посебним предметом, јер регулише међународне односе међу државама, организацијама и удружењима. Њиме се мање регулишу имовински односи и односи власти (разграничава власт између држава), а више или претежно организациони односи (између различитих националних или међународних организација и удружења). Том приликом, 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:

²⁴¹ Видети: J. Austin, *The province of jurisprudence determined*, London, 1954.

²⁴² Т. Живановић, *истио*, стр. 97.

сталним и *ad hoc* судовима, тачно одређеним обавезама, постојањем организације за извршење изречених санкција, итд, дакле, свим обележјима којима располажу и друге врсте права.²⁴³

На основу поменутих главних схватања, решава се однос међународног и унутрашњег права (уставног, грађанског, управног, финансијског, породичног, радног, кривичног, црквеног, итд). По једнима, то су два различита и независна правна поретка (дуализам), док по другима, оба ова поретка чине један јединствен правни поредак (монизам). Монисти се деле на две групе, према томе да ли сматрају да је међународно право више од унутрашњег, при чему унутрашње сачињава саставни део међународног (првенство међународног права), или да је унутрашње право више, при чему међународно чини саставни део унутрашњег права (првенство унутрашњег права). У суштини, први право своди на међународно, а други на унутрашње право, иако је истина негде на средини, јер данас највећи део међународног права чини саставни део унутрашњег права држава (на пример, међународно право чланица Уједињених нација и нечланица). Такође, постоје норме међународног права које су обавезне за државе независно од њихове воље, као и норме које нису обавезне за државе. Најзад, у међународно право спадају и тзв. међународни обичаји по којима се уређују односи са државним органима и дипломатским представницима других држава (предаја акредитива, усмене и писмене ноте, итд), норме којима се регулише поступак рада на међународним конференцијама, итд, што све оспорава оправданост избора првенства између међународног и унутрашњег права.

3.2. Јавно и приватно право

У правној науци постоји бар шест стотина мерила за разврставање јавног од приватног права. Ипак, најчешће се користе само три мерила. Према мерилу *интереса*, јавно право сачињавају све норме које штите државне, опште интересе, а приватно, све норме које штите приватне интересе. Према мерилу *субјеката*, јавно право сачињавају све норме где је субјект држава, а приватно норме где су субјекти приватна лица. Најзад, према мерилу *власти*, јавно право обухвата односе између државе и појединца у којима се држава јавља као власт, а приватно односе између државе и појединца или између самих појединаца. Сходно томе, активности појединаца или њихових организација увек спадају у приватно право, док то није увек случај са државом. Наиме, кад држава попуњава свој возни парк, реч је о приватноправном односу. Али, кад нареди обавезан откуп пшенице, тад је реч о јавноправном односу.²⁴⁴ Ни ово треће мерило, као ни претходна два, није довољно за разграничење јавног од приватног права, јер је тешко наћи однос који бар делимично није регулисан принудним нормама државе.

Иако се у пракси све више брише разлика између јавног и приватног права, између државне власти и сагласности воља, њено постојање ни данас не може да се

²⁴³ Видети: Р. Лукић, *Појам права*, стр. 21-22.

²⁴⁴ Видети: Р. Лукић, *Увод у право*, стр. 401-403.

оспори. У јавно право спадају уставно, управно, кривично, финансијско, итд. право. У приватно право спадају грађанско, породично, радно, трговачко, наследно, међународно привредно, итд. право.

3.3. Материјално и формално право

Кад се опште правне норме разврстају према својој садржини, такве норме сачињавају материјално право. Кад се пак то учини према њиховој форми, такве норме сачињавају формално право. Сходно томе, у материјално право спадају све норме, било које правне гране, које утврђују за односне правне субјекте овлашћења и обавезе, предвиђајући санкцију за њихову повреду (на пример, права и дужности супружника, родитеља и деце, права грађана, итд). Те норме су примарне, јер сачињавају суштину права. У формално право, које треба да омогући остваривање материјалног права, пак, спадају оне правне норме које регулишу спољашњи облик права, тј. његову форму, као и поступке за остваривање права (на пример, кривични и грађански судски поступак, управни и арбитражни поступак, итд). Норме формалног права су секундарне, јер служе само остваривању материјалних норми. И ова подела је у великој мери вештачка, као и претходне поделе, јер није увек лако утврдити да ли извесна норма спада у материјално или формално право.²⁴⁵

3.4. Објективно и субјективно право

И ова стара подела разграничава право на две области. На пример, објективно право се одређује као скуп од државе санкционисаних норми којима се прописује државним органима, друштвеним организацијама и грађанима како да поступају. Субјективно право, пак, представља скуп овлашћења и обавеза којима располажу правни субјект. Њима се утврђују субјективна овлашћења које 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 је наведена разлика сасвим јасно језички назначена: за објективно право користи се израз „law”, а за субјективно израз „right”.

²⁴⁵ Р. Лукић, стр. 403.

ТРЕЋИ ОДЕЉАК

ОДНОС ДРЖАВЕ И ПРАВА:

ПРАВНА ДРЖАВА – ВЛАДАВИНА ПРАВА

I глава

ОДНОС ДРЖАВЕ И ПРАВА

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; претварање државне делатности у примену права; ограничавање државне власти.

Однос државе и права представља једно од најважнијих питања правне науке. Такво централно место још имају само појам државе и појам права. То, међутим, не значи да је однос државе и права изведен, јер се управо у њему стичу готово све методолошке, гносеолошке и друге велике недоумице, чак и у вези са појавама какве су држава и право, све до мање важних, једноставних или чак споредних недоумица правне науке. Зато је однос државе и права сложен правни проблем који има изванредно много страна.²⁴⁶

Сложеност односа државе и права произвела је шароликост у погледу научних мерила која се користе за његово одређивање (постанак, порекло, развој, задатак и значај државе и права или, пак, важење, изнудљивост и обавезност правних правила која стварају држава или друштво), као и у погледу одређивања њиховог односа. Ипак, неспорно је да држава и право представљају тесно повезане појаве, чије је порекло првенствено друштвено. Они управо из друштва извлаче своју суштину и заједничка обележја као засебне и релативно независне појаве, које у различитим видовима и на различите начине успостављају међусобне везе, утичући једно на друго. Држава је организација која је просто предодређена да на одлучујући начин утиче на право и поредак. И обрнуто, право је предодређено да утиче на друштвене процесе који имају одлучујући значај за државу и друштво. Њиме се држава и друштво организују како би се управљало најважнијим областима друштвеног живота. А да би тај задатак био испуњен, потребно је да и сама држава буде подвргнута правној регулативи. Зато се каже да је утицај права на државу приближно једнак утицају државе на право.²⁴⁷

Повезаност државе и права има и своју историјску димензију, која њихов однос смешта у шире друштвене оквире, јер од каквоће државе и права зависи

²⁴⁶ С. Врачар, *Социјална садржина функције државноправног поретка*, Београд, 1965, стр. 50.

²⁴⁷ С. Врачар, *Социјална садржина функције државноправног поретка*, стр. 57.

начин и степен њихове повезаности. Уз то, држава и право немају исти облик у нормалним и ванредним околностима. Док се у стабилним околностима и временима држава и право паралелно развијају и континуирано мењају, управо то није случај у нестабилним околностима и временима. На тај начин, међусобна повезаност државе и права изражава законитости њихове нераздвојне повезаности.²⁴⁸

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.

Државно рационализовање права састоји се у примени и стварању права, као и у предузимању бројних других важних државних радњи које олакшавају примену и стварање права.²⁴⁹

Државна примена права. Примена права састоји се у понашању људи по правним нормама. Она може да буде принудна или добровољна. У првом случају, субјекти права се понашају према санкцији правне норме, а у другом према диспозицији, при чему треба водити рачуна да ли је реч о диспозицијама које примењују државни органи, органи друштвених организација или сами грађани, јер важност произведених правних последица није увек иста.

Кад је реч о примени права од стране државе, начин на који се право примењује тесно је повезан са деловањем државе, односно предузимањем радњи од стране надлежних државних органа. Примена права од стране државе, дакле, представља њену основну делатност, јер је држава најефикасније средство за одржавање и развијање постојећег права. Захваљујући примени права, држава обезбеђује правни карактер различитим врстама друштвених норми.

Стварање права од стране државе. Држава има изванредно важну улогу у стварању права. Па ипак, иако је улога савремене државе у стварању права изузетно велика, јер се државним правом уређују најважније области друштвеног живота, она није пресудна за постојање права. Много је важнија улога државе у примени права, јер право могу да стварају и други субјекти. Штавише, држава и не жели да ствара све правне норме, па чак, у извесним случајевима она не ствара ни њихов највећи део. Том циљу су прилагођени и захвати државе у области стварања права, о чему ће посебно бити речи у делу о формалним изворима права.

Кад држава непосредно ствара право, она то чини сама или заједно са другим друштвеним субјектима. У овом последњем случају, она се не појављује као носилац државног империјума, него као један од два или више формално равноправних субјеката-стваралаца права. Ипак, колики ће да буде удео државе у стварању права, то изрично или прећутно одређује сама држава.

²⁴⁸ С. Врачар, *истио*. Видети: А. Кожев, *Феноменологија права*, Београд, 1984, стр. 182-183.

²⁴⁹ Видети: Р. Лукић, стр. 107-113.

Кад држава препушта друштвеним субјектима да стварају право, она најпре може изрично да одреди ко ће да ствара право, утврђујући нормативну делатност субјеката-стваралаца права. Таквим својим овлашћењем држава ипак посредно учествује у стварању права, јер норме постају правно обавезујуће на основу њене констатоване или конвалидиране сагласности. Држава, исто тако, може и начелним прописом да овласти друштвене субјекте да стварају право, потврђујући то овлашћење применом своје санкције. 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 и какве ће неко да их створи.

Вршење државних радњи које олакшавају њихову примену и стварање права. Применом и стварањем права није исцрпљен утицај државе на право, јер држава обавља и друге делатности. И оне могу да се врше употребом државне принуде или без ње, наравно, под условом да су засноване на праву, тј. да су законите.

Држава може превентивно да користи своју силу како би приволела грађане да одустану од кршења права, какав је случај са чувањем одређених објеката или добара да би се отклонила опасност или спречила већа штета. Због тога се претња силом или њена употреба ретко користе у просвети, здравству, социјалном осигурању, банкарском пословању или у другим сличним делатностима.

Поред превентивне употребе физичке силе, држава може и коришћењем других средстава да утиче на право. Данас посебно место заузимају традиционална или мање традиционална средства за обавештавање и упознавање грађана са правом и његовим садржајем (специјализована правна издања, правни часописи, дневна штампа, радио и телевизија, Интернет, итд). Сва она имају за циљ да у свести грађана створе афирмативан став према праву, а пре свега став да је поштовање права корисно. Том приликом, до посебно се користе средства правне идеологије и политике, која треба да обезбеде што лакше постизање жељеног циља.

Од наведених начина утицаја државе на право, најважнији се састоји у државној примени санкције, јер се правне норме најјасније разликују од друштвених по томе што санкцију примењује држава као посебна друштвена организација с монополом физичке силе.

2. Утицај права на државу

Утицај права на државу састоји се у правном рационализовању државе. Захваљујући томе, право претвара државу у правну организацију, омогућава њено функционисање, претвара делатност државе у примену права и ограничава њену власт.²⁵⁰

Право њиховог државу у правну организацију. Држава је правна организација од тренутка свог настанка, па све док постоји. У противном, држава не постоји.

Држава је из више разлога правна организација. Она је најпре правна организација због тога што ствара и примењује право, односно зато што

²⁵⁰ Исто, стр. 113-116.

обезбеђује извршење права применом својих санкција. Држава је правна организација и због тога што је организована помоћу правних норми. То значи да су норме којима је прописана организација државе постале правне по својој врсти, саставу органа, пословима које они обављају и међусобним односима који се њима регулишу. То важи за читаву организацију државе, од највиших до најнижих органа. Изузетак представљају норме којима је обавезан суверен, јер оне по својој суштини нису правне, већ само по својој форми. Најзад, држава је правна организација и зато што је целокупна њена делатност одређена правом. Али, и том приликом треба разликовати делатност државе од делатности државне организације, јер једном правно обавезани органи морају стално да врше своју делатност на тачно прописан начин. И, то су главни начини помоћу којих право претвара државу у правну организацију, што значи да нема ниједног државног акта који није регулисан правом, као што не сме да буде ниједне радње државних органа која није одређена правом.

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 само на државну организацију и њене везе са друштвом. Исто тако, држава као правна организација има своју посебну правну личност. Захваљујући томе, она се појављује као субјект одређених овлашћења и обавеза, тј. као правна установа. Најзад, држава као правна организација и правна личност располаже својим посебним правним облицима, захваљујући којима показује квалитет своје власти. А најпоузданији показатељ квалитета државне власти јесу њена легитимност и законитост. *Легитимност* је „основ“ из кога „извире“, на коме се „заснива“ и којим се „оправдава“ државна власт, док *законитост* (или легалност) представља правило или скуп правила о начину на који ће државна власт да се врши. То значи да државна власт није законита зато што је легитимна, јер и најгора тиранија може да буде законита са становишта важећег права, већ, обратно, да је легитимна зато што је законита.

Право омогућава функционисања државе. Право има посебно важну улогу за омогућавање нормалног функционисања државе. То се постиже двојачко: прво, утврђивањем врсте, положаја, састава и обима послова државних органа, а затим и регулисањем радњи које представљају делатност државних органа. Улога права у омогућавању функционисања државе је толико значајна, да без ње постојање државе као правне организације уопште не може да се замисли. Омогућавајући функционисања државе, право на тај начин истовремено одржава и учвршћује дату државну организацију. То се првенствено постиже спровођењем начела хијерархије и других важних начела у целокупној државној и правној организацији.

Право њрећивара делатности државе у њрмену њрава. Право претвара делатност државе у примену права конкретним регулисањем радњи односних државних органа. Наиме, кад се каже да право одређује делатност државе, тј. њених органа, тиме се не мисли да право само прописује организацију државе, укључујући ту и поступак по коме државни органи треба да раде, него и да одређује садржину

њихове делатности, тј. шта органи „под правом” (*sub lege*), а не „посредством права” (*per leges*) треба да раде. То се постиже на тај начин што нижи органи поступају по заповестима виших органа. И те заповести виших органа представљају правне норме које се односе на понашање нижих органа. Том приликом, виши државни органи одређују количину слободе којом нижи државни органи у свом раду располажу, што значи да нижи органи само у границама те слободе могу сами да одређују своје понашање.

Право ојраничава државну власић. Претварајући државу у правну организацију и омогућавајући њено функционисање подробним регулисањем делатности њених органа, право истовремено ограничава државну власт. Према врсти и квалитету тог ограничавања, у теорији се одређују различити правни облици државе (безаконска, законска и правна држава, одн. држава владавине права), што значи да у свакој држави не мора да постоји начело владавине права, док мора да постоји начело законитости.

Из тесне међусобне повезаности и обостраног утицаја државе и права настала је правна држава, односно држава владавине права.

II глава

ПРАВНА ДРЖАВА - ВЛАДАВИНА ПРАВА

Спој државе и права: правна држава – владавина права. 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 изједначена правна држава 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, унутрашње ратно стање и опсадно стање. Значај надзора и контроле независног судског органа над актима државне власти у стању државне нужде.

Током читаве људске историје људи су се питали који је облик владавине бољи: владавина људи или владавина права? Изгледа да је неизменично давање различитих одговора на то питање окончано тек у другој половини XIX века, и то у корист владавине права. Сходно томе, тамо, где је уместо демократије аутократија, уместо поделе власти њено јединство оличено у личности владара, уместо рационалне државе са функционалном бирократијом свемоћна држава са неодговорном бирократијом, тамо је безаконска држава (*no-law state*). Тамо, где је власт подељена а управа подређена законима, чак и кад њима није сасвим обавезана, тамо је законска држава (*lawful state*). Тамо, пак, где је уместо аутократије демократија, уместо јединства власти њена подела, уместо етатизма и бирократизма рационална држава са функционалном бирократијом, уместо владавине људи владавина права, тамо је правна држава, тј. држава владавине права (*Rechtsstaat, Rule of Law*).²⁵¹

²⁵¹ A. Allott, *The limits of Law*, London, 1980, стр. 237-259.

Такав развој од незаконске до правне државе није случајан, јер, како примећује Виљем Хезлит, да је човечанство желело правду - могло је одавно да је има.²⁵² Пошто то, очигледно, није био случај, људи су створили правну државу као образац, којим су правду као вредност заменили вредношћу правне државе. На тај начин је учињено мало, јер је једна општељудска вредност замењена другом, чисто правном вредношћу. Међутим, на тај начин је учињено много, јер је у људске односе унета ослобађајућа (еманципаторска) идеја о општој правној једнакости, сигурности и предвидљивости.²⁵³

Постојањем правне државе није окончана потрага за одговором на питање који је облик владавине права најбољи. Данас се сматра да је најбољи, а не идеалан, демократски облик владавине права који обезбеђује постојање и поштовање људских слобода и права.

1. Појам правне држава - владавине права

Савремено учење о најбољем облику државе заснива се на учењу о владавини права, а не закона. Ипак, тиме није нарушено начело да правна правила, кад су једном донета, све док важе, имају једнаку обавезну снагу како за оне који управљају, тако и за оне којима се управља.²⁵⁴ На тај начин су у једно спојене две важне идеје: идеја о омнипотенцији, тј. свеопштој обавезаности правом, владавини правне норме, и идеја о садржини правне државе, која је изложена у различитим схватањима о карактеру правне државе, њеним искуствима и донетима. Прва идеја је важна за одређивање формалног појма правне државе, а друга за одређивање њеног материјалног појма.

Правна држава у формалном смислу представља облик у коме су сви једнако обавезани правом, тј. у коме постоји владавина права. Сходно томе, правна је само она држава у којој је „Повиновање закону прва врлина судијина”. 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”²⁵⁵. 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. Уз то, кад су правна правила једном постављена, она захтевају строг и доследан режим правних норми. Али, то још не значи да због тога правну државу треба поистовећивати са њеним формалним појмом, тј. идејом опште нормативности. У том случају, свака

²⁵² W. Hazlit, *Velika enciklopedija aforizama*, Zagreb, 1977, стр. 535, т. 5012.

²⁵³ Видети: М. Ч. Марковић, *Правна држава*, Београд, 1939; Р. Лукић, *Усјавности и законитости у Југославији*, Београд, 1966; *Правна држава, људска права и владавина права*, „Гледишта”, Београд, 1989; *Правна држава – порекло и будућности једне идеје*, Београд, 1991; Б. С. Марковић, *О праведном праву*, Нови Сад, 1993; К. Чавошки, *Право као умеће слободе. Оглед о владавини права*, Београд, 1994; Г. Вукадиновић, *Правна држава*, Нови Сад, 1995; Д. М. Митровић, *Начело законитости – појам, садржина, облици*, Београд, 1996.

²⁵⁴ I. Krbek, *Zakonitost uprave*, Zagreb, 1936, стр. 18.

²⁵⁵ Р. Јеринг, *Циљ у праву*, II књига, Београд, 1894-1895, стр. 292 и 382.

би држава била правна, независно од тога да ли је везана или не обимом државне интервенције, односно да ли је демократска или аутократска.

Правна држава у садржинском (материјалном) смислу представља облик у коме је идеја поданика као субјекта обавеза, напуштена у корист идеје грађанина као субјекта овлашћења и обавеза. Тиме је садржај правне државе везан за демократију која није сведена на пуку форму. И 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 II светског рата, посебно у Немачкој, поново афирмисана идеја да правна држава представља „општи постулат друштва” (К. Гнајст).²⁵⁶ Задатак правне државе, сходно томе, састоји се у „унапређивању свих човекових могућности” (тзв. „слободарска мисија државе”). Такође, 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”. Садржај правне државе касније је изједначаван за задацима тзв. државе благостања (*Welfare State*), а затим и са задацима тзв. културне државе (*Kulturstaat*), док се последњих деценија он везује за најшире постојање и поштовање људских слобода и права.²⁵⁷ Упркос таквом развоју, којим је допуњаван и мењан садржински, материјалан појам правне државе, једно је остало непромењено: у правној држави, односно држави владавине права, легитимност државне власти увек мора да се изводи из њене легалности, а не обрнуто. Речју, да би постојала правна држава, односно држава владавине права, она то мора да буде и формално, и садржински. Ипак, посматрана у својој „принципијелној чистоти”, правна држава, односно држава владавине права, представља „пре једно жељено друштвено стање” него „једну стварност која траје или можда крајњу сврху друштвеног развића”.²⁵⁸

2. Услови и средства за постојање и остваривање правне државе - владавине права

За постојање правне државе, тј. државе владавине права, посебно је важно да буду испуњени одговарајући друштвени, државно-организациони и правно-технички услови.²⁵⁹

Међу различитим *групишвеним* условима који утичу на владавину права, посебно место припада стабилности, хомогености, реду, миру, правној свести и идеологији, јавном мњењу и различитим интересним групама.

Стабилност представља посебно важан услов за нормално остваривање владавине права. Она, наравно, никад није идеална, већ је релативна и смењује се

²⁵⁶ Gneist, *Gesetz und Budget*, 1879, стр. 7.

²⁵⁷ Видети: J. Lynch, *Age in the Welfare State*, 2006.

²⁵⁸ Б. С. Марковић, *Начела демократије*, Београд, 1937, стр. 10.

²⁵⁹ Видети: Р. Лукић, *Уставност и законитост у Југославији*, стр. 56-77.

са периодима друштвене нестабилности. Држава, по правилу, свој задатак успешно остварује само у стабилним заједницама. *Хомогеност* представља други важан услов који утиче на постојаност владавине права. За друштвену хомогеност су посебно значајни заједничка историја и традиција, етничке, верске, националне, културне и друге сродности које олакшавају прихватање става да је поштовање права корисно. Друштвеној хомогености је супротна друштвена хетерогеност, која увек долази до посебног изражаја кад над сродношћу и сличношћу надвладају различитости. Увек кад су угрожени стабилност и хомогеност, истичу се *друштвени мир и ред*, који показују да држава обавља своје задатке без тешкоћа и застоја. Пошто ред у друштву ретко настаје спонтано, он се увек постиже уз извесну примену државне силе. Ред је, дакле, насилним средствима постигнут друштвени мир. И ред и мир имају изванредан значај за владавину права, јер би у противном дошло до разарања правног поретка.

На владавину права такође утичу у променљивој мери друштвена и правна свест, јавно мњење, као и њима прилагођена друштвена и правна идеологија. Док друштвена свест настаје спонтано, *јавна свест* се најчешће ствара свесно и плански. За стварање правне свести посебно је значајна *јавна идеологија*, која код грађана треба да створи и уврежи позитиван став према праву, подржан осећајем да је успешан заједнички живот могућ само ако се право поштује. Наравно, правном идеологијом може да се произведе и супротно: да грађани имају негативан став према праву и да свесно одбацују начело владавине права као образац свог понашања. На карактер владавине права утичу *јавно мњење* и различите *интересне групе*, међу којима посебно место припада тзв. „пресијским групама”. Утицај ових група, било да их право предвиђа, толерише, штити или чак брани, није мали, иако је по правилу краткотрајан и променљив, насупрот владавини права која треба да је стална, дуговечна и доследна у једнакој примени права.

Владавина права захтева испуњавање одговарајућих *државно-органizacionих услова*, средстава и поступака. Посебно место међу њима припада демократији, подели власти и функционалној организацији државне власти.

Демократија, како је истакнуто, представља неопходан оквир унутар кога једино може да постоји и развија се правна држава. Зато без модерне демократије нема модерне правне државе. У сваком случају, право ће у демократији више да се поштује ако грађани мисле да сами себи стварају законе. Важан услов за постојање правне државе представља извршена политичка и техничка *водела власти*. Подела власти је, међутим, штетна ако је прекомерно развијена, јер тад више није брана незаконитости, већ њен извор. За правну државу и њено функционисање значајно је и да су сузбијени претерани *еџаџизам* и *бирокраџизам*. То је посебно значајно због тога што свемоћ савремених држава и издвајање моћног, професионалног управљачког слоја, представља стално присутну опасност за владавину права. Претерани етатизам и бирократизација државног апарата, не сматрају само правну државу сметњом, већ исто тако демократију и поделу власти. Па ипак, ниједна држава не може да постоји без бирократије. Али, пожељно је да држава

не постане несврсисходно бирократизована, како би се избегло њено претерано мешање у друштвене послове и сузбила тежња професионалног државног слоја да се изузме из права. Зато, све мере које имају за циљ да власт учине јавним послом, као и да осујете њено претварање у привилегију, истовремено представљају и мере које владавину права треба да учине бољом и ефикаснијом.

Те мере су на „Чикашком колоквијуму”, одржаном 1957. године и посвећеном остваривању владавине права на Западу, одређене на следећи начин: постојање и уважавање традиционалних слобода и права, укључујући и средства за њихову заштиту; систематизоване опште норме које обавезују управу и судство; постојање независног и сталног судства; непристрасан судски поступак; правни основ за управне акте и судски надзор над управним органима.²⁶⁰

Такав приступ је убрзо потврђен и као став Међународне комисије правника у „Делхијској декларацији” (1959. године), у којој стоји: „Основна функција законодавства у слободном друштву које подлеже законитости јесте да се створе и одрже услови који ће одржати понос човека као индивидуе. Тај понос захтева не само одређено признавање његових грађанских и политичких права, већ и стварање друштвених, економских, образовних и културних услова који су неопходни за развој његове личности”. У Делхијској декларацији такође стоји да владавина права подразумева и остваривање „одговарајућих услова за развој људског достојанства”.²⁶¹

Закључак из Делхијске декларације поновљен је и прецизиран у „Лагошком документу” (*Act of Lagos*, 1961. године), у коме је истакнуто да владавина права постоји кад су испуњена три услова: „постојање ефикасне владе која је у стању да одржи закон и ред и да обезбеди друштвене и економске услове живота у друштву”, „независно судство” и „могућност да се они који крше законитост лише положаја, угледа и сличних друштвених добара”.²⁶²

Наведеним ставовима из поменутих докумената, који су првенствено карактеристични за англосаксонску традицију и праксу, постављени су заједнички темељи модерног начела владавине права. Значај наведених докумената, као и каснијих сличних докумената, није ни данас усахнуо, утичући на савремена схватања и праксу. Али, и том приликом, како је већ речено, треба разликовати владавину права *sub lege* (под правом) од владавине права *per leges* (посредством права). У првом случају, забрањује се или спречава злоупотреба власти, а у другом обезбеђује примена општих и апстрактних правних норми, уместо индивидуалних и конкретних заповести. Оба захтева не противурече један другом и нису надређени један другом, било да је реч о раду законодавца, било судије.²⁶³

²⁶⁰ Видети: *Quolloquium on the Rule of Law as understood in the West*, Chicago.

²⁶¹ Видети: *The Rule of Law in a Free Society. A Report on the International Congress of Jurists*, New Delhi, 1959, у: *Annales de la faculté de droit d'Istanbul*, No. 12, 1959.

²⁶² F. A. Garner, стр. 20-21.

²⁶³ Н. Бобио, *Будућност демократије. Одбрана правила игре*, Београд, 1990, стр. 167-168.

И *правно-технички услови* и средства, поред друштвених и државно-организационих, утичу на владавину права. Ту пре свега спадају класична правна средства којима треба да се обезбеди законитост рада управе и судска контрола управних аката (установа управног спора), уставност рада законодавства и рад уставног судства, итд, укључујући и друга средства институционално-правне и ванправне контроле.²⁶⁴ У правно-техничке услове и средства спада и добра правна техника стварања и примене права. Правни прописи, поред тога што морају да буду јасни, прецизни и написани једноставним и разумљивим језиком, морају исто тако да буду трајни и доступни заинтересованим субјектима права, како би могли што боље да се примењују. Њихов број мора да буде сведен на разумну меру, тако да могу да се спроводе сходно законом прописаном поступку. То мора да се чини на начин којим се не вређају лична права, људско достојанство и друга слична добра. Њихово спровођење данас се сматра посебном залогом да ће правом записано да се оствари.

Испуњавање наведених услова не доводи аутоматски до правне државе, нити обезбеђује њено трајно постојање, што значи да правна држава и владавина права представљају крхке творевине која се данас више улежу под теретом прагматичних изазова нових технологија него теоријских приговора. У ствари, правна држава или владавина права никад нису остварени како су замишљени, али то не одузима смисао потражи за све бољом и најбољом државом. Тај напор је у ствари једина ваљана залога да још нису напуштене главне цивилизацијске тековине из којих су и због којих су правна држава и владанина права настали

3. Правна држава – владавина права и правна култура

Правило је да свако право садржи у себи одговарајући цивилизацијски и културни образац, али то увек не мора да буде случај.²⁶⁵ Сходно томе, свако право представља цивилизацијски образац, али сваки правни образац не мора да буде културан.²⁶⁶ Ако се може сматрати да свака цивилизација садржи у себи изврстан степен културе, то још није довољно да њене изведене појаве, каква је појава право,

²⁶⁴ Р. Марковић, стр. 608-609.

²⁶⁵ Видети: N. Visković, *Pravo kao kultura*, Rijeka, 1990.

²⁶⁶ Реч „култура” дословно означава обрађивање (одатле потиче реч „агрикултура”, тј. обрађивање земље). Такав рад обухвата у наширем смислу материјалну, социјалну и духовну културу. Кад се обрађују културне способности духа, настаје духовна култура, тј. филозофија, наука, уметност, итд. Људи се културним радом „ослобађају троструког ропства: материјалног, социјалног и духовног. Тада њихов живот није пасивно животарење потчињено природној нужности, него свесно и целисходно стварање. Они се уздижу над тромом и слепом природом, постају натприродна бића, чак сарадници Божје промисли” (Е. Спекторски, стр. 23). И у томе се састоји суштина културе. По речима Спекторског, очигледно је да и „уређивање и усавршавање државног живота спада у културу, и то у социјалну културу, али културни значај државе се огледа још и у томе што је она средиште у коме се развијају и духовна и материјална култура. Зато, ко цени културу и њена блага, тај не може да остане равнодушан према држави. Такав тражи слободу, поредак и напредак у држави и преко ње” (*Исџо*).

аутоматски стекну то својство. Право дакле може да буде цивилизовано, а некултурно! Међутим, право не може да буде културно, а нецивилизовано! Зато конкретна права чак и унутар истог цивилизацијског обрасца, изражавају различите културне обрасце или располажу различитим степенима „културности”.

Тврдња да право *мора* да буде цивилизовано, али да не мора, тј. да само *може* да буде културно, важи и за правну државу, под условом да се има у виду да цивилизација и култура нису исто, да унутар исте цивилизације може да постоји више култура, да држава и право, а тиме и правна држава, увек представљају одговарајуће цивилизацијске обрасце који не морају да буду њихови културни обрасци, као и да није сваки облик правне државе културан само зато што представља цивилизацијски образац. Сходно томе, правна држава је само потенцијално културна творевина.

Само у једном посебном смислу, збиља може да се говори о постојању културне правне државе. За њено означавање користи се израз „Kulturstaat”, чиме се јасно истиче да је савремена правна држава преузела на себе вршење одређених социјалних и културних задатака. Обављајући такву „културну мисију”, она се не устручава да позове на одговорност и сопствене органе кад се огреше о право и поредак.²⁶⁷ И само у таквој „културној држави” право може да буде сигурно, утемељено на чињеницама, а не на личним судовима у појединачним случајевима. Посебно чињенице којима се право утемељује треба да буду установљене са што мање забуне, тако да у пракси могу да се докажу, макар морали да се помиримо са грубим поједностављивањима.²⁶⁸ Дакле, културна је само она либерална демократска правна држава која на себе све више преузима вршење културних друштвених задатака и у којој постоје ефикасни инструменти за контролу и заштиту грађанских и људских слобода и права.²⁶⁹

Изгледа да је то највећи могући домет правне државе. Јер, да су људи желели правду, тад правна држава не би била потребна. Али, пошто то није случај, располаже се државом, за коју се сматра да је и правна, и културна.

4. Правна држава - владавина права и стање државне нужде

Свака држава захтева нормално функционисање свог поретка. Такво функционисање поредак чини ефикасним и одржава владавину права, коју у свакодневном раду државних органа и друштвених субјекта допуњава начело државног разлога. То је нормално стање поретка, у коме се зарад боље примене права крутост општих правних прописа прилагођава променљивим потребама друштвеног живота. Уосталом, нормалан „поредак није принуда наметнута друштву споља, већ

²⁶⁷ Е. Спекторски, стр. 172 и 178-179.

²⁶⁸ G. Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Stuttgart, 1952, стр. 39-40. Наведено према: C. Wolfe, *Natural Law Liberalism*, 2006, стр. 121.

²⁶⁹ Видети: А. Картаг-Одри, В. Димитријевић, *Културна држава*, Београд, 1999.

равнотежа успостављена изнутра”.²⁷⁰ Али, кад дође до таквих промена којима се угрожава нормално функционисање поретка, тад се државни разлог преображава у стање државне нужде. Зато свака нормална држава у својим најважнијим прописима и документима предвиђа ситуације у којима може да дође до нарушавања владавине права, јер и држава има право да се брани сходно начелу да је спас народа врховни закон. На тај начин, довођењем у везу великих овлашћења државних органа у ванредним ситуацијама са основним правима и заштитом приватне сфере грађана, дотакнут је последњи елемент учења о владавини права.

Тај последњи елемент учења о владавини права састоји се у следећем: ако принуда мора да има правно утврђено значење и обим, онда је нужно да буде утврђена област унутар које појединац и у таквим ситуацијама може да следи своје властите намере. Појединац мора да зна да све док се придржава правила нико не може да га спречава у томе да ради шта жели, као и да он не треба да тражи дозволу ниједне власти за оно што је допуштено другима под истим околностима. С друге стране, да би појединац могао успешно да оствари своје планове, он мора да зна, или бар да предвиди, шта ће му у ванредним ситуацијама уопште бити допуштено да чини, а шта неће. То важи чак и за околности које су изван појединчевог обзора, које такође не смеју да буду основ за његово присиљавање.

Ипак, 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 јасно не одређује ниједан правни пропис. Природне катастрофе, рат или неке друге неочекиване опасности (хаварије, тероризам), које траже усклађено деловање, а тим деловањем управљају они који познају чињенице, увек се догађају и са њима се ваља суочити. Ако у свакодневним приликама појединац вероватно више доприноси општем добру тиме што се брине за своје властите послове, њему не може увек да се допусти одлука о томе да ли је неки заједнички циљ мање важан од његовог посебног интереса. Различита су размишљања која из једног или другог разлога не могу да се одразе на вредност односа који иначе помаже појединцу да прилагоди своје деловање догађајима о којима не мора ништа да зна. А и брзина деловања може, кад то затреба, да затражи да се и приватни грађани подвргну наредбама власти. Ако, међутим, због дневних потреба мора да се рачуна са слободним одлукама појединаца, важно је да такво уплитање у њихову сферу буде изузетно, као и да они који томе морају да се покорје, не морају да трпе због осујећења својих оправданих очекивања. Другим речима, ако већ морају да постоје чувари заједничког интереса који имају изванредна овлашћења, какав је управо случај са стањем државне нужде, веома је важно да та овлашћења надзире независна власт.²⁷¹

Најстарији образац стања државне нужде представља *римска диктатура*, која је и данас у много чему недостижан узор у погледу самоограничавања

²⁷⁰ F. A. Hayek, *Politički ideal vladavine prava*, стр. 69.

²⁷¹ Видети: F. A. Hayek, стр. 69-71.

државне власти. Али, то је било време јуначких личности митских врлина. Друга два савремена облика стања државне нужде су англосаксонска установа тзв. *унуџраишњеі рајиноі сїања* (*martial law*) и француска установа *оїсагноі сїања* (*l'état de l'siege*). Обе установе представљају средство за одбрану државе споља и изнутра. Оне почивају на проширењу надлежности бирократских органа и обустављању примене уставних и законских норми док траје ванредно стање.²⁷² Средства која су развијена у ту сврху, а која су тесно међусобно повезана, састоје се у ограничавању овлашћења грађана за посебне сврхе, какав је случај са законом о *eminent domain*, тј. о праву државе да одузме приватни посед за јавне сврхе или због посебних услова. Такав је случај и са правилом о „очигледној и непосредној опасности” и другим одредбама према којима све трошкове таквог уплитања у приватну сферу сноси заједница (на пример, у САД). На тај начин се осигурава пуна накнада за сваку повреду права приватног власништва и сваког другог законито стеченог права. У таквим случајевима, дакле, није оправдано тражити жртву од појединца, док је оправдано ограничити то задирање на случајеве где величина друштвеног добитка дозвољава могућност за великодушну надокнаду. Том приликом, пожељно је да у свим таквим случајевима збиља један независан суд може да одлучује општим и апстрактним прописима о правичној накнади, а не само о законитости. Ипак, да би се заштитила слобода појединца, потребно је и да управни органи буду принуђени да воде рачуна о свим причињеним трошковима, јер је свакој стручној управи својствено да прецењује важност својих непосредних циљева, а да мало пажње поклања посредним штетама које причињава својим поступцима.²⁷³ Све то, заједно са већ познатим захтевима општости, једнакости и законитости, заиста сачињава суштину ствари, ону одлучујућу тачку од које у крајњем зависи да ли преовладава владавина права или владавина људи.

²⁷² К. Чавошки, *Увод у љраво I*, стр. 131.

²⁷³ Наведени примери показују како владавина права тражи да дискрециона власт државних, а посебно управних органа као чин принуде, приликом задирања у особеност и власништво приватног грађанина, односно у основна права и заштиту приватне сфере, увек мора да буде подвргнута надзору независног суда који није чак ни скривен инструмент дневних циљева државне политике, односно да тај надзор у свим случајевима мора да се тиче садржаја таквог, по правилу управног акта, а не само питања да ли је акт *infra* или *ultra vires*, као и да ће, ако такви судови утврде да су права приватних грађана повређена, проузрокована штета на исти начин бити утврђена као да је појединчево право повредио неки други грађанин (*Исїо*, стр. 71).

ДРУГИ ДЕО

ПРАВНИ ПОРЕДАК



УВОД

ОПШТИ ПОЈАМ И САСТАВ ПРАВНОГ ПОРЕТКА

Универзални (и) природни поредак. Раздвајање природног од друштвеног поретка: разлика између природних закона и друштвених норми. Друштвени нормативни поредак. Правни поредак. Разлика између идеалног и спонтаног правног поретка. Састав правног поретка: нормативни елемент, фактички елемент, законитост и вредносни елемент. Стање правног поретка.

1. Појам правног поретка

„Правни поредак” (како ће овде бити називан, јер ће првенствено бити речи о његовим правним елементима), или „државно-правни поредак” (због повезаности државе и права и истоветности њихове функције), представља јединствену целину. Он је сам за себе целина, али је и део света као врхунске целине. Као таквог, треба га разликовати од универзалног или природног поретка, чији је део, као и од других посебних врста друштвених поредака.

Некад је правни поредак изједначаван са универзалним (и) природним поретком који влада светом. Готово сви антички народи, а посебно Грци и Римљани, познавали су и развијали учења управо о таквом поретку, у коме природно право председава над људским. Много касније, у учењу Томе Аквинског о универзалном хијерархијском устројству светског поретка, такође се сусреће иста идеја. После Аквинског, у Енглеској су исту идеју развијали Ричард Хукер и Виљем Блекстон. Према Хукеру, право као смислен и сврсисходан поредак правила истоветно је са „било којом врстом правила или закона (*canon*), којима су делатности (*actions*) регулисане”, док је 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. Стога 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”.²⁷⁴ 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, што значи да се и у правном поретку одражавају основни закони који прожимају универзум.²⁷⁵ Сходно томе, може се закључити како у право спадају и природни,

²⁷⁴ R. Hooker, *Laws of Ecclesiastical Policy*, I, стр. 18. и W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, New York, 1884, стр. 1. Наведено према: К. Чавошки, *Увод у право I*, стр. 15-16.

²⁷⁵ Г. Гершић, *Енциклопедија права*, предавање, Београд, Ниш, (1902) 1995, стр. 32-37.

и људски закони, тј. све врсте правилности које управљају људским акцијама и збивањима у целокупном универзуму, подједнако се односећи на живу и неживу природу, што је случај и са правним поретком. Изгледа, ако можемо веровати ономе што видимо, да су цео свет, и ствари божанске и оно што називамо годишњим добима, регулисани законом и поретком.²⁷⁶

Наведена учења су већ одавно 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. Стога се приликом одређивања појма правног поретка уместо најширег космолошког оквира, полази од најширег друштвеног оквира, тј. друштвеног поретка. То се чини на основу очигледних разлика које постоје између природних закона и друштвених норми у погледу стварања ове две врсте правила (природни закони су резултат дејства природних сила: њих човек не ствара већ открива, док друштвене норме ствара човек својом свесном делатношћу); *снаје* (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); *поглође* преко које дејствују (природни закони дејствују непосредно на материју и човека, а друштвене норме посредно, само на човека, и то прво на човекову свест и вољу, па тек затим и на самог човека); *циља* (природни закони немају никакав циљ, док су друштвене норме изразито телеолошки саздане зато 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 друштвене норме могу да се прекрше).²⁷⁷ Такође, разлика између природних закона и друштвених норми постоји у погледу *предвидљивости* (закони природе не садрже у себи предвиђање будућих догађаја: они се само откривају људском духу, док управо то није случај са друштвеним нормама).²⁷⁸ Речју, „Људски закон казује нам шта можемо очекивати да ће друштво учинити под извесним околностима, а природни закон нам казује шта можемо очекивати да ће учинити природни предмети под извесним околностима. И један и други садржи обавештења упућена нашој интелигенцији” (Т. Х. Хаксли).²⁷⁹

На основу разлика између природних закона и друштвених норми може да се одреди појам *друштвеног поретка*. Како истиче Макс Вебер, он представља „поредак с извесним специфичним јемствима да постоји вероватност да ће

²⁷⁶ Таквом универзалном правном поретку супротан је универзални „беспоредак”, који постоји у свету и праву, слабећи ред који они оличавају. Али то није потпун, већ непотпун беспоредак, беспоредак овог света, а не самог његовог почетка, због чега оптимистички може да се закључи како беспоредак може да се исправља и спречава успешним остваривањем друштвеног и правног поретка.

²⁷⁷ Видети: Р. Лукић, *Теорија државе и права*, стр. 115-116.

²⁷⁸ Х. Келзен, *Ојшња теорија права и државе*, Београд, 1998, стр. 98-100.

²⁷⁹ Т. Н. Huxley, *Introductory* (Science Primers), 1882, стр. 12. Наведено према: Х. Келзен, *Ојшња теорија права и државе*, стр. 224.

емпиријски важити”, односно да постоји „правилност у понашању”.²⁸⁰ Као такав, друштвени поредак се састоји из друштвених норми, стварног понашање људи, вредности које се преко тог понашања остварују и одређених правилности које наведене елементе заједно одржавају у релативном складу.

Важан део друштвеног поретка сачињава *йравни йоредак*. То је врста друштвеног поретка регулисана правом. Правни поредак представља јединство правних норми и људског понашања по тим нормама, које се остварују сходно утврђеном начелу законитости и одговарајућим друштвеним и правним вредностима. Он постоји поред економског, политичког, обичајног, моралног, итд. поретка, који такође улазе у састав друштвеног поретка.

Од правног поретка као реалне појаве треба разликовати идеалан и спонтани поредак. *Идеалан* поредак је чисто вредносни поредак људских идеја које су прихваћене као друштвени и правни идеали. То је људски недостижан поредак у коме се право уопште не би кршило, претварајући се у морални поредак. Утопијској слици таквог правног раја супротан је *сийонийани* поредак на који право нема никаквог утицаја. Између ова два поретка, дакле, налази се правни поредак.

2. Састав правног поретка

Правни поредак се састоји из правних норми, људског понашања, законитости (правилности) и правних вредности, због чега могу да се разликују четири његова главна елемента или дела. Први елемент је нормативан, други фактичан, трећи је законитост, а четврти, вредносни.

Нормативни елемент састоји се из *йравних норми*, као правила о понашању, и *йравних акайи*, тј. психичких радњи, којима се стварају правне норме или се постављају услови за њихову примену. *Фактички елемент* правног поретка састоји се у основи из људских *материјалних (йшелесних) радњи* којима се правне норме остварују, тј. примењују. Материјалне радње врше људи као *йравни субјекти*, поводом одређених добара (ствари, *йравни објекти*) који међу собом стоје у *йравним односима*, тј. у друштвеним односима регулисаним правним нормама, па су и то елементи фактичког дела правног поретка. Између нормативног и фактичког елемента, постоји одређен однос регулисан правом, који се назива *законитиост*. Зато и она улази у правни поредак као његов посебан елемент.²⁸¹ *Вредносни елемент* правног поретка, пак, састоји се из одређених друштвених и чисто правних вредности, које се под одређеним условима појављују као идејни извори права. Постоје две врсте таквих вредности: *друштвене* (слобода, живот, здравље, породица, итд) и *чистио йравне* (правичност, мир, правна сигурност, ефикасност, итд). Друштвене вредности нису особене за право, али су у тесној вези са правним вредностима или, чак, представљају врхунске правне вредности (друштвена правда и законска правда).

²⁸⁰ М. Вебер, II том, стр. 324.

²⁸¹ Видети: Р. Лукић, *Увод у йраво*, стр. 198-199.

Сви наведени елементи правног поретка поређани су строгим логичким редом. Његову унутрашњу садржину чине правне норме и правне вредности, које се остварују у људском понашању као фактичком елементу правног поретка. Правни поредак и не значи ништа друго до стварање правних норми на основу одређених вредности и њихову примену. Он је у целости састављен тако да почиње стварањем норми, а завршава се њиховим остварењем преко људског понашања. Он започиње од најапстрактнијих, најопштијих норми и аката, а завршава се најконкретнијим, појединачним нормама, и њиховим законитим примењивањем у људском понашању, које је такође увек одређено задатим вредностима.

3. Стање правног поретка

Правни поредак није некаква статичка појава, једном и заувек дата, која се не мења, већ „динамичка појава у непрекидном кретању и стварању”. Пошто он није ништа друго до „један начин испољавања друштвеног поретка”, стварних људских односа, то се људско понашање непрестано мења, а са њим и правни поредак. У њему се „непрестано стварају и укидају одговарајуће норме односним правним актима, настају, мењају се и престају одговарајући односи”, мења се положај правних субјеката који врше различите материјалне радње и понашају се сходно правним нормама, итд. И, „тај сталан покрет тече по одређеном реду, па се стога и зове *йоредак*”.²⁸²

Стање правног поретка правна наука изучава са становишта какав поредак збиља јесте (*de lege lata*) или са становишта какав би поредак требало да буде (*de lege ferenda*). У првом случају, она објашњава правни поредак, а у другом критички претреса и предлаже решења за његово побољшање. Шта ће од та два да претегне, зависи од тога да ли је правни поредак ефикасан или не. А да би поредак био ефикасан, од људи не треба захтевати да чине оно што они не могу да учине чак и кад су надахнути најбољим намерама, нити од њих треба захтевати оно што они чине и без норми. У првом случају, реч је о бесмислној, а у другом о немоћној заповести. На тај начин се још једном показује да је за постојање правног поретка најважније да се он нормално примењује. Тек затим се поставља питање степена његове ефикасности, тј. његовог стања, које може да буде боље или горе.²⁸³

Ево неколико примера како промена у једном елементу правног поретка може да утиче на промене у другим елементима, а тиме и на правни поредак у целини. Самостално дејство вредносног елемента није непосредно разматрано, јер је он садржан у осталим елементима правног поретка или представља резултат њиховог садејства.

Ако вредност нормативног елемента (број норми и аката) расте, док су непромењене вредности фактичког елемента (људске радње) и законитости, правни поредак се екстензивно развија и усложњава, што доводи до отежане

²⁸² Р. Лукић, стр. 199.

²⁸³ Видети: Х. Келзен, *истио*, стр. 167-170.

примене права и захтева за његовом променом (обично правном реформом). Ако, пак, вредност нормативног елемента опада, док су вредности друга два елемента непромењене, поредак се рестриктивно развија. У таквом поретку, држава располаже или великим могућностима и опсежним задацима, или има улогу „ноћног чувара”.

Ако вредност фактичког елемента расте или опада, док су вредности друга два елемента непромењене, правни поредак је или све ефикаснији (било због свести о ваљаности права, било због успешне контроле и примене принуде), или све неефикаснији (из обрнутих разлога). У првом случају, стање поретка се побољшава његовом све већом уређеношћу, а у другом погоршава због неуређености.

Ако, пак, вредност законитости опада или расте, док су вредности друга два елемента непромењене, правни поредак је или све бољи, или, обратно, све гори. На основу квалитета начела законитости, дакле, можемо да одредимо квалитет правног поретка.

До сличних промена у правном поретку долази и кад се упоредо мењају вредности два, а не само једног елемента, утичући на трећи елемент. На пример, ако вредности нормативног и фактичког елемента расту, рашће и вредност трећег елемента - законитости. Ако вредности нормативног и фактичког елемента опадају, опадаће и вредност законитости. У првом случају поредак је у успону, а у другом у кризи. Само теоријски може да се замисли раст вредности нормативног елемента упоредо са растом вредности начела законитости, уз истовремено нагло смањивање (пад) вредности фактичког елемента. Исто важи и за раст вредности фактичког елемента, кад се он одвија упоредо са растом вредности законитости, уз истовремено нагло смањивање (пад) нормативног елемента. У првом случају, право и правни поредак су пука декорација, синоним за кризу и безакоње. У другом случају, пак, они су оличење успешног прилагођавања и ефикасног обликовања стварности кроз понашање субјеката које је сагласно праву.

До сличних промена у правном поретку долази и кад се упоредо мењају вредности сва три, а не само два или само једног елемента. Ако се сразмерно мењају вредности сва три елемента, тј. ако вредности сва три елемента расту или опадају, поредак се такође креће ка стању све веће уређености или неуређености²⁸⁴

²⁸⁴ Видети: Д. М. Митровић, *Пути права. Холистичка парадигма света и права у светлу теорије хаоса и правне теорије*, стр. 167-176.

ПРВИ ОДЕЉАК

НОРМАТИВНИ ЕЛЕМЕНТ

ПРАВНОГ ПОРЕТКА

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

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 требање без заповести: молба, савет, препорука, обећање и захтев. 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, итд), норме друштвених организација (правила друштвених организација) и норме које примењује држава (право). Састав правне норме: главни елементи (диспозиција / појам и врсте, подела на диспозиције са неодређеним појмовима и правним стандардима, алтернативне диспозиције, диспозиције које дају дискрециону власт и диспозитивне диспозиције/ и санкција /појам, подела и правна одговорност: санкције према лицима и санкције према актима/ и споредни елементи (претпоставка диспозиције и претпоставка санкције). Врсте правних норми. Начела за повезивање правних норми у систем. 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.

Први одсек

ПРАВНА НОРМА КАО ПРАВИЛО

Правна норма је најважнија врста друштвених норми. Поред ње, у друштву постоје и друштвене норме које нису правне. Свима њима, укључујући ту и правне норме, заједничко је то да представљају правила понашања, због чега се још називају друштвени прописи, конвенције, стандарди, итд.

1. Норма као друштвено правило које садржи заповест

Друштвеним нормама се регулишу најразличитији друштвени односи, због чега постоје њихове најразличитије врсте: учтивости, бонтона, пристојности, такта, моде, хигијене, итд. Ипак, најважније такве норме су обичајне, моралне и религијске, норме друштвених организација и државе као посебне друштвене организације. Свима њима заједничко је то да представљају *зајовести* о понашању људи снабдеване друштвеним санкцијама и другим заједничким обележјима. Скуп таквих норми сачињава *нормативни друштвени систем*, који је део друштвеног поретка.

За све друштвене норме је основно да садрже заповести. То што норме садрже заповести представља њихово тзв. *императивно* или *нормативно значење*. Поред императивног, друштвене норме имају и друго, *индикативно значење*, кад се норма утврђује оно што се догађа, што јесте, а не оно што треба да буде.

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

Од питања да ли је норма императивно или индикативно правило, треба разликовати питање начина на које су заповести у норми формулисане. Најчешће су заповести у норми несумњиво и јасно саопштене у прескриптивном облику заповедног требања. Али, неке заповести могу да буду саопштене и у дескриптивном облику, што *не* значи да је норма самим тим постала индикативно правило. И у том случају, норма садржи заповест, само она није видљиво изражена. И обратно, ни сами прескриптивни искази у ширем смислу, као прескриптивна употреба језика и правног говора, не морају обавезно да буду заповести, већ молбе, савети, препоруке, обећања или захтеви, тј. требања без заповести.²⁸⁵ Ипак, и такви прескриптивни искази, за које се каже да *не* садрже заповести, имају за циљ да утичу на разум и вољу људи ради подстицања, усмеравања или дисциплиновања људског понашања у одређеном правцу, исто као прескриптивни искази који садрже заповести. Изгледа да је та обмана постојани извор заблуда о правној норми, кад се погрешно утврђује како друштвене и правне норме нису или не морају да буду заповести.

Све друштвене норме су заповести, независно од тога да ли је у њима заповест формулисана изрично или прећутно, јасно или нејасно, одређено или неодређено. Али, постоје и „несавршене”, „привидне” или „могуће” норме које садрже прескриптивне исказе, како је поменуто. Њихово постојање показује да разлика између чисто императивног и чисто индикативног значења норме не може тако одсечно да се одреди ни на основу прескриптивних исказа. Такав је случај са *молбама, саветима и препорукама* израженим у облику „требања”, односно

²⁸⁵ Видети: N. Bobio, *Teoria generale del diritto*, стр. 69-73. и N. Visković, стр. 120.

„тражења”, којима је заједничко то да нису обавезујући, принудни, нити подржан санкцијом због њиховог неиспуњавања или неприхватања, сходно чему зависе једино од уверљивости којом делују на разум и вољу лица којима су упућени. За разлику од њих, *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, што други сматрају његовом обавезом. Важнија обећања често се дају јавно у облику свечане заклетве. Као таква, обећања су за један степен обавезнија врста тражења од молбе, савета или препоруке. Најзад, *захтеви* нису само пуко „тражење”, већ и посебна врста прескриптивних исказа који су принудни за лица на која се односе, јер им се предочава зло које могу да претрпе у случају њиховог неиспуњавања.²⁸⁶ Као такави, захтеви се налазе на средини између „обичног тражења” и „заповедног тражења”, карактеристичног за праве друштвене норме. Они могу да буду легитимни и нелегитимни. *Легиџимни* захтеви се изричу на основу других друштвено утемељених и прихваћених моралних, обичајних или правних норми које субјекта овлашћују да захтева нешто од другог (на пример, родитеља да захтева увек пристojно понашање од деце). *Нелегиџимни* захтеви, пак, друштвено нису утемељени ни признати (на пример, захтев бандита: „паре или живот!”). Такође, нелегитимни су и они захтеви којима се прекорачују овлашћења садржана у друштвено утемељеним и признатим нормама (на пример, кад родитељи захтевају од деце да чине нешто што очигледно шкоди њиховом васпитању или здрављу). Али, увек, захтеви најснажније од свих наведених прескриптивних исказа у нормама утичу на понашање лица којима су упућени. Пошто садрже претњу неким злом, они страхом од могућег зла (санкција) мотивишу лица да их испуне. Ипак, лица захтеве могу да испуне и њиховим добровољним прихватањем из навике или уверења.²⁸⁷

Прескриптивни искази у нормама изражени у облику молби, савета, препорука, обећања или захтева наликују друштвеним правилима која садрже праве заповести, али не располажу њиховом обавезујућом снагом. Они су *шребане без зайовесџи*. Насупрот њима, све друге врсте прескриптивних исказа у друштвеним правилима садрже заповести. За разлику од прескриптивних, дескриптивни искази садрже обавештења о норми (на пример у претпоставци диспозиције и санкције), омогућавају упознавање са њеним смислом и садржајем, и само на тај начин посредно утичу на понашање људи. Они дакле упућују на постојање прескриптивних исказа у норми, али сам нису довољни да би постојала норма. То значи да је норма која садржи само дескриптивне исказе *contradictio in adiecto*. Сходно томе, све норме садрже прескриптивне и дескриптивне исказе (као што садрже главне и споредне елементе), сви прескриптивни искази не чине норме обавезно императивним правилима већ само могућим императивним правилима понашања, док сами дескриптивни искази не чине никакве норме. Зато је за норму важније њено *џримарно* императивно, а не *секундарно* индикативно значење.

²⁸⁶ N. Visković, стр. 121.

²⁸⁷ *Исџо*, стр. 121-122.

2. Врсте друштвених норми

Друштвене норме могу да се разврстају на различите начине (регулативне и конструктивне /И. Кант/; когнитивне, експресивне и моралне /Л. Парсонс/; личне и безличне /А. Рос/; опште и посебне /Н. Бобио/, у ширем и ужем смислу /Р. Лукић/, итд).²⁸⁸

2.1. Друштвене норме у ширем смислу

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

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

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 (на пример, несолідно изграђена кућа може да се сруши, због чега њени станари могу да погину или 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, итд).

Важне техничке норме, а посебно технички стандарди, могу да буду снабдеване друштвеним и правним санкцијама кад то налаже друштвени интерес, због чега се најчешће сматра да постају праве друштвене (друштвени прописи) или правне норме.

2.2. Друштвене норме у ужем смислу (друштвени прописи)

За разлику од друштвених норми у ширем смислу, које се налазе негде на средини између природних закона и правих друштвених норми, друштвене норме у ужем смислу (тзв. *друштвени прописи*) збиља ствара - а не открива - људски дух. Зато оне представљају заповест једне воље упућене другој вољи, и то заповест снабдевену друштвеном санкцијом у случају њиховог кршења.

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

Прву врсту сачињавају норме или прописи које ствара и примењује тзв. дифузна заједница, тј. друштвена група у којој *не* постоје специјализовани

²⁸⁸ Видети: Г. Вукадиновић, Р. Степанов, *Теорија права I*, стр. 264-270.

органи, посебно не за примену санкције. 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 да увек будемо поштени и истинољубиви, представљају моралне норме.

Пошто ће о *обичају* бити речи у делу о изворима права, на овом месту задржаћемо се само на традицији и моралу. Као што је познато, *традиција* у праву игра важну улогу, јер се већина друштвених и правних норми преноси из старих или најстаријих права у савремено право управо захваљујући традицији. Њу сачињавају друштвене норме које је обично веома тешко разликовати од старих или древних обичајних норми (стогодишњих или обичаја од памтивека). Једина поуздана разлика између традиције и таквих обичајних норми састоји се у степену њихове обавезности, који је ипак слабији кад је реч о традицији. У европском континенталном праву посебно значајну улогу има римска правна традиција, која се препознаје у различитим правним изрекама и начелима који се користе за тумачење правних норми или попуњавање правних празнина. Жива снага традиције је најочигледнија кад се једна правна установа одржава само захваљујући нормама традиције, јер налаже одређено понашање иако за њега није могуће наћи никакав рационалан правни основ у савременом друштву (на пример, наслеђивање јако далеких сродника често нема никаквог основа у савременим правима, али има у традицији). Традиција је данас особито јака у гранама наследног и породичног права. Понекад традицијске норме постају обичајне или, штавише, правне (на пример, у Енглеској се и данас сматра да неке норме које сачињавају традицију имају чак уставни карактер). Као таква, традиција показује да је право стара културна творевина човечанства.²⁸⁹ С друге стране, *морал* представља једину врсту друштвених норми у ужем смислу која је изворно сасвим аутономна. То важи само за лични морал, а не и за друштвени, који је хетерономан као и све друге врсте друштвених прописа. И пошто је човеково генеричко својство да је морално биће (насупротив тзв. моралним наказама), то су осећајем за моралност натопљени сви човекови поступци и све човекове творевине, укључујући ту и бројне врсте друштвених прописа. Сходно томе, поставља се питање односа моралних норми према тим другим врстама друштвених прописа, а посебно према правним нормама. Правило је да су друштвени прописи обавезнији кад су подржани моралним нормама. То важи и за правне норме.²⁹⁰ Ипак, због изразите правне надмоћи државе у савременим друштвима, појавила су се схватања која сасвим раздвајају морал од права (на пример, Гроције, Томазијус, Кант, Фихте, Келзен, Харт, Раз или Познер), насупротив схватањима која поистовећују морал са правом (какав је посебно био случај у антици). Данас преовладава треће становиште, да право представља „минимум морала” (Јелинек), у смислу да моралне норме неопходне за одржавање друштва постају

²⁸⁹ *Правна енциклопедија*, стр. 1460.

²⁹⁰ Видети: N. Visković, стр. 124-133.

правне, односно да исправно право мора да садржи барем „минимум моралности” (Фулер), јер се право и морал делом „допуњавају”, али и „одбијају” (Кауфман).²⁹¹ То треће становиште потврђује и правна пракса, која итекако води рачуна о томе да ли је нека правна норма супротна моралној или не, као и да ли је тумачење правне норме сагласно са јавним моралом или не. На тај начин се показује да је право увек у извесној мери испод морала, а не само испод правде.²⁹²

Другу врсту сачињавају норме које стварају и примењују најразличитије друштвене организације у којима постоје диференцирани и специјализовани органи. На пример, норме које налажу тачан долазак на посао, вршење тачно одређених врста послова на одређен начин за предузеће, итд, представљају норме друштвених организација. Оне сачињавају бројне унутрашње друштвене прописе којима се уређују положај запослених, техничка организација рада у предузећу, начин обављања конкретне делатности, итд. Обично кад држава почне да примењује санкцију за кршење таквих друштвених прописа, они постају аутономни правни прописи, о чему ће такође бити речи у делу о изворима права.

Најзад, трећу врсту сачињавају правне норме. Оне су правне, како је већ истакнуто, или зато што садрже сва или највећи број заједничких обележја права (спољашњост, хетерономност, друштвеност, регулативност, предмет регулisaња, мерљивост и прецизност, итд), или зато што их држава као посебна друштвена организација која располаже монополом физичке силе и бројним специјализованим органима санкционише, а понекад и ствара.²⁹³ На пример, кад норме захтевају да се вози десном страном, да се плати одређени износ пореза или да се за путовање у иностранство располаже визираним пасошем, такве норме представљају правне, а не друштвене норме. Као такве, правне норме се разликују од обичајних, традицијских и моралних норми.²⁹⁴ Оне се пре свега разликују према степену своје формализованости, јер за обичајне, традицијске и моралне норме често није могуће тачно утврдити субјекте обавеза и овлашћења, док је то релативно лако учинити код правних норми. Исто тако, 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. Такође, док се важење обичајних, традицијских и моралних норми заснива на вероватноћи примене психичке казне против прекршилаца, дотле се важење правних норми заснива на вероватноћи примене саме физичке принуде. Затим, правне норме су непосредно везане са организацијом државне власти, због чега су институционализоване од тренутка стварања до тренутка примене, док то одавно није случај са обичајним, традицијским и моралним нормама. Зато код обичајних, традицијских и моралних норми није развијена

²⁹¹ Видети: А. Кауфман, *Право и разумевање њрава*, стр. 176-179.

²⁹² *Правна енциклопедија*, стр. 717-718.

²⁹³ Видети: Р. Лукић, стр. 21-32.

²⁹⁴ Видети: N. Visković, стр. 220-221. и Г. Вукадиновић, стр. 111-114.

хијерархијска лествица, нити је посебним механизмима обезбеђена њихова кохерентност, потпуност и одређеност, што је управо случај са правним нормама. Итд. С друге стране, друштвени обичаји, традиција, моралне норме и норме друштвених организација обично постају правне тек кад их држава санкционише или кад стекну друга заједничка својства права. Али, исто тако, и правне норме могу да постану друштвене или техничке норме, кад држава престане да примењује своју санкцију или кад изгубе друга своја правна обележја.

Из реченог произилази да све друштвене норме у ужем смислу могу да се одреде као правила или прописи, упућени човековој свести и вољи, који налажу људима како треба да се понашају у друштву ради остварења извесних циљева. Кад та правила располажу барем већином заједничких правних својстава, међу којима посебно место припада државној санкцији, тад је реч о правним нормама. Као такве, правне норме су тесно везане за организацију државне политичке власти. Оне су формално и садржински сређене према хијерархијском начелу у систем у коме су нечела кохерентности, потпуности и одређености подржана посебним правним техникама.²⁹⁵

3. Појам правне норме

Правна норма представља посебну врсту друштвених норми. Она је, како се то обично каже, правило о понашању људи снабдевано државном санкцијом (на пример, ко убије другог биће кривично кажњен; ко учини штету дужан је да је надокнади, итд).²⁹⁶ Али, постоје писци (на пример, Н. Бобио) који сматрају да санкција није одлучујућа за стицање правног карактера друштвених норми, јер се већина норми примењује добровољно а не принудно, док основ њихове обавезности проистиче из њихове моралне а не принудне физичке снаге,²⁹⁷ итд. Наведени ставови о правности друштвених норми сами по себи нису неприхватљиви, посебно има ли се у виду да је појам права тако конвенционално одређен у ширем и ужем смислу да се правним сматрају и норме слабијег степена правности, тј. оне које немају државну санкцију. Али објашњења којима се подржава таква тврдња, заснована на добровољност примене норми или њиховој моралној снази, нису прихватљива. Она посебно нису прихватљива због тога што поред државне санкције постоје и друга важна мерила за разликовање друштвених од правних норми. Том приликом, поред наведених дванаест заједничких обележја права, користе се и друга слична мерила, каква су: вредносна усмереност норми, њихов садржај, њихова аутономност/хетерономност, везаност за државу и њену физичку санкцију, начин настајања и санкционисања, познатост творца норми и одређеност лица којима је норма упућена, кодификованост норми, врста и састав понашања које се нормама захтева, њихова императивност/атрибутивност, итд.²⁹⁸ Нека од тих

²⁹⁵ Г. Вукадиновић, стр. 112.

²⁹⁶ Видети: Р. Лукић, стр. 200-201.

²⁹⁷ N. Bobio, *Teoria generale del diritto*, стр. 135.

²⁹⁸ Видети: Г. Вукадиновић, *Теорија државе и права II*, стр. 109-114.

наведених мерила нису довољно одређена, јер се подједнако успешно могу применити на друштвене и правне норме, док су друга научно непоуздана. Па ипак, она нису неинтересантна, јер другачијим светлом разумности обасјавају наведени проблем разликовања друштвених од правних норми.

3.1. Шта је правна норма

У правној теорији, правна норма се схвата као недељива целина, што значи да она не може да се дели а да и даље буде норма. Њен задатак је да уреди друштвене односе и на тај начин произведе жељено дејство у стварности, сходно претходно постављеним циљевима и вредностима. Једно од њених препознатљивих обележја представља то што она то своје правно својство стиже захваљујући заштити коју јој пружа државни апарат принуде, а тек затим и на основу других важних својстава. Сходно томе, све правне норме припадају одређеном правном систему и поретку, јер су прописане, санкционисане и међусобно хијерархијски усаглашене са другим правним нормама. На тај начин, повећава се њихово појединачно и заједничко дејство. Како каже Норберто Бобио, правна норма се не може схватити изоловано, јер је право „свет норми”.²⁹⁹ Исто тако, правна норма увек представља заповест о понашању људи у друштву. Том приликом, није важно на који је начин та заповест формулисана. Важно је да таква заповест постоји, као и да због заповести овлашћеног субјекта правна норма увек представља нешто што „треба”. Али, она је истовремено и нешто што „јесте”, јер је потребно и људско понашање по заповести. Да би се у стварности остварило то жељено дејство, правна норма је као заповест упућена разуму и слободној вољи, али је ипак снабдевена санкцијом, ако разум или воља закажу. На тај начин се обезбеђује организација економске и политичке власти, а тиме поредак и сапостојање људи у друштву.

За постојање правне норме, исто тако, важно је да она располаже одговарајућим правним обликом, при чему није толико важно да ли је тај облик писан или неписан. Такође, важно је и да норма располаже одговарајућим садржајем, при чему није толико важно какав је конкретан садржај норме, јер границе права нису поуздане. (Покушај да се тачно одреде границе права не представља „Рт Добре наде”, већ „Рт бродоломника” за правне истраживаче.) За правну норму је важно и то да је саставни део позитивног права, а не то на ком простору и колико временски важи. Па ипак, за правни карактер норме су најважнији њена везаност за државу и њена ефикасност, која се у крајњем (кад све друго закаже, а посебно добровољност и морална присила) постиже применом државне санкције. Дакле, правна је само она норма која је својим заједничким правним својствима везана за делатност одговарајућих државних органа.³⁰⁰

²⁹⁹ N. Bobio, стр. 3.

³⁰⁰ Видети: A. Ross, *Directives and Norms*, London, 1968.

3.2. Шта није правна норма: чланови и параграфи

Од правне норме треба разликовати чланове или параграфе у правним акти-ма, јер се они сасвим ретко подударају са једном целом правном нормом. Најчешће један члан или параграф садржи део једне, а понекад и више правних норми. У том случају, или се делови исте правне норме налазе у различитим члановима, или се један део правне норме налази у једном, а други у сасвим другом правном акту. И тек узети заједно, оба дела норме сачињавају једну потпуну правну норму. Њиховим састављањем, тј. повезивањем у норму, бави се како правна наука при-ликом истраживања права, тако и правна пракса приликом стварања, тумачења и примене права. Правна норма, дакле, не може да постоји без свих својих делова. Само, они не морају да буду на истом месту, тј. у истом члану или параграфу, како се понекад догађа, кад се норма и параграф збиља подударају.

4. Састав правне норме

Свака правна норма има сложен састав. У зависности од врсте, правне норме се састоје из три или четири елемента, од којих су два главна: диспозиција и санкција. Поред њих, све правне норме имају претпоставку санкције, док само условне нор-ме (опште или појединачне) имају и претпоставку диспозиције. Диспозиција и санкција су алтернативна правила понашања. Зато кршење диспозиције представља услов за примену санкције. Тај услов описује претпоставка санкције, док услов за примену диспозиције описује претпоставка диспозиције.³⁰¹

4.1. Главни елементи правне норме: диспозиција и санкција

Диспозиција правне норме. Диспозиција је први главни део норме. Она је примарно, условно, релативно, алтернативно и нормативно (обичајно, морално или неко друго друштвено) правило понашања, тј. заповест једне воље која рас-полаже влашћу упућена другој вољи (на пример, да је свако дужан да плати по-рез). Без диспозиције, правна норма не би могла да постоји. Ипак, диспозиција није норма, већ део правне норме, њен нормативан састојак, који норми *не* прибавља правно својство. Она садржи условну (релативну и алтернативну) заповест, јер субјект слободно може да бира како ће да се понаша. Наиме, он може и да прекрши диспозицију. Али, ако је диспозиција једна условна заповест, то не значи да је и правна норма као целина једна условна заповест, јер поред диспозиције, прав-на норма садржи и санкцију, као секундарно правило понашања, чију примену у крајњем обезбеђује држава својим апаратом принуде.

Диспозиције правних норми могу да се разврстају на различите начине и врсте. Према начину на који је формулисана заповест, разликују се наређујуће и забрањујуће од овлашћујућих и декларативних диспозиција. *Наређујуће* диспози-ције наређују субјекту да се понаша на одређен начин, заповедајући му да изврши

³⁰¹ Видети: Р. Лукић, стр. 202-218, Г. Вукадиновић, стр. 96-106. и N. Visković, стр. 157-159.

извесну позитивну радњу (грађани су дужни да плаћају порез, родитељи да васпитају децу, војни обвезници да служе војску, дужник да врати дуг, итд). *Забрањујуће* диспозиције забрањују субјекту да се понаша на одређени начин, налажући му негативну радњу (пасивност, уздржавање, нечињење): забрањено је убијати, красти, клеветати другог, итд. У обе врсте наведених диспозиција заповест је јасно формулисана и изражена. *Овлашћујуће* диспозиције, пак, овлашћују субјекта на једно понашање. Оне субјекту нити наређују, нити забрањују одређено понашање (на пример, свако има право на заштиту здравља). Ипак, и оне садрже заповест за све друге, да не ометају датог субјекта у уживању неког његовог права. Најзад, *декларативне* диспозиције, оне које садрже опис, објашњење или дефиницију, на изглед не садрже никакву заповест (изглед државне заставе и грба, састав неког државног органа, итд). Међутим, и такве диспозиције садрже заповест. Само та заповест није уочљива, скривена је, или се подразумева. Све диспозиције, дакле, садрже једну заповест која представља обавезу за све на које се та заповест односи. Као такве, оне су увек императивна правила понашања.

Према степену слободе, тј. одређености, диспозиције могу да се разврстају на две главне врсте: апсолутно и релативно одређене. *Апсолутно одређене* диспозиције (категоричке, императивне, когентне, стриктне) садрже тачно одређену заповест која односним субјектима не оставља никакву слободу. Такве су наређујуће и забрањујуће диспозиције. Насупрот њима, *релативно одређене* (дисјунктивне) диспозиције располажу различитим ступњевима слободе, тј. одређености за односне субјекте. Најважније такве релативно одређене диспозиције јесу: диспозиције са неодређеним појмовима и правним стандардима, алтернативне диспозиције, диспозиције које дају дискрециону власт и диспозитивне диспозиције. Најмање су неодређене диспозиције с недовољно одређеним појмовима и правним стандардима, док су највише неодређене диспозитивне диспозиције.

Диспозиције са неодређеним појмовима и правним стандардима настале су због превелике сложености и разноврсности друштвеног живота, као и због немогућности њиховог творца да унапред целокупан друштвени живот обухвати правом. Зато њихов творац посеже за неодређеним појмовима, јер би у противном морао да донесе бесконачно велик број норми, што би право учинило неупотребљивим. Ти појмови, иако унапред неодређени, тачно се одређују и прецизирају накнадно, и то сходно околностима конкретног случаја. У норми која налаже родитељима да васпитавају и издржавају своју малолетну децу, неодређени појмови су „васпитање” и „издржавање”, јер сви родитељи не васпитавају и не издржавају своју децу на исти начин. Да ли, пак, родитељи збиља васпитавају и издржавају своју малолетну децу, то се тачно утврђује у сваком конкретном случају.

У праву, посебно у грађанском, трговачком, породичном и управном праву, често се користе неодређени појмови који се називају *правни стандарди*. То су појмови који мењају конкретну садржину, али не мењају своју суштину („савестан”, „добар домаћин”, „брза вожња”, „опасан”, „јавни ред и мир”, „јавни морал”, „општи интерес”, „добар грађанин”, „правична накнада”, итд). Њихова суштина је у

томе што се за сваку конкретну ситуацију захтева да се односни субјекти обавезе владају онако како би се понашао замишљени просечан („стандардан“) човек. Дакле, да би се проценило да ли је понашање неког субјекта у складу са нормом или не, у обзир се не узима само конкретна ситуација, већ и претходно дефинисан стандард понашања (по дану и на аутопуту, брзина од 120 км још није недопуштено брза вожња, али ноћу и на рђавом путу, и брзина од 50 км може то да буде). Сходно томе, 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. Свако другачије понашање представља прекршај, деликт. Једино, то понашање није унапред у норми одређено, већ је надлежним овлашћеним субјектима остављено да га накнадно одреде.

Алтернативне диспозиције или диспозиције са слободом избора, предвиђају два или више могућих понашања за односног субјекта обавезе, која су унапред потпуно одређена. Једино што није одређено, то је понашање које ће субјект обавезе да изабере, јер то зависи од његове воље. На пример, поверилац има право да захтева враћање дуга, док дужник има право да изабере да ли ће да врати ствар коју дугује или ће да исплати њену новчану вредност. Код алтернативних диспозиција, дакле, субјект овлашћења може само да захтева да субјект обавезе испуни своју дужност, али не може од њега да захтева на који ће начин то да учини. С друге стране, субјект обавезе не може сам да одреди на који ће начин да изврши своју обавезу. Он само може да изабере једно између два или више тачно унапред одређених понашања, у чему се и састоји његова слобода. Такве релативно одређене диспозиције, дакле, називају се алтернативним.

Диспозиције с дискреционом влашћу (овлашћењем, правом, слободном оценом) још су мање одређене. Њима се овлашћују државни органи (управни и судски) да, руководећи се начелима законитости и целисходности, у конкретном случају који је предвиђен правном нормом, тачно одреде једно једино могуће понашање за односног субјекта обавезе које је у складу са правном нормом. Ту је дакле државни орган као субјект овлашћења слободан да одреди то једно једино понашање за односног субјекта обавезе.³⁰² Управни орган дискреционо поступа кад одлучује о томе да ли ће да изда или не путну исправу, оружани лист или грађевинску дозволу. Али, тако поступа и судски орган, кад за утврђено кривично дело тзв. обичне крађе, за које је предвиђена казна затвора од три месеца до три године, неко лице осуди на годину дана. Једино законодавац не поступа дискреционо, јер се тад поставља сложено питање ко га је на то овластио правном нормом (Бог, Историја, Разум или Апсолутни дух).

Дискрециона власт је дакле посебна врста делегиране (правом предвиђене и додељене) државне власти. То није власт самовољна, како би могло да се учини, јер је државни орган дужан да се руководи не само начелом законитости, већ и начелом целисходности, тј. јавним интересом, интересом службе. Ако, пак, он то не чини, већ се руководи личним интересом, тад злоупотребљава своју надлежност,

³⁰² Видети: I. Krbek, *O diskrecionoj ocjeni*, Zagreb, 1937.

тј. поверену власт. Сходно томе, дискрециона власт је ограничена. Једино одлуке управног и судског органа не могу да се оспоравају због нецелисходности (зато што је грађанину одбијен захтев за издавањем путне исправе, оружаног листа или грађевинске дозволе), већ само због незаконитости (кад је грађанин за учињено кривично дело крађе осуђен на два месеца или четири године затвора). Речју, у случају дискреционе власти, државни орган коме је та власт дата није слободан да сам ствара норму по свом нахођењу. Њему је унапред тачно одређено какву норму треба да створи. Једино у чему је он слободан, јесте да препозна и изабере једну између више понуђених норми. У оквиру тог свог дискреционог права, дакле, орган може слободно да се креће, ценећи конкретне околности у сваком појединачном случају, али и тада ту своју власт мора да врши у интересу службе. У противном, његов акт ће бити поништен.

Диспозитивне (заменљиве) диспозитије допуштају још већу слободу односним субјектима да уреде своје односе. Њима се допушта да субјекти своје односе уреде другачије, тј. да диспозитију 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. Очигледно, ту је слобода субјекта далеко је већа. У случају диспозитивне диспозитије, дакле, субјект на кога се односи диспозитија сам ствара диспозитију којом регулише сопствено понашање или понашање других субјеката, како је записано у параграфу 13 Грађанског законика Кнежевине Србије из 1844. године: „воља и наредба човечија заступа закон”, а кад те воље нема, „закон надокнађује вољу и наредбу човечију”. Али, то не значи да диспозитивне диспозитије нису обавезне или да су мање обавезне од других. И оне су обавезне, јер дотични однос мора да се регулише на обавезан начин. Само, кад субјекти ћуте, тад се сматра да су прихватили законско решење. Кад, пак, субјект употреби то своје овлашћење, таква његова диспозитија је обавезна као и било која друга принудна диспозитија.³⁰³

Диспозитивне диспозитије се најчешће сусрећу у оним гранама права где важи начело аутономије воља странака (грађанско, наследно, облигационо, трговачко, итд. право).

Санкција правне норме. Санкција је други главни 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 кад оно одбије да се по њој понаша. Наиме, примена санкције према прекршиоцу норме за државни орган представља понашање по диспозитији 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 диспозитији. Као што може да се примети, субјекту је остављено на вољу да бира хоће ли да примени или крши диспозитију. Али, то није случај са санкцијом, по

³⁰³ Р. Лукић, стр. 212.

којој он мора да се понаша, јер га на то присиљава претња примене државне силе. Санкција, према томе, представља „секундарну диспозицију”, која ступа на снагу и постаје обавезна тек кад се не испуни „примарна диспозиција”. Сходно томе, ни санкција још не представља правну норму. Она је бесмислена без диспозиције, чијем остварењу служи.

Поред значења као дела правне норме, тј. секундарне диспозиције, санкција означава и саму принудну меру коју примењује државни орган према прекршиоцу. Али, тад можемо да се запитамо: ко санкционише државни орган који не примени санкцију према прекршиоцу, тј. прекрши диспозицију која га обавезује. Очигледно, то чини виши државни орган, који је диспозицијом обавезан да санкционише такав нижи орган. И, тако редом, све до сувереног државног органа, ког нема ко да санкционише, јер је он највиша државна власт. То значи да норме које „регулишу понашање суверена нису стварно правне”, већ „политичке”. Њих суверен не врши из „страха од правне санкције”, већ из свог „убеђења”.³⁰⁴ На тај начин, показује се како целокупно право почива на несанкционисаним нормама, тј. на уверењу, као и читава зграда науке (која такође почива на уверењу да наука пружа истинита сазнања).

И санкције, као и диспозиције, могу да буду мање-више одређене (алтернативне, дискреционе или чак диспозитивне /уговорна казна/). Исто тако, оне могу да буду апстрактне и конкретне, у зависности од тога да ли се налазе у општој или појединачној норми (законска казна затвора од три до пет година и судска пресуда којом се неком окривљеном лицу изриче казна од четири године затвора).

Свака санкција је уперена према свом прекршиоцу, који подлеже санкцији. Та подложност прекршиоца диспозиције санкцији назива се *јавна одговорност*. Према томе да ли се санкција односи на једно или више лица, разликује се данашња *индивидуална* од некадашње *колективне* одговорности. Исто тако, треба разликовати *субјективну* од *објективне* одговорности. Прва почива на постојању кривице (умишљаја), а друга на постојању штете (нехата). Зависно од врсте прекршаја и санкције, постоје разне врсте одговорности: *кривична, грађанска, дисциплинска*, итд. Међутим, кад се санкција одреди као принудна мера против прекршиоца диспозиције, лако може да се разликује више њихових врста, у зависности од врсте добара која се државном принудом одузимају од прекршиоца (телесне, имовинске, моралне санкције). Према циљу који треба да остваре, санкције се деле на *рејтрибутивне* (одмазда) и *реситиутивне* (преваспитавање, накнада штете, повраћај у пређашње стање), а према томе да ли се примењују према лицима или актима, на санкције према лицима и санкције према актима.

Санкције *према лицима*, одређене према врсти и степенима кривице, деле се на *умишљај* (тежа кривица, *dolus*) и *нехатај* (лакша кривица, *culpa*). Такође, оне могу да се разврстају на санкције за кривична дела (казне: смртна казна, казна затвора, конфискација имовине, итд); санкције за имовинске, грађанске деликте

³⁰⁴ Исто, стр. 216.

(имовинске казне: накнада штете, повраћај у пређашње стање); санкције за дисциплинске прекршаје (дисциплинске казне, које се састоје у одузимању извесних права која потичу из службе); и, административне прекршаје (административне казне, сличне кривичним казнама). Пошто санкције према лицима представљају примену државне принуде, оне морају да буду ограничене, сразмерне, тачно одређене и специфициране. То посебно важи за кривичне санкције, јер се њима одузимају најважнија људска добра. Зато се у кривичном праву примењује начело према коме санкција не може да се примени за дело које није унапред одређено законом, нити за дело чија санкција такође није унапред и тачно одређена законом (тзв. *начело лејалијетета* у кривичном праву).

Постоје правне области у којима санкција не може да испуни наведене услове (у међународном праву рат представља најтежу санкцију, али рат може да добије и онај ко је повредио међународно право; или, у унутрашњем праву, норме које садрже санкцију која се односи на суверена, али нема ко да је примени). За разлику од таквих норми, које имају санкцију али она не може да се изврши, постоје норме које уопште немају санкцију. Такве норме нису правне, већ политичке, религиозне, моралне или неке друге (природне облигације, које могу пуноважно да се испуне, али без права на тужбу; *leges imperfectae*, закони без санкције; *lex mercatoria*, норме међународног трговачког права).

Савремена права познају разлоге који ослобађају од кривице, какви су *случај* (*casus*, кад штетна радња није скривљена умишљајем или нехатом), *заблуда* (*error*, кад се штетна радња чини погрешним увиђањем), *виша сила* (*vis maior*, кад је лице неотклоњивом силом спречено да изврши своју обавезу), *нужна одбрана* (кад лице одбија истовремени и противправни напад од себе или других), *крајња нужда* (кад лице чињењем штете од себе и других отклања истовремену и нескривљену опасност) и *чињење штете уз њисањак оштећеној* (кад оштећена особа пристане на штету која је правно дозвољена, морално прихватљива и односи се на добра којима оштећени располаже).³⁰⁵

Санкције према њравним акцима састоје се у њиховом њонишњавању. Према степену незаконитости, овим санкцијама се акти ниште или руше. У случају ништавости, по службеној дужности се поништавају све правне последице незаконитог правног акта, и то од дана његовог доношења. У случају рушљивости, заинтересованим субјектима је остављена слобода да сами одлуче хоће ли или не да захтевају санкционисање таквог незаконитог акта, и ако то учине, изречена санкција дејствује само од тренутка његовог поништавања. Кад се пак ради о незаконитим материјалним актима, људским радњама, примена санкције има за последицу враћање у пређашње стање које је постојало пре извршеног прекршаја.

³⁰⁵ Видети: N. Visković, стр. 164-165.

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

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

Као што је поменуто, претпоставку диспозиције садрже само условне норме, опште или појединачне. Кад 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, кад норма прописује да мушкарци која наврше шездесет пет година живота или четрдесет година радног стажа стичу право на пуну старосну пензију, онда се претпоставка диспозиције састоји у навршених шездесет пет година живота или четрдесет година радног стажа као услова за примену диспозиције. То важи и за појединачну норму (ако Јанко наследи имовину већу од десет милиона динара, дужан је да плати тачно одређен новчани износ према важећој пореској стопи). Као што може да се примети, претпоставком диспозиције се одређује догађај који још није наступио, али који је могућ, вероватан или чак неизбежан. Дакле, да би за субјекта наступила обавеза да поступа по диспозицији, тај догађај мора да се оствари.

Претпоставка може да буде мање-више јасна или нејасна, одређена или неодређена. Кад 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, његова слобода одлучивања је већа.

Претпоставка санкције. Претпоставка (хипотеза, услов) санкције садржи опис прекршаја диспозиције (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 само описује извесну чињеницу, понашање, док сама не одређује никакво понашање. Зато ни она нема нормативан карактер.

Претпоставка санкције није исто што и сам прекршај, деликт. Претпоставка санкције је нужан део сваке правне норме. Она је спона диспозиције и санкције, док је прекршај, деликт, део стварности, чињеница која се налази изван норме, тј. последица кршења норме. Он се састоји у понашању које је супротно понашању које се захтева у диспозицији правне норме. Као такав, он је негација диспозиције и услов за примену санкције.³⁰⁶

³⁰⁶ Видети: Р. Лукић, стр. 204 и 214.

5. Врсте правних норми

Правне норме могу да се разврстају према различитим мерилима.

Према степену уопштености, правне норме се деле на апстрактне и конкретне. *Апстрактне* норме регулишу унапред неодређен број случајева на такав начин да је за њихову примену потребна конкретна норма (на пример, норме којима се одређују начела правног и друштвеног поретка). *Конкретне* норме, пак, могу непосредно да се примене, било да су опште (свако је дужан да плати порез на наследство), било појединачне (Јанко је дужан да плати порез на наследство).

Према томе да ли садрже претпоставку диспозиције или не, тј. да ли су одређени услови за њихову примену, правне норме се деле на условне и безусловне. *Условне* норме се доносе за ситуације које тек треба да наступе. У њима се предвиђа један или више услова за примену диспозиције. И тек кад се ти услови испуне, норма може да се примењује. *Безусловне* норме, пак, доносе се за ситуације (стање, догађај) које већ постоје, због чега такве норме могу одмах да се примене.

Према обиму и кругу субјеката на које се односе, правне норме се деле на опште (генералне) и појединачне (индивидуалне). *Опште* норме се односе на унапред неодређен број субјеката и ситуација (сви грађани су дужни да плаћају порез; свако је дужан да служи војску; родитељ је дужан да васпитава децу, итд). Њихову општост, подржава њихова сталност, тј. трајност, што значи да се једном примењена општа норма односи на све описане субјекте или случајеве док они постоје. *Појединачне* норме се односе само на један тачно одређен случај, који се у норми тачно именује (Јанко је дужан да плати порез од 5.000 динара). Али, појединачна норма постоји и кад се односи на више лица или случајева, под условом да се тачно именују таква лица или такви случајеви. Појединачне норме морају да буду сагласне са општим нормама.

Према степену слободе односних субјеката, тј. према степену одређености, правне норме се деле на *апсолутно* и *релативно* одређене, а ове последње на норме са *неодређеним појмовима*, *алтернативне* норме, норме с *дискреционом влашћу* и *диспозитивне* норме, о којима је било речи у делу о врстама диспозиција.

Према начину на који је заповест у норми формулисана, правне норме се деле на *наређујуће*, *забрањујуће*, *овлашћујуће* и *декларативне*, о чему је такође било речи.

Према предмету регулисања, правне норме се деле на *уставне*, *имовинске*, *радне*, *ујавне*, *штитачке*, *кривичне*, *процесне*, итд.

Према правној снази којом располажу, правне норме се деле на *више* и *ниже*.

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

Према територијалном важењу, правне норме се деле на *генералне* и *партикуларне*.

Према правцу деловања у времену, правне норме се деле на норме са *активним* и *регресивним* снајом. Итд.³⁰⁷

6. Повезивање правних норми

Правне норме се међусобно повезују према утврђеним правилима у јединственој целини коју називамо правни систем и поредак. То се чини према тачно утврђеним правнотехничким начелима која изражавају темељне вредности датог система права. Прво начело, *начело кохерентности*, изражава потребу система права да буде што је могуће више усклађен као целина, са што мање антиномија, празнина и неодређености, тј. комапактан. *Начело јединствености* допуњава претходно начело, посебно кад је засновано на традицији римске јуриспруденције и каснијег европског континенталног права, јер оно тежи ка постизању садржинског заокруживања права. Најзад, *начело одређености* састоји се у потреби да више и општије правне норме буду што јаснија и прецизнија подлога за доношење нижих и мање општих норми.

За повезивање правних норми посебно је значајно разликовање апстрактних од конкретних, општих од појединачних и виших од нижих норми. Исто тако, значајно је и разликовање државних од аутономних и мешовитих норми. На тај начин се између наведених врста норми успоставља логичан и хијерархијски уређен однос. Он се састоји у томе што се апстрактним нормама постављају начела целокупног правног система и поретка, која се даље разрађују конкретним (општим и појединачним) нормама, стварајући и одређујући на тај начин услове за примену права. Исто тако, општим правним нормама се унапред прописују једнака правила понашања за све субјекте права, док појединачне норме та општа правила даље разрађују и примењују у појединачним, конкретним случајевима. На тај начин, апстрактна норма служи као подлога општој, а општа норма као подлога појединачној. Такође, и саме опште норме се разврставају на више и ниже, појављујући се као подлога нижим општим правним нормама. Уз то, опште норме су увек „више” од појединачних, које су у односу на њих увек „ниже”. И обратно, појединачне норме не смеју да противрече општим, ниже опште вишим општим, све до апстрактних норми, на којима се заснивају правни систем и поредак.

Да би била одржана сагласност међу нормама, успоставља се једна врста чврсте хијерархије између њих. Највише и најважније су државне правне норме, посебно оне којима се уређују политички односи власти и државна организација. Такве норме се налазе у највишим или најважнијим правним актима (уставима, законима, уредбама, итд.). Тек затим своје одговарајуће место заузимају аутономне и мешовите државно-аутономне правне норме, посебно оне којима се уређују економски и пословни односи (колективни уговори, статут, уговори, итд.). И, на крају,

³⁰⁷ Видети: Г. Вукадиновић, стр. 114-117. и N. Visković, стр. 172-176.

појављују се појединачне државне и аутономне норме (управни и судски акти или правни послови), којима се регулишу конкретни животни односи. На тај начин, обезбеђује се да појединачне норме проистичу, извиру из општих, тј. да се доносе према општим нормама, индивидуализујући их и омогућавајући њихову непосредну примену. Али, од тог правила постоје изузеци. Наиме, неке опште норме могу да се примењују непосредно, без појединачних норми, док неке појединачне норме могу да се доносе без ослонаца на општу норму (у случају правне празнине). Сходно томе, систем и поредак правних норми није исти, већ различит. Он може да буде сасвим једноставан, обично састављен из једне опште и једне појединачне норме, или само из опште норме, кад она може непосредно да се примени, или, пак, само из појединачне норме, у случају правне празнине. Али, правни систем и поредак су увек неупоредиво сложенији, састојећи се из готово неизмерног низа апстрактних и конкретних, општих и појединачних, виших и нижих норми, које самостално или заједнички доносе државни и друштвени субјекти.³⁰⁸

Други одсек ВАЖЕЊЕ ПРАВНИХ НОРМИ

Правне норме важе на различите начине. Најважније је њихово просторно и временско важење, иако неки писци (Келзен) сматрају да материјално и персонално важење имају предност над просторним и временским.³⁰⁹ Поред наведених, постоји формално, вредносно и етичко важење правних норми. Док прве четири врсте имају практични значај, дотле последње две имају теоријски значај.

1. Важење правних норми у простору

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 простора, постоји право које важи на простору конкретне државе. И, пошто је универзално право сдружених народа у настајању, а право општина и месних заједница под влашћу државе, произилази да су по правним нормама неке државе непосредно обавезна да се понашају сва лица која се налазе унутар државног простора. То вреди и за ствари које се налазе на простору државе, јер се и на њих примењују норме државе, мање-више сагласно међународним и домаћим (и локалним) нормама. И, у томе се данас састоји начело просторног важења правних норми. Оно важи независно од тога да ли се простор државе смањује или увећава.

³⁰⁸ Видети: Р. Лукић, стр. 218-219.

³⁰⁹ Х. Келзен, *Општа теорија државе и права*, стр. 95.

Некад, у старом и средњем веку, владало је начело персоналног важења норми. Сходно томе, сматрано је да свако лице има дужност да примењује право своје државе, без обзира да ли се налази у њој или не. То начело је данас претметнуто у своју супротност, чиме је просторност (или, како се обично каже, територијалност) превагнула над персоналношћу, а територија над држављанством. Наравно, тиме нису решени проблеми са којима се сусрећу домаћи држављани и странци, а поготово лица без држављанства. Тим важним правним проблемима „сукоба закона” (у ствари сукобима различитих правних система и поредака), од чијег решења зависи судбина појединаца или чак читавих друштвених група, бави се једна посебна правна дисциплина: међународно приватно право, поред уставног или управног права.³¹⁰

Од сложеног проблема важења правних норми у простору, треба разликовати проблем *важења права у праву*.³¹¹ То је замишљена просторна димензија у којој се одвија правни метасвет, то најновије интелектуално средиште ове информатичке цивилизације. Та мање-више необична просторна димензија, тиче се нечег сасвим обичног: да право може да постоји чак и у виртуелном простору, без физичког простора. Такву могућност важења права потврђује све већи обим електронског пословања виртуелних компанија, сличних организација или појединаца, али и стварање виртуелних држава, какав је случај са тзв. „виртуелном Југославијом”, која је пре неколико година бројала око педесетак хиљада својих такође виртуелних држављана. Дакле, право не важи само у физичком простору (државна територија), већ и само поседује свој виртуелни простор.

2. Важење правних норми у времену

Правне норме не важе само просторно, већ и временски. Можда је та димензија важења правних норми још изазовнија и важнија од просторне димензије важења права. И у овом случају треба разликовати право у времену од времена у праву.³¹²

Важење права у времену односи се на еволуцију и примену права кроз време. Наиме, неки правни односи настају, мењају се, нестају, итд. За разлику од њега, *важење времена у праву* представља изванредно важну хронометријску и хронолошку правну категорију. Тачно одређено 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.).

Време у праву може да се посматра и другачије, са становишта активног и ретроактивног важења норми, њиховог збирног и појединачног важења или важења

³¹⁰ Видети: Р. Лукић, стр. 307-308.

³¹¹ J. L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Paris, 1985, стр. 115-139. (наведено према: Г. Вукадиновић, Р. Степанов, стр. 348).

³¹² Г. Вукадиновић, Р. Степанов, стр. 349.

у зависности од тога да ли је реч о општим и појединачним или условним и безусловним нормама.

Правило је да нормe важе активно, и то у будућности (*pro futuro*), док је изузетак да важе уназад (ретроактивно).

Активно важење норми може да се посматра збирно (са становишта правног система и поретка) или појединачно. Кад је реч о *збирном важењу* норми у времену, може се запазити да правни систем и поредак важе и обавезују односне субјекте на основу своје ефикасности. А систем и поредак су ефикасни кад се у већини случајева примењују. Том приликом, условне нормe које улазе у састав правног система и поретка, могу да важе чак и кад се не примењују. Довољно је да оне улазе у састав система и поретка који су ефикасни. С друге стране, правни систем и поредак нестају на исти начин, кад престану да буду ефикасни. Њиховим нестанком, престају да важе правне нормe које улазе у њихов састав. Тај тренутак, кад нови поредак смењује стари, назива се *формалној правна револуција*. Она није повезана са социјалном и политичком револуцијом, иако се обично изводи у току или непосредно по окончању социјалне или политичке револуције. Сходно томе, формалноправна револуција је готово увек последица, а не узрок социјалне и политичке револуције. Кад је реч о *појединачном важењу* правних норми у времену, за сваку конкретну општу норму мора да се одреди време њеног важења. И том приликом треба разликовати два временска тренутка: време кад норма почиње да важи, тј. кад ступа на снагу, од времена кад норма престаје да важи. Те тренутке је много теже утврдити кад је реч о неписаном праву.³¹³

Тренутак кад норма почиње да важи, тј. *стипулање на снагу* опште или појединачне правне нормe, значи да од тренутка доношења нормe сваки субјект на кога се она односи мора ту норму да примењује под претњом примене санкција. Тренутак ступања на снагу, с друге стране, може да буде означен у самој правној норми или уопште, за све правне нормe или њихове врсте, при чему се одређује још један временски рок (од тренутка доношења до тренутка ступања на снагу) који служи за упознавање субјеката са садржајем нормe (*vacatio legis*). Време ступања на снагу појединачних норми се најчешће одређује у појединачном правном акту. Сходно томе, норма ступа на снагу, тј. почиње да важи, од тренутка њеног изгласавања или изрицања, или од тренутка њеног објављивања или уручења односном субјекту, тј. адресату нормe, или након истека рока (обично 15 дана) од објављивања или уручења, или, пак, повратно, тј. ретроактивно, од неког времена пре њеног доношења. У развијеним правним системима, правне нормe редовно ступају на снагу, тј. почињу да важе, тек истеком рока, док у осталим случајевима нормe изузетно ступају на снагу.

Од правила да правне нормe важе у будућности, како је речено, постоји изузетак: кад норма важи ретроактивно. Ту је реч о изузетку од правила да је најранији тренутак кад норма ступа на снагу тренутак њеног доношења, јер су у том случају нормe обавезне за односне субјекте и пре него што су донете.

³¹³ Видети: Р. Лукић, 309-313.

То се назива *ретроактивном (повраћном) снагом правне норме*. Она значи да се на понашање субјекта које је регулисано нормом која има повратну снагу примењује санкција те норме, уколико субјектово понашање представља њен прекршај. Речју, ретроактивна снага правне норме значи 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 каснијим нормама којима је дата повратна снага. Ипак, и ту постоје извесна ограничења. Пре свега, норма која има повратну снагу може да се примени само под условом да примена правних норми није потпуно окончана, тј. да правни акти нису постали правоснажни. Затим, правне норме не могу да имају ретроактивну снагу, осим кад је то у њима изрично одређено. И, најзад, дејство таквих норми за односне субјекте мора да буде повољније од дејства претходне норме по којој су се понашали (на пример, ако је неко осуђен по ранијој норми, он новом нормом с повратном снагом може да буде ослобођен, али не може новом нормом с повратном снагом да буде кажњен неко ко се понашао у складу са претходно важећом нормом).³¹⁴ Из реченог јасно произилази зашто није оправдано давати правним нормама ретроактивну снагу, јер то обично значи кажњавање субјекта који се понашао у складу са претходном нормом. Зато ретроактивну снагу нормама треба давати само изузетно. Чак и кад постоје озбиљни разлози за то, треба водити рачуна да се у најмањој могућој мери угрози правна сигурност. Ретроактивна снага се најчешће даје оним нормама којима се попуњавају правне празнине.

Много је теже одредити *иренуишак кад норме престиају да важе*, јер се тај тренутак не одређује увек јасно у норми. Он зависи од тога о којој је врсти правних норми реч. На пример, безусловна норма престаје да важи чим је примењена, а кад то није случај, чим је овлашћени субјект укине. Кад је реч о условним нормама, које дуго трају, оне престају да важе или нестанком друштвеног односа који су регулисале, или изричним укидањем од стране овлашћеног субјекта, или пак прећутним укидањем. У овом трећем случају, примењује се правило да једна норма важи све док не буде укинута новом правном нормом исте или веће правне снаге, односно да се стара норма укида кад нова норма исте или веће правне снаге има супротну садржину (*lex posterior derogat priori*). Исто тако, примењује се правило да општа норма не укида посебну, док посебна укида општу (*lex specialis derogat legi generali*), чак и кад је временски старија од ње. Наведена и њима слична правила постоје због тога што право има потребу да се прилагоди животу, како би се знало каквим овлашћењима и обавезама располажу односни субјекти. Али, и ситуације које дуго трају а не одговарају праву, морају да му се прилагоде, јер се у противном овлашћења и обавезе губе. Сходно томе, правне норме престају да важе или изричитим укидањем (кад се донесе нова норма у којој се каже да стара норма више не важи), или прећутним укидањем (кад се донесе нова норма исте или више правне снаге која уређује исте односе на другачији начин од старе норме, с тим што се у

³¹⁴ Видети: С. Перовић, *Ретроактивност закона и друћих оишћих акаћа. Теорија сукоба закона и времена*, Београд, 1987.

новој норми не каже да ли стара норма важи или не, *derogatio*), или истеком времена (кад је оно одређено), или укидањем због дуготрајног непримењивања нормe (њеног заборавa, на пример избочице, *deseutudo*) или, пак, револуционарним укидањем целокупног система правних норми.

3. Персонално, системско и друге врсте важење правних норми

Поред простора и времена који се користе за утврђивање важења правних норми, постоје и друга мерила на основу којих такође може да се одреди њихово важење. Међу њима посебно место припада персоналности и системности као мерилима.

Персонално важење правне норме односи се на шири или ужи круг субјеката (адресата) права. Најшире персонално важење имају међународне норме које су упућене целокупном човачанству или неком његовом делу, свим или само неким државама (на пример, норме садржане у Повељи УН или резолуцији Савета безбедности). Веома широко персонално важење имају правне норме које се односе на све становнике неке државе (на пример, уставне норме или норме кривичних, имовинских и других закона). Уже важење, пак, имају опште правне норме које се односе само на неке категорије грађана (на пример, норме које се односе на јавне службенике, пензионере, ђаке, итд). Најуже персонално важење, пак, имају појединачне правне норме (указ, пресуда, решење, правни посао). Од тога постоје два изузетка: норме у судским прецедентима и норме које се односе на особе са дипломатским имунитетом.³¹⁵

Системско важење правне норме зависи од места норме у систему права, као и од њених веза са другим нормама. Сходно томе, нижа норма налази основ свог важења у вишој норми, која је њен извор. Као таква, нижа норма мора да буде у складу са том вишом нормом, али и са свим другим од себе вишим правним нормама (Келзен). С друге стране, пошто систем права представља једну логички сређену, кохерентну целину, то се важење норме не одређује само на основу њених вертикалних веза са другим нормама, већ и на основу хоризонталних и дијагоналних веза између ње и свих других позитивних норми.³¹⁶ О тим везама ће посебно бити речи у делу о логичком и систематском тумачењу.

У правној теорији се такво важење норме назива њеним *формалним важењем*, за разлику од њеног *материјалног важења* које се изводи из делотворности (ефикасности) норме (а не из врсте друштвених односа који су предмет регулисања, како може да се прочита), *вредносног важења* које се изводи из праведности норме и *еџичког важења* које се изводи из исправности норме.³¹⁷ На тај начин се теоријски истиче условљеност важења правне норме њеном делотворношћу, праведношћу и исправношћу, чиме се уједно потврђује и учвршћује њена формално обавезујућа снага у систему права.

³¹⁵ N. Visković, стр. 199.

³¹⁶ X. Келзен, стр. 94-96.

³¹⁷ N. Visković, *истио*.

II глава ПРАВНИ АКТ

Појам и обележја правног акта. Карактеристични случајеви неслагања унутрашњег правног акта и његовог спољног израза (грешка у изражавању, заблуда, превара, принуда). Начини доношења правних аката. Појам и елементи форме правног акта. Појам и елементи материје (садржине) правног акта. Три значења извора права. Врсте извора права: материјални (различити узроци и чиниоци), вредносни (друштвене и правне вредности; природа ствари као извор) и формални. Врсте формалних извора права: општи и посебни; државни, друштвени и мешовити; писани и неписани. Хијерархијска лествица извора права. Стварање формалних извора права. Техника и методи стварања права: општи и посебни, спонтани и свесно-плански. Поступак свесно-планског стварања. Номотехника и законодавни поступак. Општи појам и главна значења закона као извора права. Устав (појам и врсте: писани – подарени и које доноси уставотворна скупштина, неписани; чврсти и меки, уставна декларација). Законик. Обични, посебни и специјални закони (уставни закон, основни, општи, органски, специјални, административни). Закони који то нису: буџет, пословник о раду скупштине, уредбе са законском снагом. Слично-сти и разлике између устава и закона (и подзаконских прописа). Законодавни поступак. Подзаконски општи правни акти и подзаконски прописи (појам и врсте; уредба). Акти друштвених организација (појам, врсте и основ важења; врсте аутономног права: црквено и социјално). Уговор (појам и врсте: државни, недржавни и мешовити, ратификација уговора). Обичај (појам и врсте, начин санкционисања, кодификација обичаја, уставни и судски обичај, избочијање) и обичајно право (појам, претпоставке, развој и обележја). Судска пресуда (судски прецедент). Судска пракса и пракса других органа. Правна наука (правне формуле). Појам правног акта у формалном и материјалном (садржинском) смислу. Појам појединачног правног акта. Потпуни и непотпуни појединачни правни акти. Указ, управни акт, правни посао и судски акт.

Први одсек ОПШТИ ПОЈАМ ПРАВНОГ АКТА

1. Појам и обележја правног акта

За разлику од правне норме, као правила снабдевеност државном санкцијом, правни акт се обично одређује као *психички акт*: изјава воље или разума, или истовремено воље и разума, која је супротстављена материјалној људској радњи, телесном акту. Он се састоји у доношењу извесне одлуке која или садржи извесну норму (правило о понашању), или представља услов за примену неке друге норме. У првом случају, реч је о општим правним актима, тзв. изворима права, а у другом о тзв. појединачним правним актима.³¹⁸

Пошто правни акт није телесни, већ психички акт, он је увек *унутрашњи акт воље и разума*. Као такав, он није непосредно сазнатљив, какав је случај са

³¹⁸ Видети: Р. Лукић, стр. 220-227; Г. Вукадиновић, стр. 119-124. и N. Visković, стр. 176-178.

телесним актом. Уз то, он је, као и све психичке појаве *крајкоћрајан*, пошто се психички доживљаји брзо смењују један за другим. С друге стране, пошто је правни акт унутрашњи, непосредно несазнатљив и краткотрајан акт воље или разума, да би се он учинио трајним и доступним другима, потребно је да буде *материјализован*. За то се користе различита средства која треба споља да га изразе. Та средства сачињавају спољни израз правног акта. Сходно томе, сваки правни акт се састоји из два елемента: унутрашњег, психичког акта, и његовог спољног изрази, материјализације, при чему у практичном правном саобраћању примећујемо само његов спољни израз (ако је акт усмен, он се чује; ако је писан, он се чита, итд). Ипак, сам спољни акт није прави акт, како би могло да се помисли, већ само средство да се изрази прави, унутрашњи акт. Он то мора верно да чини, јер се у противном појављује проблем неслагања унутрашњег, правог правног акта са његовим спољним изразом.

Правна наука је одавно уочила карактеристичне случајеве тог неслагања. Најједноставнији случај неслагања спољног изрази с унутрашњом суштином правног акта представља *ћрешка у изражавању* (кад се у уговору напише 1.000 уместо 100 динара, или кад сведоци усменог тестаментa нетачно изјаве како гласи тестамент).

Други случајеви неслагања нису тако једноставни. Први такав случај представља *заблуда*, која постоји кад субјект доноси акт сматрајући да су чињенице на основу којих га доноси друкчије, и то у толикој мери да он, кад би знао какве су оне стварно, никад не би донео такав акт (на пример, кад се склопи уговор са малолетним лицем). Други такав случај представља *ћревара*, која постоји кад је погрешна процена доносиоца акта изазвана намерном делатношћу другог лица (на пример, кад се неко лажно представља). И, најзад, трећи такав случај представља *ћринуда*, кад се физичким или психичким средствима, или само њиховом претњом, тако делује на доносиоца да он донесе акт какав не жели (на пример, разбојништво). Ту, у ствари, не постоји неслагање унутрашње воље са њеним спољним изразом, већ само неодржива сила или претња њоме, због чега лице прихвата оно што неће.

Случајеви заблуде, преваре и принуде право предвиђа, одређујући ко све може да покрене поступак за проглашење таквих аката непостојећим. Исто тако, право предвиђа и мере да се одстране наведени узроци неслагања (да би се избегла заблуда, формом правног акта се предвиђа 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 или душевно болесно). Истовремено, против превараната или силеција примењују се одговарајуће оштре санкције, док се приликом доношења важних аката одређује поступак којим се утврђује да ли има или не принуде или преваре (на пример, приликом закључења брака будући супружници се питају да ли су принуђени на закључење брака). По правилу, увек треба допустити могућност да се докаже има ли или не наведених неслагања, укључујући ту и начин на који унутрашњи правни акт може да се сазна.³¹⁹

³¹⁹ Видети: Р. Лукић, стр. 222.

2. Доношење правних аката

Правни систем и поредак по правилу сами уређују своје стварање. Та њихова особина, навела је правне писце да уоче или истакну њихову способност „саморегулисања”. И, збиља, правне норме се стварају правним актима, док се доношење правних аката регулише неким другим претходним правним актима. На тај начин, претходни, виши правни акти одређују доношење каснијих нижих правних аката.

Од правила да виши правни акти одређују доношење каснијих нижих правних аката постоји само један изузетак. То је доношење првог устава, које је правно сасвим слободно, јер се њиме успоставља целокупан правни поредак. Као такав, први устав представља формалну основу из које настаје читава зграда правних аката са нормама, иако се сам не ослања ни на какву формалну основу, јер је први. Међутим, сви каснији уставни се ослањају на претходни устав, чиме се обезбеђује правни континуитет. С друге стране, нижи правни акти се доносе на различите начине, тј. њихово доношење се регулише на основу виших аката. Том приликом, доношење важних правних аката је подробно регулисано, а свих других овлашћено. У ствари, како ће неки акт да буде регулисан, то зависи од читавог низа најразличитијих околности.

Описаним начином регулисања властитог стварања, од врха до дна, правни систем и поредак обезбеђују своје јединство, тј. обезбеђују да сви акти и све норме који га чине буду међусобно сагласни, дејствујући сложено у истом правцу ка испуњавању своје друштвене функције. Стога, кад се каже да право регулише доношење својих правних аката, то значи да се тиме уређује и њихова садржина, а не само поступак доношења. На тај начин, регулишу се „оба битна елемента сваког правног акта – тзв. његов облик (форма), као и његова садржина” (материја).³²⁰

3. Облик и садржина (нормативног и материјалног) правног акта

Облик правног акта представља скуп материјалних чинилаца и начина помоћу којих се акт ствара и испољава. Он је строже одређен, него кад је реч о садржини правног акта, где је слобода стваралаца права већа. Том слободом у погледу садржине може да се објасни потреба за доношењем нижег акта, јер вишим актом не може довољно подробно да се одреди садржина.³²¹

Облик *нормативног правног акта* састоји се из три елемента: надлежности субјекта за његово доношење, поступка доношења и материјализације акта, како би други субјекти акт могли да сазнају.

Надлежност за доношење правног акта представља овлашћење државних органа и недржавних субјеката да доносе одређене акте. Који ће субјект бити надлежан за доношење одређеног акта, то зависи од многих околности које утичу на правилну расподелу надлежности међу њима. Правило је да се

³²⁰ Исто, стр. 223.

³²¹ Исто, стр. 224-227.

надлежност даје оном субјекту за кога се сматра да ће акт да донесе на најбољи начин. Уз то, субјекти којима је извесна врста аката стављена у надлежност, често се специјализују за њихово доношење. То је посебно случај са главним државним органима (законодавним, извршно-управним и судским). Па ипак, изузетно, неки субјект може да буде овлашћен да доноси и такве акте за које није специјализован (кад управни орган има надлежност за доношење судског акта). *Поступак* по коме се акт ствара састоји се из низа конкретних радњи које имају за циљ да обезбеде да акт буде донет на најисправнији начин (после саслушања субјекта, контрадикторне расправе, итд). На тај начин, поступком може да убрза или успори доношење акта, омогући прикупљање неопходних чињеница или спечи субјективни утицај приликом доношење акта. Кад поступак није унапред одређен, он је слободан. *Материјализација* акта састоји се како у телесној радњи којом се акт споља изражава, тако и из материјалног средства помоћу ког 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 (покретима). Кад је реч о материјалном средству, које мора да буде чулно, лако опазиво и што трајније, оно се тако изабира да важнији акти дуже трају (хартија, пергамент, камен, бронза, глина, светлосна, звучна или ликовна порука) од мање важних аката. На тај начин, обезбеђује се да акт тачно, било где и било кад, сазнају сви заинтересовани субјекти, а не само у тренутку његовог доношења или материјализације (кад је изречен или изведен).

Садржина нормативној правној акти, пак, састоји се из два елемента: главног и споредног. *Главни* елемент сачињава сама изјава воље или разума. Она изазива одређене правне последице, тј. доводи до настанка, промене или нестанка извесних права и обавеза. И што је још важније, према главном елементу садржине, сви правни акти се деле на опште и појединачне. *Споредни* елемент садржине правног акта представља само *означавање* акта (о којој је врсти акта реч, који га субјект доноси, правни основ доношења, место и време доношења, а често и поступак по коме се акт доноси, циљ због кога се доноси, потписи одговарајућих органа, печати, итд). Без споредног елемента било би заиста тешко знати да ли је дотични акт уопште правни акт, као и његово дејство.

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

Кад је реч о облику *материјалној правној акти*, он има само два елемента: надлежност субјекта и поступак. Трећи елемент, материјализација, који постоји у нормативном правном акту, овде не постоји. Том приликом, одређивање надлежности и поступка 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 препуштају аутономији воља.

Посебно су подробно регулисани акти примене физичке принуде, како би се обезбедила законитост рада државних органа и заштитиле грађанске и људске слободе и права.

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

4. Формални и садржински појам правног акта

Сви нормативни и материјални акти који имају исте елементе облика припадају истој врсти правних аката, какав је случај и са свим актима који имају исте елементе садржине. Сходно томе, за сваки нормативни и материјални правни акт могу да се створе два његова појма: формални и материјални.

За одређивање формалног појма нормативног и материјалног правног акта најважнији елемент је надлежност субјекта, а тек затим поступак. Стога у исту врсту правних аката у формалном смислу спадају сви акти за чије је доношење према истом поступку надлежан исти субјект (на пример, кад парламент доноси законе према одређеном законском поступку или кад саобраћај као овлашћено службено лице регулише саобраћај на раскрсници). Кад то није случај, тј. кад исти субјект доноси два различита акта (на пример, кад поред закона парламент доноси устав или свој правилник о раду), или кад их доноси према различитом поступку (на пример, кад саобраћај регулише саобраћај или наплаћује казну), тад је реч о два различита акта.

Облик правног акта је увек подешен према његовој садржини, јер се надлежност субјекта, поступак доношења и материјализација одређују према садржини акта. И, што је неки акт садржински важнији, то је мање субјекта овлашћено да га доноси, док је поступак за његово доношење строжи, спорији, брижљивији, а средства за материјализацију трајнија и поузданија.

Правило је да сви нормативни и материјални акти који имају исту форму треба да имају исту садржину, тј. да њихови материјални и формални појмови треба да се подударају (закон је закон само кад је то у формалном и материјалном смислу или само саобраћај може да мандатно казни несавесног возача). Међутим, није увек тако (на пример, формални закон у садржинском смислу може то да не буде /закон о апанажи/). У том случају, ради се о формално или садржински неисправном акту (кад акт донесе ненадлежан субјект или кад је акт донет по друкчијем поступку, одн. кад је садржина акта супротна оној која је утврђена прописом). Због тога се за сваки прекршај прописа о форми и садржини правног акта примењују санкције према акту (поништавање), а често и према субјекту који је акт донео (казне).³²²

³²² Исто, стр. 223-227.

Други одсек ОПШТИ ПРАВНИ АКТИ (ИЗВОРИ ПРАВА)

1. Појам и врсте извора права

Реч „извор права” или „правно врело”, има фигуративно значење мале научне вредности. Ипак, оно није сасвим некорисно, јер сликовито дочарава начин на који се ствара право, као и основ његовог важења. Сходно томе, свака виша општа правна норма представља извор ниже опште правне норме (устав је извор закона, закон подзаконских прописа, итд). То је уобичајено правно значење, по коме извор права означава општи правни акт, тј. средство помоћу кога се изражавају материјални и вредносни извори права (*формални извор њрава* или извор права у формалном смислу). Међутим реч „извор права” користи се и у неправном значењу, при чему се једном подразумевају материјалне, друштвене чињенице из којих стварно настаје, „извире” право (*материјални извор њрава* или извор права у материјалном смислу), а други пут друштвене вредности из којих „извире” право (*вредносни извор њрава* или извор права у вредносном смислу).³²³

Материјални извор њрава је све оно што претходи праву, што изазива његов настанак и чини да право буде такво какво јесте. Тај најопштији појам материјалног извора различито се објашњава (било узроком који изазива стварање права: божја воља, природа, људски разум, објективно постојеће идеје, национални дух, међузависност људи у друштву, итд; било друштвеним чињеницама или околностима које под дејством тог узрока стварају право: држава, друштво, друштвене групе и организације, све до правне науке; било околностима под којима настаје и ствара се право, о чему ће посебно бити речи код формалних извора права).

Кад је реч о узроку који изазива настанак права, очигледно, тешко је одредити тај узрок или, можда, више њих истовремено, због чега тај проблем ни данас није решен. Слична је ситуација и са друштвеним чиниоцима који изазивају настанак права, тј. доводе до његовог стварања, јер тешко је оспорити да више чинилаца изазива настанак права, док то може да се оспори кад је реч о узроцима. Ипак, неспорно је да најважнији део модерног права ствара држава, а најбројнији друштвене групе, организације и појединци. Такође, и бројне околности утичу да право, већ одређено датим узроцима и чињеницама, буде баш такво, а не другачије. Али, тад и није у правом смислу реч о материјалним изворима, већ о облицима и начинима њиховог испољавања.

Вредносни (материјални) извор њрава има за циљ да осмисли и унапреди функцију државе и права у друштву. Он у ширем смислу обухвата све вредности које утичу на субјекте-ствараоце права (моралне норме, политичка начела, правна

³²³ Исто, стр. 228 и даље.

мишљења истакнутих правника, итд). У ужем смислу, пак, он се односи само на одређене друштвене или чисто правне вредности (правда, правичност, слобода, сигурност, једнакост, ред и мир, делотворност, целисходност, итд, о којима ће посебно бити речи у четвртом одељку). Наведене вредности, за разлику од формалних извора, немају обавезну правну снагу, јер не представљају саме правне норме, нити њихове специфичне садржаје. Међутим, могуће је да оне под одређеним условима постану обавезујуће за органе, добијајући на тај начин облик посебне правне норме, тј. формалног извора права.³²⁴

У правној науци се посебно разматра постојање једног посебног метаправног извора права, тзв. „природе ствари” (*rerum natura*), који у себи најчешће садржи и збирно изражава све наведене вредности. За његово одређивање је посебно важно да се утврде садржина и услови под којима он може да се примени у праву, о чему се и данас воде спорови међу правним научницима. Његово постојање, као и постојање појединих друштвених и чисто правних вредности, показује да само право није довољно да би се решили сви искрсли случајеви, као и да изнад позитивног права постоји природно право. Наиме, кад је позитивно право немоћно да само реши неки случај, тад се орган који тај случај треба да реши (на пример, суд) обраћа правди или некој другој вредности, настојећи да усклади општост и апстрактност правних норми са вредношћу правде, која у његовој одлуци мора да буде индивидуална и конкретна (правичност). Сходно томе, природа ствари може да се одреди као „скуп етичких, искуствених и прагматичких императива”³²⁵ који под одређеним условима постају извор права, надопуњујући, усавршавајући или замењујући правне норме. То начело, посебно присутно у англосаксонском праву, задржано је у правној теорији и пракси чак и онда кад је правни позитивизам одлучно почео да истискује природноправно учење.

2. 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. Сходно томе, постоје два његова значења. Кад се извором назива општи правни акт (на пример, устав или закон), што је уобичајено, тад је реч о *ојшћем* значењу формалног извора права. Кад се, пак, извором назива појединачни правни акт (на пример, судски прецедент или судска пракса) који дејствује као општи акт, тад је реч о *йо-себном* 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, и то независно од тога колико ће пута норма бити примењена. Ипак, и тад постоји јасна разлика између општег и посебног значења формалног извора права. У случају општег правног акта, норма може да

³²⁴ Видети: Ф. Тарановски, *Енциклопедија људских права*, стр. 192. и М. Јовичић, *Закон и законитост*, Београд, 1977, стр. 29-30.

³²⁵ Видети: В. Perić, *Struktura prava*, dio I, Zagreb, 1978, стр. 210-211.

се односи и на сличне случајеве, док се у случају појединачног правног акта норма односи само на истоветне случајеве.

Иако је могуће замислити поредак без икаквих извора права, сви иоле развијени правни пореци познају изворе права у формалном смислу. Али, који ће све извори права да постоје и како ће да буде уређен њихов однос, то зависи од бројних околности, а пре свега од ступња развијености друштвеног и правног поретка. По правилу, развијени пореци имају више извора права и мање правних празнина од мање развијених правних поредака, који имају мање извора права и више правних празнина. Њихово постојање обезбеђује остваривање важних правних вредности, а пре свих правне сигурности и једнакости, јер се доносе унапред (субјекти унапред тачно знају како гласе правне норме), и односе на све случајеве исте или сличне врсте (које стављају субјекте у једнак правни положај).

Различити формални извори права карактеристични су првенствено за два велика правна система Запада: европски континентални и англосаксонски. На европском континенту преовлађује писано право, и то пре свега закон као главни извор (почев од XVIII века), док је обичајно право потиснуто, а судски прецедент готово да уопште не постоји. У англосаксонском свету, пак, преовлађују обичај и судски прецедент. Међутим, и у англосаксонском праву све више јача улога закона и писаног права, док у континенталном праву закон постепено слаби у корист подзаконских прописа и судске праксе. На тај начин, долази до постепеног приближавања ова два велика правна система.

Поред карактеристичних, постоје извори права који се мање-више појављују у свим порецима, који су, дакле, најважнији. Већина њих постоји и у нашем праву. Они могу да се поделе у три врсте: *државни* (устав, закон, подзаконски прописи, итд), *друштвени* (недржавни, аутономни: спољашњи /обичаји, колективни уговори/ и унутрашњи /статут и друга унутрашња регулатива/) и *мешовити* (државно-аутономни, на пример, кад држава закључи уговор са неком међународном или домаћом трговачком организацијом). Међу њима, првенство имају државни извори права.

Сви формални извори права распоређени су према својој правној снази тако да се нижи акти заснивају на вишим, са којима морају да буду формално и садржински сагласни, с тим да *писани извори права* (које оличава закон) имају предност над *неписаним изворима права* (које оличава обичај). Пошто су писани извори много прецизнији од обичаја, то је у европском континенталном праву обичај потиснут, постајући од некадашњег главног извора права допунски (субсидијеран) извор, нижи од свих писаних извора. У англосаксонском праву, које не познаје хијерархију каква постоји у европском континенталном праву, пак, обичај је задржао своју снагу, равну снази писаних извора. Штавише, неки обичаји (у Енглеској) имају уставни карактер и снагу.³²⁶

³²⁶ Видети: Г. Вукадиновић, стр. 124-126. и даље.

3. Стварање формалних извора права

Ставарање права представља посебно важну делатност. Да би поредак постојао, потребно је да претходно буде створен, што се управо чини делатношћу стварања права. И тек кад је право створено, оно може да се тумачи и примењује, тј. да важи и буде ефикасно. (Том приликом, и у већ створеном праву стално се 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.) Стварање права је и веома сложена мислилачка делатност приликом које стваралац посебно мора да води рачуна о томе да буду обезбеђени јасноћа, прецизност и гипкост правних норми, без чега право не може ваљано да се разуме и примењује. Али, стварање права је и чисто техничка делатност, због чега може да се говори о посебној *техници стварања права*. Она има за циљ да проучи питања најбољих поступака за припрему и обраду правних аката.³²⁷

Сва наведена питања решавају се применом одговарајућих *оппортунитетних техничких метода стварања права* (спонтаног /без посебне свести и плана/ и свесно-планског стварања). За методе спонтаног стварања права карактеристично је да се право збиља ствара одређеним радњама субјеката, али без посебне свести о целини тих радњи, без посебног плана и организације, какав је случај са настанком обичаја или са изабраним судовима кад решавају појединачне случајеве. За методе свесно-планског стварања права, пак, карактеристично је то да је творац права познат. Он право ствара организовано, свесно и плански, унапред за конкретан случај или за цео низ случајева чије се наступање предвиђа. У првом случају, улога свести и плана је много мања, а у другом много већа.³²⁸ Том

³²⁷ Том приликом, техника стварања права треба да реши и многе друге проблеме. Најпре, она треба да реши који ће формални извори права да постоје (само општи, само појединачни или обе поменуте врсте), јер од њихових врста зависе основне техничке карактеристике датог правног поретка. Данас се уобичајен поступак стварања права састоји из истовременог стварања општих и појединачних норми којима се конкретизују опште правне норме. Друго питање које треба да реши техника стварања права јесте питање какве облике треба да имају опште и појединачне норме, односно какав треба да буде однос између писаног и неписаног права, однос између извора права и појединачних норми, итд. Одговори на та питања садржани су пре свега у искуствима европског континенталног и англосаксонског типа права. Па ипак, изгледа да право решење лежи у средњој мери и умешном комбиновању ових облика, што се већ дуго и чини у оба поменута типа права, и то тако да је између њих разлика много мања него што то може да се учини на први поглед. И треће питање које треба да реши правна техника своди се на уобличавање права давањем одговарајућег правног облика и на утврђивање норми и чињеница (видети: Р. Лукић, *Методологија права*, Београд, 1977, стр. 178-208).

³²⁸ Кад је реч о свесно-планском стварању права за цео низ случајева, припремни део претходи важнијем, главном делу у коме се право формулише. У припремном делу се прво одређују циљеви које правне норме треба да постигну у стварности, што се постиже коришћењем аксиолошког, социолошког и политиколошког метода. Затим се одређују узрочне везе циља и права чије је стварање у току, што се чини коришћењем социолошког и политиколошког метода, као и историјског и компартивног метода, кад су потребни, и то уз знатно учешће стручњака из различитих области наука. Кад узрочна веза не може поуздано да се одреди, користи се експериментални метод за подробно истраживање дејства правних норми на одговарајуће

приликом, пожељно је да творац користи „народни” а не „стручњачки” језик, јер ће на тај начин право да буде разумљивије. Најбоље је кад творац мисли сложено, а изражава се једноставно.

Методи свесно-планског стварања права прилагођени су мање-више карактеристичним врстама правних аката. Због тога може да се говори о различитим техникама стварања правних аката. Међу њима, посебно место припада *номојтехници*, тј. законској техници стварања права коју користи законодавац кад доноси законе или друге правне акте са снагом закона (закон, буџет и завршни рачун, друштвени и просторни план, одлуке, пословнике и закључке, смернице, декларације, резолуције, препоруке, итд).

Поред општих техничких метода стварања права, постоје и *посебни технички методи* свесно-планског стварања, какви су таксативни, примерични, казуистички, апстрактни, начелни и прецедентни.³²⁹

Таксативним нормирањем се наводе случајеви који су предмет правног регулисања, због чега се правни акт примењује тачно на случајеве који су у њему изричито наведени (на пример, ако су наведени случајеви 1, 2, 3 и 4, правни акт не може да се примењује на случајеве 5, 6, 7, итд). Таквим примерима нарочито обилује норме кривичног права. *Примеричним нормирањем* се у правном акту наводе најважнији примери на које се тај општи акт примењује. Том приликом, коришћењем аналогije, примена најважнијих наведених случајева се проширују и на случајеве који су им слични (на пример, ако су у акту наведени случајеви 1, 2, 3 и 4, такав акт може да се примењује и на друге сличне случајеве 5, 6, 7 или 8, али његова примена не може да се расплине и на све остале случајеве /10, 11, 12, итд/ који су у било каквој вези са примерично наведеним случајевима). О којим је случајевима тачно реч, то се накнадно утврђује тумачењем и применом права. Таквим примерима нарочито обилује грађанско право и уговорни део колективних уговора и уговора у предузећу. *Казуистичким нормирањем* се одређују случајеви који се у правним актима посебно наводе. То није ни таксативно, ни примерично нормирање, већ селективно нормирање

друштвене односе. Најзад, прелази се на одређивање главне садржине права, у чему правници имају значајну „редакторску” улогу. Одређивање главне садржине права захтева коришћење аксиолошког, социолошког и других поменутих метода, а посебно логичког метода. Логички метод се користи или за распоређивање главне садржине права у засебне целине, које су логички повезане и усклађене (делови, одељци, главе, одсеци, чланови, ставови), или за извођење нижих, конкретнијих из виших, апстрактнијих норми, коришћењем метода индукције и дедукције. После изведених припремних радњи, прелази се на главни поступак стварања, тј. на само формулисање правних норми. Формулисање се састоји у „давању правног облика” садржини као грађи, што је чисто правнички посао. Приликом формулисања права, творац претходно мора да одреди и прецизира свој језички и појмовни апарат, мора да замишља „обичне” људе, а не правне стручњаке, са циљем да правне норме буду разумљиве највећем броју људи на које се односе. Том приликом, користе се одговарајући методи за упознавање народа са правом. Кад је реч о обичајном праву, не могу да се предузму неке посебне мере. Кад је реч о писаном праву, оно се објављује у веродостојном тексту у посебним службеним издањима, штампом или на друге начине. После тога, непознавање права шкоди (видети: Р. Лукић, *истио*).

³²⁹ Видети: Ђ. Гатарић, *Стварање права*, Загреб-Бања Лука, 1991, стр. 105-122.

прилагођено одговарајућем циљу (на пример, кад се правни акт односи на изабране случајеве 2, 6 и 15, и само на њих, али не и на случајеве који претходе или следе за изабраним случајевима). Таквим начином нормирања користи се сваки правотворац кад жели да у акту посебно истакне оно што правно нормира. *Ајсџракијним нормирањем*, и то извлачењем заједничких обележја из низа конкретних случајева и истим таквим састављањем опште норме (тако да њом буде обухваћен читав низ конкретних случајева које је творац норме имао у виду, било да постоје или ће тек да се појаве), у правном акту се апстрактно одређују случајеви који потпадају под замишљен случај којим се обухвата читава категорија унапред неодређених сродних случајева (на пример, кад су у акту под опште наведени случај 1 подведени сви други случајеви 2, 3, 4, 5, итд, или под опште наведени случај 2 случајеви 4, 5, 6, 7, 8, 9, итд). Таквим начином нормирања се користи сваки правотворац кад доноси посебно важне акте. *Начелним нормирањем*, на исти начин као и апстрактним, одређују се случајеви у којима право има да се примени, али то се чини на још уопштенији начин (на пример, кад дође до примене случаја 1, под њега су подведени случајеви 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, а кад дође до примене случаја 2, случајеви 4, 5, 6, 7, 8, 9, итд). Таквим начином нормирања се посебно користе уставотворац и законодавац, иако оно постоји у колективним уговорима и статутима предузећа). *Прецедентним нормирањем* се на посебан технички начин ствара право. То значи да ако је извор прецедент 1, он треба да се примени на све друге будуће исте ситуације 1₁, 1₂, 1₃, 1₄, итд, и никако на друге ситуације (на пример, 2₁, 2₂, ... 15₁, 15₂, итд). У противном, мора да се примени други прецедент или неки општи правни акт, што значи да прецедентно правило не важи за друге опште врсте нормирања.

Поменути начини нормирања се користи сваки правотворац кад ствара право, с тим што ниједан метод, узет сам за себе, није довољан ако није конкретизован одговарајућим општим и посебним техничким методима. Општи методи сазнања права су сувише уопштени за примену, општи технички методи стварања права нису увек довољни, док су посебни технички методи сувише конкретни. Зато било који правотворац, саобразно природи метода, мора да их на исти такав начин користи жели ли да се створено право примењује.³³⁰

Трећи одсек

НАЈВАЖНИЈИ ФОРМАЛНИ ИЗВОРИ ПРАВА

У сваком иоле развијеном позитивном праву постоји велики број извора права. Данас се њихов број мери стотинама хиљада или чак милионима. Посебно је у англосаксонском праву велик број извора права, због судских прецедената и судске праксе (на пример, само је у САД 1960. године постојало више десетина милиона томова прецедената).

Најважнији извори права су: закони, државни акти нижи од закона, писани недржавни акти, судски прецеденти, обичаји и уговори, а у англосаксонском праву

³³⁰ Видети: Ђ. Гатарић, *Стварање права*, стр. 105-120.

још и судска пресуда, судска пракса и пракса других органа. Правна наука готово нигде није формални извор права, иако је то некад била, што значи да је данас њена улога другачија, а не мања.

У нашем праву најважније изворе права, поређане према њиховој правној снази и хијерархијском редоследу, представљају: устав, закон, државни акти нижи од закона, акти друштвених организација, уговори и обичај.

1. Закон

Закон представља најважнији формални извор права. Он је постојан део сваког правног система и поретка. Али, значење закона није постојано.³³¹

1.1. Општи појам закона

Реч „закон” (*lex, loi, Gesetz, diritto, legge*, итд) има више различитих значења.³³² Најстарији корени значења закона везују се за власт римског магистрата, јер је први историјски потврђен Законик XII таблица донет 449. године пре н. е у старом Риму. Кад се данас каже „закон”, тад се у праву обично мисли на три његова значења: у првом и *најширем*, закон означава свако писано или неписано правно правило уопште (у том смислу, и обичај, и судска пресуда, представљају закон); у *средњем*, закон означава све писане правне изворе, за разлику од неписаних (у том смислу, и владарске ордонансе представљају закон); и, најзад, у *најужем*, закон означава само онај писани извор који има највећу правну снагу, ако нема писаног устава, зато што га доносе законодавни органи по посебном поступку.³³³

Прво значење закона припада далекој историји, кад је све право изједначавано са законом, а друго позном средњем веку, кад закон добија истакнуто место захваљујући појачаној нормативној активности централизоване државне власти. Међутим, само треће значење је савремено, јер оно одређује закон као посебан општи правни акт, тј. извор права који је то у формалном и материјалном смислу. Кад то није случај, тад постоји неслагање форме закона са његовом садржином. Иако је то непожељно, право у неким случајевима допушта такво неслагање формалног са материјалним појмом закона.

Наведени појам закона као највишег правног акта вреди само кад не постоји посебан устав у формалном смислу. На пример, Енглеска је једина земља која нема формални устав, али, наравно, има устав у материјалном смислу. Једино се унапред тачно не зна које га све норме сачињавају. Кад Енглеска не би имала ни устав у материјалном смислу, тад не би ни постојала као држава, већ као географски простор насељен људима. Али, кад формални устав постоји, закон постаје највиши

³³¹ Видети: Р. Лукић, стр. 233-241, Г. Вукадиновић, стр. 96-106. и N. Visković, стр. 184-187.

³³² Ову стару српску реч познају сви словенски језици, и то из прасловенског доба племенских заједница, крајем старе и почетком нове ере. Тад је закон означавао „обичај”, „брак”, „завет”, „веру” или „вероисповест”. Поменута значења сачувана су у српским народним песмама и дијалектима.

³³³ *Истио*, стр. 233.

акт после устава, упркос томе што је устав настао из закона, због чега се и он може сматрати законом у ширем смислу речи. Најзад, поред устава као највишег закона и тзв. обичних закона, постоје законици, уставни, органски, основни или општи закони, као и посебни (специјални) закони, који општи појам закона још више усложњавају. Сходно томе, у готово свим савременим правним системима и порецима, успоставља се тростепена хијерархија и међу самим законима у ширем смислу, који се деле на највише (устав), ниже (уставни, основни, итд, закони) и најниже (обични и специјални закони). Наведена хијерархија је још сложенија у федерацијама, у којима истовремено могу да постоје све поменуте врсте закона (савезних и закона федералних јединица).

На основу реченог, може да се одреди претходни општи појам закона, полазећи од елемената форме и садржине (материје) правног акта. Закон у формалном смислу представља општи правни акт који доноси законодавни орган по законодавном поступку. Закон у материјалном смислу, пак, представља општи правни акт који садржи опште правне норме којима се уређује законска материја. На основу општег појма закона, може да се одреди појам устава, кодификације, посебно важних, обичних и специјалних закона.

1.2. Устав

Устав (*constitutio, costituzione, constitution, Konstitution, ustava*, итд) представља правни акт са највећом правном снагом, који се налази на самом врху хијерархијске лествице правних аката. Као такав, он је темељ целокупног поретка једне земље.³³⁴ Њиме се по правилу регулишу основна политичка и социјална права и слободе човека и грађанина, економски састав (својина, новац, тржиште, планирање, итд), као и сама државна организација.

Појам устава. Као и сви други општи правни акти, тако и устав може да се одреди у формалном и материјалном смислу. *Устав у формалном смислу* је највиши правни акт, који доноси или посебан уставотворни или обичан законодавни орган по посебном, уставотворном или посебном законодавном поступку. Он је настао из политичке потребе да се најважније правне норме о организацији државне власти, посебно норме о организацији највиших државних органа, формално истакну

³³⁴ Старословенска именица „устав”, стара десетак векова, у старосрпском језику писано посведочена прво почетком XIII века у једној исправи краља Стефана Првовенчаног, а затим и у даровници цара Душана средином XIV века, потиче од глагола „установити” као „поставити”, „установити”, „одредити”, у смислу „оно што је постављено, установљено, одређено”. Као такав, устав се прво односио на религиозну и црквену тематику, а тек затим и на световну сферу власти, преплићући се са законом. Данас се ова реч користи још само у чешком и словеначком језику, и то у женском облику „ustava”, док се други словенски народи служе интернационализмом „конституција”, од латинског „constitutio” (основ, темељ), као и други европски народи (у италијанском „constituzione”, у француском и енглеском „constitution”, у немачком „Konstitution”, итд). Карактеристичне изведенице из речи устав су: „установност”, „уставотворац”, „уставобранитељ”, „уставотворна скупштина”, „уставни закон”, итд.

као више и чврšће од законских норми.³³⁵ То се постиже или одређивањем посебног уставотворног органа за доношење устава (уставотворна скупштина) или, чешће, одређивањем посебног поступка (уставотворног или законодавног), који је готово увек тежи, сложенији и спорији од обичног законодавног поступка. На тај начин се обезбеђују већа стабилност и трајност устава. Кад у федеративној држави постоји више врста устава, тад се и они међусобно разврставају на виши (савезни) и ниже (републичке).³³⁶ Устав у материјалном смислу, пак, пре може да се одреди према врстама норми које садржи, него према предмету који се његовим нормама регулише. То одступање од уобичајеног мерила је корисно, јер омогућава да се устав разграничи од других општих аката у материјалном смислу. Сходно томе, *устав у материјалном смислу* сачињавају „само оне правне норме које одређују организацију највиших органа државне власти и начела целокупног правног поретка и државне организације”.³³⁷ Устав у материјалном смислу, дакле, садржи две врсте норми: опште конкретне, којима се непосредно уређује организација највиших органа државне власти, и опште апстрактне, које се односе на државну организацију и правни поредак у целини. Ова друга врста норми, тј. уставна начела, разрађују се пре свега општим конкретним законским нормама, којима се утврђују овлашћења и обавезе за односне субјекте. На пример, највиши државни органи се образују непосредно на основу конкретних уставних норми, док се апстрактно начело политичког плурализма разрађује конкретнијим законским и другим нормама.

Иако устав у материјалном смислу постоји од самог почетка у свакој држави (јер први акт државне власти којим се одређује њен носилац, независно од формалноправног облика тог акта, није ништа друго до устав у материјалном смислу), човечанство је све до краја XVIII века живело искључиво под режимом устава у материјалном смислу, кад је коначно уобличен и његов формални појам. Изузетак представља монашка држава Света Гора, која је свој формални устав добила 972. године.³³⁸ С друге стране, Енглеска ни данас нема свој формални, писани устав, што не значи да уопште нема устав.

Данас устав представља јединствен писани акт највише правне снаге. Али, и ту постоје одступања. У неким земљама (Канада, Израел, итд), устав се састоји из више аката уставног значаја, који се тек сви заједно сматрају уставом. Исто тако, у неким земљама устав није акт највише правне снаге, због чега се он доноси и мења готово као обични закони (тзв. мек, флуидни устав, за разлику од уобичајених тзв. чврстих, крутих устава, који се много теже доносе и мењају).

³³⁵ Ф. Ласал, *О суштини устава*, Београд, 1907.

³³⁶ Р. Лукић, стр. 235-238.

³³⁷ Исто, стр. 237.

³³⁸ Устав монашке републике Свете Горе представља најстарији написани и сачувани спис те врсте у свету. Сачињен је у 28 тачака и потписан од стране педесет седам лица, од којих су четрдесет двојица били игумани (колико је те године било „живих” манастира). Исписан је на јарећој кожи, због чега се још назива „Јарац” (*Трајос*). И данас се чува у Протату (суду), и својеврсни је темељ прве и једине монашке државе на свету.

Најзад, устав (као поменути енглески) може да постоји само у материјалном смислу, састојећи се једним делом из неписаних правила (уставни обичаји, традиција, конвенције). Појам устава, дакле, може да се одреди тек имајући у виду наведена одступања.³³⁹

Врсте устава. Устави могу да се поделе на писане и неписане. *Писани* устави су највиши закони у једној земљи. *Неписани* устав, како је речено, и данас 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 његов једини извор. Енглеско уставно право, осим закона (*statut law*), регулишу и други извори: *ујовори*, (на пример, Велика повеља слобода /*Magna charta libertatum*/), *ојшће право* (*common law*), тј. правни прописи који важе за судове, тзв. уставне нагодбе и уставно обичајно право, на коме почива целокупни енглески парламентаризам, итд.

Све друге државе имају писане уставе, иако је мисао о писаном уставу настала управо у Енглеској, и то у револуционарним превирањима XVII века. Пошто је Хобс настанак сваке државе изводио из уговора о уједињењу (*pactum unionis*), уставотворног уговора (*pactum constitutionis*) и уговора о потчињености (*pactum subjectionis*), сагласно томе, енглески револуционарни официри су саставили нацрт устава, који није прихваћен. После таквог искуства, у Енглеској су одустали од увођења писаног устава. Али, друге државе су преузеле ову енглеску иницијативу. И, одмах пошто су се седамдесетих година XVIII века америчке колоније одвојиле од Енглеске, њихова прва брига била је да сазову уставотворну скупштину. Уставно питање је још једном истакнуто 1789. године, кад је избила Француска револуција, од кад почиње доба писаних устава.³⁴⁰

Писани устави се деле на подарене (октроисане, *constitution octroyée*) и донете у уставотворним скупштинама. *Подарени* устави настају слободном одлуком апсолутне власти која се сама добровољно ограничава (уставна грамата Луја XVIII из 1814. године, немачки устав из 1849. године, етиопски устав из 1931. године, итд.). Другу врсту устава, почев од Француске револуције (опат Сјејс), доносе посебне *уставотворне скупшћине* као највиша власт у земљи (на пример, први југословенски устав из 1946. године донела је уставотворна скупштина, док је све касније уставе донела законодавна скупштина).

Исто тако, устави се деле на чврсте и гипке (Ц. Брајс). Разлика се састоји у томе што *гипки* устави олакшавају допуне и промене, док су *чврсти* устави начелно непроменљиви (амерички устав). Добра страна гипких устава је што се они лако прилагођавају друштвеним потребама, али је њихов недостатак у томе што основи државног уређења могу да се мењају сходно 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

³³⁹ М. Јовичић, *Закон и законитост*, стр. 216.

³⁴⁰ Видети: Е. Спекторски, стр. 88-89. и N. Visković, стр. 182-184.

друштвеним променама. Гипки устави се мењају као и обични закони, док то није случај са чврстим уставима.³⁴¹

Уставна декларација. Од класичног, тј. правог устава треба разликовати *уставну декларацију*. Остави ли се по страни Велика повеља о слободама из 1215. године, прву модерну уставну декларацију представља француска Декларација права човека и грађанина, донета 26. августа 1789. године. Од тада, све до данас, доношене су најразличитије уставне декларације, укључујући својевремено и Уставну декларацију о успостављању Заједнице Србије и Црне Горе. Не треба занемарити да је Европски парламент у Бриселу донео Устав Европске уније, иако је садашњем карактеру те заједнице примеренија уставна декларација, која јесте уставни акт, али није класичан устав.³⁴²

1.3. Законик (кодификација)

Појам кодификације. 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 (Хамурабијев законик у Вавилону, Законик XII таблица у Риму, Јустинијанов *Corpus iuris civilis* у Византији или Душанов законик са Законоправилем св. Саве у Србији).³⁴³ Али, ни тад, као ни сад, то није било могуће постићи, што не значи да је престала потреба за доношењем релативно великих закона, који обухватају све (општа кодификација) или само једну област сродних друштвених односа (посебна, делимична кодификација). Ти велики закони, који обухватају једну или чак више правних области, односно правних грана, називају се *законици* или *кодекси*, а доношење таквих великих закона *кодификација*.³⁴⁴

Услови за кодификовање права. За успелу кодификацију потребно је да се стекне много услова, а пре свега да се постигне стабилност, одређеност и развијеност економског и политичког система и поретка који жели да се кодификује. У противном, кад је поредак неразвијен, тад недостаје грађа за кодификацију.

Међу политичким условима за кодификацију, посебно место припада истакнутим појединцима, тј. ауторитету којим они располажу. Захваљујући њима, кодификовано право се одржава ауторитетом власти, па чак и позивањем на богове, због чега је оспоравање и испитивање квалитета у том погледу увек на губитку. У ствари, невероватно је колико се често кодификације стварају за националне хероје, деспоте и војсковође или настају по њиховом захтеву (краљ Липит-Иштар, владар који је одговоран за стварање једног од најранијих познатих законика, вероватно почетком XIX века пре н. е; Хамураби, краљ Вавилона у XVIII веку пре н. е, познат колико по својим освајањима, толико и по свом закону; Мојсије, који је свој народ ослободио египатског ропства и прибавио му Десет заповести; Јулије

³⁴¹ Видети: Р. Марковић, *Уставно право и политичке институције*, стр. 30-32 и 34-48.

³⁴² Видети: *Нови устави на тлу бивше Југославије*, Београд, 1995.

³⁴³ Видети: А. В. Соловјев, *Постанак и значај Душановог законика*, Београд, 2001.

³⁴⁴ Видети: Р. Лукић, стр. 241-244.

Цезар и Помпеј Велики који су такође желели да кодификују право Рима, али је то успешно учинио тек Јустинијан између 529. и 534. године). У нешто новијем добу, подстицај за настанак прве модерне европске кодификације, пруског *Allgemeines Landrecht*, дошао је од Фридриха Великог, док је Наполеон био одговоран за наста-
нак *Codé Civil*-а 1804. године. Како год било, реч је о сложеној појави која се јавља из неколико разлога, од којих се један тиче жеље освајача да буде упамћен као мудар 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, посебно у онај који је развијен без свеобухватне замисли. Оно што том приликом 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 неке људе, укључујући и законодавце, изгледа да је важније да право буде приступачно, него да има објективно савршена правила. И данас је случај да се право лакше усваја због угледа и ауторитета онога који га обнародује, те отуд делом и долази до прихватања правила која су више него неприкладна.

Поред економских, политичких и других друштвених услова, за успешну кодификацију је потребно да буду испуњени и чисто правни услови, а пре свега да је право достигло одређен ступањ развоја, што значи да располаже развијеним правним појмовима, установама и техничким инструментима, како би могла да се створи општа, систематска, прегледна и хијерархијски уређена непротивречна правна целина, зашта је потребно време и читав низ мањих закона, подупртих правном праксом и правном науком. Уз то, треба водити рачуна и о томе колико дубоко и широко кодификацијом треба да се задира у друштвене односе. Изгледа да је боље ако законик не иде исувише у подробности, јер су само начела трајна. У противном, законик се губи у појединостима, постајући противречан, непотпун и привремен. 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 о томе да језик законика не буде сувише стручан, већ народни.³⁴⁵

Упркос испуњености свих потребних услова, до кодификације права не мора обавезно да дође, какав је случај с англосаксонским правом.³⁴⁶ Па ипак, кодификација омогућава већу правну сигурност и једнакост него обични закони. На тај начин, ствара се јасан, прегледан и лако доступан извор права, који се исто тако лако употребљава.

Иако би требало да су нововековни европски уставни (изузев Енглеске) логички настали из кодификација, макар у сублимираном и дорађеном облику, то

³⁴⁵ Исто, стр. 243.

³⁴⁶ Видети: Р. Паунд, *Јуриспруденција*, II књига, стр. 363-397.

није био случај. А разлог је веома једноставан: није постојала жеља да се правно сачува доба с којим се на револуционаран начин раскинуло. И, као увек, право се приклонило захтевима живота.

1.4. Обични закони

И обични, тј. прави закони могу да се одреде у формалном и материјалном смислу, онако како је то учињено са закон уопште. Сходно томе, *закон у формалном смислу* је посебан правни акт који доноси законодавни орган по обичном законском поступку. А тај поступак је такав да закони могу да се лакше и чешће доносе и мењају од устава. Изузетно, за посебно важне законе, може да се одреди посебан, строжи поступак, којим се ти закони приближавају уставу, или, пак, убрзан и скраћен поступак, кад то налажу неодложни хитни разлози. И, док поступак за доношење и промену закона може да се учини тежим или лакшим, споријим или бржим, једна ствар је постојана: закон увек доноси законодавац, тј, скупштина, парламент. То је апсолутно својство закона, од кога постоји само један изузетак: кад се закон доноси референдумом. У том случају, законодавца представља непосредно сам народ, а не парламент. С друге стране, законом се уређују најважнији друштвени односи после устава. Сходно томе, *закон у материјалном смислу* сачињавају све норме којима се заснивају конкретна овлашћења и обавезе односних субјеката. И, збиља, имајући у виду ауторитет и демократско порекло представничког органа који их доноси, парламента, законима се уређују готово сви они односи који су од највећег животног значаја. Тек кад су регулисани законом, ти односи добијају правни облик који највише одговара њиховом значају. Ипак, то својство материјалног појма закона није апсолутно, јер у пракси законом могу да се уреде односи за које није потребно законско регулисање или пак да се регулисање тих односа препусти подзаконским прописима иако би они требало да буду регулисани законом. На тај начин, долази до неслагања форме и садржине у правном акту, упркос правилу да закони у формалном смислу морају да се подударају са законима у материјалном смислу.³⁴⁷

Закон дакле представља правни акт мање правне снаге од устава, али веће од подзаконских прописа. Зато он мора да буде сагласан уставу, док сви други прописи морају да буду сагласни закону. Такво место закона на хијерархијској лествици општих аката сматра се апсолутним, иако и у том погледу постоје одступања. Закон, дакле, после устава представља најважнији извор права.³⁴⁸

1.5. Посебни закони и закони који то нису

Поред устава који је закон у ширем смислу, законика који велики закон и обичних закона, постоје још посебни и специјални закони. До овакве разлике између закона дошло је због све већег усложњавања државне и правне организације, због чега је превладало схватање да неким законима треба повећати њихову правну

³⁴⁷ Видети: N. Visković, стр. 184-187.

³⁴⁸ Исто, стр. 233-234 и 239-241.

снагу. То је учињено или тако што је законодавац задужен да по строжем поступку донесе такве законе, чиме су ти закони за један ступањ уздигнути на хијерархијској лествици закона (на тај начин настају *орјански, основни или ојшии закони*), или пак тако што је посебан, у ствари уставотворан орган задужен за доношење таквог закона по посебном поступку који је строжи од поступка за доношење обичног закона (на тај начин настају тзв. *уставни закони*). Ипак, 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 мењају, или је под налетом ужурбаног живота промењен његов формални појам. На тај начин су у Француској настали тзв. *административни закони*, који се такође сматрају правим законима у формалном и материјалном смислу. У наведеном разликовању, као што може да се примети, постоји значајна нелогичност. Наиме, ако може да се прихвати да је устав закон над законима, тешко може да се прихвати да постоје и закони над законима.

Поред наведених врста закона, постоје и *специјални закони (lex specialis)*, који се односе само на поједине категорије грађана у одређеним ситуацијама (на пример, Закон о високом школству). Такви закони представљају изузетак, па се као такви и примењују.

Све наведене врсте закона представљају законе у формалном и материјалном смислу, укључујући ту чак и уставни закон, који је пре устав него прави закон. Међутим, постоје акти који су закони само у формалном или само у материјалном смислу (буџет, завршни рачун, пословник о раду скупштине или уредба са законском снагом).³⁴⁹

Буџет је један од најважнијих формалних закона. Под буџетом у *формалном смислу* подразумева се предрачун државних прихода и расхода који се за одређено време, обично за годину дана, доноси од стране скупштине у облику закона, и то на предлог владе као овлашћеног предлагача. У *садржинском, материјалном смислу*, пак, то је акт владе, а не прави законски акт, јер се њиме не постављају никаква општа правила, већ се влади и њеној финансијској управи у облику закона издају упутства за рад у једној години (та година се назива фискална или буџетска, јер се не подудара са календарском годином). Дакле, буџет у материјалном смислу представља акт извршне власти (владе). Али, он је закон, зато што шеф извршне власти (премијер) мора да га поднесе парламенту на одобрење, тј. усвајање, што се чини на исти начин као и кад се доносе обични закони.³⁵⁰

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 интерна правила о раду скупштине, а не конкретна овлашћења и обавезе за односне субјекте, какав је случај са правим законом.

³⁴⁹ Р. Марковић, стр. 30-32 и 34-48.

³⁵⁰ С. Јовановић, стр. 216. Видети: Д. Поповић, *Наука о њорезима и њореско њраво*, Београд, 1997.

И најзад, карактеристичан случај неслагања формалног са материјалним појмом закона представљају тзв. *уредбе са законском снајом* или *декрей-закони*, којима влада или шефа државе могу не само да уреде законску материју, већ и да суспендују или промене закон који донеси парламент.³⁵¹ У формалном смислу, пак, уредбе су акти највише извршне власти, владе, али су у материјалном смислу закони. Ипак, оне замењују законе само за одређено време, док трају разлози за суспендовање закона.

1.6. Сличности и разлике између устава и закона (и подзаконских прописа)

Између устава, закона и подзаконских прописа у формалном и материјалном смислу постоје одређене сличности и разлике, које зависе од тога који се акти пореде. Те разлике су мање кад је реч о формалном и материјалном појму устава и закона.³⁵²

Формалне сличности између устава и закона, због којих се ова два акта сврставају у појам закона у ширем смислу, потичу из сличности органа који их доносе, посебно кад устав и закон доноси исти (законодавни) орган. Исто тако, сличности постоје и у погледу поступка, који се за устав данас све више ублажава. Штавише, у неким земљама, поступак за промену устава је готово исти као и за промену закона (гипки устав). Наведену сличност у погледу поступка за доношење устава и закона, појачава строжи поступак који се захтева за доношење посебно важних закона. Као што може да се примети, формална разлика између устава и закона и није тако велика. Сходно томе, закон је само онај општи акт који није устав. Када је пак реч о уставу и закону у материјалном смислу, закон садржи опште конкретне норме којима се непосредно *не* уређује организација највиших државних органа, и које *нису* начела. Речју, закон садржи опште норме којима се утврђују конкретна овлашћења и обавезе односних субјеката. Ни ова разлика није сасвим прецизно направљена, али је барем јасна. То је, како смо видели, због велике сличности устава и закона, али и због постојања „мешовитих” правних аката (уставни закон).

Много је лакше одредити разлику између закона и подзаконских прописа у формалном смислу, јер органи који их доносе припадају различитим врстама државне власти, због чега је и поступак по коме се ти акти доносе суштински другачији. Ипак, између ових аката постоје извесне сличности, посебно кад влада или шеф државе доноси административне или декрет-законе. Много је теже одредити разлику између закона и подзаконских прописа у материјалном смислу, јер ови последњи регулишу исте правне односе као и закон, само „мање” важности и на другачији начин. Сходно томе, подзаконски прописи конкретизују законске норме, тј. они су допуна закону којом се ништа самостално не решава. Такав приступ има слабих страна, јер изгледа као да закон не може да конкретизује норме

³⁵¹ Р. Марковић, стр. 11.

³⁵² Видети: Р. Лукић, стр. 235 и 238-241.

које садржи. Зато је за одређивање разлике између закона и подзаконских прописа у материјалном смислу, уместо појма конкретизације, корисније мерило које се заснива на „улози и значају закона у демократији“³⁵³. Сходно томе, једино закон (пored устава) - који је једини непосредан израз народне воље, из чега проистиче и његова надмоћ над актима извршне и управне власти - може да одређује овлашћења и обавезе субјеката, док подзаконски општи акти одређују само *начин* на који ће та овлашћења и обавезе да се остварују.

1.7. Законодавни поступак

Доношење закона одвија се према претходно прописаном *законодавном йо-сйуику*, који је по правилу тако подешен да буде спор, како би најважније правне норме могле пажљиво да се претресу. Тај поступак почиње подношењем *йредло-йа* закона који као овлашћени предлагач најчешће подноси влада, али то могу да учине шеф државе, посланици или грађани. Предлог закона обично претходно брижљиво припремају посебни стручни и политички органи. Понекад такав предлог може да се стави и на општу дискусију, кад се грађани изјашњавају о предлогу. По правилу, предлог се подробно *йрейреса* најпре у једном или више одбора законодавног тела, а затим и на седници скупштине (или на пленуму, тј. заједничкој седници оба дома) на којој се расправља о целини или појединим деловима у одборима претходно пречишћеног текста закона, дају амандмани на текст закона и усаглашавају ставови (понекад образовањем заједничке комисије). Након тога се приступа *одлучивању* о закону гласањем, ако постоји кворум. Закон је изгласан кад добије потребну већину гласова посланика у скупштини. После тога се закон *објављује* у службеним новинама, како би се грађани с њим упознали, а после извесног времена он и *сйуја на снайу* (*vacatio legis*, обично 15 дана). Понекад се између изгласавања закона и објављивања умеће тзв. *санкција*, тј. потврђивање закона од стране шефа државе или забрана (*вейшо*), као и *йромулйација*, кад шеф државе својим потписом потврђује да је дотични закон заиста донела законодавна власт по поступку који је предвиђен за његово доношење, због чега сви треба да га примењују.³⁵⁴

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

2. Државни општи акти нижи од закона (подзаконски прописи)

Трећу основну врсту државних извора права представљају државни општи правни акти нижи од закона. То су начелно сви акти нижи од закона. Њих сачињава читав низ општих аката који су међусобно различити по називу, својствима и правном карактеру, јер многи други државни органи, нижи од законодавца, такође

³⁵³ *Исйо*, стр. 239.

³⁵⁴ Видети: Р. Лукић, стр. 241. и N. Visković, стр. 186-187.

могу да доносе ове правне акте. Зато и овде важи исто оно што је речено за закон уопште: наиме, „ти акти могу да садрже било опште норме, и тад су извори права, било појединачне норме, и тад нису извори права”.³⁵⁵

Два главна значења државних општих аката нижих од закона. Државне опште акте ниже од закона у најширем смислу формално сачињавају сви општи правни акти слабије правне снаге од закона које доносе државни или, под одређеним условима, друштвени органи према унапред утврђеном поступку за њихово доношење. Материјално, пак, то су акти којима се не утврђују конкретна овлашћења и обавезе субјеката, какав је случај са законом у материјалном смислу, већ начин остваривања тих законских овлашћења и обавеза. Ове акте обично доносе органи извршне власти, најчешће влада или шеф државе, али то могу да буду и акти које доносе представнички, судски или одређени недржавни (друштвени, аутономни) органи, што зависи од прописа сваког конкретног позитивног права. Свима њима је заједничко то да их не доноси парламент и да су слабије правне снаге од закона, тј. хијерархијски нижи од закона, због чега не смеју да му противурече. Међутим, државне опште акте ниже од закона у ужем смислу сачињавају само општи акти државних органа, подзаконски прописи, због чега они спадају у чисто државне изворе права. Пошто ових аката има више, то они ни међу собом нису сви једнаке правне снаге, него се такође хијерархијски разврставају и уређују према хијерархијском положају органа који их доноси. Али, и од тог правила има одступања (на пример, влада може да доноси прописе различите правне снаге). Њихова подробније изведена хијерархија такође зависи од конкретних решења позитивног права.³⁵⁶

Подзаконски прописи и њихове врсте. Подзаконски прописи се разврставају на оне које доносе централни органи од оних које доносе нецентрални, регионални или локални органи. И сами подзаконски прописи централних органа се такође међусобно разликују по свом доносиоцу, а та разлика доводи до разлике у погледу поступка њиховог доношења, јер неки пут пропис доноси колегијални, а други пут инокосни орган.³⁵⁷

Постоје три главне врсте подзаконских прописа. Оне се одређују према главним врстама државних органа. Подзаконски прописи представничких органа – скупштина (статути, одлуке, закључци, наредбе, пословници, итд), представљају опште нормативне акте организационог, функционалног или мешовитог (организационо-функционалног карактера) са подзаконском снагом. У нашем праву, најважније место има скупштина скупштина (општине, града или покрајине) који је највиши правни акт локалне самоуправе (општина, град) или аутономије (покрајина). Статутом се посебно 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. Поред статута, скупштине доносе

³⁵⁵ Р. Лукић, стр. 244.

³⁵⁶ Исто.

³⁵⁷ Видети: N. Visković, стр. 187-189.

различите одлуке, којима се извршавају и конкретизују поједине законске одредбе или уређује унутрашња организација самог представничког тела.

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

Уредба. Уредба је најважнији подзаконски пропис који доноси влада или шеф државе. Као таква, уредба представља подзаконски пропис који спада у надлежност највиших органа извршне власти, због чега се сматра класичним подзаконским прописом којим се извршавају закони.³⁵⁸

Према класичном учењу, уредбом могу да се регулишу само она питања која јој је закон препустио „у одређеној мери”. То значи да не постоји никаква материја која би била чисто „уредбодавне природе”. Уредбом, дакле, не може да се регулише уставна или законска материја, док сва друга питања могу да се регулишу уредбом само кад за то постоји законско овлашћење. Сходно томе, поменуто класично учење истрајава на постојању знатних разлика између закона и уредбе. Међутим, последњих седам деценија уочљиво је све веће преношење тежишта нормирања са парламента на извршну власт због ванредних ситуација (рат, непосредна ратна опасност, економске и политичке кризе, природне катастрофе) или проширивања опсега државних послова, због чега је класична концепција о уредби донекле ублажена или измењена. До поменутог одступања посебно долази кад се законом регулишу најважнији друштвени односи, док се сви други, мање важни односи, регулишу уредбом; кад се законска материја регулише апстрактно, док уредбу управо одликује конкретност и детаљност регулисања (уредба као „збирка детаља”); или кад се законом регулише релативно стабилна, тј. стална материја, док се уредбама регулише променљива, флексибилна материја.

Уредбе могу да се разврстају на различите начине. Сходно томе, постоје административне, правне и полицијске уредбе (С. Јовановић),³⁵⁹ односно уредбе за извршавање закона на основу законског овлашћења (наређења), уредбе које су донете на основу генералног уставног овлашћења и уредбе са законском снагом (М. Јовичић).³⁶⁰ Итд.

Најпознатија је *уредба са законском снагом*, којом привремено могу да се обуставе или укину (дерогирају) поједине законске одредбе, па чак и цели закони. Она не само што није *secundum legem*, него није чак ни *intra legem*. Укидајући законе, она постаје *contra legem*, што значи да је реч само о формално подзаконском акту.

Друге врсте подзаконских прописа. Поред уредби, извршна власт доноси и друге врсте одлука, којим уређује поједина питања и мере од општег значаја. Сходно томе, *правилником* се разрађују поједине одредбе закона, других прописа и општих аката; *наредбом* се извршавају одредбе закона, других прописа и општих

³⁵⁸ Видети: М. Јовичић, стр. 105-107.

³⁵⁹ Видети: С. Јовановић, стр. 208-211.

³⁶⁰ Видети: М. Јовичић, стр. 114-118.

аката скупштине или владе, тј. наређује се или забрањује одређено поступање у случају који има општи значај; *ујуйсџивом* (инструкцијом) се прописује начин рада и обављања послова државних органа управе или недржавних органа и организација са јавним овлашћењима.

Најзад, трећа врста органа који могу да доносе опште правне акте јесу органи правосуђа, што је предвиђено у правима појединих земаља. У нашем праву судови не могу да доносе подзаконске прописе.

3. Акти друштвених организација и аутономно право

Појам и основ аутономног права. Држава није једини, иако је најважнији стваралац права. Поред ње, и различите друштвене организације (привредне, трговачке, здравствене, школске, културне, спортске, итд) могу да доносе своје акте, којима прописују норме о понашању својих чланова. Том приликом, држава може да *овласџи* друштвене субјекте да доносе опште правне акте. Она може и да сачека да акти буду донети, па тек затим да им накнадно *џризна* правни карактер. Такође, држава може и диспозитивном нормом да овласти неког субјекта да доносе општи акт уместо диспозитивне диспозиције.³⁶¹ Такво право, које стварају друштвени субјекти, док га држава у крајњој линији санкционише, обично се назива *аутономно* (недржавно, друштвено) *џправо*.

На питање о основу аутономног права, дају се два карактеристична одговора. Према *џтрадиционалној џтеорији*, државна власт може да допусти одређеним субјектима (физичким и правним лицима) да доносе правила којима ће да уређују властито понашање или понашање свог чланства. То се објашњава чињеницом да државна власт не може и не мора својим прописима да регулише све друштвене односе који су у њеном интересу или су значајни за поредак. Уз то, заинтересовани субјекти могу боље правно да уреде извесне друштвене односе од законодавца. Државна власт због тога препушта аутономним субјектима да непосредно стварају право, које ипак мора да се заснива на темељу и у оквирима правних овлашћења која је одредио надлежни државни орган. Разуме се, уколико држава не да своју санкцију нормама аутономног права, оне остају чисто друштвене и немају никакву правну обавезност: да ли ће неко да их примени или не, то зависи од воље заинтересованих субјеката, а не од примене државне санкције. Према *еволуционистичкој џтеорији*, која своје снажно упориште налази у различитим социолошким гледиштима о праву, није држава та која суверено предаје, тј. „подарује” вршење својих нормативних послова различитим друштвеним организацијама, већ те организације или њихови припадници, чланови, имају легитимно право да се самоорганизују, да буду аутономни, и у неку руку своји властити законодавци. Према овој теорији, права којима располажу физичка и правна лица јесу њихова „урођена”, „неотуђива” права која држава не може ни да подари, нити да одузме. Такво аутономно право

³⁶¹ Видети: Р. Лукић, стр. 246. и N. Visković, стр. 189-190.

стварају друштвени, а не државни органи. Због тога оно не мора да располаже санкцијом, већ већином заједничких правних обележја.

Врсте аката и обележја аутономног права. У савременим порецима постоји велики број субјеката стваралаца аутономног права. То су најчешће различите врсте органа аутономних организација и заједница. Њихова бројност, која се данас сматра знаком снаге а не слабости државе, одређује улогу и значај појединих врста аутономног права. С друге стране, бројност и шароликост аутономних правних субјеката, произвела је исту такву или још већу шароликост аутономних правних аката различитог облика, дејства и начина настајања, и то у таквој мери да су аутономни правни акти у савременим порецима неупоредиво бројнији од прописа државног права. Они могу да се поделе на спољашње и унутрашње. У најважније спољашње опште акте спадају различите врсте колективних уговора о раду, а у унутрашње: уговор у предузећу, статут предузећа, правилници, пословници, итд. Наравно, то су само неки најважнији општи акти, јер од врсте аутономног права зависе врсте његових општих аката.

Поред разноврсних аката, аутономно право располаже карактеристичним предметом и начином регулисања правних односа. Тај предмет чине сви друштвени односи у којима влада аутономија воље, док мање-више формализовани начини за доношење аката подсећају на државне прописе. Аутономно право, исто тако, поседује и неопходну меру принудности, коју му у крајњој линији прибавља примена државне санкције. Најзад, главне вредности које аутономно право остварује у друштву, нису суштински другачије од вредности које остварује право уопште. Па ипак, аутономно право је више усмерено на мирно решавање сукоба и успостављање унутрашње организације рада и живота, а мање на решавање важнијих друштвених сукоба, о чему се у крајњем стара држава. Таква усмереност омогућава аутономном праву да испољи и оствари неке друге вредности, које га приказују као право са изразитом тенденцијом према једнакости, супротстављено доминацији која посебно обележава државно право. Чак и кад је под заштитом државе, оно „контрабалансира” државном праву својим прописима и обичајима, због чега се сматра да оно има интегративну, кооперативну и демократизујућу улогу.³⁶² Као такво, аутономно право је извор правног плурализма, покретач еволуционог развоја права, чинилац повезивања друштвених колективитета и средство за организовање друштвеног живота.

Поменимо на крају и две карактеристичне врсте аутономног права: црквено, као најстарије, и социјално право, као најразвијенију савремену врсту аутономног права.

Црквено право у најширем смислу представља право којим се уређују положај, организација и делатност цркве унутар себе и друштва, тј. унутрашњи црквени односи (унутрашње црквено право или канонско право у ужем смислу) или спољашњи црквени односи, тј. њени односи са држави и другим религијским организацијама (спољашње црквено право или еклезијастичко право у ужем

³⁶² Видети: Ж. Гурвич, *Социологија права*, Подгорица, 1997.

смыслу). Прва врста односа регулише се чисто црквеним нормама, тзв. канонима, а друга државним нормама.³⁶³ Од норми црквеног права треба разликовати тзв. религијске норме.

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

Социјално право представља врсту аутономног права рада насталог у индустрији и фабрикама, којим се уређују индивидуални и колективни односи у раду, уз узајамно учешће послодаваца и радника, односно послодавачких и радничких организација. Субјекти социјалног права су власници, послодавци и радници, односно послодавачка и радничка удружења или њихови савези, шефови предузећа, фабрички савети, раднички повереници или други аутономни правни субјекти (владе, арбитраже, радне групе, итд). Предмет социјалног права сачињавају сви односи везани за извршавање радних обавеза, радну дисциплину, висину најамнине, заснивање и престанак радног односа, итд. Речју, њиме се уређују имовински и организациони (радни) односи, али не и односи јавне власти који су у надлежности државе. Колективним уговорима о раду, на пример, не могу да се дерогирају прописи јавног поретка (императивни прописи), док други прописи могу да се замене повољнијим одредбама за раднике (клаузулом *in favorem laboratoris*).³⁶⁴ С друге стране, социјално право је мешовито према својој друштвеној функцији, што значи да се држава непосредно не уплиће у поступак колективног преговарања. Као такво, оно је првенствено средство за мирно решавање спорова између сукобљених страна. И, у томе се састоје његова интегративна улога и вредност. Због тога се поступак колективног преговарања не прекида чак ни кад се закључи колективни уговор о раду. Његово закључивање је само формални чин, после кога отпочиње нов преговарачки круг.

Честа појава колективних радних спорова развила је селективне механизме за њихово решавање мирним или насилним путем. У мирне начине спадају мирење, посредовање и арбитража, а у насилне обустава рада (штрајк, *strike*), затварање предузећа (*lock-out*), бојкот (*boycott*), пикетинг (*picketing*) и црне листе (*blacking*). Код мирних метода за решавање колективних радних спорова,

³⁶³ Видети: Д. Перић, *Црквено право*.

³⁶⁴ Видети: Б. Лубарда, *Колективни уговори о раду. Упоредно право. Теорија, пракса*, Београд, 1990, стр. 120-121.

јавна власт (држава) предлаже или налаже сукобљеним странама да прибегну добровољном решавању спора, али она није овлашћена да наметне своју одлуку. Код принудних метода, јавна власт (држава) обавезује стране да се потчине судији или арбитру (принудна арбитража), чија одлука (санкција) обавезује странке без обзира на њихову вољу. Најзад, у крајњем случају, а посебно у случају штрајка или *lock-out*-а, држава може да примени своје прописе и класична средства принуде за решавање колективног радног спора. Она то може да учини чак и кад колективни уговори нису правно обавезујући.³⁶⁵

У социјалном праву, као што може да се примети, још је више изражена друштвена страна права. Оно је сво саткано од спорова, судова, санкција, њиховог извршења, што га чини изразито динамичним формалним извором права.

4. Уговор

Уговор је двостран или вишестран правни акт који настаје сагласношћу воља две или више страна (при чему се свака уговорна страна може да се састоји од једног или више конкретних субјеката).³⁶⁶ Али, извор права је само онај уговор који садржи опште правне норме. Сходно томе, уговори се деле на опште, који су извори права, и појединачне, који то нису.

Пошто је уговор важан извор права, у његовом доношењу учествују разни државни и недржавни, тј. друштвени субјекти. Сходно томе, сви уговори као извори права могу да се поделе на *државне* (на пример, између две или више држава: међународне и наднационалне уговоре), *недржавне* (на пример, уговоре између две или више компанија) и *мешовите* (на пример, уговори између државе, тј. њеног органа, и компаније). Такође, уговори могу да се поделе на *међународне* (државне, недржавне и мешовите), *наднационалне* и *унутрашње* (такође државне, недржавне и мешовите), као и на *спољашње* (екстерне, који се закључују између два или више самосталних домаћих субјеката) и *унутрашње* (интерне) који се закључују између субјекта као саставних делова једне самосталне целине (на пример, између погона у предузећу).

Данас посебно велики значај имају *колективни уговори о раду* (општи, грански и локални) који се закључују између послодавачких и радничких (синдикалних) организација, и који су обавезни за све чланове тих организација, а често и за оне раднике и послодавце који нису њихови чланови. Њихову најновију врсту представљају „наднационални” европски колективни уговори о раду који задњих десетак година могу непосредно да се закључе између главних европских социјалних партнера: европских синдиката и удружења послодаваца.³⁶⁷ Ипак, најважнија је улога уговора у међународном праву, који су свакако најважнији извор права у тој области. Ти *међународни уговори* важе у унутрашњем праву

³⁶⁵ Видети: Б. Лубарда, *Решавање колективних радних спорова*, Београд, 1999.

³⁶⁶ Р. Лукић, стр. 247.

³⁶⁷ Видети: Б. Лубарда, *Европско радно право*, Подгорица, 2004.

као закони, јер ратификацијом обично добијају облик закона, али су с гледишта међународног права и даље посебни правни акти, различити од закона.

У теорији се посебно разматра питање самосталности међународних уговора као извора права. Том приликом, истиче се како уговор не може да се сматра посебним извором, већ пре грађом из које други извори права црпу своју садржину, јер строго формално посматрано у унутрашњем праву не постоји некакав посебан државни или недржавни општи акт који би се звао уговор и разликовао од других општих аката. Сходно томе, да би уговор постао извор права, он мора да добије форму неког другог правног акта. Такав поступак, којим се мења правни облик уговора, назива се *ратификација*. Наравно, какав ће облик уговор да добије, то зависи од врсте правног акта. Правило је да уговори које закључи држава добијају облик закона, тј. да морају да буду претворени у закон како би били правно обавезујући. Том приликом, треба уочити да се међународни уговор као двостран или вишестран акт који је закључила држава јасно разликује од закона којим се у унутрашњем праву садржина тог уговора чини обавезном. Као што може да се примети, реч је о два акта са истом садржином. Први државу као потписника непосредно обавезује на међународном, а други као закон на унутрашњем плану. Посматрано са становишта међународног права, закон је потврда уговора који је закључила држава. Посматрано са становишта унутрашњег права, пак, уговор је само грађа коју је законодавац пренео у закон.

Понекад се ратификација врши у облику неког подзаконског прописа. За њом може да досегне и нека друштвена организација која склопи посебно важан уговор и ратификује га, претварајући га у своју статутарну одлуку.³⁶⁸

5. Обичај и обичајно право

Обичај на неки начин представља изузетак од свих досад наведених врста правних аката, јер не постоји јасан творац, нити се јавља у писаном облику. Па ипак, обичај јесте посебан формални извор права. Он постаје извор права кад држава призна (санкционише) 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.³⁶⁹

Модерна правна техника користи два главна начина помоћу којих се санкционише обичај. Први начин је законодавни, кад обичај постане правно признат законодавном дозволом. Од тога треба разликовати случај преузимања обичајне норме од стране државе, тј. *рецепцију обичаја*, чији посебан случај представља *кодификација* (позакоњење) *обичаја*, кад обичајна норма постане законска. Други начин је судско-извршни, кад судови или извршни органи и без дозволе законодавца прихватају обичаје, *ad hoc* стварајући обичајно право. Што се тиче примене

³⁶⁸ Видети: *Правна енциклопедија*, стр. 1187-1188.

³⁶⁹ Видети: Р. Лукић, стр. 248-250. и N. Visković, стр. 190-192.

обичаја, до тога долази или непосредно, кад се закон позива на обичај, или посредно, кад нема закона, под условом да су испуњени други потребни услови (да обичај није противан правним прописима, моралним начелима, начелима правног поретка, као и да је усклађен са суштином и развојем дотичног друштва).

Правни обичаји се укидају на исти начин на који се доносе: или изрично, противним законом, или, „неосетно и прећутно”, противним правним обичајем (изобичајењем). Изобичајење (*deseutudo*), карактеристично за англосаксонско право, односи се 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 место и улогу допунског (субсидијарног) извора права.

Од обичаја које државни органи санкционишу и примењују, треба разликовати обичаје којима се руководе сами државни органи. Најважнију врсту таквог обичаја представља *уставни обичај*, у чијем образовању учествују искључиво државни уставни органи.³⁷⁰

Обичајним нормама се по правилу регулишу исти друштвени односи које регулишу и норме државног права: имовински односи, односи власти и организациони односи. То је посебно случај са имовинским односима (својина, уговори, наслеђе, накнада штете, итд). У нешто мањој мери, то је случај и са односима власти (породична, сеоска, племенска) и са организационим односима (санкција). С друге стране, због истоветности или сродности предмета регулисања, може да дође до сукоба између обичајног и државног права. Тај сукоб се по правилу увек решава у корист државног права. Исто тако, обичајима се често регулишу друштвени односи у којима постоје изражени друштвени сукоби појединаца или припадника заједнице. Најзад, обичајима се прецизно утврђују права и обавезе чланова заједнице, често прецизније од писаног државног права. С друге стране, како је истакнуто, обичајне правне норме располажу санкцијама. То може да буде државна, друштвена или истовремено државна и друштвена санкција.³⁷¹ Иако се обичајима регулише спољашње понашање, изузетно, приликом примене норме или санкције, узима се у обзир и психичко стање појединца. Обичајима се остварују вредности реда, мира, сигурности, правде, итд, због чега је такође важно да норме обичајног права подржавају државно право.³⁷²

Скуп правних обичаја *сачињава обичајно право*. Сходно томе, обичајно право сачињавају сва правна правила чији се формални извори не налазе у неком

³⁷⁰ Видети: Р. Марковић, стр. 15-18.

³⁷¹ Кад је реч о друштвеним санкцијама, њих примењују или заинтересовани појединци дате заједнице (крвна освета и умир у Црној Гори) или нека врста друштвене власти. Примени друштвених санкција често претходи спор, који решавају неке врсте друштвених судова (веће старца, угледни људи, изабрани појединци). Њихове пресуде, које се крећу од најблажих (укор) до најтежих (линч), извршавају се друштвеним притиском (бојкотом, презиром) или чак организованом делатношћу (прогонство, остракизам).

³⁷² Р. Лукић, Појам права, стр. 20-21.

пропису који доноси државни орган, него у правилима друштвене средине која санкционише држава.³⁷³

Некад је обичајно право било главни извор права. У старом римском праву је тзв. старо *ius civile* истовремено било и правни обичај и религијски обред (*mantipatio, stipulatio, manumissio*, итд). Друштвени и правни значај обичаја је поново порастао у средњем веку, у коме је право претежно било обичајно. На његовој основи су настале друге врсте средњовековног права (еснафско и цеховско, градско, земаљско, трговачко, задружно, итд), као и зборници обичајног права. У Новом веку, пак, опадању обичајног права допринело је најпре канонско, а затим и државно право, тако да се данас обичај примењује као допунски извор, али и тад му је потребно државно признање. Енглеска је једина земља у Европи у којој се средњовековно обичајно право непрекидно развијало до данас, али оно је и у њој задржано више по форми.³⁷⁴

Обичајно право почива на три важне претпоставке: општости примене, дуготрајном вршењу и уверености у исправност обичаја. *Ойшћосћ* значи да обичаји морају да буду општеприхваћени од великог дела припадника заједнице. Према величини заједнице и броју чланова који су створили или прихватили обичаје, разликује се неколико врста обичајног права. Кад обичајно право изражава вољу целог народа, тј. целе друштвене заједнице у оквиру државе, реч је о тзв. општем или заједничком обичајном праву. Кад обичаји изражавају вољу једног дела народа на једном делу државне територије, реч је о тзв. партикуларном обичајном праву. Кад пак обичаји изражавају вољу појединих слојева (друштвених кругова) становништва или појединих заједница у држави (Римокатоличка црква или трговачка удружења) или вољу чланова међународних организација и удружења, реч је о специјалном (унутрашњем или међународном) обичајном праву. *Дуіоіпрајносћ* (*longa et diuturna consuetudo*) значи да обичаји треба да се врше у дужем периоду времена, сталним и непрекидним понављањем радњи на које се њихове норме односе. То време не може прецизно да се одреди. Некад се сматрало да је то време потребно за застарелост. Римокатоличка црква је то раздобље одредила на четрдесет година. *Увереносћ* у исправност обичаја (*opinio iuris necessitatis*) представља израз заједничког уверења чланова заједнице о правној неопходности обичаја и потреби њихове правне обавезаности, тј. принудљивости. То уверење се назива правним уверењем или правном свешћу о обавезности обичаја.

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

³⁷³ Видети: Р. Марковић, стр. 14-15.

³⁷⁴ Видети: Р. Паунд, *Јуриспруденција*, II књига, стр. 208-224.

6. Судска пресуда (судски прецедент)

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. Кад се судском пресудом доносе појединачне норме које решавају један конкретан спор, тј. важе само за тај случај, и то не применом неког другог правног извора, већ самосталним судским стварањем правног извора, таква пресуда се назива *прецедент*, а право створено на основу прецедената *прецедентно право*.³⁷⁵ Међутим, није свака судска пресуда извор права, већ само она у којој се појединачном нормом решава конкретан случај који се сматра обавезним за све будуће исте такве случајеве. На тај начин, појединачна судска норма делује као општа. Али, та општост прецедентне норме је ужа, тј. није иста са општошћу законске или неке друге норме, јер ова друга може да се примени и на сличне, а не само на исте случајеве.

У англосаксонском праву само пресуде највиших судова увек имају карактер извора права (на пример, све пресуде врховних судова у Енглеској или у САД аутоматски постају судски прецеденти), док пресуде нижих судова то постају тек кад неки други судови у одређеном временском раздобљу почну да их користе за решавање истих случајева.³⁷⁶

Прецедентно право има својих добрих и лоших страна. Његова изразито добра страна је то што је неупоредиво боље од закона прилагођено друштвеној стварности. Али, цену за то представља стварање 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 и застарелих пресуда. Оно је и непрегледно, јер се број прецедената у развијенијим земљама мери милионима или десетинама милиона, итд. Међутим, увођењем нових информатичких технологија, а посебно стварањем правних банака података, лоше особине прецедентног права се ублажавају и готово бледе пред његовим предностима, ослобођених поменутих недостатака.

У нашем праву судске пресуде формално нису извор права, што не значи да судови не воде рачуна о пресудама других судова, а посебно највиших правосудних органа. На тај начин, поједине пресуде и у нашем праву стичу снагу тзв. фактичког извора права. Једино суд, приликом решавања конкретног случаја, не може формално да се позове на њих.³⁷⁷

7. Судска пракса и пракса других органа

Једнако поступање судова и других органа, тј. доношење увек истих пресуда или аката за истоветне случајеве, назива се судском праксом или праксом других органа. Њено постојање је неопходно, јер органи који доносе ниже акте на

³⁷⁵ Р. Лукић, *Увод у право*, стр. 251.

³⁷⁶ Р. Паунд, II књига, стр. 233

³⁷⁷ Видети: Б. Кошутин, *Судска пресуда као извор права*, Београд, 1973.

основу виших, посебно појединачне, увек располажу извесном слободом приликом њиховог доношења. На тај начин, 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 (на пример, кад два суда за исто кривично дело изведено под истим околностима донесу различите пресуде). Таква повреда начела правне једнакости не постоји кад органи, примењујући исти виши правни акт, различито поступају у различитим околностима (кад два суда донесу различите пресуде за исто кривично дело које је изведено под различитим околностима). У том случају, неједнакост је оправдана, јер је тад неједнака примена опште норме, у ствари, њена једнака примена у различитим околностима. Проблем се, дакле, састоји у одређивању које су то околности исте, а које различите.³⁷⁸

Да би се избегла опасност од повреде правног начела једнакости, предузимају се различите организационе мере, које имају за циљ да уједначе поступање законодавних, управних и судских органа у случајевима кад они различито примењују устав, законе или друге прописе. Посебно је значајно да судови у таквим случајевима поступају исто, јер управо они свакодневно одлучују о правном стању субјеката који су им се обратили за помоћ. Да би се то постигло, врховним судовима је дата надлежност да се старају о уједначеном поступању нижих судова. Али и независно од тога, сами судови могу једнако да поступају, и то не зато што су на то обавезни, већ зато што увиђају да је то за њих корисно. Судови се обично дуже времена држе једном образоване судске праксе, јер њена честа промена не руши само правну једнакост, већ и правну сигурност.

Судска пракса под одређеним условима може да се претвори у једну врсту *судског обичаја*, до чега долази кад се норма толико устали да судови постану свесни њене обавезности, сматрајући да не смеју да је промене.

Као ни судски прецедент, тако ни судска пракса, нити судски обичај, нису извори у нашем праву, иако су врло слични правим изворима права. Наравно, судови морају да воде рачуна о пракси и обичајима других судова, чиме пракса и обичај стичу снагу фактичких извора права. Судови једино не могу формално на њих да се позову приликом решавања конкретног случаја.

Све речено за судску праксу и судски обичај, посебно о њиховим добрим и лошим странама, важи и за праксу осталих државних (законодавних, управних) и друштвених органа.³⁷⁹

8. Правна наука

У праву се повремено, али постојано, поставља питање да ли правна наука или правна доктрина може да буде посебан формални извор права, што би значило да најистакнутији правни стручњаци могу да доносе опште правне акте.

На то питање не може једноставно да се одговори. У извесним правним системима и временима која припадају историји, правна наука је била извор права.

³⁷⁸ Р. Лукић, стр. 252.

³⁷⁹ Р. Паунд, II књига, стр. 206. Видети: Р. Лукић, стр. 251-253.

На пример, у римском праву, посебно у доба принципата (од Августа до Севера), мишљења чувених правника (Гај, Улпијан, Јулијан) представљала су извор права (тзв. *ius respondendi ex auctoritate principis*). Наведени правници били су овлашћени да парничним странкама дају правно обавезне изјаве о односном спорном питању које су имале снагу закона. Деобом на Источно и Западно римско царство, за време цара Теодосија II и Валентијана III, донет је 426. године тзв. Закон о цитирању (*lex citationis*), на основу кога су за судове постала обавезна мишљења петорице класичних правника: Папијана, Паула, Гаја, Улпијана и Модестина. И у доба средњовековне рецепције римског права, заједничко мишљење правника, тј. мишљење тадашње целокупне науке, у коме су се слагали сви тад познати правници (*communis opinio doctorum*), такође је представљало извор права. На тај начин, током дугог времена, поједина мишљења правне науке искристалисала су се у јасне и прецизне формуле које служе као општи принципи за решавање извесних сложених питања под условом да се не противе позитивним изворима. Те формуле се називају правним максимама, изрекама или брокарима.

Даља еволуција права донела је другачије погледе на улогу и место правне науке, истичући у први план политички примат парламента као представничког органа народа. Са тим променама, правна наука је престала да буде формални извор права. Па ипак, наведено питање је и данас значајно, јер је утицај науке на људску праксу одувек био врло 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 јесте, *de lege lata*) или оцењујући га с гледишта праксе и предлажући како би га требало променити (какво треба да буде, *de lege ferenda*). На тај начин, правна наука попуњава и усавршава правни систем, објашњава његове нејасности, измирује противречности, итд, утичући на примену права и стварање праксе, посебно судске праксе и прецедентног права. Она то чини стварањем правних аката, учествовањем у стручним припремама за стварање права, тумачењем права, давањем предлога и оцена постојећег стања права у целини или појединих институција, руководећи се том приликом научним, политичким, етичким и стручно-техничким разлозима, као и разлозима ефикасности.³⁸⁰

Како год било, правна наука одавно није извор права. Њено мишљење ни за кога више није правно обавезно. Оно може само да буде прихваћено тек кад онај који га прихвата оцени да је оно тачно. Речју, њена важност зависи од снаге и убедљивости њених аргумената. Као са судском праксом, тако и са правном науком фактички може да се деси да се једно научно мишљење дуго поштује и примењује, штавише, да норме које изгради правна наука фактички буду врло близу правном извору. Али, правно посматрано, мишљење правне науке не може да буде извор права.

³⁸⁰ Видети: Р. Паунд, II књига, стр. 206-207.

Ипак, у појединим земљама постепено долази до процеса растерећења правностваралачке делатности државе. Сходно томе, нека законодавства се изричито позивају на помоћ правне науке као допунског извора права (на пример, Швајцарски грађански законик у чл. 1, ст. 3. препоручује судији да се приликом доношења одлуке надахне ставовима који су уврежени у правној науци). Исти процес се одвија и у међународном праву, у коме снага правне науке такође све више долази до изражаја (у чл. 38. Статута Међународног суда правде стоји да ће се одлуке у споровима пред тим судом доносити и на основу учења најпозванијих стручњака међународног јавног права различитих народа, и то као помоћно средство за утврђивање правних правила). Очигледно, правни стручњаци и научници су и данас добрим делом градитељи савременог друштва.³⁸¹

Четврти одсек ПОЈЕДИНАЧНИ ПРАВНИ АКТИ

1. Појам и подела појединачних правних аката

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

Сви појединачни правни акти могу да се разврстају према томе ко их доноси на *државне* и *друштвене*, а према саставу појединачне норме коју садрже на оне који стварају целе норме (и диспозицију, и санкцију) и оне који стварају само извесне елементе норме (само диспозицију или само санкцију). Сходно томе, поред државних и друштвених, постоје *појединачни* и *непојединачни* појединачни правни акти. Потпуни, како је речено, стварају појединачну диспозицију и појединачну санкцију, а непотпуни или појединачну диспозицију, или појединачну санкцију.

Пошто се у пракси јасно издвајају две поменуте врсте појединачних аката, то би требало да значи да сви они исто тако имају свој посебан облик. Али, није тако. Потпуни појединачни правни акти немају свој засебан правни облик, већ га преузимају од непотпуних појединачних аката, што значи да се њихов формални и материјални појам одређује према формалном и материјалном појму непотпуних појединачних правних аката. С друге стране, и сами непотпуни акти деле се на две подврсте, у зависности од тога да ли садрже појединачну диспозицију или појединачну санкцију. Кад садрже појединачну диспозицију, њих доносе или државни органи (указ, управни акт), или недржавни субјекти (правни посао). Кад

³⁸¹ Видети: В. Perić, стр. 204-210. и Р. Лукић, стр. 253-257.

садрже појединачну диспозицију, њих доносе државни и недржавни судски органи (судски акт).

Као што може да се примети, ни код непотпуних појединачних аката не постоји сасвим јасно подударење између форме и садржине, посебно код управног акта и правног посла, јер у материјалном смислу оба садрже појединачну диспозицију, што се повратно одражава и на потпуне појединачне акте. Зато се разлика између ова два акта изводи коришћењем других мерила (субјекта, циља, поступка, итд).³⁸²

1.1. Потпун појединачни правни акт

Ови правни акти су веома ретки, јер ретко кад постоји потреба да садрже оба нормативна елемента норме. Међутим, прави разлог што се они ретко сусрећу у пракси састоји се у томе што су диспозиција и санкција толико међусобно различити да се надлежност за њихово стварање и примену даје различитим, посебно специјализованим органима (на пример, суд изриче санкцију, али је не спроводи). Зато потпуни појединачни правни акти немају засебан облик, већ га преузимају од непотпуних појединачних правних аката (на пример, потпун појединачни акт извршне власти постоји кад шеф државе поставља високе државне службенике; потпун управни појединачни правни акт постоји кад управни орган нареди да се позвани одазове позиву, иначе ће бити кажњен казном затвора; потпун правни посао кад се у уговору одреди казна за његово кршење; а потпун судски акт кад суд одреди да је разведени супружник дужан другом да исплаћује одређен месечни износ на име издржавања малолетног детета, иначе ће бити кажњен).

У пракси се најређе сусрећу потпуни појединачни акти извршне власти и управе, а много чешће правни послови и судски акти. Посебно судови могу да доносе потпуне акте који садрже појединачну судску диспозицију и санкцију.³⁸³

1.2. Непотпун појединачни правни акт

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

³⁸² Видети: Р. Лукић, стр. 258-267. и N. Visković, стр. 192-195.

³⁸³ Видети: Р. Лукић, стр. 260-261.

Појединачни акти који одређују диспозицију нужни су за сваки правни поредак. Њихов значај је толики, да се пре може замислити правни поредак без икаквих општих норми, него без појединачних. Ове акте доносе или државни органи или друштвени субјекти, због чега у формалном смислу настају три таква акта: указ, управни акт и правни посао. Изузетно, ако постоји спор око тога како гласи диспозиција, она може да се донесе и судским актом.

Кад је, пак, реч о појединачној санкцији, њу доноси судски орган обављајући своју редовну делатност. Поступак по коме се доносе појединачни судски акти је подробно уређен и сложен, при чему је улога судског органа посебно важна, јер се решава спорни случај. Зато су судски акти још важнији за правни поредак. Сходно томе, пре се може замислити поредак који изриче санкције за одређене врсте понашања, него поредак у коме се сви понашају по диспозицијама правних норми.³⁸⁴

2. Најважније врсте појединачних правних аката

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

2.1. Указ

Указ у *формалном смислу* представља акт којим шеф државе одлучује о пословима из свог делокруга (промулгује законе, поставља високе државне службенике или дипломате, одлучије о помиловању осуђених, додељује ордене, итд.). Иако је указ акт високе правне снаге, он није извор права, тј. општи правни акт, јер садржи појединачну правну норму за конкретан однос. На пример, акт о помиловању се увек односи на поименичног осуђеника, насупрот закону о амнестији којим се неодређен број осуђених лица ослобађа даљег издржавања казне или им се казна смањује. У *материјалном смислу*, пак, указ је само онај појединачни акт који одређује појединачну диспозицију, која субјекта чије понашање регулише начелно обавезује и против његове воље.³⁸⁵

2.2. Управни акт

Управни акт у *формалном смислу* доноси управни орган по утврђеном управном поступку. То је дакле акт којим неки државни или недржавни орган одлучују о индивидуалним стварима из свог делокруга на основу закона и других општих правних аката. Таквим конкретним одлучивањем извршавају се општи правни акти (на пример, кад се даје или одбија дозвола за градњу куће, разрезаје порез појединцу или одређује одлазак у пензију). Такође, управни акт се доноси и према

³⁸⁴ Исиџо, стр. 261-262.

³⁸⁵ N. Visković, стр. 192.

претходно тачно утврђеном управном поступку, због чега начелно има исти састав као пресуда. С друге стране, пошто је управа створена да доноси појединачне акте, то је управни акт у *материјалном смислу* само онај појединачни акт који одређује појединачну диспозицију, која субјекта чије понашање регулише обавезује и против његове воље.

Пошто управни акт и правни посао у материјалном смислу садрже појединачну диспозицију, то се поставља питање њиховог разликовања. Пре свега, управни акт је увек акт власти (државне или друштвене), док је правни посао увек акт сагласности воља. Такође, управни акт је једнострано обавезна наредба, а не двострано или вишестрано обавезна уговорна одредба, што значи да он чак непосредно може да буде принудно примењен (кад полиција нареди да се учесници нелегалног скупа разиђу). То представља озбиљан изузетак од општег начела по коме једино санкције које изриче суд могу непосредно да се примене принудом. Сходно томе, циљ због кога се доноси управни акт је обично сасвим другачији од циља уговорних страна. Управним актом се врши свакодневна конкретна државна или пословна делатност, која је за управне органе обавезна, док уговор субјекти могу и да не закључе. Међутим, управни акт није могуће јасно разграничити од правног посла према субјектима, јер га доноси како државни органи (на пример, решење о издавању дозволе за градњу), тако и друштвени органи (на пример, предузећа или установе кад одлучују о распоређивању радника на поједина радна места, одрђују време годишњих одмора или изричу запосленим дисциплинске казне због повреда радних обавеза).

Управни акт је, дакле, само онај акт који је то у формалном и садржинском смислу. Па ипак, управа понекад доноси акте који су само формално управни, док садржински представљају општи законски или потпун појединачни акт, правни посао или судски акт. Кад се утврди да је управни акт формално и(ли) материјално незаконит, предвиђена је могућност подношења жалбе вишем органу или тужбе суду. И, ако се утврди незаконитост управног акта, он се поништава, а ствар враћа у првобитно стање или се надокнађује штета (скуп може поново да се одржи, неосновано наплаћена рата са затезном каматом да се врати, итд).³⁸⁶

Најважнија врста управних аката су решења, а затим и различите врсте одлука управних органа.

2.3. Правни посао

Правни посао у *формалном смислу* представља појединачан акт недржавног, друштвеног субјекта (појединца или организације), који настаје сагласношћу њихових воља. Правни посао у *материјалном смислу*, пак, одређује појединачну диспозицију која је за односног субјекта обавезна само кад он на њу пристане. Као субјект правног посла може да се појави и држава, али не као носилац власти, већ као уговорна страна.

³⁸⁶ Видети: Р. Лукић, стр. 262-264. и N. Visković, стр. 194-195.

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

Правни послови се закључују у усменом или писаном облику свуда где влада *начело аутономије воље*. Оно значи да правни субјекти могу слободно да располажу властитим стварима и способностима, укључујући ту и могућност правних субјеката да свесно жртвују своје интересе (кад, на пример, продају ствар испод њене тржишне вредности). Зато има много врста правних послова, које се подробно изучавају у разгранатој области приватног, а посебно грађанског права. Најважнија је њихова подела на *једносйране* (тестамент) и *двосйране*, односно вишестране (уговор о раду, најму, куповини, зајму, чувању робе, превозу, итд). Двострани правни послови (уговори) могу бити једнострано или двострано обавезујући. Из првих произилази обавеза само за једну страну, док друга има само овлашћење (на пример, уговор о поклону), док из других за обе уговорне стране произилазе обавезе и овлашћења (на пример, уговор о купопродаји), сходно изреци *do ut des* („дам-даш”). Такође, двострани правни послови се деле на *консенсуалне* и *реалне*. За прве је довољно да се јасно изрази воља странака, док је за друге потребна и предаја (*traditio*) ствари која је објект уговора. Посебну врсту уговора представљају *тйийски ујовори*, који се склапају тако што једна страна понуди другој готов текст уговора, погодан за све врсте уговарања те врсте, док друга страна текст уговора може да потпише или не.³⁸⁷

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

2.4. Судски акт

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

Према томе да ли суд изриче санкцију или не, разликују се потпуни од непотпуних судских аката. *Поћййуни* судски акт састоји се из утврђивања прекршаја и изрицања санкције, а *нейоћййуни* из утврђивања да прекршај не постоји и одлуке да санкција не може да се примени или одлуке о одустајању од санкције. Обе врсте

³⁸⁷ *Исййо*, стр. 264-265. и стр. 195-196.

судског акта састоје се из два елемента: првог, који представља утврђивање једне чињенице, и другог који представља саму судску одлуку.³⁸⁸

Судске акте по правилу доносе државни судови. Али, судску функцију могу да обављају у тачно одређеним случајевима и тзв. изабрани судови (на пример, арбитраже). Пошто суд доношењем судског акта решава једну ненормалну ситуацију, он се као неутрална страна у спору активира тек кад то од њега затражи једна страна (тужилац). Али, за тежа кривична дела суд је дужан да покрене поступак по сопственој иницијативи (*ex officio*). На тај начин, суд расправља спор и својом одлуком га окончава. Зато његова одлука, обично пресуда, која се доноси по веома сложенем и поступку, не може да се доводи у питање, нити спор може бесконачно да се обнавља, осим изузетно, и то у тачно одређеним случајевима, што значи да судски акт има карактер непроменљивости, неопозивости и ненападљивости. На тај начин, суд прецизира диспозицију опште норме и доноси појединачну санкцију која одговара конкретном појединачном случају.

Да би остварили своју улогу, судски органи су посебно пажљиво организовани према начелу судске независности. Зато је најстроже забрањено свима, па и највишим државним органима, да суду 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. Кад се то догоди коришћењем амнестије и помиловања, судска пресуда не престаје да важи. Она је и даље пуноважна, само се поништава примена у њој изречене санкције.

Најважнији судски акти су пресуде, а затим решења и друге одлуке судова. *Пресуда* садржи појединачну (индивидуалну) норму којом се одређују конкретна овлашћења и обавезе странкама у спору, утврђује постојање кривице и одмерава њен степен. Она се доноси на крају судског поступка и састоји се из четири дела: *увода* (који садржи основне податке о суду, странкама и спору), *изреке* (осуђујуће или ослобађајуће одлуке), *образложења* одлуке и *поуке* 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 и чињеничних питања. Пресуда се проглашава усмено и странкама доставља написмено, од кад тече рок за улагање правног лека (жалбе или неког другог).³⁸⁹

³⁸⁸ Р. Лукић, стр. 265.

³⁸⁹ N. Visković, стр. 194.

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 улазе у састав фактичког дела правног поретка. На крају се правне норме тумаче и утврђују се чињенице, на основу чега се право непосредно примењује, производећи одговарајућа дејства у стварности.

І глава СУБЈЕКТ И ОБЈЕКТ ПРАВА

Друштвени и правни појам личности. Правна личност као субјект права. Субјект права као носилац правне способности и правни агент. Врсте субјеката права. Физичко лице: пасивна способност физичког лица – правна способност (стицање и губљење: nasciturus и рођење, физичка и цивилна смрт; потпуна и делимична правна способност физичког лица) и активна способност физичког лица - пословна, политичка, деликтна и процесна; потпуна и делимична пословна способност. Правна свест и непознавање правне норме. Идентитет физичког лица. Правно лице: појам и настанак. Пасивна и активна способност правног лица. Теорије о суштини правног лица: теорија фикције, теорија негације и теорија реалности. Елементи и главне врсте правних лица: удружења, установе, задужбине, фондације, фондови, легати. Идентитет правног лица. Заступник. Људске радње у односу на право (слободне и правом регулисане, психичке и телесне, итд). Форма материјалног акта. Објект права.

1. Правна личност, субјект права и њихове врсте

Личност (лице, особа, персона, одн. *persona*, *Persönlichkeit*, *person*, *personne*, *ипрозојон*) представља друштвени појам који се у праву претвара у правну личност, физичко или правно лице, коме је признато својство субјекта права. Зато су личност и субјект у праву исто. Једино је друштвени појам личности шири од правног појма субјекта. Сходно томе, субјект права је посебна врста друштвене личности.

Право не може да постоји без личности, јер је оно због њих и створено. Зато су сви људи субјекти права. Ипак, постојали су пореци у којима сви људи нису били субјекти, већ објекти права, као што и од римског права до данас постоје организације (установе, удружења, задужбине, итд) које су такође субјекти права.

Оне нису људи, иако су састављене од њих, што показује да човек сам по себи није једини субјект права. Исто тако, кад се човек посматра као субјект права, може да се примети како неки субјекти права имају развијену свест и вољу, док други ту свест и вољу намају, због чега не могу да схвате правне норме, нити да се по њима владају. Па ипак, и таква лица се сматрају субјектима права, јер им право ставља нешто у корист или на терет, и то без обзира на њихову свест и вољу. У посебном, *ужем* смислу, субјект права је само оно лице које је подвргнуто позитивном праву државе. Као такво, оно располаже са три важна својства: могућношћу поседовања (власништва), способношћу или надлежношћу за стварање правних аката (правотворством) и способношћу да одговара за своје противправне поступке (правна одговорност). Сва три својства, узета заједно, сачињавају јединствен појам субјекта права (поседника, ствараоца права и правно одговорног лица).

Правни субјект је носилац правне способности, тј. овлашћења и обавеза. Правна способност је пасивна, јер се помоћу ње за субјекта везују правом утврђена овлашћења и обавезе (супружника, наследника, власника, повериоца, дужника, итд.). Правна способност се стиче или рођењем физичког лица, или оснивањем и регистрацијом правног лица. И обратно, она се губи или физичком смрћу, или гашењем и исписом правног лица из регистра.

Од субјекта права, који је увек носилац правне способности, треба разликовати лице (физичког и правног субјекта) које као носилац пословне способности може свесно и вољно да поступа по правним нормама. Такво правно и пословно способно лице назива се *правни ајент*. Поступајући по правним нормама, оно може да дела у свом или туђем интересу. У првом случају реч је о власнику, а у другом о заступнику. *Заступник* је дакле самостална и посебна врста правног агента, који само за друга физичка и правна лица врши одређене послове, и то у њиховом интересу. Он увек дела у име заступљеног лица (заступљеника), тако да је то лице (а не заступник као правни агент) субјект правног посла. На пример, право сматра да је пословно неспособно лице закључило уговор о купопродаји преко заступника, што значи да је оно субјект права својине на купљеној ствари.

Постоје три врсте заступања и заступника: *законско* заступање (родитељ је законски заступник свог малолетног детета или директор свог предузећа), *стипарашељско* заступање (кад *стипарашељ* на основу пресуде или решења надлежног органа заступа малолетно лице без родитеља или неурачунљиво лице) и *ујоворно* заступање (кад пословно способно лице има свог заступника, адвоката, због службеног пута посла или болести). Однос између заступника пословно способног лица и заступаног сличан је односу између заступника и заступљеника пословно неспособног лица.³⁹⁰

И правно лице може да има свог посебног заступника, који се јасно разликује од његовог органа (адвокат који заступа неко предузеће).

Као што може да се примети, правна способност као пасивно својство и пословна способност као активно својство субјекта права, нису његова природна

³⁹⁰ Видети: N. Visković, стр. 210-211.

већ правна својства, које правни поредак признаје људима (физичким лицима) и њиховим творевинама (правним лицима).³⁹¹

1.1. Физичко лице

Човек, појединац, као правни субјект, представља физичко лице. Сходно томе, свако физичко лице је субјект права. Као такво, оно је субјект пасивне и активне (делатне) способности.

Пасивна способност физичког лица да буде носилац правних овлашћења и обавеза, назива се *правна способност*. Правну способност имају сви субјекти права. Она се стиче рођењем, а под одређеним условима и пре рођења, какав је случај са правилом које је утврђено већ у старом римском праву, да се зачето а нерођено дете сматра рођеним кад је то у његовом интересу (*nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur*). Данас је све присутнија потреба да се „човеку у настајању” призна правна способност, како би се нерођено људско биће и правно заштитило од повреда (физичких, хемијских, итд). Сходно томе, право и њему пружа одговарајућу кривичноправну и приватноправну заштиту.³⁹² И обратно, правна способност физичког лица престаје његовом физичком смрћу, под условом да се зна кад тачно настаје физичка смрт (зашта се користе праксом утврђени форензички стандарди: боја, мирис, облик, итд). Ипак, наука ни данас не може потпуно прецизно да одреди тачан час рођења и смрти, а још мање да објасни сам њихов чин. Правна способност, исто тако, престаје судским проглашењем несталог лица за умрло. Некад, у Наполеоновом *Codé civil*-у, постојала је установа тзв. *цивилне смрти*, која се односила на лица осуђена на смрт, доживотну робију или трајно прогонство. Проглашавајући њихову правну смрт пре физичке смрти, право је гасило сва њихова права и обавезе, преузимајући на себе да регулише затечена имовинска и породична овлашћења и обавезе осуђеника.

Данас је *јошвијуна* правна способност синоним за субјекта права као таквог, иако може да се говори и о *делимичној* или *ојраниченој* правној способности (зачето а нерођено дете, привремено нестала лица или осуђеници делимично лишени својих грађанских права).

Активна (делатна) правна способност физичког лица је строже одређена од његове пасивне правне способности. Наиме, право се не задовољава само тим да субјекту призна правну способност. Оно, исто тако, захтева да је физичко лице користи, али не самовољно, већ под одређеним условима. Зато право познаје и признаје субјектима права тзв. активну (делатну) способност, која није ништа друго до скуп овлашћења физичких лица да правно делају, тј. да својим свесним и вољним радњама изазивају одговарајуће правне последице за себе и друге, и то независно од тога да ли су оне сагласне (законите) или противне праву (прекршаји, деликти). Сходно томе, активна способност субјеката је изведена из њихове пасивне

³⁹¹ Видети: Р. Лукић, стр. 280-288. и N. Visković, стр. 207-211.

³⁹² Г. Вукадиновић, Р. Степанов, стр. 323.

способности. Ко није пасивни поседник овлашћења и обавеза, не може активно да дела у правном саобраћају.

Активна (делатна) правна способност састоји се из пословне, политичке, деликтне, процесне, брачне, породичне итд. способности субјекта права.

Пословна способност представља способност физичког лица да својим радњама заснива овлашћења (права) и преузима дужности (обавезе).

Посебно важан облик изражавања пословне способности у чисто друштвеном смислу представља тзв. *полицичка способност* субјекта, која је у демократским порецима садржана у праву грађана да бирају друге, али и да сами буду изабрани за носиоце јавних функција на одређено време. То друго, пасивно право да се буде изабран, нешто је строжа постављено кад је реч о највишим државним функцијама.

Деликтна способност састоји се у способности сваког учесника у правном саобраћају да се огреши о право, чак и мимо своје свести и воље, тј. да изврши противправну радњу, носећи одговорност због ње. У том смислу, деликтна одговорност представља подложност прекршиоца правне норме санкцији. Та одговорност се одређује према старосном добу. Данас се потпуна деликтна способност стиче пунолетством, док је за лакше прекршаје (деликте) предвиђена посебна, тзв. малолетничка деликтна одговорност.

Процесна способност, пак, састоји се у овлашћењу и обавези неког субјекта да буде пасивна или активна страна у спору. Без располагања процесном способношћу нико непосредно и правно ваљано не може да оствари своја оспорена права и интересе пред надлежним органом.

Потпуна пословна способност стиче се пунолетством (како где, од 16 до 25 година живота). Али, право и пре пунолетства може физичком лицу да призна тзв. *делимичну* или *ограничену* пословну способност. Сходно томе, прави се разлика између тзв. млађих малолетника, старијих малолетника и пунолетних лица. За *млађе малолетнике* (обично од 14 до 16 година), надлежни су родитељи или старатељи (кад немају родитеље или кад родитељи не могу да их васпитавају или издржавају). За *старије малолетнике* (обично од 16 до 18 година), више нису потпуно надлежна поменута лица, јер и они могу самостално да закључују неке послове (мање вредности или значаја, да ступе у радни однос, располажу стеченом зарадом, итд). Ипак, старији малолетници могу да закључе световни брак, али на основу претходне судске одлуке и уз претходну сагласност родитеља или старатеља. На тај начин, њима је призната пословна способност као да су пунолетна лица, али само за конкретну ситуацију коју је одобрио судски орган (у овом примеру, за закључење брака). Таква пословна способност, дакле, није иста са пословном способношћу *пунолетних лица*. И, тек стицањем пунолетности, таквим младим лицима право признаје *пунолетну* или општу пословну способност, укључујући ту и њихову активну и пасивну политичку способност, што значи да та лица самостално могу да закључују све правне послове које правни поредак не забрањује, као и да под истим одговарајућим условима учествују у јавном животу. Наведене

разлике између малолетних и пунолетних лица данас се све више ублажавају, посебно између старијих малолетника и пунолетних лица у погледу старосног доба за активно укључивање у правне послове.

Физичко лице може и да буде лишено пословне способности због душевног обољења, умне заосталости, злоупотребе опијата, старачке деменције, итд, што значи да активна правна способност физичког лица (пословна, политичка, кривична и процесна) може да буде ограничена добом живота, здрављем или правним одлукама. То лишење може да буде потпуно или делимично, већ у зависности од тога у којој је мери утврђена неспособност лица за здраворазумско расуђивање на основу стандарда „просечног грађанина”. Али, исто тако, она може да буде ограничена због расе, нације, порекла, пола, вере, имовине, итд, каквим примерима обилује људска историја.

Располагање активном правном способношћу подразумева постојање свести и воље физичког лица. Та *правна свест* (и воља) састоји се у *познавању права*, као и у *ставау према праву* (негативном или позитивном). Али, хоће ли човек да поштује или да прекрши правну норму, то не зависи само од његовог става према норми, већ и од других околности које окружују субјекта и норму. С друге стране, и непознавање правне норме на неки начин представља саставни део правне свести, и то у облику одсуства познавања права или става према праву. И оно се односи на активног субјекта права и састоји се у томе што *непознавање норме* шкоди (*ignorantia legis nocet*). Али, право под одређеним условима и околностима, изузетно може да дозволи и одступање од тог правила.

Идентификација физичког лица одређује се на основу његовог личног имена, пребивалишта и држављанства. На основу тога, физичка лица стичу и остварују своја приватна и јавна субјективна права (на пример, бирачко право). Место пребивалишта се користи како за примену материјалног права, тако и за примену процесног права, за одређивање месне (територијалне) надлежности, укључујући ту 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).

1.2. Правно лице

Субјекти права су поред физичких лица и правна (морална) лица. Такве друштвене творевине, којима је признато својство субјекта права, називају се правним лицима.

Правно лице је творевина која представља довољно организовану и уобличену целину, тако да се јасно издваја од других сличних људских творевина. Иако те творевине немају своју посебну свест и вољу, оне су ипак признате као субјекти права, као и физичка лица која такође ту свест и вољу немају. Као таква, правна лица представљају центар интереса и делатности људи, располажући овлашћењима и обавезама које одговарају њиховој природи и циљу због кога су

створена. Та овлашћења и дужности не могу да буду везани за својство човека да буде родитељ, супружник или да располаже одређеним грађанским правима.

Први облици правних лица настали су у старом Риму (акционарска друштва, принципсова државна благајна, итд). Ипак, тек је у XVII веку први И. Проције сковао израз „правно лице”, како би њиме означио тадашња удружења и корпорације које још нису биле бројне.³⁹³ И тек у XIX веку, кад је развијена привреда довела до увећања капитала, повећан је број правних лица, чиме је повећан и њихов друштвени значај. Даљим развојем друштва, појам правног лица се проширује на најразличитија удружења, установе и задужбине. Ширењем синдикалне борбе и јачањем улоге синдиката, образују се политичке странке и друге врсте удружења, што доводи до тога да се поједине територијалне јединица, па чак и сама држава, схвате као правно лице. На тај начин је образован савремени појам правног лица.

У правној науци постоје три главне теорије којима се објашњава *суштина правног лица*. Према првој и најстаријој, тзв. *теорији фикције*, правно лице се сматра привидним, вештачким субјектом права. Према другој, тзв. *теорији нејације*, негира се субјективитет правног лица као таквог, тј. сматра се да је реч о пуком скупу физичких лица који су једини носиоци овлашћења и обавеза. И, најзад, према трећој, тзв. *теорији реалности*, признаје се субјективитет правном лицу, које се сматра једним центром делатности и интереса. Сходно томе, правно лице представља посебну друштвену и правну творевину која располаже односним овлашћењима и обавезама, исто као и физичка лица. Његова суштина састоји се у томе што је реч о друштвеној организацији у којој учествује више људи који врше извесна овлашћења и дужности, с тим што одређене правне последице нису урачунате непосредно њима, већ целој организацији, тј. правном лицу. То значи да је правно лице субјект права без способности да „лично”, непосредно врши своја овлашћења и обавезе. У место њега то чине његови органи кад делају као његови заступници. Сходно томе, правно лице као целина има извесна овлашћења и обавезе не само према другима, већ и према властитим члановима који га сачињавају.³⁹⁴

Правно лице је сложена творевина. Зато у главне *елементе правног лица* спадају: његов циљ, средства којима располаже, чланство, органи, статут, јединственост и идентитет.

Правна лица се оснивају за постизање најразличитијих циљева (економских, политичких, државних, просветних, здравствених, итд). Ти циљеви морају да буду правом допуштени, што значи да држава може да забрани правна лица која су основана за постизање правно забрањених циљева. Правна лица такође располажу средствима које њихово чланство користи ради остваривања одговарајућих резултата (имовином, апаратом, механизмима). Међутим, правно лице није само пуки збир људи. Оно је пре један колектив, који располаже специјализованим органима за вршење тачно одређених врста послова. Ти органи руководе правним

³⁹³ Г. Вукадиновић, Р. Степанов, стр. 327-328.

³⁹⁴ Р. Паунд, II књига, стр. 93-529.

лицем, представљају га споља и изнутра, ступају у правне односе, стичу, мењају и гасе права и обавезе правног лица, итд. Као такви, они нису само овлашћени, већ су и обавезни да обављају послове из свог делокруга, с тим што се њихове радње урачунавају правном лицу, а не члановима који му позајмљују своју свест и вољу. Ипак, у правној науци се прави разлика између заступника и органа правног лица. Заступник је самосталан правни субјект, одвојен од правног лица, док је орган састојак правног лица. Исто тако, свако правно лице располаже правним правилима. Зато се за њега и каже да је то правилима уређена организација. Том приликом, треба разликовати правила која поставља законодавац од унутрашње регулативе самог правног лица (статут, правилници, пословници, итд). Наравно, статут је најважнији унутрашњи акт правног лица, јер се њиме регулише све оно што је посебно важно за постојање, уређење и функционисање правног лица. На тај начин се постиже да правно лице наступа јединствено у правним односима, због чега је оно деперсонализовано. Исто тако, правно лице нема прописано трајање, осим изузетно. Зато оно надживљава своје чланове, чиме се потврђује његов континуитет. Најзад, идентитет правног лица се одређује на основу његовог имена, седишта и, евентуално, држављанства.

Постоје различите поделе и врсте правних лица. Основна је *подела* правних лица на јавна и приватна. *Јавна* правна лица су држава, покрајина, регион, општина и друге територијалне јединице, а затим јавне установе (болнице, факултети, музеји, итд) и јавна предузећа (у областима електропривреде, комуникација, транспорта, електропривреде, итд). *Приватна* правна лица су различита трговачка друштва, приватна предузећа, културне, научне, хуманитарне и друге организације.³⁹⁵

Унутар наведене основне поделе на јавна и приватна постоје три главне *врсте* правних лица: удружења, установе и задужбине. *Удружења* (*universitas rerum* или *bonorum*) сачињавају чланови који су тако тесно међусобно повезани да без њиховог својства и одређеног броја она не могу да постоје (на пример, Удружење ликовних уметника Србије или Удружење ловаца Србије). Удружења се дакле састоје у првом реду из лица која су његови чланови, па тек у другом реду из материјалних средстава. Разуме се да је прелаз из удружења у установе често неосетан, јер и удружења могу да оснују установе. *Установе* (*universitas personarum*) су више одвојена од људи, тако да постоје независно од њих. Оне немају чланове који их чине, већ управне органе и људе који могу да се користе установама иако нису њихови чланови и немају никакву власт у њима (на пример, оснивачи универзитета). Зато се и каже да се установе састоје у првом реду из извесних материјалних средстава која су одређена да служе за неку сврху, док људи који улазе у њихов састав та средства треба наменски да употребљавају, служећи и сами као нека врста средстава. За разлику од удружења и установа, *задужбине* представљају такву врсту правног лица које оснива или неко физичко, или неко правно лице својом несумњивом изјавом воље. Да би задужбине настале потребно је да постоји јасна изјава воље о намери за њиховим оснивањем, да је одређена сврха задужбина, као и

³⁹⁵ N. Visković, стр. 209.

да је одређена имовина која треба да послужи за постизање намењене сврхе, и то уз одобрење надлежног државног органа. Задужбине могу да се оснују или правним послом међу живима (*inter vivos*), или тестаментом (*moris causa*), али изјава воље оснивача задужбина увек представља једнострану, формалну правну посао. Задужбине се оснивају због постизања различитих циљева, али готово увек због тога да се заједници и после смрти на неки начин лично помогне. Због тога задужбине, по правилу, носе имена својих оснивача. У јавном праву, задужбине се називају *заводи*. Заводи располажу само специјалном пословном способношћу.

Од задужбина треба разликовати *фондације*, које су добротворне установе као и задужбине. Уобичајено се сматра да се фондације разликују од задужбина према лицима која их оснивају (фондације по правилу оснивају правна, а не физичка лица), с тим што као саоснивачи могу да им приступе друга физичка и правна лица, итд. Такође, од фондација треба разликовати *фондове* и *лејаше*, којима наменски могу да располажу одређена физичка и правна лица (на пример, фонд за награђивање Светосавских темата на Београдском универзитету или легат Бранислава Нушића).

И правно лице, као и физичко, има свој *идентитет*. Он се одређује на основу назива, седишта и, евентуално, „држављанства” правног лица. На основу седишта, правна лица стичу и остварују своја права. Место пребивалишта се користи за примену материјалног и процесног права, као и за одређивање месне (територијалне) надлежности, укључујући ту и област међународног приватног права (у случају сукоба правних норми које се тичу статусних односа, надлежно право се одређује како према држављанству правног лица, тако и према месту његовог седишта).³⁹⁶

Најзад, захваљујући развоју информатичких технологија које неосетно али убрзано мењају свет наших појмова у истој мери као и наше физичко окружење, поред физичких и правних субјеката права (физичких и правних лица) која реално постоје, данас може да се говори и о трећој врсти субјеката права, *извиртуелним субјектима права*, који реално не постоје. Ипак, то суштински нису нови субјекти, већ исти они субјекти: физичка и правна лица, само удаљенији од праве стварности, на коју дејствују из те виртуелне (правне) стварности (*eBay, eGovernment*, итд). Тим правним проблемима посебно се бави једна сасвим млада правна дисциплина у наглом развоју: Компјутерско право (*Computer Law*).

2. Људске радње у односу на право

Правни субјект може нешто да чини или не чини. Те његове конкретне радње представљају *прави* елемент фактичког дела правног поретка, јер читава сложена зграда правног поретка почива на људским радњама. Она не служи ничем другом, осим томе да се радње свих односних субјеката врше сагласно праву.

Право регулише све људске радње, које се деле на слободне и правом регулисане.

³⁹⁶ Видети: Г. Вукадиновић, стр. 171-174.

Слободне радње су све оне радње којима право не одређује како субјекти треба да се понашају, сходно изреци да је слободно све што правно није забрањено. То значи да ни оне нису потпуно слободне, јер могу да се врше само у претходно одређеним правним оквирима. Сходно томе, у ужем смислу, слободне су само оне радње које су као такве изрично проглашене. У ширем смислу, пак, слободне су све радње које нису изричито забрањене. Ово друго схватање преовлађује у демократским порецима.

Правом рејулисане радње су све оне радње које право или наређује (правне обавезе), или забрањује (прекршаји, деликти), или допушта (правна овлашћења: субјективно право, надлежност и право на правну заштиту, тј. право на тужбу).³⁹⁷

Људске радње могу и другачије да се разврстају: према свом саставу на психичке (правни акти или други психички акти: умишљај или нехат) и телесне (позитивне, чињење, и негативне, нечињење); према основним облицима друштвених делатности на биолошке, економске, политичке, образовно-научне, верске, културне, породичне, радне, управне, судске, итд; према томе да ли се радња састоји из материјалних покрета или језичке (говорне или писане) активности на физичке (предаја ствари) и језичке (сведочење); према томе да ли се њима врши власт или не, на радње неједнакости и једнакости субјеката права; на радње стварања и радње примене права, итд.

3. Објект права

Под правним објектом се обично подразумева ствар (*res, thing, chose, Sache*), део спољашњег, материјалног света, који по правилу 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.³⁹⁸ Сходно томе, објект права нису само ствари, тј. материјални предмети (земља, кућа, кола, намештај, итд). То може да буде и енергија (која очигледно није ствар), али и преносива субјективна права, производи људског духа (научна и културна дела) или лична добра (дневници, фотографије, преписка, итд). Некад је и човек био објект права (роб и кмет), што данас није случај. У савременом праву, уместо живих људи, објект права све чешће постају делови људског тела.³⁹⁹ Најзад, објект права нису само добра настала људском делатношћу (радњама), већ је то и сама та делатност (сврсисходна људска активност, људска радна енергија, рад).⁴⁰⁰

Као што може да се примени, субјект права не може прецизно да се одреди без појма објекта права. Сходно томе, не могу да се одреде ни правни односи у које ступају субјекти поводом најразноврснијих објеката права.

³⁹⁷ Видети: Р. Лукић, стр. 288-289. и N. Visković, стр. 212-213.

³⁹⁸ Видети: Р. Паунд, II књига, стр. 669-676.

³⁹⁹ Видети: Г. Вукадиновић, стр. 174-175.

⁴⁰⁰ Видети: Р. Лукић, стр. 279, N. Visković, стр. 212. и Г. Вукадиновић, стр. 174.

II глава

ПРАВНИ ОДНОС И ПРАВНА ЧИЊЕНИЦА

Правни однос као врста друштвеног односа. Који су друштвени односи правни. Подела правних односа (апстрактни и конкретни, приватноправни и јавноправни, прости и сложени и друго). Састав правног односа: правно овлашћење и правна обавеза, и њихов однос. Врсте правног овлашћења: субјективно право (појам и природа: теорија воље, теорија интереса, вољно-интересна теорија; подела и врсте субјективног права: апсолутна и релативна, преносива и непреносива, јавна и приватна), надлежност (појам, природа, разлика између субјективног права и надлежности) и право на правну заштиту (право на приступ суду и право на тужбу). Злоупотреба правног овлашћења: злоупотреба субјективног права (субјективна теорија, објективна теорија, теорија вредновања) и одговорност за ризик, злоупотреба надлежности (злоупотреба државне власти) и злоупотреба права на правну заштиту. Правна обавеза. 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.

1. Појам, састав и врсте правног односа

За правне односе се обично каже да су друштвени односи регулисани правом. Они настају или спонтано, тј. независно од права (на пример, брачни однос или однос родитеља и деце), или свесно-плански, кад њихово настајање изазива право (на пример, 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 претварање обичне стварности у правну.⁴⁰¹

Правни односи проистичу из правом утврђених овлашћења и обавеза односних субјеката. То су „односи зависности у форми права и дужности”.⁴⁰² Они нису прост скуп права и обавеза, већ њихов уређен систем, у коме сваком правном овлашћењу одговара иста таква правна обавеза. Сходно томе, правни односи представљају друштвене односе у којима су субјекти овлашћења и обавеза дужни да се понашају по правним нормама. Као такви, они су нужан саставни део правног поретка, јер су неопходни за остваривање правних норми. Преко њих се нормативни део правног поретка (правне норме) повезује са његовим фактичким делом (људским понашањем по нормама), омогућавајући да се право испољи и делује у стварности.

Број правних односа је веома велик, готово неизмеран. И сви они су регулисани правним нормама. Правом су посебно подробно уређени економски и политички односи. Али, то не значи да су сви ти друштвени односи правни, како би могло да се помисли, јер постоје односи који су регулисани друштвеним, а не правним

⁴⁰¹ Р. Лукић, *Методологија права*, стр. 218.

⁴⁰² Видети: Т. Живановић, III књига, стр. 214-220.

нормама. Поред њих, нису правни ни друштвени односи који представљају правну празнину, као ни односи субјеката према добрима, најчешће стварима. Као што може да се примети, „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”.⁴⁰³ 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.

Пошто је правни однос увек регулисан правном нормом, он настаје испуњавањем одговарајућих услова у норми. То може да буде само једна општа норма из које се непосредно изводи или заснива правни однос (однос грађана према дужности да бране земљу), или једна општа и једна појединачна норма (однос плаћања пореза), или, пак, само једна појединачна норма (случај правне празнине). Том приликом, различит степен правног регулисања друштвених односа различитим правним нормама, не утиче на њихов правни карактер.⁴⁰⁴

У правној науци се различито одређује *састав његовог односа*, тј. његови елементи. Према једнима, правни однос се састоји из четири елемента: правног овлашћења, правне обавезе, субјекта и објекта права. Према другима, он се састоји из три елемента: правног овлашћења, правне обавезе и субјекта права. Према трећима, правни однос се састоји само из два елемента: правног овлашћења и правне обавезе.⁴⁰⁵ Изгледа да је треће схватање најближе истини, јер, пре свега, правни односи, као и сви други односи, настају само између лица, субјеката права. Они не могу да настану између лица и ствари или између две ствари. Али, правни субјекти нису елемент правних односа, већ њихова нужна претпоставка. Прво морају да постоје субјекти, па тек онда може, али и не мора, да настане правни однос. То важи и за објект права, који је предмет правног односа, а не његов састојак. Да нема предмета (неког добра) правни односи готово да не би постојали. Сходно томе, сваки правни однос се састоји само из два главна елемента: правног овлашћења и правне обавезе, који су атрибути субјеката права, при чему овлашћење једног субјекта подразумева постојање обавезе другог субјекта поводом неког правног добра.

Постоје различите *врсте његових односа*. Основна је њихова подела на апстрактне и конкретне правне односе. *Апстрактни* правни односи представљају синтетичку апстракцију добијену из низа конкретних правних односа, њихов генус, који се односи на апстрактне субјекте, садржећи апстрактно правно овлашћење и обавезу (односи између свих родитеља и деце, свих купаца и продаваца, свих супружника, итд). Као такви, они су „скуп нормативних значења”.⁴⁰⁶ *Конкретни* правни односи настају у тренутку примене правне норме у конкретnoj

⁴⁰³ Р. Лукић, *Увод у његово*, стр. 269.

⁴⁰⁴ Р. Лукић, стр. 268.

⁴⁰⁵ Г. Вукадиновић, стр. 168.

⁴⁰⁶ N. Visković, стр. 205.

друштвеној ситуацији, и то између конкретних правних субјеката као носилаца конкретног правног овлашћења и обавезе (однос између конкретног купца / Јанка/ и конкретног продавца /Марка/ поводом конкретне ствари /хлеб/ која је продата за тачно утврђен новчани износ /30 динара/). Апстрактни правни однос је пројекција правотворца, а конкретни реализација апстрактног односа у конкретном случају. Стога се апстрактни односи остварују само преко конкретних правних односа.

Друга важна подела правних односа је на *једнострано обавезујуће* и *двострано обавезујуће*. У првим, само једна страна, тј. један или више субјеката, има према другој страни правну обавезу, док друга страна према првој има само правно овлашћење (на пример, однос издржавања између родитеља и деце или однос између пореских обвезника и државе). У другим, свака страна, тј. један или више субјеката, има према другој страни и овлашћења, и обавезе (на пример, 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). Сходно томе, једнострани правни односи садрже једно правно овлашћење и једну правну обавезу, док двострани правни односи садрже два правна овлашћења и две правне обавезе.

Правни односи такође могу да се поделе на *приватноправне* (између приватних лица или организација) и *јавноправне* (између приватних лица и државе или између држава). Они такође могу да се поделе на *једноставне* и *сложене*, кад из једног истог правног односа настају иста или различита правна овлашћења за више субјеката, при чему се сам правни однос не мења (на пример, право запослених на месечну плату). Исто тако, према врстама добара на која су усмерена правна овлашћења и правне обавезе, они могу да се поделе на радне, грађанске, породичне, трговачке, кривичне, међународне, итд.⁴⁰⁷

2. Правно овлашћење

Правно овлашћење представља могућност одређеног субјекта да се понаша на начин који дозвољава и штити правни поредак. То његово овлашћење нико не сме да оспорава, а понашање да спречава, што значи да је односни субјект обавезе дужан да трпи понашање овлашћеног субјекта (да буде пасиван, да се уздржава) или, пак, да се понаша онако како субјект овлашћења одређује (да буде активан, да учини захтевано). У противном, он чини прекршај.⁴⁰⁸ На пример, ако је неки субјект овлашћен да вози своја кола, сви други субјекти су обавезни да га у томе не ометају. Али, ако је субјект овлашћен да захтева враћање својих кола која је позајмио другом, субјект обавезе је дужан да му кола врати у договорено време или на његов захтев.

⁴⁰⁷ Исто, стр. 206-207.

⁴⁰⁸ Р. Лукић, стр. 269.

Овлашћење се даје субјекту да би могао да оствари неки интерес. Сходно томе, постоје две главне врсте правног овлашћења: субјективно право и надлежност, која су обезбеђена трећом врстом правног овлашћења, тзв. правом на правну заштиту.

Пошто наведене врсте овлашћења могу да се злоупотребе, то може да се говори о њиховој злоупотреби.

2.1. Субјективно право

*Igeja subјektivnoј љрава (right, subjectiv Recht, derecho subjectivo, diritto sugettivo, droit subjectiv)*⁴⁰⁹, наспрот објективном праву, веома је стара.⁴¹⁰ Изгледа да је њено порекло и настанак могуће довести у везу са хришћанством и учењима св. Августина и каснијих правника-сколастичара. Међутим, идеја субјективног права је добила замах тек у модерној школи природног права. Према И. Гроцију, субјективно право представља „реалност која претходи закону”. Оно „потиче из природе и означава могућност или способност да човек чини или не чини неке ствари”. У XVIII и првој половини XIX века, сматрано је да човек тако може да поступа јер се „слобода као правна појава” изражава управо кроз „природна субјективна права”.⁴¹¹ У другој половини XIX века, пак, идеја субјективног права се разматра позитивистички и доводи у везу са државом као стожером правног поретка, с тим што се истиче разлика између објективног и субјективног права. Према Ж. Карбонијеу, између „великог” (објективног) и „малог” (субјективног) права постоји директна веза: „објективно право је скуп правних правила, а субјективно право – *моћ*, способност *делања*”. Сходно томе, субјективно право означава могућност правног субјекта да се понаша на правно одређен начин (*facultas agendi*)”.⁴¹²

Субјективно љправо представља могућност одређеног субјекта да се понаша у свом интересу, који дозвољава и штити правни поредак (право својине, закупа, право на слободу кретања, итд). То је дакле врста правног овлашћења (субјективног права) које припада субјектима на основу правних норми (објективног права), и то ради заштите сопственог интереса, што значи да је у одређеним границама субјект права потпуно 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 или не, итд. Чак и кад одлучи да своје овлашћење не врши, он је потпуно слободан у томе, тј. не чини прекршај.⁴¹³

Природа субјективној љрава се различито одређује у правној науци. Према *љтеорији воље* (Б. Виншајд), суштину субјективног права чини моћ или господарство воље, које титулара субјективног права чини меродавним за начин

⁴⁰⁹ Видети: Г. Вукадиновић, стр. 177.

⁴¹⁰ Видети: М. Поповић, *Појам субјективној љрава*, Београд, 1975.

⁴¹¹ Г. Вукадиновић, стр. 176.

⁴¹² Наведено према: Г. Вукадиновић, *истио*. Видети: Ж. Карбоније, *Правна социологија, истио*.

⁴¹³ Р. Лукић, стр. 269-270.

коришћења овлашћења која му је правни поредак ставио на располагање. Према *теорији интереса* (Р. Јеринг), право не постоји због воље, већ воља због права, што значи да субјективна права служе интересима правног саобраћања. Сходно томе, субјективна права су „правно заштићени интереси”. И, најзад, према синтетичким, тј. *вољно-интересним теоријама* (Г. Јелинек, а код нас Ђ. Тасић и Р. Лукић), природа субјективног права почива на међузависности воље и интереса. Сходно томе, субјективно право је од „правног поретка призната и заштићена моћ воље која је усмерена на добро или интерес” (Г. Јелинек).⁴¹⁴

Број субјективних права је изузетно велик, такорећи немерљив, чак и кад је реч о појединачном субјекту. Ипак, сва та права могу да се разврстају према различитим мерилима. Најважнија је њихова подела на *ајсолућна* (стварна) и *релативна* (облигациона, лична). Обично се каже да су права на стварима (*ius in rem*) апсолутна, за разлику од релативних, која се састоје из права према неком лицу (*ius in personam*). Ипак, тачније је рећи да прва делују према свима (*erga omnes*), а друга само између страна (*ad personam*). Сходно томе, субјект обавезе су у првом случају сва друга могућа лица, а у другом случају, само тачно одређено лице или више њих, и то она која се налазе у облигационом односу са субјектом овлашћења. Код апсолутних права познат је само субјект овлашћења, док је субјект обавезе апстрактан, све док не повреди то право. И тек њиховом повредом, настаје захтев за заштиту тих права. Код релативних права, пак, познате су обе стране, пошто је правни однос потпуно персонализован. Тиме је олакшано подношење захтева за заштиту повређеног права. Међутим, и апсолутна права су права према лицима, само посредно, поводом ствари. У наведену поделу субјективних права на апсолутна и релативна, убрајају се и тзв. *корпоративна права*, као трећа сложена врста субјективних права (управљачка, имовинска, итд.).

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

Субјективна права такође могу да се поделе на *приватна* и *јавна*, према томе коме су упућена. Субјективна приватна права настају из односа међусобно равноправних субјеката (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.). Такође, постоје поделе субјективних права на *позитивна* и *непозитивна*, *дискрециона* и *официјелна*, *самостална* и *несамостална*, итд.⁴¹⁵

Најважнију врсту субјективног права представља *својина*, власништво (*potestas*). Али, док је својина као институција постојана, то се не може рећи и за промену њених појавних облика. На пример, у XVIII и XIX веку најважнија противуречност са приватном својином постојала је између појединачног

⁴¹⁴ Г. Вукадиновић, *истио*.

⁴¹⁵ *Истио*.

власништва над основним средствима у индустрији и колективног карактера индустријског радног процеса. Та противуречност је довела до изузетно значајних својинских промена.

Прва промена састојала се у тражењу најподеснијег облика заједничког власништва, којим би могао да се изрази колективни карактер радног процеса у индустрији, јер су се радници све више и све боље организовали, супротстављајући се власницима средстава за производњу у преговорима око висине надница (најамница) и услова рада, развијајући специфичне облике колективне самопомоћи и слично.

Друга промена огледала се у издвајању из јединственог појма власништва његових саставних делова (права употребе, коришћења и располагања својном) који су пренети на различите субјекте - носиоце тих посебних врста овлашћења. Захваљујући томе, деоничарско друштво као модерна корпорација више није било пука копија римске институције савласништва (*societas*), јер је деоничару власништво и формално давало право да утиче на употребу и располагање индустријским власништвом (одлучивање на скупштини деоничара, избор пословодства у предузећу и слично), као и право на учествовање у расподели добитка. На тај начин, *деоничарско власништво* је произвело сличан ефекат према власнику производних средстава какав је својевремено произвело *приватно власништво* над средствима за производњу у индустрији: обезличило је власника као што је приватно власништво обезличило радника, учинивши их лако заменивим чиниоцима процеса производње. Појава деоничарског власништва и корпорација, дакле, убрзало је даље раслојавање у области рада и капитала.

Трећа промена је заснована на противуречностима индивидуалног власништва над производним средствима и колективног радног процеса у индустрији. У таквим условима, држава се показала као потенцијално дорасла институција сталном јачању капиталистичких организација у индустрији и другим гранама привреде. Штавише, због све веће демократичности у избору законодавца, ниједна од две главне стране: власници и радници, нису у таквој држави видели искључиво спољашњу и непријатељску силу, већ и шансу за политичко јачање свог утицаја. У томе су власници били успешнији од радника. На крају, и сама држава је постала власник (*државно власништво*), потпадајући под норме којима је власништво регулисано.

2.2. Надлежност

Надлежност представља могућност одређеног субјекта да се понаша у туђем интересу, старајући се о интересу другог, који није у стању, не може или не жели то да учини, и то на основу дозволе и заштите правног поретка. То је, дакле, посебна врста правног овлашћења, а не врста субјективног јавног права. Тим овлашћењем субјект права штити туђ интерес, туђе субјективно право, у чије име дела, а не свој интерес и своје субјективно право. Субјект надлежности може да буде физичко или правно лице.⁴¹⁶

⁴¹⁶ Р. Лукић, стр. 271.

Из реченог није тешко запазити следеће важне разлике између субјективног права и надлежности као главних врста правног овлашћења. Пре свега, субјект субјективног права располаже много већом слободом приликом вршења свог овлашћења од субјекта надлежности. Субјект надлежности није овлашћен да дела како он хоће (како то може да чини субјект субјективног права унутар одређених правних оквира), већ је обавезан да дела онако како би делао субјект субјективног права, кад би то могао или хтео. Сходно реченом, надлежност је ограничена врста правног овлашћења, јер је за свог субјекта (надлежности) истовремено и правна обавеза.

Из тог основног ограничења проистичу и друге важне разлике између субјективног права и надлежности. Субјект субјективног права може да се понаша рационално или ирационално (да чита или уништи своју књигу), док субјект надлежности мора да се понаша само рационално (да чува књигу). И то не било како рационално, како би се на пример он понашао према властитим стварима (било како да их чува), већ само према правним стандардима (као савестан домаћин, па чак и строже од тога). То је због тога што се субјект надлежности појављује као субјект обавезе према субјекту субјективног права (власник може да уништи своју ствар, док субјект надлежности, вршећи право својине у име субјекта својине, то не може да учини, осим ако је баш то рационално: на пример, кад уништи заражену животињу како би спречио заразу). То значи да се свака надлежност истовремено појављује као правно овлашћење (главни елемент) и као обавеза (споредни елемент). Исто тако, субјект надлежности невршењем својих овлашћења најчешће чини прекршај, док то са субјектом субјективног права никад није случај. Субјект надлежности своју надлежност не може својом вољом да пренесе на другог, што субјект субјективног права може да учини.⁴¹⁷ Итд.

2.3. Право на правну заштиту

Свако правно овлашћење је у крајњем заштићено државним апаратом силе. Стога у појам правног овлашћења улази још једна његова врста, тзв. право на правну заштиту. Оно се састоји из два овлашћења: права на приступ суду и права на тужбу.

Право на приступу суду (Acces to Justice), карактеристично за англосаксонски систем, 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 осигурали интереси и права у случају опасности и опасне претње; право на изузеће судије; право да се добије судска одлука у разумном року; право жалбе”.⁴¹⁸ У ширем смислу, оно се односи и на установљавање извесне формалне правне могућности која укључује и њен материјални еквивалент. Сходно томе, у неким ситуацијама је обраћање суду

⁴¹⁷ Исто, стр. 271-272.

⁴¹⁸ Г. Вукадиновић, Р. Степанов, стр. 337-338.

препуштено самим заинтересованим странама, у другима је оно нужно, а у трећим присилно. Кроз право на приступ суду испољава се скоро целокупна правна, а посебно правосудна цивилизација. Њиме се одређује положај грађана према држави, посебно положај суда у друштву и држави, чиме се изражава сврха права, а не само остваривање правних овлашћења субјеката. Данас се у нормалној правној држави питање права на приступ суду више не односи на то како до суда, већ до каквог суда.⁴¹⁹ С друге стране, да ли ће заинтересована страна уопште да се обрати суду или не, то се и даље препушта њеној правно овлашћеној процени.

Право на тужбу представља другу сличну врсту правног овлашћења, у ствари правног средства, које се састоји у могућности односног субјекта права да се обрати надлежном државном органу да он реши спор поводом оспореног субјективног права или надлежности, што правни поредак дозвољава и штити. То право је више карактеристично за европски континентални систем, у коме се обично не схвата као самостално и посебно правно овлашћење, какав је случај са правом на приступ суду у англосаксонском систему, већ 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, већ у зависности од тога шта се сматра претежнијим: његова форма или његова садржина. Оно, поред самог захтева да се правно овлашћење оствари тужбом (*Anspruch*), садржи у себи и саму моћ тужбе, кад је једном поднета надлежном органу.⁴²⁰

2.4. Злоупотреба правног овлашћења

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

У старом римском праву, сматрано је да онај „ко своје право врши, нико-
ме не наноси штету, нити неправду” (*Qui suo iure utitur, neminem loedit, neminem facit iniuriam*). Људски род је био малобројан и људи су се радовали једни другима (због вести, јер често нису знали ни да се води рат на педесетак километара удаљености). У таквој празнини, нико никоме није сметао. И тек у XIX веку, француски судови, ограничавајући самовољно коришћење власничког права, почели су да проширују контролу на вршење свих правних овлашћења, посебно субјективних права, процењујући их са становишта циља и духа права. Речју, иако су ранија права сматрала да субјект своје правно овлашћење може неограничено да врши, чак и у случајевима кад тиме повређује нечије туђе право, такво схватање је прво ублажено, а затим и оспорено утврђивањем правила за разграничење употребе од злоупотребе субјективног права. То је касније, у XX веку, учињено и са надлежношћу, кад је држава коначно схваћена као јавна служба, а не као приватна

⁴¹⁹ Исио, стр. 338. Видети: N. Mole, C. Harby, *Право на људичко суђење. Водич за примену члана 6 Европске конвенције о људским правима*, Београд, 2003.

⁴²⁰ Видети: Р. Лукић, стр. 272, N. Visković, стр. 220-221. Г. Вукадиновић, стр. 177-180.

ствар (посед). На тај начин се постепено ствара једно опште ограничавајуће правило, којим се забрањује злоупотреба правног овлашћења, док је државни орган, најчешће суд који треба да примени то опште правило, надлежан да у сваком конкретном случају процени да ли постоји злоупотреба.

Општи појам злоупотребе правног овлашћења, дакле, састоји се у таквом вршењу свог права да се на тај начин потпуно или делимично онемогућава коришћење или уживање другог субјекта у његовом праву. За појам злоупотребе, дакле, важно је да се вршењем свог правног овлашћења (пуноважног права), врши злоупотреба (прекршај) туђег правног овлашћења.

Злоупотреба субјективног права. Злоупотреба субјективног права, како је већ одређена у римском праву, састоји се у таквом вршењу права у свом интересу да се тиме другом (поседнику субјективног права) наноси штета. До тога посебно долази кад субјект овлашћења своје субјективно право врши ирационално.

У правној науци постоје три главне теорије које одговарају на питање кад постоји злоупотреба субјективног права. Према *субјективној теорији*, злоупотреба субјективног права постоји кад неко намерно (*animus nocendi*) врши своје право тако да тиме другоме наноси штету. Кад 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 икакве намере субјекта, под условом да се тиме другом наноси штета, па да се то сматра злоупотребом права. Сходно томе, кад нема штете, нема ни злоупотребе права. Најзад, према тзв. *теорији вредновања*, злоупотреба субјективног права постоји само кад се се вршењем свог права наноси већа штета заједници (оштећењем права другог субјекта) од штете до које би дошло невршењем свог субјективног права. Али, шта је од та два важније, тј. да ли постоји употреба или злоупотреба права, то процењује надлежан орган који је позван да спречава злоупотребу у сваком конкретном случају кад му се обрати оштећена страна.⁴²¹

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.⁴²² И, пошто је намеру тешко утврдити, а штета увек постоји (мања или већа, дакле, и злоупотреба субјективног права), изгледа да духу савременог права више одговара објективна теорија о злоупотреби субјективног права, што значи да се то субјективно право све више правно уређује и оправдано ограничава, и то у корист могућег оштећеног субјекта. Зашто бисмо трпели штету неког ко чак ни не зна да нам причињава штету вршењем свог права, или процену суда која може да буде погрешна, незаконита или неправедна?

Посебан облик злоупотребе субјективног права постоји кад 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

⁴²¹ Видети: Р. Лукић, стр. 273. и Г. Вукадиновић, стр. 180-182.

⁴²² Видети: Р. Лукић, *истио*.

„клеветање”. Лакше је насрнути на морални него на телесни интегритет. И, док је материјалну штету лако доказати, моралну штету није.⁴²³

Злоупотребу субјективног права треба разликовати од *нейосредној кршења субјективној права* и тзв. *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, тј. постоји правно забрањен насртај на туђе право. У случају одговорности за ризик, пак, реч је о правилном вршењу свог права којим се другом наноси штета (кад у олуји капетан одлучи да одбаци терет како би спасао путнике и брод). У сва три случаја, причињена штета мора у потпуности да се надокнади, с тим што само у случају одговорности за ризик, субјект није правно одговоран, јер га само право на то овлашћује. Као што може да се примети, вршење таквог права, којим се другом наноси штета, не може да се ограничи. Али, злоупотреба субјективног права мора да се ограничи, док је непосредно кршење субјективног права увек забрањено.⁴²⁴

Злоупотреба надлежности. Злоупотреба надлежности је дуго времена везивана за област приватног права. Али, како је државна власт све више схватана као јавна служба, тако је уобличаван и појам злоупотребе надлежности у јавном праву (злоупотреба власти). Надлежност је овлашћење које истовремено представља и правну обавезу. Иако је строже одређена од субјективног права, и она може да се злоупотреби неправилним вршењем у свом, а не туђем интересу, ирационалним вршењем или вршењем мимо утврђених правних стандарда.

Посебан облик злоупотребе надлежности представља *злоупотреба властии*, која постоји кад државни орган злоупотребљава своју надлежност не руководећи се интересом службе, тј. јавним интересом. Дакле, за злоупотребу власти је важно да орган који врши власт, ту власт врши као нешто допуштено и законито, што, дакле, није незаконито; једино што то није учињено у циљу остварења интереса јавне службе (кад орган између више пријављених кандидата изабере нечијег рођака који такође испуњава услове али није најбољи кандидат). Кад би поступање поменутог државног органа било незаконито, тад оно и не би спадало у злоупотребу власти, већ у непосредно кршење права. Због тога се злоупотреба власти, тј. надлежности, решава на исти начин као и злоупотреба субјективног права, са свим изведеним правним последицама.

Питање злоупотребе власти се посебно поставља у случају тзв. дискреционе власти, кад неко државно службено лице безобзирно, злонамерно или приватизујуће врши овлашћења која су му као таквом поверена (на пример, кад одбије молбу за издавање грађевинске дозволе или за поседовање оружја, и то не зато што грађанин не испуњава тражене услове, или зато што би то било противно јавном интересу, већ на пример због осећаја личне мржње према том грађанину).

⁴²³ Видети: Р. Паунд, III књига, стр. 156-158.

⁴²⁴ Видети: Р. Лукић, исто и Г. Вукадиновић, стр. 182.

⁴²⁵ И, кад се докаже злоупотреба власти којом су оштећени и грађанин, и држава, такав акт ће бити поништен а службено лице кажњено.

Злоупотреба права на правну заштиту (приступ суду и права на тужбу) постоји кад субјект овлашћења то своје право користи на такав начин да угрожава туђе субјективно право на спокојан живот. Ту се, дакле, злоупотреба врши претераним коришћењем свог права, а не уздржавањем од његовог коришћења, и то с циљем да се другом на тај начин нанесе штета. Кад то чине други субјекти, физичка лица или државни органи, а не субјект овог овлашћења, тад је реч о непосредном кршењу права.

Да би се спречила злоупотреба права на приступ суду и права на тужбу, право располаже посебним правилима и механизмима којима се на пример спречава да неко због исте ствари бескрајно пута буде тужен, сходно римској изреци „не двапут у истој ствари” (*non bis in idem*), или системом двостепеног, а изузетно и тростепеног суђења, итд.

3. Правна обавеза

Правна обавеза (дужност, *duty, devoir, dovere*) увек представља правном нормом утврђену дужност субјекта на одређено делање или уздржавање од делања. Она значи да је понашање субјекта обавезе (физичког или правног лица) регулисано правном нормом, сходно чему ће на њега бити примењена санкција кад не поступи по њој. Том приликом, субјект овлашћења може да захтева од субјекта дужности да изврши своју обавезу. Зато се овај појам у праву јасније издваја од појма овлашћења, јер је право у првом реду систем правила о обавезном понашању. Исто тако, правна обавеза увек означава *дужности на делање* субјекта, које поред чињења укључује и трпљење, тј. уздржавање од чињења. Пошто наведена обавеза садржи у себи елемент изнудљивости, то се она тиме разграничава од моралних и друштвених дужности.⁴²⁶

Правна дужност представља корелат појму правног овлашћења, што значи да нема једног без другог, тј. да не може да постоји правно овлашћење без односне правне обавезе. У ствари, правна дужност и правно овлашћење представљају два супротна, али међузависна (корелативна) и сразмерна елемента правног односа или, пак, стања субјеката права која увек морају да постоје у правном односу.⁴²⁷ Ипак, та овлашћења и обавезе нису једнако распоређени. У неким случајевима, својства субјекта овлашћења и обавезе стичу се истовремено у истом субјекту, док су у другим случајевима та својства јасно одвојена. Тако, 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

⁴²⁵ Видети: Р. Лукић, стр. 273-274. и N. Visković, стр. 220.

⁴²⁶ Видети: Р. Лукић, стр. 274-275, N. Visković, стр. 214-218. и Г. Вукадиновић, стр. 182-184.

⁴²⁷ Видети: N. Visković, стр. 215-216.

јавних послова, управни орган који на пример дискреционо поступа, представља јединог субјекта овлашћења, док је субјект обавезе искључиво грађанин на кога се односи норма у конкретном управном акту.

И правне дужности се деле на *ајсѿпракѿне* и *конкретне*, *једностране* и *двосѿране*, *ѿреносиве* и *неѿреносиве* (обавеза писца да напише књигу је непреносива, али је његова обавеза да плати дуг преносива), *јавнойравне* и *ѿривайнойравне*, итд.⁴²⁸

4. Правно стање и његова динамичност: настанак, промена и престанак правних односа

Сваки субјект права, на сваком месту и у сваком тренутку, располаже одређеним конкретним овлашћењима и обавезама које може да врши (субјективно право или право на правну заштиту) или мора да врши (надлежност или принудан приступ суду). Њихов скуп сачињава његово *ѿравно сѿање* (ситуацију, статус). У појам правног стања, уз речено, спадају и могућности субјекта да стекне извесна овлашћења или обавезе, поред постојећих овлашћења и обавеза (на пример, ко може да бира, може и да буде изабран).

У савременим демократским порецима чини се све да се разлике између субјеката што више формалноправно ублаже или укину. Па ипак, људи су неједнаки чак и кад их право чини једнаким. Сходно томе, и њихово правно стање ће увек бити различито, јер људи у непрекинутом низу стичу, мењају и губе правна овлашћења и обавезе, тј. настају, мењају се и престају правни односи. Правни односи настају кад нека норма почне да обавезује правне субјекте (на пример, закључењем уговора). Они се мењају кад на основу или уместо постојећих овлашћења и обавеза настану нека нова овлашћења и обавезе (кад дужник због доцње у враћању дуга постане обавезан да плаћа и затезну камату, а не само износ главнице; или кад један субјект даје стан на бесплатно становање, а променом станара може да га издаје за новчану накнаду). Правни односи, пак, престају кад престане обавеза субјеката да се понашају по правној норми (на пример, раскидом уговора). И то представља свакодневно нормално правно стање, које показује да сваки субјект располаже конкретним скупом овлашћења и обавеза, независно од тога да ли их он стварно врши или само поседује.⁴²⁹

Наведени најједноставнији случајеви настанка, промене и престанка правних односа су нешто сложенији кад се доведу у везу са врстама правних норми. Пре свега, разликује се начин на које *настају* апстрактни и конкретни правни односи. *Ајсѿпракѿни ѿравни односи* настају непосредно на основу опште норме која апстрактно утврђује апстрактна овлашћења и обавезе апстрактних субјеката (на пример, кад се општом нормом *in abstracto* утврђује обавеза становника да

⁴²⁸ Г. Вукадиновић, стр. 184.

⁴²⁹ Видети: Р. Лукић, стр. 276-277.

бране своју земљу или пореских обвезника да плаћају порез). *Конкретни правни односи* настају на основу опште и појединачне норме или само појединачне правне норме, и то тек кад се у стварности остваре чињенице које су описане у претпоставкама диспозиције или санкције општих норми, па чак и без тога, у случају правне празнине (на пример, кад продавац Јанко закључи купопродајни уговор са купцем Марком).⁴³⁰

Правни односи исто тако настају на основу безусловне или условне норме (опште или појединачне). Кад правни односи настају на основу *безусловне* норме, тад се они заснивају непосредно на основу ње (на пример, право на слободу кретања или обавеза конкретнoг купца да плати тачно одређену цену за конкретну ствар). Кад правни односи настају на основу *условне* норме, тад норма постаје обавезна од тренутка испуњења услова који су описани у претпоставци њене диспозиције, а не од тренутка њеног ступања на снагу, како би могло да се помисли. И све док се не испуне услови описани у њеној претпоставци, норма је пасивна: важи, али не обавезује субјекте. Ти услови, описани у претпоставци диспозиције, могу да се односе на временски рок, догађај или људску радњу (свако ко је добио уредно пореско решење, дужан је да плати порез у року од 15 дана). Наведена разлика произилази из саме природе условне и безусловне норме, о чему је било речи.⁴³¹

Правни односи се мењају и престају на исти начин, при чему њихова промена или престанак такође зависе од тога о којој је врсти правне норме реч. Сходно томе, *ајсѿпракѿни* правни односи *ѿрестѿају* да постоје од тренутка престанка важења опште правне норме (њеним укидањем), јер тиме нестају апстрактна овлашћења и обавезе односних апстрактних субјекат, док *конкретни* односи нестају престанком важења опште или појединачне норме (плаћањем пореза), или нестанком чињеница описаних у претпоставци правне норме (кад неко лице престане да буде порески обвезник). Најважније чињенице које доводе до престанка конкретних правних односа су извршење једностране правне обавезе, смрт субјекта-носиоца непреносивих овлашћења и обавеза, пропаст уникатне ствари која је предмет уговора или застарелост правног потраживања. У случају *безусловних* норми, правни односи престају непосредно, док код *условних* до тога долази тек испуњењем раскидног или одложеног услова.⁴³²

Једина разлика између *ѿромене* и престанка састоји се у томе што нови правни односи не морају да укину старе, док је то код престанка очигледно. Сходно томе, они могу да настану истовремено, један за другим или у одређеном временском размаку. Али, кад правни однос престане да постоји, то је трајно.

Све наведене промене у правним односима јасно изражавају конкретан живот права, који није произвољан или самодовољан, већ се заснива на чињеницама. Међу њима, посебно место припада правним чињеницама.

⁴³⁰ Видети: N. Visković, стр. 225-227.

⁴³¹ Р. Лукић, стр. 276.

⁴³² N. Visković, стр. 224 и 227.

5. Правна чињеница

На основу чињеница се успоставља изузетно сложена мрежа правних односа, који право повезују са стварношћу. Те чињенице, које су предвиђене у претпоставци условних правних норми, а на основу којих настају, мењају се и престају правни односи, називају се *йравним чињеницама*. Њихов збир се назива *чињенични скуй*.

Правне чињенице се обично деле на *обичне* (неправне) и *йравне*, које се тичу особених правних појава (старост и рођење или умишљај и заблуда).

Према другој подели, која је можда важнија, све правне чињенице се деле на догађаје и људске радње. *Догађаји* су све промене у природи које настају независно и без учешћа људске воље и свести (рођење, старење, смрт, поплава, замљотрес, тајфун, итд). *Људске радње* су телесне или психичке радње које човек врши вољно и свесно, тј. које сам изазива (изградња путева, стварање профита, доношење правног акта, итд).

Људске радње се деле на *йравне акџе* и *остјале радње* (*йелесне*, телесно држање или покрет, и *йсихичке*, мишљење, осећање, расправљање, итд), као и на радње *сајласне йраву* (уживање своје ствари, склапања законитог уговора, итд) и *йрекршаје йрава* (деликте). И деликтима се стварају или укидају правни односи (крађом настаје правни однос између државе и лопова).⁴³³

Правне чињенице су везане за простор и време. Оне као такве постоје само кад су просторно-временски одређене, с тим што време у праву има исту или можда још важнију улогу од простора. Сходно томе, *йроштек времена* представља посебну правну чињеницу, која се у праву најчешће одређује као *временски рок* за настанак, промену или престанак правних односа. Тај временски рок може да буде *одложни* (суспензивни), кад протеком настаје правни однос; *раскидни* (резолутивни), кад протеком престаје правни однос; или *йреклузивни* (законски), кад законом одређеним протеком времена такође престаје правни однос због невршења правног овлашћења. Поред наведених *матјеријалнојравних*, постоје и *йроцесно-йравни* рокови, у којима странке могу да користе правна средства и предузимају процесне радње у судском, управном или неком другом поступку (рок за тужбу, рок за жалбу или улагање неког ванредног правног лека).⁴³⁴

Међу наведеним правним чињеницама везаним за временски рок, посебно су значајне застарелост и одржај.

Протек времена услед кога се извесна овлашћења губе, тј. извесни односи престају, назива се *застјарелостј*. Застарелост тече само кад је субјект права у могућности да своје овлашћење врши, а то не чини. Она не тече кад субјект није у могућности да врши своје овлашћење. Уз то, постоје овлашћења која уопште не застаревају, тј. не могу да се стекну одржајем.

Протек времена услед кога се извесна овлашћења стичу, а извесни односи настају, назива се *одржај*, што значи да извесна застарела овлашћења могу да пређу на другог (кад застарело право опустеле својине у одређеном временском року неовлашћено врши неко други, тад тај други протеком времена стиче то овлашћење).⁴³⁵

⁴³³ Видети: Р. Лукић, стр. 277-278, N. Visković, стр. 228-230. и Г. Вукадиновић, стр. 184-188.

⁴³⁴ Г. Вукадиновић, стр. 186.

⁴³⁵ Видети: Р. Лукић, стр. 278-279, N. Visković, стр. 229. и Г. Вукадиновић, стр. 187.

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

III глава

ТУМАЧЕЊЕ ПРАВА

Појам тумачења уопште. Неколико важних ствари код тумачења. Три врсте значења код сваког тумачења. Тумачење права уопште. Значај тумачења права. Лаичко и стручњачко тумачење. Предмет тумачења права: главни и споредни. Развој схватања о предмету тумачења права. Правне норме и људске радње као предмет тумачења. Тумачење права у ужем смислу, тумачење права у ширем смислу (попуњавање правних празнина) и кругови тумачења. Врсте тумача: државни и друштвени (ауторитативно и неауторитативно тумачење). Врсте тумачења према тумачима: апстрактно и аутентично (интерпретативни закон), казуистичко (судско, управно и пословно). Тумачење правне науке. 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 са правим значењем правне норме). Средства тумачења права – главна: језик, логика, циљ норме; помоћна: историја норме и упоређивање норме. 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 тзв. 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 попуњавањем правних празнина код тумачења у ширем смислу: аналогија (права и неправна, законска и правна), разлог супротности (и врсте), уско тумачење изузетака (обично, сужено и проширено), правна начела. Упоређивање језичког са правим значењем – карактеристични случајеви: исправљање норме са јасним значењем у случају омашке (омашка у субјективном и објективном смислу; нејасност норме; штампарске и друге грешке); исправљање недовољних норми (у случају правне празнине); исправљање бесмислених норми; исправљање неодређених норми.

Људски живот може да се посматра као низ узрочно-последичних и функционалних веза између људи, или људи и природе. Он може да се посматра и као низ значењских веза, као културна појава испуњена свешћу, вредностима и значењима. И тек као културна појава, он може да се тумачи. Зато *тумачење* (*херменеутика*) представља постојану општељудску умску делатност која има за циљ да „утврди значење (смисао) неке материјалне појаве, која је употребљена као знак да

би се дотично значење саопштило”.⁴³⁶ Као такво, оно је „мисаона делатност којом се, конструкцијом и реконструкцијом, утврђује значење једне недовољне, нејасне или вишезначне поруке, полазећи од њеног материјалног супстрата и друштвеног контекста”.⁴³⁷ Његов је циљ да „нешто нејасно објасни, учини јасним, разумљивим и схватљивим”.⁴³⁸

Да би се поменути циљ постигао, код сваког тумачења треба разликовати неколико основних ствари, без којих нема тумачења.⁴³⁹ Прво, тумачење се увек састоји у утврђивању смисла неке појаве. Као такво, 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. Друго, предмет тумачења представљају *знаци*, тј. материјалне појаве као носиоци значења (ствар, природан процес, људска радња /покрет, реч, израз лица/). Најважнији систем знакова представља језик, који се састоји од чулно опазивих знакова, који могу да се изразе у писаном облику. На језик се свде и сви други системи знакова. Њихов уређен скуп, тј. договор о значењу знакова, назива се *законик значења* (кодекс), који је сачињен од правила односног језика о значењу и употреби речи као носилаца значења. Као такав, законик је друштвено објективизирана творевина, јер је позната, призната и прихваћена. И треће, код сваког тумачења постоје два главна субјекта: субјект стваралац (одашиљач) значења и субјект прималац (примењивач) значења. Због разлике која нужно настаје између ова два субјекта, разликује се значење које субјект одашиљач придаје знацима и значење самих знакова од значења које субјект прималац придаје знаковима како би исправно разумео одаслато значење. А то значи да ни тумачење не омогућава потпуно поуздану комуникацију (везу између свести), тј. споразумевање два главна субјекта тумачења. И, ма колико се људи трудили да уклоне или бар ублаже наведену разлику у значењима, она се увек изнова јавља. Само кад би људи били телепате, наведена разлика не би постојала, али тада тумачење не би ни било потребно. Зато је циљ поменутих субјекта да прецизним коришћењем поузданих знакова то одступање сведу на најмању могућу меру, како би се лакше и тачније споразумевали. На тај начин се уместо једног јединственог значења појављују три различита значења: *примарно значење субјекта одашиљача, неутрално значење према закону значења и секундарно значење субјекта примаоца*. Њихово постојање указује на прави задатак тумача: његов прави циљ није да утврди смисао знакова држећи се законика значења, него да помоћу знакова утврди тачан садржај свести који је одашиљач изразио знаковима.

Разлика између примарног, неутралног и секундарног значења објашњава се изузетном сложености друштвене стварности, слојевитости и променљивости друштвених односа насупрот статичности предмета тумачења, људском несавршености и несавршености језика, као и променом вредносних

⁴³⁶ Видети: Р. Лукић, стр. 316.

⁴³⁷ Видети: N. Visković, *Pojam prava*, стр. 288.

⁴³⁸ Г. Вукадиновић, стр. 194.

⁴³⁹ Р. Лукић, стр. 317.

судова и система који другачијим светлом разумности обасјавају исти предмет тумачења.⁴⁴⁰

Из поменуте разлике настаје стална потреба за тумачењем, од кад је човек постао разумно биће обдарено радозналешћу. Истраживање првих познатих корена тумачења води до старогрчког мита о богу Хермесу који је људима преносио објаве са Олимпа, посредујући између света богова и света људи. Дакле, већ је у миту о Хермесу истакнуто постојање два субјекта: првог, који је божански творац значења, и другог, који је људско биће способно да прими и разуме пренето значење (тумач). Од тада, све до данас, посебно захваљујући узлету права и законодавства, тумачење је постојано развијано и проширивано, а такав је случај и са узлетом херменеутике као „теорије тумачења и разумевања”.⁴⁴¹ Сходно томе, предмет тумачења могу бити најразличитија уметничка дела, политички говори или текстови, од библијских и књижевних до правних, па се према томе могу одредити и врсте тумачења. Међу њима, посебно важно место припада тумачењу права.

Први одсек ПОЈАМ ТУМАЧЕЊА ПРАВА

1. Тумачење права и његов значај

Тумачење права представља само једну подврсту веома сложене и разноврсне појаве тумачења уопште. То је сложена интелектуална делатност која се састоји из утврђивања истинитог, правог значења правне норме. Пошто су правне норме по правилу изражене језиком (усмено или писано, говором или писменим), то тумачење правних норми спада у тумачења помоћу језика. Али, од тог правила постоје изузеци, кад се значење норме налази изван оквира језика (кад је нека правна норма изражена другим материјалним средством, на пример, покретом тела). У том случају, и њено тумачење излази из оквира језика. Али, пошто је језик најпрецизнији систем знакова, а сви остали знаци се нужно своде на језичке знаке, то се сва тумачења своде на језичко тумачење.⁴⁴²

Тумачење права је и неопходна стална делатност, без које постојање права уопште не може да се замисли. То посебно важи за развијена права која су претежно изражена формалним изворима, и као таква увек у заостајању за животом, једна апроксимација стварности (идеално право је само наша химера). Дакле, због нејасности и неодређености формалних извора настао је и главни проблем код тумачења права. Он ће постојати све док постоје формални извори, јер нема ниједног правника који би одбацио формалне изворе права, чак и кад је реч

⁴⁴⁰ Видети: N. Visković, *Teorija države i prava*, стр. 243-244. и Г. Вукадиновић, стр. 196-197.

⁴⁴¹ Видети: *Херменеутика. Теорија тумачења и разумевања, зборник радова*, Београд, 1973.

⁴⁴² Р. Лукић, стр. 318.

о најекстремнијим присталицама тзв. слободног стварања права. Тумачење формалних извора права, које представља средиште тумачење права, с друге стране треба разликовати од тумачења права као таквог, које представља само једну констатацију.⁴⁴³

Иако је тумачење права свакодневна правничка делатност, оно се не одвија увек исто. Неки пут се тумачење изводи неприметно и несвесно, кад тумач, вршећи свакодневну делатност сазнавања правних норми, то чини спонтано, не примећујући да у ствари врши посебно важну и тешку делатност. Али, чим се тумач сусретне са сложеним питањима, кад значење норме није јасно или уопште не постоји, тумачење одмах постаје посебна свесна делатност, која се врши према посебним правилима, захтевајући посебно знање, вештину и обдареност. И само такво тумачење се назива *йравим, сйручњачким йшумачењем йрава* за разлику од неправог, нестручњачког, *лаичкој йшумачења*. Стручњачко тумачење, пак, може да буде необавезно или обавезно. Оно је необавезно кад га дају правни научници (*докйринарно йшумачење*), адвокати, правни саветници, итд, а обавезно кад га дају за то надлежни државна и друштвена службена лица. За разлику од стручњачког тумачења права државних и друштвених лица, које је увек обавезујуће, *лаичко йшумачење йрава* је увек необавезујуће.⁴⁴⁴

Из реченог произилази да сваки правни поредак има постојану потребу за тумачењем својих норми, да све норме једног правног поретка могу правилно да се протумаче само имајући у виду њихову међусобну везу, као и да у самом систему права не смеју да постоје противуречности,⁴⁴⁵ чиме је наговештен *значај йшумачења йрава*. Он се у најкраћем састоји у следећем: тумачење права представља саставни, а можда и најважнији део поступка сазнавања права, тј. правне норме, у коме се користе одговарајући правни методи, пре свих догматички и нормативни. Али, тумачење права је истовремено и саставни део поступка примене права, чега такође нема без претходне примене одговарајуће технике тумачења права. Тумач увек мора да има у виду крајњи исход тумачења права: примену протумачених норми, којом се испуњава њихов смисао и циљ. Сходно томе, право се не тумачи због интелектуалне радозналости, већ због практичне примене.⁴⁴⁶

2. Предмет тумачења права

Некад је предмет тумачења била само правна норма. Па и тад, сматрало се да то не може да буде било која правна норма, што значи да је предмет тумачења схватан много уже, а не најшире, како се то данас чини у праву.

У доба егзегезе, сматрало се да предмет тумачења може да буде само законска норма, сходно схватању да је све право записано у закону, тј. да је закон исто што и право, а законска норма исто што и правна норма. Али, од таквог најужег

⁴⁴³ *Исйо*, стр. 318-321.

⁴⁴⁴ N. Visković, *Pojam prava*, стр. 244-245.

⁴⁴⁵ M. Lanović, *Uvod u pravne nauke*, Zagreb, 1942, стр. 214-217.

⁴⁴⁶ Видети: Р. Лукић, стр. 321-322. и Г. Вукадиновић, стр. 194-195.

одређивања предмета тумачења морало је да се одустане. Под налетом животних потреба увидело се да закон не обухвата целокупно право, иако је његов најважнији извор. Затим је предмет тумачења проширен на све опште норме, али не и на појединачне. Касније су и појединачне норме прихваћене као предмет тумачења, али под условом да је реч само о писаним правним нормама. Изостављање неписаних норми, посебно обичајних, објашњавано је недостатком посебних правила за тумачење тих норми. Али, на крају, прихваћено је да и неписане правне норме могу да буду предмет тумачења.

Данас се у правној науци сматра да *главни* предмет тумачења може да буде свака *правна норма* (општа и појединачна, условна и безусловна, државна и аутономна, писана или неписана), а изузетно, као *споредни* предмет, и *људске радње* (психичке и телесне, сагласне праву и прекршаји). И, пошто предмет тумачења може да буде било која правна норма, па чак и људске радње (*конклученције*: на пример, *tapus*, радња стављања у дужничко ропство у римском праву или руковање приликом закључивања уговора), прихваћено је и то да нема потребе за постојањем посебних врста тумачења нити правила приликом тумачења правних норми и људских радњи. То значи да данас иста правила, уз извесна одступања, важе како за тумачење норми (нормативне правне акте), тако и за људске радње (материјалне правне акте).

Приликом тумачења правних норми треба имати у виду да ниједна норма нема потпуно тачно одређен смисао, изузев можда техничких правних норми. Оне тај смисао стичу тек кад се доведу у везу са другим нормама, њиховим скуповима, па чак и са целокупним системом права чији су део, што значи да је конкретна норма као *нејосредан* предмет тумачења само повод за тумачење система права као *јосредној* предмета. Стога је предмет тумачења увек двострук: или једна норма, тј. њихов мањи или већи скуп, или целе правне области и цео правни систем. На тај начин се добијају тзв. *кругови тумачења*, где први круг чине једна или више норми које су непосредан предмет тумачења, други круг са њима тесно повезане норме, трећи круг један или више ужих или ширих скупова сродних норми, итд, све до самог система права.⁴⁴⁷ То у одређеној мери важи и за људске радње и њихове скупове, засноване на праву.

3. Тумачење у ужем и ширем смислу (тумачење права и „тумачење” правних празнина)

Према томе да ли је реч о непосредном или посредном предмету тумачења, тј. да ли се тумачи постојећа норма или се попуњава правна празнина, разликује се тумачење у ужем смислу од тумачења у ширем смислу.

Тумачење у ужем смислу постоји кад је непосредан предмет тумачења једна или неколико тесно повезаних правних норми. Зато се за њега каже да представља право тумачење, сходно ставу да може да се тумачи само постојећа правна норма.

⁴⁴⁷ Р. Лукић, стр. 324. Видети: Видети: Р. Паунд, II књига, стр. 264-265.

Тумачење у ширем смислу постоји кад непосредан предмет тумачења није једна или неколико тесно повезаних правних норми, већ један или више скупова међусобно тесно повезаних норми или цео правни систем. На основу тога, и за тумачење у ширем смислу се може рећи да представља тумачење правних норми које постоје, а не норми „које не постоје”. Ипак, тумачење система права, на основу његовог „духа”, веома се ретко користи, односно само у једном једном и врло ретком случају цео правни систем може да буде предмет непосредног тумачења.⁴⁴⁸ То је случај попуњавања више великих правних празнина, тј. области на основу духа целог система права. До тога долази због тога што право никад не може потпуно да обухвати живот који је увек сложенији и бржи од права. Из тог несклада настају *йравне йразнине*, тј. друштвени односи који нису регулисани правом, иако би због друштвеног интереса требало да то јесу. Али, нису сви правно нерегулисани односи правне празнине. Правну празнину не представљају друштвени односи који су регулисани само појединачном нормом, нити односи за који друштвени интерес не захтева да буду регулисани општом или појединачном правном нормом. Изван те две области, дакле, налази се област правних празнина.

Према начину настанка, постоје две врсте правних празнина: *йочеййне*, које настају у тренутку доношења правне норме због превида њиховог творца, и *накнадне*, које настају после доношења норми, због настанка нових односа које творац норме није могао унапред да предвиди. Прве су последица људског немара, а друге људске несавршености.

Постоје још две врсте правних празнина: *йраве*, које настају кад је неки сложенији друштвени однос регулисан општом нормом, али неки његов саставни део није регулисан, и *нейраве*, које постоје кад читава област није регулисана општим нормама, при чему све норме које регулишу друге области могу несметано да се примењују. Праве празнине су уобичајене у праву, док неправе празнине настају у изузетним ситуацијама формалноправне револуције или опште правне реформе.⁴⁴⁹

У правној науци се стално разматрају два питања у вези са правним празнинама. Прво питање тиче се начина на који правне празнине тачно могу да се разликују од односа који нису регулисани правом, који не представљају правне празнине. Одговор на то питање је кратак: такви случајеви не могу апсолутно да се разграниче, због чега се и греша. Али, и кад се греша, увек мора пажљиво да се анализирају друштвени интереси, како би се проценило шта је корисније за право: да ли да се однос препусти слободном регулисању или да се попуни појединачном нормом, како би се мање грешило. И том приликом се показује да је за такву процену правилно утврђивање циља важније од строгог придржавања начела законитости. Такво поступање је дозвољено, јер је реч о односу који није регулисан правом.

⁴⁴⁸ *Исјйо*, стр. 321.

⁴⁴⁹ *Исјйо*, стр. 254-255.

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, тад он постоји само прећутно, и то садржан у духу целог права. Ипак, постоји једно правило: правне празнине се регулишу накнадно, и то појединачним правним нормама. У таквим случајевима, суд или други орган самостално доноси појединачну норму, попуњавајући правну празнину ослањањем на судску (или другу) праксу, правну науку, обичаје, морална схватања, итд. И само такво њихово поступање назива се „слободним стварањем права”.⁴⁵⁰

Само у кривичном праву не постоје правне празнине, јер је у њему начело законитости најстроже примењено, док у другим врстама права празнине постоје. Највише што неко други том приликом може да учини, јесте да скрене пажњу надлежном органу на постојање правне празнине, коју орган затим треба да попуни својом правном нормом.⁴⁵¹

4. Врсте тумача и тумачења права

У старој догматичкој науци тумачење је схватано уско и кад је реч о врстама тумача, јер се правим сматрало само тумачење државних органа (*ауџенџично* тумачење законодавца и *судско* тумачење, док су тумачења других државних органа занемаривана) и тумачење правне науке (доктрине). Данас је број тумача правних норми много већи, иако између њих постоји разлика у погледу правне снаге тумачења, односно степена његове обавезности. Кад државни органи тумаче право вршећи своју надлежност, њихово тумачење има обавезну правну снагу. Али, кад право тумаче недржавни субјекти, њихово тумачење нема исту обавезну правну снагу.

Правило је да правотворац и тумач нису исти субјекти. Али, могући су и такви случајеви, иако ретко. Такво тумачење норме, које врши њен стваралац (државни или друштвени орган), назива се *ауџенџично џумачење*. Пошто је реч о изворном тумачењу, оно се не сматра тумачењем у правом смислу, већ пре доношењем новог правног акта са новом правном нормом која важи за убудуће. Ипак, могуће је да аутентично тумачење добије повратну снагу, јер оно ипак није сасвим самосталан акт, већ је садржински повезано са актом који се тумачи. Као такво, оно се сматра саставним делом тог акта, само што није донето кад и сам акт.⁴⁵²

Тумачење државних орџана. Сви државни органи су дужни да тумаче прописе приликом вршења своје делатности. Зато је тумачење државних органа обавезно. Оно се назива *ауџориџџивним*. На тај начин се обезбеђују законит рад државних органа и законита примена права. Али, сви главни државни органи то не чине у истој мери.

⁴⁵⁰ *Исџо*, стр. 256-257.

⁴⁵¹ *Исџо*, стр. 387-388 и 391-392.

⁴⁵² *Исџо*, стр. 324-325. и N. Visković, стр. 246.

Законодавац првенствено доноси правне норме, а само их изузетно тумачи. И то његово тумачење се назива *ајсѿракѿно ѿумачење*, јер оно има општи, начелни значај, и није непосредно везано за примену на конкретне друштвене односе. Стога, кад законодавац тумачи властити закон по истом законодавном поступку, такав закон се назива *инѿерѿреѿаѿивни закон*. И ови закони могу да добију повратну снагу. Данас посебни парламентарни одбори могу да дају аутентично тумачење закона, али заинтересовани субјекти нису обавезни да им се обрате.

Тумачење управних и судских органа, који више од законодавца учествују у тумачењу права, спада, за разлику од апстрактног, у *конкретно* или *казуисѿичко ѿумачење*. Оно се састоји у тумачењу свих општих норми на којима мора да се заснива доношење појединачних правних аката, као и на тумачење самих појединачних норми. Као такво, оно је обавезно, али није изворно. Посебно судски судски органи имају важну улогу у тумачењу права, јер решавају спор и дају тачно тумачење правних норми, због чега се *судско ѿумачење* сматра коначним, што значи да сва друга тумачења важе само кад их суд потврди. Али таква важност судског тумачења не укида тумачење управних органа (*уѿравно ѿумачење*). И њихово тумачење има обавезну снагу која је сразмерна снази дотичног управног акта чије се тумачење врши, али није коначно, јер, у случају управноправног спора, и оно на крају потпада под судско тумачење.⁴⁵³

Тумачење недржавних субјеката. Кад недржавни субјекти (физичка и правна лица) тумаче правне норме, такво њихово тумачење назива се *неауѿориѿаѿивно ѿумачење*. Оно се увек врши због непосредне примене права (*казуисѿички*), било да је реч о тумачењу норми коју је неко други створио (обично *ѿословно ѿумачење*), било о тумачењу властитих норми (*ауѿенѿично ѿумачење*). Акти којима се даје тумачење недржавних субјеката немају обавезну снагу, већ обавезују субјекате на основу њиховог пристанка.

Тумачење правних норми од стране физичких и правних лица врши се много чешће од тумачења државних органа. Иако бројније, оно обично није онако тачно као што је то тумачење државних органа, посебно тумачење суда. То, наравно, не спречава обичне грађане да свакодневно тумаче норме, јер је то ипак корисно за њихов живот (*лаичко ѿумачење*).⁴⁵⁴

Тумачење ѿравне науке. Поред пословног, постоји још једна врста неауторитативног и необавезног тумачења која има велики значај, иако нема за циљ непосредну примену права. То је тумачење које даје правна наука (*докѿринарно ѿумачење*) кад се испитује значење правних норми везано за конкретне односе.⁴⁵⁵ Тумачењем права посебно проучава једна засебна правна дисциплина, *ѿравна доѿмаѿика*, иако у ширем смислу целокупно знање правне науке представља средство тумачења.⁴⁵⁶

⁴⁵³ N. Visković, стр. 245.

⁴⁵⁴ Видети: Р. Лукић, стр. 327-328.

⁴⁵⁵ Видети: О. Mandić, *Sistem i interpretacija prava*, Zagreb, 1971.

⁴⁵⁶ Правна наука је одавно схватила велики значај тумачења за сазнавање, стварање и примену права. Питањима тумачења бавили су се највећи правници, који су располагали великим претходним знањима из различитих области људског сазнања. Због тога дела из области тумачења често

Друге врсте тумачења. Поред наведених врста тумачења права према субјектима, постоје и друге врсте тумачења: према методу који се користи: *синтеетичко* (на пример, систематско, циљно и историјско тумачење) и *аналитичко* (на пример, језичко и логичко тумачење); према обиму тумачења: *уско* (сужено, рестриктивно), *средње* (дословно, обично) и *широко* (проширено, екстензивно); према предмету тумачења: *тумачење у ужем смислу* (на пример, догматско и социолошко) и у *ширем смислу* (попуњавање правних празнина коришћењем аналогije, разлога супротности, уског тумачења изузетака или правних начела), о чему ће бити речи.

5. Средства тумачења права

Приликом тумачења правне норме, тумач се користи различитим средствима како би утврдио њен смисао. Најважнија су језик, логика, систем права, историја норме и циљ норме. Помоћу наведених средстава тумач започиње тумачење, повезујући добијене резултате у једну логичну целину, тј. уређени скуп значења добијених применом одговарајућих средстава тумачења права. На тај начин настају језичко, логичко, систематско, историјско и циљно тумачење права. Ипак, најважније је *језичко тумачење*, које представља прво и главно средство тумачења. Остала четири средства могу да се поделе у две групе. Прву групу чини *логика* као унутрашње средство тумачења, и то логика у ужем смислу или логика система права (*логичко* и *систематско* тумачење). Друга два средства су спољашња, јер се свode на социолошка испитивања и састоје се у утврђивању друштвених околности које су утицале на доношење норме (*историјско* и *циљно* тумачење). Коришћењем наведена четири средстава, посебно циљног тумачења, утврђује се *право значење норме*. И на крају, језичко и право значење норме се упоређују и, кад је то потребно, језичко значење исправља правим значењем норме.⁴⁵⁷

Други одсек ПОСТУПАК ТУМАЧЕЊА ПРАВА

Поступак тумачења права састоји се из два дела: припремног и главног. У припремном делу прво се утврђује аутентичан текст норме, тј. текст норме веран оригиналу (*изв. нижа криштика*), а затим њена позитивност, тј. да ли норма важи или не (*изв. виша криштика*). Затим се прелази на главни део поступка тумачења,

представљају врхунце правне науке. Али, научно тумачење права, поред доброг познавања права и правила тумачења, захтева још нешто чиме добар тумач такође мора да располаже: обдареност, вештину, љубав, савесност, осећај и смисао за правичност и људскост, моћ уживљавања у стање других људи, развијену машту и низ других врлина. Захваљујући томе, догматичка наука је одавно постала значајан део правне науке, а тумачење један од најзначајнијих делова поступка стварања и примењивања права (видети: Р. Лукић, стр. 328-329).

⁴⁵⁷ Видети: Р. Лукић, стр. 330-331. и Г. Вукадиновић, стр. 199.

који се састоји из три дела. Најпре се коришћењем језичких средстава утврђује језичко значење норме сходно закону значења. Само језичко значење може да буде јасно или нејасно. Затим се коришћењем одговарајућих средстава и различитим врстама тумачења утврђује истинито, 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 или не. Ако се не слажу, поступак тумачења се наставља исправљањем језичког значења норме правим значењем. Ако се слажу, тумачење је завршено и прелази се на поступак утврђивање чињеница, правно закључивање и непосредну примена права, што све заједно сачињава поступак примене права.⁴⁵⁸

1. Језичко тумачење и значење правне норме

1.1. Појам и врсте језичког тумачења

Појмови се изражавају *језиком*, који се састоји из речи обичног (ординарног) и стручњачког (квазиординарног) језика. Поред њих, постоје изрази чији појмови имају другачије значење у правном него у обичном језику (муж, савестан, ствар, радња, итд), као и изрази чијих појмова уопште нема у обичном језику (ступање на снагу, правоснажност, извршност, свесни и несвесни нехат, одржај, застарелост, итд). Сходно томе, лако може да се запази значај правног језика и разрађене и прецизне правне терминологије за прецизно и јасно изражавање правних појмова.⁴⁵⁹ Са тиме се „понекад претерује, јер постоји извесна граница преко које прецизност више штети, него што користи праву”.⁴⁶⁰ С друге стране, коришћење правног језика никад не може да буде идеално (кад би за сваки правни појам постојао посебан правни израз). Зато је главни циљ тумача да помоћу језика право учини што разумљивијим, како би се што више људи понашало у складу са нормама. Па ипак, постоје области где је неопходно да језик буде прецизан, односно што је могуће више прецизнији, какав је посебно случај у кривичном праву. То у мањој и блажој мери важи за гране права у којима постоји аутономија воља странака.⁴⁶¹ Сходно томе, језичко тумачење представља тумачење права на основу језика, тј. његових елемената и правила, као и логике, у мери у којој је и сам језик логичка творевина. Зато се још каже *језичко-логичко тумачење*.

Главне *елементе језика*, који се употребљавају као средства (методи) за изражавање норме и утврђивање њеног језичког значења на основу законика значења који је користио творац норме, представљају речи, скупови речи (изрази), реченице и интерпункцијски знаци (кад је реч о писаној норми). На основу њих, језичко тумачење се дели на *лексичко* (речничко), *граматичко*, *синтаксичко* и *интерпункцијско*.⁴⁶²

⁴⁵⁸ Р. Лукић, стр. 329-330.

⁴⁵⁹ Видети: N. Visković, *Jezik prava*, Zagreb, 1989.

⁴⁶⁰ Р. Лукић, *Методологија права*, стр. 216.

⁴⁶¹ *Истио*, стр. 216-218.

⁴⁶² Видети: Р. Лукић, *Увод у право*, стр. 331-332, N. Visković, *Teorija države i prava*, стр. 248-249. и Г. Вукадиновић, стр. 199-202.

1.2. Јасно и нејасно језичко значење норме

Резултат језичког тумачења представља *језичко значење норме*, које се утврђује помоћу елемената језика и језичких правила. Сходно томе, применом наведених језичких метода на правну норму, добија се једно или више језичких значења дотичне норме. Она могу да буду јасна или нејасна. Кад постоји једно и јасно језичко значење норме, прелази се на утврђивање њеног правог значења. Али, кад постоји више језичких значења или кад је језичко значење норме нејасно, поступак језичког тумачења мора да се понови како би се томе открили узроци.

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

Недовољности норме (нејасно значење у ужем смислу) постоји кад норма ништа не каже о ономе што треба да каже. У том случају, постоји правна празнина која се попуњава коришћењем одговарајућих логичких средстава.

Други узрок нејасности представља *бесмисленост норме*, која постоји кад норма нема никакво значење, јер је противречна или унутар себе, или у међусобном односу са другом или другим нормама. Унутрашња противуречност (између главних елемената норме, диспозиције и санкције), веома се ретко сусреће, и то се обично дешава кад норме стварају друштвени субјекти. Много је чешћи случај тзв. спољашње противуречности, кад норме које имају јасно језичко значење постају међусобно бесмислене, због чега губе своје првобитно право значење (случај колизије, сукоба значења норми).

Најзад, трећи узрок нејасности представља *неодређености норме*, која постоји кад норма има више значења, али се не зна које је од њих право. До неодређености долази или због несавршености језика, или због неодређености појмова. Оба наведена узрока су израз људске несавршености. Али, ако не могу потпуно да се уклоне, они бар могу да се сведу на најмању могућу меру, што се постиже добром правном техником и вештином која се стиче праксом. Уз то, понекад правотворац свесно користи неодређене језичке формулације и неодређене појмове како би сместио у правне оквири најразноврсније, па чак и несвакидашње појаве друштвеног живота.⁴⁶³

1.3. Основна правила језичког тумачења

Језико тумачење се не врши само коришћењем елемената језика, већ и одговарајућих *језичких правила*. Прво основно правило језичког тумачења јесте да сваки језички знак има своје сопствено значење и да није сувишан у норми. Друго основно правило јесте да сваком језичком знаку који има више значења треба дати значење које он нормално има по законуику значења, и то оно које је прво или главно. Поред ова два, постоје и бројна техничка правила за тачно утврђивање језичког значења: језичким знацима не треба без довољно основаних и чврстих разлога придавати

⁴⁶³ Видети: Р. Лукић, стр. 332-336. и Г. Вукадиновић, стр. 200-201.

посебан правни смисао; знацима који имају посебно правно значење треба придавати прво опште, а тек затим посебно правно значење; приликом одређивања посебног правног значења мора се водити рачуна о значењу сличних знакова; треба се строго придржавати изричито одређеног значења појединих знакова; истим знацима не треба без довољно разлога давати различита значења, итд.⁴⁶⁴

2. Право (истинито) значење правне норме

Кад се утврди језичко значење норме, прелази се на други део главног поступка тумачења права, тј. на утврђивање истинитог или правог значења норме, које није увек исто са њеним језичким значењем.

2.1. Учења правних школа о правом значењу

Право или истинито значење правне норме може једноставно да се одреди као оно које обезбеђује исправно и најпотпуније остваривање циља норме. Али, на питање шта јесте право значење, не може тако једноставно да се одговори. Тим питањем бави се правна теорија, посебно правна догматика (херменеутика), која је до сада пружила више карактеристичних одговора. Штавише, на тој основи временом су поникле различите школе тумачења права, са својим карактеристичним схватањима о правом значењу и врстама тумачења за утврђивање правог значења правне норме.⁴⁶⁵

Карактеристичне школе тумачења могу да се поделе у две различите групе. Првој припадају школе које заговарају „фетишизам писаног кодификованог закона”, уз одговарајуће варијанте формулисане афоризмима: „на основу кодекса, али не даље од њега” (Бринц), „на основу кодекса, али даље од њега” (Капитан) и „даље од кодекса, али на основу њега” (Салеј). Другој припадају школе према којима закон није једини формални извор права, односно које, уместо монизма, заступају плурализам извора права, са варијантама: „без кодекса, али даље од њега” (Жени) и „без кодекса, па чак и против њега” (Ламбер, Плањол, Б. Благојевић).

Поред наведених школа, постоје и писци који, одбацујући формалне правне изворе и правну технику, посредно одбацују и проблем тумачења као такав (Мињо, Ж. Спасојевић и Б. С. Марковић), ступајући на терен стварања права.⁴⁶⁶ Ставови таквих писаца, наравно, не могу да се прихвате, док учења свих наведених школа могу да се разврстају у две велике групе: на схватања по којима право значење норме може да буде само њено језичко значење (*везано тумачење*), независно од тога у којој се мери одређује степен судијске слободе, и на схватања по којима право значење није везано за језичко значење норме (*слободно тумачење*), сходно чему је сама судијска одлука извор права. Поводом тих важних недоумица, у правној

⁴⁶⁴ Исто, стр. 336-340. и стр. 201-202.

⁴⁶⁵ Видети: М. Д. Туцаковић, *Школе интерпретације права*, „Архив за правне и друштвене науке”, књ. XXXIII, бр. 6, Београд, 1937.

⁴⁶⁶ Видети: М. Д. Туцаковић, *Школе интерпретације права*, стр. 543-559.

науци су образована карактеристична схватања и различите врсте тумачења за утврђивање правог значења правне норме.⁴⁶⁷

Карактеристична схватања о правом значењу и изнијансиране карактеристичне врсте тумачења за утврђивање правог значења норме, поникли у поменим главним школама, могу различито да се разврстају. Уобичајена је подела на везано тумачење с његовим такође карактеристичним врстама (субјективно, објективно, статичко и еволуционистичко), и на тзв. слободно тумачење, односно стварање права.

2.2. Везано тумачење и његове главне врсте

Према теорији тзв. везаног тумачења, правим значењем норме сматра се само једно од више њених језички могућих значења. То значи да право значење норме не може да се тражи изван језичког контекста њеног творца или законика значења. У противном, то више не би било тумачење, већ слободно стварање права.

Унутар везаног тумачења, постоје друге, изведене врсте тумачења (субјективно, објективно, статичко, еволуционистичко), које се међусобно разликују према посебним мерилима која се користе приликом одређивања правог значења (обично субјекти и временски размак између доношења и тумачења, тј. примене норме). Ипак, свима њима је заједничко да правим значењем сматрају само једно од више језички могућих значење норме. На тај начин се одржава постојана веза тумача са право-творцем и обезбеђује поштовање начела законитости и правне сигурности. Приликом утврђивања правог значења, дакле, тумач не ствара своје значење, нити то своје значење приписује творцу норме, већ одговарајућом правном апаратом истражује, открива и утврђује право значење које је норми збиља наменио њен творац.⁴⁶⁸

Субјективно тумачење. Према субјективној теорији, право значење је само једно од више језички могућих значења норме, и то оно које је норми *хйео* да при-да њен творац. Том приликом, творац норми мора да прида само оно значење које се не налази изван њеног језичког значења.

Упркос на први поглед јасном појму, субјективно тумачење није поузда-но средство за откривање правог значења норме, пре свега због проблема са одређивањем воље творца норме, који није разрешен ни у филозофији, ни у науци. Вољу творца норме је тешко утврдити чак и кад је творац физичко лице које ту своју вољу може да реконструише. То је, наравно, немогуће урадити кад он премине. Исто тако, воља је променљива, и питање је колико је она садржана у некој норми која се тумачи, посебно кад ту норму доноси колегијални орган, под условом да се уопште зна шта је колективна воља, итд. Зато се субјективно тумачење не користи као средство за утврђивање истинитог значења норме, осим кад је та воља на несумњив, јасан и прецизан начин изражена (у тестаменту или уговору).⁴⁶⁹

⁴⁶⁷ Видети: Р. Паунд, II, стр. 265-266.

⁴⁶⁸ Видети: Р. Лукић, стр. 340-343.

⁴⁶⁹ Видети: Р. Лукић, стр. 343-349. и Г. Вукадиновић, стр. 212-213.

Објективно тумачење. Због тога се за утврђивање истинитог значења правне норме користи објективно тумачење. Према објективној теорији, право значење није оно језичко значење које норми придаје њен творац, већ оно које норми придаје друштво, и то на основу законика значења који је објективизирана друштвена творевина, независна од творца и тумача. Сходно томе, норма није оно што је њен творац хтео да каже, већ оно што је он *стварно рекао*.

Постоје два схватања објективног тумачења. Према *ужем*, право значења норме је оно које норма има према законнику значења, који је друштвено објективизирана творевина. Према *ширем* схватању, право значење је оно које би норми, кад би могао, придао један савршено разуман субјект (творца). Сходно томе, право значење норме је оно које би један „савршено разуман субјект” *иребало да хоће*, кад би постојао и могао у потпуности да изрази објективну друштвену вољу.

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 у другом вољу стварног творца који постоји или је постојао. То омогућава тумачу да своју вољу представља као вољу савршено разумног субјекта, што је недопустиво као и кад тумач своју вољу представља као вољу творца норме код субјективног тумачења. Стога се за утврђивање правог значења правне норме користи само објективно тумачење у *ужем* смислу.⁴⁷⁰

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

Према статичкој теорији, право значење норме је оно које је норма имала у тренутку свог доношења. Према еволуционистичкој теорији, пак, то је оно значење које норма има у тренутку тумачења, тј. своје примене.

Али, како утврдити значење неке норме која је донета пре два века? Чак и да оно може тачно да се одреди, да ли такво значење уопште треба да се примени на неку садашњу конкретну ситуацију, насталу на пример два века после доношења норме? То су само нека питања на која теорија статичког тумачења не може да одговори. Због тога је статичко тумачење ближе субјективном и објективном (у ширем смислу) тумачењу, што значи да и оно има исте недостатке због којих га не треба користити.

Еволуционистичко тумачење. Зато се уместо статичког примењује еволуционистичко тумачење, које обезбеђује правну сигурност људима који живе у садашњости, а не у прошлости. Еволуционистичко тумачење је могуће само ако се значење норме мења према законнику значења. То значи да тумач не може да придаје норми неко друго значење, изузев оног које она има према законнику значења у тренутку тумачења (примене).

Разликовање ова два тумачења неважно је само у једном случају: кад је тренутак доношења правне норме истовремено тренутак њеног тумачења, тј.

⁴⁷⁰ Видети: Р. Лукић, стр. 349-352. и Г. Вукадиновић, *истио*.

примене.⁴⁷¹ То је због тога што су прошлост и будућност пројекције и поштапалице садашњости.

2.3. Слободно тумачење (или стварање) права

Према теорији тзв. слободног тумачења, тумач није везан никаквим језичким значењем, већ је властан да норми да онакво значење какво налази за сходно. То значи да је право значење оно које норми даје њен тумач, независно од творца или језичког контекста норме. Зато слободно тумачење у свом чистом облику није никакво тумачење, већ слободно стварање права. Као такво, оно не спада у догматику, већ у правну технику.

Такво схватање је лако објаснити тзв. „побуном чињеница против закона“, на коју се позивала школа слободног тумачења борећи се против претераног позитивизма егзегетичке школе.⁴⁷² Сходно томе, истицана је потреба да се право ослободи крутих стега и прилагоди животу у сваком конкретном случају. Да би се то постигло, сматрано је, потребно је да државни органи, посебно судови, располажу великим степеном слободе кад примењују право, односно да судије могу да суде „мимо“ закона (*praeter legem*), па чак и „насупрот“ њему (*contra legem*). То, наравно, ниједно право не може да допусти, јер би то довело до правне и друштвене анархије. Зато је данас у правној теорији прихваћено само везано тумачење, које је ипак довољно „пространо“ да судијама омогући проналажење јединог правог значења у сваком конкретном случају, кад они збиља могу да изразе своје примењивачко стваралаштво и умеће.⁴⁷³

2.3. Право значење у формалном и материјалном смислу

Појам правог или истинитог значења норме, на основу реченог, може да се одреди у формалном и материјалном смислу. У *формалном смислу* то је оно значење које се добија везаним тумачењем, а унутар њега објективним у ужем смислу, а изузетно субјективним, и еволуционистичким тумачењем. То је дакле једно од више могућих језичких значења норме, утврђено на основу оног што је творац норме стварно рекао сходно законика значења (или, изузетно, хтео да каже), и то у тренутку примене норме. У *садржинском смислу*, пак, то је оно значење које од свих могућих значења норме у датом случају најбоље остварује циљ норме (*ratio legis*) и штити дати друштвени интерес. Пошто је број правних норми изузетно велик, то је и број циљева такође изузетно велик. Зато се циљ, посебно кад није јасно изражен у норми, у крајњој линији утврђује на основу циља самог права, тј. његове функције, чиме се одређује и појам правог значења норме у материјалном смислу.⁴⁷⁴

⁴⁷¹ Исто, стр. 352-356. и стр. 213-215.

⁴⁷² Видети: М. Д. Туцаковић, *Школа егзегезе и њена кријтика*, Београд, 1940.

⁴⁷³ Видети: Р. Лукић, стр. 341-342. и Г. Вукадиновић, стр. 216.

⁴⁷⁴ Видети: Р. Лукић, *Методологија права*, стр. 116-118.

3. Средства и врсте тумачења за утврђивање правог значења код тумачења у ужем смислу

Врсте тумачења, како је истакнуто, могу да се одреде и на основу средстава тумачења, од којих су нека већ поменута. Та средства, или већина њих, користе се за утврђивање правог значења норме, што се постиже одговарајућим врстама тумачења (логичко, систематско, историјско и циљно).

3.1. Логичко тумачење

Логичким тумачењем се право значења норме одређује употребом логике као средства, посебно логичких правила непротивуречности, истоветности и искључења трећег.⁴⁷⁵ Њиме се утврђује да ли је значење добијено другим врстама тумачења уопште логички могуће, тј. да ли је јасно или бесмислено. Исто тако, њиме се из норме извлаче значења која не могу да се добију језичким или неким другим тумачењем.

Према задацима које треба да оствари, логичко тумачење се дели на три главне врсте. Прву чини проверавање логичке исправности значења добијеног другим врстама тумачењима; другу, извлачење нових значења (која не могу да се извуку другим средствима тумачења); а трећу, попуњавање правних празнина тумачењем у ширем смислу (аналогијом, разлогом супротности, итд), као и коришћењем логике у још ширем смислу.

Прва врста логичког тумачења, тј. проверавање значења норми логичким тумачењем, неопходна је, јер без ње не може поуздано да се зна да ли је неко значење норме уопште могуће. Она је и поуздана, кад се правилно изводи, јер се ослања на строга логичка правила. Зато се користи без икаквих ограничења у праву. Међутим, друга и трећа врста логичког тумачења углавном нису потпуно поуздане, јер служе за „извлачење” нових значења која обично нису заснована на строгим логичким правилима.⁴⁷⁶

3.2. Систематско тумачење

Систематским тумачењем се право значења норме утврђује помоћу њених веза са свим другим нормама које сачињавају систем права. Оно у ствари представља посебну врсту логичког тумачења, само примењеног на систем права као посебну целину. То је неопходно, јер је ретко кад могуће открити право значење норме која је непосредан предмет тумачења без њених веза са другим нормама.

Постоје две главне врсте систематског тумачења. Прва врста се врши помоћу места које норма заузима у систему права. На тај начин се уклањају унутрашње (у самој норми) или спољашње (између две или више норми) противуречности. То се постиже или усаглашавањем норми, или укидањем једне или више норми. Друга

⁴⁷⁵ Видети: Г. Вукадиновић, стр. 206-207.

⁴⁷⁶ Видети: Р. Лукић, *Увод у право*, стр. 357-361. и Г. Вукадиновић, стр. 206-208.

врста се врши смисаоним повезивањем норми, тј. ближим одређивањем значења норми на основу њихових међусобних веза. То смисаоно повезивање врши се груписањем и разврставањем норми у уже или шире целине у правном акту (од дела, одељка и главе до одсека, члана, става и тачке).⁴⁷⁷

3.3. Историјскоправно тумачење

Историјскоправно тумачење представља врсту помоћног, аналитичког тумачења, које омогућава да се на основу свих друштвених околности одреди право значење неке норме. У том смислу, оно спада у посебну врсту социолошког тумачења. Оно се састоји из упоређивања старе и нове норме како би се у њима уочиле промене, открили поводи (*occasio legis*) за њихово доношење и испитали сви претходећи припремни материјали за доношење норме која је непосредан предмет тумачења.

Историјско тумачење има велики значај за утврђивање правог значења. Ниједна правна норма не може тачно да се схвати ако се не зна њена историја, што практично значи да језичко, логичко и систематско тумачење не могу да открију оно значење норме које може да открије историјско тумачење. Историјско тумачење је понекад посебно погодно за утврђивање тзв. воље творца норме, њеног циља и улоге у садашњости.⁴⁷⁸

3.4. Упоредноправно тумачење

Посебну врсту помоћног тумачења представља *упоредноправно* (компаративно) *тумачење*, којим се до правог значења норме долази поређењем истих или сличних норми које улазе у састав најмање два дела два различита национална права (на пример, норме којима се одређује институција омбудсмана /заштитника јавног интереса/ у различитим националним правима). С друге стране, упоредноправно тумачење норми, тј. права, може да представља научну у практичну припрему за коришћење правних транспланта, тј. за преузимање карактеристичних норми из других националних права у домаће право.

3.5. Циљно (телеолошко) тумачење

Циљно тумачење, као завршно, разрешава недоумицу које је од свих могућих значења норме збиља њено право значење. То се постиже утврђивањем циља норме, а не свих друштвених околности, какав је на пример случај са историјским тумачењем. Зато је оно претежно социолошко-аналитичко истраживање улоге, циља правне норме. Сходно томе, сва претходна тумачења представљају припрему за примену циљног тумачења.

Кад се каже да се циљним тумачењем утврђује циљ норме, то не значи да се њиме утврђује било какав циљ, већ само друштвени (објективни, тј.

⁴⁷⁷ Видети: Р. Лукић, стр. 362-365. и N. Visković, стр. 253-254.

⁴⁷⁸ Видети: Р. Лукић, стр. 365-367, N. Visković, стр. 254. и Г. Вукадиновић, стр. 205-206.

објективизирани) циљ. А тај циљ норме може да се разуме само у вези са повољним или неповољним последицама које норма изазива у друштвеном животу, а не само са тим какав је циљ творац замишљао и наменио норми (тзв. *субјективно циљно тумачење*, за разлику од *објективног циљног тумачења*).⁴⁷⁹

Одређивање објективног циља норме, чиме се утврђује њен прави смисао, веома је сложен посао, јер у друштву не владају строги закони као у природи, због чега његово откривање не може да буде сасвим поуздано. Исто тако, читаво право је од врха до дна прожето бројним циљевима који су сви међусобно повезани и слични. Они постоје чак и кад нису довољно јасно изражени у нормама, што такође отежава њихово одређивање и разврставање овом врстом тумачења. Најзад, и сама норма може да има више различитих циљава, који не морају да се остварују у истој мери. Ипак, кад се једном утврди који циљ или који његов ступањ остварује неко право значење норме, прелази се на поређење тих разних циљева, односно на поређење њихових различитих ступњева остварења. Том приликом, подробном анализом се утврђује који је циљ важнији од осталих, па се он пре свих других изабира и остварује. Само се понекад дешава да саме норме изричито одређују своје сопствене циљеве (устав, поједини закони, итд).⁴⁸⁰

Право значење норме, као што може да се примети, може да се утврди на тежи или лакши начин. До њега се долази тек кад се циљно тумачење схвати као средство за остварење одређених циљева, тј. за задовољење извесних друштвених потреба. Утврђивањем тих потреба, пак, одређен је интерес који омогућава најпотпуније остварење норме у друштву, чиме је коначно одређено и њено право значење. Тако се и на примеру циљног тумачења показује да не постоји апсолутна моћ права и да је живота ипак јачи од наших правних концепција.

4. Средства за утврђивање правог значења попуњавањем правних празнина код тумачења у ширем смислу

Правне празнине се попуњавају тумачењем у ширем смислу, тј. коришћењем логике у ширем смислу. У најважнија средства за попуњавање правних празнина и утврђивање правог значења норме спадају аналогија, разлог супротности и други слична логичка правила, уско тумачење изузетака и правна начела.

4.1. Аналогија

Аналогија (analogia, разлог сличности) или закључивање (тумачење) по сличности представља главно средство помоћу кога се попуњавају правне празнине код тумачења у ширем смислу. Њена примена састоји се у томе што се на један случај који није регулисан општом правном нормом, тј. који представља правну празнину, примењује правна норма која је предвиђена за неки други случај који је сличан случају који представља правну празнину. На пример, ако правна норма забрањује

⁴⁷⁹ Видети: N. Visković, стр. 250-251. и Г. Вукадиновић, стр. 202-203.

⁴⁸⁰ Видети: Р. Лукић, стр. 367-373.

вожњу моторним возилима по стазама парка, може се закључити да та забрана важи и за сва друга возила без мотора: запрежна возила, бицикле, скејтбордове; ако на главним вратима зграде стоји натпис да је улаз слободан, може се закључити да је улаз слободан и на споредним вратима; ако је забрањено уводити псе у болницу, може се закључити да то важи и за све друге кућне љубимце, итд. Као таква, „аналогија је мешовит индуктивно-дедуктиван закључак, који омогућава да се на основу заједничких познатих обележја два случаја и познатих обележја једног случаја за која се зна да проистичу из заједничких обележја, закључи да иста таква обележја постоје и у другом случају, иако то није познато.⁴⁸¹ Аналогија је дакле закључивање од сличног на слично (*a simili ad simile*). Њом се два слична случаја сматрају истим.

То што се два слична случаја (од којих један представља правну празнину) сматрају истим, аналогију чини непоузданом. Зато се приликом њене примене поставља питање њене оправданости и питање основа њене примене. До тога долази зато што се „не може аподиктички тврдити да аналогији има места само кад какво питање у позитивном праву није решено, кад, дакле, постоји празнина у закону, или, пак, да аналогији има места и кад законодавац, пројектујући једно правило, није том правилу дао потпун, адекватан израз, кад законодавчева мисао постоји али није јасно исказана”.⁴⁸²

Питање *ојравданости* аналогије се решава тако што се закључак по аналогији сматра делимично дедуктивним, а делимично индуктивним, при чему је аналогија поуздана у свом дедуктивном делу (кад се иде од општег ка посебном), док је непоуздана у свом индуктивном делу (кад се иде од посебног ка општем). То значи да се одговор на питање да ли проистичућа обележја два случаја постоје и у свим другим ситуацијама може наћи тек анализом друштвеног интереса који право штити прописивањем норме, на основу чега се утврђује да је друштвени интерес баш такав да треба да се примени иста правна норма. И тек кад 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 другом правном нормом. Тај интерес се открива утврђивањем тзв. *законској разлоја* (*ratio legis-a*) који садржи дотична норма, што се постиже циљним тумачењем.⁴⁸³

И питање *основа* за примену аналогије се решава помоћу законског разлога. Кад се анализом утврди да правно регулисан случај и случај који представља правну празнину имају исти законски разлог, тад се примена односне норме проширује на други случај, како би се заштитио одговарајући друштвени интерес. На тај начин се правна норма поново формулише (јер се њено језичко значење исправља њеним правим значењем) и проширује (јер се она односи и на случајеве који нормом нису изричито обухваћени). Кад се пак утврди да односна два случаја немају исти законски разлог, аналогија не може да се примени.⁴⁸⁴

⁴⁸¹ Р. Лукић, *Методологија права*, стр. 128.

⁴⁸² Р. Лукић, *истио*.

⁴⁸³ Видети: Р. Лукић, *Увод у право*, стр. 373-374.

⁴⁸⁴ Видети: Р. Лукић, стр. 375-376.

Аналогија се обично дели на законску и правну. Законска аналогија (*analogia legis*) представља примену конкретне норме, а *правна* аналогија (*analogia iuris*) примену општег начела на случај који представља правну празнину. Прва представља закључивање од „посебног сличног на слично посебно“, а друга „од сличног општег на слично појединачно“⁴⁸⁵. Сходно томе, законској аналогији има места кад је закон нејасан, а правној кад постоји празнина у закону.

Правна аналогија се дели на *делимичну* (*partialis*), кад се норма изводи из неколико посебних норми, и *укупну* (*totalis*), кад се норма изводи из једног или више општих правних начела која изражавају „дух“ целог права.⁴⁸⁶

Примена аналогије зависи од тога колико је право систематски изграђено и развијено. У наразвијеним правима и правима која нису систематски саздана, примена аналогије је чешћа. Ипак, у савременим правима је забрањено коришћење аналогије у кривичном праву, како би се обезбедила заштита грађанских и људских права утврђених старим римским начелом *nullum crimen nulla poene sine lege*.⁴⁸⁷

4.2. Разлог супротности

Разлог супротности (*argumentum a contrario*) или закључак (тумачењем) по различитости, представља у *ужем* смислу друго главно средство за попуњавање правних празнина на начин који је супротан аналогији. То дословно значи да се за све сличне случајеве које нека норма не обухвата, примењује њој супротна норма.⁴⁸⁸ 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; ако на главним вратима зграде стоји натпис да је улаз слободан, може се закључити да је улаз слободан само на главним, али не и на споредним вратима; ако је забрањено уводити псе у болницу, може се закључити да то не важи и за све друге кућне љубимце (тако је у својим студентским данима на колеџу Итон поступио лорд Бајрон, који је због забране држања паса на колеџу држао медведа као свог љубимца); ако правна норма гласи да су пунолетни мушкарци дужни да служе војни рок, може се закључити да такву обавезу немају малолетници и особе женског пола, итд. Код разлога супротности, дакле, закључивање се одвија обрнутим током од оног код аналогије: прво се утврђује да правна норма обухвата извесне случајеве, али не и случај који представља правну празнину (прва премиса); друго, утврђује се да случај који представља правну празнину није обухваћен нормом зато што је различит од случајева који су нормом обухваћени (друга премиса); и, најзад, закључује се да норма не може да се примени на случајеве које не обухвата, односно да на случај који представља правну празнину треба да се

⁴⁸⁵ Видети: М. Д. Туцаковић, *Проблем законске и правне аналогије*, „Бранич“, св. за јануар и фебруар, бр. 1 и 2, Београд, 1936.

⁴⁸⁶ Видети: Ж. Спасојевић, *Нацрт једне опште теорије права*, Београд, 1989.

⁴⁸⁷ Видети: N. Visković, стр. 255-256. и Г. Вукадиновић, стр. 208-210.

⁴⁸⁸ Видети: Р. Лукић, стр. 377-385, N. Visković, стр. 255. и Г. Вукадиновић, стр. 208.

примени нека друга норма, супротна првој (правни закључак). Разлог супротности, дакле, представља закључивање по различитости.

Поузданост, а тиме и вредност разлога супротности, зависи 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, а сва та обележја није увек могуће утврдити. Због тога разлог супротности пре може да се одреди испитивањем одговарајућих интереса који се штите нормом, тј. циљним тумачењем, него самим логичким закључивањем. Исто тако, поузданост и вредност разлога супротности зависи од тачности става да случај који представља правну празнину треба попунити супротном нормом, што такође није увек случај. Очигледно, примена разлога супротности није поуздана, поготову његова упрошћена примена, јер чим се деси да законски разлог обухвата само нека обележја, аналогија може да се примени. 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.⁴⁸⁹

Разлог супротности у *ширем смислу*, пак, користи се као један начин закључивања који се примењује приликом обичног тумачења, а не попуњавања правних празнина. То је случај кад од две опште норме једна представља изузетак у односу на другу, при чему се за све случајеве који нису обухваћени посебном нормом сматра да потпадају под општу норму. Очигледно, овде је реч о тумачењу норме, а не о попуњавању правне празнине.

Однос између аналогије и разлога супротности обично се одређује као да је реч о паралелним установама, сходно чему је све једно које ће логичко средство да буде примењено, што није тачно. Наиме, кад постоји основ за примену аналогије (исти законски разлог, односно друштвени интерес), тад треба да се примени само аналогија. И, обратно, кад законски разлог није исти, односно кад постоји различит друштвени интерес, тад треба да се примени само разлог супротности.⁴⁹⁰ Дакле, веома је важно да се правилно изабере једно од поменутих логичких правила, јер примена аналогије или разлога супротности не производи исте правне последице за субјекте.

4.3. Разлози тим пре, ауторитета и природе ствари

Поред разлога супротности користе се и друга слична логичка правила, каква су: „разлог тим пре”, „разлог ауторитета” и „разлог природе ствари”.

Разлоз тим пре (argumentum a fortiori) представља логичко правило којим се закључује да обележја једног случаја у још већој мери или с још јачим разлогом постоје и у неком другом случају. Разлог „тим пре” подсећа на аналогију, али се од ње разликује по томе што основ за његову примену не представља сличност два случаја, већ израженија иста обележја (важнији разлог) којим један случај располаже.

⁴⁸⁹ Видети: Р. Лукић, стр. 378-379.

⁴⁹⁰ Исто, стр. 381-382.

Постоје две подврсте овог разлога. 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 (на пример, ако је потребна обична већина за доношење закона, може се закључити да је та већина испуњена и кад је закон донет апсолутном већином гласова посланика). Разлогом „од већег ка мањем” (*argumentum a maiori ad minus*) закључује се да субјект коме правна норма даје шира овлашћења и обавезе располаже и ужим овлашћењима и обавезама који су укључени у шира, сходно Улпијановој изреци: „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 посебног навођења његових овлашћења, може се закључити да је адвокат овлашћен да повуче тужбу или уложи жалбу, итд).⁴⁹¹

Разлој ауторитетна (*argumentum ab exemplo*), посебно цењен у теорији аргументације почев од Аристотелове „Реторике”, често се користи у животу и праву. Он се састоји у позивању на узор или добре примере, а у праву на ауторитет судске праксе или правне доктрине (на пример, у образложењима закона, судских пресуда и других аката). У старом Риму и средњем веку, за судску аргументацију била су важна мишљења истакнутих правника. Данас су за судску аргументацију важне пресуде врховних судова, које остали судови уважавају због њиховог ауторитета.⁴⁹²

Разлој природе ствари (*argumentum rerum natura*) представља врсту правног закључивања која се изводи из увиђања складних правилности постојања или функционисања које су дате у самој природи објекта или односа. На пример, слаб коњ који је у заблуди купљен за вучу, дрвоточна столица, завртњи од слабог метала, по природи ствари, не служе циљу због кога су купљени, јер њихова „редовна употреба” није у складу са њиховом природом и наменом („природном употребом”, „природом ствари”).⁴⁹³

Који ће од наведених разлога бити примењен, то зависи како од самих логичких правила, тако и од протумаченог законског разлога, тј. циља који норма треба да оствари у датом случају. Ипак, њихова примена није нужна, док је примена строгих логичких правила увек нужна.

4.4. 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. као њен прави смисао мора да се узме њен најужи смисао”.⁴⁹⁴ На пример, хендикепиране особе су изузете из похађања школске наставе физичког васпитања. Сходно

⁴⁹¹ Видети: N. Visković, стр. 255-256. и Г. Вукадиновић, стр. 210-211.

⁴⁹² N. Visković, стр. 257.

⁴⁹³ Исто, стр. 257-258.

⁴⁹⁴ Р. Лукић, стр. 385.

томе, норма не сме да се проширује ни тзв. *широким* (екстензивним) тумачењем, нити аналогijом (на пример, усмени тестамент у рату не сматра се правно важећим за време мобилизације или мира).

Поузданост и вредност овог правила зависи од тога шта се сматра изузетком. Сматра се да у праву изузетак постоји кад се тачно наброје такви случајеви (тзв. *шаксaiйивно набрајање*), под условом да се такође одреди да ће таква норма супротне садржине да се примењује само на те наведене случајеве, за разлику од норме која се примењује као општа. И, обратно, изузетак не постоји кад се после набрајања извесних случајева (на које се таква норма примењује) изричито каже да су они наведени „примера ради” (*exempli causa*), тј. да норма може да се примењује и на друге сличне случајеве (тзв. *йримерично набрајање*). Према томе, до тачног појма изузетка може да се дође само тумачењем норме уз примену свих важећих правила тумачења. Зато изузетке треба што уже тумачити, под условом да су тачно набројани.⁴⁹⁵

4.5. Попуњавање правних празнина општим начелима

Правне празнине изузетно могу да се попуњавају општим начелима, кад она нису разрађена конкретним нормама (на пример, начело законитости, да штета треба да се надокнади, да уговори морају савесно да се извршавају, итд), јер је у њима садржан „дух” датог права. Насупрот томе, према учењу о логичкој затворености (које је посебно неговала школа егзегезе) у праву могу да постоје само привидне празнине: кад неки случај није регулисан конкретном нормом, он је ипак регулисан неком другом сличном или апстрактном нормом. И, пошто сходно томе праве правне празнине не постоје, то не постоји ни потреба за њиховим попуњавањем правним начелима.

Изгледа да је истина негде на средини. Иако је тачно да случај који је регулисан општим начелом не представља правну празнину, тачно је и то да због апстрактности правног начела многа питања у конкретном случају остају нерешена, због чега она несумњиво представљају правну празнину која се попуњава као и све остале празнине у праву. И, што је начело општије, већа је и правна празнина коју треба попунити (на пример, кад се користи опште начело правичности, „револуционарни дух и класна свест”, итд). Ипак, и ту постоји граница: правне празнине

⁴⁹⁵ Основ правила о уском тумачењу изузетака чине извесне практичне, а не начелне поставке о систему права и његовој друштвеној улози, јер идеалан систем права нигде не постоји. Сходно томе, управо изузецима може да се поврати нарушена јединственост и кохерентност система, као и поштовање начела једнакости у конкретним случајевима. Изузетак не потврђује, већ употпуњава целину правила. Али, ни у томе не треба претеривати, што значи да је примена овог правила оправдана само ако је изузетак изричито наведен. У свим другим случајевима, боље је користити тумачење у ширем смислу или неко од наведених средстава за попуњавање правних празнина. И обратно, против изузетака и примене правила о уском тумачењу такође се истиче да идеалан систем права не би требало да има изузетке, због чега изузеци морају да буду сведени на најмању могућу меру. Њима се квари јединственост и логичка кохерентност система, нарушава правно начело једнакости, итд (видети: Р. Лукић, стр. 385-387).

не постоје изван оквира права који су одређени правним начелима, под условом да цивилизованост и право нису укинати.

Од непосредног попуњавања правних празнина општим начелима треба разликовати случај примене правне аналогije, кад се правно начело изводи из низа конкретнијих норми коришћењем правних конструкција, а затим примењује на случај који представља празнину.⁴⁹⁶ Колико је снажна жеља људи за нормалним животом, толико је јака снага права за његовим трајањем.

5. Упоредивање и исправљање језичког и правог значења

Идеално би било кад би се језичко и право значење правне норме увек потпуно подударали. Али, то није увек случај. Зато је потребно да се на крају поступка тумачења упореди језичко са правим значењем правне норме.

5.1. Упоредивање језичког и правог значења норме

Резултат упоређивања језичког са правим значењем норме може да буде да су два значења подударна или неподударна. У првом случају, завршава се поступак тумачења и прелази на поступак примене права. У другом случају, језичко значење норме се исправља њеним правим значењем. Али, кад је норма језички јасна, она се не исправља правим значењем, јер је њено језичко значење самим тим и њено право значење. Од тога постоји само један изузетак: кад се правим значењем норме сматра оно њено значење које није језички могуће (случај правне празнине).

5.2. Исправљање језичког и правог значења норме

Начин и обим исправљања тумачене правне норме зависе од врсте недостатка у њеном језичком значењу. Стога треба разликовати исправљање норме са јасним значењем у случају омашке и правне празнине од исправљање бесмислене и неодређене норме.⁴⁹⁷

Исправљање норме са јасним значењем у случају омашке. Правило је да тумач правим значењем норме сматра само оно њено једино јасно значење које се односи на све случајеве на које се норма примењује. То значи да тумач језичко значење норме може да исправи правим значењем само кад утврди да је оно постало такво због учињене омашке приликом стварања норме.

Омашка као чест узрок неподударања језичког са правим значењем правне норме може да се одреди у субјективном и објективном смислу. Омашка у субјективном смислу постоји кад је творац норме *хтео* нешто да изрази, па то стварно није учинио у норми (на пример, кад погрешно наведе или пропусти да наведе дозвољену брзину вожње у граду од 40 км на час). У другом случају, омашка постоји кад ниједан „просечан” човек не би на такав начин формулисао

⁴⁹⁶ Исто, стр. 387-388.

⁴⁹⁷ Исто, стр. 388-394.

норму, учинивши је немогућом за примену или неприхватљивом за интересе које право нормално штити (на пример, кад се за дозвољену брзину вожње у граду пропише 400 уместо 40 км на час). Пошто је тешко утврдити стварну вољу творца норме, посебно кад је он уопште не изрази, то се у пракси користи објективан појам омашке.

Омашку треба разликовати од *несавршености* норме. Несавршеност не може да се исправља, док омашка мора да се исправља. Утврђивање омашке спада у тумачење, а њено исправљање у стварање права.

Од омашке треба разликовати *ишћамјарске* и *друге* *јрешке* приликом објављивања норме, јер омашка постоји само кад се налази у оригиналном тексту норме.

Исправљање норме у случају јравне јразнине. И најразвијенији системи права су непотпуни. Зато постоји стална потреба за „исправљањем” норме у случају правне празнине. До тога долази кад се тумачењем утврди постојање правне празнине, која се попуњава једним од претходно наведених средстава. Том приликом, прво се кретањем од права као целине ка једном његовом делу (норми или њиховом мањем скупу) открива правна празнина, а затим, у другом делу, кретањем од норме или њиховог мањег скупа ка целом праву, прелази на ближе тумачење једне норме или њиховог мањег скупа, који су у вези са случајем који представља празнину, кад се открива право значење „непостојеће” норме сагласно значењу целокупног права. Пошто је реч о „исправљању” непостојећег језичког значења правим значењем, то се описани поступак сматра пре развијањем права, него његовим допуњавањем у задатим оквирима.⁴⁹⁸

Исправљање бесмислене норме. Норма је бесмислена, тј. без значења, кад је противуречна. Пошто постоје две врсте противуречности (унутар и између норми), то постоје и две такве врсте бесмислених норми.

Бесмисленост због унутрашње противуречности елемената у норми често представља резултат омашке која се исправља кад се утврди на несумњив начин. Кад то није случај, бесмислена норма не може да се исправља, сматра се непостојећом, а случај који она регулише правном празнином. Бесмисленост због спољашње противуречности, пак, може да се исправља. Наиме, кад су две норме међусобно противуречне, сматра се или да ниједна од њих не постоји (да постоји правна празнина), или да једна норма постоји и важи, док друга, супротна, не важи (укида се), или да обе норме важе, с тим да једна представља изузетак у односу на другу норму.

У свим наведеним случајевима, остварује се правило да право значење норме може да буде само једно од њених језичких значења, с тим што тог значења, па ни тумачења, нема код бесмислености унутар норме (изузев омашке) или између норми, кад норме једна другу поништавају (правна празнина). Исправљање бесмислених норми укидањем једне или проглашавањем једне изузетком у односу на другу, пак, могуће је и спада у тумачење права.⁴⁹⁹

⁴⁹⁸ Видети: Р. Паунд, II књига, стр. 255-264.

⁴⁹⁹ *Истио*, стр. 265.

Исправљање неодређене норме. Исправљање неодређених норми је веома једноставно са гледишта односа језичког и правог значења, јер се том приликом као најважније мерило користи обим значења норме, сходно чему се разликује *обично* (средње, дословно, нормално) значење и тумачење од *суженој* (рестриктивног) и *проширеној* (екстензивног) значења и тумачења. Њима се одлучује о томе који обим значења норме најбоље изражава законски разлог.

Обичним тумачењем се утврђује да „стандардно”, „нормално” значење речи којима је норма исказана најбоље изражава циљ норме (на пример, кривична норма која прописује казну затвора возачу моторног возила који не укаже помоћ особи чију је повреду проузроковао може дословно да се примени). Суженим тумачењем се вишезначним речима у норми даје уско или најуже значење (на пример, кад се пропише да усмени тестамент важи само кад је изјављен у току рата, то значи да за време мобилизације или у мирнодопским условима такав тестамент не важи, тј. да мора да буде сачињен у писаном облику). Проширеним тумачењем се вишезначним речима у правној норми даје шире значење, јер се управо оно сматра најбољим за изражавање циља норме (на пример, кад се каже да судови суде на основу устава, закона и других прописа, тад се у погледу израза „закон” и „други прописи” прибегава проширеном тумачењу).⁵⁰⁰

Иако је нормално да се правим значењем сматра обичан, нормалан смисао норме, могуће је да њен прави смисао буде узак или широк. Правило је да се уско значење даје нормама које су посебније, а широко значење општијим нормама. Ипак, уско тумачење се јасно разликује од изузетка, а широко од аналогije. У оба случаја, правим значењем норме сматра се значење које је језички непосредно изражено, само што је оно другачије одређено од изузетка, или није прво по законiku значења, док се у случају аналогije правим значењем сматра оно које није језички непосредно изражено.⁵⁰¹

⁵⁰⁰ Видети: N. Visković, стр. 259-260. и Г. Вукадиновић, стр. 211-212.

⁵⁰¹ Видети: Р. Лукић, стр. 393-394.

IV глава

ПРИМЕНА ПРАВА

Три главна значења примене права. Врсте примене права: добровољна (аутономна и хетерономна) и принудна. Институционална, структурална, функционална и персекуциона примена права. Особине примене права (универзалност, униформност, унификативност, константност). Механизам примене права. Поступак примене права – претходни: сви делови поступка тумачења, и главни: утврђивање чињеница, правно закључивање и непосредна примена права. Утврђивање правних и чињеничних питања: 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. Слободна и обавезна форма у праву. Значај правног облика и његова злоупотреба.

Примена права представља понашање људи по правним нормама. То значи да се она састоји из три елемента: *јравне норме* (опште и појединачне), *јравној субјекти*а (физичког и правног лица) и *конкретној случаја* (догађаја и људске радње), о чему је већ било речи. Захваљујући примени права, сви елементи правног поретка сједињују се у јединствену целину материјализујући правне установе, гране и области правног система, као и целокупан правни поредак, уређујући том приликом у друштвеном животу најразличитије правне и друге облике.

Први одсек

ПОЈАМ И ПОСТУПАК ПРИМЕНЕ ПРАВА

1. Појам, особине и врсте примене права

1.1. Примена права у најширем, ужем и најужем смислу, и њене врсте

Кад се каже *примена права*, тад се обично мисли на једно од три њена главна значења: практичну делатност, мисаони процес или извршење санкције.

Примена права као практична делатност, у *најширем* смислу, представља део људске и друштвене праксе која се састоји из претварања права у стварност, тј. његовог остваривања понашањем људи по правним нормама (диспозицији или санкцији), што и јесте истински циљ права. Сходно томе, постоје две главне врсте примене права: *добровољна*, кад се људи понашају по диспозицијама, и *принудна*, кад се људи понашају по санкцијама. У првом случају, примена се састоји само из сагласног понашања субјекта по диспозицији, а у другом, из прекршаја диспозиције односног субјекта и примене санкције државног органа

према субјекту који је прекршио диспозицију.⁵⁰² Том приликом, 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, кад су интереси друштва најпотпуније заштићени. Ипак, није увек реч о потпуно добровољној примени, тј. примени из убеђења (*аутономној примени*). Стога се добровољном назива и примена права због страха од санкције (*хетерономна примена*). Наравно, пожељно је да субјекти примењују диспозиције из убеђења, а не из страха од санкције. С друге стране, примењујући санкцију против прекршиоца, држава и друштво покушавају да спрече да се право крши, с тим што за државне органе примена санкције према прекршиоцу диспозиције представља понашање по диспозицији неке друге норме (секундарна диспозиција). Та секундарна диспозиција је тако подешена да се прекршилац и против своје воље може натерати да је изврши, за разлику од примарне диспозиције чије извршење зависи само од његове воље.⁵⁰³

Наведени механизам примене права зависи и од тога да ли је неки случај регулисан општом нормом или не. Кад је случај регулисан општом нормом, примена права се састоји из два дела: првог, утврђивања опште норме и стварања појединачне норме, и другог, самог понашања људи по норми. Кад је случај регулисан само појединачном нормом, преостаје само други део: понашање људи по правним нормама, с тим што стварање појединачне норме у таквом случају не спада у примену, већ у стварање права. То значи да примена права у једном посебном, ужег смислу, представља само примену опште правне норме на конкретан случај који је у њој предвиђен, и то било да се ради само о утврђивању да се општа норма односи на дати конкретан случај (*јавни силојизам*), било о извођењу појединачне правне норме за тај конкретан случај из опште норме (*конкретизација и индивидуализација* опште норме у појединачном случају). У том значењу, примена права се односи само на неке мисаоне процесе (психичке радње), а не на практично понашање људи по нормама, које је увек обухваћено ширим значењем.

Најзад, у *најужем* смислу, примена права значи само извршење санкција, које према циљу који њима треба да буде постигнут могу да буду *ресџицијивне*, јер имају за циљ да успоставе стање које би постојало да је диспозиција извршена, или *ретрибуцијивне*, јер имају за циљ одмазду према прекршиоцу, а не повраћај у пређашње стање. Зато се и каже да се правни поредак остварује, тј. да је ефикасан, тек кад људи у већини случајева (добровољно или принудно) примењују право.

Поред добровољне (аутономне или хетерономне) и принудне примене права, постоје и друге њене врсте. Према циљевима које право треба да постигне разноврсним правним нормама, постоји институционална, структурална, функционална и персекуциона примена права.⁵⁰⁴ *Институционална примена*

⁵⁰² Видети: Р. Лукић, стр. 301-303. и Г. Вукадиновић, стр. 191-192.

⁵⁰³ Видети: Р. Лукић, стр. 302.

⁵⁰⁴ Видети: О. Mandić, *Sistem i interpretacija prava*, стр. 129-131.

права односи се на све правне норме којима се одређује настанак приватних и јавних установа. Предмет те врсте примене права су превентивно уставни прописи и статuti друштвених организација. *Сирукишуална* примена права, пак, односи се на правне норме којима се утврђује састав правних установа, начин њиховог функционисања и настанак нових правних установа. На тај начин, открива се неусклађеност неких норми са захтевима друштвеног живота, утврђују се правне празнине и припрема ново право, способно да одговори тим новим захтевима. *Функционална* примена права, посебно важна за постизање државних циљева, односи се на примену свих правних норми којима се регулишу најразличитији облици државне активности. Том приликом, одређујући како ће да се одвија та активност, држава задржава право да уређује начин обављања свих друштвених активности које се налазе под њеним надзором. Значајан део функционалне примене права односи се на решавање спорова и поништавање последица незаконитих норми којима се крши правни поредак. *Персекуциона* примена права састоји се у одређивању санкција за незаконите акте. Она обухвата и оне прописе процесног права који се односе на непосредну примену санкција и друге облике њиховог извршења. Најзад, посебна врста примене права, карактеристична за мешовите системе (историјске или недовољно развијене), постоји кад се приликом примене права води рачуна о основним начелима која су изведена из религијско-филозофских или обичајних састојака система, у чијем духу морају да се одвијају све друге врсте примене права (на пример, шеријатско или хинду право).

Примена права је мање или више сложен процес који се односи на све субјекте права (државне, друштвене и појединачне) који су дужни да примењују право, тј. да остварују својим понашањем овлашћења и обавезе одређене у норми (на пример, да изврше уговор, венчају се пред надлежним органом, плате порез, итд), да доносе ниже норме на основу виших (на пример, купопродајни уговор на основу закона, решење о пензионисању на основу статута предузећа и закона, итд) или да непосредно примењују санкцију (државни и друштвени органи).⁵⁰⁵ За примену права посебно важну улогу имају они органи чији је непосредни задатак да надзиру и контролишу примену права од стране свих других субјеката.

1.2. Особине и услови за примену права

Наведене главне врсте примене права нису строго одвојене, јер између њих у пракси не постоје круте границе. Стога оне располажу извесним заједничким особинама, какве су: универзалност, униформност, унификаторност и константност. *Универзалност* значи да правне норме важе на целој територији државе, на којој треба да буду примењене у свим конкретним случајевима, али и изван националних граница кад је реч о наднационалним или међународним правним нормама (на пример норме које обезбеђују сарадњу наше земље са Scotland Yard-ом);

⁵⁰⁵ Видети: N. Visković, стр. 237-238.

униформносћ да примена правних норми треба да буде таква да у истим конкретним случајевима изазива исте последице, што посебно важи за рад судских органа, укључујући и Европски суд правде, а зарад правне сигурности и једнакости; *унификацијорносћ* да се стварају одговарајући модели примене права и пожељни стереотипи мишљења, који повезују субјекте у истим ситуацијама, све како би се наметнули обрасци пожељног понашања (на пример, кодификована обичајна трговачка правила, *UNDROIT*); *констативносћ* да правна норма од свог настанка до престанка мора да буде исто примењивана, тј. да њен коначан израз, утврђен тренутком доношења, не сме да се мења (јер правила треба да важе или увек, или никад). На тај начин се обезбеђује постојана примена права, сагласна утврђеном изразу правне норме. Све наведене особине примене права, другим речима, заједнички обезбеђују да примена права буде остварена према истим начелима на целој територији државе. То се постиже истоврсном применом правних норми на конкретне случајеве и једнообразним понашањем свих учесника у правном саобраћању, посебно државних органа задужених за примену санкције, и то постојано према успостављеним моделима и стереотипима понашања, што и јесте циљ сваког правотворца, посебно законодавца.⁵⁰⁶

Да би примена права била успешна, потребно је да буду обезбеђени и одговарајући услови, а пре свега сигурност, ефикасност и економичност примене права. *Сигурносћ* значи да право мора да се примењује тачно онако 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, одустајући од понашања по правним нормама, што би закочило друштвени живот, претварајући га у правну и друштвену анархију. *Ефикасносћ* примене састоји се у коришћењу одговарајућег начина примене како би право збиља могло да произведе жељено дејство. Најзад, *економичносћ* примене значи да право треба да се примењује најкраћим путем, штедећи време, људску енергију и материјална средства.⁵⁰⁷

2. Поступак примене правне норме

Примена права представља посебно сложен, осетљив и одговоран процес, који се састоји из више различитих радњи (психичких, умних, или телесних, материјалних). Све те радње имају за циљ да тачно одреде понашање које норма захтева у конкретном случају и изврше га. Тим циљевима је прилагођен и сам поступак примене права, који се састоји из припремног и главног дела.

У *припремном делу*, најпре, правна норма мора да буде сазната, тј. мора тачно да се утврди како она гласи. То се постиже утврђивањем њеног правога, *ауθενитичног шекста*, верног оригиналу. Кад је норма писана, текст се налази у одговарајућем документу (најчешће у службеном листу, ако је реч о нормама државних органа), а кад није, он се утврђује одговарајућим доказима. Утврђивање аутентичног текста

⁵⁰⁶ Видети: О Мандић, стр. 133-137.

⁵⁰⁷ Видети. Р. Лукић, *Методологија права*, стр. 223 и даље.

норме се назива *нижа кријшика норме*. Затим се прелази на утврђивање да ли норма важи, тј. да ли је заиста обавезна. Утврђивање важења правне норме, тј. њене позитивности, назива се *вишом кријшиком норме*. О томе како се утврђује важење правне норме, већ је било речи. Следећи корак представља утврђивање смисла позитивне норме на основу њеног аутентичног текста (*тумачење норме*), о чему је такође било речи. И тек после наведених делова, карактеристичних за тумачење, прелази се на делове који су карактеристични само за поступак примене права.

У *главном делу*, пре свега, *утврђују се* за право *релевантне чињенице* описане у правној норми, чије је постојање услов за примену норме (тзв. *чињенична чињања*, за разлику од *правних чињања*). У пракси је нарочито тешко утврдити тзв. *правну квалификацију* извесних чињеница, што се постиже добрим правничким знањем и праксом. Правне чињенице се обично утврђују доказима. Затим се прелази на *правно закључивање*, обично коришћењем тзв. правног силотизма, којим се доводи у везу протумачена норма са утврђеним чињеницама и изводи закључак да ли правна норма може да се примени на конкретан случај. Најзад, долази до *непосредне примене права*, што се постиже извођењем правних и материјалних аката предвиђених нормом.

Поступак примене правне норме, као што може да се примети, састоји се из два дела. У првом, припремном делу, утврђују се аутентичан текст норме, њено важење (позитивност) и смисао (тумачењем). У другом, главном делу, прво се утврђују чињенице, а после тога се прелази на правно закључивање и непосредну примену правне норме.⁵⁰⁸

2.1. Утврђивање чињеница

Решавање чињеничних питања (*questio facti*), за разлику од правних питања (*questio iuris*), састоји се из утврђивања која општа норма може да се примени на конкретан случај, и то на основу чињеница које су садржане у претпоставци њене диспозиције. Затим се те чињенице поново прецизирају и индивидуализују, при чему се утврђује да ли оне заиста постоје у стварности. Утврђивањем чињеница баве се сва физичка и правна лица. Али, кад то чини надлежни државни орган, он није слободан, већ обавезан да примени све правом прописане поступке. Кад то, пак, чине други субјекти, њихова слобода је већа, али је већа и могућност да том приликом погрешно изаберу или примене поступци за утврђивање чињеница.

Механизам утврђивања чињеница зависи од врсте норме. Сходно томе, постоје две (за опште норме) или само једна (за појединачне норме) врста чињеничних ситуација које се утврђују. Код општих норми, *полазна ситуација* је одређена у претпоставци, а *долазна* у диспозицији норме (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,

⁵⁰⁸ Видети: Р. Лукић, *Увод у право*, стр. 304-305, N. Visković, стр. 238. и Г. Вукадиновић, стр. 192-193.

а долазна, одређен износ пореза који мора да се плати пореском органу). И тек кад се обе чињенице утврде, тад јасно и тачно може да се каже како гласи норма као обавезно правило понашања упућено грађанима. Обично долазна ситуација проистиче из полазне (ко је позајмио ствар, дужан је да је врати), сходно логици узрока и последице. Али, она може да настане и људском радњом која је независна од полазне ситуације (ко наврши 18 година, сам је дужан да води рачуна о правним последицама својих поступака: ту долазна ситуација настаје из конкретног понашања субјекта, а не из стицања пунолетства), кад веза између узрока и последице није тако видљива. Код појединачних норми, пак, полазна ситуација се не утврђује, јер је она већ остварена, већ само долазна (на пример, 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).⁵⁰⁹

Кад се правоснажно утврди постојање или непостојање односних чињеница, тад се каже да је утврђена *правна истина* о чињеницама, односно правна стварност. Она, будући део правне (мета)стварности не мора сасвим да се поклапа са *стварном истином*, тј. са обичном стварношћу. Ипак, и таква, она је меродавна, упркос могућој нетачности, јер право не би могло ефикасно да се примењује. То, међутим, не значи да право уопште не води рачуна о стварној истини. Пошто су последице неподударања правне и стварне истине тешке како за субјекте који утврђују чињенице, тако и за субјекте на које се чињенице односе, то право пажљиво бира и користи поступке којим долази до правне истине, како би се правна истина у највећој могућој мери поклапала са стварном истином.⁵¹⁰ Ти поступци, којима се утврђују чињенице, називају се доказима. Али, поред њих, користе се претпоставке и фикције. Доказима се утврђује материјална истина, претпоставкама одређује оно што је вероватно истинито, док се фикцијама нешто што је неистинито сматра истинитим. Сва наведена правнотехничка средства имају исти циљ да заштите повређене интересе, како би се право што тачније, брже и економичније примењивало.

Докази. Ниједна правна норма не може да се примени ако чињенице нису поткрепљене јасним и чврстим доказима. Зато је извођење доказа врло важна радња у процесу примене права, посебно кад норму примењују државни органи, који су дужни да активно суделује приликом извођења доказа, критички их процењујући.

У праву постоје посебне норме које прецизно утврђују начин извођења доказа. Сходно томе, *докази* представљају правно важне, тј. познате, утврђене или несумњиве чињенице, које се као материјална средства или људске радње користе за утврђивање постојања других правно важних чињеница или, пак, као сам начин за њихово непосредно увиђање у конкретном случају.

Докази се деле на непосредне и посредне. *Нейосредни* или докази у ужем смислу, састоје се у непосредном утврђивању чињеница *увиђајем* на лицу места

⁵⁰⁹ Р. Лукић, *Методологија права*, стр. 230.

⁵¹⁰ Видети: Р. Лукић, стр. 230 и даље.

или откривањем предмета који су објект, средство (*corpus delicti*) или последица деликта. *Посредни* или докази у ширем смислу, састоје се из посредног утврђивања чињеница на основу њихове везе са другим чињеницама које могу непосредно да се посматрају и утврђују (признање или исказ сведока и вештака). Они се изводе или из непосредних доказа, или из других чињеница које нису докази (индиције).⁵¹¹

Приликом оцењивања доказне вредности појединих чињеница, државни орган је слободан да на основу свог тзв. *слободної уверења*, самостално оцени доказе и призна њихову тачност. Том приликом, он искључиво мора да се руководи начелом тзв. *материјалне* (стварне) истине о чињеницама, што значи да докази који се узимају као тачни морају бити тако несумњиви да код свих других изазову исту увереност у њихову тачност. Стога у појединачном судском или управном акту, који је донет на основу таквих доказа, мора опширно да се образложи зашто се наведени докази сматрају тачним.

Некад су се државни органи руководили само начелом тзв. *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 кад за њу не постоји одређен број доказа (одређеног квалитета).⁵¹²

Правна претпоставка (*presumptio iuris*) представља правно важну чињеницу коју право сматра доказаном, у ствари највероватније тачном у конкретном случају, и то све док се не докаже супротно. Претпоставка је дакле правнотехничко средство којим се избегава доказивање извесних чињеница које су најчешће (или обично) тачно онакве како се претпоставља, а чије је доказивање компликовано или дуготрајно. На тај начин, захваљујући претпоставкама, право се брже и ефикасније примењује.⁵¹³

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 (доказујући да је човек здрав, да није учинио прекршај, да је власник, итд). *Необориве* претпоставке не могу да се оспоравају, јер то право забрањује. Зато се необорива претпоставка правно узима као потпуно тачна, макар била и нетачна (према ранијем српском законодавству, било је забрањено доказивати да женин муж није отац деце рођене у браку, сходно римском правилу *Pater est quem nuptiam demonstrant*).⁵¹⁴ У савременим правима, сходно начелу материјалне истине, користе се само обориве претпоставке. Али, ипак постоје изузеци, какав је случај са необоривом претпоставком да у краљеву

⁵¹¹ Видети: Р. Лукић, *Увод у право*, стр. 305-306. и *Теорија државе и права*, стр. 186-187.

⁵¹² Р. Лукић, *исто*, стр. 306 и 187-188.

⁵¹³ Г. Вукадиновић, стр. 189.

⁵¹⁴ Видети: Р. Лукић, стр. 306-307.

надлежност спадају „само апсолутно добри акти” или да је римокатолички поглавар (Папа) „непогрешив”.

Фикција (*fictio iuris*) представља правнотехничко средство којим се свесно проглашава тачним оно зашта се унапред зна да није тачно. Иако на први поглед фикције изгледају не само бесмислене, него и непосредно противне праву, оне су корисно средство помоћу кога право на најлакши начин постиже извесне допуштене пожељне циљеве (заштиту интереса зачетог а нерођеног детета; успостављење субјективитета правног лица; бољу примену права сходно правилу да његово непознавање шкоди, јер се сматра тачним да сви заинтересовани субјекти познају садржај права; несметано одвијање рада у дипломатским представништвима сходно начелу њихове екстериторијалности, јер се сматра да су она саставни део простора државе којој припадају, а не у којој се налазе, итд).⁵¹⁵

Коришћење фикција је карактеристично за англосаксонско право,⁵¹⁶ у чијој се теорији и пракси користе често квакификативи „историјска” (Фулер), „правна”, „судска” или „процедурална” фикција (Паунд).⁵¹⁷

2.2. Правно закључивање

Кад 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. И, кад се нађе да су стварне чињенице тачно оне које су у норми предвиђене као услов за њену примену, прелази се на извођење закључка (тзв. *правној силоџизма*), по коме општа норма треба да се примени на конкретан случај.

Правни силоџизам састоји се из две претпоставке и једног закључка. Прву претпоставку или тзв. виши суд (*praemissa maior*) представља значење протумачене норме, другу или тзв. нижи суд (*praemissa minor*), суд о постојању чињеница предвиђених у норми, а закључак (*conclusio*) да дата 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, закључком се у конкретном случају утврђује да Јанко треба да плати порез. До наведеног закључка, као што може да се примети, долази се прво утврђивањем аутентичног текста, важења 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).⁵¹⁸ И тек након тога, приступа се доношењу правног закључка.

⁵¹⁵ Видети: Р. Лукић, *Теорија државе и права*, стр. 187-188.

⁵¹⁶ Л. Фулер, *Моралност права*, стр. 88. и Р. Паунд, II књига, стр. 511.

⁵¹⁷ Наведено према Г. Вукадиновић, *истио*.

⁵¹⁸ Видети: N. Visković, стр. 264-265.

Без правног силогизма правна норма не може да се примени. Он као строго логички поступак обезбеђује тачну примену права. Кад није тако, за то није криво закључивање по силогизму, већ нетачно или нејасно утврђена правна и чињенична питања.

2.3. Непосредна примена и остваривање права

Свака правна норма се на крају остварује преко одговарајућег понашања односних субјеката, што значи да се непосредна примена састоји у непосредном извршавању права, тј. у његовом материјалном остваривању.

За примену права су задужени различити органи. Посебно су државни органи задужени за примену права, јер је њихово стечено искуство довело до утврђивања најпогоднијих начина примене санкције принудом, посебно кад су оне врло тешке (смртна казна или доживотна робија). Сходно томе, у данашњим развијеним правима се подробно и тачно прописују начини извршења санкција, пре свега кривичних, при чему се води рачуна о људском достојанству оних према којима се санкције примењују, чак и кад је у питању најтежа, смртна казна (која је укинута у већем броју савремених права).⁵¹⁹ Посебно је забрањено непотребно мучење и понижавање човека. Ти посебни начини за извршење санкција прописани су одговарајућим правним нормама, које у развијеном праву чине делове тзв. извршних поступака (кривичних, грађанских и других).

Од примене права треба разликовати *остваривање права*, које се односи на искуствену страну права, на оно што је збиља остварено, за разлику од оног што је правно прописано. Због тога остваривање права не садржи никакво ново значење, осим већ поменутог искуственог. Па ипак, остваривање права је итекако важно, јер је за правни саобраћај обично много важније оно што је учињено, од оног што би требало да буде учињено. Уз то, остваривање права је показатељ стања датог права, због чега оно може да послужи као поуздан основ за његову аргументовану научну критику.⁵²⁰

⁵¹⁹ Данас у свету 79 држава примењују смртну казну, док њих 11 то чини само у изузетним случајевима (на пример, Летонија, која ту могућност предвиђа само за убиство с отежавајућим околностима у време рата). Већина преосталих 68 земаља смртну казну предвиђа за злочине подмуклог убиства, шпијунаже или велеиздаје, али и за шверц дроге и сексуалне злочине (посебно у исламским земљама за прељубу и хомосексуализам). У свету се годишње погуби око 4000 људи, од тога око 90 одсто у Кини. Пропорционално броју становника, највише погубљења годишње се изврши у четворомиллионском Сингапуру (70). У САД је 2005. године погубљено шездесетак осуђеника. Последња смртна казна у Србији извршена је 1992. године у Сомбору, а у Београду почетком седамдесетих година. Сви српски осуђеници на смрт из осамдесетих и деведесетих година XX века помиловани су 2002. године. Данас све већи број земаља у свету, укључујући и Србију, брише из својих законодавстава смртну казну, сматрајући је варварским актом освете или државно дозвољеним убиством (Видети: Лист „Политика“, 5. јануар 2007, стр. 5). Наравно, тиме није решена научна и друштвена недоумица да ли је боље бити доживотно жив у затвору или много раније мртав. Можда су нељудски услови у затворима овог света незаслужено гора казна од смртне казне.

⁵²⁰ Видети: С. Благојевић, *Право и стварност*, Београд, 1995.

Други одсек ПРАВНИ ОБЛИК

Држава и право не располажу само својом суштином и садржином, већ и својим обликом, који је некад сматран најважнијим средством за одређивање и класификовање појава. Карактеристичан је пример Аристотеловог идеалистичког учења, по коме било која промена може да се објасни помоћу четири, а не једног узрока: *материјалној*, *покретачкој* (ефицијентног), *формалној* (формативног) и *финалној*.⁵²¹ Аристотел је своје учење применио на све живе ствари, тј. на целу природу, укључујући ту и творевине људског духа, какав је случај са државом и правом.⁵²² Његово учење о узроцима и облику прихваћено је и коришћено у средњем веку. Оно и данас има велики утицај у правној филозофији и науци која се бави проблемима правног облика, јер се и данас у правном облику проналази нужно средство за претварање обичне стварности у правну.

Кад право изражава друштвену стварност, оно то чини својим одговарајућим правнотехничким средствима, утичући на ту стварност у одређеном правцу. И, одражавајући ту стварност, право је у извесној мери преображава, подупирући је претњом или употребом државне принуде, како би је тако преображену развило и учврстило. На тај начин, право се примењује и остварује захваљујући правном облику који представља важно техничко средство у праву.⁵²³

⁵²¹ Аристотел деловање наведених узрока објашњава примером вајара коме је наручена скулптура за градску тржницу. Сходно томе, материјални узрок (*causa materialis*) представља сам камен блок из кога скулптура треба да буде извајана, јер без материјала нема скулптуре. Покретачки или ефицијентни узрок (*causa efficiens*) представља оно што производи промену, а то је вајарско длето којим се одвајају сувишни делови камена. Формални узрок (*causa formalis*), пак, омогућава појаву форме, облика, па се још назива и формативним узроком. (То је идеја скулптуре у вајаревом уму /виртуелна скулптура/, јер форма претходи материји коју обликује. У противном, пуким ударањем длета направиће се само хрпа камења, а то није оно што вајар жели да постигне.) Најзад, финални узрок (*causa finalis*) оличава сврху или циљ целог подухвата. То је намера да договорена скулптура буде постављена на градској тржници, што значи да је она прављена са одређеним циљем, а не насумично, без сврхе. Уз то, вајару ће бити плаћено само ако његово дело има одговарајући облик, што значи да нико неће бити заинтересован за скулптуру неке биљке или животиње (Д. М. Митровић, *Пути права. Холистичка парадигма света и права у светлу теорије хаоса и правне теорије*, стр. 196).

⁵²² Полазећи од предности форме (облика) над материјом, Аристотел је закључио да облик државе има предност над њеном материјом. Међутим, он под формом није сматрао спољашњи или покретачки облик предмета (*causa efficiens*), како се данас чини, већ стваралачко начело које образује предмет (*causa formalis*), како су чинили његови ученици и касније средњовековни схоластичари све до Лајбница. Форма је активна и због тога је важнија, док је материја трема и мање важна. Материја је као необрађен камен коме тек форма даје изглед стуба или скулптуре. Ко зна форму предмета, сматрао је Аристотел, зна и његову суштину (есенцију). Сходно томе, материјални узрок државе сачињавају земља и становништво, покретачки узрок сама државна делатност, формални узрок замисао суверена или политичког арбитра, а финални узрок само остваривање циља, сврхе државе. С друге стране, Аристотел је основ за разврставања државних облика засновао на разлици између форме и материје и предности форме има над материјом (видети: Д. М. Митровић, *исто*, стр. 196-198).

⁵²³ Р. Лукић, *исто*, стр. 184-185.

1. Појам и елементи правног облика

Правни облик се састоји „у одређеном чулном елементу, споља опазивом”, у који морају да се заодену „извесне чињенице које су од значаја за право”, како би могле да „произведу правно релевантне последице”. Као такав, он одговара дубокој потреби права да обезбеди правну сигурност и предвидљивост, односно да се „тачно зна шта је учињено како би тачно могле да се предвиде последице које из тога наступају, тј. правни односи”.⁵²⁴ То се постиже давањем правног облика обичној стварности коришћењем правних појмова, језика (терминологије), правних односа и правних радњи као његових елемената, о чему је било речи.⁵²⁵

Правни облик, очигледно, има изузетан значај за право. Без правног облика право не би могло да постоји, не би могло да се изрази, нити би могло да се примењује. Иако право одувек важи као формалистичко, па је чак и „озлоглашено” као такво, несумњиво је да правни облик игра толико важну улогу да га је немогуће одбацити, чак и кад су очигледне његове лоше стране, јер он у крајњем стабилизује право и друштво, спречавајући претерано брзу промену прописа. Али, он може да спречава субјекте да се слободно понашају, чак и кад њихове радње нису ништа другачије од оних које имају тражену правну форму. Уз то, он може претерано да успорава одређене радње или да захтева сувише сложене поступке, успоравајући регулисање односа, чинећи их неекономичним, скупим, итд.⁵²⁶

Данас у савременим правима углавном важи начело слободног правног облика, тј. слободне форме, посебно у областима где влада аутономија воља странака (на пример, уговор може да се склопи писмено, климњем главе, руковањем, итд, што значи да није толико важно како ће то да се учини, већ да садржина уговора, тј. воља странака, може на довољно јасан начин да се утврди како би уговор био пуноважан). Али, то начело не важи за државне органе, као ни за неке врсте друштвених субјеката, јер за њих важи начело обавезне форме (на пример, доношење закона, рад суда, закључење брака или избор посланика, увек се одвија према строго утврђеној процедури, форми).⁵²⁷

2. Злоупотреба правног облика

Не постоји само злоупотреба правног овлашћења, већ и злоупотреба правног облика. То је случај кад се правним обликом обухвате односи који не могу да се изврше, на које право не утиче или за које је боље да буду регулисани друштвеним нормама. Ту „постоји само облик права, а не његова суштина, постоји, дакле, једна врста привида, фантома права, а не постоји потпуно, истинско право”.⁵²⁸

⁵²⁴ *Истио*, стр. 185.

⁵²⁵ *Истио*, стр. 189-196.

⁵²⁶ *Истио*, стр. 185-186 и 220.

⁵²⁷ *Истио*, стр. 185.

⁵²⁸ *Истио*, стр. 217.

До злоупотребе неки пут може да дође из незнања, а неки пут намерно. Кад до тога дође из незнања, други надлежни орган је дужан да предузме потребне мере да се облик права доведе у везу са његовом суштином, јер је главни задатак државе да се стара о истом поштовању и примењивању права. То је у неку руку најмање опасна врста злоупотребе правног облика. До ње често долази зато што државни орган из лењости заобилази прописани правни облик, јер му се тај начин чини краћим и лакшим за постизање циља, што обично није тачно. Много је опаснија она злоупотреба коју државни орган чини намерно, кад се право свесно и плански крши од стране оних који су дужни да га штите. Ипак, до злоупотребе правног облика најчешће долази из нужности, кад због брзих промена друштвених односа не може благовремено и тачно да се процени који односи треба да буду предмет правног регулисања.⁵²⁹ На пример, пре двадесетак година британски парламент је донео закон у коме стоји да су сви грађани, који на својим видео-тракама пресниме неки филм или други филмски запис који је емитован на неком од домаћих телевизијских канала, дужни да запис сами избришу најкасније двадесетог дана од дана преснимавања. Очигледно, законодавац није довољно водио рачуна о томе да ли таква законска одредба уопште може да се примени, и учинивши је немоћном, злоупотребио је законски правни облик.

⁵²⁹ Исто.

ТРЕЋИ ОДЕЉАК

ЗАКОНИТОСТ КАО ЕЛЕМЕНТ ПРАВНОГ ПОРЕТКА

Законитост представља трећи главни део правног поретка којим се обезбеђује да други његови елементи буду што је могуће више међусобно усклађени, како би право могло боље да функционише. То је *нормативна законитост*, која није ништа друго до правило или скуп правилима о томе како ће право да се примењује. Као таква, она припада свету метаправних правила, јер се њом утврђује поредак одвијања правних правила и људског понашања.⁵³⁰ Насупрот њој, постоји *искусствена* (емпиријска) законитост, која означава шта је од нормативне законитости збиља остварено. Она није никакав нов појам, али је корисна јер показује шта је збиља законито од оног што је проглашено законитим.⁵³¹

1. Законитост

1.1 Појам, врсте и обележја законитости

Појам законитости. Законитост као нормативан појам у *најширем смислу* означава „сагласност свих односних аката са законом као вишим актом”. У нешто *ужем 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”. Најзад, у *најужем смислу*, законитост значи „да сви правни акти с мањом правном снагом јесу, односно морају бити у складу и донети на основу правних аката с већом правном снагом.”⁵³² На исти начин може да се одреди *појам уставности*, која као нормативно начело такође у *најширем смислу* означава сагласност свих аката са уставом. У *ужем смислу*, уставност значи да су сви правни акти и све материјалне радње сагласне са уставом. Најзад, у *најужем смислу*, уставност значи да сви правни акти мање правне снаге морају да буду донети на основу устава или других правних аката веће правне снаге.

Уставност и законитост заједно, сачињавају *начело легалитетa* (легалности).

Врсте законитости. Нормативна законитост, као и уставност, располаже својим изведеним облицима, сходно којима се разликује формална од материјалне, непосредна од посредне, почетна од накнадне и објективна од субјективне законитости (и уставности).

Формална законитост постоји кад су акти слабије правне снаге формално сагласни са законом (на пример, статут је формално законит кад га донесе надлежни орган по поступку који је претходно утврђен законом). *Материјална законитост*

⁵³⁰ Видети: Д. М. Митровић, *Начело законитости. Појам, садржина, облици*, Београд, 1996.

⁵³¹ Р. Лукић, *Уставност и законитост у Југославији*, стр. 56.

⁵³² Р. Лукић, стр. 51-52.

постоји кад су акти слабије правне снаге садржински сагласни са законом (на пример, статут је материјално законит кад је његова садржина у складу са законом прописаном садржином статута). С друге стране, *непосредна* законитост се односи само на акте који се непосредно заснивају на закону (на пример, подзаконски прописи, статуту или судијине конкретне процесне радње). Сходно томе, *посредно* су законити сви други акти, који *не* извиру непосредно из закона (на пример, правилници, пословници, одлуке или радње царињења робе на граничном прелазу).⁵³³ *Почетина* (претпостављена, констатована) законитост пак значи основано уверење да су правни акти нижи од закона збиља законити од самог тренутка свог доношења, односно примене, јер су на исправан и коректан начин донети. *Накнадна* (утврђена, конвалидирана) законитост, пак, постоји кад акт постане незаконит због промене закона, због чега накнадно мора да се испитује његова законитост (на пример, кад уредба постане незаконита због промене закона).⁵³⁴ Кад то чини надлежни државни орган по прописаном поступку, таква законитост се назива *објективна*, за разлику од *субјективне* која се тиче става грађана према законитости.⁵³⁵ Том приликом, одлука судског или неког другог државног органа може да буде погрешна, тј. да законит акт буде проглашен незаконитим или, обратно, незаконит акт законитим. Због тога се правни прописи стално мењају и изнова стварају, сходно одређеним правним поступцима који имају за циљ да у највећој могућој мери обезбеде формалну и материјалну законитост правних аката.⁵³⁶

Постојање различитих облика законитости (и уставности) одређено је тиме што се законом као вишим правним актом различито одређује степен слободе у погледу форме и садржине нижих аката. Закон веома прецизно одређује садржину подзаконских прописа и судских аката, у нешто мањој мери садржину управних аката, а у најмањој могућој мери садржину аутономних аката. Ипак, нижи правни акти не би требало овлашно, тј. сувише широко и сувише неодређено да буду одређени законом, јер би у том случају нижи орган имао сувише слободе.⁵³⁷

Врше незаконитости. Законитости је противна *незаконитост*, која увек постоји кад је неки нормативни или материјални акт супротан закону као вишем

⁵³³ Исто, стр. 53-56.

⁵³⁴ Исто, стр. 42- 46, 49-51 и 54-55.

⁵³⁵ Видети: N. Visković, стр. 180-182. и Г. Вукадиновић, стр. 145-147 и 217-221.

⁵³⁶ Видети: Р. Лукић, *Увод у право*, стр. 294.

⁵³⁷ Важност начела законитости посебно долази до изражаја у раду оних државних органа који непосредно примењују правне норме својим материјалним актима, чија је форма и садржина претходно тачно одређена другим правним актима, како би се омогућила исправна примена права. Захтев да се право строго поштује посебно долази до изражаја у раду оних државних органа који непосредно располажу оружаном силом. Оружани органи, а нарочито војска, жандармерија и полиција, непосредно примењују државну принуду вршењем одговарајућих материјалних аката, па се стога мора обратити највећа могућа пажња да ти акти примене силе буду законити, пошто се често последице противправне употребе силе више не могу поправити. Али, и сваки други учесник у правном саобраћају мора да води рачуна о поштовању начела законитости (видети: Р. Лукић, исто, стр. 292-293).

акту. Као таква, незаконитост је штетна појава у сваком поретку, јер се њом нарушавају његова целовитост и ефикасност. И, кад се она утврди, незаконити акти се поништавају, а прекршиоци кажњавају.⁵³⁸

Постоји неколико карактеристичних облика незаконитости.⁵³⁹ *Панјуридикација* или претерано проширивање области правног регулisaња, састоји се у жељи да се све нормира, и што треба и што не треба, као и у постојању свести према којој је правно обавезно само оно што има писани облик. Панјуридикација се препознаје по гломазном, скупом и неефикасном државном апарату и истом таквом успореном правном саобраћају између правних субјеката. *Пролиферација* или умножавање (суперпроизвођење) прописа настаје кад сваки виши правни пропис ствара властиту „породицу нижих прописа”. И пролиферација је опасан облик незаконитости, којим се у непримерено великој мери производи право које не може да се примени. Превелика *йравна йокрейљивосй* и *йроменљивосй*, такође, представљају карактеристичане облике незаконитости. Право, наравно, мора да се мења, али то не треба да се чини неумерено, јер се тиме осујећује његова нормална примена. Уз то, честе промене права слабе његов квалитет, у коме су све наглашенији претерана специјализације, квазистручност, детаљизам, „јуристерај”, лош језик и стил, неодговарајуће конструкције и фразе, бирократско изражавање, итд. Најзад, законитост има и своје уобичајене облике, који се састоје из кршења правних норми и непримењивања правних санкција. Таква незаконитост се отклања коришћењем одговарајући правних средстава или интервенисањем државних органа.

Особине законийосйи. Законитост располаже извесним сталним особинама. *Везаносй* за државу и *йраво* значи да би се без тога законитост утопила у „друштвену правилност”, тј. у стање претпостављене опште нормативне усаглашености друштвених норми. Веза државе, права и законитости је ипак сасвим очигледна, посебно кад се право одреди као скуп правила која држава у крајњој линији санкционише, а законитост као правило или као скуп правила о томе како ће право да се спроводи. Ипак, између државе, права и законитости нема никаквог аутоматизма, због чега законитост мора стално да се одржава. Друга препознатљива особина законитости, њена *универзалносй*, значи да „у сваком поретку постоји ‚закон’ и

⁵³⁸ До кршења законитости може да дође намерно, кад неки орган или појединац свесно доносе незаконит пропис, или кад се пропис намерно крши материјалним радњама. До незаконитости може да дође и из незнања, кад на пример субјект не познаје правне прописе. Постоји и тзв. „добронамерна” незаконитост, коју чине сами државни органи из жеље да „поправе” правни поредак. Посебно је опасан овај трећи облик незаконитости, кад је свесно чине државни органи. Јер, кад грађани крше право, државни орган ће такве њихове незаконите радње да спречи предузимањем одговарајућих мера. Исто тако, кад то несвесно чине сами државни органи, неки други орган ће да исправи њихове грешке, јер су такви случајеви веома ретки. Али, кад државни орган (нижи или виши) свесно чини незаконитост, сматрајући себе бољим познаваоцем јавног интереса, тад је опасност од масовног кршења права посебно велика, јер се законитост крши на систематски начин. У том случају, највиши орган или за то надлежни виши државни органи, предузимају потребне мере да се и таква незаконитост отклони (видети: Р. Лукић, 292).

⁵³⁹ Видети: М. Јовичић, стр. 277-278.

његово остваривање”, што поретку даје „највећу чврстину и животворност”,⁵⁴⁰ јер сви пореци располажу некаквим обликом и степеном постојања начела законитости. Као таква, законитост је *јединствена* и недељива, јер се једнако примењује на целом простору државе. Најзад, законитост се увек *релативно* остварује. 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. поменути узроци доводе до „стандардних аберација” законитости, које треба разликовати од безакоња (аномије права). Док су аберације неизбежне, аномија то није, јер она поуздано разара поредак. Аномија је и шанса за стварање новог, бољег поретка. Таква „регенерација” на крају поново доводи до успостављања и нормалног функционисања начела законитости.⁵⁴¹

Однос законитости према другим сродним начелима. Законитост се разликује од сродних начела уставности и саправности (правне правилности), као и, евентуално, од подзаконитости и аутономности.

Због сродности и велике сличности *уставности* и *законитости*, посебно због тога што је устав настао из закона, често се о њима говори као о једном (или јединственом) начелу легалитета. Ипак, начело законитости се разликује од начела уставности, као што се закон разликује од устава. Такав положај начела уставности произилази пре свега из формалне надређености устава закону. Исто тако, разликује се *законитост* од *саправности* (правне правилности): законитост представља захтев да се сви правни акти и све људске радње заснивају на закону, а саправност захтев за међусобном усклађеношћу свих нормативних и материјалних правних аката

Понекад се помињу *подзаконитост* и *аутономност* (М. Јовичић),⁵⁴² чије би постојање требало да истакне развијеност и сложеност савременог права. Међутим, њима правна теорија и пракса не добијају ништа ново, јер подзаконитост и аутономност нису ништа друго до посебни облици испољавања непосредне и посредне законитости.

1.2. Снага правних аката

Правна снага представља меру утицаја (дејства) једног акта на друге акте, одређану количином власти којом располаже односни државни орган као стваралац или примењивач права. То значи да „сваки акт има одређено место на

⁵⁴⁰ Видети: С. Врачар, *Релативно остваривање прокламоване принципa законитости у Совјетском Савезу*, у: „Симпозијум о основама и облицима уставности и законитости у социјализму”, Београд, 1967, стр. 76-78.

⁵⁴¹ С. Врачар, *Релативно остваривање прокламоване принципa законитости у Совјетском Савезу*, стр. 78.

⁵⁴² Видети: М. Јовичић, стр. 267-268.

хијерархијској лествици правних аката” и да стога 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 противурече вишим.

Наведено правило важи за све правне акте, изузев за устав, чија се највећа правна снага у садржинском смислу изражава кроз свест о значају устава као изразу замишљене опште воље, а затим и тако што се уставом утврђују основи државног и друштвеног уређења. У формалном смислу, пак, највећа правна снага устава произилази из тога што је он основни извор овлашћења из кога сви државни органи црпу своју власт. Ту снагу потврђује посебан поступак по коме се устав доноси, мења и укида, као и то што сви други правни акти морају да буду у складу са њим. Највећа правна снага устава посебно долази до изражаја у захтеву да сви остали правни акти буду у складу са уставом. И обрнуто, на самом дну хијерархијске лествице, налази се одговарајући појединачни правни акти које доносе одговарајући правни субјект (органи или грађани). Такви правни акти немају никакав утицај на друге правне акте, чији утицај трпе, али они утичу на материјалне акте који су законити само кад се врше на основу тих појединачних акта, и то у складу са њима.⁵⁴⁴

Од правне снаге треба разликовати *правну обавезност* аката, јер су сви прописи, без обзира на своју правну снагу, подједнако обавезни за све субјекте на које се односе. Једино у случају кад се два правна акта међусобно не слажу, може да се постави питање који је акт обавезан, али и у таквим случајевима, помоћу хијерархије правних аката, прецизно може да се утврди снага таквих прописа, чиме се решава и проблем њиховог сукоба (колизије) у случају примене.

1.3. Средства за обезбеђење законитости правних аката

Правно средство представљају изјаву воље којом односни овлашћени субјект захтева од надлежног органа да испита законитост извесног правног или материјалног акта.⁵⁴⁵ Стога сваки правни поредак, да би се у њему законитост остваривала без озбиљнијих сметњи и застоја, предвиђа извесна средства за испитивање законитости свих правних и материјалних аката, и то бар пред једним надлежним органом. У томе је садржана идеја тзв. *начела њрвосћейеностии и двосћейеностии*, па чак, изузетно, и *њрвосћейеностии* рада односних државних органа (у првом степену законитост цени сâм орган или субјект који дотични акт доноси или врши; у другом степену то чини виши надлежни орган; а, изузетно, у трећем највиши орган, на пример врховни суд). Начело двостепености или тростепености не може да буде примењено на највише акте, којима се одређују сви други акти.

⁵⁴³ Р. Лукић, стр. 295.

⁵⁴⁴ *Исџо*.

⁵⁴⁵ *Исџо*, стр. 296.

У нашем праву судска контрола се спроводи успостављањем двостепеног и тростепеног система судских органа, иако контрола законитости представља дужност свих других државних и друштвених органа.

Најбоље би било кад би се сваки правни акт по службеној дужности подвргавао оцени законитости надлежног органа. Али, то је тешко постићи, јер је број аката толико велики да би то захтевало стварање огромног државног апарата који би се бавио само тим пословима. Због тога се контрола законитости аката тако организује да се само њихов мали број подвргава обавезној контроли. То чине овлашћени државни органи (на пример, јавни тужилац по службеној дужности, *ex officio*). Сви остали акти се само изузетно подвргавају испитивању законитости, и то тек кад неки овлашћени субјект налази да постоји основана сумња да је извршена незаконитост. Он у том случају покреће поступак својом изјавом воље (*ad personam*), а не по службеној дужности.⁵⁴⁶

Најважнија правна средства која се најчешће користе јесу *тужба* и *жалба*, уз право на петицију, уставну жалбу, итд. Контрола и заштита законитости, исто тако, врше се на основу одлука надлежних државних органа. Кад се захтев за испитивање законитости подноси неком судском органу, такво правно средство се назива *тужба*, а кад се захтев за испитивање законитости управних аката подноси вишем управном органу, *жалба*. Жалба значи да је дозвољена могућност да се првостепена одлука (пресуда или решење) још једном испита пред другим вишим државним органом, што значи да се о законитости првобитног акта изјашњава још један виши од органа који је донео првостепену одлуку. На пример, против одлуке вишег управног органа која је донета на основу жалбе, може да се подигне тужба суду и на тај начин изазове одлука суда о законитости управног акта. Такав спор о законитости управног акта пред судом назива се *ујравноправни спор*. Исто тако, и против одлуке суда о законитости неког акта може да се употреби правно средство и да се захтева да још један, другостепени судски орган, одлучи о законитости одлуке првостепеног суда. Најзад, изузетно и у нарочито озбиљним случајевима, може да се захтева и одлука трећестепеног судског органа (врховни суд).⁵⁴⁷ Сходно томе, сва правна средства којима се захтева доношење другостепене или трећестепене одлуке суда (односно управног органа) називају се *јравни лекови*. Они имају за циљ да побију одлуку која се сматра незаконитом. Њима се предлаже да одлука буде преиначена или укинута.

Правни лекови могу да се разврстају на *ремонстративне* и *деволутивне* (први се примењују кад о уложеном правном леку одлучује исти орган који је донео првостепену одлуку, а други кад о уложеном правном леку одлучује виши орган), *сусјензивне* и *несусјензивне* (којима се одлаже или не одлаже извршење побијане одлуке) и *једносјране* и *двосјране* (први се примењују кад надлежни орган одлучује о случају на основу једностраног саопштења /на пример, жалбе/, док

⁵⁴⁶ Исто.

⁵⁴⁷ Видети: Р. Лукић, *исто* и N. Visković, стр. 222.

други пружа могућност и другој страни да се изјасни о уложеном правном леку /на пример, приговор на тужбу/.⁵⁴⁸

Најпознатија је подела правних лекова на редовне и ванредне. *Редовни* правни лекови се улажу против одлука које још нису постале правоснажне. Карактеристичан редовни правни лек је *жалба* против првостепене одлуке надлежног (државног) органа. Редовни правни лекови су деволутивни, јер о њима решава вишестепени суд. Његове одлуке, по правилу, имају суспензивно дејство, јер одлажу правоснажност побијане одлуке. За разлику од њих, *ванредни* правни лекови начелно могу да се улажу само против одлука које су постале правоснажне. Ови правни лекови нису суспензивни, а често нису ни деволутивни. Један од таквих ванредних правних лекова представља *захтев за заштитиу законитости*. По правилу, њега може да уложи само одређени државни орган (на пример, јавни тужилац). Такав захтев се подноси вишем, односно највишем суду, али његово подношење још не значи да ће самим тим нападнути правни акт бити поништен. То је због тога што се крајња оцена законитости неког акта, заједно са проценом интереса да се такав акт поништи, налази у рукама суда, а не јавног тужиоца.⁵⁴⁹

Да би се спречио бескрајан низ контроле законитости, правом се утврђује граница до које та контрола може да се врши. Та граница је или највиша (обично судска) инстанца, или временски рок у коме може да се користи одговарајући правни лек (обично 15 дана за улагање жалбе, а 8 дана за улагање приговора). После тога, сматра се да је акт законит (правоснажан).

Правно средство је дакле свака радња у поступку којом се вршилац те радње супротставља одређеном процесном акту. Зато оно може да се употреби и против поступка, а не само против одлуке органа који води поступак (притужба), као и против аката странке у поступку (приговор против оптужнице).

Од правног средства треба разликовати правни лек, који је врста правног средства, као и *правну самопомоћ*, коју су старија права дозвољавала (на пример, да се поверилац намири одузимањем дела имовине дужника, да се убиство освети крвном осветом, да се част одбрани двобојем, итд). Савремена права забрањују правну самопомоћ, изузев у случају нужне одбране и крајње нужде. Спорно је да ли у правну самопомоћ треба убројати право грађана на побуну или право на вођење праведног рата.⁵⁵⁰

Поред побројаних правних средстава, постоје и *правни механизми* за заштиту законитости правних аката, међу којима посебно место припада контроли права од стране судова, судској контроли рада управе (управни спор), уставном судству, забрани ретроактивности закона, објављивању закона и других прописа, итд.⁵⁵¹

⁵⁴⁸ Видети: Г. Вукадиновић, стр. 222-223.

⁵⁴⁹ Видети: Р. Лукић, исто и N. Visković, *истио*.

⁵⁵⁰ Видети: N. Visković, стр. 223-224.

⁵⁵¹ Г. Вукадиновић, стр. 222.

1.4. Санкције због незаконитости правних аката

Против незаконитих аката се изричу санкције којима се они уклањају. То се постиже *поништавањем* судских и управних аката, или *укидањем* правних послова, јер се сматра да незаконити судски или управни акти (изузимајући случај њихове ништавости) важе све док се не ставе ван снаге, док су незаконити правни послови по правилу без правних последица. На тај начин се бришу повреде правног поретка, поништавају противправне последице и спречава доношење нових незаконитих аката.⁵⁵²

Санкције *према нормативним правним актима*. У случају незаконитих нормативних правних аката, изричу се санкције према тим актима. Оне имају за циљ повраћај у пређашње стање (поништај правног акта и последица које је произвео у правном поретку) које је постојало пре повреде законитости (реститутивне санкције). Теже повреде незаконитости санкционишу се тако што се правни акти проглашавају *ништакним*, што значи да је сваки државни орган дужан да по службеној дужности (*ex officio*) покрене поступак за његово поништавање. Ништењем се поништавају све правне последице (од тада, *ex tunc*) и успоставља исто стање какво је постојало пре него што је незаконит акт донет (на пример, кад се уговор о купопродаји прогласи ништакним, то значи да се ствар враћа у оно стање које је постојало пре склапања уговора, што укључује враћање купљене ствари, плаћене цене, итд). Одлука о поништавању акта његовим ништењем, дакле, изузетно се односи и на прошлост, и на будућност. Лакше повреде незаконитости санкционишу се тако што се правни акти проглашавају *рушљивим*, што значи да право оставља на вољу свим заинтересованим субјектима да траже санкционисање дотичног акта, односно да то не чине кад сматрају да је за њих мање штетно да такав акт важи. У том случају, одлука о поништавању важи од тренутка када је утврђена незаконитост (од сада, *ex nunc*), што значи да се акт поништава само за будућност (*pro futuro*). Тиме се спречава да он даље производи последице, док се већ произведене последице до одлуке о рушењу признају (на пример, ако се купопродајни уговор поништи дејством *ex nunc*, све радње које су купац и продавац извршили до тренутка одлуке сматраће се законитим, што неће бити случај са радњама које су извршили после доношења одлуке којом је купопродајни уговор проглашен рушљивим).

Између ништавости и рушљивости постоје јасне разлике. Пре свега, ништакан правни акт не производи никаква правна дејства, док рушљив акт производи правна дејства све док не буде укинут. Сходно томе, рушљив правни акт важи док не буде нападнут. Исто тако, круг лица која могу да захтевају ништаканост или рушљивост није исти: ништаканост правног акта могу сви да нападају, док рушљивост могу да нападају само непосредно заинтересована лица. Такође, на ништаканост неког акта увек се може позвати, а на рушљивост само у одређеном року, што значи да рушљив акт постаје перфектан истеком рока за његово оспоравање.

⁵⁵² Видети: Р. Лукић, стр. 297-298.

Најзад, приликом ништења се укидају све правне последице, док је код рушења могуће да неке правне последице остану. Ипак, у оба случаја сматра се да незаконити акти не постоје.

Санкције према материјалним правним актима. У случају материјалних аката, примењују се ретрибутивне санкције, које имају за циљ одмазду над прекршиоцем, како би се спречило да се прекршај понови, о чему је било речи. Али, такође могу да се примене реститутивне санкције, које се састоје у вршењу супротне радње из које се састоји незаконити акт, са циљем да се успостави стања које је постојало пре извршења незаконитог материјалног акта (кад се незаконит акт састоји у неплаћању дуга, санкција се састоји у супротној радњи, у наплати дуга). На тај начин 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 (крађа ствари, сечење стабала, итд, при чему се санкција састоји у враћању украдене ствари, поновном сађењу посечених стабала, итд). Али, ове санкције не могу увек да се примене, јер одузет живот не може да се поврати никаквим супротним материјалним актима. Зато се у таквим случајевима, изричу новчане санкције којима се надокнађује вредност уништене ствари или нека слична санкција.⁵⁵³

2. Правоснажност правних аката

У сваком правном поретку предвиђају се рокови кад мора да се оконча испитивање законитости аката, на основу чега се коначно зна да ли су дотични акти законити или не. Исход поступка за испитивање законитости састоји се у томе што обично надлежни државни орган утврђује законитост акта (проглашава га законитим) или утврђује његову незаконитост (изриче санкцију против акта који је прогласио незаконитим). Сходно томе, *правоснажност* представља својство које сви појединачни правни акти стичу окончањем поступка за испитивање њихове законитости, што значи да против њих не могу да се улажу редовни правни лекови.⁵⁵⁴ Али, кад се после (пресудом или решењем) правоснажно утврђене законитости неког акта појаве чињенице које основано изазивају сумњу у погледу његове законитости, право дозвољава могућност да се поступак покрене коришћењем ванредних правних лекова (на пример, улагањем захтева за обнову поступка или захтева за заштиту законитости).⁵⁵⁵

Дејство правоснажности састоји се у томе што стране у спору више не могу да износе исти спор на решавање пред надлежни државни орган (*non bis in idem*), али и у томе што су државни органи везани једном правоснажно пресуђеним случајем. То значи да се правоснажним актима коначно и неопозиво уклања спор око повреде права. На пример, грађански суд не може да утврђује да лице, правоснажно

⁵⁵³ Видети: Г. Вукадиновић, стр. 145-147.

⁵⁵⁴ Видети: Р. Лукић, стр. 298-299.

⁵⁵⁵ N. Visković, стр. 222.

осуђено за неко кривично дело, није недужно за штету (у грађанскоправном смислу) коју је проузроковало извршењем кривичног дела. На тај начин се отклања могућност доношења противречних правних аката који се односе на исте спорне ситуације, чиме отпада основ за ново покретање поступка за испитивање законитости нападањем правоснажности, изузев у тачно одређеним случајевима кад је дозвољено коришћење ванредног правног лека.

Кад је реч о правоснажности појединачних правних аката одређене садржине, на пример, у кривичном поступку правоснажном се сматра само она судска одлука (судски акт) која више не може да се мења редовним правним лековима (жалбом), већ мора да се изврши. Таква правоснажност је *релативна*, јер дејствује само према једној страни. Али, она може да буде и *ајсолућна*, кад ниједна страна више не може да побија одлуку. У парничном поступку правоснажност такође представља својство пресуде да више не може да се побија редовним правним леком. То својство пресуда стиче истеком рока за правни лек, одрицањем од правног лека или доношењем пресуде у последњем степену.⁵⁵⁶ У управном поступку, пак, правоснажним се називају управни акти чија је законитост потврђена окончањем поступка за утврђивање законитости. Па ипак, то не значи да су сви појединачни правни акти правоснажни, већ само они који имају одређену садржину.

Обично се сматра да од тренутка окончања поступка за утврђивање законитости правни акт постаје правоснажан, а од тренутка ступања на снагу извршан. То, међутим, још не значи да је такав правни акт збиља законит, већ само да претпоставка о његовој законитости (*јавна истина*) више не може да се оспорава. Поменута претпоставка под одређеним условима може да се коригује коришћењем помиловања или амнестије, као дериватима „божанске праведности и милосрђа”, јер је најбоље оно право чија је правда зачињена милосрђем. *Помиловање* представља акт којим се осуђено лице потпуно или делимично ослобађа извршења казне или му се ублажава осуда. Оно може да се састоји и у ослобађању од кривичног гоњења (*аболиција*). *Амнестија*, пак, представља акт којим се неодређеном броју лица даје ослобођење од гоњења, потпуно или делимично ослобођење од извршења казне, изречена казна замењује благом, одређује брисање осуде или укидају њене правне последице.⁵⁵⁷

3. Ступање на снагу правних аката

Док правоснажност значи да акти више не могу да се поништавају због незаконитости, ступање на снагу значи да су субјекти обавезни да своје понашање ускладе са нормом од тренутка њеног ступања на снагу. Правило је да акти ступају на снагу одмах или убрзо после свог доношења. Али, и после доношења аката може да буде покренут поступак за утврђивање њихове законитости, што значи да акти ступају на снагу тек после утврђивања њихове правоснажности.⁵⁵⁸

⁵⁵⁶ N. Visković, стр. 222.

⁵⁵⁷ *Истио*, стр. 222-223.

⁵⁵⁸ Р. Лукић, стр. 299.

Правило да акти после свог доношења ступају на снагу, не примењује се сасвим исто кад је реч о уставу, закону или подзаконским прописима.⁵⁵⁹

Устави по правилу ступају на снагу даном свог проглашења. Том приликом се не примењује институт *vacatio legis*. Исто тако, постоје случајеви кад устав ступа на снагу тек даном објављивања у службеном гласилу. Изузетно, у прелазним и завршним одредбама устава, такође може да се утврди датум његовог ступања на снагу.⁵⁶⁰

Много већи значај има ступање на снагу закона, јер је за друштвене организације и грађане много значајније да тачно знају кад су закони донети и кад ступају на снагу, укључујући ту и само правило о ступању на снагу закона. Тренутак ступања на снагу неког закона одређује се на два начина: или сâм закон на крају, обично у свом последњем члану, одређује кад ступа на снагу, или је његово ступање на снагу на општи начин одређено уставом или посебним законом, тако да закон не мора ни да садржи такву одредбу. Важно је само то да може несумњиво да се утврди кад неки закон ступа на снагу, док је мање важно у ком се то акту чини (у самом закону, уставу или посебном закону).

За тачно одређивање тренутка (дана) кад закон ступа на снагу, примењује се институт *vacatio legis*, који не постоји само кад закон ступи на снагу истог дана кад је објављен. Дужина *vacatio legis*-а није увек иста, и креће се од једног дана до више година (југословенски Кривични законик донет 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 кад је објављен, како је већ поменуто.

Посебан проблем за одређивање тачног тренутка ступања на снагу представља случај *ауџенџичној тумачења закона*. Тад се поставља питање од ког тренутка тумачење закона дејствује: да ли од тренутка ступања на снагу закона чије се одредбе тумаче, или од тренутка ступања на снагу акта о тумачењу (тзв. интерпретативног закона). Друго решење је прихватљивије, с тим да оно треба да важи само за део који је промењен актом о тумачењу.

Сличан проблем са одређивањем тачног ступања на снагу закона постоји и кад закон садржи одредбе о повратној (ретроактивној) снази. Данас се у правној науци правило о забрани повратне снаге закона више не сматра апсолутним. Закони, начелно, не могу да имају повратно дејство, али, изузетно, повратно дејство може да се прида појединим одредбама закона, под условом да то захтева општи интерес, утврђен приликом њиховог доношења.⁵⁶¹

⁵⁵⁹ Видети: М. Јовичић, стр. 157-180.

⁵⁶⁰ Исто, стр. 158-159.

⁵⁶¹ Исто, стр. 159-178.

Поступак доношења *йодзаконских йройиса* обично није правно регулисан. О ступању на снагу ових прописа обично се не говори, већ само о њиховом доношењу. Али, и ту постоје извесне разлике. Наиме, ако подзаконске прописе доносе инокосни органи, сматра се да су они донети од тренутка њиховог потписивања. Ако, пак, подзаконске прописе доносе колегијални органи, сматра се да је пропис донет кад га зборни орган усвоји, после чега се такав пропис потписује. Сходно томе, подзаконски прописи ступају на снагу даном објављивања, али постоје случајеви кад ступају на снагу као закони.⁵⁶²

У неким случајевима може да буде важно и то кад појединачни правни акти ступају на снагу. Сматра се да они ступају на снагу од тренутка доношења, с тим што су за сваку врсту аката разрађена посебна правила.

4. Извршност правних аката

Док ступање на снагу значи да је неки акт почео да важи, тј. да је постао саставни део позитивног права, извршност значи да су субјекти дужни да се понашају по акту од тренутка кад су испуњени сви за то предвиђени услови.⁵⁶³ Тренутак кад акт постаје извршан, дакле, не мора да се подудара са његовим ступањем на снагу. Такође, извршност није истоветна ни са правоснажношћу, јер не мора да наступи заједно са њом. Неки акт може да буде правоснажан иако није извршан, али само изузетно може да буде извршан а да не буде правоснажан. Сходно томе, извршни су *само* појединачни акти, који тачно предвиђају услове за своју извршност и тренутак њеног наступања (извршност *у ширем смислу*). Истовремено, извршност значи да је од тог тренутка односни државни орган силе овлашћен да примени принуду, како би обезбедио да се односни субјекти понашају у складу са извршним актом (извршност *у ужем смислу*).

За извршење појединачних правних аката постоје посебни, подробно уређени *извршни йостйуици*, који се разликују према врстама аката (грађанскоправним, кривичноправним, итд). Судски и управни акти извршавају се принудом кад год је то потребно, док се правни послови извршавају посредно, судским путем⁵⁶⁴. На пример, кад субјект неће добровољно да изврши диспозицију (плати порез), надлежни државни орган или присиљава односног субјекта да је изврши, или сâм чини оно што субјект неће да учини. Стога је правило да се извршност може дати само оним актима који су постали правоснажни. Само изузетно, у посебно хитним случајевима, извршним могу да се учине и акти који *нису* постали правоснажни, с тим што том приликом мора да се води рачуна да се њиховим извршењем не онемогући враћање у пређашње стање (у случају да акт накнадно буде проглашен незаконитим: на пример, незаконита судска пресуда којом је изречена смртна казна). Сходно томе, судски акти стичу извршност тек после правоснажности, а управни акти понекад и пре тога.

⁵⁶² *Исйо*, стр. 178-180.

⁵⁶³ Видети: Р. Лукић, стр. 299-300.

⁵⁶⁴ *Исйо*, стр. 300.

ЧЕТВРТИ ОДЕЉАК

ВРЕДНОСНИ ЕЛЕМЕНТ ПРАВНОГ ПОРЕТКА

Друштвене и правне вредности представљају четврти главни део правног поретка.⁵⁶⁵ Оне испуњавају смислом и сврхом целокупно право, тј. све друге његове елементе. Помоћу њих се одређују циљеви у правном поретку. Те вредности нису пуки збир, какав је случај са простим скупом елемената, већ целина. Оне другачије не могу ни да се објасне, изузев кад се доведу у везу са другим појавама или њиховим састојцима. А то захтева незаменљиву вредност човекове личности, која је необјашњива само из искуствено датих чињеница помоћу којих се личност испољава и изражава. Уз то, у човеку, као и у свим његовим творевинама, стално је присутно нешто из трансцендентног света, из кога потиче његова неугасива тежња за довођењем искуственог света у везу са вредностима. Таква тежња постоји у свим човековим акцијама које су подстакнуте одређеним вредностима или творевинама. То је случај и са правом као типично телеолошки замишљеном и вредносно постављеном творевином људског духа.

1. Правда

Правда (*iustitia*) представља врхунску друштвену и правну вредност. Она је вредност зато што је једна врста сразмерности и склада, све до постизања хармоније, која је други назив за апсолутну правду. Код Срба је правда увек извођена из оног што *јест*, што је природно и истинито. Правда је истина, а праведно је само оно што је истинито (Д. Обрадовић). Поред те апсолутне, *природне правде*, постоји и тзв. *друштвена правда* са својим изведеним врстама (правна, морална, религијска), која је релативна. Ехо те правде у позитивном праву препознаје се као законска правда или правичност.

Најопштији појам правде, дакле, изведен је из појма природе. Одредио га је Платон у „Држави”, као стварање складног друштва. Ипак, много пре Платона, Хомер је у „Илијади” и „Одисеји” приказао како се спроводи правда, софисти су истицали релативни карактер правде, док су Солон и Хесиод говорили да је човеку немогуће да живи и дела изван правде.⁵⁶⁶ Платонов ученик, Аристотел, појам правде је развио и усавршио, и то тако да ни данас нема шта да му се дода или одузме. У петој књизи „Никомахове етике”, Аристотел правду у том вишем смислу одређује као синоним за потпуну врлину. У римском праву, пак, напознатију одредбу дао је Улпијан изреком: „Правда је непрекидно и трајно настојање да се свакоме да његово право” (*Iustitia est constans et perpetua*

⁵⁶⁵ Видети: N. Visković, стр. 136-148. и Г. Вукадиновић, стр. 255-274.

⁵⁶⁶ Г. Вукадиновић, стр. 265.

voluntas ius suum cuique tribuendi”).⁵⁶⁷ У средњем веку, св. Августин истиче да је изворна само вечна правда Божје државе, док Т. Аквински правду одређује као општу врлину. Неколико векова касније и надаље, Ж. Боден правду сматра једним од неколико основних делова суверености, Ф. Бекон средством које обавезује да човек човеку буде Бог а не вук, И. Гроције пак суштином природних права проистеклих из разума, Џ. Лок својством праведног поретка, итд, све до Џ. С. Мила који правду сматра моралним појмом, Г. Радбруха који у правди налази суштину идеје права, Џ. Ролса, који релативизира правду доводећи је у везу са друштвеним и политичким окружењем либерално-демократског друштва, Х. Келзена по коме правда у праву може да постоји само као законитост, и других (Р. Нозик, А. Кожев, С. М. Окин, итд).⁵⁶⁸ Врхунац такве правде достиже се милосрђем (*морална* правда, кад се даје више него што се добија) или несебичношћу (*религијска* правда, кад се за другога нешто даје без икакве надокнаде, осим блаженства због учињеног).⁵⁶⁹

Поред ових виших облика, постоји *йравна* правда. У том свом основном облику, правда је синоним за оно што је сразмерно или једнако. Сходно томе, постоје два *формална* обрасца правне правде: *дистрибутивна* (*iustitia distributiva*: „свакоме сразмерно”), која је првобитна, положајна, и налаже да се „неједнако поступа с неједнаким”, и *комутиативна* (*iustitia commutativa*: „свакоме једнако”), која је разменска и налаже да се „једнако поступа с једнаким”. Најзад, у најужем значењу, правда означава саобраћавање закону (*законска йравда*, *iustitia legalis*). Она се састоји у општости, једнакости и непристрасном вршењу закона, односно права. Али, на питање у чему се састоји *материјална* правда, не може да се одговори никаквим сличним обрасцем. Најновији покушаји са одређивањем тзв. *солидарна йравде*, која упућује на то да од заједничких добара више треба дати слабим и сиромашним, а мање јачим и богатим,⁵⁷⁰ нису обрасци материјалне, већ Аристотелове формалне дистрибутивне правде. Зато је правду лакше осетити, него одредити или постићи.⁵⁷¹ Колики је значај правде показује и ово: ниједан суд се не зове суд права, али се многи називају судовима правде. Правди је супротна *кривда*.

Правда коју право остварује, будући да је врста друштвене правде, није савршена, због чега, између права и правде увек постоји већи или мањи раскорак.⁵⁷² Штавише, морална и религијска правда су често строже од правне правде.⁵⁷³ Уз то,

⁵⁶⁷ Познате су и друге две Улпијанове одредбе правде: „Из правде, као неког извора, проистиче цело право” („a iustitia, quasi a quodam fonte, omnia iura emanant”) и „Нека буде правда, макар пропао свет” („fiat iustitia, pereat mundus”). Видети: А. Ромас, *Minerva. Florilegium sententiarum*, Zagreb, 1988, стр. 365.

⁵⁶⁸ Видети: Г. Вукадиновић, стр. 267-268.

⁵⁶⁹ Р. Лукић, *Систем филозофије йрава*, стр. 218.

⁵⁷⁰ Видети: N. Visković, стр. 143. и Г. Вукадиновић, стр. 270.

⁵⁷¹ Видети: Г. Вукадиновић, стр. 269-271.

⁵⁷² Р. Лукић, стр. 219-221.

⁵⁷³ Видети: Х. Келзен, *Шта је йравда*, Београд, 1998.

позитивно право не мора уопште да буде праведно, али тад је реч о изопаченом праву. Због тога у праву увек мора да постоји барем минимум правде. Имајући управо то у виду, 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*). У противном, они на које се такво тиранско право односи, чији су интереси погажени - управо у име правде - устају против таквог права и поретка, рушећи га.⁵⁷⁴

2. Правичност

Правичност (*aequitas*) представља посебну, примењивачку правду, правду у конкретном случају који не може да се реши само на основу права. И њу је одредио већ Аристотел, иако је тек у римском праву доживела свој врхунац, утичући на настанак бројних правни установа (на пример, доцње, уговорне казне и других). Као таква, она је врлина законске правде. У XIX и XX веку правичности је сведена на средство за исправљање претеране строгости закона (посебно код припадника школе тзв. слободног стварања права) и одређивана као начин да се правда оствари кад право допушта или налаже другачије поступање, посебно кад треба да се спречи механичка, незаконита или неправедна примена правила у конкретном случају. То је и данас случај у правној науци и пракси, кад се правичношћу назива уставно или обичајно овлашћење судија или других службених лица да еластично примењују правне норме у конкретним случајевима ради успешнијег остваривања права. Као таква, правичност је корективна правда, једна врста поштења које исправља право кад његов творац не може унапред да урачуна све могуће случајеве. То поштење је увек драгоцено, али је посебно лековито кад га испоље судије које могу у одређеним случајевима да се позову на правичност кад посумњају у исправност и ваљаност позитивног права (тзв. *судска правда*). То важи и за друге државне и друштвене органе који у свом послу не смеју да занемарују проверене вредности и људске врлине у име којих им је поверено вршење јавних послова.⁵⁷⁵

Правичност се обично остварује у корист оног који трпи правну санкцију. Њен значај је толико велики, да у појединим правима постоје посебни органи, тзв. судови правичности, коју суде у таквим случајевима.⁵⁷⁶

3. Слобода

Слобода (*libertas*) је човеково генеричко својство, а не само основна друштвена и правна вредност (И. Кант, Ј. Г. Фихте и други). Пошто је човек по својој природи слободан, то се поставља захтев да он збиља и буде слободан. Неслободан човек као да и није човек. Он није субјект права, већ пре једно биолошки саздано биће

⁵⁷⁴ Видети: Г. Радбрух, *Филозофија права*, Београд (1980) 2000.

⁵⁷⁵ Видети: Б. С. Марковић, *Оглед о односима између њојма права и позитивне приватној права*, Београд, 1995. и М. Кнежевић, *О правди и правичности*, Београд, 1995.

⁵⁷⁶ Видети: N. Visković, стр. 141-144. и Г. Вукадиновић, стр. 271-271.

коме ништа изворно није признато, па ни правда, правичност или сигурност. Али, и кад је има, човек слободу често злоупотребљава, бркајући је са самовољом. На тај начин, он злоупотребљава вредност слободе, наносећи другима кривду; будући и сâм неслободан, он и друге својим поступцима чини таквима.⁵⁷⁷ Можда је због тога слобода и најузвишенија људска вредност пре свих других вредности, која једина омогућава да се човек самооствари, да испуни своју људску мисију.⁵⁷⁸

Слобода се обично одређује као право које подразумева одговорност избора. У антици слобода је схватана као покораване законима који оличавају неко добро. Човек је слободан само кад је усмерен на „Добро” (Платон), односно кад располаже самим собом, кад живи због себе, а не због другог (Аристотел). Много касније, представници грађанске мисли истичу да је човек слободан кад није спутан препрекама (Т. Хобс: највећа могућа слобода заснива се на ћутању закона),⁵⁷⁹ односно кад није спутан ограничењима и принудом других (Џ. Лок). Таква слобода састоји се у могућности да се „чини све што се хоће, ако се нико не чини неправда” (И. Кант). Зато они којима је слобода на срцу, увек морају да воде рачуна о другима, који такође имају једнако право на слободу, што значи да свако мора да ограничи своју слободу ако она штети другоме. У противном, нико неће моћи да буде слободан, па тиме ни поседник основних права на живот, личну слободу и власништво. Зато се и каже да је слобода једино добро које не може да се поседује ако се не дели са другима.

И само право, ма колико то изгледало противречно, треба да уређује и остварује слободу човека.⁵⁸⁰ Та слобода, наравно, није самовоља, јер је право запречава и кажњава, већ је једино могућа слобода коју право штити. Право је у ствари „неслобода”, јер ограничава људско понашање. Али, у ваљаном праву, такво ограничавање је оправдано, јер људи без права не би имали ни то мало слободе. Право, у том смислу, и није ништа друго него „покушај да се с једне стране лична и колективна слобода заштити и што потпуније оствари, а истовремено, с друге, да се разумно ограничи како не би нашкодила ни човеку, ни друштву”.⁵⁸¹

У чистом позитивноправном смислу, слобода је све оно што право не забрањује. У „Декларацији права човека и грађанина” из 1789. године, записано је да „људи се рађају и живе слободни и једнаки у правима” (чл. 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” (чл. 4).⁵⁸² То је случај и са „Повељом о основним правима Европске

⁵⁷⁷ Видети: Џ. С. Мил, *О слободи*, Београд, 1999.

⁵⁷⁸ Видети: Т. Глинтић, *Правда, слобода, једнакост*, Београд, 1995.

⁵⁷⁹ Видети: Т. Хобс, *Левијатан*, Београд, 1960, стр. 213 и 221.

⁵⁸⁰ Видети: N. Visković, стр. 137-141. и Г. Вукадиновић, стр. 258-261.

⁵⁸¹ Р. Лукић, *Систем филозофије љава*, стр. 221- 225. и *Појам љава*, стр. 27.

⁵⁸² Видети: *Темељи модерне демократије. Избор декларација и повеља о грађанским љавама (1215-1989)*, Београд, 1989, стр. 137.

уније”, у којој се слобода прокламује као једно од неколико основних права.⁵⁸³ Зато, „Слободан човек слуша, а не служи. Он има шефове, али нема господара. Он слуша само законе. Захваљујући законима он се покорава људима”.⁵⁸⁴

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 дунгле”.⁵⁸⁵ Такву неслободу у праву оличава или поданик као субјект обавеза без овлашћења, или роб као објект права.

4. Људско достојанство

Људско достојанство (*dignitas humana*) представља скуп човекових својстава, пре свега умних и моралних, која га издвајају од других бића. Зато се каже да је људско достојанство човекова истинска природа.

Поред *природној* људског достојанства,⁵⁸⁶ које је једнако код свих људи, јер су сви они једнако слободна и стваралачка бића, човек располаже и *друштвеним* достојанством, које није једнако за све људе (на пример, краљевско достојанство или достојанство универзитетског професора). Иако и данас постоје, ове разлике се све више ублажавају и изводе из личне исправности, а не 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. Зато се и каже да тек људско достојанство човека чини узвишеним бићем. Оно није посед, већ врлина. Људско достојанство зачињава слободу као милосрђе правду.

Данашња демократска права представљају значајан чинилац заштите људског достојанства. На пример, међу основним људским правима устав Европске уније на прво место ставља људско достојанство, његово поштовање и заштиту. Али, тиме није отклоњена опасност од повреда људског достојанства, јер се у свим правима ипак примењује правна принуда.⁵⁸⁷

5. Сигурност

Сигурност (*securus*) такође представља посебну друштвену и правну вредност. Наиме, људи могу да теже потпуној, апсолутној сигурности, која је недостижна вредност, али и конкретној сигурности у датом случају, која је достижна,

⁵⁸³ Видети: Г. Вукадиновић, стр. 260.

⁵⁸⁴ Ж. Ж. Русо, Друштвени уговор, стр. 9 и 46-47. Видети: A. S. Brett, *Liberty, Rights and Nature, Individual Rights in Later Scholastic Thought*, Cambridge, 2003.

⁵⁸⁵ Р. Еперсон, *Невидљива рука. Увод у историју завере*, Београд, 1999, стр. 7.

⁵⁸⁶ Видети: Ернст Блох, *Природно право и људско достојанство*, Београд, 1977.

⁵⁸⁷ Видети: Г. Вукадиновић, стр. 273.

релативна вредност, чак и кад њеним постизањем започиње нов циклус (не)сигурности. Сигурност омогућава предвидљивост - ту драгоцену могућност људи да своје животе унапред сврсисходно уреде и планирају, а не да живе насумице и према неизвесној прилици - и зато сама за себе представља вредност. Ту идеју истицали су многи правни филозофи,⁵⁸⁸ а посебно Ш. Монтескје, који је сигурност схватао као „извор друштвеног спокојства”, и Г. Радбрух, који је сигурност сматрао једном од три основне идеје појма права.⁵⁸⁹

Сигурност у праву, тј. *правна сигурност*, распростире се у три димензије: временској, која је изражена кроз захтев за стабилност поравних прописа у времену; садржинској, која је везана за стабилност садржаја који регулишу друштвене односе утврђивањем апстрактних и конкретних правних овлашћења и обавеза; и друштвеној, према којој је правно регулисање усмерено на све будуће истоврсне односе унутар заједнице.⁵⁹⁰ Сигурност такође значи да ће одређене последице људских радњи свакако да се остваре, тј. да ће одређени субјекти свакако да остваре своја права или да изврше своје обавезе (*објективна* сигурност). Она представља и поуздано уверење да ће право збиља да буде примењено (*субјективна* сигурност), што не мора увек да се догоди. Најзад, у посебном смислу, правна сигурност представља другу страну саме суштине права: да оно решава спорове у друштвеним односима, који би без права остали нерешени, изазивајући неред и осујећујући нормално развијање друштвених односа.⁵⁹¹

Правна сигурност значи да је право остварило предвидљивост у пожељној мери. Она је посебно изражена кад означава усклађено поступање државних органа (посебно судова), органа друштвених организација и појединаца. На основу тога, субјекти могу да рачунају на истовестно урачунавање њихових правних радњи, тј. на истовестан правни положај и третман.⁵⁹² Зато сви развијени правни нормални пореци морају својим грађанима да гарантују правну сигурност.

⁵⁸⁸ Према Ђорђу Тасићу, „сигурност или извесност” представља једну од три пожељних користи које право пружа људима. Сигурност значи одређеност, кад се правом одреди „шта коме припада”. Сигурност има и дубље значење: „она означава и извесност да ће се поштовати оно што је прописано” (Ђ. Тасић, Увод у правне науке, 1941, стр. 24). Према Лукићу, пак, правна сигурност може да се схвати у ширем и ужем смислу. Сигурност у ширем смислу представља посебну правну вредност која обухвата „заједно мир и ред”. Сигурност у ужем смислу, пак, означава „стање извесности примене правних норми у свим случајевима које оне регулишу”. То „објективно стање” изазива, сматра Лукић, „свест о постојању сигурности, њену субјективну страну, која делује повољно на ток правних, а тиме и друштвених односа”, јер „субјекти права тада поуздано знају какве су последице њиховог делања, како могу постићи своје циљеве помоћу права и мирно и систематски раде у том правцу будући сигурни да ће се то и остварити”. Лукић, сходно томе, разликује објективно од субјективног значења сигурности у ужем смислу (Р. Лукић, *Систем филозофије права*, стр. 479-480).

⁵⁸⁹ Г. Радбрух, *Филозофија права*, Београд, 1999, стр. 99.

⁵⁹⁰ Е. Пушић, *Друштвена регулација*, Загреб, 1989, стр. 208 и даље.

⁵⁹¹ Р. Лукић, стр. 479-481.

⁵⁹² Видети: N. Visković, стр. 147-149. и Г. Вукадиновић, стр. 261-264.

Правној сигурности је супротан њен корелат: правна несигурност, која разара сваки поредак. Између правне сигурности и правне несигурности, налази се тзв. *йравна извесносћ*, која представља редовно стање сваког правног поретка у коме је обезбеђен барем „минимум правне сигурности”.⁵⁹³ Као таква, сигурност је „извесност законите слободе”.⁵⁹⁴

6. Једнакост

Једнакост (*aequalitas*) је тесно повезана са другим вредностима, посебно слободом, 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 слободи и врсној. А такву људску изврсноћ омогућава управо слобода. Зато, кад се каже: једнакост, мисли се пре свега на друштвену једнакост слободних људи или на правну једнакост у могућности уживања слободе. Једнакост дакле значи само то да су људи друштвено прихваћени као једнаки, иако то нису природно (према полу, узрасту, физичкој и менталној способности, итд).⁵⁹⁵ У демократији, у којој су људи грађани, тј. субјекти овлашћења и обавеза, једнакост значи да су они формалноправно једнаки, што се посебно види кад су у питању њихове једнаке обавезе према праву. Таква „Једнакост је можда праведна, али нико на свету неће моћи да је претвори у чињеницу” (О. де Балзак). Једнакост представља и формално мерило за одређивање обрасца комутативне правде. Она, исто тако, представља састојак законске правде и подлогу правној сигурности.

7. Ред

И ред (*ordo*) „сам по себи има вредност, и то једну велику вредност ... Ред значи на првом месту предвидљивост и извесност”.⁵⁹⁶ Пошто је реч о друштвеној вредности, која је истовремено правна вредност, треба рећи само да се ред увек остварује у извесној мери. Али, у ма којој мери да се остварује, 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.⁵⁹⁷ Зато и појединци, и друштво као целина, настоје да остваре што трајнији и јасније одређен ред.

Ред постоји кад се свако понашање које је значајно за опстанак друштва врши „тачно по одређеним друштвеним и посебно правним прописима, којима се одређују субјекти који их врше, начин, време вршења и сви други важни чињеници којима се обезбеђује ред”.⁵⁹⁸ На тај начин, добија се један непротивуречан

⁵⁹³ N. Visković, стр. 142.

⁵⁹⁴ В. фон Хумболт: *Идеја за йокушај одређивања йранице делайносћи државе*, стр. 104.

⁵⁹⁵ Видети: Ж. Ж. Русо, *Rasprava o poreklu i osnovata nejednakosti међу људима*.

⁵⁹⁶ Ђ. Тасић, *Правда и ред као йринципи йрава*, у: *Избор расйрава и чланака из йеорије йрава*, стр. 211-212.

⁵⁹⁷ Р. Лукић, стр. 225-226.

⁵⁹⁸ *Исйо*, стр. 477.

друштвени и правни поредак у коме свако има своје „тачно одређено место”. Спонтано или свесно и плански створен поредак, међутим, повратно и са различитим успехом одржава и штити постојећи ред. Због тога је сваки ред у одређеној мери и неред. То ред приказује као релативну друштвену и правну вредност.

Реду је супротан његов корелат: неред, који се у праву испољава као аномија, а у друштву као анархија.⁵⁹⁹

8. Мир

Мир (*пак*) као друштвена и правна вредност представља стални политичко-етички идеал људске заједнице. Правна вредност мира истицана је већ у антици, јер је само у „стању мира” могуће постићи унутрашњу равнотежу и спокојство духа. У друштву, пак, мир је могућ „само у условима складне заједнице и правилно регулисаних унутрашњих односа” (*ираћански мир*).⁶⁰⁰ Као такав, он је „пожељан амбијент” у коме се остварују правда и поредак као „сврха људског закона” (Т. Хобс),⁶⁰¹ „главни државни и међународни циљ” (Б. де Спиноза), „једини услов сазнања и деловања” који је као темељни филозофски појам усмерен ка постизању „вечног мира” (И. Кант),⁶⁰² односно „једина вредност која може бити предмет рационалног, а не идеошког сазнања” (Х. Келзен),⁶⁰³ „циљ права ... у смислу да је свака наредба, без обзира на своју садржину, миротворачка”,⁶⁰⁴ итд.

Мир свако ваљано право посебно остварује и штити.⁶⁰⁵ Јер, чим мир није чврст, одмах настаје поремећај права: извршавање правних обавеза није више уредно и потпуно, што значи да право престаје нормално да функционише, да буде ефикасно. Кад мир не би постојао у дужем временском периоду, дошло би до правне анархије, тј. безвлашћа у друштву. Због тога се успостављање и одржавање мира понекад постиже коришћењем правне принуде. Принуда је, наравно, непожељна, али је оправдана кад се њом штите друге важне друштвене и правне вредности. Она је најуспешнија кад се уопште не примењује, или кад се ретко примењује, кад је довољно само да постоји могућност да она буде примењена да би поредак нормално функционисао.

Миру су супротни немири и рат, који разарају свако друштво и право. Ипак, мир „није одсутност рата. Мир је врлина, расположење, поверење, правичност и склоност ка чињењу добрих дела” (Б. де Спиноза). Мир омогућава постојање друштвене стабилности, без које ниједно друштво не може да траје. Он подразумева „државну, контролисану и на праву засновану принуду која је у стању да спречи индивидуална и колективна насиља која немају оправдање у

⁵⁹⁹ Видети: Г. Вукадиновић, стр. 257-258.

⁶⁰⁰ Г. Вукадиновић, стр. 256.

⁶⁰¹ Т. Хобс, *Левијатан*, стр. 191.

⁶⁰² Видети: О. Höffe, *Immanuel Kant. Zum ewigen Frieden*, Berlin, 1995.

⁶⁰³ Х. Келзен, *Ојшџа теорија државе и права*, стр. 71 и даље.

⁶⁰⁴ А. Рос, *Право и правда*, стр. 83.

⁶⁰⁵ Видети: N. Visković, стр. 144-146. и Г. Вукадиновић, стр. 255-257.

праву”.⁶⁰⁶ Мир је предуслов за остваривање свих других вредности. Право и правда су највеће добро мира.

9. Целисходност

У блиској вези са правном сигурношћу стоји *целисходнось* (*intentus*) као чисто правна примењивачка вредност. Она ублажава круту примену права, која је сама по себи непожељна. Међутим, целисходност не сме да буде изнад законитости у позитивном праву, већ само у њеним оквирима. Целисходност је, дакле, пожељна све док правотворац или овлашћени државни орган као тумачи индивидуализују право у границама законитости. На тај начин, захваљујући целисходности, право се конкретизацијом и индивидуализацијом прилагођава стварности, што је оправдано све док се поштују поменута начела правне сигурности и законитости. Сходно томе, оправдана је само она целисходност која одговара објективном праву.⁶⁰⁷

10. Делотворност

Делотворност (ефикасност, *efficacitas*) као чисто практична правна вредност указује на потребу сваког права да се примењује, и то у релативно кратком времену по настанку случаја на који правна норма има да се примени, јер право иначе остаје непримењено, док односи које оно треба да уреди остају нерегулисани. Због тога, „право у првом реду мора да буде делотворно, па макар то водило и извесној несавршености”.⁶⁰⁸ То се често постиже применом принуде. У противном, у друштву би настала анархија, што је недопустиво. И не само то: без делотворности не би могла да се оствари ниједна наведена друштвена и правна вредност. Па ипак, право је најделотворније кад се најмање примењује принуда као његово најпрепознатљивије средство.

11. Чисто техничке правне вредности

Постоје и тзв. *чисто техничке правне вредности*, а пре свих што већа јасност, прецизност, потпуност и сажетост правних норми, тј. права. То су у ствари унутрашње правне вредности, које имају посредну вредност за друштво. Оне су резултат дугог историјског развоја права, а настају исправним саставом самог права и применом одговарајућих техничких правних законитости, захваљујући којима је правна наука дошла до прецизних правних појмова и терминологије којом се обезбеђује јаснији, прецизнији, потпунији и сажетији смисао правних норми.⁶⁰⁹

⁶⁰⁶ Г. Вукадиновић, стр. 257.

⁶⁰⁷ Р. Лукић, стр. 477.

⁶⁰⁸ *Истио*, стр. 471.

⁶⁰⁹ *Истио*, стр. 483-484.

ТРЕЋИ ДЕО ПРАВНИ СИСТЕМ И СВЕТСКА ПРАВА



У сваком праву се успостављају најразличитије веза унутар његових елемената и делова. На тај начин се добија јединствена, рационално повезана и организована целина. Та целина се назива систем права или правни систем.

Систем права се односи на нормативни елемент правног поретка, и то на његове опште правне норме. Сходно томе, систем права није исто што и правни поредак. Међутим, поједини писци, као Ханс Келзен, појам поретка непотребно осиромашују, одређујући га управо као систем норми на чијем се врху налази највиша норма. Ту норму, чије важење не може да се изведе из неке више норме, Келзен назива „основном”. Стога све норме „чије важење може да се веже за једну исту основну норму чине један систем норми или један поредак. Та основна норма чини, као заједнички извор, везу између свих разних норми из којих се састоји један поредак. Да нека норма припада извесном систему норми, извесном нормативном поретку, може да се утврди једино потврђивањем да она своју обавезну снагу вуче из основне норме која сачињава поредак”.⁶¹⁰

Такав Келзенов правни поредак, као поредак општих норми, тј. уређен скуп извора права, у правној науци се уобичајено назива *систем* права или правни систем. Као такав, он је само посебан део нормативног елемента правног поретка. Али, у том Келзеновом поједностављивању ипак има пожељних користи за план даљег излагања.

I глава

СИСТЕМ ПОЗИТИВНОГ ПРАВА

Појам система права и мерила за његово систематизовање. Предмет систематизације. Елементи система права: правне установе (институције), правне гране, правне области и правни подсистеми.

Позитивно право не представља само друштвену појаву, нити само конкретно регулисање односа општим и појединачним нормама. Оно исто тако представља према одређеним мерилима логички сређену и непротивречну сложену целину, како би друштвени односи уопште могли на постојан и предвидљив начин да буду уређени. Тим сређивањем посебно се бави правна наука, која том приликом води рачуна о кохерентности, потпуности и одређености система права.⁶¹¹

⁶¹⁰ Видети: Х. Келзен, стр. 17-20.

⁶¹¹ Видети: Г. Вукадиновић, стр. 233-238.

1. Појам система права

Позитивно право које је сређено као логичка и непротивречна целина многобројних норми којима се уређују различите стране друштвеног живота, назива се систем позитивног права, *сисџем љрава* или *љравни сисџем* (*Legal System, System of Law, Rechtssystem, Rechtliches System, systѐme juridique, Sistema giuridico, Sistema juridici, Sistema derecho*, итд). Систем права је дакле систематизована целина позитивноправних норми. Том приликом, није потребно да се систематизују све његове норме, јер је то практично немогуће. Довољно је да се систематизују само његови извори, опште правне норме, јер из њих произлазе сви остали његови елементи. Сходно томе, „систематизација права се првенствено састоји у распоређивању правних извора” (општих правних норми) према извесним формалним и садржинским мерилима, како би се сачинила логички непротивречна целина. „Таква логички непротивречна целина значи да конкретан субјект права у конкретној ситуацији тачно зна како треба да се понаша”, јер норме не смеју да буду међусобно формално или садржински противречне.⁶¹² То се углавном постиже научним и казуистичким тумачењем општих норми. Зато се и каже да је стварање правног система задатак тумачења, тј. правне догматике и нормативне правне теорије. Сходно томе, свако ко жели да зна како је уређен један друштвени однос, њихова врста или област сродних друштвених односа, може у систему права лако да пронађе све норме које их регулишу, и то сакупљене и сређене на једном месту. Поред систематизације извора права, правна наука води рачуна и о систематском излагању искуства приликом стварања и примењивања појединачних норми, јер и то може да утиче на успешност систематизације.⁶¹³

Систем права знатно олакшава делатност најразличитих правних субјеката. Он посебно олакшава посао државним органима приликом доношења нових општих норми или мењања постојећих. Захваљујући њему, државни органи лакше могу да уоче које области друштвених односа нису регулисане општим нормама (правна празнина), а које су недовољно регулисане или регулисане застарелим нормама, на основу чега их онда потпуније уређују новим нормама. Посебно законодавни и други државни органи морају да доносе опште правне норме према потреби и одређеном реду. Зато је читаво позитивно право у свакој иоле нормално развијеној држави изграђено као целовит систем.

2. Састав и поредак система права

Сваки правни систем, посматрано са гледишта научне систематизације и класификације, представља уређену целину својих елемената и делова. То научно сређивање полази од опште правне норме као подлоге и грађе за даљу систематизацију и класификацију. Више правних норми, којима се уређује исти друштвени односи, сачињавају правне установе, а више правних усаноа правне

⁶¹² Р. Лукић, *Увод у љраво*, стр. 395.

⁶¹³ Видети: Р. Лукић, стр. 395-397; N. Visković, стр. 267-269. и Г. Вукадиновић, стр. 226-233.

гране, које се, даље, групишу у правне области и подсистеме права. На тај начин, сви наведени елементи и делови сачињавају јединствен систем позитивног права дате државе. Кад такву систематизацију врши правна наука, реч је о *научном правном систему*, за разлику од *позитивног правног система*.

Сакупљање и сређивање норми врши се према њиховој правној снази и садржини. Најпре се све норме претходно пореде према својој правној снази, при чему се одбацују као неважеће оне које су супротне нормама више правне снаге. То сакупљање и сређивање представља претходну радњу, којом се утврђује које норме долазе у обзир да буду систематизоване. На тај начин се сазнаје које опште норме важе и сачињавају позитивно право. Кад се утврди које све норме важе, прелази се на њихово груписање у целине према садржини, јер исти предмет уређују према истим основним начелима. На тај начин се добијају различите целине, тј. групе норми, које се даље систематизују у шире и више целине. Том приликом, груписање се врши „вишеструким процесом научног обрађивања права, који се најпре састоји у анализи конкретног правног материјала” (како би се открили елементи и карактеристична обележја правних норми које представљају подлогу за њихово класификовање у веће групе), а затим се „помоћу индукције и апстракције врши синџеза, сједињавање норми у веће, више целине, уз издвајање мање општих од више општих норми”.⁶¹⁴

Ниже и више опште правне норме, дакле, представљају подлогу, грађу за описану систематизацију. Као такве, оне саме по себи још нису посебни елементи или делови правног система. Оне то постају тек кад се разврстају према наведеним мерилима у правне установе и правне гране као елементе, или правне области и подсистеме права, као још шире елементе, тј. делове јединственог система позитивног права.

2.1. Правна установа

Правна установа (институција) представља скуп норми које регулишу исту врсту друштвених односа или њихову мању групу, а заснивају се на истим основним начелима, чинећи саставни део неке више целине (брак, својина, тестамент, наслеђе, ауторско право, законодавац, државни службеник, универзитет, тужба, жалба, застарелост, итд). Али, нису све установе исте или једнаке, јер поред ужих и нижих, постоје шире и више (на пример, 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 правних аката).⁶¹⁵ Уз то, постоје и тзв. „укрштене” установе, које садрже један или више заједничких састојака, који их спајају, тј. укрштају (установе разбојничка крађа и разбојништво располажу установом принуде као заједничким састојком).⁶¹⁶ Зато истраживање места које једна установа има у целокупном систему права управо и јесте оно што се зове истраживање њене

⁶¹⁴ Р. Лукић, стр. 398.

⁶¹⁵ Видети: Р. Лукић, стр. 397-399; N. Visković, стр. 269-270. и Г. Вукадиновић, стр. 238-239.

⁶¹⁶ Т. Живановић, III књига, стр. 95-97.

„правне природе”. На пример, кад се запитамо каква је правна природа купопродаје, тада у ствари покушавамо да одредимо место које купопродаја заузима у систему права, тј. да ли она као посебна врста уговора спада у ширу установу уговора, или представља посебну установу? На основу одговора на то питање, може да се одреди место купопродаје као посебне врсте правног посла у систему права, што значи да на купопродају могу да се примењују и оне опште правне норме које се непосредно не односе на њу, већ на ширу установу уговора.⁶¹⁷

Груписањем и сређивањем уснова по сродности, образују се тзв. правне гране.

2.2. Правна грана

Правна грана представља ширу класификациону целину. Она се састоји из скупа више уснова које регулишу низ сродних врста друштвених односа, тј. њихову исту област према истим начелима. Већ је у римском праву развијена подела правног система на различите правне гране. Посебно је у грађанском праву изведена једна мање-више стабилна и општеприхваћена подела права на гране. То је учињено према областима друштвених односа које су регулисане правом. Наравно, таква подела није потпуна, јер није могуће правне гране строго одвојити. Због тога се оне често мешају и преплићу једна с другом, што изазива многе спорове, посебно поводом одређивања граница њиховог простирања.

И правне гране могу да се разврстају на мање и веће, док унутар сваке од њих постоје тзв. *подгране права*, тј. скупови правних норми који регулишу најсродније врсте правних уснова. На пример, гране грађанског и судског права састоје се из три или четири подгране, док управно и трговачко имају још већи број подграна.⁶¹⁸

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.⁶¹⁹ Оне престављају предмет бројних позитивноправних дисциплина.

2.3. Правна област, подсистем и систем права

Правна област представља још ширу класификациону целину. Она представља скуп више сродних правних грана.

Уобичајена је подела на области јавног и приватног, мађународног и унутрашњег, и формалног и материјалног права, о чему је било речи.

И правне области могу да буду уже и шире, са или без својих *правних подобласти*, тј. скупова сродних правних грана који регулишу најсродније врсте правних уснова, што је ствар развијености дотичне правне области.

⁶¹⁷ Видети: Р. Лукић, стр. 398-399.

⁶¹⁸ N. Visković, стр. 271.

⁶¹⁹ Видети: Р. Лукић, стр. 398; N. Visković, стр. 270-272. и Г. Вукадиновић, стр. 239-240.

У новије време и све чешће, правне области се групишу у два велика подсистема: *йодсисџем државној* и *йодсисџем друшџивеној (ауџиономној) йрава*, о чему је такође било речи. Њихово постојање се објашњава развијеним правним плурализмом у савременим друштвима. Том приликом, у састав сваког од ова два велика подсистема улазе бројне правне установе, гране и области, да би се на крају систематизације добио *сисџем йрава* као релативно складна целина у којој сваки део има своје место. Ипак, према Ж. Вандерлиндену и другим присталицама правног плурализма, „помоћу јединственог система права” не обезбеђују се ни правда, ни ефикасност права.⁶²⁰

Национални систем права представља део међународног система права. Део међународног система права представља и данашње наднационално право Европске уније, које није ни чисто национално, ни чисто међународно.

II глава

ГЛАВНИ СВЕТСКИ СИСТЕМИ ПРАВА

Правни системи Истока: кинеско, хинду (индијско-браманско), јеврејско и мухамеданско (исламско) право. Правни системи Запада – главни: европски континентални и англосаксонски (*common law, equity law и statute law*) и мешовити: нордијски и систем права Европске уније. Правни транспланти.

Сваки систем позитивног права представља целину. Међу њима, посебно место припада карактеристичним светским правима као посебним целинама. Њиховим стварањем су велики културни народи, који су се смењивали на историјској позорници или су истовремено један поред другог постојали и развијали се, различито одговарали на питање о пореклу, природи и сврси права. Зато се вреди задржати на опису тих карактеристичних система права, вредности-ма које они изражавају и њиховом развоју у свету, тј. онемо што Ј. Х. Вигмор назива упоредна номоскопија, номотетика и номогенетика.⁶²¹

1. Правни системи Истока

Исток је изнедрио четири велике правне културе, које и данас дејствују и имају свој значај. То су културе кинеског, индијско-браманског, јеврејског и мухамеданског права. Свима им је заједничко да право заснивају на божјем ауторитету, сматрајући га божјим законом. Међутим, разлика постоји у погледу схватања начина на који се прима божје откривење. Јевреји и Арапи откривење примају преко

⁶²⁰ J. Vanderlinden, *La pluralisme juridique – Essai de synthèse, La pluralisme juridique*, Bruxelles, 1971, стр. 19 и даље. Наведено према: Г. Вукадиновић, стр. 161-162.

⁶²¹ Видети: J. H. Wigmore, „A New Way of Teaching Comparative Law”, „Journal of the S.P.T.L”, 1926, стр. 6; *Panorama of the World's Legal Systems*, Washington, 1936.

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 још и посебним практичним правним схватањем вере у Бога. Међутим, Кинези полазе од свести о људској природи у којој се јавља божја мисао, док Индијци у упознавању Бога виде начин да развију технике за властито самосазнавање, и то без претходног улажења у испитивање праузрока божјег духа.⁶²²

1.1. Кинеско право

Према кинеском учењу и схватању, светом владају Небо (које је отац) и Земља (која је мати свим бићима, а посебно људима). С неба долазе дух и царство, које представља цар као син неба. Основни космички ред догађаја одређује и конкретну правну праксу.⁶²³ Сходно томе, и право, у коме морални елемент претеже над чисто религиозним и правним елементима, потиче од Неба.⁶²⁴

Тако је било хиљадама година, али је то од средине XIX века све мање случај. Нагли економски и друштвени развој крајем XX и почетком XXI века учинио је да данашња Кина донесе читав низ закона у областима које дотле уопште нису биле регулисане правом или су биле регулисане подзаконским прописима интерног карактера (кривични закон, закон о кривичном поступку, закон о грађанском поступку, закон о држављанству, итд).⁶²⁵ Тиме је Кина кренула путем изградње правног система у коме значајну улогу игра писано право. Данас се кинеско право, иако још недовољно јасно одређено, у свету све више доживљава као образац у коме су успешно спојени филозофски холизам са искуствено провереним прагматизмом, тј. традиционални елементи са најновијим, светски потврђеним стандардима и захтевима правног регулисања.

1.2. Индијско-браманско право

Индијско-браманско, тј. хинду право почива на религијски надахнутој филозофији и култури, подржаној посебним верско-филозофским учењима Индије, других земаља југоисточне Азије и појединих земаља Африке. У њима је људски прагматизам потиснут у корист божански одређеног и циклички реинкарнираног могућег људског искуства. Та божанска мудрост, надахнута потребом за испуњењем и остварењем личности, одређује целокупан човеков живот, иако на сасвим необичан религијско-метафизички начин.⁶²⁶ Такав је случај и са правним

⁶²² Г. Гершић, стр. 10.

⁶²³ Видети: Ф. Ј. Needham, *Science and Civilisation in China*, том II, London, 1956, *Шан Јан. Књига владара области Шан*, Београд, 1977. и Ју-Лан, *Историја кинеске филозофије*, Београд, 1992.

⁶²⁴ Г. Гершић, Енциклопедија права, стр. 10.

⁶²⁵ Видети: Г. Вукадиновић, стр. 249.

⁶²⁶ Видети: S. Radhakrishnan, S: *Indian Philosophy*, London, 1961. и F. R Tennant, *Philosophical theology*, Cambridge, 1976.

правилима, утопљеним у исто такво религијско-филозофско схватање божанске и људске целине као „Једног”.

Суштину индијско-браманског права одређује строг кастински систем, према коме припадници сваке касте треба правно да се владају. Тим правилима су и данас првенствено уређени лични и породични односи, јер је свако дужан да се понаша према строгим правилима друштвеног положаја који заузима. Појам субјективног права је сасвим стран овом правном искуству. Ипак хинду-правни систем је модернизован, као и већина правних система на Истоку, уграђивањем институција западњачког правног система, а посебно институција енглеског *common law* система.

За разлику од савременог кинеског правног система, који је показао изразиту способност прилагођавања, хинду-правни систем још није достигао ону критичну тачку преовлађујуће правне свести која треба да омогући убрзан развој ка стварању савременог и модерног, хиндуистички надахнутог права. Али, можда то и није толико потребно, будући да је Индија за време колонијалне управе прихватила систем англосаксонског права као званично право, поред свог традиционалног система националног права.

1.3. Јеврејско и мухамеданско право

И ово су верски заснована права, надахнута учењима ове две важне религије. Она су међусобно веома блиска и сродна права семитског порекла, јер оба полазе од теистичког или монотеистичког погледа на божанство и свет. У њима се посебно наглашава разлика између Бога и човека. Бог је творца неба и земље. Он је господар васионе, док су људи његова створења и слуге. Исто тако, оба пророка, и Мојсије, и Мухамед, чују и сазнају божју вољу у скрушеном страхопоштовању. Мојсије чује „глас Божји”, који му саопштава своју вољу. Он ту вољу свом народу објављује као законе који је од Бога примио. И Мухамед добија свете листове Курана од арханђела Гаврила, кога је Бог управо ка њему послао као гласника. Оба пророка не траже и не налазе право у свом уму, не стварају га по својој вољи, већ им се оно од Бога објављује и открива. И обојица исто одговарају: право је божји закон за људе! Зато су сви правни прописи испуњени и обасјани божијим ауторитетом. Они имају нешто сасвим неодољиво и застрашујуће у себи, чиме може да се објасни суровост казни које и данас запређују. Ова предања су значајна за право у смислу да фикција о божјем дару оснажује ауторитет закона и олакшава њихово прихватање и трајност.

У овим системима су религија, право и морал нераздвојно помешани. То се јасно види како у десет Мојсијевих заповести и целокупном законодавству које је он устројио, тако и у Мухамедовом Курану који је истовремено књига вере, морала и права.⁶²⁷ У сваком случају, где се право доживљава као божја заповест, мало има места људском законодавству и наредби. Због тога су следбеници јеврејског и

⁶²⁷ Г. Гершић, исто, стр. 9.

мухамеданског учења дуго одбацивали свако државно законодавство. Уместо њега, просвећени људи су тумачили божји закон, док је традиција новим поколењима предавала тајну првобитног откривења преко Талмуда или Суна. И тек под римском окупацијом, Јевреји су се навикли на покорвање људским законима које оличава државни ауторитет, док су мухамеданци још касније почели да примају културне утицаје других народа, сами доносећи законе државне власти.⁶²⁸

Јеврејска и мухамеданска теологија и јуриспруденција све до данас задржали су се у готово несмањеној мери. Ту повезаност теологије са јуриспруденцијом сачували су и преносили просвећени људи који су у исто време били верски учитељи и правни научници. То је и данас случај, јер се у име божје не објављује само закон, него се и правосуђе врши у име божје и под божјим ауторитетом.⁶²⁹ Па ипак, упркос великим отпорима, и ова права данас у све већој мери усвајају правне институције развијеног Запада, налазећи у њима начин за прилагођавање сталним стандардима и захтевима развијенијег дела света. На пример, у праву државе Израел „преовладавају инострани елементи, и њихово инострано порекло је очигледно и јасно. То је случај који се јавља у толико великој мери да је у већини области тешко указати на ма који сличан домаћи значајан допринос”.⁶³⁰

2. Правни системи Запада

Другачијим путем се одвијао развој на Западу, чији су културни народи право првенствено схватили и установљавали као људско право.

Први су антички Грци напустили оријентално и прешли на европско право, утемељивши га као филозофско-правну категорију.⁶³¹ За њих је право било једно начело поретка које се односило на све стране људског живота. Па ипак, такав изразито развијен филозофски и етички систем није довео до стварања истог таквог права, јер је њихово право било неразвијено, сраставши са моралом. Штавише, све је било обухваћено „Једним”. И због тога стари Грци нису имали развијено право, већ филозофско-правне системе, па на пример нису ни могли ваљано да разумеју разлику између јавног и приватног права. А то такође показује да нису имали развијено позитивно право.⁶³²

Тек су стари Римљани, сасвим раскидајући везе са источним правним културама и традицијама, успели да створе и развију до неслућених висина позитивно право.⁶³³ То је било сасвим у складу са њиховим намерама да уместо идеалног божјег царства створе идеално Римско царство са истим таквим људским правом.

⁶²⁸ Исто, стр. 10.

⁶²⁹ Видети: М. Беговић, *Шеријатско брачно право*, Београд, 1936.

⁶³⁰ G. Tedeschi, *On Reception and on the Legislative Policy of Israel*, «Scripta Hierosolymitana», XVI, Jerusalem, 1966, стр. 11-12. Наведено према А. Вотсон, стр. 131.

⁶³¹ Видети: С. Аврамовић, *Ојшџа љавна истџорџа. Сџари и средњи век*, Београд, 1999.

⁶³² Видети: Е. Спекторски, *Истџорџа социјалне филозофије*, стр. 33-72.

⁶³³ Видети: О. Станојевић, *Римско право*, Београд, 1998.

У њиховом праву је пресудан државни ауторитет, уместо ауторитета неког вишег бића или божанства. Тај ауторитет представља сам римски народ. Како примећује Г. Гершић, „Римљани су пре свега били народ веома велике енергије и баш зато, што су били са развијеним карактером и моралним осећањем, били су у стању да велики део својих мисли слију и скупе у чврсту правну форму и да их у супротности према чистим моралним прописима подигну до ступња правног закона”.⁶³⁴ Касније, тај ауторитет постаје владар (*princeps*), који је „ослобођен закона” (*legibus solutus*), тј. који је „живи закон” (*lex animata*). Наведене формулације о неспорној владарској вољи нису синонимима, иако су њихове практичне последице потпуно исте. Оне се не ограничавају само на узак оквир идеолошких прокламација и церемонијалних манифестација, него се уносе у званичне правне текстове и утичу на праксу.⁶³⁵ Па ипак, први су римски правници успели јасно да раздвоје право од морала, јавно од приватног права, као и да створе правне институције какве у свету дотле нису постојале, успоставивши на тај начин универзално право старог света чији утицај ни данас није усахнуо.⁶³⁶

Римску јуриспруденцију смењује хришћански период, у коме су хришћански поглед на свет и хришћанске идеје биле готово у потпуној опреци са античким духом и идејама старих Грка и Римљана. Док је грчко-римски дух порекло права и државе тражио на земљи, и то у људској заједници, дотле је хришћански дух са својим теологизованим учењем порекло права и државе тражио у божјем откривењу и вољи. Цео тај правац у филозофији посвећеној праву и држави, познат је под називом *схоластика*. Па ипак, у недрима средњовековног хришћанског друштва стварен је и развијен заметак новог. То изразито интересовање за ново огледа се како у враћању заборављеним античким правним учењима, тако и у стварању другачијих, оригиналних државно-правних учења. Наравно, то пре свега важи за Западну Европу, која је све до позног средњег века била духовно неразвијена. И тек падом Византијског царства, долази до масовног „одлива мозгова” филозофа и научника из Византије у јужну Италију, Француску и Немачку. Њихов дух и сачувана знања, која су на Западу била готово сасвим заборављена, доводе до наглог препорода, познатог као „ренесанса”.⁶³⁷ Захваљујући утицају грчко-римске и касније византијске културе, изведено је потпуно раскидање са средњовековним погледом на свет и започето стварање модерног европског и светског права.⁶³⁸

То потврђује развој правне науке и праксе у различитим епохама европске историје, захваљујући којима су на темељима европске културе изнедрена два велика правна система: европски континентални и англосаксонски.

⁶³⁴ Г. Гершић, стр. 13.

⁶³⁵ Х. Г. Бек, *Византијски миленијум*, Бања Лука, 1998, стр. 53.

⁶³⁶ Видети: Е. Спекторски, стр. 72-88.

⁶³⁷ Видети: Г. Гершић, стр. 16-17; Х. Г. Бек, стр. 367-396.

⁶³⁸ Видети: Г. Гершић, стр. 17-24; Е. Спекторски, стр. 235-494.

2.1. Европско континентално право

Европски континентални систем права има дугу историју и традицију, која се заснива на писаном и кодификованом праву. У његовом стварању значајну је улогу одиграла римска јуриспруденција, захваљујући рецепцији римског права. Она се одвијала упоредо са образовањем правника у најважнијим европским универзитетским центрима (почев од Болоње). Уз то, утицај доктрине природног права и стварање великих кодификација, учинио је неопходним коришћење апстрактних појмова, формулисање општих норми, поделу права на јавно и приватно или материјално и формално. Све је то захтевало логичко уобличавање и стварање кохерентног правног система, што се види и по израженој потреби за хијерахијом извора права, на чијем се врху налази устав, из кога произилазе закони и сви други правни акти. Законима се ствара претежан део правних норми. Уз то, одређено место припада и другим изворима права, какав је случај са судском праксом, правним обичајима или различитим актима корпорација. Па ипак, утицај и улога ових аката су далеко мањи од улоге писаног права које оличава делатност законодавства. За овај систем је посебно карактеристично да право постоји у писаном и кодификованом облику који је лако открити и разумети, и који је готово одмах доступан.⁶³⁹

2.2. Англосаксонско право

И англосаксонски систем права има дугу историју (али не као систем европског континенталног права), током које је од локалног правног система постао други велики правни систем који је изнедрила европска култура. Он се претежно заснива на правилима која су вековима стварали енглески судови, а у знатно мањој мери на римском праву, природном праву и кодификацијама. У њему значајну улогу има подела права на *common law* (у облику заједничких обичаја) и *equity law* (у облику судских одлука заснованих на обичајима и правичности), с тим што се у савремено доба све више јавља и *statute law* (проистекао из законодавне активности). У њему основни извор права представља судски прецедент, али од кад су у другој половини прошлог века обједињени *common law* и *equity law*, све већи значају стиче закон као извор права, и то посебно у областима индустријских односа, корпорација, акционарских друштава, берзи, итд.

И унутар система англосаксонског права постоје значајне разлике између појединих националних права која му припадају. На пример, у праву САД постоји писани устав као најзначајнији извор права, али са значајно другачијом улогом, проистеклом из историје и особености федералног устројства правног система те земље.⁶⁴⁰

И европском континенталном, и англосаксонском систему права својствена је „системност”. Она је нешто израженија у европском континенталном праву,

⁶³⁹ Видети: Р. Лукић, стр. 404-405. и Г. Вукадиновић, стр. 247.

⁶⁴⁰ Г. Вукадиновић, стр. 248.

због његове логичке заснованости и разграновања од устава све до најнижих правних аката. Па ипак, то више није сасвим тако. На пример, у европском континенталном правном систему судска пракса постаје све значајнији извор права, а закон у англосаксонском. Постепено ублажавање првобитних разлика између ова два система и њихово приближавање - згодан пример представљају правна држава и владавина права - даје разлога за предвиђање како ће ова два система у догледној будућности да се стопе у један, светски водећи систем права. Томе посебно погодује већ праксом проверено искуство *нордијској њравној сисџема*, који садржи карактеристике и европског континенталног (романско-германског), и англосаксонског система права.⁶⁴¹

2.3. Право Европске уније

И право Европске уније у настајању, поред нордијског система, представља мешовит правни систем. Али, док је нордијски систем резултат дугог еволутивног развоја и уједначавања у пракси сличних националних права, други је првенствено резултат свесно-планског стварања новог, наднационалног права од стране заједничких, централних европских институција. То ново право, које убрзано настаје захваљујући све учесталијем коришћењу правних трансплантата,⁶⁴² јединствено важи на целокупном простору Европске уније.⁶⁴³

3. Правни транспланти

Правни транспланти представљају „преношење правила или система права из једне земље у другу или из једног народа у други”.⁶⁴⁴ У том смислу, јасна је разлика између њих као појаве, тј. производа укрштања различитих права, и рецепције и кодификације, као много дужег процеса са можда важнијим последицама.

Иако не би било сасвим разложно сматрати да се закони дати људима од бога сматрају трансплантима, ипак стари записи врве од таквих примера. Јахве је Мојсију дао Десет заповести на Синајској гори; Аполон је преко Делфског пророчиштва дао Ликургу спартанске законе; Зевс је Крићанима пак дао њихове, док је Хермес Египћанима дао законе преко Аписа. Исто тако, један од разлога због којих је римско право било тако широко прихваћено, био је и тај што је *Corpus Juris Civilis*, написан на латинском језику, био познатом свим образованим људима тадашње Европе. Он је обезбеђивао подробно записан систем права који није био исувише великог обима. Зато се често тврди да је један од разлога због

⁶⁴¹ Видети: Р. Лукић, стр. 405. и Г. Вукадиновић, стр. 247-248.

⁶⁴² Видети: F. P. Walton, *The Historical School of Jurisprudence and Transplantations of Law*, „Journal of Comparative Legislation”, 1927. и *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, No. 12, Istanbul, 1956.

⁶⁴³ Видети: Р. Д. Вукадиновић, *Право Евројске уније*, Београд, 1996, Г. Илић-Гасми, *Реформе Евројске Уније. Инстиџиуционални асиџкџи*, Београд, 2004. и Б. Лубарда, *Евројско радно њраво*, Подгорица, 2004.

⁶⁴⁴ А. Вотсон, *Правни џранспланџи. Присџиу љоредном љраву*, Београд, 2000, стр. 18.

којих енглеско право није усвојено у наведеном смислу то што оно представља „правничко право” (*Juristenrecht*) које није преточено у законик. (Далеко је мања вероватноћа да се прошири право које није изражено у писаној форми.) И да није било Блекстонових „Коментара о Законима Енглеске” (*Commentaries on the Laws of England*), англосаксонско право не би пустило тако дубок корен у Америци.⁶⁴⁵ Зато је Р. Паунд и могао да напише како је историја система права највећма историја позајмљивања правних садржаја из других правних система и усвајања садржаја изван оквира права.

Код правних транспланта посебно ауторитет даваоца игра значајну улогу приликом преношења права. То може да буде ауторитет подупрт отвореном силом или заговарањем, продирањем, постепеним усвајањем и потајним прожимањем права (*йринундо* прихватање), али и *добровољним* прихватањем великог дела система права другог народа или више народа.⁶⁴⁶

Данас и став националних или наднационалних органа, надлежних за реформу модерног права, такође покреће питања позајмљивања и ауторитета. На пример, рад правних комитета Савета Европе и Међународног института за унификацију приватног права (*UNIDROIT*) сматра се важним, јер он показује нове европске правце кретања. У овом случају, као и у другим, тело које је образовано ради давања својих предлога о правној реформи у наведеном смислу, обично долази до сопственог решења свесним покушајем да се пронађе најбоље могуће правило испитивањем иностраних решења. На тај начин, трансплантација постаје најважнији покретач развоја права. И не само то. Данас највећи број промена у савременим системима права и није ништа друго до резултат позајмљивања. То важи како за поједина правила, тако и за њихово систематизовање. До преовладавања иностраних елемената, чак и кад они нису толико очигледни, долази и због дубоке укорееености права у прошлости. На пример, купопродајни уговор, карактеристичан за оба велика система права Запада, у суштини представља уговор који је постојао у Риму већ крајем II века пре н. е. Ипак, готово је невероватно да се оно што је данас садржано у било ком модерном грађанском закону и даље првенствено ослања на садржину Јустинијанових *Инсџиџуџија* из 533. године.

Усвајање права се посебно лако изводи кад је друштво на нижем материјалном и културном ступњу развоја. Али, трансплантацију правних правила није тешко извести ни кад је реч о развијеним друштвима, јер је најважније да правно правило постоји. Такво мишљење посебно долази до изражаја кад је свесно изражена жеља да се изврши правна реформа. На пример, кад су правила уговорног права две земље слична, тад никакву препреку за њихово уједначавање или хармонизацију не би требало да представља то што њихова правна начела потичу од различитих извора. То је пут којим су се кретале садашње чланице Европске уније или пут којим се крећу њене будуће чланице. Али, чак и обичајно право може да се позајми. То се често дешава кад судије попуњавају правну празнину обичајном нормом, или

⁶⁴⁵ А. Вотсон, *Правни йрансйланџи. Присййуй уйоредном йраву*, стр. 55.

⁶⁴⁶ А. Вотсон, стр. 90.

кад правник који жели да запише локално обичајно право наиђе на празнине у систему писаног права.

Трансплантација често доводи до правне трансформације. Зато приликом добровољног усвајања неког транспланта увек треба имати у виду промене до којих он доводи у праву, и то независно од тога о којој је грани права реч. Чак и кад трансплантирано правило остане неизмењено, његов утицај у новом друштвеном окружењу може да буде различит. Посебно је породично право, засновано на верској основи или потпори, отпорно на промену ма које врсте, укључујући и транспланте. На пример, у већини западних земаља захтеви за пуноважан брак или за развод важе за целокупну популацију, али различито утичу на православне, калвинисте, католике, муслимане или хиндусе. До таквих промена, међутим, често долази и кад је инострано право погрешно схваћено. Ипак, нација која је домишљата у погледу права, углавном не зависи од прихватања транспланта, чак ни у време кад је инострани утицај врло значајан у погледу других питања у друштву. Невоља је само у томе што је мали број нација смислио значајна правна правила чија вредност може одмах да се процени. Много је чешћи случај да нације за своје потребе усвајају туђа правна правила. На пример, стари Римљани (европски континентални систем права) или Енглези (англосаксонски систем права) више од других европских народа су утицали на развој традиционалних области приватног права. Највећи допринос који су пак италијански, француски, холандски, немачки и други европски правници дали приватном праву углавном се састоји у рационализацији, усавршавању и прилагођавању правила римског права.⁶⁴⁷ На тај начин, транспланти пружају увид у изузетан значај улоге коју има ауторитет у праву.

Лакоћа са којом транспланти могу да се преносе, ипак не значи да сви или само велики системи Запада обавезно треба да имају уједначен или јединствен правни систем. Очигледно је да такав потпуно заједнички или универзални правни систем није могућ, а можда ни пожељан. Ту је пре реч о психолошком значају који се придаје чињеници да свако не мора да има потпуно свој систем права. Па ипак, такво уједначавање је за сада, бар у неким областима приватног права, могуће и пожељно. На тај начин, пружа се слика непрестаног, врло широког позајмљивања правила и институција, која наговештава главни начин помоћу кога би велики системи права у будућности могли да се развијају и разумеју.

⁶⁴⁷ Видети: А. Вотсон, стр. 141-183.

ОСНОВНА ЛИТЕРАТУРА

- ADAMS, I; DYSON, R. W: *Fifty Major Political Thinkers*, London and New York, 2005.
- ALLOT, A: *The Limits of Law*, London, 1980.
- АРИСТОТЕЛ: *Полиџика*, Београд, 1980.
- ВЕБЕР, М: *Приврега и грушџиво*, I-II том, Београд, 1976.
- VISKOVIĆ, N: *Država i pravo*, Zagreb, 1995.
- ВРАЧАР, С: *Социјална садржина функције државно-џравној џоретџка*, Београд, (1965) 1996.
- ВУКАДИНОВИЋ, Г: *Теорија џрава II*, Нови Сад, 2005.
- ВУКАДИНОВИЋ, Г; СТЕПАНОВ, Р: *Теорија џрава II*, Нови Сад, 2002.
- ВУКАДИНОВИЋ, Г; СТЕПАНОВ, Р: *Теорија џрава I*, Петроварадин, 2001.
- ГУРВИЧ, Ж: *Социолоџија џрава*, Подгорица, 1997.
- Д'АНТРЕВ, А. П: *Природно џраво*, Подгорица, 2001.
- ДВОРКИН, Р. М: *Сушџина индивидуалних џрава*, Подгорица, 2001.
- ДЕРИДА, Ж: *Сила закона*, Нови Сад, 1995.
- ДИГИ, Л: *Преображаџи јавној џрава*, Београд, (1928) 1998.
- ДИРКЕМ, Е: *О грушџивеној џодели рада*, Београд, 1975.
- ЖИВАНОВИЋ, Т: *Сисџем синџетџичке џравне филозофије*, I-III књига, Београд, 1921, 1951. и 1959.
- КАНТ, И: *Меџафизика џудоређа*, Сарајево, 1967.
- КЕЛЗЕН, Х: *Оџиџа теорија џрава и државе*, Београд, 1998.
- КЕЛЗЕН, Х: *Чисџа теорија џрава*, Београд, 1998.
- KRBEK, I: *O diskrecionoj ocjeni*, Zagreb, 1937.
- ЛОК, Џ: *Две расџраве о влади*, I-II том, Београд, 1979.
- ЛУКИЋ, Р: *Сисџем филозофије џрава*, Београд, 1992.
- ЛУКИЋ, Р: *Увод у џраво*, Београд, 1978.
- ЛУКИЋ, Р: *Меџодолоџија џрава*, Београд, 1977.
- ЛУКИЋ, Р: *Теорија државе и џрава*, књ. I-II, Београд, 1958.
- МОНТЕСКЈЕ, Ш: *О духу закона*, I-II том, Београд, 1989.
- ПАУНД, Р: *Јурисџруденџија*, књ. I-III, Подгорица, 2000.
- ПАУНД, Р: *Увод у филозофију џрава*, Подгорица, 1996.
- ПАШУКАНИС, Ј. Б: *Оџиџа теорија џрава и марксизам*, Сарајево, 1958.
- ПЕЈН, Т: *Права човека*, Београд, 1987.
- ПЕРЕЛМАН, Х: *Право, морал и филозофија*, Београд, 1983.
- ПЕТРАЖИЦКИ, Л: *Теорија џрава и морала*, Београд-Подгорица-Сремски Карловци, 1999.
- ПЛАТОН: *Закони*, Београд, (1971) 1990.
- ПЛАТОН: *Држава*, Београд, 1969.

- POSNER, R. A: *Problems of Theory of Moral and Law*, Harward, 2002.
- PUSIĆ, E: *Društvena regulacija*, Zagreb, 1989.
- РАДБРУХ, Г: *Филозофија права*, Београд, 1999.
- РАСЕЛ, Б: *Историја западне филозофије*, Београд, 1998.
- РОЛС, Џ: *Теорија правде*, Београд – Подгорица, 1998.
- РУСО, Ж. Ж: *Друштвени уговор*, Београд, 1974.
- САВИЊИ, К. Ф. фон: *Законодавство и политичка наука*, Подгорица, 1998.
- ТАДИЋ, Љ: *Наука о политици*, Београд, (1988) 1996.
- TADIĆ, Lj: *Filozofija prava*, Zagreb, 1983.
- ТАДИЋ, Љ: *Поредок и слобода*, Београд, 1977.
- ТАРАНОВСКИ, Ф: *Енциклопедија права*, Београд, (1923) 2003.
- ТАСИЋ, Ђ: *Увод у правне науке*, Београд, 1941.
- ФИНИС, М. Ј: *Природно право*, Подгорица, 2005.
- ФУЛЕР, Л. Л: *Моралност права*, Београд, 2001.
- НАВЕРМАС, Ј: *Law and Morality*, Harward, 1986.
- ХАРТ, Х. Л. А: *Појам права*, Подгорица-Цетиње, 1996.
- НАУЕК, Ф. А: *Law, Legislation and Liberty*, I-III, London, 1981.
- НАУЕК, Ф. А: *The Constitution of Liberty*, Chicago, 1979.
- ХЕГЕЛ, Г. В. Ф: *Правни и политички системи*, Београд, 1981.
- ХОБС, Т: *Левијатан*, Београд, 1960.
- ШТАМЛЕР, Р: *Привреда и право*, Подгорица, 2001.

ИСПИТНА ПИТАЊА

1. Основи права као самостална дисциплина;
2. Држава и друштво, држава као друштвена организација и три главна значења државе;
3. Државна територија;
4. Становништво државе;
5. Државна власт и сувереност;
6. Функција државе и промене у државном и правном поретку, и настанак и престанак државе;
7. Појам и начела државне и правне организације;
8. Државно службено лице, њихове врсте и однос према држави – држава као установа;
9. Појам, елементи, својства и врсте државних органа;
10. Главне врсте државне власти: законодавство, управа, судство;
11. Организација државне власти: централна и нецентрална власт – централизација и децентрализација, самоуправа и аутономија;
12. Јединство власти и његови конкретни обрасци;
13. Подела власти и њени конкретни обрасци;
14. Једноставна држава, сложена (регионална и савезна) држава и савези држава;
15. Демократија и њене врсте;
16. Аутократија и њене врсте;
17. Монархија – појам, обележја и врсте;
18. Република – појам, обележја и врсте;
19. Главна значења права и заједничко у појму права;
20. Врсте права;
21. Утицај државе на право и права на државу;
22. Правна држава – владавине права;
23. Појам, састав и стање правног поретка;
24. Правна норма као друштвено правило;
25. Појам и састав правних норми;
26. Врсте правних норми и њихово повезивање;
27. Важење правних норми у простору;
28. Важење правних норми у времену;
29. Ретроактивно важење правних норми;
30. Правни акт: појам, облик (форма) и садржина (материја), слагање облика и садржине правног акта и формални и материјални појам правног акта;
31. Појам и врсте извора права;
32. Формални извор права и њихово стварање;
33. Општи појам и врсте закона;
34. Законодавни поступак;

35. Државни општи акти нижи од закона (подзаконски прописи);
36. Акти друштвених организација (аутономно право);
37. Уговор;
38. Обичај и обичајно право;
39. Судска пресуда (судски прецедент) и судска пракса;
40. Појам, подела и врсте појединачних правних аката: управни акт, правни посао, судски акт;
41. Правне празнине и тзв. слободно стварање права;
42. Правна личност, субјект права и њихове врсте: физичко лице, правно лице, заступник и објект права;
43. Људске радње у односу на право и облик (форма) материјалног акта;
44. Појам, састав и врсте правног односа: правно овлашћење и правна обавеза;
45. Субјективно право, надлежност и право на правну заштиту и злоупотреба правног овлашћења;
46. Правно стање и његова динамичност: настанак, промена и престанак правних односа;
47. Правна чињеница;
48. Тумачење права као посебна врста тумачења уопште: појам и значај, предмет тумачење права у ужем и ширем смислу (тумачење права и правне празнине);
49. Врсте тумача и тумачења права;
50. Средства тумачења права;
51. Поступак тумачења права;
52. Попуњавање правних празнина: аналогија; разлог супротности, уско тумачење изузетка и правна начела;
53. Појам, особине и врсте примене права;
54. Поступак примене правне норме: утврђивање чињеница, правно закључивање и непосредна примена права;
55. Правни облик;
56. Појам законитости;
57. Правна снага;
58. Правно средство;
59. Санкције због незаконитости аката;
60. Правоснажност;
61. Ступање на снагу;
62. Извршност;
63. Правне вредности;
64. Прави систем – појам и састав;
65. Велики правни системи Истока;
66. Велики правни системи Запада;
67. Правни транспланти.

CIP - Каталогизација у публикацији - Народна библиотека Србије, Београд

340.12(075.8)

МИТРОВИЋ, Драган М., 1953-

Основи права / Драган М. Митровић. - 8. изд. - Београд : Универзитет
Сингидунум, 2017 (Лозница : Мобид). - XII, 310 стр. ; 24 cm

Тираж 300. - Напомене и библиографске референце уз текст. - Библиографија:
стр. 307-308.

ISBN 978-86-7912-255-1

а) Право б) Теорија државе и права

COBISS.SR-ID 247459596

© 2017.

Sva prava zadržana. Nijedan deo ove publikacije ne može biti reprodukovан u bilo kom vidu i putem bilo kog medija, u delovima ili celini bez prethodne pismene saglasnosti izdavača.