

Prof. dr Zlatko Stefanović*

IDENTIFIKACIJA PRAVNIH PRAZNINA

Apstrakt: *Republika Srbija već par decenija donosi veliki broj propisa. Na godišnjem nivou, u poslednjih bar pet godina, Skupština RS donosila je, u proseku, skoro svakog radnog dana po jedan zakon.¹ Ovako velika zakonodavna aktivnost nije spojiva sa kvalitetom, a to je i vladajuće mišljenje u stručnoj javnosti, ali i među građanima koji nisu stručnjaci za pravo. Brojni su nedostaci ovako velikog broja brzo donetih propisa, po pravilu bez odgovarajuće javne rasprave. Za ovako veliki broj propisa nije ni moguće obezbediti kvalitetne tekstove, kao ni javnu raspravu, čak i da se sa time ozbiljno pokušalo. Nesporno je i da među ovim propisima ima i kvalitetnih tekstova, kao i da je organizovano više javnih rasprava koje su bile uspešne i efikasne, zahvaljujući kojima su neki nacrti propisa povučeni iz procedure usvajanja, ali su neki i značajno poboljšani. Jedan od nedostataka donetih propisa je postojanje većeg broja pravnih praznina. Ovaj rad pokušava da ukaže na neke metode identifikacije pravnih praznina i tako da skroman doprinos poboljšanju kvaliteta tekstova propisa koji će se usvajati. Osim pokušaja da da praktičan doprinos, rad pokušava i da ispita granice mogućnosti metodologije u otkrivanju pravnih praznina.*

Ključne reči: pravne praznine, metodologija, pravna kategorija.

I. IZRAZ I POJAM PRAVNE PRAZNINE

Pod izrazom „pravna praznina” razumeju se vrlo različite kategorije. Pravna praznina shvata se kao: 1) propust zakonodavca da uopšte ure-

* Redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beograd
e-mail: zlatko.stefanovic@pravnikafakultet.rs

1 U 2012. godini Skupština RS donela je 239 zakona od čega 60% po hitnom postupku (podatak preuzet iz Pregleda aktivnosti Narodne skupštine Republike Srbije u 2012. godini, str. 2). U 2011. doneto je 209 zakona od čega 54,5% po hitnom postupku (Pregled aktivnosti u 2011. godini, str. 2). U 2010. doneto je 207 zakona od kojih 51,2% po hitnom postupku (Pregled aktivnosti u 2010. godini, str. 2). U 2009. godini broj donetih zakona iznosio je 316 od čega 46,8 % po hitnom postupku (Pregled aktivnosti u 2009. godini, str. 2). U 2008. doneto je 186 zakona od čega 58 po hitnom postupku (Pregled aktivnosti u 2008. godini, str. 2). Za pet godina doneto je 1.157 zakona od čega 600 po hitnom postupku, tj. oko 52%. Podaci su preuzeti sa sajta Narodne skupštine RS (<http://www.parlament.gov.rs/narodna-skupstina-/narodna-skupstina-u-brojkama/pregled-aktivnosti-narodne-skupstine.1742.html>).

di jedan odnos koji je pravni – odnos koji ne spada u slobodan pravni prostor; 2) nedovoljna preciznost zakonske odredbe (kao npr. kod pravnih standarda); 3) nejasnoća odredbe zbog nejasnih izraza koje koristi; 4) protivrečnost odredaba različitih propisa; 5) tehnička pravna praznina, i drugo.² U tekstovima se često počinje razmatranje o tome šta je pravna praznina, kao da je reč o nečemu što je nesporno, te se o tome traži odgovor, definicija ili se razmatra na drugi način. Reč je o čestoj metodološkoj grešci čija je ključna karakteristika da se počinje od raspravljanja „šta je nešto”, hipotetički ili sa drugim autorima, sa ciljem da se izvuče zaključak o „ispravnosti” (razume se, sopstvenog shvatanja) i dâ definicija koja pretenduje na ispravnost.

Ako je reč o izrazu, npr. „pravna praznina”, moguće je istraživati uobičajeno značenje tog izraza, ili najčešće značenje u literaturi, ili prema nekom drugom kriterijumu odrediti na šta se ovaj izraz odnosi. Međutim, to nam ništa ne govori o pojmu (npr. pojmu „pravna praznina”), a još manje o „ispravnosti” sadržine pojma koji označava izraz („pravna praznina”). Kada je reč o sadržini pojma, nju je uvek potrebno odrediti. Ako je ona uobičajena, ustaljena, opšteprihvaćena, onda nema potrebe za njenim definisanjem, te utoliko pitanje „ispravnosti” pojma postaje besmisleno. Ako se polazi od uobičajene sadržine, onda je ona prihvaćena i nema potrebe raspravljati o ispravnosti. Obrnuto, ako se ne prihvata uobičajena sadržina, onda se ne može govoriti o ispravnosti, već treba definisati sadržinu. Ovo zbog toga što se pojam uvek izražava znakom (ovde rečima: „pravna praznina”, a i reči su samo znaci). Pojam je u upotrebi neodvojiv od znaka. Jedino se znakom posreduje pojam. Zbog toga rasprava o ispravnosti sadržine pojma uvek postaje rasprava o značenju znaka, a kada je reč o ovom drugom, tu se može govoriti samo o uobičajenom značenju ili neuobičajenom – specijalnom koje je dodeljeno na različite načine (voljom zakonodavca, voljom autora teksta i drugo). Zbog toga ovaj rad neće raspravljati o tome šta je pravna praznina, već će obrnutim postupkom odrediti o čemu će da raspravlja i to označiti izrazom pravna praznina (samo za potrebe ovog rada). Rad ne pretenduje da nametne značenje izraza pravna praznina, već samo želi da raspravlja o *pojavi* koja će biti označena (za potrebe ovog rada) izrazom *pravna praznina*, i to iz ugla pronalaženja, identifikacije, odnosno izbegavanja stvaranja pravnih praznina.

2 O pojmu i klasifikacijama pravnih praznina videti: Nenadić, B., Kartag-Odri, A., Manojlović-Andrić, K., 2008, Problematika pravnih praznina u ustavnoj jurisprudenciji – primer Republike Srbije, *Pravni život*, 14, tom VI, str. 669–693; Vodinić, V. V., 2012, *Građansko pravo, Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava*, Beograd, Pravni fakultet Univerziteta Union i Službeni glasnik, str. 154. i d.; Röhl, K. F., Röhl, H. C., 2008, *Allgemeine Rechtslehre*, 3. neu bearbeitete Auflage, Köln, München, Carl Heymanns Verlag.

Pravna praznina se u ovom radu shvata kao pojava, i to normativna pravna pojava, a tek onda kao pojam. Kao pojava, ona podrazumeva da postoji nezavisno od saznanja za nju i označavanja znakom, a osobina normativnosti označava da je reč o pravilima koja pretenduju da odrede ponašanje (da propišu). Ova pravila pripadaju grupi pravnih pravila. Ona može biti shvaćena i na druge načine. Na početku rada dati su primeri šta sve može da se podrazumeva pod pojmom pravna praznina, ali cilj ovog rada nije da raspravlja o pravnom pojmu pravne praznine ili značenju izraza „pravna praznina”, već o pravnoj praznini kao pojavi, i to iz ugla otkrivanja (pronalaženja) pravnih praznina. Zbog toga se ovaj rad ograničava na ispitivanje pojma „pravna praznina” i utvrđivanje (identifikaciju) njenog postojanja.³ Rad se ne bavi popunjavanjem pravnih praznina.

1. NAČELNA (NE)MOGUĆNOST POSTOJANJA PRAVNIH PRAZNINA

Pre pokušaja da se odredi pravna praznina kao pojava, postoji načelan problem mogućnosti postojanja pravnih praznina. Ako se pravna praznina shvata kao norma koja nedostaje (za sada, bez obzira na razlog nedostatka: nejasnoća, propust da se normira, protivrečnost u propisima...), mora se razrešiti načelno pitanje: Da li je uopšte moguće da pravna norma nedostaje u pravnom sistemu? Iz ugla pozitivnog prava, postoje dve velike celine u pravnim sistemima. Jedna je kaznenopravna (krivično pravo, privredni prestupi, prekršaji) i druga je civilnopravna (u najširem smislu te reči) koja obuhvata sve ostale norme koje se ne mogu kvalifikovati kao kaznenopravne.

Iz ugla kaznenog prava, važi čuveni princip *Nulum crimen, nula poena sine lege*, koji podrazumeva da nema kažnjavanja ako ne postoji norma koja to predviđa. Iz ugla pravnih praznina, nema ni pravnih praznina, osim ako se pravna praznina shvata kao odsustvo uređenja uopšte (uz pretpostavku da je određeni odnos morao biti uređen). Međutim, u kaznenom pravu se ne može smatrati da postoje propusti u normiranju zbog toga što norma ne postoji, niti se takav nedostatak može popunjavati primenom pravila o pravnim prazninama. Naprotiv, pretpostavlja se da tvorca norme nije ni hteo da predvidi ono što nije predvideo, što implicira da nema ni pravnih praznina. Ipak, ovaj stav zaslužuje da se preispita, zavisno od toga kako se pravna praznina shvati. Iz ugla civilnog prava, ne važi

3 Utoliko je rad ograničen samo na dva od tri tradicionalna elementa logičkog zaključivanja – pojam i postojanje (nepostojanje) nečega. Opširnije, videti: Kaufmann, A., 1999, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung, Eine rationale Analyse*, München, C. H. Beck, str. 44. i d.

princip predviđenosti kao u kaznenom pravu, ali važi jedan drugi princip – princip da sud ne može odbiti zaštitu pozivanjem na to da za rešenje konkretnog pitanja (spora, slučaja) ne postoji pravna norma. Ovaj stav se ne zasniva na ovlašćenju suda do donosi norme, već na pretpostavci da norma za svaku situaciju postoji, makar da je reč o tzv. opštim normama, principima, načelima iz kojih se može izvesti norma i za konkretnu situaciju. Ovo pokazuje da se svaki pravni sistem postarao da popuni sve pravne praznine, na jedan ili drugi način, zbog čega bi moglo da se kaže da pravnih praznina i nema.

Prikazana logika tvorca pravnog sistema koja bi trebalo da pokaže da pravnih praznina nema, uklanja pravne praznine u krajnjem rezultatu – primeni norme na određenu situaciju, ili bar to želi da učini. Iz ugla primene, ne može se osporiti da sistem funkcioniše. Zaista nema kazni bez prethodne predviđenosti, kao što nema ni odluka u kojima je sud odbio da sudi zbog toga što ne postoji norma koju bi primenio na određenu situaciju. U konačnom rezultatu – primeni prava, praksa nikada ne priznaje da pravnih praznina ima.⁴ Zbog toga se u ovom radu pravne praznine i ne shvataju na ovaj način.

2. IZRAZ I POJAM PRAVNE PRAZNINE U OVOM RADU

Za potrebe ovog rada pravna praznina se shvata kao nepotpuno uređenje jednog pravnog odnosa. Izostavljeni su odnosi koji nisu uopšte uređeni, čak i ako ne bi trebalo da spadaju u pravno slobodan prostor. Identifikacija pravnih odnosa koji uopšte nisu uređeni zahteva drugačiji metod i argumentaciju. No, nije reč samo o metodu. Reč je pojavi drugačije vrste. Neuređeni pravni odnosi imaju bitno drugačije karakteristike od pravnih odnosa koji su uređeni, ali sa pravnom prazninom. Kada odnos uopšte nije uređen, a ne spada u pravno slobodan prostor, to nije pravna praznina, već praznina u pravu. Pravna praznina implicira uređenost, ali sa nedostatkom. Praznina u pravu podrazumeva neuređenost, tako da se ne može govoriti o nedostatku uređenja, već o odsustvu uređenja. Kako nema ni uređenja, onda ne može biti ni praznine u njemu. Identifikacija ovakvog nedostatka zahteva prepoznavanje pravno uredivih odnosa i onih koji to nisu. Identifikacija pravnih praznina već nailazi na uređen pravni odnos, ali sa nedostatkom.

Pravna praznina kao pojam ne obuhvata u ovom radu ni pravne standarde, nejasne ili neodređene pojmove. Kod ovakvih pojmova postoji pravna uređenost, ali sa nedostatkom koji se identifikuje kao praznina.

⁴ Uporedi: Wank, R., 2001, *Die Auslegung von Gesetzen*, 2. überarbeitete Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag, str. 3. i dalje.

Norma postoji, a da li je ona jasna ili nije, precizna ili neprecizna, praktično primenljiva ili ne, to je sada pitanje za neki drugi pristup, jer i ovakvi nedostaci ne znače da norme nema. Naprotiv. Norme ima, samo što može postojati dilema kako je primeniti, ali se to pitanje može pojaviti, pre ili kasnije, kod svake norme. Formulisanje pojedinačne norme na osnovu opšte uvek nailazi na problem podvođenja situacije pod normu. Logički silogizam, po pravilu, daje rezultat samo u malom broju situacija. Zbog toga se redovno nailazi na dilemu da li je određena norma odgovarajuća za određenu situaciju, ali se to u ovom radu ne kvalifikuje kao pravna praznina.

Pravna praznina je relativan pojam. Apsolutan pojam koji bi mogao da se primeni uvek, verovatno da i nije moguć.⁵ Umesto nastojanja da se pojam pravne praznine odredi tako da važi „uvek i svuda”, ovaj pojam će biti određen u odnosu na neki sistem normi. Pravnu prazninu uvek treba odrediti u odnosu na neki sistem normi. Pravna praznina može postojati u određenom zakonu, u setu povezanih zakona, u određenom podzakonskom aktu, ali i u običaju, moralnoj normi, kao i u drugim vrstama normi. Identifikacija pravne praznine u određenom zakonu još uvek ne znači da ona neće biti popunjena primenom drugog zakona ili normi iz drugog izvora. Ako bi se shvatila nezavisno od određenog izvora normi, pravna praznina nikada ne bi postojala (primenom pravila koja važe za kazneno i civilno pravo).

Sistem normi prema kome se utvrđuje postojanje pravne praznine mora biti određen. Ako toga nema, nemoguće je tvrditi da pravna praznina postoji. Isto tako, nemoguće je tvrditi da pravna praznina postoji u odnosu na celokupan pravni sistem neke države jer pravni sistemi država predviđaju mehanizme za njihovo popunjavanje i praktično isključuju mogućnost nedostatka norme. Iz ovakvog određenja proizlazi i relativan pojam pravne praznine. Zbog toga možemo govoriti samo o pravnoj praznini iz ugla određenog dela pravnog sistema (npr. zakona) i tvrditi da u tom delu pravnog sistema nedostaje norma. Moguće je pokazati da je ona popunjena drugim delom pravnog sistema, ali to ne mora da promeni stav o postojanju utvrđene pravne praznine, koji se može zasnivati na tvrdnji da taj deo pravnog sistema (npr. zakon) ne sme imati takvu pravnu prazninu koju bi trebalo popunjavati drugim izvorima. Ovo ne važi samo kada je reč o zakonicima, već o bilo kom propisu, odnosno izvoru pravnih normi.

Pravna praznina je za potrebe ovog rada određena kao nedostatak jednog ili više bitnih delova pravnog instituta određeno propisa ili izvora

5 Uporedi: Bok, M., 2012, Objašnjenje i razumevanje u društvenim naukama: nomotehnički i ideografski pristup, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1, str. 5–20.

pravnih normi. Jedan izvor pravnih normi (npr. zakon, podzakonski akt) koji predstavlja celinu, obično iz ugla neke vrste odnosa, sačinjen je od pravnih instituta. Zavisno od vrste odnosa koje uređuju i načina na koji se to čini, pravni instituti imaju svoju strukturu koja se prepoznaje kao unutrašnja struktura pravnog instituta, ali osim nje postoji i spoljašnja struktura. Unutrašnja struktura pravnog instituta odnosi se na njegovu celovitost – potpuno uređenje određenog pravnog odnosa. Spoljašnja struktura odnosi se na relacije prema drugim pravnim institutima, te celine (tog propisa) ili neke druge (propisa tog pravnog sistema, ali i drugih izvora koji se u tom pravnom sistemu priznaju kao izvori prava).

II. UNUTRAŠNJA STRUKTURA PRAVNOG INSTITUTA

1. SUBJEKTI, PROSTOR I VREME – REALNA STRUKTURA

Pravne norme se odnose na lica i njihovo ponašanje. Zbog toga se i pravni instituti sačinjeni od pravnih normi odnose na lica i njihovo ponašanje. U pogledu lica, pravni institut mora da odredi lica na koja se odnosi. Ako nema posebnih uslova, onda se podrazumeva da on može da se odnosi na svako lice. Pravna norma ne mora da precizira lica ako svoje važenje zasniva na drugom kriterijumu (npr. na prostornom važenju ili važenju po vrsti odnosa). Ali čak i kada pravni institut ne važi po kriterijumu lica, preko drugog kriterijuma, koji je određen kao osnov važenja, mora biti moguće da se dođe do lica prema kojima važi. Ako to nije moguće, onda pravni institut sadrži pravnu prazninu u normama koje ga uređuju.

Prostor i vreme su takođe bitni elementi svakog pravnog instituta.⁶ Norme koje one sadrže moraju početi da važe nekog momenta i moraju prestati da važe. Ali i prava i obaveze koji su sadržani u pravnom institutu imaju svoje vremensko važenje. Pravo uvek mora da se odredi u pogledu vremena važenja, ne samo iz ugla propisa, već i iz ugla prava i obaveza subjekata na koje se odnosi, odnosno promena koje nastupaju u pravima ili obavezama. Propust da se odredi vreme, na razne načine može predstavljati pravnu prazninu. Može biti nejasno od kog momenta se stiče pravo (ako je bitno odrediti momenat sticanja prava), od kog momenta se ono menja ili prestaje. To isto važi i za obaveze. Može biti nejasno i u kom roku neka radnja mora biti preduzeta ili izvršena, odnosno okončana ili u kom se roku radnja ne sme preduzimati.

6 Pa tako i pravni instituti postoje u prostoru i vremenu. Opširnije, videti: Vranjanac, D., Dajović, G., 2007, *Osnovi pravnog sistema sa metodologijom prava*, drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu i Službeni glasnik, str. 111–121.

Prava i obaveze stiču se i važe na određenom prostoru. Prostor je značajan i za samo važenje propisa, kao i za njegovu sadržinu. Propisi se donose za određenu teritoriju i važe na njoj, ali to ne znači mnogo, jer oni ne važe prema teritoriji nego bi trebalo da važe prema subjektima i u odnosu na događaje, činjenice. Kada se sve okolnosti „slažu”, pitanje se i ne postavlja i pravna praznina se ne uočava. Međutim, kada se pojavi „nesklad” u činjenicama, pojavljuju se i pitanja važenja samog propisa, ali i prava i obaveza koje postoje. Interesantno je da danas propisi ne sadrže određenje „za koga” ili „gde” važe. Tako, npr. Zakon o obligacionim odnosima određuje da se njime uređuju odnosi koji nastaju iz ugovora, prouzrokovanja štete, sticanja bez osnova, posloводства bez naloga, jednostrane izjave volje i drugih zakonom utvrđenih činjenica.⁷ Dakle, određeno je u odnosu na *šta* on važi, ali ne i za *koga* i *gde*. Ako posmatramo jedan ugovor, ovaj zakon važi za ugovore, ali je ovde pitanje u tome da li on važi za ugovore koje zaključio domaći državljanin samo sa drugim domaćim državljaninom, samo na teritoriji Republike Srbije (bez obzira sa kim) ili bilo gde u svetu sa bilo kime. Nema određenja da li on važi personalno (samo za domaće državljanine) ili teritorijalno (za svakoga ko se nađe na domaćoj teritoriji). Kada je reč o samim propisima, onda obično ne postoji problem odrediti njihovo vremensko važenje, ali redovno postoji problem odrediti da li oni važe teritorijalno ili personalno. I to je redovno pravna praznina mnogih propisa. Ako nije jasan kriterijum važenja propisa, onda nije jasno ni da li postoji konkurencija u pogledu važenja sa propisima drugih država ili sa međunarodnim izvorima prava (tzv. sukob zakona). Čak ni propisi koji rešavaju sukob zakona⁸ ne određuju kriterijume važenja drugih propisa (o čijem sukobu govore), već se bave rešavanjem sukoba, iako sâm sukob nije ni identifikovan, već je ostao u sferi pravne praznine. Nije moguće primeniti nekakav „reverzibilni” postupak i iz rešenja o sukobu zakona izvući zaključak o kriterijumu važenja propisa. Kolizione norme biraju samo po

7 Član 1. Zakona o obligacionim odnosima, *Sl. list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Sl. list SRJ*, br. 31/93 i *Sl. list SCG*, br. 1/03 – Ustavna povelja.

8 Tako član 1. stav 1. Zakona o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja, *Sl. list SFRJ*, br. 43/82 i 72/82 – ispr., *Sl. list SRJ*, br. 46/96 i *Sl. glasnik RS*, br. 46/06 – dr. zakon, predviđa da on sadrži norme o određivanju merodavnog prava za statusne, porodične i imovinske, odnosno druge materijalnopravne odnose s međunarodnim elementom. Ovde je kriterijum konkurencije pravna kategorija „međunarodni elemenat”, ali nijednim propisom i nijednom odredbom toga zakona ona nije određena, a preko nje bi trebalo odrediti da li postoji konkurencija propisa, odnosno važenje domaćih propisa. Ni novi nacrt Zakona o međunarodnom privatnom pravu ne donosi ništa novo. Njegov član 1. stav 1. glasi: „U privatnopravnim odnosima sa međunarodnim elementom, ovaj Zakon uređuje...”. Reč je, očigledno, o istovetnoj odredbi koja ne popunjava pravnu prazninu o važenju propisa i postojanju međunarodnog elementa.

jednu tačku vezivanja preko koje rešavaju sukob zakona, ali ta tačka vezivanja ne može biti kriterijum važenja propisa generalno, odnosno identifikacije postojanja stranog elementa i konkurencije propisa.⁹

Dakle, osnovni elementi unutrašnje strukture svakog pravnog instituta, ali i propisa su: subjekti (lica), prostor i vreme. Ono što pravni institut predviđa mora biti određeno po kriterijumu *za koga* važi (kako iz ugla propisa, tako i iz ugla sadržine – prava i obaveza), kao i *na kojoj teritoriji* i *u kom vremenskom periodu*. Propuštanje da se ovi elementi odrede stvara pravnu prazninu, a utvrđenje da je to propušteno je identifikuje.

Elementi: lica, prostor i vreme su *realni* elementi pravne norme. Oni su „realni”, ne u smislu stvari (*res* – stvar), već u smislu postojanja koje se zatiče, nezavisno od pravnih normi i pravnih sistema. Njih pravo zatiče i oni ne zavise od prava, već pravo od njih. Čak i kada pravo nešto propisuje u odnosu na ove elemente, ono to može da čini samo iz ugla njihovog značaja za pravo, ali nijedan pravni sistem ne može bez njih. Oni su zbog toga pretpostavka postojanja pravnog sistema i čine realnu strukturu pravnih normi. Struktura pravne norme je samo jedan od rezultata pravne metodologije. I pored obimnih pisanja o pravnoj metodologiji, ona se u praksi nije nametnula kao značajno sredstvo u kreiranju normi i njihovoj primeni.¹⁰

2. PRAVA, OBAVEZE I ODGOVORNOST – OSNOVNA PRAVNA STRUKTURA

Svrha svake pravne norme je da odredi nečije pravo, obavezu i odgovornost za povredu nečijeg prava, odnosno neispunjenja sopstvene obaveze. Kada je reč o pravima, norma mora da uredi sticanje (zasnivanje, nastanak) prava, njegovu sadržinu (na koji način i prema kome i/ili prema čemu se vrši) i prestanak. U odnosu na sticanje, norma treba da uredi tzv. osnov sticanja – činjenice na kojima se zasniva sticanje (npr. volja određenih lica, sâm zakon, činjenice koje postoje u realnom svetu), ali i na-

9 Npr. iz odredbe člana 20. stav 1. tačka 18. Zakona o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja, koja predviđa da je za ugovor o licenci merodavno pravo mesta gde se u vreme zaključenja ugovora nalazilo sedište primaoca tehnologije, ne može se zaključiti da li postoji sukob zakona ako obe ugovorne strane pripadaju istoj državi, ali je samo pravo industrijske svojine koje se ustupa registrovano na teritoriji druge države.

10 Opširnije, videti: Vračar, S., 2000, *Preispitivanja pravne metodologije, Nagoveštaji državno-pravnog integralizma*, Beograd, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Službeni list SRJ; Bydliński, F., 1982, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Wien, New York, Springer-Verlag; Lukić, R. D., 2003, *Metodologija prava*, 5. izdanje, Beograd, Justinijan.

čin sticanja preko koga se određuje i momenat sticanja (faktor vremena iz prethodne grupe elemenata). Za sadržinu prava bitan je način na koji se pravo vrši. Tu se redovno razlikuje vršenje prava koje je upravljeno prema licima i vršenje prava koje je upravljeno prema dobrima, ali se i u okviru ovog razlikovanja mogu vršiti još mnoga razlikovanja. Iz ugla pravnih praznina, bitno je da se odredi sadržina prava, a brojne vrste prava (reč je, razume se, o subjektivnim pravima) razlikovaće se po svojoj sadržini. Na kraju, prava traju neko vreme i gase se, zbog čega treba urediti i prestanak prava. Uređenje prestanka je isto kao i uređenje zasnivanja. Potreban je osnov prestanka, ali je potrebno odrediti i momenat prestanka prava. I jedno i drugo zasnovano je na činjenicama koje treba odrediti kao i kod sticanja prava.

Nasuprot prava nalaze se obaveze. Pravo koje neko ima stvara obaveze za nekog drugog. Tu se uočava da postoji određena ravnoteža. Ukoliko se pravo vrši u većoj meri prema dobru, utoliko se manje vrši prema licu i obrnuto. Nekada se obaveza drugog lica svodi na obavezu pasivnosti – da ne ometa vršenje prava drugog lica, a lice koje ima pravo vrši svoje pravo u odnosu na neko dobro (npr. stvar). Ima i prava koja se vrše prema drugom licu tako što su ovlašćenja upravljena prema subjektu, a ne prema nekom dobru. I kada je reč o obavezama, potrebno je da se uredi preuzimanje (zasnivanje, nastanak) obaveze, njena sadržina (na koji način i prema kome i/ili prema čemu postoji). U odnosu na preuzimanje, norma treba da uredi osnov preuzimanja, ali i momenat nastanka. Za sadržinu obaveze bitan je način na koji se ona ispunjava. Za razliku od prava koje se može vršiti i prema dobru, obaveza se uvek ispunjava prema licu, čak i kada se radnja ispunjenja sastoji u radnji koja se preduzima prema nekom dobru. Iz ugla pravnih praznina, bitno je da se odredi i sadržina obaveze, kao i sadržina prava. Isto važi i za prestanak obaveze. Uređenje prestanka je isto kao i uređenje zasnivanja. Potreban je osnov prestanka, ali je potrebno odrediti i momenat prestanka. I jedno i drugo zasnovano je na činjenicama koje treba odrediti kao i kod prestanka prava.

Odgovornost ima svoje ključne celine. Odgovornost nastupa zbog neispunjenja obaveza, ali sâmo neispunjenje redovno nije dovoljan osnov, već se redovno traže i drugi uslovi. Ovi dodatni uslovi nekada se tiču samog lica koje nije ispunilo obavezu (kao što je krivica), a nekada je značajno postojanje drugih okolnosti koje se ne vezuju za lice, već je reč o činjenicama realnog sveta, zbog čega odgovornost može da nastupi i prema licu koje nije bilo obavezno da nešto ispuni. Uobičajeno se govori o pretpostavkama ili uslovima za nastupanje odgovornosti. Ako su uslovi ispunjeni, nastupa odgovornost koja ima svoju sadržinu, a ona se redovno sastoji u nekoj obavezi koja se obično naziva sankcija. Potrebno je ispitati

i urediti i eventualno isključenje odgovornosti po osnovu postojanja nekih okolnosti, što čini sastavni deo uslova za odgovornost. Odgovornost ne kreira prava, već obaveze koje su nekada delom iste sa obavezom zbog koje je odgovornost nastupila, a nekada potpuno drugačije. Pravo mora da odredi sadržinu odgovornosti – obaveze koje nastaju zbog neispunjenja obaveze, kao i kada prestaje odgovornost, odnosno obaveze koje nastupaju kao posledice neispunjenja obaveza.

Naročito iz ugla odgovornosti, ali to može biti važno i za prava i obaveze, potrebno je urediti i postupke. Postupak može da se odvija pred nekim organom, odnosno institucijom koja je ovlašćena da vodi odgovarajuće vrste postupaka, ali i tako što ga organizuju sami učesnici jednog pravnog odnosa. Postupak treba razumeti tako da on može da obuhvata vrlo jednostavne radnje – od neformalne izjave volje koja se upućuje nekome, do složenog postupka pred sudom. U tom postupku mora biti jasno ko su učesnici, kako se on otpočinje, kako teče i kako se okončava.

Prava, obaveze i odgovornost čine osnove pravne strukture, ali na realnim osnovama. Svako pravo, obaveza ili odgovornost tiče se neke činjenice, prošle ili buduće, nezavisne od ljudskog ponašanja ili zavisne od nje. Dok realna struktura postoji nezavisno od prava i pravo je zatiče kao pretpostavku svog postojanja, realna pravna struktura se zasniva na činjenicama (nečemu što takođe postoji u realnom svetu), ali mu pridodaje i elemente specifične za pravo kao sistem – prava, obaveze i odgovornosti. Cilj ove strukture je da odredi vezu između činjenica i prava kao sistema, a propuštanje uređenja ovog odnosa se pokazuje kao pravna praznina.

Kada je reč o samoj sadržini, prava imaju svoj osnov nastanka, svoju sadržinu i prestanak, a to važi i za obaveze i odgovornost. Za sve treba odrediti u čemu se sastoje i da li postoji odgovarajući ili drugačiji pravni efekat u tuđoj pravnoj sferi, kao i rang prava u situaciji konkurencije prava, ali to važi i za obaveze i odgovornost.

Nastanak prava, obaveze ili odgovornosti:

	Pravo	Obaveza	Odgovornost
Nastanak	Prirodna veza (ljudsko biće ima prava na svim dobrima koja prirodno čine deo njegovog bića), kao što je život, telesni integritet		
			Neispunjenje obaveze/ povreda prava
	Društvena veza (između subjekata nastaju odnosi koji se zasnivaju na uzajamnosti iz kojih proizlaze prava zasnovana na principu da se očekuje jednako uzajamno postupanje subjekata) zasnovana na principu ravnopravnosti, kao što je ugled, privatnost	Društvena veza	Društvena veza
	Volja (sticaooca ili ustupioca)	Volja	Volja
	Činjenice (dogadaji, radnje) za čije se postojanje vezuje sticanje prava	Činjenice (dogadaji, radnje) za čije se postojanje vezuje sticanje obaveze	Činjenice (dogadaji, radnje)
	Pojedinačni akt organa koji odlučuje o sticanju prava	Pojedinačni akt organa koji odlučuje o sticanju prava	Pojedinačni akt organa koji odlučuje o odgovornosti
	Propis (kada dodeljuje ovlašćenje bez obzira na postojanje prethodnih osnova)	Propis	Propis
	Složen osnov koji uključuje kombinaciju navedenih osnova	Složen osnov koji uključuje kombinaciju navedenih osnova	Složen osnov koji uključuje kombinaciju navedenih osnova
	Postupak sticanja (izjava volje, postupak pred organom, sâm zakon)	Postupak sticanja (izjava volje, postupak pred organom, sâm zakon)	Postupak nastupanja (izjava volje, postupak pred organom, sâm zakon)

Sadržina prava, obaveze ili odgovornosti:

	Pravo	Obaveza	Odgovornost
Sadržina	Vršenje različitih ovlašćenja prema dobrima (npr. stvarima), kao što su davanje, činjenje, nečinjenje	Dužnost preduzimanja različitih radnji (davanje, činjenje) ili uzdržavanje (nečinjenje, trpljenje) prema određenom licu	Dužnost preduzimanja različitih radnji (davanje, činjenje) ili uzdržavanje (nečinjenje, trpljenje)
	Raspolaganje pravom (ustupanje, prenos celokupnog prava na drugo lice ili njegovog dela)	Dužnost da se raspolože pravom (ustupanje, prenos celokupnog prava na drugo lice ili njegovog dela)	Dužnost da se raspolože pravom (ustupanje, prenos celokupnog prava na drugo lice ili njegovog dela)
	Davanje izjave volje (koja različito utiče na sopstvena ili tuđa prava, obaveze ili odgovornost)	Dužnost da se dâ izjava volje	Dužnost da se dâ izjava volje
	Zahtev da se ne ometa vršenje sopstvenih prava	Dužnost pasivnosti prema neodređenom krugu lica i njihovim pravima	
	Ovlašćenje da se preduzme neka radnja (u cilju dobijanja ispunjenja obaveze ili u cilju zaštite)	Dužnost da se trpi preduzimanje radnje kojom ovlašćeno lice ostvaruje svoje pravo ili ga štiti	
	Ovlašćenje da se odlučuje o tuđim pravima, obavezama ili odgovornosti (samostalno ili sa drugim licima)	Dužnost da se donese odluka ili učestvuje u odlučivanju	

Prestanak prava, obaveze ili odgovornosti:

	Pravo	Obaveza	Odgovornost
Prestanak	Iscrpljivanjem ovlašćenja (kada se vršenjem ovlašćenja iscrpi i samo pravo, što se odnosi na ovlašćenja koja sa svakim vršenjem umanjuju ostatak prava) ili mogućnosti vršenja ovlašćenja	Ispunjenjem	Ispunjenjem obaveze koja se ima po osnovu odgovornosti
	Voljom (kao npr. kod derelikcije) samog imao- ca prava ili drugog lica	Voljom ovlašćenog lica	Voljom odgovornog lica
	Sticanjem prava od strane drugog lica, ako to isključuje mogućnost vršenja prava imao- ca	Prenosom na drugo lice	Prenosom obaveze nastale po osnovu odgovornosti na drugo lice
	Protokom vremena	Protokom vremena	Protokom vremena
	Poništenjem ili ukidanjem (po samom zakonu ili odlukom nadležnog organa)	Poništenjem ili ukidanjem (po samom zakonu ili odlukom nadležnog organa)	Poništenjem ili ukidanjem (po samom zakonu ili odlukom nadležnog organa)
	Dejstvom okolnosti (viša sila, propast objekta i dr.)	Dejstvom okolnosti (viša sila, propast objekta i dr.)	Dejstvom okolnosti (viša sila, propast objekta i dr.)
	Postupak prestanka (izjava volje, postupak pred organom, sâm zakon)	Postupak prestanka (izjava volje, postupak pred organom, sâm zakon)	Postupak prestanka (izjava volje, postupak pred organom, sâm zakon)

3. RAZVOJ PRAVNE STRUKTURE – APSTRAKTNA STRUKTURA

Pravne praznine mogu da se pojave zbog toga što nedostaje neki od elemenata osnovne strukture, ali se ona može pojaviti i kada postoje svi elementi osnovne strukture zbog toga što nisu jasna pravna dejstva prava, obaveza i odgovornosti. Realna struktura norme vezuje se za činjenice, ali potrebno je sagledati i apstraktnu pravnu strukturu – strukturu koja se ne vezuje za činjenice već se zasniva na samim pravnim dejstvima (pravima, obavezama i odgovornosti). Tako se kombinacijom ovih elemenata, nezavisno od realnih struktura, dobijaju različita rešenja koja će, zahvaljujući osnovnoj pravnoj strukturi, ostvariti dejstvo i prema subjektima realnog sveta.

Pravo, obaveza i odgovornost nisu tako strogo razdvojeni kao što se to čini kada se pomignu ovi pojmovi. Moguće su kombinacije koje treba ispitati u odnosu na osnovnu realnu strukturu normi, iako će samo njihovo definisanje biti nezavisno od realne strukture. Osim prava, može postojati i obaveza da se vrši pravo, ali i odgovornost zbog nevršenja prava. U odnosu na obaveze, prepoznaje se pravo da se ispuni obaveza, ali i odgovornost zbog povrede prava da se ispuni obaveza. Sama odgovornost može postojati zbog povrede prava, ali i zbog sprečavanja ispunjenja obaveze. Odgovornost može biti zasnovana i na tuđoj odgovornosti. Obično se ne razlikuju sve ove kombinacije zbog čega u praksi nastaju dileme tipa: da li neko lice ima samo pravo ili je dužno i da ga vrši; da li postoji pravo da se ispuni obaveza, čak i kada ovlašćeno lice to ne traži, odnosno odbija da primi ispunjenje.

Bilo da je reč o pravu, obavezi ili odgovornosti, potrebno je odrediti preciznije njihova svojstva, upravo korišćenjem njihovih kombinacija. I kada je reč o pravu, mora biti jasno da li neko ima pravo da ima (određeno) pravo. Pravo da se ima pravo, pravo da se ima obaveza i pravo da se bude odgovoran jeste samo razvijeno određenje pravne i deliktne sposobnosti. To što neko ima pravo, ne mora da znači da ima pravo i da ga vrši u konkretnoj situaciji, što asocira na pitanje poslovne sposobnosti. I kada je reč o obavezi, prepoznaje se pravo da se stiču obaveze, ali može postojati i obaveza da se preuzmu obaveze.¹¹ Ovde se mogu iskoristiti matrice¹² preko kojih se dobijaju kombinacije koje bi trebalo ispitati. Ispitivanje kombinacija otklanja rizik postojanja pravne praznine.

$$\begin{bmatrix} Pr^{13} & Ob^{14} & Od^{15} \end{bmatrix} \cdot \begin{bmatrix} Pr - st^{16} & Pr - vr^{17} & Pr - ga^{18} \\ Ob - st^{19} & Ob - vr^{20} & Ob - ga^{21} \\ Od - na^{22} & Od - sa^{23} & Od - ga^{24} \end{bmatrix} = \begin{bmatrix} Pr - Pr, st, vr, ga^{25} & Pr - Ob, st, vr, ga^{26} & Pr - Od, na, sa, ga^{27} \\ Ob - Pr, st, vr, ga^{28} & Ob - Ob, st, vr, ga^{29} & Ob - Od, na, sa, ga^{30} \\ Od - Pr, st, vr, ga^{31} & Od - Ob, st, vr, ga^{32} & Od - Od, na, sa, ga^{33} \end{bmatrix}$$

11 Takva je npr. obaveza da se objavi ponuda za preuzimanje akcionarskog društva – član 6. stav 1. Zakona o preuzimanju akcionarskih društava, *Sl. glasnik RS*, br. 46/06, 107/09 i 99/11.

12 Reč je o jednoj od mogućnosti matematičkog modelovanja prava. Videti: Mitrović, D. M., Popović, D. M., 1998, *Pravna metodologija u svetlu pravno-kibernetičke modalistike i računarske simulacije u pravu*, str. 99–115, u: *Teorija, filozofija i sociologija prava u svetu – stanje, problemi, izazovi*, Drugi skup Jugoslovenskog udruženja za teoriju, filozofiju i sociologiju prava, Miločer, 14–17. maj, Jugoslovensko udruženje za teoriju, filozofiju i sociologiju prava, Beograd, 1998.

13 Pravo

14 Obaveza

15 Odgovornost

16 Pravo – sticanje

17 Pravo – vršenje

Neke od ovih kombinacija mogu izgledati bespotrebne ili nemoguće, ali to nije tako. Kao apstraktne mogućnosti, one se ne mogu *a priori* odbaciti kao nemoguće. Kao konkretne norme, prilikom ispitivanja potrebe i načina uređenja jednog odnosa, one se mogu pokazati kao nemoguće ili bespotrebne, ali je savet da se to pažljivo ispita, na osnovu ovih teorijskih mogućnosti kombinacija. Kao ilustracija da su neke kombinacije moguće, iako na prvi pogled ne izgleda tako, evo nekoliko primera iz pozitivnog prava. Pravo da se ispuni obaveza može izgledati kao nemoguća ili bespotrebna kombinacija. Razumljiva je obaveza da se ispuni obaveza, ali pravo da se ispuni obaveza čini se kao u sebi protivrečna kategorija. Ipak, nije tako. Kada npr. dužnik ima obavezu isplate cene u novcu, a poverilac odbija da primi ispunjenje, on time povređuje pravo dužnika – pravo da ispuni svoju obavezu. To pravo mu je štićeno mogućnošću da traži otvaranje sudskog depozita i tako se oslobodi obaveze. Pravo da se preuzme odgovornost može se odnositi na solidarnu odgovornost koja nastaje ugovorom. Pravo da se ispuni sopstvena odgovornost može se odnositi na obavezu koja nije ispunjena, čije neispunjenje je i bilo osnov nastanka odgovornosti. Pravo da se isključi (ugasi) sopstvena odgovornost može se odnositi na prigovor zastarelosti. Obaveza da se stekne pravo prepoznaje

-
- 18 Pravo – gašenje
 - 19 Obaveza – preuzimanje, sticanje
 - 20 Obaveza – vršenje
 - 21 Obaveza – gašenje
 - 22 Odgovornost – nastupanje
 - 23 Odgovornost – sankcija
 - 24 Odgovornost – gašenje, prestanak, isključenje
 - 25 Pravo da se stiče pravo; pravo da se vrši pravo; pravo da se ugasi pravo
 - 26 Pravo da se stiče (preuzima obaveza); pravo da se ispuni obaveza; pravo da se ugasi (ukine) obaveza
 - 27 Pravo da se preuzima odgovornost (da se odgovara); pravo da se realizuje sopstvena odgovornost; pravo da se isključi (ugasi) odgovornost
 - 28 Obaveza da se stekne pravo; obaveza da se pravo vrši; obaveza da se pravo ugasi (ukine)
 - 29 Obaveza da se stekne obaveza; obaveza da se (iz)vrši obaveza; obaveza da se ugasi (ukine) obaveza
 - 30 Obaveza da se stekne (preuzme) odgovornost; obaveza da se izvrši ono što čini sadržinu odgovornosti; obaveza da se ugasi (isključi) odgovornost
 - 31 Odgovornost zbog sticanja prava; odgovornost zbog vršenja prava; odgovornost zbog gašenja (ukidanja prava)
 - 32 Odgovornost zbog sticanja obaveze; odgovornost zbog ispunjenja obaveze; odgovornost zbog gašenja obaveze
 - 33 Odgovornost zbog sticanja (preuzimanja) odgovornosti; odgovornost zbog (ne)izvršenja onoga što čini sadržinu odgovornosti; odgovornost zbog isključenja odgovornosti

se kod komisionara kada u pravnom prometu istupa u svoje ime, a za tuđ račun. Pravo poznaje i odgovornost po osnovu sticanja prava – sticalac udela u ortačkom društvu odgovara za obaveze prenosioca udela, zajedno sa njim.³⁴ Odgovornost zbog vršenja prava može se prepoznati u okviru instituta zloupotrebe prava. Iako se od onoga ko ima obavezu očekuje da je ispuni, može se odgovarati i zbog ispunjenja obaveze. Tako je prethodni Zakon o privrednim društvima predviđao da je obaveza koju u ime društva preuzme zakonski zastupnik, izvan granica svojih ovlašćenja, punovažna, ali će zakonski zastupnik odgovarati društvu zbog ispunjenja ovakve obaveze, ako je ispunjenje prouzrokovalo štetu.³⁵ Odgovornost zbog preuzimanja odgovornosti moguća je, npr. kod sticanja udela u ortačkom društvu. Direktor koji je sticanjem udela u ime svog društva preuzeo i odgovornost u ime društva za obaveze koje su teretile taj udeo može biti odgovoran zbog toga. Posledica odgovornosti ima oblik sankcije. Odgovorno lice treba da ispuni ono što je predviđeno sankcijom, a po osnovu svoje odgovornosti. Razume se da odgovorno lice može biti dodatno odgovorno zbog neispunjenja onoga što čini sadržinu obaveze, nastale kao rezultat odgovornosti. Međutim, ono može biti odgovorno i zbog ispunjenja obaveze koja je nastupila po osnovu odgovornosti, ako je sama obaveza nastala protivpravno (kao kod pomenutog prekoračenja ovlašćenja direktora).

U prethodnoj šemi matrica date su sve teorijski moguće opcije koje treba ispitati u odnosu na konkretni pravni institut. To ne znači da se svaka od ovih kombinacija mora i urediti eksplicitnom normom. Moguće je da se iz normi koje već postoje može izvesti rešenje za tu, određenu kombinaciju. Osim toga, neke od njih pokazaće se kao nemoguće u odnosu na neku vrstu pravnih odnosa. Ipak, to ne isključuje potrebu da se svaka ispita i proveri da li je ostavljena pravna praznina ili nije. Ispitivanjem kombinacija pokazuje se da li pravna praznina postoji ili ne.

4. LOGIČKA STRUKTURA I PRAVNE PRAZNINE

Pravna norma ima i svoju logičku strukturu. Pravo se tradicionalno oslanja na logiku kao metod i kao disciplinu.³⁶ Čak i kada su određeni i uređeni svi elementi, pravna praznina može da nastane zbog logičke greške u konstrukciji pravne norme. Logičke greške se kod pravnog instituta pokazuju kao sledeće greške: *circulus vitiosus*; *quaternio terminorum*; *non*

34 Član 100. stav 1. Zakona o privrednim društvima, *Sl. glasnik RS*, br. 36/11 i 99/11.

35 Član 25. Zakona o privrednim društvima, *Sl. glasnik RS*, br. 125/04.

36 Opširnije, sa upućivanjem na literaturu, videti: Ivović, M., 1992, *Pravo i logika*, str. 145–155 u: *Osnovni problemi filozofije prava, radovi sa naučnog skupa*, Podgorica, 10. decembar, Podgorica, 1994.

sequitur; non solutiones. Nisu nemoguće ni druge logičke greške prilikom tumačenja i primene prava. Međutim, ovde je reč o samoj sadržini pravnog instituta i logičkim greškama koje mogu da nastanu prilikom propisivanja normi i odnosa između pravnih instituta iste celine.

Circulus vitiosus („vrzino kolo”) – shvata se kao logički zatvoreni krug. Do toga se dolazi kada jedna norma upućuje na drugu, a druga svoja rešenja zasniva na onoj prvoj, i to u delu koji upravo upućuje na onu drugu. Time se logičko zaključivanje vrtilo u krugu. Npr. Zakon o javnim preduzećima³⁷ u članu 18. stav 1. tačka 8. predviđa da statut javnog preduzeća donosi nadzorni odbor. Međutim, nadzorni odbor se sastoji i od predstavnika zaposlenih koji se predlažu na način predviđen statutom javnog preduzeća. Dakle, da bi nadzorni odbor mogao da odlučuje, potreban mu je i član iz reda zaposlenih, a da bi on bio izabran, potrebno je da se to učini u skladu sa statutom javnog preduzeća. Pitanje se postavilo u odnosu na prvi statut jer tada nema još uvek ni nadzornog odbora, ali ni statuta. Da bi nadzorni odbor bio formiran, potreban je statut, a da bi statut bio donet, potreban je nadzorni odbor. Ova pravna praznina je popunjena korišćenjem drugih propisa, ali se iz ugla samog Zakona o javnim preduzećima pokazuje kao pravna praznina. Ako bi taj drugi propis čije je rešenje iskorišćeno prestao da važi ili bi rešenje bilo promenjeno, moglo bi se desiti da ova pravna praznina ostane nepopunjena i iz ugla pravnog sistema.

Quaternio terminorum („četvoroznačje”) – odnosi se na izraze koji su korišćeni u različitom značenju tako da se primenom svojstava dobijaju rešenja sa suprotstavljenim značenjem. Tako npr. Zakon o privrednim društvima predviđa i uređuje ko se smatra zakonskim zastupnikom društva, kao i ovlašćenje zakonskog zastupnika da u ime i za račun privrednog društva daje izjave volje. Međutim, isti taj zakon predviđa³⁸ i da preduzetnik može da imenuje poslovođu koji je onda zakonski zastupnik preduzetnika. Kako zakonskog zastupnika ima lice koje nema poslovnu sposobnost, ovakva odredba navodi na razmišljanje da li je time preduzetnik izgubio poslovnu sposobnost ili je samo reč o tome da i zakonski zastupnik (poslovođa) i preduzetnik mogu da daju izjave volje u ime i za račun preduzetnika. Kako je malo verovatno da bi normu trebalo tumačiti kao gubitak poslovne sposobnosti preduzetnika, dolazi se do različite upotrebe izraza „zakonski zastupnik”, ali i različite sadržine pojma zakonski zastupnik u istom propisu. Ovakva različita upotreba otvara mogućnost postojanja pravnih praznina.

37 *Sl. glasnik RS*, br. 119/12.

38 Član 89. stav 5. Zakona o privrednim društvima.

Non sequitur („bez sleda”) – Ova logička greška zasnovana je na nedostatku veze koja bi trebalo da odredi šta iz čega proizlazi. Kao ilustracija mogu da posluže odredbe iz Zakona o privrednim društvima koje govore o likvidaciji i likvidacionim upravniku. Prema članu 526. Zakona,³⁹ likvidacija društva počinje danom registracije odluke o likvidaciji i objavljivanjem oglasa o pokretanju postupka likvidacije. Prema članu 529. stav 2. istog zakona, imenovanjem likvidacionog upravnika prestaje status i ovlašćenje za zastupanje svim zastupnicima društva. Treba zapaziti da se razlikuju momenat otpočinjanja postupka likvidacije i momenat sticanja ovlašćenja likvidacionog upravnika. Ovde se mora postaviti pitanje da li to znači da likvidacioni upravnik stiče ovlašćenje za zastupanje i druga prava koja pripadaju likvidacionom upravniku i pre nego što je otpočela likvidacija? Da li likvidacioni upravnik izvodi svoja ovlašćenja iz statusa društva u likvidaciji ili iz odluke o likvidaciji, čak i ako postupak likvidacije još nije otpočeo? Ovakav nedostatak pokazuje se kao logička greška nedostatka sleda u statusu i ovlašćenjima jer se ne može sa sigurnošću odrediti šta iz čega proizlazi.

Non solutiones („bez rešenja”) – Do ove logičke greške dolazi onda kada norma predviđa rešenja do nekog momenta, da bi na kraju ostavila nerešene neke od mogućnosti koje mogu da se pojave u realnim odnosima. Ovde nije reč ni samo o tome da nedostaje norma, već o tome da postoji norma koja je zatvorila mogućnost bilo kakvog rešenja u određenim situacijama. I za ovo postoji primer u Zakonu o javnim preduzećima. Prema odredbama Zakona o javnim preduzećima,⁴⁰ javno preduzeće može u određenim situacijama da imenuje vršioca dužnosti direktora. Predviđen je i rok od šest meseci u kome vršilac dužnosti može da vrši ovu funkciju. Izuzetno, vršilac dužnosti direktora može da bude imenovan na period od još šest meseci. Ovde nije reč o ograničenju koje važi za isto lice, već o ograničenju koje važi za bilo koje lice. Javno preduzeće ne može da imenuje nijedno lice na period duži od jedne godine neprekidno. Norma je time ostavila bez rešenja situaciju kada ni posle jedne godine (dva uzastopna imenovanja) osnivač ne uspe da imenuje direktora (jer se npr. niko nije javio na konkurs). S jedne strane, osnivač ne može da imenuje vršioca dužnosti, a sa druge, javno preduzeće ne može biti bez zakonskog zastupnika. Norma ovim nije samo ostavila nerešenom tu situaciju, već i zabranila bilo kakvo rešenje isključujući čak i mogućnost popunjavanja ove pravne praznine.

39 Zakon o privrednim društvima.

40 Član 42. Zakona o javnim preduzećima, *Sl. glasnik RS*, br. 119/12.

III. STVARANJE PRAVNIH PRAZNINA

Zakonodavac nekada i sâm ukazuje na postojanje pravnih praznina. Najčešće kada ne uređuje neku materiju detaljno, već upućivanjem na primenu nekog drugog propisa želi da iskoristi rešenja koja su u njemu sadržana. Obično se koristi izraz *shodna primena* koji se odnosi na odredbe nekog drugog propisa.⁴¹ Kod ovakvih odredaba izvesno je da postoji pravna praznina i izvesno je da ju je donosilac propisa sâm identifikovao. To još uvek ništa ne govori o popunjavanju pravnih praznina, osim da ih treba popuniti korišćenjem određenog propisa. Ovo ne treba shvatiti kao ograničenje koje bi isključivalo mogućnost primene i nekog drugog propisa, ali tek pošto primena onoga na koji norma upućuje ne bi dalo rešenje kojim se pravna praznina popunjava.

Ovakvih upućivanja ima mnogo u pravnom sistemu naše zemlje, ali i drugih zemalja. To čak postaje česta tehnika uređenja odnosa, naročito u situacijama kada pisac teksta nema ideju kako bi tačno trebalo rešiti neki odnos pa želi da prepusti praksi da ga pronade. Osim ovoga, zanimljivo je da donosilac propisa nekada sam stvara pravnu prazninu, i to u nekom od postojećih propisa, ali ne njegovim izmenama i dopunama, već drugim propisom. Tako Zakon o javnim preduzećima⁴² predviđa da će se odredbe čl. 11–40. Zakona o javnim preduzećima shodno primenjivati i na privredna društva čiji je osnivač Republika Srbija, autonomna pokrajina ili jedinica lokalne samouprave i njihova zavisna društva, a koja obavljaju delatnost od opšteg interesa. Ova odredba je formulisana kao odredba koja popunjava pravnu prazninu. Međutim, bez te odredbe pravna praznina i ne postoji. Ova odredba je implicitno kreira i odmah popunjava. Njome se zadire u primenu drugog propisa – Zakona o privrednim društvima. Bez ove norme, Zakon o privrednim društvima bi se primenjivao i na društva čiji je osnivač Republika Srbija, autonomna pokrajina ili jedinica lokalne samouprave i njihova zavisna društva, a koja obavljaju delatnost od opšteg interesa. Posle njenog propisivanja, primena Zakona o privrednim društvima moraće da se koriguje u odnosu na pomenuta privredna društva. Time je pravna praznina kreirana jednim zakonom u drugom zakonu, a time i odmah identifikovana (i „popunjena”) radnjom samog zakonodavca.

41 Takva je npr. odredba člana 1. stav 3. Zakona o javnim preduzećima.

42 Član 41. Zakona o javnim preduzećima.

LITERATURA

1. Bok, M., 2012, Objašnjenje i razumevanje u društvenim naukama: nomotehnički i ideografski pristup, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1.
2. Bydlinski, F., 1982, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Wien, New York, Springer-Verlag.
3. Ivočić, M., 1992, Pravo i logika, u: *Osnovni problemi filozofije prava*, radovi sa naučnog skupa, Podgorica, 10. decembar, Podgorica, 1994.
4. Kaufmann, A., 1999, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung, Eine rationale Analyse*, München, C.H. Beck.
5. Lukić, R. D., 2003, *Metodologija prava*, 5. izdanje, Beograd, Justinijan.
6. Mitrović, D. M., Popović, D. M., 1998, Pravna metodologija u svetlu pravno-kibernetske modalistike i računarske simulacije u pravu, u: *Teorija, filozofija i sociologija prava u svetu – stanje, problemi, izazovi*, Drugi skup Jugoslovenskog udruženja za teoriju, filozofiju i sociologiju prava, Miločer, 14–17. maj, Jugoslovensko udruženje za teoriju, filozofiju i sociologiju prava, Beograd, 1998.
7. Nenadić, B., Kartag-Odri, A., Manojlović-Andrić, K., 2008, Problematika pravnih praznina u ustavnoj jurisprudenciji – primer Republike Srbije, *Pravni život*, br. 14, tom VI.
8. *Preispitivanja pravne metodologije, Nagoveštaji državno-pravnog integralizma*, 2000, Beograd, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Službeni list SRJ.
9. Röhl, K. F., Röhl, H. C., 2008, *Allgemeine Rechtslehre*, 3. neu bearbeitete Auflage, Köln, München, Carl Heymanns Verlag.
10. Vodinelić, V. V., 2012, *Građansko pravo, Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava*, Beograd, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu i Službeni glasnik.
11. Vranjanac, D., Dajović, G., 2007, *Osnovi pravnog sistema sa metodologijom prava*, drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu i Službeni glasnik.
12. Wank, R., 2001, *Die Auslegung von Gesetzen*, 2. überarbeitete Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag.

IDENTIFICATION OF LEGAL GAPS

Zlatko Stefanović

SUMMARY

The article deals with identification of legal gaps, without delving into methods and ways in which they can be filled. The aim is to offer certain approaches and methods for their identification. A legal gap is understood here as a lack of a legal norm to regulate a certain situation not falling into a legally free space, viewed from the perspective of an entirety such as a piece of legislation. Determined as such, it is a relative concept demanding to be determined in relation to the selected entirety. Existence of a gap in

relation to a particular entirety does not have to mean that it exists from the perspective of the legal system. It is questionable if a legal gap can ever exist from the perspective of the legal system, since the legal system always envisages mechanisms for filling legal gaps and does not recognise them as such.

The method presented here is based on observation of smaller legal units – legal institutes. A legal institute is understood here as a well-rounded complex which should encompass and resolve several groups of elements and, in that way, determine itself towards the issue being regulated, but also towards other legal institutes within a wider totality observed (e.g. a piece of legislation or a group of laws regulating a certain field). Legal norms and legal institutes produce effects in space and time and towards entities. These are, therefore, the first elements to be determined: space, time and entities. These elements are called elements of real structure. It has been noticed that contemporary regulations usually do not determine themselves towards space and entities, particularly in the private law field within civil law. This article does not deal with reasons for such an approach, but they can probably be sought and found in the universality of civil law, particularly its private law part, for which it more likely stands that the legislator derives its competences from the rights of subjects than that the subjects derive their competences from the norms created by legislator.

The second part, which seems to be significant for identification of legal gaps relates to rights, obligations and responsibility and is called basic legal structure. It leans on facts, events, but it legally qualifies them by envisaging rights, obligations and responsibility. Each of the elements can be decomposed from the perspective of its origin, content and resolution. That brings us to the fact (event) to be recognised and linked to the legal effect of the norm, depending on the field of law at issue. This article was not able even to attempt further developing these elements according to legal fields due to the supposed volume of such a task, as well as to cutting into specific fields, which demands their better understanding.

The third part observes the abstract structure independent of facts. It also relates to right, obligation and responsibility, but irrespective of the object or subject of their application. For that reason this structure is abstract. It is shown that such structures can be mutually combined, i.e. that they are by their nature strictly differentiated. Mathematical models are suitable for their combination and one of the possible ones is presented in the article.

Finally, there is a fourth section, which is logical by nature and relates to rules of logic, but only to ones possibly significant for legal gaps. Logical

rules suitable to these purposes have been selected and they demonstrate that if a legal gap does not exist from the perspective of previous rules, it can appear due to logical errors.

All listed elements and procedures should serve as a model – a scheme which can be also envisaged as a pattern to “cover” the solutions being examined and which will show if legal gaps exist or not. The suggested system is not simple, because it cannot be such. It really is not suitable for simple procedures, but the law that is the subject of examination is neither simple nor suitable for such methods. Law is a multidimensional system and demands complex methods of examination, checks and creation. Conversely, it can be said that omission to apply a complex system of examination and reliance only in ones own knowledge of a certain legal field, without a necessary assisting tool – methods and schemes designed for this purpose, is sure to leave many legal gaps open. This is confirmed on a daily basis by the practice of the Serbian legislator, which on average passes (at least) one regulation daily, only to soon replace it with another one, not much better than the previous. Reasons for legislative amendments, understandably, do not only relate to legal gaps, but they are one of the reasons. This article attempted to provide a small contribution to their identification.

Key words: legal gaps, methodology, legal category.

Dostavljeno Redakciji: 13. juna 2013. god.

Prihvaćeno za objavljivanje: 25. juna 2013. god.