

*Др Гордана Вукадиновић, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду*

СТВАРАЊЕ АУТОНОМНОГ ПРАВА*

Сажетак: Велики интерес за аутономно право јавља се у теорији, социологији и антропологији права, као и у правној пракси. Постојали су и постоје многобројни посебни облици аутономног права, од обичајног, црквеног, сјајничког, градског и земаљског, еснафског (цеховског) и права њилди, аутономног права рада, шртовачког, до међународног права. Поред тога, у теорији права постоје су многобројне врсте аутономног права у виду: друштвеног, индустријског, животног, права интелектуалне својине. Као што нема одређеног значења израза право тако још увек не постоји сасвим јасно и одређено значење термина аутономно право. Поред термина аутономно право у последње време све је чешће у употреби термин меко право (*soft law*).

Кључне речи: аутономно право, врсте аутономног права у пракси.

I

Са становишта стваралаца аутономног права, можемо разликовати, као и код права уопште, два начина настанка: спонтано стварање (обичајно право) и свесно-планско или организовано стварање права. У овом другом случају аутономне правне акте доносе разне друштвене организације и заједнице (привредна друштва, здравствене, просветне, културне, спортске и др.) то право чини *недржавно, аутономно, или меко право (soft law)*. За теорију права, шире посматрано значајни су различити облици аутономног права

* Овај рад је резултат реализовања пројекта „Теоријски и практични проблеми стварања и примене права (ЕУ и Србија)“ који се финансира средствима Правног факултета Универзитета у Новом Саду. Руководилац Пројекта је проф. др Драган Милков

који постоје или су постојали (обичајно, црквено, еснафско, међународно трговинско итд.), као и многобројне концепције у теорији и социологији права о социјалном, живом, интуитивном праву итд.¹ Степен аутономије ове нормативне делатности зависи од тога колико су организације и рад друштвених организација државно нормирани, а колико им државни прописи остављају слободу да саме, властитим актима, уређују своје унутрашње и међународне односе. Увек има и хетерономног државног и аутономног нормирања у организацији и раду друштвених организација и заједница, и не само у актима друштвених организација него је и у природи права у целини, јер је оно „разапето“ између аутономних и хетерономних правила.²

Обичајно право чини један специфичан скуп општих правних норми које представљају извор права. Оно настаје „подржављењем” обичајних норми. Обичајне норме настају спонтано, неорганизовано, дуготрајним понављањем истоврсног понашања, када се устали свест о обавезности таквог понашања (*opinio necessitatis*)³. Изражавају се фактичким понашањем и усмено (*ius non scripta*), понекад се и записују у зборницима обичајног права да би им на крају држава дала своју (судску и управну) заштиту. Да је одиста реч о правним нормама када је у питању обичајно право, види се по томе што оне усмеравају, регулишу најважније и конфликтне међуљудске односе, као и по томе што одређују физичке санкције, које организовано примењују друштвена или државна тела. На почетку развоја државно-правног поретка и у европском раном средњем веку обичајно право било је главна врста формалних извора права. Тада је већина уставних, породичних, имовинских, међудржавних, кривичних и других правних норми била обичајне природе. Обичајне правне норме налазе се у траговима гентилног римског права (нпр. римска породица као конзорцијум). Правила германских и словенских племена записана су у Салијском закону (*Lex Saliica*), у Рипуарском закону (*Lex Ripuaria*), и у другим варварским законима који су се примењивали на територији франачког краљевства.⁴

Временом се обликују обичајноправне норме за односе међу феудалцима, између њих и владара, између трговаца и у заједницама занатлија,

¹ Види наш рад: Врсте аутономног права и схватања правног плурализма, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр 4, 2012

² Pavčnik, M.: *Teorija prava*, Ljubljana, 2001, 229

³ Та свест о обавезности понашања означава „трансформацију чињеница у право“. Combacau, J.: *Coutume, Droits*, *Revue française de théorie juridique*, n. 3, 1986, 4. (Број 3 часописа *Droits* је у целини посвећен обичају; Assier-Andrieu, L.: *Coutume et usage, Dictionnaire de La culture juridique*, Paris, PUF, 2003, 317 i dalje.)

⁴ „Најпознатији варварски закони примењивани на територији Франачког краљевства били су Салијски, Рипуарски, Визиготски и Бургундски закон.“ Шаркић, С.: *Историја државе и права*, књ.1, *Основи свејске правне историје*, друго издање, Нови Сад, 2013, 76

између држава у међународном праву, те у црквеној заједници. Сви ти обичајноправни системи или подсистеми међусобно се доста разликују, али им је заједничка дуготрајност правила и уверење људи о потреби обавезности и санкционисања правила. Те две особине се у правној теорији сматрају битним за настанак обичаја и за прелаз обичаја у обичајно право.

У освит модерног доба и грађанство и апсолутни владари једнако су неповерљиво гледали на обичајно право – као на традиционалистичке препреке државном и политичком напретку, па су га потискивали и замењивали писаним правним актима (*lex scripta*), законима, уредбама, статутима и другим прописима који су изражавали нове владајуће интересе.⁵ Тако се у модерном праву свугде (са изузетком Енглеске) обичајно право смањује и обимом и по правној снази. Већ у XVIII веку просвећени владари започињу процес кодификације, тј. записивања права у „великим” законима, кодексима. Из кривичног права потпуно се искључују обичајне норме. Стварно и облигационо право модернизују се задржавајући основе римског права. Управно право се изграђује на новим начелима рационалне администрације и јавних служби, а и уставно право се исписује у уставима и декларацијама о правима човека и грађанина. У свим тим кодификацијама применјују се не мали делови тековина развијаног народног и сталешког обичајног права – нпр. вредновање тежине деликата, захтеви поштења и поверења у уговорном праву итд, али се обичајно право постепено губи као самосталан извор права.

Обичајно право се, међутим ипак, задржава, у одређеној мери, и у гранама модерног права. Једно је међународно јавно право, које се споро кодификовало, пошто се оно заснива на договорима суверених држава које врло често имају различите и супростављене интересе. На пример, све до недавно, међународне норме о мору, рату и дипломатским поступцима, биле су потпуно или великим делом обичајне. Са друге стране, и у савременом трговачком праву, унутрашњем и међународном, привредници стварају своја правила која су погоднија за бржи и сигурнији робни и финансијски промет од државног права. Држава више није једини стваралац општих правних норми, она се не противи тако створеном праву ако његова правила нису супротна јавним интересима или неким начелима односно когентним нормама (*ius cogens, ius strictum*) државног права. У међународном трговачком праву норме се стварају преко обичаја у одређеним односима, а све више организовано, кроз систематизовање и објављивање *узанси*, нпр. лучке узансе, узансе за промет житарицама, за угоститељство итд., без којих је тешко замислити међународну трговину у данашњим условима. Тако се према субјектима, ствараоцима ова врста може сврстати у мешовите изворе права, делом спонтано створене, а делом свесно - плански.

⁵ Visković, N.: *Teorija države i prava*, Zagreb, 2001, 191

II

Свесно-планско стварање права разликује се од спонтаног стварања права управо по томе што оно има осмишљену, унапред предодређену процедуру, методологију, фазе и субјекте свог настајања. Поступак стварања права у великој, а можда и у пресудној мери, зависи од творца права односно правних норми. Наиме, творци права могу бити државе и аутономни (недржавни) субјекти. Улогу ствараоца права „деле“ државни органи и многи други субјекти.

*Црквено право*⁶ представља скуп правила понашања (обичаји, декрети, канони) којима се регулишу спољни и унутрашњи односи верских организација. Оно је у теократским друштвима, као и кроз највећи део средњег века, било истоветно са државним правом. И данас постоје друштва са одговарајућом правним системима у којима су многи друштвени односи регулисани светим књигама, као што се то другде чини законима. У свим тим случајевима исправно је говорити о црквеном праву као праву јер је оно обезбеђено државном санкцијом. Иначе, у савременим лаицизираним и развијеним друштвима, црквено право је чисто организационо право пошто регулише односе једне сложене друштвене организације. Због тога се у овом случају ради о неадекватној употреби термина „право“, које је преузето из времена јединства цркве и државе, односно, док је црква имала бар део државне власти.

Корпоративна права представљају уже правне подсистеме којима су се поједине професионалне заједнице (у занатству, трговини, универзитетима и сл.) самоорганизовале у корпорације, цехове, гилде и друга удружења, регулишући самостално, у оквиру државног, црквеног и комуналног права, своје радне, дисциплинске и тржишне односе. У овом случају сама удружења стварају аутономна правила понашања, уређујући не само своје унутрашње односе него и односе који се јављају на тржишту, предвиђајући санкције, одређујући судове и организовано извршење у случају њиховог кршења.

Истиче се да су, у почетку стварања цехова, почев од X и XI века, њихови припадници били мање више једнаки. У том периоду, аутономно право које су стварали изражавало је односе једнакости. Међутим у XIII веку а нарочито касније, имовинске разлике постају велике, стварају се непремостиве баријере за калфе, те се они постепено претварају у најамне рад-

⁶ Вид. Перић, Д.: *Црквено право*, Београд, 1997; Милаш Н.: *Православно црквено право*, Београд, 1926; Митровић Ч.: *Црквено право*, Београд, 1929; Троицки, С.В.: *Црквено право*, Београд, 2011; Mitrović, D.M.: Ecclesiastical Law and State Law, *Annals FLB*, Belgrade Law Review, Year LX, 2012, No. 3, 243 i dalje.

нике, без могућности да постану мајстори. Ова аутономна правна сфера тада изражава и установљава неједнакост. Губи се раније обележје цеховског права. Оно постаје изразито средство дискриминације и неједнакости.

Права феудалаца или како се још називају „права феудалне господе“ пред стављају укупност права које је било важно на појединим подручјима феуда и које је проистицало из правно признатих овлашћења феудалаца (правосудна, радна, финансијска и друга). Та су се права првенствено заснивала на обичајном праву, али и на царско-краљевском, као и на црквеном праву. Поред „права феудалне господе“, феудални партикуларизам је довео до настанка статутарног, градског права.

*Ситиуићарно њраво*⁷ води порекло из феудализма као територијално, управно право, а често се означава и локалним правом појединог града или области, којим се по правилу самостално регулисало питање власти, организације и односа међу грађанима. Уколико је долазило до спора и сукоба, установљавали су се судови, санкције и поступак за извршење. „Аутономни положај градова, унутар државе, по правилу, био је 'подарен' од средњовековних владара (картама, повељама, даровницама и слично)“, као привилегија због економске и политичке подршке у борби за независност њихове власти. „Тако је значај статутарног права растао упоредо са растом економске моћи младе грађанске класе“.⁸

У унутрашњем праву настаје *аутономно њраво рада*⁹ које представља скуп правила која преговарањем заједнички стварају послодавачка и радничка удружења. Тим правилима се уређују индивидуални и колективни односи у раду. За овај облик аутономног права карактеристично је постојање два главна субјекта „појединачних власника капитала, приватних послодаваца и њихових удружења, и радничких органа и удружења“. У савременом друштву све су важнији и општи нормативни акти *колективни уговори* којима раднички синдикати и удружења послодаваца, уз евентуално учествовање или посредовање државе, договорно уређују основне услове рада и накнаде за рад на националном, гранском или конкретном нивоу организације. Они онда представљају обавезујућа акта за склапање појединачних уговора о раду.

Поред ових тзв. *унућрашњих аутономних њрава*, постоје и *међународна аутономна њрава*,¹⁰ права међународних организација (територијал-

⁷ Названо је тако јер је, по правилу, садржано у кодификованим актима-статутима.

⁸ Митровић, Д.М.: *Аутономно њраво*, Београд, 2007, 88 и даље.

⁹ Аутономно право рада обухвата главне изведене врсте: социјално, синдикално, послодавачко и задружно право.

¹⁰ Међународно право (приватно, привредно или међународних организација) једним својим значајним делом спада у аутономно право.

них и нетериторијалних). Нетериторијалне су, поред Организације уједињених нација, Међународна организација рада, Међународна поштанска унија, Међународни црвени крст итд. Међу најзначајнијим територијалним организацијама издвајамо Европску унију, која данас доноси врло значајне и све више принудне правне акте (комунитарно право). „И док су у прошлости аутономни правни пореци (с изузетком цркве и међународног трговачког права) деловали у оквирима и под већим или мањим туторством државе, чини се да сада улазимо у ново историјско стање у којем ће државна права деловати све више у оквирима надржавних правних поредака. То доводи до промене схватања права у савременој правној теорији и уједно до промене концепције државе као искључиве, суверене организације власти.“¹¹

У међународној трговини (*lex mercatoria*) – међународно трговинско право норме се све више стварају и аутономно, како је истакнуто, тј. преко обичаја у одређеним односима, али и организовано, кроз систематизовање и објављивање као код узанси (типских уговора, формуларних уговора, општих услова пословања). У случају кршења и спора, за аутономне норме међународног трговинског права постоје санкције и органи за решавање новонастале ситуације (сталне или *ad hoc* арбитраже¹² као и друга тела). Ефикасност се најчешће обезбеђује разним врстама санкција које сами субјекти успостављају.

Држава није једини гарант и творац норми, јер су то и друге, аутономне, интересне групе у економском и културном животу. То су, пре свега, привредне корпорације и друге економске организације, синдикати, аутономне територијалне јединице, удружења, заједнице, па чак и неорганизовани колективитети, врло динамични у савременом свету. Грађанин се не појављује само као субјект који примењује норме, него он, непосредно или посредно, учествује у стварању правних правила и, на тај начин, ограничава како државну политичку власт, тако и моћ аутономних друштвених група. При томе се различити облици правног регулисања друштвених односа јављају се не само у националним, него и међународним оквирима.

Управо у *међународном пословном праву* регулација државног порекла сведена је на најмању меру. Правна регулација међународних економских односа, у чијим се оквирима данас обављају највеће међународне робно-

¹¹ „Правни плурализам међународног типа нагрiza етатистичко право једнако као и суверену власт. Правни плурализам схвата се као коезистенција у истом политичком пољу различитих правних система који се комбинују и који су често међусобно супростављени. Правни сплет који настаје оваквим укрштањем и слагањем представља један феномен интерлегалитета, динамички процес неправилне и нестабилне комбинације правних система.“ (J. Vanderlinden: *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, 1972, 19 и даље).

¹² J. Перовић: *Уговор о међународној трговинској арбитражи*, Београд, 1998.

новчане трансакције, потиче знатним, чак већим делом од самих учесника у тим односима. Државна регулатива се све више потискује на регулисање робноновчаних односа у националним границама, али и у њима делује снажно аутономно пословно право. Истина је, међутим, да држава, а не само пословни кругови, даје допринос и подстиче ангажовање у трговачким пословима (стварањем општег правног оквира за аутономну правну регулацију кроз билатералне и мултилатералне међународне конвенције, заказивањем састанака, осигурањем од политичких ризика, специјалним попустима итд).

У оној мери у којој је држава била спремна за уздржавање од регулисања правних односа, ширило се и поље за аутономну правну регулацију. Креатори правних норми су субјекти на које се те норме односе и који ће то учинити спремније него држава. На тај начин ће се боље остваривати циљеви друштва, па и саме државе. Тај процес је најчешће присутан у пословном праву, где је на делу принцип координације у креирању међусобних права и обавеза субјеката унутар истог правног система, као и субјеката различитих правних система. Аутономија воље¹³ субјеката јесте полазни принцип али је она повезана са вредностима, слободом и приватном својином. Приватна својина подразумева и право на слободу промета а из овог се изводи право на самостално уређивање односа са другим субјектима. Цела историја права показује да је то тако, јер највећа слобода тј. аутономија постоји у промету ствари и права.

Најпре се препуштало субјектима да сами уређују односе појединачним нормама (уговорима), али кроз историју права, развој је све више текао ка општим нормама, па тако смо у последње време сведоци многобројних општих аутономних норми, у националним, и у међународним оквирима.

Држава није више једини стваралац и гарант општих правних норми јер су и друге аутономне интересне групе ствараоци норми општег карактера. Пошто код ових аутономних норми садржину опредељују сами заинтересовани субјекти, тј. они који ће их примењивати, оне су примењиве јер одговарају интересима стваралаца. У међународном трговачком праву оне се стварају аутономно, тј. преко обичаја у одређеним односима, али и све више организовано кроз систематизовање и објављивање, као код узанси, типских уговора, формуларних уговора, општих услова пословања. Истовремено, ово право се стандардизује и формално унификује. Његово прихватање је тако широко да се слободно може рећи да се примењује шире него Повеља УН (на пример, једнообразна правила и обичаји за документарне акредитиве).

¹³ Поред аутономије воље, реципроцитет представља једно од основних начела међународних трговачких односа.

У случају спора и кршења аутономне норме такође постоје санкције и органи за решавање новонасталих ситуација. Разликује се суђење по аутономним нормама, од суђења по правичности или, пак, по државним нормама. Ефикасност се обезбеђује разним врстама санкција, било државним, било онима који сами субјекти успостављају аутономно, принципом поштења, добрих обичаја, новчаним казнама, претњом раскида уговорних односа, губитком кредита, пословног угледа, или стављањем на тзв. „црне листе“, искључењем из професионалних удружења итд. Код тежих облика санкција држава успоставља контролу, неке санкције чак и забрањује (нпр. бојкот). Очигледно је да држава најтеже препушта поље санкција па зато оставља себи бар контролу или неку други интервенцију (нпр. сужавање могућности примене санкције). Но, у највећем броју случајева и обична претња, унета у арбитражну одлуку, да ће се објавити име странке која одбија да изврши обавезу, довољна је да доведе до испуњења. На тај начин долази до изражаја врло јак утицај и притисак мишљења групе у извршењу онога о чему су се договорили.

У савремено доба процес глобализације прате нови извори права¹⁴, *soft law* који настају независно од државе и примењују их недржавни субјекти у међусобним односима. Меко право присутно је и у националном али је нахвећи број ових правила у међународном праву у област трговине, банкарства, осигурања, арбитраже, заштите животне средине, људских права итд. „Концепт меког права још није потпуно јасан и прецизан јер означава широк спектар појава као што су принципи и начела, модел закони, препоруке, мишљења, смернице, кодекси понашања, резолуције итд.“¹⁵ У свим тим процесима „може се закључити како доношење правила све више постаје привилегија моћних држава и недржавних чинилаца“.¹⁶ Пошто су правила *soft law* правно необавезујућа, његова примена зависи искључиво од воље субјекта примене. Ширење меког права које се најчешће користи у међународном праву представља велики изазов за владавину права а нарочито за начело законитости као њен суштински елемент.¹⁷ Из свега реченог следи када је у питању *soft law*, да се ради о специфичној, трећој групи права, поред државног и аутономног права.

¹⁴ Аврамовић, Д.: „Омекшавањем права“ ка међународној владавини права?, *Српска јолићичка мисао*, бр 2/2011, год. 18. вол 32. 273

¹⁵ Ђурђевић, Д.: *Soft law у европском комунитарном праву*, *Зборник радова Правној факултетској у Новом Саду* (у штампи)

¹⁶ Тусак, И.: *Suverenitet u suvremenom svijetu*, магистарски рад, Zagreb, 2006, 106

¹⁷ Аврамовић, Д.: „Омекшавањем права“ ка међународној владавини права?, *Српска јолићичка мисао*, бр 2/2011, 273

III

Све ово упућује на закључке прво, да у савременом свету, поред права које ствара држава, постоје, на многим подручјима права, и мноштво аутономних права. Улогу ствараоца права деле државни органи и друге интересне групе, организације и заједнице, због чега се оправдано говори о плуралистичком схватању права¹⁸, односно о „праву на више нивоа“. Друго, са своје стране, демократска правна држава треба да поспешује слободу самосталног уређивања односа и да тој регулативи, као уосталом и целокупном праву обезбеђује ефикасност.

¹⁸ Види наш рад: О појму аутономног права, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр 3, 2011

*Gordana Vukadinović, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

Creation of Autonomous Law

Abstract: *Great interest in autonomous law first appears in theory, sociology and anthropology of law, and in legal practice. There have been numerous forms of autonomous law from common law, religious, statutory law, city and earthly law, guild law, autonomous labour law, commercial law to international law. In addition, the theory of law recognizes a number of types of autonomous law such as social, intuitive, living, integration law, etc. Just as there is no generally accepted meaning of the term law, there is not a completely clear and precise meaning of the term autonomous law. Besides the term autonomous law, the term soft law has been more and more in use lately.*

Key words: *autonomous law, types of autonomous law in practice.*