

# Г Л А С Н И К

## А Д В О К А Т С К Е К О М О Р Е В О Ј В О Д И Н Е

## Ч А С О П И С З А П Р А В Н У Т Е О Р И Ј У И П Р А К С У

---

Година LXXXVIII

Нови Сад, јануар 2017.

Књига 76

Број 1.

---

Ч Л А Н Ц И

UDC 343.211.2

*Dr Ivan Mandić*  
Београдска пословна школа

### OBLICI NEPRAVA DETERMINISANI SPOLJAŠNJIM ELEMENTIMA PRAVA \*

**SAŽETAK:** Savremena logika i na njoj zasnovana naučna metodologija odlučno se suprotstavljaju tzv. negativnim definicijama, odnosno određenjima koja pokazuju šta jedna pojava nije. Iako se na prvi pogled može učiniti drugačije, ovaj rad nema za cilj da istraži šta pravo nije, već da istraži i ukaže na dvostruku stvaralačku moć spoljašnjih elemenata koji ga sačinjavaju. Naime, osnovna hipoteza u istraživanju koje je radu prethodilo jeste da elementi prava, pre svega njegovi spoljašnji elementi, ne određuju samo pojam i vid prava, već i odgovarajući oblik neprava. U skladu s tim, osnovni istraživački cilj u ovom radu je eksplikacija, to jest uočavanje i objašnjenje veze koja postoji između pojedinačnih spoljašnjih elemenata prava i pojedinih pojava oblika neprava.

**Ključne reči:** pravo, nepravo, protivpravnost, vrednosni moment prava, pravna praznina, sankcija

### UVODNE NAPOMENE

Ukoliko prihvatimo grubu, svakako i višestruko manjkavu podelu nauka na prirodne i društvene, kao jednu od najstarijih društvenih nauka izdvojicemo pravnu nauku. Uvažavajući njen impozantan istorijat, sledstveno tome i širok

---

\* Rad primljen 9. 11. 2016. godine.

korpus znanja kojim raspolaže, za očekivati je da se pitanja poput „naučnosti“ pravne nauke ili njene „predmetnosti“ više i ne postavljaju. Realnost je, ipak, znatno drugačija. Štaviše, čini nam se da ne postoji nauka, kao što je to slučaj sa pravnom naukom, u kojoj postoji toliko sporova oko fundamentalnih pitanja koji samim svojim postojanjem dovode u pitanje njenu egzistenciju.

Na trenutak možda možemo i zanemariti argumente koji dovode u pitanje „naučnost“ pravne nauke. Ipak, pitanje njene predmetnosti ostaće i dalje otvoreno. Naime, kao predmet pravne nauke, načelno, određuje se pravo. I zaista, to uopšte nije sporno. Time, međutim, nije u potpunosti rešen problem predmetnosti, jer i dalje nedostaje precizno određenje pojma pravo. Upravo nemogućnost određenja pojma prava glavni je razlog zbog kojeg nije retkost da se među predstavnicima drugih društvenih, a naročito prirodnih nauka, pravo obezvređuje kao nauka.<sup>1</sup>

U pravnom i filozofskom žargonu, ali i svakodnevnom govoru, još od Aristotela i Sokrata, preko Tome Akvinskog, Grocijusa i Makijavelija, pa do Kelzena i Radbruha, pod pojmom pravo podrazumevale su se različite pojave i fenomeni. Ipak, ukoliko pretendujemo da na neki način sumiramo postignute rezultate, uočićemo da se definicije prava kreću, mahom, u „trouglu“. Tačke tog trougla kao krajnosti čine: shvatanje prava kao skupa normi, shvatanje prava kao obrasca ponašanja i shvatanje prava kao ovlašćenja koje proizlazi iz pravne norme.<sup>2</sup>

Postoji veliki broj razloga zbog kojih postoje razlike u shvatanju pojma prava kroz istoriju, ali ništa manje i među savremenim pravnim piscima. Prvo, pravo je kao pojava deo objektivne stvarnosti, odnosno sveta oko nas. Zapravo, pravo je deo naše društvene stvarnosti. Bezbroj je različitih shvatanja o svetu oko nas, naročito o njegovoj društvenoj komponenti, stoga ne treba da čudi ni to zašto postoji toliko različitih shvatanja prava kao njegovog segmenta.

Dalje, postoji mnogo različitih vidova prava, a različiti pravni teoretičari i različite škole, činjenica je, sklone su da apriori pridaju veći ili manji značaj

---

<sup>1</sup> „Mali je broj pitanja o ljudskom društvu koja su ozbiljni mislioci postavljali i na njih odgovarali sa takvom upornošću, na tako različite, čudne, pa čak i paradoksalne načine kao što je pitanje: Šta je pravo? Čak i ako usmerimo svoju pažnju na pravnu teoriju u proteklih sto pedeset godina i ostavimo po strani klasičnu srednjovekovnu misao o „prirodi“ prava, zapazićemo da se stanje u ovoj nauci ne može porediti sa ostalim naukama koje su izučavane na sistematski način kao posebne akademske discipline. Pitanje Šta je pravo? nudi obimniju literaturu za razliku od pitanja Šta je hemija? ili Šta je medicina?“ Tako: Hart, H. L. A. *Pojam prava*, CID Podgorica, Podgorica, 1994, 20.

<sup>2</sup> Koristimo priliku da napomenemo da se, prema našem viđenju, najveći broj definicija nalazi, zapravo, unutar pomenutog trougla, bliže ili dalje njegovim temenima. To, u prevodu, znači da je najveći broj definicija prelaznog karaktera, u smislu da ima za cilj da na neki način uvaži argumente sve tri koncepcije i objedini ih. To, dalje, znači da se pojam prava većinski smatra višeslojnom pojavom koju nije moguće objasniti sa stanovišta samo jedne od predstavljenih koncepcija.

nekom od njih. U skladu s tim i pravo se definiše na različite načine. Međutim, u želji da se neki od vidova prava istakne, namerno ili nenamerno, zanemarijuana su i osnovna metodološka i logička pravila. Stoga ne treba da iznenadi more logički nepravilno konstruisanih definicija, negativnih, ali i pesničkih definicija kojima u nauci nema mesta. Takođe, ne treba da iznenadi ni to što se, opet usled nepoštovanja metodoloških pravila, upadalo u paradigmatičke zamke koje redovno vode jednostranosti i bespotrebnoj uplitanju ideoloških i političkih momenata.

Posebnu teškoću u definisanju prava predstavlja, pored nesporne nesavršenosti čovekovih misli i ideja, i nesavršenost jezika kao sredstva kojim se one ispoljavaju. Pravna nauka, za razliku od prirodnih i tehničkih, nije izgradila sopstveni naučni jezik.<sup>3</sup> Preciznije, ukoliko uvažimo postojanje, iz perspektive prirodnih i tehničkih nauka, relativno mali broj pravno-tehničkih kovanica, možemo reći da pravna nauka nije u potpunosti izgradila svoj naučni jezik.

U nedostatku preciznijeg naučnog jezika koristi se narodni. Narodni jezik, međutim, odlikuje se brojnim nesavršenostima. One sa kojima se najčešće srećemo su homonimnost, sinonimnost i uloga konteksta u značenju. Kao takav, narodni jezik, između ostalog, doprinosi neopravdanom širenju pojma prava. I zaista, narodni govor za pravne smatra čitav niz društvenih pojava koje narodna instiktivna mudrost smatra pravnim u skladu sa oficijelnom upotrebom reči, pa čak i nezavisno od oficijelne upotrebe reči.<sup>4</sup>

Dalje, ukoliko se oslonimo na postojeća saznanja o istoriji prava, nama se čini da je svaki pokušaj da pravo svedemo na tipsku kategoriju – tipsku u smislu da za nju možemo dati univerzalnu definiciju koja pretenduje da važi mimo prostorne i vremenske opredeljenosti prava – unapred osuđen na neuspeh. Ovo iz prostog razloga što se društvo vremenom menjalo i postepeno evoluiralo. Sve promene u društvu, pogotovo one evolutivne, pratilo je pravo kao osnovni regulator društvenog ponašanja i prilagođavalo im se. Pravo, dakle, nije statično, već vrlo dinamično. To, dalje, znači da je ispravno stanovište da ne postoji pravo uopšte, kao vanvremensko i vanprostorno pravo. Postoji samo, filozofskim rečnikom rečeno, „konkretno pravo uopšte“, što dalje znači da mi možemo da definišemo samo pravo sa stanovišta naših trenutnih predstava o svetu.

---

<sup>3</sup> Namerno se upotrebljava termin naučni jezik prava da bi se napravila pravilna distinkcija između naučnog jezika koji svaka nauka mora da poseduje, a koji se razvija iz narodnog, od ideje o pravnom jeziku kao uskostručnom i odvojenom od narodnog jezika. Još je Radomir Lukić to pravilno primetio i ukazao na problem rekavši: „Osnovna teškoća kod jezika je u tome što ovako precizan jezik može da dođe samo kao tvorevina visoko razvijene pravne nauke i tehnike, a samim tim on se mora udaljiti od običnog, svakodnevnog, narodnog jezika i postati usko stručan jezik. A ako je to i moguće kod medicine ili tehnike u užem smislu, to je teško dopustiti kod prava i pogotovu našeg prava koje treba da bude pravo narodno pravo... a ono to ne može da bude ako se začaurilo u suviše stručan jezik.“ Videti: Lukić, R., *Teorija prava*, Beograd, 1958, 211.

<sup>4</sup> Podgorac. I. T., *Petražičijana-pravo i politika prava*, Pravni fakultet u Kragujevcu, Kragujevac, 1999, 40

Naše trenutne predstave o svetu ograničavajući su faktor u procesu saznanja prava, stoga valja obratiti pažnju na upotrebu pojma dinamičnost. Njega treba smatrati sinonimom za izraz razvojnost prava. Dinamičnost se, naime, može objasniti i kao svojevrsna nemogućnost prava da se odupre različitim uticajima iz spoljašnjeg sveta i ograničenosti naših predstava o istom. Dakle, dinamičnost prava, u zavisnosti od tumačenja kojem smo skloniji, može imati i negativan prizvuk. Ipak, takav vid poimanja dinamičnosti prava bio bi pogrešan. Ispravnije je, smatramo, o dinamičnosti prava misliti kao o svojevrsnoj adaptivnosti prava, odnosno pretpostaviti postojanje specifičnog mehanizma koji pravu omogućava da isprati promene u društvu za koje je, napomenimo još jednom, tesno, pa čak i neodvojivo vezano.

## 1. O SPOLJAŠNJIM ELEMENTIMA PRAVA

Dinamičnost prava kao njegova karakteristika najbolje se može uočiti iz perspektive elemenata prava. Naime, pod uticajem protoka vremena i novih društvenih prilika, menjali su se, kako samo pravo, tako i elementi koji ga čine. Promene koje su se dešavale išle su u najmanje tri pravca. Novi elementi su nastajali, neki su nestajali, a nekima se značenje vremenom menjalo. Promene su, dakle, bile kako kvalitativne, tako i kvantitativne.

Nažalost, činjenica je, među teoretičarima prava već dugo nema konsenzusa oko toga koji sve elementi čine moderno pravo, koja je njihova uloga i eventualno kakva hijerarhija među njima postoji. Međutim, bez obzira na to koje elemente prava prepoznajemo i kako ih klasifikujemo, nama se čini, a to je i osnovna teza u radu, da oni uvek diktiraju i određeni oblik neprava.

Ovaj rad nema za cilj prikazivanje različitih gledišta o pojmu prava, ali uvidom u do sada postojeća saznanja i kritičkom analizom istih dolazimo do zaključka o postojanju dve grupe elementa prava: spoljašnjih (formalnih) i unutrašnjih (sadržinskih) elemenata. Svi ovi elementi zajedno, ali i svaki od njih ponasob, prilikom odstupanja od vrednosti postavljenih njima, determinišu pojavne oblike neprava. Ukoliko bismo ove elemente i pojavne oblike neprava sagledali na pravi način, bili bismo korak bliže određenju pojma prava. U najmanju ruku bili bismo u prilici da sagledamo na pravi način granice pojma prava koje se, prirodno, poklapaju sa granicama iza kojih počinje nepravo.

Spoljašnji elementi prava su u fokusu ovog rada. To su, u najkraćem, oni elementi na koje kao prve nailazimo kada se bavimo pojmom prava. Oni mu, zapravo, daju konture i to je nešto što je u teoriji prava odavno uočeno. Međutim, malo se računa vodi o tome da elementi prava determinišu i nepravo, to jest njegove pojavne oblike. Kako bismo te elemente spoznali, prvo i osnovno pitanje koje moramo postaviti – zapravo sva ostala pitanja se na njega svode –

je kako se pravo manifestuje u spoljašnjem svetu. Dva su moguća odgovora na ovo pitanje.

Najpre, smatra da se pravo u spoljašnjem svetu manifestuje kao skup pravila ponašanja koje propisuje dominantni oblik društvenog organizovanja – u modernom dobu, naravno, država. Grupa teoretičara prava koja zastupa ovo shvatanje, a koje nazivamo normativistima, smatra da pravo čine norme, odnosno pravila ponašanja. U skladu s tim učenjem i pravo se određuje kao normativna nauka.

Ovo učenje ima širok dijapazon različitih varijanti koje se kreću na relaciji od prirodnopravne do pravнопозитivističke uz čitav niz prelaznih varijanti i podvarijanti. Sva ova učenja, uključujući i ona koja se nalaze na samim polovima, imaju zajedničku karakteristiku. Naime, budući da pravnu nauku smatraju normativnom a ne faktičkom, predmet interesovanja onih koji pravo na ovaj način doživljavaju, prvenstveno je stvarnost kakva bi trebala da bude. Drugim rečima, predmet je ljudsko ponašanje usmereno na stvaranje takve stvarnosti.

Ukoliko pristupimo pravu kao „projektovanoj stvarnosti“, jasno je da se svako odstupanje od zamisli izražene kroz pravnu normu ima smatrati nepravom. U ovom trenutku čini nam se da je, ako već pravo posmatramo kao instrument za projekciju i ostvarivanje željene društvene stvarnosti, nepravo moguće naći u tri oblika – kao protivpravnost, zatim kao negiranje vrednosnog momenta prava i kao pravnu prazninu.

Međutim, ukoliko pravo posmatramo iz perspektive njegovih spoljašnjih elemenata, shvatanje prava kao skupa normi, iako danas vladajuće, nije jedino. Naime, postoji nemala grupa teoretičara koja pravo, uz više nego solidnu argumentaciju tog stava, ne posmatra kao skup normi, već kao stvarno ljudsko ponašanje. Ovu grupu teoretičara nazivamo, pomalo žargonski, fakticistima. Osnova njihovog učenja je da za pojam prava nije bitno postojanje određениh normi koje određuju kakvo ljudsko ponašanje treba da bude. Po njihovom mišljenju jedino je bitno kako se ljudi zaista ponašaju u svakodnevnom životu. Prema njima, sledstveno tome, pravo je, ne normativna, već faktička nauka koja ima za cilj da prouči stvarno ljudsko ponašanje i normira ga. Proizlazi dalje, društveno ponašanje je sredstvo za projektovanje prava.

Jasno je, ključna razlika između ova dva shvatanja je u tome što se kod normativističkog shvatanja prava norma pretpostavlja ljudskom ponašanju i determiniše ga. Kod fakticističkog učenja o pravu, ponašanje ljudi se pretpostavlja normi i determiniše je. Uz ovu opštu, naravno, postoji više pojedinačnih razlika koje bismo mogli istaći, ipak to nije cilj ovog rada. Cilj je, kako smo i naglasili, da se prepoznaju osnovni elementi prava prema dominantnim teorijama i ispita se da li i na koji način oni determinišu nepravo. Svakako, fakticistički određen pojam prava za svoj glavni spoljašnji element ima ne normu, već ljudsko ponašanje, stoga se nepravo manifestuje kao pravni poredak koji ne uvažava društvenu stvarnost.

Najzad, među spoljašnjim elementima prava, ukoliko se opredelimo kao fakticisti, a naročito ukoliko se opredelimo kao normativisti, ne možemo a da ne uvažimo i prateći spoljašnji element – sankciju. Bez obzira kako doživljavali pravo, kao skup normi ili kao ponašanje ljudi, nesporno je da pravo mora biti obogaćeno komplementarnim i odgovarajućim sistemom sankcija. Sankcija se može odrediti kao sekundarna ili alternativna dispozicija ili, najbolje, kao prinudna mera koju nadležni državni organ primenjuje nad prekršiocem dispozicije. Ipak, za potrebe ovog rada smatramo da je o sankciji pravilnije misliti kao o pravilu ponašanja predviđenom za slučaj da je dispozicija prekršena. Ovo iz razloga što je određenje sankcije kao prinude državnog organa previše usko i određuje sankciju kao fakt, a ne kao deo pravne norme. Naime, da bismo govorili o sankciji dovoljno je da sankcija postoji kao deo norme, da bude predviđena ustavom, zakonom ili kakvim drugim aktom, a manje je bitno da li se ona zaista primenjuje u društvu.

Interesantno je da i sankcija, iako normativnost ovog elementa nije nesporna, takođe determiniše oblike neprava. Ukoliko posmatramo pravo sa stanovišta sankcije kao njegovog spoljašnjeg elementa, nepravo se javlja kao pravni život koji počiva isključivo na fizičkoj prinudi i strahu od primene sankcije.

## **2. NORMATIVISTIČKO SHVATANJE PRAVA I OBLICI NEPRAVA**

### **2.1. Protivpravnost kao oblik neprava**

Ukoliko nam je učenje koje pravo uzima za skup pravila bliže, to jest ukoliko pravo posmatramo kao projektovanu stvarnost, oblik neprava koji je, iako ne jedini, svakako najmarkantniji, jeste protivpravnost. U različitim granama prava, zbog specifičnosti samog skupa pravila koji posmatramo, protivpravnost uvek ima svojih osobenosti. To je u teoriji prava, naročito građanskog, pravilno primećeno.<sup>5</sup> Ipak, smatramo, moguće je odrediti i opšti pojam protivpravnosti koji bi bio neka vrsta rodnog pojma za različite oblike protivpravnosti. Ovaj oblik protivpravnosti je ujedno i neposredni predmet našeg interesovanja zato što je neposredno diktiran jednim od spoljašnjih elemenata prava.

Naime, ukoliko pravo posmatramo kao skup normi koji oblikuje ponašanje subjekata, pravnost kao glavna determinanta pravnih pravila<sup>6</sup> može se poimati jedino kao faktička usklađenost ponašanja u skladu sa zahtevom prav-

---

<sup>5</sup> Videti: Radulović, S., *Činjenice odlučujuće za isključenje protivpravnosti pri medicinskoj intervenciji i njihov međusobni odnos*, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Prištini, Kosovska Mitrovica, 2016, 37 i dalje.

<sup>6</sup> Na sličan način o pravnosti: Karbonije, Ž., *Pravna sociologija*, Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića, Sremski Karlovci, Novi Sad, Titograd, 141.

nog poretka iskazanog kroz dispoziciju pravne norme. Proizlazi odatle, protivpravnost predstavlja suprotnu situaciju. Ona predstavlja neusklađenost između pravnog i faktičkog, tačnije faktičkog sa pravnim. Zapravo, protivpravnost se svodi na odstupanje od zahteva izraženog u dispoziciji pravne norme. To je ponašanje subjekta koje ne odgovara ideji tvorca norme i stvarnosti projektovanoj kroz pravnu normu.<sup>7</sup>

Dakle, ukoliko smo skloniji da pravo posmatramo kao skup pravila i kao projektovanu stvarnost, a ne kao faktičko ponašanje pravnih subjekata nezavisno od pravnih normi, proizlazi da je faktičko stanje podređeno pravnoj normi. Ta podređenost proizlazi iz monopola nad sredstvima fizičke prinude kojima će pravni poredak obezbediti da faktičko ponašanje subjekata prava ne protivreči dispoziciji pravne norme. Proizlazi odatle da je pravna norma glavni spoljašnji element prava koja kao takva diktira i protivpravnost kao potpuno logičan oblik neprava. Dakle, protivpravnost kao oblik neprava determinisana je pravnom normom kao spoljašnjim elementom prava.

## **2.2. Negiranje vrednosnog momenta prava kao oblik neprava**

Već smo pomenuli to da normativistički vid poimanja prava u prvi plan stavlja pravnu normu. Naglasili smo, međutim, i to da se normativistički vid poimanja prava ne javlja samo u svojoj pravnopozitivističkoj, već i u prirodno-pravnoj varijanti. Prirodnopravna varijanta učenja, kao normativistička, u prvi plan, takođe, stavlja pravnu normu, no poimanje pravne norme je bitno drugačije u odnosu na pozitivističko. Naime, pravnopozitivističko shvatanje prava pravnim normama smatra samo i isključivo ona pravila koja je država kreirala. Ukratko, pravo je prost zbir formalnih izvora prava stvorenih u procesu vršenja, najpre zakonodavne, ali svakako i sudske, pa i upravne vlasti.

Prirodnopravno učenje, sa druge strane, ne negira niti obezvređuje norme koje jestvorila država. Ipak, pravnim smatra samo ona pravila koja su prostorno i vremenski nepromenljiva, to jest univerzalna. Pritom, to posebno moramo naglasiti, njihova univerzalnost proizlazi iz činjenice da pravno pravilo pretenduje da zaštiti neke najvažnije društvene vrednosti. Samo ona pravila koja uva-

---

<sup>7</sup> Ovakav način dolaska do određenja pojma protivpravnosti, mislimo na put koji podrazumeva prethodno određenje pravnosti, a onda određenje antagonističkog pojma, nije jedini. U teoriji prava praktikovani su i drugi metodi radi saznavanja ovog pojma, ipak mišljenja smo da je ovo logički najispravniji put. Na sličan način određenju protivpravnosti pristupaju i: Olšar, E., *Studie o protivpravnosti (se zvlastnim zretelem k pravu trestnimu)*, Prage, 1940, 8 i dalje; Radišić, J., *Protivpravnost kao uslov građanske odgovornosti*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd, 1998, 547 i dalje; Radulović, S., *nav. delo*, 35 i dalje; Sibinović, Đ., *Protivpravnost – odlika krivičnog i građanskog vida neprava*, Pravni fakultet „Union“ i štamparija „Zagorac“, Beograd, 2006, 11 i dalje.

žavaju i štite najvažnije vrednosti čine pravo. Takvo pravo, samim tim što je izričito orijentisano ka vrednosti, prestaje da bude prosto pravilo i pretvara se i samo u vrednost.

Učenje o postojanju univerzalnog prirodnog prava, kao prostorno i vremenski neogrančenog, danas je u najvećoj meri, ako ne i u potpunosti, prevaziđeno. Ipak, uz insistiranje na „sveopštoj metamorfozi“ prava<sup>8</sup>, moderan pravnik zna da pravo nije prost zbir formalnih izvora prava<sup>9</sup> kako to pozitivisti tvrde. I zaista, pravo nije samo kreacija čoveka, već i specifična manifestacija njegovog duha. Kao takvo, ono nužno mora uvažiti osnovne vrednosti, jer su one razlog samog njegovog postojanja. U suprotnom, pravo koje ne uvažava najznačajnije vrednosti, bilo bi čist formalnopravni vid egzistencije pravne norme<sup>10</sup>, koji nema realne šanse da bude ostvaren, budući da nije u stanju da vlastitom snagom obrazloži važenje normi<sup>11</sup>.

Iako nikada do kraja nije razjašnjeno koje sve vrednosti pravna norma mora da uvaži da bi se smatrala pravom, gotovo da nije sporno da pravni pozitivizam u svojoj isključivosti mora biti pretočen u pravo koje je za svoju osnovu prihvatilo vrednost.<sup>12</sup> Kada pravo poimamo na ovaj način, jasno je da ono ne može biti negirano na isti način kao i pravo koje se poima samo kao pravna norma koju je stvorila država.

Preciznije, normativističko učenje stavlja u prvi plan normu kao spoljašnji element prava. Ukoliko norma preuzima na sebe vrednosni sadržaj, ona i sama, kako rekosmo, postaje vrednost. Dakle, ukoliko je norma postala vrednost, onda je vrednost glavni spoljašnji element prava. Proizlazi dalje, ukoliko prihvatimo početnu hipotezu da elementi prava diktiraju oblike neprava, nepravo se može javiti samo kao negiranje vrednosnog sadržaja norme.

Zapravo, nepravo se tada može javiti u dva oblika, a o kom je obliku reč zavisi od toga da li je pravo zaista preuzelo na sebe vrednosni sadržaj ili, kako se kaže, tavori u svojoj „pravno pozitivističkoj učmalosti“.<sup>13</sup> Ukoliko pravo prepoznaje, uvažava i štiti najvažnije vrednosti, nepravo se, slično kao kod pravno pozitivističkog učenja, javlja u vidu ponašanja ili posledice ponašanja koje je zabranjeno pravnom normom. Međutim, ukoliko pravo nije prihvatilo vrednost i njen sadržaj, onda norme koje državna vlast kreira i njihov sadržaj predstavljaju nepravo.<sup>14</sup>

---

<sup>8</sup> Videti: Trajković, M., *Vrednosna metamorfoza prava*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, br. 63, Niš, 2012, 207 i dalje.

<sup>9</sup> Karbonije, Ž., *nav. delo*, 128–129.

<sup>10</sup> Tako: Trajković, M., *Pravo u svetu vrednosti*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 1, Novi Sad, 2012, 384 i dalje.

<sup>11</sup> O tome: Radbruh, G., *Pravni i drugi aforizmi*, Dosije, Beograd, 2007, 18.

<sup>12</sup> Trajković, M.: *Vrednosna metamorfoza prava*, 208.

<sup>13</sup> Tako: Trajković, M., *nav. delo*, 211–212.

<sup>14</sup> Na sličan način: Radulović, S., *nav. delo*, 45.

### 2.3. Pravna praznina kao oblik neprava

Pojam prava može se poimati na više različitih načina, ipak nama se čini da je normativističko shvatanje ipak ispravnije. Pravo je zaista najispravnije poimati kao skup normi kojima država reguliše one društvene odnose koji se svojim značajem izdvajaju. Odnosi koji nisu od posebnog značaja iz perspektive pravnog poretka, ostaju po strani, to jest nisu predmet pravne regulacije. Ovi društveni odnosi odvijaju se spontano i po nepravim mehanizmima.

Ova grupa društvenih odnosa, budući da zakonodavac nije imao pravni interes za njihovo uređenje, nije od posebnog značaja, kako za naš rad, tako ni za pravna istraživanja uopšte. Daleko veći značaj, sa druge strane, imaju one situacije u kojima tvorac normi nije prepoznao stvarno postojanje društvenog interesa za pravnu regulaciju određenog društvenog odnosa. Kada je jedan društveni odnos trebalo da bude regulisan pravom, odnosno onda kada se jedan društveni odnos smatra pravnim nezavisno od (ne)postojanja pravne norme koja ga uređuje, dolazimo do fenomena koji je poznat pod nazivom pravna praznina.

U teoriji prava nikada do kraja nije razjašnjeno šta to razlikuje pravne praznine od tzv. pravno praznog prostora, odnosno koji su odnosi morali biti regulisani pravom, a koji to opravdano nisu. Pitanje se, zapravo, svodi na to da li pravne praznine mogu uopšte da postoje, naročito iz ugla savremenog normativističkog koncepta koji pravo vidi kao jedinstvo opštih i individualnih normi, odnosno kao rezultat dalekovidosti zakonodavca i kreativnosti sudije.

Tačno je da pravo teži potpunoj regulaciji društvenih odnosa koji se svojim značajem izdvajaju, no zbog njihove složenosti i dinamičnosti to nije moguće uvek postići. Kao rezultat toga određeni, objektivno značajniji društveni odnosi bivaju neregulisani ili nepotpuno regulisani. Drugim rečima, danas se smatra da pravne praznine ipak mogu da postoje i da su one neizbežan pratilac prava.<sup>15</sup>

U novijoj teoriji prava smatra se da se pravne praznine mogu smatrati pojavnim oblikom neprava.<sup>16</sup> Ovo je mišljenje koje, iako nije nesporno, smatramo za ispravno uz dodatak da je ovo ipak potpuno benigni oblik negacije prava i to iz razloga što se jednostavnim potezima oslonjenim na različite metode tumačenja, krajnje bezbolno, kao nepoželjan da eliminisati iz pravnog poretka. Dakle, ukoliko pravo posmatramo kao skup pravila, odsustvo pravne norme koja bi jedan odnos regulisala i pored nespornog značaja normiranja tog odnosa za pravni poredak, predstavlja negaciju prava. Jednostavnije, pravna norma kao spoljašnji element prava, odnosno njeno odsustvo, determiniše i pravnu prazninu kao pojavni oblik neprava.

---

<sup>15</sup> Isto: Harašić, Ž., *Dometi sistematskog tumačenja u pravu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, br. 2, Split, 2009, 329.

<sup>16</sup> Tako: Radulović, S., *nav. delo*, 44.

### 3. FAKTICISTIČKO SHVATANJE PRAVA I OBLICI NEPRAVA

Značajna grupa teoretičara smatra da pravo čine norme, odnosno pravila ponašanja i pravo određuje kao normativnu nauku. Ipak, normativističko viđenje prava nije jedino moguće viđenje. Nemala grupa pravnih teoretičara pravo određuje kao stvarno ljudsko ponašanje. Prema ovoj grupi teoretičara suštinski nije bitno da li se ponašanje ljudi podudara sa bilo kojim normama, pa čak i onim koje država stvara. Prema njima, jedino što je zaista bitno jeste to kako se ljudi u svakodnevnom životu zaista i ponašaju. Svakodnevno ljudsko ponašanje je determinanta prava i shodno tome njegov najznačajniji spoljašnji element.

Iako je ovakav vid poimanja prava, pretežno zbog pogodnosti koncepcije da bude zloupotrebljena, u najvećoj meri prevaziđen, neophodno je razmotriti da li i na koji način ljudsko ponašanje kao spoljašnji element prava determiniše nepravo. Naime, eventualnim prihvatanjem fakticističke koncepcije prava, prihvatamo i ideju o tome da je norma, ma od koga stvorena, podređena ljudskom ponašanju. Norme moraju biti usklađene sa svakodnevnom, uobičajenim ponašanjem ljudi ukoliko pretenduju na to da se smatraju pravom. Ukoliko jedna norma ne zadovoljava ovaj kriterijum, ona iz fakticističkog ugla prestaje da bude pravo i pretvara se u njegovu negaciju. Dakle, faktičko ponašanje ljudi kao spoljašnji element prava na osoben način determiniše šta je pravo, ali i šta se smatra nepravom, odnosno nepravo se javlja u drugačijoj formi i osobenom obliku prelaskom sa normativističkog na fakticističko učenje.

### 4. SANKCIJA I NJEN UTICAJ NA OBLIKOVANJE NEPRAVA

Razlikovanje prava od neprava, sa laičkog stanovišta, načelno je vrlo jednostavno i počiva na razlikovanju dispozicije od sankcije. Tako, ponašanje u skladu sa dispozicijom smatra se pravom, dok se primena sankcije već dovodi u vezu s nepravom. Takvo poimanje, zapravo, samo je pojednostavljena i samim tim vrlo neprecizna slika pravnog života.

Naime, u kontekstu odnosa neprava i protivpravnosti, Hans Kelzen je upozoravao na to da protivpravnost ne mora nužno značiti i negaciju prava, te da ona ne dovodi u pitanje njegovu egzistenciju, uz objašnjenje da je i protivpravno ponašanje podjednako predviđeno pravom kao i ponašanje u skladu s pravom.<sup>17</sup> U istom maniru možemo posmatrati i odnos sankcije sa dispozicijom.

Dispozicija predstavlja primarno pravilo ponašanja. Za slučaj da se neko ogлуši o pravilo ponašanja predviđeno dispozicijom, sankcijom je predviđeno

---

<sup>17</sup> Tako: Kelzen, H., *Opšta teorija prava i države*, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd, 1951, 64 i dalje.

novo, supsidijarno pravilo ponašanja. Dakle, i to što se neko ponaša u skladu sa pravilom ponašanja predviđenog u sankciji, dobrovoljno ili pod prinudom, ne znači da se on ponaša protivno pravu. Objašnjenje je isto kao i za odnos protivpravnosti i neprava. I pravilo ponašanja predviđeno sankcijom i ponašanje prema tom pravilu podjednako su pravo, kao i pravilo ponašanja predviđeno dispozicijom i s njim usklađeno ponašanje subjekata.

Iz ovoga kao da proizlazi da sankcija, takođe kao spoljašnji element prava, ne determiniše nepravo. Ipak, posmatrajući stanovišta novije pravne misli dolazimo do drugačijeg zaključka.

Postavljeno je pitanje u novijoj teoriji prava, uz oslonac na slično pitanje koje je Sveti Avgustin postavio, da li se za pravo može reći da je veliko razbojništvo, ako život i primena normi od kojih je sačinjeno počiva isključivo na fizičkoj prinudi, to jest na strahu od sankcije.<sup>18</sup> Uz pitanje je ponuđen i odgovor. Smatra se da, ako se subjekti potčinjeni jednom pravnom poretku ponašaju u skladu sa pravnim normama (*misli se na dispoziciju pravne norme* – primedba I. M.) ne zato što veruju u pravičnost i ispravnost tih pravnih normi, već iz straha od moguće represije, takvo pravo prestaje da bude pravo i pretvara se u svoju suprotnost – u nepravo.<sup>19</sup>

Dakle, iako to nije bio neposredni cilj istraživanja, postavljanjem pomenutog pitanja, a naročito odgovorom na njega, dat je značajan doprinos teoriji prava. Naime, ukoliko se subjekti prava ponašaju u skladu sa pravilom ponašanja postavljenim u dispoziciji pravne norme, ne zato što iskreno veruju u ispravnost takvog pravila, već samo i isključivo u strahu od prinudne primene pravila predviđenog sankcijom, dispozicija pravna norme, pa i čitava norma prestaju da budu pravo. One su, zapravo, nepravo, što dalje znači da i sankcija kao spoljašnji element prava, takođe determiniše, makar strogo teoretski posmatrano, odgovarajući oblik neprava.

## UMESTO ZAKLJUČKA

U stručnim časopisima, televizijskim i radio emisijama, a naročito novinskim člancima govori se o krizi demokratije, krizi pojedinih država, krizi porodice, krizi nauke, pa čak i o svetskoj krizi. Stoga, teško da može da iznenadi činjenica da se u poslednje vreme govori i o svojevrsnoj krizi prava. Mi smo skloni da izraz „kriza prava“ posmatramo u kontekstu fenomena globalizacije.

Bez obzira na razloge zbog kojih se govori o krizi prava, činjenica je da ona, ukoliko zaista postoji, dovodi u pitanje identitet, pa i opstanak prava kao

---

<sup>18</sup> Pitanje postavio: Radulović, S., *nav. delo*, 47.

<sup>19</sup> Videti: Radulović, S., *nav. delo*, 47.

osnovnog regulatora društvenog ponašanja. Kako bi se predupredile negativne posledice krize, na svima koji se bave pravom, čini nam se naročito onima koji se bave pravom na višem nivou apstrakcije, jeste da ponude odgovore na ona suštinska pitanja poput predmetnosti i naučnosti prava.

Ovaj rad ima za neposredni cilj da dovede u vezu spoljašnje elemente prava, bez obzira kako pravo posmatrali, sa pojavnim oblicima neprava. Ukazivanjem na ovu vezu, posredno doprinosimo i prepoznavanju granica pojma prava, pa samim tim i rešavanju pitanja pojma prava i predmetnosti i naučnosti pravne nauke. Suštinski, ovaj rad predstavlja mali doprinos u tom smislu, ali nadamo se da će biti značajna pokretačka snaga u smislu da će inicirati niz novih radova i istraživanja koja će korak dublje zaći u problematiku i rasvetliti i druge nedoumice koje oko pojma pravo postoje.

## **FORMS OF UNLAW DETERMINED BY EXTERNAL ELEMENTS OF LAW**

*Ivan Mandić, Ph.D.,*  
Belgrade Business School

### S u m m a r y

Modern logic supporting scientific methodology decisively stands against so called negative definitions which tend to explain what a phenomenon is not. At first sight it may look different, but the present article does not examine what is not the Law, but to explore and present double creative power of external elements of Law. Specifically, main hypothesis of the scientific research that preceded this article was that elements of Law, mainly its external elements, determine not only the concept and form of Law, but also forms of Unlaw Accordingly, main scientific goal in this paper is the explication, namely both identifying and explaining relations between individual external elements of Law and certain forms of Unlaw.

**Keywords:** Law, Unlaw, Unlawfulness, Values of Law, Legal gap, Sanction