

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

НАЧЕЛА ПРАВНОГ СИСТЕМА*

Сажетак: У раду се разликују два значења израза *правни систем*: хијерархијски (фактички или вертикални) и научни. Начела на којима почивају и један и други су *кохерентност*, односно, *законитост*, *пошћуност*, *одређеност* и *самопроизводња* (аутономија) *права*. Та начела означавају ствања иј. *стварна својства правног система* али и идеале и вредности, који нису никада *пошћуно остварени*, али им се увек, са мањим или већим *успехом*, *тежи*. Другим речима, *то значи да увек постоје у правном систему унутрашње противуречности, неусклађености, неодређености и непошћуности оштрих правних норми*.

Кључне речи: *правни систем, кохерентност – законитост, пошћуност, одређеност, самопроизводња.*

I

Подела која уноси више јасноће у ову сложену проблематику, разликује два значења израза „правни систем”.¹ Правне норме систематизују или сређују уставотворни и законодавни органи према њиховој правној снази на више и ниже норме и то је хијерархијско значење израза *правни систем*. У овом смислу среће се још и назив *фактички или вертикални правни систем*. Динамичко мноштво правних норми, како државних тако и аутономних, у сваком друштву чини целину, „једно релативно стабилно и кохерентно јединство где владају посебне законитости и поступци њиховог стварања,

* 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.

¹ У теорији права користе се различити називи за правни систем попут термина „систем права”, „позитивно право”, „објективно право”, „обавезујуће право”, „право на снази”, односно, „правни систем”.

примене, мењања и престанка². На тај начин, према правној снази повезују се норме устава, закона, уредаба, указа, наредби, правилника, колективних уговора, трговачких и других обичаја, статута локалних заједница, управних аката, судских, правних послова и томе слично.

Друго значење израза правни систем односи се на научни правни систем општих правних норми (државних и аутономних) које правна наука сређује у једну кохерентну целину према обележјима њиховог садржаја, тј. према обележјима друштвених односа који су тим нормама регулисани. На тај начин право постаје приступачно за сваког кога оно интересује и ко по праву треба да се понаша³. Систем омогућава да се олакша проналажење правних норми и њихова примена, у чему је примаран разлог постојања правног система. Без система била би не само отежана већ скоро онемогућена примена права. Поред ове функције, у друштвеном животу систематизација служи и томе да се право сазна, схвати и (про)тумачи. Она, такође, омогућава отклањање противуречности између норми и правних празнина. Поред непосредне практичне примене, систематизација правних норми која обухвата правне институције и правне гране омогућава конституисање научних правних дисциплина⁴.

II

Фактички и научни правни систем почивају на извесним начелима. Број тих начела варира од аутора до аутора, неки наводе два, три, четири и више принципа. Прихватљиво схватање своди их на четири начела, а то су: начела кохерентности, односно, законитости, начела потпуности, одређености и самопроизводње (аутопоиеза) права. Та начела означавају стања (односно стварна својства правног система), али и идеале (жељене циљеве, узор) и вредности правног система, који нису никада потпуно остварени, али им се увек са мањим или већим успехом тежи. Другим речима, то значи да ниже правне норме морају да буду повезане и у складу и формално (у погледу органа, поступка и облика) и материјално (садржајно) са вишим правним нормама, те да садржај норми истог ранга треба да буде непротивуречан. Однос кохерентности између нижих и виших правних норми назива се још и законитост.

² N. Visković: *Pojam prava*, Split, 1981, str. 41.

³ Словеначки теоретичар права М. Павчник наглашава да уколико се право не би систематизовало, то би било некако као када би све књиге у једној библиотеци биле на једној гомили (M. Pavčnik: *Teorija prava*, Ljubljana, 2001, str. 437).

⁴ N. Visković: *Teorija države i prava*, Zagreb, 2001, str. 268.

Складан правни систем, у коме не би било противуречности између правних норми, нити правних празнина, и у коме би биле отклоњене неодређености представља идеал, који у пракси није никада и нигде постојао. У правном систему увек, у одређеној мери, постоје неусклађености, неодређености и непотпуности. Међутим, прерастањем мере, када између друштвеног факта и правне норме дође до високог степена неусклађености, угрожава се опстанак конкретног правног система односно његова применљивост. У савременој теорији права примера ради, Лон Фулер наводи осам принципа или стандарда који уколико се не испуне доводе до неуспеха из чега онда проистиче да се једино може говорити о лошем правном систему, или о скупу норми које се уопште не могу назвати правним системом. У осам неуспеха Лон Фулер⁵ убрја следеће најочљивији начине:

– да правни систем доживи неуспех, чак катастрофу, како вели Фулер, јесте да се уопште не утврде правила него да се сваки случај решава *ad hoc*;

– необјављивање правних правила или кад правна правила нису доступна онима од којих се очекује да их поштују;

– злоупотреба ретроактивног дејства чиме се не само онемогућава дејство норме унапред, већ се нарушава интегритет правила, њихов проспективни ефекат;

– неразумљива правила;

– доношење контрадикторних одредби;

– доношење правила која захтевају немогуће понашање;

– честе измене правила које условљавају да субјект није у стању да се по њима понаша;

– неуспех да се постигне склад између објављених правила и њихове стварне примене.

За Фулера, утопија би била када би се свих осам принципа реализовало до савршенства, тј. уколико би сви недостаци били сасвим избегнути. Аспирација ка савршенству у законитости иде ка замишљеној утопији. У таквој утопији правила остају постојана у времену, захтевају само могуће, а њих се придржавају судови, полиција и свако ко је надлежан за њихову примену. Ова утопија у којој се свих осам принципа остварује, према Фулеру, није само користан циљ у усмеравању ка законитости. Циљ је много сложенији. Ипак, он сугерише осам несумњивих стандарда помоћу којих се извршеност у законитости може испитати. Тих осам принципа чине унутрашњу моралност права.

⁵ Л. Фулер: *Моралност њива*, Подгорица, 1998, стр. 55 и даље. Види Г. Вукадиновић: *Савремена школа природног права – Однос права и морала, Правни животи*, 12, Београд, 2012, Том IV, стр. 607 – 616.

Пошто правни систем представља динамичко и релативно кохерентно јединство општих правних норми, битан захтев правног система чини и његова формализована повезаност мноштва општих правних норми. Међутим, ради се о релативном или непотпуном јединству, с обзиром на то да у правном систему, у већој или мањој мери, постоје противуречне норме – антиномије, правне празнине и неодређености, јер ниже правне норме нису у потпуности садржајно одређене вишим правним нормама. Сваки правни систем садржи многе норме које су противуречне међусобно, али и поред тога оне важе, пошто нису од надлежног органа у одговарајућем прописаном поступку санкционисане, односно, утврђене као незаконите и поништене. При томе, како с правом истиче Келзен, норма важи као правна норма, ако је пре свега створена на начин који је предвидео правни поредак коме припада и потом, ако није била поништена било на начин који је предвидео тај правни поредак, или путем изобичајавања, или чињеницом да је правни поредак изгубио своју ефикасност⁶.

Када су у питању правне норме, треба јасно разликовати следеће ситуације: прво, незаконитост је потврђена од надлежног државног органа; друго, субјекти имају само субјективан осећај законитости односно незаконитости; и треће, објективно постоји незаконитост, противуречност, тј. антиномија између правних норми.

Антиномија означава супротност између две норме. Између правних норми не постоји нужна релација кохерентности као међу исказима математике или логике, где противуречност двају исказа доводи до неважности или искључења једног од исказа из система. Антиномије се састоје из „немогућности да се истовремено примене, онако како су исказане две норме позитивног права да се могу применити саме по себи и нису подређене једна другој неком императивном правном одредбом”⁷.

Сам правни систем, прецизније правна наука и правна пракса, постављају критеријуме за елиминисање антиномија. Они се свде на хронолошке или временске, хијерархијске и критеријум специјалности⁸. Хронолошки критеријум је, на пример, *lex posterior derogat legi priori* – каснији закон (правно правило) укида претходни. Пример за хијерархијски критеријум огледа се у правилу *lex superior derogat legi inferiori* – виши закон (правно правило) укида нижи, док се критеријум специјалности испољава у следећем: *lex specialis derogat legi generali* – специјални закон (правно правило) укида општи закон. У крајњем случају, када недостаје критери-

⁶ Н. Kelzen: *Opšta teorija prava i države*, Beograd, 1998, str. 177.

⁷ Х. Перелман: *Право, морал и филозофија*, Београд, 1983, стр. 201.

⁸ N. Bobbio: *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, str. 217; N. Bobbio: *Eseji iz teorije prava*, Split, 1988, str.123-135.

јум за решење сукоба, критеријум над критеријумима је праведност, а проблем праведности, према Бобију, своди се на то да ли је једна норма оправдана или не⁹.

Принцип потпуности је један од основних принципа европско-континенталног правног система. У правној теорији догма о потпуности постала је саставни део онога схватања по коме главни део стварања права припада држави (оличене у вођи, монарху, законодавцу, влади, врховном суду итд.). Према присталицама овог схватања, ова свемоћ државе била би нарушена ако би се увело друго „конкурентно право” и ако се не би општим правним правилима, које доноси држава, потпуно одредила делатност других субјеката¹⁰.

На ширем плану принцип потпуности налази свој израз у тежњама за кодификацијом и схватању о фетишизму закона заступљеног у школи егзегезе која се развијала нарочито у Француској, током целог XIX века, а која је достигла врхунац између 1830. године и 1880. године¹¹. Ова школа је проучавање права схватала искључиво као коментар кодекса према редоследу материје који је дао законодавац. Тако је кодекс буквално тумачен и требало је да пружи одговор на било који проблем садржаја¹².

Идеју о потпуности правног система и свемоћи државе оштро су критиковали Ерлих, Гурвич, Карбоније, Еван, Лјуелин, Хобел, Вандерлинден, Белеј као и други писци плуралистичког схватања права¹³. Њихова критика је делом оправдана јер све правно релевантне односе није могуће, а није ни потребно регулисати државним правом. Постојали су и постоје у пракси, а у теорији права доста су обрађивани различити облици аутономног права као што су црквено, обичајно, еснафско, или међународно трговачко право¹⁴.

У релативно стабилним правним системима правни односи на генералан начин нормирају, било државним или аутономним правом. Ипак, у сваком правном систему постоји већи или мањи обим правних односа који ни су, а који треба да буду регулисани општим правним нормама и који, услед тога, представљају правне празнине. Другим речима, то значи да је нарушен принцип потпуности правног система те да је правни систем некомплетан.

⁹ N. Bobbio: *Eseji iz teorije prava*, Split, 1988, str. 135.

¹⁰ N. Visković: *Pojam prava*, Split, 1981, str. 247.

¹¹ G. Faso: *Istorija filozofije prava*, Podgorica, 2007, str. 431.

¹² Као синтеза школе егзегезе обично се наводи тврдња коју је, наводно, изрекао један од представника ове школе Жан Жозеф Бинје: „ја не познајем грађанско право, ја предајем Наполеонов кодекс” (G. Faso: *nav. delo*, str. 432.)

¹³ Г. Вукадиновић: Врсте аутономног права и схватања правног плурализма, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2012, XLVI, 4/2012, стр. 45-54.

¹⁴ Г. Вукадиновић: Стварање аутономног права, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2013, XLVII, 4/2013, стр. 35-43.

У Француској Франсоа Жени истиче да је право врло комплексно и мобилно, а правно су релевантни само они односи које је законодавац нормирао, услед тога „правне празнине не постоје или зато што је законодавац 'равнодушан' на све остале односе или зато што је прећутно квалификовао и све остале односе као дозвољене”¹⁵, као слободне друштвене односе.

Има аутора, нарочито у оквиру културалистичког поимања права (Косио, Сичес), који бране потпуност правног система и непостојање правних празнина са становишта схватања права као јединства општих и посебних норми, истичући при томе, посебно, улогу судова. Тако постоје правне празнине с обзиром на закон, али не и с обзиром на право у целини. Судија такође ствара право јер мора нормативно да реши сваки споран правни случај. И ова варијанта одбране потпуности правног система само је још један доказ да је сваки правни систем непотпун, да постоје правне празнине као израз статичности и недовољности општих правних норми у односу на друштвени живот, који је увек сложенији, динамичнији и богатији.

С обзиром на значај и однос који имају према начелу законитости, правне празнине јесу предмет доста интензивног проучавања у савременој теорији права¹⁶. Правне празнине могу се класификовати према различитим критеријумима. С обзиром на њихово порекло разликују се две врсте – почетне и накнадне правне празнине. Почетне правне празнине постоје још код доношења опште правне норме, при чему је доносилац превидео друштвене односе. Накнадне правне празнине настају када творац опште правне норме није предвидео нове друштвене односе које треба регулисати општом правном нормом. Поред тога разликују се истинске правне празнине, када правни односи нису регулисани општим правним нормама, и тзв. техничке правне празнине – када су правни односи регулисани општом правном нормом, али технички недовољно. Разликује се још једна подела правних празнина, праве и неправе правне празнине. Праве правне празнине су оне које се јављају када је један сложенији однос регулисан општом правном нормом, али његов саставни део није (примера ради, општом правном нормом регулисана је послуга, али није регулисан рок враћања ствари дате на послугу). Неправе правне празнине су оне код којих цео, сложени друштвени однос, није регулисан општом правном нормом¹⁷.

¹⁵ F. Génay: *Méthode d'interprétation et sources du droit positif*, Paris, 1919, Tom I, str.70 i dalje.

¹⁶ Нарочито се издвајају студије Перлмана, Роса и Рајта: Ch. Perelman: *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, 1968; A. Ross: *Directives and Norms*, London, 1968; G-H. von Wright: *Norm and Action*, London, 1963.

¹⁷ Има аутора који неправне празнине посматрају у једном другом значењу. Оне се одnose на начин нормирања, који није прихватљив са становишта одређених вредносних принципа па се услед тога ове неправне правне празнине називају још и аксиолошким (N. Visković: *Pojam prava*, Split, 1981, str. 248).

У случајевима када не постоји правни пропис о попуњавању правних празнина мора се узети да он постоји прећутно и посредно, да је садржан у духу и суштини целог права. У различитим правним системима наводе се средства за попуњавање правних празнина, на пример, начела природог права, обичајно право, судско уверење (швајцарски грађански законик), аналогија (италијански грађански законик) и правна наука¹⁸.

У појединим гранама права до краја и без изузетка важи принцип потпуности, тј. начело законитости (на пример, кривично право у коме не може бити правних празнина и у којем важи принцип *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* – нема кривичног дела без закона, нема казне без закона). Никоме се не може судити због дела и одредити кривична санкција ако то дело и казна нису одређени кривичним законом.

Принцип одређености, као треће начело правног система, састоји се у томе да више правне норме треба да, што прецизније и потпуније, одреде садржај нижих правних норми, или, другим речима, нижи субјекти нормирања треба да буду мање слободни творци а више „извршиоци” виших правних норми. Када је испуњено, ово начело, с једне стране, изражава хијерархијски однос међу правним нормама док, с друге стране, представља својеврстан израз правне сигурности. Принцип одређености различито се изражава у појединим правним гранама, више и стриктније у кривичном праву, радном, финансијском, а блаже у оним гранама права у којима је основни принцип аутономија воље (слобода ступања у правне послове), као што је то грађанско, привредно и облигационо право. Ипак, у свим правним гранама извесна мера неодређености општих правних норми неизбежна је као услов прилагођавања права друштвеним односима. Идеја о апсолутној неодређености у правном систему, односно о непостојању већег практичног значаја опште правне норме, пошто сво право стварају судови појединачним нормама, јесте, такође, нетачна. Истовремено, неприхватљив је и други аргумент, тј. легалистичка догма према којој је правни систем кохерентан и потпун. Ниже правне норме строго су одређене и оне настају „простим силогистичким извођењима и језичко-логичким систематским тумачењем”¹⁹. Тако је цар Јустинијан забрањивао коментарисање *Дигестиа* и задржавао право да само законодавац има овлашћење тумачења спорних места²⁰. Просветитељи заступају сличну идеју, везану за судије, која каже да се кроз уста судије изговају речи закона. И кодификације, такође, прати вера и тежња да примењивач норми у конкретном односу буде

¹⁸ Види тумачење права и правне празнине у N. Visković: *Pojam prava*, Split, 1981, str. 250.

¹⁹ Исто, стр. 250.

²⁰ Исто, стр. 251.

„непристрасни аутомат” који подводи појединачне случајеве под опште прихваћене шеме.

Ова легалистичка идеја била је критикована не само у социолошкој теорији права и у оквиру културалистичког схватања, већ је и сама нормативистичка правна мисао увидела недостатке тезе о потпуној одређености правног система. Почетком XX века у правној науци настаје висок степен сагласности у вези са тим да је управо конкретна нормативна делатност, укључујући и тумачење општих правних аката пресудан моменат у изградњи правног система када се повезују правна норма, правни однос и вредности. Ова стваралачка делатност примењивача опште правне норме испољава се: прво, кроз судско-управну делатност; друго, кроз преторско-прецедентни систем у римском и англоамеричком праву; треће, кроз судску праксу, објективно тумачење, дискрециону оцену и примену правних принципа и такозваних правних стандарда; и четврто, кроз стварање које налазимо у свакој конкретизацији опште правне норме ма колико она била одређена²¹.

Да би се постигла већа мера одређености нормативних садржаја, а тиме и већа правна сигурност у самом праву предвиђају се бројна средства: изграђеност и прецизност правних појмова, усавршена законодавна техника, научно и критичко испитивање правних норми, правних односа и правних вредности, ауторитет виших органа, изграђена судска пракса и стручно и опште образовање правника²², изграђивање правне свести, виши квалитет језика права²³.

Четврто начело правног система поред кохерентности, потпуности и одређености је самопроизводња (аутопоиеза) права. Држава и право чине два велика друштвена подсистема и управо на тим предпоставкама Никлас Луман у оквиру теорије суперсистема изграђује схватање аутопоиезе правног система. За њега је право систем без обзира за коју се дефиницију система одредимо. Оно је целина састављена од елемената, правних прописа повезаних захтевом међусобне јединствености и непротивуречности. Тај универзум може да буде описан не само аутономијом и самоорганизацијом већ и аутопоиезом. Право је одвојено од своје околине, јасно обележеном системском границом са сразмерно високим ступњем аутономије. Ова аутономија почива на темељима правне државе, односно, јединствености јер сваки правни пропис изводи своју законитост из другог правног прописа. На овакав начин, у логичном низу изводе се законитости чији је крајњи циљ стварање важећег устава. Право је, такође, самореферентно,

²¹ Исто, стр. 252.

²² Исто, стр. 253.

²³ С. Перовић: *Правно-филозофске расправе*, Београд, 1995, стр. 394 и даље.

само се производи и само се одржава, што значи да правни систем упућује сам на себе, посебно на своје јединство, сталност тј. правну сигурност и идеал праведности. Према Луману аутопоиезис правног система превазилази постојеће супротности правног система – отворености и затворености. Аутопоиезис система дефинише се функционално тј. нормативно, правни систем је затворен, али је и истовремено отворен у односу на своју околину. Пошто је правни систем комбинација отворености и затворености, Луман не претендује на потпуну самоодређеност правног система.

III

На крају, до сада речено упућује на закључке. Увек у правном систему постоје неусклађености, противуречности, правне разнине и антиномије. Тиме су нарушени принципи правног система, принципи конхерентности односно законитости, потпуности, одређености и самопроизводње права. Затим, дошли смо до оцене постојања и вредности правног система коју меримо „у првом реду по степену рационалности и унутрашње синхронизације општих норми и њихове спољашње синхронизације са степеном признања, примене и извршења”²⁴. Такође, не сме се изгубити из вида да борба за остваривање права тј. законитости може бити конструктивна са становишта начела правног система, али се она не може узети као апсолутни захтев. О томе, на једном месту, сведочи Шекспир у драмској комедији *Млејтачки њрџовац* када безобзирна борба за своја права може довести до највеће неправде (*summum ius, summa iniuria*).

²⁴ S. Beljanski: *Pravo i iluzija*, Beograd, 1999, str. 162.

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

Principles of Legal System

Abstract: *The work distinguishes between two meanings of the term legal system: hierarchical (factual or vertical) and scientific. The principles on which both meanings are based are coherency, i.e., legitimacy, completeness, distinctiveness and self-reference (autopoiesis) of law. These principles designate the states or real features of a legal system, but also the ideals and values, which are never completely realized, but are pursued with more or less success. Consequently, it can be concluded that contradictions, inconsistencies or incompleteness of general legal norms are always inherent to a legal system.*

Key words: *legal system, coherency - legitimacy, completeness, distinctiveness, self-reference*