

Prof. dr Dušan Vranjanac*

OPŠTA TEORIJA PRAVA – ZAČECI I DOMAŠAJI

Apstrakt: Članak se bavi nastankom opšte teorijskopravne discipline, opšte teorije prava (*Allgemeine Rechtslehre*), odnosno jurisprudencije (*jurisprudence*). Nakon kratkog istorijskog pregleda razvoja teorijskih pokušaja analize prava, razmatran je rad nekih pravnih pisaca koji se smatraju tvorcima ove discipline (*Ostina, Merkela, Korkunova*). U zaključku je dat osvrt na značaj i domete ove nauke.

Ključne reči: teorija prava (jurisprudencija), opšti pravni pojmovi, nužni pravni pojmovi.

UVOD

Opšta teorija prava je danas opštepriznata naučna disciplina, disciplina koja se razgranala u čitav niz pravaca, tako da je literatura iz ove oblasti u naše vreme izuzetno bogata. Međutim, treba reći da je reč o jednoj relativno novoj disciplini, čiji se nastanak vezuje za XIX vek. Preteče opšte teorije prava mogu se naći u dalekoj istoriji, praktično od stare Grčke i Rima, ali kao predmetno i metodološki jasno konstituisana disciplina ona je tvorevina XIX veka.

Pravo je od najranijih vremena bilo predmet proučavanja iz raznih uglova.

Istorija pravne nauke, praktično od njenih početaka, pokazuje da pristup proučavanju prava može da bude različit. Pravo se može proučavati empirijski, kao istorijsko izučavanje pojedinih pravnih sistema, njihovog nastanka, razvoja itd. Empirijski pristup svojstven je i sociološkom izučavanju prava, što je u novije vreme dovelo do stvaranja nove discipline pod nazivom sociologija prava, kao i izučavanju prava kao psihološke pojave što je dovelo do stvaranja psihološke teorije prava.

Međutim, vrlo rano se razvio i jedan drugi pristup u izučavanju prava koji je takođe u izvesnom, specifičnom smislu empirijski. Razvoj prava

* Vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu
e-mail: medonja@yubc.net

dovodi do njegove sve veće složenosti zbog čega se javila potreba stvaranja nauka koje se bave sistematskim, odnosno dogmatičkim izlaganjem prava primenom specifičnih metoda i postupaka.¹ Sledeći ovaj pravac, pravna nauka je stvorila niz opštih klasifikacionih pojmova da bi se na jedinstven način izrazili zajednički elementi u raznovrsnim situacijama i odnosima koje pravo stvara,² odnosno elementi zajednički većem broju sistema ili čak svim pravnim sistemima. Tako se došlo do niza pojmova kao što su subjektivno pravo, obaveza, subjekti prava, svojina i mnogi drugi. Za razliku od empirijskog izučavanja prava u užem smislu, paralelno se odvijao proces pojmovnog izučavanja prava, odnosno proces stvaranja pojmovnih (konceptualnih) pravnih disciplina. Kada su u pitanju konceptualna istraživanja, gotovo kroz celu istoriju moguće je razlikovati dva različita pristupa: metafizičko-spekulativan (filozofski) – praktični, do XIX veka izražen kao jusnaturalizam, i pozitivnopravni, koji je pažnju posvećivao istraživanju pozitivnog prava kao skupa normi određene vrste.

Početak sistematskog izučavanja prava (kako prirodnog tako i pozitivnog prava) vezuje se za staru Grčku. Međutim, izučavanje prava (kao uostalom i svega ostalog) vršeno je u okviru opšte filozofije. Tako se kod grčkih mislilaca često u istim delima nalaze kako grandiozni metafizički zahvati tako i oštroomne analize pozitivnog prava.

Nešto drukčija situacija bila je u starom Rimu. Stari Rimljani su bili više okrenuti pozitivnom pravu, dok je filozofski pristup bio manje zastupljen i u značajnoj meri pod grčkim uticajem.

Doprinos srednjovekovnih mislilaca izučavanju prava takođe je veoma značajan. Međutim, za ovaj period karakteristična je opšta teologizacija ljudske misli, tako da je bavljenje pravom bilo vezano za sholastičku teologiju, odnosno filozofiju. U okviru nje nastaje srednjovekovna varijanta prirodnopravnog učenja, koja prirodno pravo vezuje za božju volju ili um.

Ne treba zaboraviti da u ovom periodu dolazi i do obnove izučavanja pozitivnog prava, doduše u početku samo rimskog i kanonskog prava, pojavom glosatora i postglosatora.

Tek u novije vreme, pre svega izlaskom iz srednjeg veka, pojedine pravne discipline počinju da se izdvajaju kao posebne nauke. Ali sve do kraja XVIII, odnosno početka XIX veka preovlađuju razne varijante prirodnopravnih učenja. Tek u XIX veku filozofsko-metafizički (prirodnopravni) pristup pravu biva postepeno potisnut od strane empirijskog pristupa pravu, mada i dalje oba pristupa postoje paralelno.

1 Hart, H. L. A., 1985, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, p. 88.

2 Hart, H. L. A., 1985.

Na taj način se i opšta teorija prava, kao predmetno i metodološki konstituisana disciplina, javlja u relativno bliskoj prošlosti, i praktično se vezuje za XIX vek.

Kao prvo, može se postaviti pitanje šta je teorija uopšte, pa samim tim šta je i teorija prava, odnosno opšta teorija prava.

Pored navedene podele pravnih disciplina, postoji i podela ovih s obzirom na stepen pojmovnog uopštavanja, pa se tako pravne nauke dele na konkretne pravne nauke i apstraktne (teorijske, opšte) pravne nauke. Naravno, kao ni kod drugih podela, ni ovde nije izvesno da li ova podela daje u potpunosti jasno merilo klasifikacije pravnih nauka.³ Ali ona sigurno može da pomogne stvaranju jedne opšte slike o tome kako se pravo može proučavati i koje, shodno tome, pravne nauke postoje.

Konkretne pravne nauke bave se konkretnim pravnim sistemima. To su one nauke koje pravu pristupaju sa malim stepenom uopštavanja i obično se bave pravnim sistemima konkretnih država. Naravno, ove nauke po pravilu ne izlažu pojedine pravne sisteme u celini, jer to ne bi bilo pogodno s obzirom na obimnost propisa svakog pravnog sistema. Ove nauke se obično bave određenim užim celinama od kojih se sastoji svaki pravni sistem, celinama koje se uobičajeno nazivaju pravnim granama. Na taj način nastaju nauke kao što su, na primer, krivično pravo, građansko pravo, ustavno pravo, upravno pravo i čitav niz drugih. Tipična ovakva pravna nauka jeste pravna dogmatika.

Apstraktne (teorijske, opšte) pravne nauke ne bave se pojedinim nacionalnim pravnim sistemima, odnosno pojedinim granama nacionalnih pravnih sistema. Predmet njihovog izučavanja je mnogo širi, uopšteniji. Njih zanimaju određene *opšte karakteristike* prava. Apstraktne pravne nauke se bave najopštijim pravnim pojmovima do kojih se dolazi apstrahovanjem iz niza srodnih pojmova i svojstava konkretnih pravnih sistema, i to kako onih koji su postojali u prošlosti tako i onih koji postoje danas.

U apstraktne pravne nauke spadaju pre svega teorija prava (opšta teorija prava), pravna filozofija i sociologija prava. Međutim, da li je pravna filozofija uopšte nauka ili je to posebna vrsta intelektualne discipline, ozbiljno je pitanje. Što se tiče sociologije prava (najnovije nauke iz korpusa opštih pravnih nauka), može biti sporno da li je tu uopšte reč o pravnoj nauci ili o nauci koja primenom metoda jedne vanpravne nauke izučava pravo.

3 O drugim mogućim klasifikacijama pravnih nauka videti npr. Ros, A., 1996, *Pravo i pravda*, Podgorica, str. 41–47; Živanović, T., 1926, Konstrukcija jednog novog pravnofilozofskog pravca, pravca dvovrsne sintetičke pravne filozofije, *Glas Srpske kraljevske akademije*, CXVIII, Drugi razred, knj. 65, str. 33–36.

Kada je opšta teorija prava u pitanju, od posebnog značaja je njen odnos prema pravnoj dogmatici, s jedne, i pravnoj filozofiji, s druge strane. Ono što se naziva opštom teorijom prava nastalo je upravo kao reakcija kako na pravnodogmatiski pristup pravu tako i na filozofiju prava shvaćenu, pre svega, kao učenje o prirodnom pravu.

Zbog toga najpre treba odgovoriti na pitanje šta je to teorija uopšte (pa samim tim i teorija prava), zatim na pitanje šta je pravna dogmatika s jedne, a šta filozofija prava, s druge strane, i objasniti odnos ove dve discipline i teorije prava.

U suštini teorija označava opšte učenje, odnosno opštu nauku. Shodno tome teorija prava bila bi opšte učenje o pravu. Kako jedan pisac kaže: „Teorija je u suštini sistematska mreža povezanih pojmova čiji je cilj da okarakteriše, opiše i objasni realnost. To je mentalna shema koja svetu daje smisao i često propisuje način delovanja.”⁴ „Sve teorije sadrže određene elemente. Postoje određeni osnovni principi, aksiomi ili pretpostavke koje sadrže definicije. Na taj način unapred se ograničava njihov domen i nameće poredak mnoštvu detalja. Definicije nam pokazuju na koji način autor upotrebljava ključne pojmove, a to podrazumeva značajan stepen selekcije i apstrakcije.”⁵

Shodno tome, i teorija prava bi bila pojmovna disciplina, koja pokušava da izdvoji najopštije pojmove i principe koji pokušavaju da objasne pravo. Dakle, to je jedna pojmovna (konceptualna) disciplina koja je nastala kao reakcija kako na metafiziku prirodnog prava tako i na relativnu ograničenost i „konkretnost” pravne dogmatike.

OPŠTA TEORIJA PRAVA – NASTANAK I GLAVNI TVORCI

Kaže se da je teorija prava nemački pojam (*Allgemeine Rechtslehre*). Ovo je dobrim delom tačno zbog toga što se njenom pretečom smatra Falk (*Niels Nikolaus Falck*, 1784–1850), a za glavnog tvorca Adolf Merkel⁶ (*Adolf Merkel*, 1836–1896). Međutim, ne treba smetnuti s uma i ogroman doprinos koji je nastanku ove discipline pre Merkela dao engleski pravnik Džon Ostin (*John Austin*, 1790–1859) i delom njegov prethodnik Džeremi Bentam (*Jeremy Bentham*, 1748–1832), kao i ruski autor Nikolaj Korkunov (*Николай Михайлович Коркунов*, 1853–1904).

4 Vinsent, E., 2009, *Teorije države*, Beograd, str. 54.

5 Vinsent, E., 2009, str. 55.

6 Ne treba ga mešati sa znatno mlađim autorom Adolfom Merklom (*Adolf Merkl*, 1890–1970), Kelzenovim učenikom, tvorcem teorije o stepenastoj strukturi pravnog poretka (*Theorie des rechtlichen Stoffenbaus*).

Postojanje ove discipline uglavnom je opšteprihvaćeno, ali u manjoj meri postoji saglasnost oko njene sadržine i odnosa prema drugim tradicionalnim oblastima pravne nauke.

Kako je tekao proces nastanka opšte teorije prava? Tokom XIX veka ukazala se potreba za postojanjem discipline između, s jedne strane, filozofije prava i pravne dogmatike, s druge. Zavisno od zemlje, ova disciplina je nazivana *Allgemeine Rechtslehre*, *General Jurisprudence*, *Théorie générale de Droit* itd. i trebalo je da zameni dotadašnju filozofiju prava (shvaćenu kao filozofiju prirodnog prava). To bi bila disciplina koja bi proučavala opšte karakteristike pravnih pravila i pravnog sistema.

U XIX veku teorija prava zauzela je nezavisno mesto između pravne dogmatike i filozofije prava. Zbog toga je potrebno ukratko reći šta je pravna dogmatika a šta filozofija prava, bar onako kako su filozofiju prava shvatali pisci koji su se zalagali za stvaranje opšte teorije prava.

Pravna dogmatika je grana pravne nauke, izrazito pozitivnopravna disciplina, koja sistematizuje i opisuje pozitivno pravo koje važi u određenom društvu u određeno vreme. „Pravna dogmatika utvrđuje sadržinu jednog datog prava, tj. utvrđuje kakve norme, odn. pravila ponašanja ljudi ovo sadrži.”⁷, odnosno, nastoji da pronade konkretna rešenja za pravne probleme. „[...] dogmatičar analizira pravo [...] kao skup normativnih činjenica koje su obavezne, prinudne [...]”⁸

Dogmatika je, dakle, jedna praktična, primenjena nauka koja se bavi analizom, odnosno tumačenjem prava da bi saznala konkretnu sadržinu pravnih normi. Ona je nauka koja se bavi konkretnim nacionalnim pravima, izučava pojedine grane prava da bi mogla da kaže „[...] koje je ponašanje u nekoj situaciji u skladu sa pravom, čime pravno rešava problem.”⁹

Međutim, ne treba shvatiti pravnu dogmatiku prosto kao veštinu utvrđivanja sadržine pravnih normi, odnosno isključivo kao tumačenje pravnih normi radi utvrđivanja prava i obaveza koje iz njih slede. Govoreći o građanskom pravu (mada sve ovde rečeno važi i za druge grane prava), profesor Vodinić kaže sledeće: „Građanskopravna dogmatika služi se sledećim učenjima: 1. učenje o pravnom zaključivanju, tumačenju i popunjavanju pravnih praznina (kao deo pravne hermeneutike – nauke o razumevanju pravnih iskaza i odnosa – ono predstavlja pravnu metodologiju u užem smislu); 2. učenje o obrazlaganju pravnih rešenja (pravna argumentacija); 3. učenje o izgradnji građanskopravnih pojmova i načela

7 Lukić, R. D., 1978, *Pojam teorije prava*, *Zbornik za teoriju prava*, sveska 1, Beograd, SANU, str. 2.

8 Karbonije, Ž., 1992, *Pravna sociologija*, Novi Sad, str. 11.

9 Vodinić, V. V., 1991, *Građansko pravo – uvodne teme*, Beograd, str. 150.

(kao deo pravne logike); 4. učenje o sistematizovanju građanskog prava, o vrstama subjektivnih prava i obaveza, pravnih odnosa, instituta, viših instituta, grana (pravna sistematika); 5. učenje o daljem razvoju građanskog prava i njegovom poboljšavanju (pravna politika).¹⁰

Dakle, sadržina pravne dogmatike mnogo je bogatija nego što se ponekad misli. Za izgradnju opšte teorije prava posebno je značajno ono što je navedeno pod tačkom 3. u prethodnom citatu: učenje o izgradnji građanskopravnih pojmova i načela.

Kada se govori o filozofiji prava, može se reći da je ona u osnovi opšta filozofija primenjena na pravo i pravne pojave. Ono što je bitno jeste to da njeni rezultati nisu podložni empirijskoj proverbi, ali oni moraju biti 1) logički koherentni i 2) podložni racionalnoj proverbi. Odnos filozofije prava i opšte teorije prava može se ovako definisati: filozofija prava se u suštini bavi spekulativnim misaonim procesom; teorija prava teži naučnom prilazu pravnoj pojavi.

Devetnaestovekovna teorija prava, nastala kao reakcija na filozofiju prava, i filozofiju prava je svodila na učenje o prirodnom pravu. Dakle, po ovim shvatanjima, predmet filozofije prava je prirodno pravo.

Da bismo stvari dalje razjasnili, potrebno je u najkraćim crtama reći šta se podrazumeva pod prirodnim pravom.

Nije jednostavno dati sintetičku definiciju prirodnog prava, s obzirom na njegovu više od dve hiljade godina dugu tradiciju i nije moguće govoriti o jednom jedinstvenom shvatanju prirodnog prava. Pre bi se moglo reći da postoji veći broj škola prirodnog prava, sa često različitim fundamentalnim idejama. Ipak, neke osnovne zajedničke karakteristike mogu se izvući, što je za potrebe ovog rada sasvim dovoljno.

Prirodno pravo bi tako predstavljalo sistem pravila ili principa ili nekih osnovnih vrednosti koje su vremenski i prostorno univerzalne. Dakle, prirodno pravo je večito (nepromenljivo) i istovetno bez obzira na vreme i mesto. Bitno je, takođe, da ono ne postoji u empirijskom svetu, ono je jedna transcendentalna, nadiskustvena pojava. Njen koren leži ili u prirodi uopšte, ili u univerzalnoj ljudskoj prirodi, ili pak svoj osnov ima u božanskoj volji, odnosno božanskom umu. Na taj način i saznanje prirodnog prava nema svoj osnov u empirijskom istraživanju nego u primeni nekih posebnih svojstava ljudskog uma. Dakle, filozofija prava, shvaćena kao učenje o prirodnom pravu, predstavlja jednu metafizičko-spekulativnu teoriju koja izmiče ljudskom empirijskom saznanju.

Prirodnopravna teorija bila je dominantno opšte učenje o pravu od antike pa sve do početka XIX veka. Tada je potisnuta od strane istorijsko-

10 Vodinečić, V. V., 1991, str. 151.

pravne škole i Hegelovom filozofijom prava, iako je u nekim preobraženim varijantama nastavila da živi sve do danas.

Ono što su tvorci takozvane opšte teorije prava imali kao svoj glavni cilj bilo je odbacivanje filozofije prirodnog prava, kao jedne metafizičke konstrukcije, a i dogmatičkog pristupa, kao suviše konkretnog pristupa izučavanju pozitivnog prava. Njihova je želja u suštini bila da filozofiju prava, kao opšte učenje o pravu (ali metafizičko učenje), zamene jednom opštom naukom koja bi se zasnivala na izučavanju pozitivnog prava. Za njih je teorija pozitivnog prava bila jedna nova, empirijska filozofija prava koja se razlikuje od klasične spekulativne filozofije prava.

Neki od tvoraca ove nove discipline bili su pod uticajem pozitivističke filozofije Ogista Konta, ali to nije nužno bilo tako. Na primer Ostin u suštini nije nikada bio pozitivista u filozofskom smislu, čak bi se moglo reći da je on zastupao i jednu specifičnu vrstu jusnaturalizma, ali kada je reč o teoriji prava, on je pozitivista u tom smislu što je teoriji prava dodelio kao zadatak isključivo izučavanje pozitivnog prava. Pravo kakvo treba da bude predmet je jedne posebne discipline kojoj Ostin nije negirao naučni karakter.

Ostin je, kao jedan od tvoraca opšte teorije prava, imao svoje prethodnike u nizu značajnih autora. Međutim, on je bio prvi koji je izneo jednu celovitu ideju teorije prava zasnovanu na analizi pozitivnog prava.

Već je Tomas Hobs rekao da „Pod građanskim zakonima razumem zakone koje su ljudi dužni da poštuju zato što su članovi ne ove ili one države posebno, nego što su članovi države.”¹¹ Ovaj iskaz u začetku sadrži ideju jedne opšte teorije prava koja, međutim, nije dalje razvijena. Osim toga, nije sasvim jasno šta Hobs pod ovim misli. Moguće je da samo govori o *propisima* koji moraju da postoje u svakoj državi.

Neke ideje o potrebi stvaranja opšte teorije prava sadržane su i kod Džeremija Bentama, Ostinovog učitelja i prethodnika. Treba, međutim, istaći da je Bentam imao skromnije mišljenje o značaju i domašaju opšteg učenja o pravu, odnosno domašaju jurisprudencije. On je smatrao da takva disciplina ne predstavlja ništa više do sistem univerzalno važeće pravne terminologije. U delu „Principi morala i zakonodavstva” (*Principles Of Morals and Legislation*), Bentam o tome kaže:

„Da bi bila podložna univerzalnoj primeni, sve čime se knjiga objašnjavajuće vrste [misli se na knjigu o jurisprudenciji – D.V.] može baviti je značenje reči; da bi, strogo govoreći, bila univerzalna, mora sebe da ograniči na terminologiju.”¹² Čini se, takođe, da Bentam nije u dovoljnoj meri

11 Hobz, T., 1961, *Levijatan*, Beograd, str. 232.

12 Bentham, J., 1967, *Principles of Morals and Legislation*, Oxford, p. 425.

razlikovao opštu teoriju prava od univerzalno važećih propisa, nečega sličnog onome što su stari Rimljani nazivali *ius gentium*.

Svoje učenje o predmetu i sadržini opšte teorije prava, odnosno jurisprudencije ili filozofije pozitivnog prava, kako ovu nauku on naziva, Ostin je izneo u kratkoj raspravi pod nazivom „O koristima izučavanja jurisprudencije” (*On the Uses of the Study of Jurisprudence*). Ova rasprava je, u stvari, uvodno Ostinovo predavanje koje on sam, međutim, nije uključio u knjigu *The Province of Jurisprudence Determined*¹³, iz 1832. godine. Ova rasprava je značajna upravo po tome što sadrži razmatranja o opštim (zajedničkim) pravnim pojmovima i o njihovom razlikovanju od tzv. nužnih pojmova. Zbog čega Ostin nije štampao ovo predavanje ostaje nejasno, ali je moguće da tokom kasnijeg rada nije više smatrao značajnom podelu pravnih pojmova na opšte i nužne pa je zato od nje i odustao, čemu u prilog govori to što ovakvu podelu nije više ni sprovodio ni pominjao u svojim daljim izlaganjima.

Jurisprudenciji se, po Ostinu, može pristupiti sa dve tačke gledišta: posebne i opšte. Kada razmatra pozitivno pravo samo jedne zajednice, jurisprudencija je posebna, odnosno nacionalna. Ako razmatramo, kako kaže Ostin, principe, pojmove i distinkcije zajedničke različitim pravnim sistemima, imamo posla sa opštom ili komparativnom jurisprudencijom.

Šta Ostin podrazumeva pod zajedničkim principima, pojmovima i distinkcijama, zahteva objašnjenje. Prvo, važno je imati na umu da on ovde ne misli na pravna pravila (propise), već pre na terminologiju koja izražava pravne propise, kao i na teorijske kategorije pomoću kojih se posmatraju pravne pojave. Drugo, treba naglasiti da on ovim postulira jednu nedokazanu (možda i nedokazivu) tvrdnju da postoje principi (pojmovi i distinkcije) zajednički *svim* pravnim sistemima. Mada je priznavao da takvi principi ne moraju da postoje potpuno jasno oblikovani i izdvojeni u svakom pravnom sistemu, Ostin je ipak bio uveren da oni postoje, u većoj ili manjoj meri, „od grubih pravnih pojmova varvara do egzaktnih pojmova rimskih pravnika i modernih prosvetljenih jurista.”¹⁴

Malo je Ostinovih stavova doživelo tako oštre kritike kao tvrdnja da su svi pravni sistemi u svetu zasnovani na istim principima. Ostin je bio donekle u pravu kada je pretpostavljao da zapadnoevropski pravni sistemi, kao i oni koji su na njima zasnovani, pokazuju znatan stepen podudarnosti u pojmovnoj strukturi pa, eventualno, i u sadržini pravnih pravila. Ali

13 Ova knjiga sadrži prvih šest Ostinovih predavanja na Londonskom univerzitetu, i jedina je objavljena za njegovog života. Kompletan kurs njegovih predavanja, pod nazivom *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, objavljen je tek posle njegove smrti i sadrži i gore navedenu raspravu.

14 Austin, J., 1954, *The Province of Jurisprudence Determined*, London, p. 365.

tvrditi da se, pošto postoje suštinske sličnosti između rimskog, engleskog, francuskog i nemačkog prava, može pretpostaviti da su svi pravni sistemi zasnovani na istim pojmovnim kategorijama, pokazuje izvesno odsustvo istorijskog osećaja.

U svojoj analizi univerzalnih pravnih pojmova Ostin se oslanjao, uglavnom, na englesko i rimsko pravo. Rimsko pravo je smatrao kao naročito pogodno za pravnoteorijska istraživanja, ne samo zato što ono pruža podatke za uporedno izučavanje pravnih sistema već i zato što ono predstavlja ključ za razumevanje modernog kontinentalnog prava.¹⁵

Ostin, takođe, nije u dovoljnoj meri objasnio suštinu opštih pojmova, principa i distinkcija, a još manje je objasnio u čemu je razlika između te tri kategorije. Toma Živanović ispravno primećuje¹⁶ da je suviše pored pojmova uvoditi i distinkcije i principe, pošto su distinkcije: „[...] ne nešto samostalno pored pojmova i principa, već samo posledica postojanja različitih pojmova.” i da Ostin „[...] previđa da princip ne označava nešto po suštini različito od pojma.”¹⁷

Značajno je naglasiti da Ostin opšte principe, pojmove i distinkcije deli na one koji su ne samo opšti (odnosno zajednički) već i *nužni*, i na one koji su prosto zajednički budući da se u praksi pojavljuju kod svih pravnih sistema. Međutim, on ne daje dovoljno objašnjenja ni razloga za postojanje nužnih pravnih pojmova kao posebne kategorije uz opšte pojmove. O oba pitanja, doduše, dao je izvesne naznake u tom pravcu, ali nedovoljne za potpuno objašnjenje.

U pogledu nužnih pojmova, Ostin smatra da su oni nužni: „[...] zato što ne možemo da koherentno zamislimo jedan pravni sistem (ili sistem prava nastao u razvijenom društvu) a da ne zamislimo njih kao njegove sastavne delove.”¹⁸

Ostin ne nabroja *sve zajedničke*, odnosno *opšte* pojmove koji se nalaze u svim pravnim sistemima, već navodi samo nekoliko primera *nužnih* pojmova. Treba zapaziti da on navodi samo pojmove i distinkcije, dok ne pominje nijedan nužan princip, za šta ne daje nikakvo objašnjenje. On navodi sledeće nužne pojmove i distinkcije: pojmove dužnosti, subjektivnog prava, slobode (*liberty*),¹⁹ delikta, kazne, naknade štete, sa njihovim različitim vezama jednih prema drugima, kao i prema zakonu, suverenosti

15 Austin, J., 1954, p. 375.

16 Živanović, T., 1921, *Sistem sintetičke pravne filozofije*, tom I, Beograd, str. 84.

17 Živanović, T., 1921.

18 Austin, J., 1954, p. 367.

19 Termin sloboda (*liberty*) ne označava slobodu u političkom smislu, već predstavlja jedan tehnički pojam koji koristi engleska pravna nauka i koji označava stanje pravnog subjekta kada ovaj nije podvrgnut dužnostima i ograničenjima već je u datoj

i nezavisnom političkom društvu; distinkciju između pisanog i nepisanog prava; distinkciju između subjektivnih prava na apsolutna i relativna prava; distinkciju između obligacija – na obligacije koje proističu iz ugovora, iz delikata i onih koje ne nastaju ni iz ugovora ni iz delikata (*quasi ex contractu*); distinkciju između građanskih i krivičnih delikata.²⁰

Značaj Ostinovog razlikovanja nužnih pravnih pojmova od ostalih opštih, odnosno zajedničkih pojmova među prvima je uočio mađarski pravnik Feliks Šomlo, koji je nužne pojmove, kao logičke pretpostavke pravnog poretka, uzeo za temelj svoje „Osnovne pravne nauke” (*Juristische Grundlehre*).

Zbog fragmentarnosti Ostinovih izlaganja vezanih za ovaj problem, navedeno pitanje, mada rano uočeno kao značajno, nije privlačilo ozbiljniju pažnju pravne nauke, iako je bilo pokušaja da se priroda navedenih nužnih pojmova objasni.

Rosko Paund (*Roscoe Pound*) je možda bio u pravu kada je smatrao da se Ostinovi nužni pojmovi u krajnjoj liniji logički sadrže u definiciji pozitivnog zakona. On kaže da su: „[...] bar neki od nužnih pojmova logički sadržani u samom pojmu zakona.”²¹

Bez obzira na njegov značaj, treba naglasiti da je Ostinov uticaj dugo bio ograničen na englesku pravnu teoriju koja se još od šezdesetih godina prošlog veka najvećim delom (naravno ne isključivo) razvijala pod njegovim uticajem. Kontinentalni deo Evrope upoznao je Ostina tek krajem XIX i početkom XX veka zahvaljujući radovima Bergboma (*Bergbohm*), Rogena (*Roguin*) i Šomloa (*Somlo*).²² Mađarski pravni pisac Feliks Šomlo je prvi evropski autor kome je Ostin poslužio kao model za stvaranje sopstvene teorije prava, dok je Kelzen četrdesetih godina naglašavao sličnost njegove i Ostinove teorije, mada je čista teorija prava nastala i razvijala se potpuno nezavisno od Ostina.

Začetnici opšte teorije prava u kontinentalnom delu Evrope bili su Nemač Adolf Merkel i Rus Nikolaj Korkunov. Naravno, i mnogi drugi autori dali su svoj doprinos nastanku ove discipline.

Pretečom opšte teorije prava smatra se Falk.²³ On se zalagao za ideju teorije prava kao izlaganje opštih principa izvedenih iz analize pozitivnog prava. Ovo je ideja karakteristična za sve pripadnike ovog pokreta, me-

situaciji slobodan da postupa po sopstvenom nahođenju. Ovaj pojam se izjednačava i sa pojmom privilegije.

20 Austin, J., 1954, pp. 367–368.

21 Pound, R., 1959, *Jurisprudence*, vol. IV, p. 52.

22 Bergbohm, K., 1892, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig, p. 13; Somlo, F., 1917, *Juristische Grundlehre*, Leipzig, *passim*.

23 *Juristische Encyclopädie*, 1821, Kiel.

đutim Falk je, u suštini, teoriji prava namenio prilično skromnu ulogu. Po njemu, ona bi prvenstveno služila popunjavanju pravnih praznina koje postoje u pozitivnom pravu izvodeći rešenja iz opštih pojmova koje je utvrdila teorija prava.

Osnivačem ovog pravca u evropskokontinentalnoj pravnoj nauci smatra se nemački autor Adolf Merkel. Svoja shvatanja prvi put je izložio u radu (članku) programskog karaktera „O odnosu filozofije prava prema 'pozitivnoj' pravnoj nauci i prema njenom opštem delu”²⁴ On polazi od toga da pošto pojedine konkretne pravne nauke imaju svoje opšte delove, i sve pravne nauke moraju da imaju svoj opšti deo. Na taj način, taj opšti deo svih pravnih nauka bio bi, po njemu, opšta teorija prava. Ona bi izučavala ono što je zajedničko svim granama prava, odnosno naukama koje se bave pojedinim granama prava.

Koji su to najopštiji pojmovi Merkel je izneo u nekim svojim drugim delima. Najpre u „Enciklopediji prava”²⁵ gde je izneo shvatanje da su najopštiji pojmovi pojam prava²⁶ i pojam pravnog odnosa²⁷. U drugom radu „Elementi opšte teorije prava”²⁸, kao o najopštijim pojmovima Merkel govori o pojmu prava i pojmu države.

Od izuzetnog značaja za razvoj ovako shvaćene teorije prava je i ruski pravni pisac Nikolaj Korkunov. Njegova knjiga (udžbenik) „Opšta teorija prava”²⁹ jedna je od najtemeljnijih i najuspelijih radova ove vrste. To ne važi samo za XIX vek već u izvesnoj meri i danas. U ovoj knjizi Korkunov teoriju prava karakteriše kao teoriju pozitivnog prava zasnovanu na generalizaciji materijala sadržanoj u pojedinačnim pravnim naukama. Zanimljivo je da primenom ovakvog metoda Korkunov dolazi do samo jednog najopštijeg pojma kojim treba da se bavi teorija prava, a to je sam pojam prava. Naravno, u okviru ovog pojma on analizira i čitav niz drugih pojmova. Na primer subjektivno i objektivno pravo, podelu prava na javno i privatno itd. Puno pažnje posvetio je i izvorima prava, tumačenju prava, a bavio se i problematikom države.

Ono što svi ovi autori, od Falka, Merkela, Ostina do Korkunova, uvek naglašavaju jeste da teorija prava treba svoj materijal da nalazi samo u pozitivnom pravu, a nikako u prirodnom pravu.

24 Über Verhältnis der Rechtsphilosophie zur 'positiven' Rechtswissenschaft und zu allgemeinen Teil derselben, 1874, *Grünhut's Zeitschrift*, Sec.

25 *Juristische Encyclopädie*, 1904, Berlin.

26 *Juristische Encyclopädie*, 1904, pp. 11–69.

27 *Juristische Encyclopädie*, 1904, pp. 70–129.

28 *Elemente der allgemeinen Rechtslehre*, 1890, Leipzig.

29 *Лекции по общей теории права*, 1887, С. Перепыпр; engleski prevod: *General Theory of Law*, 2000, Washington, D.C.

ZAKLJUČAK

Ovaj pravac u teoriji prava znatno je delovao na kasniji razvoj pravne nauke, tako da se njegov uticaj oseća i danas. Znatan deo udžbeničke literature je i danas pod njegovim uticajem.

Ono što je važnije jeste to da su neki pravni pisci, polazeći upravo od ovog pravca i razvijajući ga u raznim smerovima, stvorili dela znatno višeg teorijskog nivoa. Treba posebno spomenuti Rogena, Šomloa, a naročito Kelzena. U Engleskoj je Ostin izvršio značajan uticaj na Herberta Harta koji je, doduše više kroz kritiku Ostina, utemeljio jedan važan i nov pravac u okviru analitičke pravne teorije koji je i danas predmet mnogih rasprava.

Zanimljiv je i naš autor Toma Živanović koji je u svom „Sistemu sintetičke pravne filozofije”, polazeći od starijih pripadnika ovog pravca (Merkela, Ostina i drugih), stvorio jednu teorijsku nauku (sintetičku filozofiju, kako je on naziva) kao sistem opštih pojmova, pokazujući pritom mnogo veću sistematičnost i logičku doslednost od svojih prethodnika. Moglo bi se reći da je on opštu teoriju prava razvio u ovom pravcu gotovo do krajnjih konsekvenci, da je došao do jedne granice preko koje dalje ne može da se ide. Ono što je neobično, i što odstupa od osnovnih stavova ove škole, jeste to da je Živanović pokušao da sintetizuje i nasleđe jusnaturalizma. Izvodljivost ove ideje može se dovesti u pitanje s obzirom na to da je u neskladu sa odbacivanjem naučnosti prirodnopravnih teorija, na čemu insistiraju njegovi prethodnici.

Koje su to zajedničke karakteristike svih ovih teorija? One, s jedne strane, predstavljaju sisteme opštih i formalnih pojmova, s druge strane odnosile su se isključivo na pozitivnopravne sisteme.³⁰

Često se insistira na bitnoj razlici između Ostinove varijante opšte teorije prava i varijante koju zastupaju kontinentalni pravni pisci. Kaže se, na primer, da ono što razlikuje *allgemeine Rechtslehre* nemačkih pravnika, a posebno Merkelovu varijantu, od Ostinove *analytical jurisprudence*, jeste to da je Ostin došao do opštih pojmova putem razmatranja i upoređivanja normi, principa i institucija zajedničkih za više pravnih poredaka, dok je Merkel do istih došao putem razmatranja raznih grana pravnog poretka vršeći, u suštini, sintezu različitih pravnih nauka.³¹

Da li je to sasvim opravdano? Smatram da nije u potpunosti, i da je razlika između Ostina i kontinentalnih pravnika manja nego što se često misli. Da li je moguće, kako se Ostinu pripisuje, izvesti najopštije pojmove analizom normi različitih pravnih sistema? Problem leži u tome što se u pravnim normama sadržanim u različitim pravnim izvorima mogu

30 Faso, G., 2007, *Istorija filozofije prava*, Podgorica, str. 547.

31 Faso, G., 2007.

relativno retko naći neposredno izraženi pravni pojmovi. Takozvani neposredni pravni pojmovi se nalaze u relativno malom broju. Većina pojmova, naročito onih većeg stepena opštosti, tvorevina su pravne nauke, a pravne nauke su po pravilu konstituisane po pojedinim pravnim granama. Dakle, do većine opštih i osnovnih pojmova Ostin je mogao da dođe jedino analizom pojedinih pravnih nauka. Tako, kada se kaže da Ostin do opštih pojmova dolazi analizom različitih pravnih sistema, smatram da se to ipak svodi na traženje identičnih pojmova do kojih su došle pojedinačne pravne nauke različitih sistema, što nije velika razlika u odnosu na kontinentalne pravnike (mada određene razlike, naravno, postoje). Naravno, ovo je više jedna pretpostavka jer, kako je rečeno, Ostin je ovom delu svog učenja posvetio vrlo malo pažnje.

Najzad, može se postaviti i pitanje da li je opšta teorija prava do kraja ostvariva kada uzmemo u obzir njen osnovni postulat da se do najopštijih pravnih pojmova dolazi analizom i uopštavanjem pojmova sadržanih bilo u različitim pravnim sistemima, bilo generalizacijom pojmova sadržanih u pojedinim pravnim naukama.

Pojmovi kojima se koriste pravne nauke su nešto relativno, nešto što zavisi od pravne tradicije, karakteristika određenog pravnog sistema i slično. Ovo se najbolje uočava ako se uporede sistemi koji pripadaju različitim pravnim tradicijama, odnosno sistemi koji se svrstavaju u različite velike pravne sisteme, odnosno porodice. Pojmovni aparat koji koriste sistemi koji spadaju u anglosaksonsku pravnu tradiciju po mnogo čemu se razlikuju od onog koji se koristi u evropskokontinentalnom pravu. U anglosaksonskom pravu sistematizacija prava na pravne grane se znatno razlikuje od one u evropskokontinentalnom pravu. Mnogi pravni instituti i pojmovi ovog velikog pravnog sistema ne postoje u kontinentalnom pravu.

Naravno, u ovom pogledu postoji mnogo veća podudarnost sistema evropskokontinentalnog prava, ali čak ni tu stvari nisu identične kada se poredi različite zemlje.

Zbog toga se može postaviti pitanje da li je ovakva nauka uopšte moguća? Da li je moguće stvoriti opštu teoriju prava koja bi bila vremenski i prostorno univerzalna? Zbog navedenih razloga, teško da je to tako. To pokazuje i rad pisaca koji su bili predmet analize ovog rada. Svi su oni ipak bili ograničeni na analizu nekih od tadašnjih nacionalnih prava i rimskog prava.

Možda je (uz veliku rezervu) moguće doći do univerzalne definicije samo najopštijeg pravnog pojma, a to je pojam prava. To je oštroumno uočio Korkunov, a donekle i Merkel. Ali ovde se postavlja jedno drugo pitanje. S obzirom na to da se pripadnici ove škole izričito ograničavaju

na analizu pozitivnog prava, pitanje je da li se samo analizom pozitivno-pravnih pojmova može uopšte doći do opšteg pojma prava. Naime, da bi se došlo do pojma prava, njega je potrebno razgraničiti od drugih srodnih pojava (pre svega od drugih društvenih normi), a u tom slučaju se težište izučavanja pomera sa analize pozitivnog prava na jedan širi krug pojava. Ovo je očigledno naročito kada se pogleda metod pomoću koga je Ostin došao do pojma prava.

Sve prethodno izneto dovodi nas do pitanja da li je uopšte moguća opšta teorija prava (jurisprudencija) kao univerzalna nauka. O ovome, međutim, ne možemo dalje raspravljati.³²

Ipak, bez obzira na sve nedostatke, opšta teorija prava donela je niz korisnih rezultata. Pre svega, precizirala je analizu niza pravnih pojmova (slično kao škola pojmovne jurisprudencije) i dala podsticaj daljem razvoju pravne nauke u različitim pravcima.

LITERATURA

1. Austin, J., 1954, *The Province of Jurisprudence Determined*, London.
2. Austin, J., 1885, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, London.
3. Bentham, J., 1967, *Principles of Morals and Legislation*, Oxford.
4. Dajović, G., 2015, *Ogled o metajurisprudenciji*, Beograd.
5. Faso, G., 2007, *Istorija filozofije prava*, Podgorica.
6. Hart, H. L. A., 1985, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford.
7. Hobz, T., 1961, *Levijatan*, Beograd.
8. Karbonije, Ž., 1992, *Pravna sociologija*, Novi Sad.
9. Korkunov, N. M., 2000, *General Theory of Law*, Washington, D.C.
10. Lukić, R. D., 1978, Pojam teorije prava, *Zbornik za teoriju prava*, sveska 1, SANU, Beograd.
11. Merkel, A., 1904, *Juristische Encyclopädie*, Berlin.
12. Merkel, A., 1890, *Elemente der allgemeinen Rechtslehre*, Leipzig.
13. Merkel, A., 1874, Über Verhältnis der Rechtsphilosophie zur „positive“ Rechtswissenschaft und zu allgemeinen Teil derselben, *Grünhut's Zeitschrift*, Sec.
14. Nikolaus, F., 1821, *Juristische Encyclopädie*, Kiel.
15. Pound, R., 1959, *Jurisprudence*.
16. Raz, J., *Can there be a Theory of Law*, New York.
17. Somlo, F., 1917, *Juristische Grundlehre*, Leipzig.
18. Vinsent, E., 2009, *Teorije države*, Beograd.

32 O ovom pitanju videti opširnije u: Raz, J., 2004, *Can there be a Theory of Law*, New York; Dajović, G., 2015, *Ogled o metajurisprudenciji*, Beograd.

19. Vodinelić, V. V., 1991, *Građansko pravo – uvodne teme*, Beograd.
20. Živanović, T., 1926, Konstrukcija jednog novog pravnofilozofskog pravca, pravca dvovrsne sintetičke pravne filozofije, *Glas Srpske kraljevske akademije*, CXVIII, Drugi razred, knj. 65.
21. Živanović, T., 1921–1959, *Sistem sintetičke pravne filozofije*, Beograd.

GENERAL THEORY OF LAW – ORIGINS AND SCOPE

Dušan Vranjanac

SUMMARY

In this article the author deals with the origins of a theoretical legal discipline called General Theory of Law (*Allgemeine Rechtslehre*) or jurisprudence as it is called in England. After a short historical survey of the development of attempts to theoretical analysis of law, the author analyses works of certain authors considered to be the founders of this discipline (Austin, Merkel, Korkunov). The conclusion is concerned with the importance and scope of this science.

Key words: Theory of Law, Jurisprudence, General Legal Concepts, Necessary Legal Concepts.

Dostavljeno Redakciji: 7. juna 2016. god.

Prihvaćeno za objavljivanje: 24. juna 2016. god.