BIBLIOTEKA
UNIVERSITAS

Urednik
DRAGAN K. VUKČEVIĆ

Za izdavača
ŽARKO RADONJIĆ

BUDIMIR P. KOŠUTIĆ

UVOD U JURISPRUDENCIJU

OSNOVI TEORIJE PRAVA

CID
PODGORICA
2008

OBJAVLJIVANJE KNJIGA
IZ BIBLIOTEKE

UNIVERSITAS

POMOGAO JE

RADIO DIFUZNI CENTAR
CRNE GORE

SADRŽAJ

UVOD 11
POJAM JURISPRUDENCIJE (OPŠTE TEORIJE PRAVA) 11
Pojam jurisprudencije (opšte teorije prava) 11

DEO PRVI
OSNOVNA ZNANJA O PRAVU I DRŽAVI 15

Glava prva – POJAM PRAVA 15
1. Teorije o pravu 15
2. Običaj, moral i pravo 18
3. Šta je pravo (definicija prava) 21

Glava druga – POJAM DRŽAVE 28
1. Naziv (ime) države 28
2. Višeznačnost naziva (imena) država 32
3. Šta je država (problem definicije države) 37
3.1. Država kao organizacija 38
3.2. Država kao zajednica 42
3.2.1. Jelinekovo učenje o tri elementa države 44
3.2.2. Državna suverenost 47
4. Poreklo i funkcije države 49
4.1. Poreklo države 49
4.2. Funkcije države 51
5. Promene državno-pravnog poretka 55
6. Nacija–država i njena budućnost 59

Glava treća – PRAVNA ORGANIZACIJA DRŽAVE 66
1. Državna organizacija i državni aparat 67
2. Državni organ i državno službeno lice 69

3. Vrste državnih organa 72
4. Zakonodavstvo, egzekutiva i sudstvo 77
5. Pojam i vrste državnih oblika 82

Glava četvrta – OBLICI VLADAVINE 84
1. Monarhija 85
2. Republika 87

Glava peta – OBLICI POLITIČKOG PORETKA 89
1. Demokratija 90
1.1. Pojam demokratije 90
1.2. Vrste demokratije 94
2. Autokratija 98
2.1. Pojam autokratije 98
2.2. Autoritarna i totalitarna država 100

Glava šesta – OBLICI DRŽAVNOG UREĐENJA 102
1. Unitarna i federalna država 102
2. Perspektive federalne države u razdoblju globalizacije 104

Glava sedma – OBLICI DRŽAVNE VLASTI 108
1. Pojam oblika državne vlasti 108
2. Četiri konkretna oblika državne vlasti 111
2.1. Predsednički sistem 111
2.2. Parlamentarni sistem 114
2.3. Mešoviti sistemi 117
2.4. Konventski (skupštinski) sistem 118

DRUGI DEO
PRAVNI POREDAK 121

Glava prva – POJAM I SASTAV PRAVNOG PORETKA 121
1. Pojam pravnog poretka 121
2. Elementi pravnog poretka 121

Glava druga – PRAVNA NORMA 124
1. Pojam pravne norme 124
2. Vrste pravnih normi 126
2.1. Uslovne i bezuslovne norme 126
2.2. Opšte i pojedinačne norme 127

2.3. Naredujuće, zabranjujuće, ovlašćujuće i dopuštajuće norme. 128
2.4. Kategoričke i disjunktivne norme 129
2.5. Prinudne i dispozitivne norme 133
2.6. Druge klasifikacije pravnih normi 134
3. Elementi pravne norme 136
3.1. Pretpostavka dispozicije 137
3.2. Dispozicija 138
3.3. Pretpostavka sankcije – prekršaj (delikt) 140
3.4. Sankcija 142
4. Povezivanje pravnih normi u pravni poredak 145
Glava treća – PRAVNI AKT 147
1. Pojam pravnog akta 147
2. Donošenje pravnog akta 149
3. Oblik (forma) i sadržina pravnog akta 150
4. Vrste pravnih akata 152
Glava četvrta – OPŠTI PRAVNI AKTI (IZVORI PRAVA) 155
1. Tri vrste izvora prava 155
1.1. Materijalan izvor prava 155
1.2. Vrednosni (idejni) izvor prava 156
1.3. Formalan izvor prava 159
2. Vrste formalnih pravnih izvora i njihova hijerarhija 161
2.1. Ustav 165
2.2. Zakon 170
2.3. Međunarodni ugovori 175
2.4. Podzakonski pravni akti 177
2.5. Opšti akti društvenih organizacija 179
2.6. Običaj kao izvor prava 181
2.7. Sudska presuda kao izvor prava (sudski precedent) 183
2.8. Sudska praksa i praksa drugih organa kao izvor prava 185
2.9. Pravna nauka kao izvor prava 187
3. Pravna praznina i slobodno stvaranje prava 188
Glava peta – POJEDINAČAN PRAVNI AKT 191
1. Pojam pojedinačnog pravnog akta 191
2. Vrste nepotpunih pojedinačnih pravnih akata 193
2.1. Upravni akt 193

2.2. Pravni posao 196
2.3. Sudski akt 198

Glava šesta – PRAVNI ODNOS 201
1. Pojam pravnog odnosa 201
2. Elementi pravnog odnosa 203
2.1. Pravno ovlašćenje 203
2.1.1. Subjektivno pravo 204
2.1.2. Nadležnost 208
2.1.3. Zloupotreba subjektivnog prava i nadležnosti 209
2.2. Pravna obaveza (dužnost) 211
2.3. Pravni objekti 212
3. Nastanak, menjanje i prestanak pravnih odnosa 214
4. Ljudske radnje i druge pravne činjenice 215

Glava sedma – SUBJEKT PRAVA 217
1. Pojam pravnog subjekta 217
2. Vrste pravnih subjekata 218
2.1. Fizičko lice 218
2.2. Pravno lice 221
3. Zastupnik 224

Glava osma – USTAVNOST, ZAKONITOST, VLADAVINA PRAVA, PRAVNA DRŽAVA 226
1. Značaj i isprepletenost ovih načela 226
1.1. Vladavina prava 227
1.2. Pravna država 230
2. Pojam i vrste zakonitosti 232
2.1. Pravna snaga 234
2.2. Pravno sredstvo 235
2.3. Sankcije zbog nezakonitosti 236
2.4. Pravosnažnost 237

DEO TREĆI
PRIMENA PRAVA 241

Glava prva – O PRIMENI PRAVA 241
1. Pojam i vrste primene prava 241
2. Proces primene pravne norme 244

3. Stepeni (etape) u procesu primene pravne norme 245
4. Dokazi, pretpostavke i fikcije 249
5. Važenje prava 252
5.1. Formalno, materijalno i vrednosno važenje 254
5.2. Kružja važenja prava 255
6. Pozitivno pravo i njegovi preobražaji 258

Glava druga – TUMAČENJE PRAVA 262
1. Pojam tumačenja prava 262
2. Evolucija učenja o tumačenju prava 267
3. Vrste tumačenja prava 276
4. Sredstva tumačenja i druga pravila – argumenti 279
4.1. Jezičko tumačenje 281
4.2. Logičko tumačenje 285
4.3. Sistematsko tumačenje 288
4.4. Istorijsko tumačenje 292
4.5. Ciljno (teleološko) tumačenje 294
4.6. Druga pravila – argumenti 297
5. Doslovno, prošireno i suženo tumačenje 298
6. Analogija, razlog suprotnosti i usko tumačenje izuzetaka 300

Glava treća – SISTEM PRAVA 304
1. Pojam sistema prava 304
2. Elementi pravnog sistema (pravne ustanove, pravne grane i pravne oblasti) 305
2.1. Unutrašnje i međunarodno pravo 307
2.2. Javno i privatno pravo 310
2.3. Materijalno i formalno (procesno) pravo 311
2.4. Državno i autonomno pravo 312
3. Veliki pravni sistemi 313

Izbor važnije literature 319

UVOD

POJAM JURISPRUDENCIJE

POJAM JURISPRUDENCIJE (OPŠTE TEORIJE PRAVA)

Na studijama prava izučavaju se, pre svega, pravne nauke. Pravne nauke su određene svojim predmetom i svojim metodom. Predmet istraživanja pravne nauke je, na prvom mestu, važeće pravo u jednoj državi ili u pravnoj zajednici druge vrste (Evropskoj uniji, međunarodnoj zajednici), dakle pozitivno pravo. Ovo pravo sadržano je pretežno u ustavu, zakonima i podzakonskim normativnim aktima date države, ali se ne sme ograničiti samo na te navedene pravne izvore. Važan deo pozitivnog prava svake nacije-države čini i pravo nastalo u praksi sudova, tj. sudijsko pravo, običajno pravo, kao i pravo proisteklo iz autonomnih pravnih izvora, pre svega, određenih normativnih akata trgovačkih (privrednih) društava (akti o osnivanju društava, njihovi statuti, ali i kolektivni ugovori o radu, kao i drugi autonomni normativni akti).

Smisao pozitivnog (važećeg) prava u jednoj naciji-državi ili pravnoj zajednici druge vrste ne može se u potpunosti razumeti, ako se ne uzmu u obzir opšta gledišta koja su se razvila zajedno s pravom, kao deo kulture tog naroda ili opšte kulture. Stoga, predmet istraživanja pravne nauke predstavlja, pored pozitivnog prava, i nekad važeće pravo. Iz tih razloga, istorija prava predstavlja nezaobilazni predmet proučavanja pravnih nauka (istorijske pravne nauke, pored pozitivnopravnih nauka koje izučavaju važeće, pozitivno pravo). Deo duge tradicije su i pokušaji da se razreše određena filozofska pitanja o pravu (što je predmet istraživanja filozofije prava). Sem toga, neophodno je istraživati i društvene pretpostavke prava, kao i njegova dejstva, što je uslovilo nastanak sociologije prava. Naravno, važeće pravo u određenoj državi ili drugoj pravnoj zajednici suviše je složeno da bi moglo biti predmet istraživanja jedne jedinstvene naučne pravne discipline. Upravo zbog složenosti pozitivnog prava, njegove se norme razvrstavaju, prema svojoj sadržini, u pravne oblasti i pravne grane. Te oblasti (unutrašnje i međunarodno pravo, javno i privatno pravo, materijalno i procesno pravo, državno i autonomno pravo) i grane prava (ustavno, upravno, sudsko, krivično, građansko, radno, međunarodno privredno pravo, procesna prava i druge

grane prava) predmet su proučavanja posebnih pozitivnopravnih naučnih disciplina. Češće se u nastavne planove pravnih studija na pravnim fakultetima u svetu unose naučne discipline čiji su predmet proučavanja grane prava i te naučne discipline nose nazive prema grani prava koju izučavaju (nauka o krivičnom, građanskom .... pravu ili, kraće, krivično pravo, građansko pravo...). Ove se naučne discipline sastoje iz pojmova, kojima se iskazuju bitna svojstva određene grane prava ili prava određene nacije-države u celini. Stoga, stepen apstrakcije u ovim konkretnim pravnim naukama (koje imaju za predmet proučavanja konkretno pravo u određenoj državi, bez obzira na to da li je u pitanju pozitivnopravna ili istorijskopravna naučna disciplina) nije toliko visok kao u teorijskim pravnim naukama. Konkretne pravne nauke opisuju i objašnjavaju pravo konkretne države (Nemačke, Rusije, Srbije, Crne Gore, SAD, Francuske), što ne zahteva tako visok stepen apstrakcije kao u teorijskopravnim (opštim) naučnim pravnim disciplinama.

Opisati i objasniti pravo određene države ili druge pravne zajednice nije moguće bez određenih opštih znanja o pravu i državi. Pokušaj da se pravo (i država) kao složena društvena pojava naučno istraži, da se otkrije pojam prava (odnosno države) i osnove njegovog važenja, da se objasne funkcije prava (i države), kao i metode njegovog stvaranja i primene, označava se u novijem vremenskom razdoblju, posebno od sredine prošlog veka, nazivima „teorija prava" i „filozofija prava". Sem toga, posebno u nemačkoj pravnoj misli, čini se razlika između filozofije prava i „opšteg učenja o državnom pravu" (*Allgemeine Staatsrechtslehre*).[1] Mnogo je truda i mastila utrošeno u pitanje da li je ovo razlikovanje potrebno i svrsishodno. Ne upuštajući se, ovom prilikom, u to pitanje svrsishodnosti njihovog razlikovanja, (u nastavnim planovima ne malog broja pravnih fakulteta u svetu postoji i filozofija i teorija prava), neophodno je samo ukazati da, pored konkretnih pravnih nauka, postoje i teorijske pravne nauke koje istražuju pravo i državu u njihovoj opštosti, tj. utvrđuju pojmove prava i države, njihove funkcije, njihove izvore, razloge važenja prava, stepen pravednosti prava i kako se pravo primenjuje i dalje razvija. Naravno, teorijske pravne discipline ispituju i značaj jezika za pravo i pravnike. Stoga, stepen apstrahovanja (generalizacije) u teorijskim pravnim naukama je izuzetno visok i pojmovi koji nastaju na ovakav način (osnovni pojmovi „pravo" i „država" i, zatim, nešto manje opšti pojmovi „suverenost", „nadležnost", „unitarna država", „demokratija", „pravna norma", „pravni akt", „pravno lice", „pravni sistem", „ciljno tumačenje" i drugi opšti pojmovi) koriste se u konkretnim pravnim naukama radi sticanja potpunijih znanja o konkretnim pravima i državama (naravno, konkretne pravne nauke i uporedno

[1] U savremenoj nemačkoj pravnoj nauci, Valter Grasnik pokušava da utemelji novu teoriju prava, polazeći od učenja Niklasa Lumana; *Ka novoj teoriji prava*, Sremski Karlovci – Novi Sad, 2001.

proučavanje pozitivnih prava različitih država značajno doprinose izgradnji ovih opštih pravnih pojmova u teorijskim pravnim naukama).

Naravno, na prvoj godini studija ne predaje se ni filozofija prava, ni teorija prava, ni jurisprudencija[2], već uvod u jurisprudenciju (ili uvod u pravo odnosno pravne nauke) odnosno osnovi opšte teorije prava. Stepen apstrahovanja u uvodu u jurisprudenciju (osnovima opšte teorije prava) je znatno niži u poređenju s apstrahovanjem u jurisprudenciji odnosno opštoj teoriji prava i filozofiji prava, a sadržaj ove discipline (uvoda u jurisprudenciju) je nesumnjivo siromašniji od sadržine druge dve teorijske pravne discipline. Zadatak predmeta uvod u jurisprudenciju (osnovi opšte teorije prava) nije da izloži opsežno učenje o pravednosti prava, o legitimnosti političke vlasti, o jeziku u pravu, o logičkoj strukturi pravne norme (posebno u svetlu novih logičkih učenja o vrstama sudova), već da studente prve godine pravnih studija uvede u osnovne probleme i pojmove prava i države, neophodne za razumevanje konkretnih pravnih nauka, pozitivnopravnih i istorijskopravnih.

Iako se termini jurisprudencija, opšta teorija prava i filozofija prava koriste i u angloameričkoj i evropsko-kontinentalnoj teoriji prava, treba zapaziti da između njih postoje izvesne razlike. Ta razlika je najveća u značenju reči jurisprudencija. U angloameričkoj teoriji prava, rečju jurisprudencija označava se disciplina koja nosi naziv opšta teorija prava na kontinentu („theorie generale du droit"), dok se na kontinentu reč jurisprudencija upotrebljava u značenju sličnom engleskom izrazu „case-law".[3] S druge strane, treba zapaziti da u anglosaksonskoj teoriji prava, izvesni pisci koriste termine jurisprudencija, opšta teorija prava i filozofija prava kao međusobno zamenljive,[4] dok drugi predlažu njihovu upotrebu u posebnim značenjima.[5] Poznati engleski pisac Lojd ukazao je da je pragmatični pristup engleskih pravnika pravu i odsustvo filozofske tradicije u pravnom obrazovanju engleskih pravnika prouzrokovalo skepticizam prema teoriji i filozofiji prava, kako među sudijama i drugim pravnim praktičarima tako i među studentima. Stoga, ne čudi, prema njegovom mišljenju, što je pravno obrazovanje relativno kasno ustanovljeno kao priznata disciplina na engleskim univerzitetima. Pravo je, pre toga, izučavano kao jedna vrsta pravnog „šegrtovanja" (student je učio pravo kao „šegrt" određenog advokata). Bila je prava retkost postojanje pravnika sa sklonošću prema filozofiji. Jedan od njih bio je Džon

---

[2] Reč jurisprudencija sastavljena je iz dve reči: iuris (pravo) i prudentia (razboritost); Rosko Paund, Jurisprudencija, Službeni list SRJ – CID, Beograd-Podgorica, 2000, knjiga 1, str. 9-17; Nigel Simmonds, Law as a Moral Idea, Oxford University Press, 2007, str. 3-4; Wayne Morrison, Jurisprudence: from the Greeks to post-modernism, Cavendish Publishing Limited, London-Sydney, 2000, str. 2; Jasminka Hasanbegović, Topika i pravo, CID, Podgorica, 2000, str. 427-428.

[3] Lord Lloyd of Hampstead and M. D. A. Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, Fifth Edition, London Stevens & Sons, 1985, str. 1.

[4] Brian Bix, *Jurisprudence: Theory and Context*, Third Edition, London, Sweet & Maxwell, 2003, str VII predgovora; Raymond Wacks, Philosophy of Law, A Very Short Introduction, Oxford University Press, 2006, str. XIII uvoda.

[5] Lloyd's Introduction to Jurisprudence, str. 2.

Ostin, koji je svoje delo označio rečju jurisprudencija.[6] Danas više niko ne spori neophodnost izučavanja jurisprudencije (opšte teorije prava) na anglo-američkim univerzitetima. Kao razlozi te neophodnosti posebno se navode što jurisprudencija razvija sposobnost za analizu i kritičko mišljenje o pravu, doprinosi jasnom i logičkom rasuđivanju i podstiče na razmišljanje o tome šta rade pravnici praktičari i sudije i kakva je njihova uloga u društvu.[7]

Svaka pravna nauka koristi se određenim prethodnim znanjima o pravu i državi (pre svega, sadržanim u filozofiji kao disciplini koja pokušava da pronikne u suštinu sveta i smisao čovekovog života u njemu), kao što primenjuje i određene postupke, u cilju saznanja svog predmeta proučavanja. Ti postupci moraju biti u skladu s prirodom predmeta pravnih nauka i nazivaju se metodima. Osnovni pojavni oblik prava kao duhovne pojave (kao sređenog skupa misli) jeste jezički tekst (tekst ustava, zakona, sudske presude). Iz tog razloga, pravna nauka je nauka o tekstovima i koristi se sličnim metodima kao i druge nauke o tekstovima (nauka o književnosti, istorija, u meri u kojoj se bavi tekstovima kao izvorima istorijskog saznanja, filozofija i, naravno, teologija). Metodi razumevanja tekstova obuhvaćeni su pojmom hermeneutike (izraz preuzet iz grčkog jezika, u značenju veština pronalaženja). Osnovna načela i postupke ove opšte hermeneutike koriste i pravne nauke. Srž ovih metoda su pravila tumačenja i argumentacije. Naravno, ove metode koriste se u pravnim naukama s različitim nivoima apstrakcije (zavisno od toga da li je u pitanju konkretna pravna nauka ili opšta, teorijska pravna nauka) i zbirno se nazivaju pravnim ili normativnim metodom. Pošto se ovim metodom razjašnjavaju, komentarišu i sistematizuju pravne norme, ovaj metod je neophodan kako u pravnim naukama tako i u svakodnevnoj pravnoj praksi. Naravno, upotreba ovog metoda ne može se apsolutizovati (što se pokušalo u Kelzenovoj čistoj teoriji prava), posebno što se država ne može svesti na običnu personifikaciju pravnog poretka (što je učinio Kelzen u skladu sa Vajhingerovom filozofijom „kao da" – *als ob*).

Stoga, u pravnim naukama neophodno je upotrebljavati, pored normativnog metoda, u određenoj meri, i sociološki i aksiološki metod u proučavanja prava i države. Sociološkim metodom se istražuju društveni uzroci nastanka određenih pravnih normi, kao i njihove društvene posledice, a aksiološkim metodom društvene vrednosti i njihov uticaj na pravo (sloboda, pravda, ljudsko dostojanstvo, mir i druge vrednosti). Normativnim metodom se opisuje pravo takvo kakvo jeste (*de lege lata*), a sociološkim i aksiološkim metodom se omogućava kritika postojećeg prava i daje se znanje o pravu *de lege ferenda*, to jest kakvo bi pravo moglo i trebalo da bude.[8]

---

[6] John Austin (1790-1859), The Province of Jurisprudence Determined, objavljeno 1832. godine.

[7] *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, str. 2 i sl.; Brian Bix, *op. cit.*, str. vii – ix uvoda.

[8] Radomir D. Lukić, *Metodologija prava*, SANU, Beograd, 1977, str. 66 i sl.; Brian Bix, *op. cit.*, str. 3-8; Neil MacCormick, *Institutions of Law, An Essay in Legal Theory*, Oxford University Press, 2007, str. 281 i sl.

DEO PRVI

OSNOVNA ZNANJA O PRAVU I DRŽAVI

Pravo je tesno povezano s državom. Stoga, proučavati pravo nije moguće bez istraživanja te uzajamne veze prava i države. Iz tog razloga, prvi deo ovog udžbenika posvećen je istraživanju pojma prava, pojma države i međusobne povezanosti prava i države, dok se drugi deo odnosi na pojam i sastav pravnog poretka, a treći na primenu prava.

Glava prva

POJAM PRAVA

Pravo je veoma složena društveno-duhovna tvorevina. Ono je „poput mosta koji spaja dve obale: svet stvarnosti i svet vrednosti. Povezujući ih ono učestvuje u tim svetovima, koji su u životu i čoveku izmešani, prožeti i isprepletani".[9] Stoga, ne samo što se pravo različito određuje (kao skup normi, specifičan društveni odnos ili vrednost posebne vrste), već se i izučava na više načina (prirodnopravne teorije, pravni pozitivizam i treći put, ni prirodnopravne teorije ni pravni pozitivizam).

1. Teorije o pravu

U savremenom svetu nije sporno da je ne samo moguće već i poželjno kritičko preispitivanje prava koje uređuje naš svakodnevni život. Moralni kriterijumi i standardi na osnovu kojih se vrši ocenjivanje važećih, pozitivnopravnih normi, opisuju se ne tako retko „kao više pravo". Pri tom, treba zapaziti da su se ovi viši moralni principi različito shvatali u istoriji filozofsko-pravne misli. U tradicionalnoj prirodnopravnoj teoriji „o prirodnom pravu se govorilo najčešće kao o jednoj apsolutnoj pravnoj kategoriji, kao poretku koji kategorički postulira izvesna pravila ponašanja ne vodeći računa o tome koliko su ova u skladu s pozitivnim zakonima pojedinih država, kao poretku koji važi ne zato što je veštački ustanovljen od strane jednog određenog ljudskog autoriteta, već zbog toga što proističe iz prirode, uma ili božanskog otkrovenja, pa je zbog toga po svojoj suštini apsolutno dobar, tačan

[9] Dragan K. Vukčević, *Iza normi*, „Sociološki i pravni eseji", CID, Podgorica, 2003, str. 34.

i pravedan".[10] Zbog ovakve svoje suštine, prirodno pravo se, prema shvatanjima pristalica tradicionalnog prirodnopravnog učenja, primenjuje univerzalno, nepromenljivo je i večno (antička prirodnopravna doktrina, srednjovekovna hrišćanska pravna misao, racionalno prirodno pravo).

Naravno, u moderno doba, pozivanje na „više pravo" shvata se više metaforički. Njime se izražava naše intuitivno osećanje o moralnom statusu prava. Najpre, naš stav da nije sve moralno obavezujuće, što je utvrđeno i objavljeno, proceduralno ispravno, kao pravo. Zatim, da pravo ima moralnu vrednost po sebi, koja ne sme biti zanemarena, pri određivanju ispravnog ljudskog ponašanja.[11] Stoga, zastupnici ovih savremenih prirodnopravnih teorija (posebno Džon Finis, rođen 1940. godine) smatraju da je zadatak prava da stvori moralne razloge za ponašanje koje se zahteva pravnim normama. Otud, prema modernom prirodnopravnom učenju ne može uopšte postojati, ili ne može biti valjana, moralno neutralna teorija o pravu. S druge strane, pravne norme moraju biti u saglasnosti s moralnim principima i donete od strane nadležnih subjekata u okviru njihovih nadležnosti. Ako to nije slučaj, zastupnici ovog učenja slede misao Tome Akvinskog o obavezi poštovanja samo pravednih ljudskih zakona. Nepravedni zakoni, prema Finisovom mišljenju, nisu zakoni u punom značenju te reči i postoji obaveza njihovog poštovanja samo u meri u kojoj je to neophodno da se podrže druge pravedne institucije.[12]

Vladavina racionalne prirodnopravne teorije, nastale u doba prosvetiteljstva, okončana je u XIX veku, pojavom dve značajne škole mišljenja, pozitivizma i istoricizma. Ove dve škole su izrazile potrebu svog vremena za sticanjem novih znanja, koja će omogućiti čoveku ne samo bolju spoznaju prirode, već i njenu adaptaciju potrebama čoveka. Stoga, nauka se usredsredila na istraživanje iskustvenih, „pozitivnih" činjenica, odbacujući sve što nije dato u iskustvu, što se ne može ni proveriti, ni naučno dokazati. Izuzetan uspon prirodnih nauka u XIX veku uticao je da se i u pravnoj nauci prihvate metodi karakteristični za prirodne nauke. Otud, pravni pozitivizam, kao učenje o pravu nastalo u XIX veku, utemeljeno je na pretpostavci da je opisivanje važećeg, pozitivnog prava vredan cilj i da je nepotrebno povezivati taj zadatak opisivanja pozitivnog prava s njegovim moralnim ocenjivanjem. Drugim rečima, pravni pozitivizam XIX veka zastupao je gledište da je moralno neutralna teorija o pravu ne samo moguća već i jedino naučno valjana. Stoga, pravni pozitivisti smatrali su, u tom vremenskom razdoblju, neporecivom istinom da je pitanje šta je pravo u potpunosti odvojeno od pitanja kakvo bi pravo trebalo da bude. Jednostavno, pravni pozitivisti su smatrali da pravo treba da bude izučavano objektivno, oslobođeno od svake pri-

---

[10] Mihailo Đurić, *Ideja prirodnog prava kod grčkih sofista*, „Iz istorije antičke filozofije", Beograd, 1996, str. 324–325.

[11] Brian Bix, *Jurisprudence: Theory and Context*, Third Edition, Sweet & Maxwell, London, 2003, str. 65; Nigel Simmonds, Law as Moral Idea, str. 6 i sl.; Raymond Wacks, Understanding Jurisprudence, an Introduction to Legal Theory, Oxford University Press, 2005, str. 5 i sl.

[12] John M. Finnis, *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1998.

strasnosti i ideologije. A pravo je, zavisno od raznih varijanata pravnog pozitivizma, obuhvatalo zakone kao imperative (zakonski pozitivizam), zakone i druge oblike državnog prava (tzv. pravni monizam), državno i autonomno pravo (pravni pluralizam) ili društvene odnose posebnih svojstava (robne odnose i druge društvene odnose). Naravno, pokušavajući da zasnuju proučavanje prava na osnovama prirodnih nauka, rani pravni pozitivisti objašnjavali su empirijski pravne pojmove, kao funkcije prošlih, sadašnjih ili budućih činjenica.

Pravni pozitivizam XX veka nije istovetan s pravnim pozitivizmom XIX veka. Ta promena postala je vidljiva već u delima Hansa Kelzena (1881–1973) i Herberta Harta (1907–1992). Iako su ostali pri stavu o potrebi pojmovne razdvojenosti prava i morala, odbacili su stav o neophodnosti strogo empirijske analize prava. Kelzen je smatrao da se pravo može izučiti samo primenom specifičnog normativnog metoda, dok je Hart insistirao ne samo na potrebi objašnjavanja određenih aktivnosti već i razumevanju značenja koje ove aktivnosti imaju za njihove učesnike. Stoga, Hart ne poriče da „važeće pravo" može biti moralno rđavo, niti odbacuje potrebu da se izmeni moralno neispravno pravo. Ipak, jedan stav pravnog pozitivizma iz XIX veka ostao je neizmenjen i u XX veku. Naime, svi se pozitivisti slažu da ne postoji prirodno pravo kao pravo više od pozitivnog prava,[13] ali nema saglasnosti među njima u pogledu sadržine pozitivnog prava (čista teorija prava Hansa Kelzena, Hartova teorija prava, istorijska pravna škola, sociološke pravne teorije).

Pravni pozitivizam se uvek zasnivao na pretpostavci moralnosti zakonodavca. Drugim rečima, smatrajući pravo ukupnošću normi donetih i sankcionisanih od države, polazilo se od pretpostavke legitimnosti državne vlasti. No, kada je pojava totalitarnih država u Evropi u prvoj polovini XX veka razvejala ovu pretpostavku o moralnosti zakonodavca, pravni pozitivizam je podvrgnut žestokim kritikama. Te kritike javile su se, najpre, u krilu nacističke pravne teorije. Ta teorija pokušala je da izgradi prirodnopravnu doktrinu krvi i tla, smatrajući ključnim zadatkom nemačkog pozitivnog prava održavanje rasne čistoće nemačkog naroda. Stoga, ostavljajući na snazi najveći deo zatečenog pozitivnog prava (posebo velike nemačke zakonike, građanski, krivični, trgovački), „prečišćena" nemačka pravna nauka insistirala je na obavezi sudija da norme važećeg prava tumače u duhu ideologije prirodnog prava krvi i tla, a ne u skladu s njihovim mogućim jezičkim značenjima. S druge strane, kad je nemačka totalitarna država razorena, došlo je do vaskrsa katoličke doktrine prirodnog prava. Pri tom, pravni pozitivizam je doživeo neviđene napade, delom opravdane a najvećim delom neopravdane. Stav da je pravni pozitivizam jedan od uzročnika nastanka nacističkog režima i da je obnova prirodnopravne doktrine neophodna pretpostavka za konstituisanje demokratske parlamentarne pravne države javio se iznenada i žestoko, ali je kao zabluda veoma brzo raspršen. Objašnjenja Artura Kaufmana i Niklasa Lumana o neosnovanosti tvrdnji da je pravni pozitivizam je-

[13] Izraz *ius positivum* skovao je francuski filozof i teolog Peter Abelar (1079–1142).

dan od uzročnika pojave nacizma i nepravne totalitarne države toliko su uverljiva, da se teško može razumeti pojava sličnih stavova (pet decenija kasnije) o ulozi pravnog pozitivizma u uspostavljanju autoritarnih režima u bivšim socijalističkim državama i neophodnosti razvijanja prirodnopravne teorije kao uslova za njihov demokratski preobražaj.[14]

Artur Kaufman, i druga poznata imena u oblasti teorije i filozofije prava, uložili su napor u iznalaženje trećeg puta u objašnjavanju fenomena prava, s one strane prirodnog prava i pravnog pozitivizma. U okviru ovog trećeg puta, postoje brojni pravci (Radbruhova pravna teorija, Dvorkinovo, Fulerovo, Koingovo učenje o pravu, integralna teorija prava, pravna fenomenologija i drugi pravci). Ti pravci pokušavaju da uspostave izvesnu harmoniju između prava, morala i pravde, težeći da uobliče celovitu teorijsku koncepciju prava. Naravno, tim nastojanjima nisu, iz oblasti pravne nauke, iščezli ni doktrina prirodnog prava, ni pravni pozitivizam, ali je njihova sadržina znatno izmenjena.[15]

2. Običaj, moral, pravo

Iako je, u osnovi, valjana Kelzenova i Poperova misao da „možemo definisati kako hoćemo one termine koje želimo da upotrebimo kao oruđe u svom intelektualnom radu",[16] korisno je ipak navesti izvesne razloge zašto pravo treba shvatiti kao jednu vrstu društvenih normi. Najpre, najveći deo običnih ljudi, ali i pravnika, smatra da je pravo vrsta društvenih normi, koje se od drugih društvenih normi razlikuje izvesnim svojim posebnim obeležjima. Zatim, poreklo reči pravo govori u prilog takvom poimanju prava. Naime, ova srpska reč pravo izvedena je, kao i njoj odgovarajuće reči u drugim evropskim jezicima (*droit, dirrito, derecho, Recht, right*), iz latinske reči *directum*. Koren te latinske reči *directum* je isti kao i koren druge latinske reči *regere* (vladati), *rex* (vladar), *regnum* (vlada ili vlast), *regula* (pravilo). Ove reči nesumnjivo ukazuju na pravila (norme) ponašanja, povezane su sa idejom vlasti (autoriteta), ali ne i sa sadržinom pravila (druga latinska reč za pravo – *ius*, povezana je i sa sadržinom pravila, *ius naturalis*).

Svako ljudsko društvo stvara određene norme i vrednosne sudove, kojima se uređuju kako odnosi među ljudima tako i odnos čoveka prema sebi i vlastitom delu. Ove norme i vrednosti izviru kako iz kulturnih iskustava ljudi tako i iz religijskih uverenja, filozofskih shvatanja i pseudoreligijskih transcedentalnih istorijskih pogleda na svet. Ove društvene norme treba razlikovati od prirodnih zakona. Prirodni zakoni deluju na materiju, bez obzira na to da li je ona snabdevena svešću i voljom. Čovek mora umreti, bez obzi-

---

[14] A. Kaufmann, W. Hassemer (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, C. F. Müller *Juristischer Verlag*, Heidelberg, 1985, str. 129–130; Gvido Faso, Istorija filozofije prava, preveo Dragan Mraović, CID, Podgorica, 2007.

[15] Potpunije o teorijama o pravu: R. D. Lukić – B. P. Košutić, *Uvod u pravo*, 23. izdanje, Beograd, 2006, str. 84–118. J. Coleman–S. Shapiro (ed.) *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, Oxford Univesity Press, Oxford-New York, 2002, str. 1050.

[16] Hans Kelzen, *Opšta teorija prava i države*, Beograd, 1998, str. 57.

ra na to što to ne želi. Istina, čovek može utvrditi, na osnovu spoznatih prirodnih zakona, pravila o svom ponašanju prema prirodi i njihovim poštovanjem postizati društveno i lično korisne efekte. No, sasvim je drugačija situacija kad se društvenim normama uređuju međusobni odnosi ljudi a ne ponašanje prema prirodi. U tim odnosima postoje, više ili manje izraženi, sukobi interesa i društvene norme treba da osiguraju da taj sukob bude rešen na miran način, kako bi se obezbedio red i izbegla anarhija. Stoga, društvena norma predstavlja legitiman zahtev (zapovest) kojim se od određenih subjekata traži da nešto čine ili ne čine i preti im se legitimnim sankcijama, ako ne postupe u skladu sa zahtevanim. Legitimnost zahteva (zapovesti) i sankcije društvene norme proističe iz ovlašćenja subjekta ili grupe subjekata da stvaraju norme takve sadržine. To ovlašćenje proističe iz određenih vrsta društvenih normi – običajnih, moralnih ili pravnih. Stoga, legitiman je zahtev crkve da se u verske objekte ne ulazi obnažen, nalog da mlađi pozdravi starijeg u manjim životnim sredinama gde se ljudi međusobno poznaju, moralni i pravni zahtev za poštovanje ljudskog dostojanstva. Obrnuto, nije legitiman zahtev razbojnika da mu se preda novčanik ili nalog vlasnika nuklearne elektrane da ista proizvodi električnu energiju punim kapacitetom, iako nisu izvršene sve neophodne kontrole njene bezbednosti. Očigledno je, prema tome, da se društvene norme zasnivaju na postojanju sledećih pretpostavki: (a) subjekti koji stvaraju norme (adresanti, pojedinac ili grupa); (b) subjekti kojima su norme upućene (adresati, pojedinac ili grupa); (v) razne mogućnosti ponašanja adresata u društvenim odnosima koji su predmet uređivanja normom i (g) ciljevi koji se žele ostvariti normom. Naravno, društvene norme mogu biti izražene usmeno i pismeno, nastati spontano, evolutivnim putem, ili biti racionalno donete, s tim da su društvene norme u svakom slučaju misaone pojave koje aktualno postoje u svesti ljudi a virtuelno u jezičko-logičkim iskazima, porukama (kao skupovima reči ili drugih znakova).[17]

U osnovi postojanja društvenih normi nalazi se načelo slobode volje (relativna a ne apsolutna sloboda). Drugim rečima, svaki subjekt ima mogućnost izbora – da postupi ili ne postupi po normi.[18] Da bi se subjekt podstakao da poštuje normu predviđena je i odgovarajuća sankcija. Stoga, opšta funkcija društvenih normi je u prinudnom uticanju na adresate da se u određenim društvenim odnosima ponašaju ujednačeno, tj. postupe na načine predviđene normama. Naravno, stvaraoci normi smatraju taj način ponašanja pozitivnim, vrednim, ispravnim, a druge mogućnosti ponašanja negativnim, nevrednim ili neispravnim, vezujući za ta drugačija ponašanja, od ponašanja zahtevanim normama, sankcije. Dva su osnovna razloga za ovakvo prinudno usmeravanje društvenih odnosa: (a) potreba za pojednostavljenjem složenih društvenih odnosa u kojima se ljudi mogu ponašati odviše različito i (b) neophodnost što racionalnijeg rešavanja sukoba interesa ljudi u društvenim odno-

---

[17] Nikola Visković, *Država i pravo*, Zagreb, 1997, str. 116 i sl.; Radomir D. Lukić, *Teorija države i prava*, Beograd, 1965, str. 113–124.

[18] Potpunije o obaveznosti, slobodi, nužnosti, mogućnosti ponašanja: J. Hasanbegović, *Zablude o pravnoj normi*, knjiga 2, str. 61–123.

sima. Naravno, racionalnost ne znači istovremeno i nepristrasnost. Društvene norme mogu težiti zaštiti opštih interesa (to je slučaj s društvenim normama koje predviđaju obavezu lečenja na određeni način ljudi obolelih od side, velikih boginja, kuge i drugih zaraznih bolesti), ali ti slučajevi nisu opšta karakteristika društvenih normi. Naime, društvene norme (kao što su norme koje stvaraju transnacionalne kompanije ili državna vlast) često štite interese imućnijih društvenih slojeva (klasa ili drugih imovinski bolje stojećih društvenih grupa).

Postoje brojna merila za klasifikaciju društvenih normi: stvaralac normi, postupak stvaranja normi, sankcije i ko sankcije primenjuje, sadržina pravnih normi. Shodno tim različitim merilima, moguće su raznovrsne klasifikacije društvenih normi (ekonomske, socijalne, zdravstvene, norme čije sankcije primenjuje neorganizovano društvo ili društvene organizacije). Među tim raznovrsnim klasifikacijama, najveća važnost daje se podeli društvenih normi na običajne, moralne i pravne.

Običajne norme nastaju stihijski, neprecizno su formulisane od strane neorganizovanog, difuznog društva i bez unapred utvrđenih sankcija. Da li će i kakve sankcije biti primenjene u slučaju povrede običajnih normi zavisi od reakcije samog neorganizovanog društva. Stoga, te sankcije mogu potpuno izostati, biti blage (kada mlada devojka nosi veoma kratko haljine crne boje u slučaju smrti bliskog rođaka), ali i izuzetno oštre (slučajevi krvne osvete ili linča zbog povrede određenih običajnih normi).

Moralne norme zahtevaju da se čini dobro a izbegava zlo i veoma su važne za svako društvo. Stvaraoce moralnih normi nije lako utvrditi. To može biti neorganizovano društvo u celini, ali i pojedinci i društvene grupe. Značajan izvor moralnih normi je i religija (važan izvor moralnih normi u nas je Biblija). Moralne norme nastaju spontano i neformalno, njihovi adresati poseduju više autonomije nego adresati pravnih normi a sankcije su im pretežno psihičke (od prezira do izolacije), s tim da je za moral karakteristična i posebna sankcija, griža savesti (savešću se naziva moć svesti koja ocenjuje ispravnost namere). Kao i pravo, moral uređuje društvene odnose od presudnog značaja za opstanak određenog društva. To su društveni odnosi u kojima postoje snažni sukobi interesa, koji ugrožavaju samu mogućnost zajedničkog života. Takvi sukobi se mogu racionalno razrešiti samo istovremenim moralnim i pravnim regulisanjem u istom smeru. Istorija pokazuje da su velike sile u prošlosti propale kada je u njima došlo do raspada morala. Istorija nas uči da dobro društvo može biti samo ono koje je pravedno, moralno društvo.

Savremenost pokazuje da je erozija morala zahvatila, u određenoj meri, i jedinu supersilu i regionalne sile, ali i brojne male nacije-države. Stoga, XXI vek ne garantuje prosperitet čovečanstvu, već podstiče zebnju i nesigurnost mnogih.

Moral i pravo se ne slažu u potpunosti. U zakonima kojima se uređuju brak i porodica ne predviđa se obaveza jedne sestre da izdržava drugu. U prvom zakonskom naslednom redu, deca ostavioca imaju pravo na jednaki nasledni deo, bez obzira na to što mogu biti krajnje nejednakog imovinskog

stanja. Obrnuto, moralne norme traže da u slučaju nevolje jedna sestra pomogne drugoj, a dobro situirani naslednik ustupi deo svog nasleđa neobezbeđenom bratu ili sestri. I pored ove razlike, moralne i pravne norme imaju mnogo dodirnih tačaka. Uređuju ljudske odnose i utemeljene su na istim osnovnim društvenim vrednostima. Naime, u svakoj globalnoj (potpunoj) društvenoj zajednici uspostavlja se jedan minimum opštih vrednosnih uverenja, koji predstavlja zajednički temelj morala i prava. Stoga, svaki iole delotvoran pravni poredak pretpostavlja uvažavanje minimuma tog obaveznog, društveno priznatog morala (drugim rečima, pravo treba da učini obaveznim za sve građane bar minimum tog društveno priznatog morala – pravo kao etički, moralni, minimum). S druge strane, samo totalitarne države su pokušale i pokušavaju da uspostave jedinstvo morala i prava i tim jedinstvom nametnu jednu državnu ideologiju svim građanima (time se briše razlika između spoljašnjeg ponašanja i unutrašnjeg životnog kružja, kružja privatnosti). Stoga, treba uočiti da je moral uslov i cilj prava, ali da ne postoji i da ne treba težiti jedinstvu morala i prava.[19] Uostalom, legitimnost, moralnost, prava obezbeđuje se uvažavanjem narodne suverenosti i ljudskih prava i sloboda kao moralnih kategorija.[20] Naime, moralne i pravne norme mogu se slagati i podržavati, biti suprotstavljene ali i bez ikakvih uzajamnih odnosa (indiferentnost ili ravnodušnost u odnosima morala i prava).

Naravno, i kad se podržavaju, moralne i pravne norme se razlikuju prema vrsti obaveznosti i sankcionisanosti. Pravne norme su zaštićene organizovanom državnom prinudom i mogu se izvršiti legitimnom upotrebom te prinude. Naprotiv, moralne norme su prvenstveno usmerene, i pored mogućih spoljnih nedržavnih sankcija, na unutrašnju slobodu subjekata i njihovu savest.

3. Šta je pravo (definicija prava)

U pravnoj teoriji i filozofiji predloženo je bezbroj definicija prava, a pojam prava ostao je i dalje sporan. Iako se znatan deo pisaca slaže da su pravne norme vrsta društvenih normi (ne poričući višeslojnost prava), ostaje problem utvrđivanja suštine prava. Prema mišljenju izvesnih pisaca, pravo proističe neposredno iz prirode ili suštine čoveka i potpuno je nezavisno od države odnosno njenog zakonodavnog organa. No, pojavom moderne, centralizovane, suverene države odbacivano je postepeno učenje o prirodnom pravu i zauzet je stav da je celokupno pravo ljudska a ne nadljudska tvorevina. Time je prevaziđen dualizam prirodnog i pozitivnog prava, čiji koreni sežu duboko u prošlost. No, time nisu otklonjeni svi problemi u definisanju reči (pojma) pravo.

Umesto zahteva da pozitivno pravo bude u saglasju s prirodnim pravom, počelo se ukazivati da je pravo po svojoj suštini ono što je pravedno a

---

[19] Bernd Rüthers, *Rechtstheorie*, Verlag C. H. Beck, München, 1999, str. 233–236; Neil MacCormick, *Institutions of Law*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2007, str. 243–252; Gerhard Luf, Grundfragen der Rechtsphilpsophie und Rechtsethik, Manz, Wien, 2005, str. 44–54.

[20] Jürgen Habermas, *Remarks on Legitimation through Human Rights*, str. 113 i sl.

ne ono što je naređeno (*ius quia iustum* a ne *ius quia iussum*). S druge strane, zadivljujuća ostvarenja prirodnih nauka u XIX veku utvrdila su objektivnost i egzaktnost kao najviše naučne kriterijume. Stoga, ni pravna nauka nije više težila proučavanju pravde i drugih vrednosti, već se zadovoljila stavom da je pravo ono što kao pravo (zakon) ustanovi ustavom određeni zakonodavni organ u propisanom postupku. Štaviše, pod snažnim uticajem društvenih okolnosti tog vremena i Monteskjeovog učenja o podeli vlasti. pravom se nazivao samo skup opštih pravnih normi koje je ustanovio, na propisani način, zakonodavni organ. Naravno, ovakvo učenje o pojmu prava bilo je suviše usko i tokom vremena je odbačeno u pravnoj nauci. Javilo se i shvatanje da je zadatak pravne filozofije da utvrdi pojam prava a ne pravne nauke. No, u pravnoj filozofiji je postojao pravi mozaik različitih gledišta o pojmu prava, što je zahtevalo da se u opštoj teoriji prava utvrdi jedna praktična definicija prava neophodna za proučavanje važećih prava u nacijama-državama. Pravna nauka, pokušavajući da iznađe odgovor na pitanje šta je pravo, suočila se s novim problemom. Naime, prema jednom mišljenju, zadatak pravne nauke sastojao bi se u određivanju šta treba da bude pravo na određenom mestu u određenom vremenu (*quid sit iuris*). Obrnuto, drugi pisci su bili uvereni da je zadatak pravne nauke da utvrdi odgovor na opšte i „globalno" pitanje „šta je pravo" (*quid est ius*). Naravno, na šta je već ukazano kad je bilo reči o definiciji države, ova dva pristupa se mogu samo uslovno a ne bezuslovno razdvojiti. Uostalom, pisci koji ne unose u definiciju prava vrlinu pravde ne tvrde da ne postoji povezanost prava i pravde. Obrnuto, pisci koji pravdu smatraju ključnim elementom u definiciji prava, ne negiraju značaj povezanosti prava s državom i posebno s njenom organizovanom primenom sankcija. Problem je samo u tome što pojedini pisci misle da je značenje u kome oni upotrebljavaju reč pravo jedino moguće, dok su druga značenja koja se daju toj reči pogrešna. „Sporovi te vrste su besmisleni, ukazao je prof. Lukić, jer i jedni i drugi priznaju postojanje i jednih i drugih predmeta, „stvari" koje nazivaju terminom pravo. A izbor termina je, na žalost, slobodan".[21]

Pravo se od drugih društvenih normi (najbliži rod – *genus proximum*) razlikuje sledećim obeležjima (vrsna razlika – *differentia specifica*):

a. *Institucionalnost prava*. Pravne norme pretežno stvara (u evropsko-kontinentalnom i u angloameričkom pravu nesporno) država. Te norme se donose posebnim pravnim aktima, od kojih su najznačajniji ustav i zakon. Pored zakonodavnog organa, u stvaranju prava učestvuju u određenoj meri i drugi ustavom određeni državni organi (vlada, najviši sudovi) ili nedržavni subjekti (crkva, akcionarska i druga trgovačka društva, udruženja poslodavaca i zaposlenih, kao i druge društvene organizacije). Pravo stvoreno od ovih različitih subjekata naziva se podzakonskim pravom (izvršna vlast kao stvaralac), sudijskim pravom (tvorevina odgovarajućih sudova), crkvenim pravom i autonomnim pravom (poseban značaj ima pravo koje nastaje u kolektivnim pregovorima sindikata zaposlenih i poslodavaca). Institucionalnost,

---

[21] Radomir D. Lukić, *Sistem filozofije prava*, Beograd, 1992, str. 309.

kao svojstvo prava, obuhvata kako povezanost prava s državom u procesu stvaranja pravnih normi tako i u njihovom tumačenju i primeni. To je posebno slučaj s modernom pravnom državom, utemeljenom na ustavu i ovlašćenoj da stvara pravne norme, stara se o njihovoj primeni, zaštiti i obaveznom tumačenju.

b. *Normativnost prava.* Pravo je, u prvom redu, sistem normi, pravila o ponašanju ljudi u društvu. Pravne norme, kao preskriptivni jezički iskazi dostupni svesti ljudi, poseduju specifičan oblik egzistencije (formalno, pravno, važenje) s tim što, za razliku od deskriptivnih jezičkih iskaza, sadrže određeni zahtev kako se treba ponašati u određenim situacijama (norma kao misao ne o onome što jeste nego o onome što treba da bude). Normativnost, kao svojstvo prava, proističe upravo iz ovakve prirode pravnih normi kao misli o obaveznom ponašanju. Pravna norma predstavlja, prema tome, složenu misaonu celinu, sastavljenu iz odgovarajućih pojmova, iskazanu jezikom, kojom se legitimno traži određeno činjenje ili nečinjenje od nekog subjekta (pojedinca ili grupe ljudi).[22] Te norme pretežno stvara i sankcioniše država (a kad to određuje ustav ili drugi pravni akt, i druge vrste subjekata). U toj činjenici stvaranja i sankcionisanja pravnih normi ispoljava se ne samo institucionalnost prava, već i njegova prinudnost. Naravno, jedno od obeležja normativnosti prava jeste hijerahija normi u uspostavljenom pravnom poretku. Jedan od osnivača institucionalne teorije prava Neil MekKormik definiše pravo spajajući ova dva svojstva prava, tj. institucionalnost i normativnost. Po njegovom mišljenju, pravo je „institucionalni normativni poredak".[23]

v. *Prinudnost prava.* Pravne norme su prinudne norme. Adresati normi su dužni da izvrše ponašanje predviđeno u normi bez obzira na to da li to žele ili ne žele. Naime, primenu pravnih normi obezbeđuje, u krajnjoj liniji, država legitimnom upotrebom monopola fizičke sile kojom jedino ona raspolaže. Naravno, tu primenu sankcija zbog povrede pravnih normi ostvaruju, u pravom predviđenim procedurama, pre svega, sudovi. U svakom slučaju, treba podsetiti na Jeringove reči da „pravna norma bez prinude je protivrečnost u sebi, vatra koja ne gori, svetlost koja ne svetli".[24] Pri tom, ne sme se ispustiti iz vida da vladavina prava pretpostavlja državnu moć kojom se, u krajnjoj liniji, pravo može iznuditi. No, u pravnoj, demokratskoj, državi između prava i moći uspostavlja se odnos gospodara i sluge. Radi ostvarenja slobode građana, u liberalno-demokratskoj i socijalnoj državi građani retko trpe prinudu države, i to samo u slučajevima i na način precizno uređenim ustavom i zakonom.

g. *Legitimnost prava.* Delotvornost prava nije moguće ostvariti isključivo prinudom ili njenom pretnjom, bez obzira na to što država raspolaže monopolom legitimne fizičke sile. Pravo mora obezbediti bar minimum uva-

---

[22] Radomir D. Lukić, *Sistem filozofije prava*, str. 329-335.

[23] Neil MacCormick, Institutions of Law, Oxford University Press, 2007, str. 11; Vranjanac – Dajović, Osnovi pravnog sistema sa metodologijom prava, Beograd 2006, str. 28-37

[24] *Rudolf v. Jhering*, Der Znjek im Recht, Bd. I, 3. Auflage, Leipzig, 1893, str. 322.

žavanja od strane adresata koje obavezuje. Drugim rečima, adresati treba da budu uvereni u moralnu obaveznost prava kao celine, što ne isključuje mogućnost da pojedine pravne norme smatraju nepravednim i nemoralnim. Pravo je, shodno tome, ne samo skup važećih pravnih normi zaštićenih državnom sankcijom bez obzira na njihovu sadržinu, nego se traži i određena sadržina tih normi zbog koje pravo zaslužuje da bude poštovano, tj. uvažavano i cenjeno (sadržinom normi se štite osnovna građanska, politička, ekonomska i socijalna prava).[25]

Nema sumnje da se evropsko-kontinentalno pravo razvijalo u najtešnjoj vezi s moralom, posebno sa izuzetno važnim delom morala, pravdom. O značaju pravde u oblikovanju prava svedoče brojni izvori. Još je Aristotel naglasio značaj moralnih vrlina za zajednički ljudski život u polisu, posebno pravde. Njegovo učenje o razmenskoj, komutativnoj, pravdi (*dikaion diorthotikon*), distributivnoj pravdi (*dikaion dianemetikon*) i pravičnosti (*epiekeia, lat. aequitas*) predstavlja još uvek neprevaziđeno dostignuće (osnovno načelo pravde je jednakost, a pravičnost je prilagođavanje tog opšteg načela posebnim okolnostima konkretnog slučaja).[26] Preko učenja Cicerona i drugih poznatih rimskih pravnih pisaca, Justinijanove kodifikacije i filozofije svetog Tome Akvinskog, Aristotelovo učenje o pravdi izvršilo je ogroman uticaj na evropsku pravnu i političku misao. Ulpijanove izreke: *Iustitia est constants et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* (Pravda je stalna i večita volja da se svakome da pravo koje mu pripada) i *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non leadere, suum cuique tribuere* (Pravo nalaže: živeti časno, ne štetiti drugome, svakome dati ono što mu pripada), čiji izvor je Aristotelovo učenje o pravdi – i danas su aktualne. Naravno, šta kome pripada treba da utvrdi pravo. Istorija pokazuje da to nije jednostavan zadatak. Štaviše, načelo pravde često zloupotrebljavaju moćni. Tako, na ulazu u koncentracioni logor Buhenvald bilo je napisano „Svakom njegovo" (*Jedem das Seine*), a reč je bila o najgnusnijim zločinima i zločincima. Verovatno se zbog te neodređenosti pojma pravde, kao i potrebe za pravnom sigurnošću, nerado unosi pojam pravde i pravednog u definiciju prava.

Neposredno posle propasti nacističke Nemačke, u nemačkoj pravnoj teoriji je vaskrsao interes za prirodno pravo a definicija prava nije se mogla zamisliti bez pravde kao njenog ključnog elementa. Pod uticajem tog učenja, kome su poseban doprinos dali Gustav Radbruh i Helmut Koing, u najviše akte Savezne Republike Nemačke unete su odredbe o osnovnim ljudskim pravima i slobodama. Istovremeno, gorka iskustva prošlosti podstakla su napore za prihvatanje ljudskih prava kao nezaobilaznih sadržaja važnih međunarodnih konvencija. Ta ljudska prava i slobode, kako je to dobro zapazio

---

[25] Bernd Rüthers, *op. cit.*, str. 34–47; Andrew Heywood, *Political Ideas and Concepts*, str. 106–107; Kurt Seelmann, *Rechtsphilosophie*, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2001, str. 5 i dalje.

[26] Aristotel, *Nikomahova etika*, prevela Radmila Šalabalić, predgovor napisao Miloš N. Đurić, Beograd, 1958, knjiga V, str. 111–142;

Jirgen Habermas, poseduju kao bog Janus dva lica. Jedno od njih je okrenuto prema moralu a drugo prema pravu. Kao moralna norma, ljudska prava pripadaju svakom biću s ljudskim likom. Nažalost, kao legalna, subjektivna, prava pripadaju samo građanima određenih nacija-država (demokratska pravna nacija-država).[27]

U trećem talasu demokratizacije koji je zahvatio svet posle okončanja Drugog svetskog rata, umnožen je broj demokratskih pravnih država. To je posebno slučaj s državama u Evropi. Ova okolnost (tj. sadržinska povezanost najviših pravnih normi s najvišim moralnim vrednostima, i posebno s pravdom kao najvišom vrednošću) izazvala je, kako je to dobro primetio Teo Majer-Mali (praveći paralelu s naslovom monografije H. Rommen-a *Večno vraćanje prirodnog prava* iz 1947. godine), „isto tako pouzdan povratak pozitivizmu".[28] Drugim rečima, savremena situacija čini podelu prava na prirodno i pozitivno manje značajnom (nema više potrebe tražiti svoje pravo pozivom na nadiskustvene vrednosti, kad su osnovne moralne vrednosti garantovane najvišim pravnim aktima – tzv. pozitivno prirodno pravo). Jednostavno, proučavanje savremenog pozitivnog prava demokratskih pravnih država pravnim i sociološkim metodom neminovno uključuje i proučavanje pravnih vrednosti (koje, posebno kao ljudska prava i slobode, čine sadržinu najviših ustavnih normi). S druge strane, zastupnici prirodnopravnih učenja ova osnovna prava i slobode objašnjavaju kao prirodna prava koja izviru neposredno iz ljudske prirode (što, kako su to objasnili Marks, Habermas, Gidens, von Arnim, Pirson, nije osnovano. Njihov izvor je u posebnim obeležjima društava s razvijenom tržišnom privredom i potrebom za obezbeđivanjem u njima bar minimuma solidarnosti. Tu se nalazi i koren učenja o socijalnoj pravdi).[29] Stoga, postoji pretpostavka da će pravo koje se stvara u ovakvim demokratskim državama biti legitimno po dva osnova.[30] Najpre, reč je o državama u kojima je ostvarena suverenost naroda. U tim državama, ustav i druge najviše opšte pravne akte donose neposredno narod ili njegovi legitimno izabrani predstavnici po posebno utvrđenim procedurama. Iz toga proističe pretpostavka da će sadržina tih pravnih akata odnosno prava u celini biti pravedna i poštena (načelo proceduralne pravde). A sadržina prava se smatra pravednom ako su pravom priznata i zaštićena temeljna ljudska prava i slobode (načelo supstancijalne pravde). Naravno, to nikako ne znači da u ovakvim državama nije moguće doneti i nepravedne norme. Međutim, u pravnim sistemima tih država postoje posebni mehanizmi kojim se te nepravedne norme uklanjaju iz prav-

---

[27] J. Habermas, *Remarks on Legitimation through Human Rights*, „The Postnational Constellation", Polity Press, Cambridge, 2001, str. 129 i dalje.

[28] Theo Mayer-Maly, *Rechtswissenschaft*, 5. Auflage, Springer-Wien-Nenj York, 1991, str. 103.

[29] Više o socijalnoj pravdi: John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, Mass, 1971; *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993; Peter Keler, *O socijalnoj pravdi*, „Anali Pravnog fakulteta u Beogradu", br. 1/2005, str. 7–28.

[30] J. Habermas, *Remarks on Legitimation through Human Rights*, str. 109–115; Harald Stolzlechner, *Einführung in das öffentliche Recht*, 3. Auflage, Manz, Wien, 2004. str. 1–30.

nog poretka, a da se ne otvara prostor za arbitrarnost i haos (ne treba zaboraviti da su totalitarne države svoje pravne sisteme smatrale i pravednim i moralnim a zloupotrebom javnih medija i drugih instrumenata u to uveravale i narod). U tom procesu zaštite osnovnih sloboda i prava čoveka i građanina (kao sadržine pravde) posebnu ulogu imaju najviši redovni sudovi ili posebni ustavni sudovi.

Na osnovu iznetog, a imajući u vidu posebno pragmatično-stipulativan karakter definicije prava, moglo bi se zaključiti da je pravo skup normi kojima se uređuje zajednički život ljudi, zaštićenih organizovanim sankcijama koje primenjuje, u krajnjoj liniji, država legitimnom upotrebom monopola fizičke sile kojim raspolaže. Pravo treba da ostvaruje pravdu, mir, sigurnost, slobodu i druge najviše društvene vrednosti.[31] Naravno, kao što to istorija pokazuje, pravo to uvek ne čini. O tome svedoče i istorijska i savremena prava. U želji da se izbegne upotreba termina pravo za sisteme pravnih normi koji su postojali u nacističkoj Nemačkoj, fašističkoj Italiji i Sovjetskom Savezu u razdoblju Staljinove vladavine, ne mali broj pisaca predlaže da se u definiciju prava unese pravednost i svim sistemima koji nisu pravedni porekne pravni karakter. Naravno, to je moguće. Termini su stvar pogodbe, društvenog sporazuma o njihovom značenju, tj. o pojmu i predmetu koje označavaju (Lukić). No, u tom slučaju, kako je to dobro zapazio Rajnhold Cipelius, nepravednom pravu treba odrediti drugi termin. Ili, što je celishodnije, zadržati jedinstven termin pravo za pravedne i nepravedne, legitimne i nelegitimne pravne sisteme, s tim što se ista svrha postiže naglašavanjem nepravednosti i nelegitimnosti određenog prava, pravnog sistema.

Izostavljanje iz definicije prava da pravne norme treba da budu pravedne (Artur Kaufman),[32] ili pravedne i delotvorne (Teo Majer–Mali)[33] ne znači, kako je dobro zapazio Bernd Riters, da se time umanjuje važnost pravde i delotvornosti u pravnom poretku.[34] Naprotiv, problem pravednosti i delotvornosti pravne norme je od izuzetnog značaja za utvrđivanje njenog važenja (pitanje pravnog, faktičkog i moralnog važenja pravne norme). Naime, pravne norme donete od nadležnog državnog organa u propisanom postupku pravno su obavezne. No, kakva će biti njihova dalja sudbina zavisi i od toga da li ih adresati smatraju moralnim i pravednim. Nedavno su doneti zakoni o izjednačavanju heteroseksualnih i homoseksualnih brakova u tri evropske (Holandija, Belgija i Španija) i u jednoj severnoameričkoj državi (Kanada). Ne tako davno, homoseksualnost je bila i moralno i pravno neprihvatljiva. U međuvremenu, nastale su određene promene u stavu prema ovom pitanju, što je doprinelo trpeljivosti prema vezama ove vrste.

---

[31] Bernd Rüthers, *op. cit.*, str. 34–41; Heinz Krejci – Peter Pieler, *Privatrecht*, Teil II, Manz, Wien, 2004, str. 1–2; Norbert Horn je dao definiciju prava u širem smislu (za sve države) i u užem smislu (za demokratske pravne države), *op. cit.*, str. 4–6.

[32] Arthur Kaufmann, *Die ontologische Struktur des Rechts*, „Rschtsphilosophie im Wandel", 2. Auflage, Köln-Berlin-Bonn-München, 1984, str. 101–105.

[33] Theo Mayer-Maly, *Rechtsphilosophie*, „Springer Rechtsnjissenschaft", Springer Wien-New York, 2001, str. 2–7.

[34] Bernd Rüthers, *op. cit.*, str. 40.

Ta trpeljivost prerasla je u zahtev za zakonsko izjednačavanje, što se i dogodilo u pomenute četiri države. Ipak, usvajanju tih zakona prethodile su velike demonstracije protivnika takvog rešenja (prema navodima Katoličke crkve u Španiji, na protestu u Madridu bilo je više stotina hiljada ljudi). Činjenica da su zakoni usvojeni, da pravno važe, ne može biti sporna. No, pitanje moralnog i faktičkog važenja ostaje otvoreno. Stoga, nije neophodno unositi u definiciju prava pravednost, moralnost, delotvornost, iako je to, naravno, moguće. Njihovo unošenje je pitanje celishodnosti a ne istinitosti definicije.