

ПРАВНА СИГУРНОСТ У УСЛОВИМА ТРАНЗИЦИЈЕ

ЗБОРНИК РАДОВА СА НАУЧНОГ СКУПА
ПРИЛОЗИ ПРОЈЕКТУ 2013 „РАЗВОЈ ПРАВНОГ
СИСТЕМА СРБИЈЕ И ХАРМОНИЗАЦИЈА С
ПРАВНОМ ЕУ”

Приредиле
Радмила Васић
Ивана Крсћић

Београд, 2014

САДРЖАЈ

| | |
|-----------------|---|
| ПРЕДГОВОР | 9 |
|-----------------|---|

I. ТЕОРИЈСКИ АСПЕКТ ПРАВНЕ СИГУРНОСТИ

Сања Ђурђић

| | |
|--|----|
| МЕСТО ПРАВНЕ СИГУРНОСТИ КАО ПРАВНЕ ВРЕДНОСТИ У РАДБРУХОВОЈ ФИЛОЗОФИЈИ | 13 |
|--|----|

Милован М. Мишировић

| | |
|--|----|
| ТРАНЗИЦИЈА И ПРАВНА (НЕ)СИГУРНОСТ У СРБИЈИ – ТЕОРИЈСКО-ХИПОТЕТИЧКИ ОКВИР ЗА СОЦИОЛОШКУ АНАЛИЗУ | 23 |
|--|----|

Алијар Лошонци, Соња Бунчић, Андреа Иванишевић

| | |
|-------------------------------|----|
| МЕКО ПРАВО И ТРАНЗИЦИЈА | 41 |
|-------------------------------|----|

Лука Бренеселовић

| | |
|---|----|
| ПРАВНА СИГУРНОСТ И ПРАВНИ ПОЗИТИВИЗАМ | 48 |
|---|----|

Радмила Васић

| | |
|--|----|
| ИНСТИТУЦИОНАЛНО СПРЕЧАВАЊЕ КОРУПЦИЈЕ И ПРАВНА СИГУРНОСТ | 78 |
|--|----|

II. ПРАВНА СИГУРНОСТ И ПРАВОСУЂЕ

Јасминка Хасанбејовић

| | |
|---|----|
| ПРАВНА СИГУРНОСТ У СРБИЈИ У УСЛОВИМА ТАКОЗВАНЕ РЕФОРМЕ ПРАВОСУЂА И БРИСЕЛСКОГ СПОРАЗУМА ИЗ 2013. | 99 |
|---|----|

Драјана Бољевић

| | |
|--|-----|
| УЛОГА СУДСТВА У УСПОСТАВЉАЊУ ПРАВНЕ СИГУРНОСТИ КОНТРОВЕРЗЕ И ПРЕДУСЛОВИ | 122 |
|--|-----|

Борче Давијковски, Ана Павловска Данева

| | |
|--|-----|
| CITIZEN'S LEGAL SAFETY IN THE ADMINISTRATIVE PROCEDURE. | 160 |
|--|-----|

Јована Парлић

| | |
|---|-----|
| УСТАВНА ИНТЕРПРЕТАЦИЈА И ОСТВАРЕЊЕ ПРАВНЕ СИГУРНОСТИ У УСЛОВИМА ТРАНЗИЦИЈЕ | 176 |
|---|-----|

III. ПРАВНА СИГУРНОСТ И ЗАКОНОДАВСТВО

Ирена Пејић

| | |
|---|-----|
| ЗАКОНОДАВНА ФУНКЦИЈА У ЗАМЦИ ЗАКОНОДАВНОГ ПОСТУПКА | 197 |
|---|-----|

Добросав Миловановић

| | |
|---|-----|
| УЛОГА ЈАВНЕ УПРАВЕ У УНАПРЕЂЕЊУ ЗАКОНОДАВНОГ ПРОЦЕСА | 210 |
|---|-----|

Милош Живковић

| | |
|---------------------------------------|-----|
| ТРАНЗИЦИЈА И ПРОПИСИ О ИЗГРАДЊИ | 230 |
|---------------------------------------|-----|

IV. ПРАВНА СИГУРНОСТ И ТРЖИШТЕ

Александра Јовановић

| | |
|--|-----|
| ПРОБЛЕМ ТРАНЗИЦИЈЕ У СРБИЈИ: ПРАВНА СИГУРНОСТ И ВЛАДАВИНА ПРАВА У ОДБРАНИ ТРЖИШНОГ РЕШЕЊА И ЕКОНОМСКИХ СЛОБОДА | 257 |
|--|-----|

Емилија Вукадин

| | |
|---|-----|
| ЗНАЧАЈ ПРАВНЕ СИГУРНОСТИ У ФОРМИРАЊУ ТРЖИШНОГ СИСТЕМА ПРИВРЕЂИВАЊА | 272 |
|---|-----|

Светислав В. Косић

| | |
|--|-----|
| ОБАВЕЗНОСТ МИШЉЕЊА МИНИСТАРСТВА ФИНАНСИЈА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ И ПРАВНА (НЕ)СИГУРНОСТ | 285 |
|--|-----|

Нађа Пейровић Томић

| | |
|--|-----|
| РАЗЛОЗИ (НЕ) ПОПУЛАРНОСТИ АРБИТРАЖЕ У ПОТРОШАЧКИМ УГОВОРИМА О ОСИГУРАЊУ | 299 |
|--|-----|

Борис Бејовић

| | |
|--|-----|
| СТРУКТУРНЕ ВЕЗЕ: ШИРЕЊЕ ДОМЕНА КОНТРОЛЕ КОНЦЕНТРАЦИЈА И ПОСЛЕДИЦЕ ПО ПРАВНУ СИГУРНОСТ | 316 |
|--|-----|

Гашио Кнежевић

| | |
|--|-----|
| ПРИЗНАЊЕ И ИЗВРШЕЊЕ СТРАНИХ АРБИТРАЖНИХ ОДЛУКА У СРБИЈИ | 334 |
|--|-----|

V. ПРАВНА СИГУРНОСТ У КРИВИЧНОМ ПРАВУ

Љиљана Радуловић

| | |
|---|-----|
| МОДЕЛИ СУЗБИЈАЊА МАЛОЛЕТНИЧКЕ ДЕЛИНКВЕНЦИЈЕ И ПРАВНА СИГУРНОСТ МАЛОЛЕТНИКАУ СУКОБУ СА ЗАКОНОМ. . . . | 355 |
|---|-----|

| | |
|--|-----|
| <i>Најиаша Мрвић-Петровић</i> ПРИМЕНА ПРЕКРШАЈНИХ ЗАШТИТНИХ МЕРА КАО УЗРОК ПРАВНЕ НЕСИГУРНОСТИ | 365 |
|--|-----|

VI. ПРАВНА СИГУРНОСТ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВУ

| | |
|--|-----|
| <i>Александар В. Гајић</i> ПРАВНА СИГУРНОСТ У МЕЂУНАРОДНОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ И ПРАВОСУЂУ | 379 |
|--|-----|

| | |
|---|-----|
| <i>Ивана Јелић</i> ПРАВНА СИГУРНОСТ У ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА | 404 |
|---|-----|

| | |
|---|-----|
| <i>Бојан Милисављевић</i> ПРАВНА СИГУРНОСТ И ДИПЛОМАТСКО-КОНЗУЛАРНА ЗАШТИТА | 416 |
|---|-----|

Мр. Лука Бренеселовић*

ПРАВНА СИГУРНОСТ И ПРАВНИ ПОЗИТИВИЗАМ

Одређење правне сигурности стоји у функцији појма права. У последњих 10 – 15 година, на месту зајажених антипозитивистичких схватања у нашој је пракси преовладало изразито убеђење да се право у појединостима и целости састоји из закона (прописа, правила). Узимајући „закон” и „законичност” као једини правни резон, законски позитивизам оставља широк простор учесницима у правном и политичком животу да закон и законичност истичу као образложење одлуке, док су разлози са којих се одлука доноси у таквој артумен-таивној клими која познаје само ојреку „законито/незаконито” често дружи и ванправни. Ошуда је схватање које изједначава право и законе (правила) и прижељкује да види цело право одређено у законима (правилима) у ојреци, а не хармонији са правном сигурношћу.

Кључне речи: Правни позитивизам – Правна сигурност – Произвољност – Појам права – Јуриспруденција.

1. ПРИСТУП

Првобитан облик овог рада настојао сам да после Конференције (05–06.11.2013) значајно изменим, јер ми се чинило да је у кругу учесника у погледу схватања правне сигурности постојало такво богатство поставки, да би без неколико додатних појашњења могло доћи до великог неспоразума. Осим тога, како сам и сам себи на тренутке звучао као присталица „слободног права”, без било каквог осећаја за законе, решио сам и да рад допуним тако да боље дође до израза схватање права од кога полазим, а све како, разлог је опет исти, не би дошло до превеликог и штетног неспоразума.

За нашу теорију права најбоље би се могло рећи да се негује у духу објективног идеализма, зато што се разноврсне поставке, одређења права и „теорије” сређују и разврставају, филолошки негују и дотерују без увида у правне феномене на чијој подлози су те теорије и одређења свезана и настала, а исто тако и без увида у наш правни феномен. Једно дакле стање које се може правдати само ако се у науци заговара да су сви правни пореци само рефлекси појма права и појмова других феномена и да управо ти појмови као идеје имају предност у сазнању у односу на стварност.

* Аутор је истраживач сарадник на Институту за упоредно право у Београду, luka.breneselovic@gmail.com

Мени овом приликом није стало да то филозофско држање критикујем, исто као што и не кријем да га, рецимо са Јерингом у правној теорији, и са Рикертом и другим неокантовцима у филозофији, држим за „предтеоријско владање”; желим, међутим, да укажем на чињеницу да је једној тако појмовно затвореној теорији права промакло да је у схватању права код нас, у правном животу, дошло у последњих 10–15 година до једне тектонске промене, која се управо мора критиковати са правнотеоријског и правнометодолошког становишта не би ли се могла разумети и, ако је лоша, превазићи.

2. ПРАВНА СИГУРНОСТ И ПОЈАМ ПРАВА

2.1. Право као *ars boni et aequi* (јуриспруденција) и право као закони и њихова примена

Везивање појма права за норме је релативно новији феномен, који је и историјски, и по унутрашњем смислу везан за ескалацију етатизма у апсолутистичким порецима из 18. века и у пренаглашеним, недемократским „националним државама” са краја 19. и из 20. века. Што се пак ми у Србији чврсто држимо те везе, то је, како ми се већ у две прилике учинило,¹ последица трансферног карактера наше правне културе у којој смо ми у великој мери окаменили и наставили да негујемо *поплед на државу и право из времена етатизма*, као да је реч о некој универзалној поставци која важи без обзира на конкретно политичко уређење, распоред слободе и схватање државне власти.

У међувремену се прикупило и доста грађе која сваком ко је ствари спреман да приђе без емотивних предубеђења може да покаже да макар треба посумњати у то да је изједначавање права са скупом како-тако квалификованих *норми*, у ширем погледу, прави изузетак на историјској сцени. Већ више деценија, да се кратко задржим код најславнијих правника, за римско прво постоје озбиљне студије² које показују да је класичним римским правницима изједначење права и норми, или још уже, права и правила (закона, општих норми), потпуно страни. Познатог правника Паула је таква идеја надражила, па је имао потребу да нагласи: „*Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*”, штоћерећи да не дају закони (правила) право, већ да право даје правила.³

Затим, из наше прошлости, имамо студију Мирјане Стефановски о вредности закона према Душановом законнику, у којој је она дошла до закључка да је у време Законика владало схватање да „оно што је рђаво пресуђено или установљено свагда остаје изван права, па ни самом законском заповешћу не може добити правну вредност. Ни снагом судске пресуде ни законском силом закона не може се усидрити у праву и утврдити у важности оно што је

1 Л. Бренеселовић, „О језичком преламању појма права”, in: Споменица Валтазара Божишића, књ. 1, 2011, 247–260, на крају; Л. Бренеселовић, „О појму права у Немачкој и код нас”, in: М. Васиљевић/В. Чоловић (ур.), Увод у право Немачке, Београд 2012, 21–35.

2 М. Kaser, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*, 1962; F. Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte*, књ. 2, Минхен 2006, уводни параграфи; код нас А. Маленица, „Појам права у класичној римској доктрини”, *Зборник ПФ Силић* 3–4/2006, 331–345.

3 Paulus, у Дигестама, 50.17.1.

морално неисправно”⁴ То је дакако једнако строго разликовање права и правила као код Римљана.

О облицима нашег народног судовања не зна се много, али на основу онога што се зна, недвосмислено произилази да се „народно право” и поступак признавања једног или другог субјективног прва (права на пролаз, права на повраћај датог новца итд.), није био поступак *йримене йравила*, јер никаквих правила није ни било, већ да се судило према обзирима, да је, на основу увида у прилике и оправдане тврдње страна (парничара) и финеса случаја суђењено како је прàво и умесно да се даље поступи.⁵ То се види из записа суђења у Паштровићима,⁶ а и из такозваног протокола Шабачког магистрата из 1808–1812. године.⁷

И у Кнежевини Србији је, барем у прво време после Хатишерифа, постојало врло живо схватање права као резона умесног, а не као скупа правила и њихове примене. Тако се као задатак попечитеља правосуђа не наводи, као што би се данас лако читало, да треба да се стара о примени закона, већ о „извршавању правде и правице”⁸ Окружни начелници, стајало је, имају да мотре „чини ли се народу правица”⁹; старији чиновници су дужни „у сваком послу правду и часност набљудавати”¹⁰ „Званичницима” је забрањено да пред суд иступају као заступници парничних странака, зато што се под силом њиховог ауторитета „при суђењу лако учини неправда оној парничној страни, противу које званичници дејствују”¹¹ Али и кад последица наступа званичника не буде „неправда”, долази до тога да се „баш и кад се дело по правди оконча, опет се у очима друге стране свагда чини, да је њен противник помоћу званичника, а не по сили свог права, победу добио, откуд често происходи роптање на неправду”¹² Задатак установљених тзв. „примиритељних судова” је

4 М. Стефановски, „Вредност закона према Душановом законнику”, у зборнику: Средњовековно право у Срба у светлу историјских извора, Београд 2009, 35–56, на стр. 38. У сличном антипозитивистичком духу написан је и рад М. Стефановски, „Богишић између правде и предрасуде”, *Правни живоић* 11/1997, 845–855.

5 За правила и народно суђење уп. В. Богишић, *Метод и систем кодификације имовинској йрава у Црној Гори*, Београд 1967, штампано у Изабрана дјела IV, 2004, 153–268, на стр. 257.

6 В. Богишић, „Десетина судских записа из Паштровића”, *Архив ПДН* 5–6/1906, 1–32 = Изабрана дјела, књ. 4, 2004, 371–396.

7 *Пројокол Шабачкој мајисйраша*, прир. Н. Крстић, Београд 1868; такође – са превише упрошћеном транскрипцијом – *Пројокол и Рејисйри Шабачкој мајисйраша*, прир. Н. Крстић и др., Београд 2010. И једна новија студија о наследним односима у Врању показала је, иако то није ушло у теоријски оквир ауторке, да је народно правно резонавање топичко, а не нормативно: Ј. Црнобрња, *Наслеђивање између обичаја и закона: са йосебним осврйом на областй Врања*, Етнографски институт САНУ, Посебна издања, књ. 75, Београд 2011. Вид. о тој студији Л. Бренеселовић, „О једној скорашњој анализи наших наследноправних односа”, *Гласник АКВ* 11–12/2013 (у штампи).

8 Зборник закона и уредби Кнежевине Србије I (1840), стр. 50.

9 Зборник закона и уредби I (1840), 84.

10 Зборник закона и уредби I (1840), 169–170.

11 Зборник закона и уредби III (1847), 259.

12 Као и малопре.

био да разматрају сеоске размирице и да „савесно и по правди” „осуђују”, да „оштећенима пристојну и праведну накнаду издај(у)”;¹³ Врховни суд је установљен „ради набљудавања правде и досуђивања правде”.¹⁴

Из тих неколико примера се, дабоме, не види непосредно схватање извора права. Али из њих се, као и нарочито из непрекинутог низа прописа који су објављени у првим бројевима Зборника закона и уредби Кнежевине Србије види: (1) да је делатност правосудних органа и правника схватана пре свега као државна нега о правди и правдици, о томе да се случајеви решавају правично и умесно, да се досуђује како је право и умесно, док је схватање које би изједначавало право и законе, право и делатност „примене прописа” било страна. И друго, (2) такође се види да је велики део решавања и пресуђивања био препуштен слободном резону умесног и правог, са врло мало правила, без да је то био повод хистерији.

То нарочито правно схватање, по коме се суштина права не исцрпљује у нормама или чак само у правилима, већ у разликовању правог и неправог, умесног и неумесног, исправног и неисправног, у теоријски заокруженом облику нашло је уточиште код Богишића, који признаје само „један једини извор права, а то је ... правда и правдица”.¹⁵ Закони, обичаји, догматика само су „складишта” која садрже правила исцрпена из правде и правде.¹⁶ Између праведног и права, те несрећне разлике која се код нас данас држи за неку највећу мудрост, код Богишића, као и у горе наведеним елементарним облицима управе у Кнежевини Србији, нема разлике.¹⁷ „Чувство правде” и „чувство права” су код Богишића синоними.¹⁸

Само што између Богишића и народних облика судовања постоји значајна разлика, због које је он ближи римским правницима, него народним суђима Паштровића и Шапца. Историјскоправна школа, а тако и Богишић, залагала се за оживљавање римског правног метода, који је значао да се суд да је

13 Зборник закона и уредби I (1840), 237.

14 Зборник закона и уредби III (1847), 132.

15 В. Богишић, *Метод и систем* (фн. 5), 250, 264.

16 Исто; такође В. Богишић, *Зборник правних обичаја код јужних Словена – Грађа у одговорима из различних крајева словенскога југа* (1874), *Изабрана дјела*, књ. 2, 2004, приступна студија стр. XXI.

17 Л. Бренеселовић, „О коренима и развоју социолошког и посебно социолошкоправног интереса код Богишића”, *Социолошки преглед – посебни број (!) 1/2012*, 29–70, посебно стр. 36 и даље – нажалост, текст је изашао са неауторизованим изменама. Вид. и В. Богишић, *Зборник* (фн. 16), приступна студија; В. Богишић, „Поводом црногорског Грађанског законика” (1885), у *Изабрана дјела IV*, 2004, 5–18; нарочито В. Богишић, *Метод и систем* (фн. 5), *passim*.

18 В. Богишић, *Метод и систем* (фн. 5), 222 („чувство права”), 257 („чувство правде”). Ово уподобљавање осећаја правде са осећајем права није ни мало случајно, већ управо одражава материјалну концепцију права. Вид. и Богишићев Напутак за описивање правнијех обичаја који у народу живу, у *Književniku* (časopis za jezik i poviest hrvatsku i srbsku), бр. 3 (1866), 600–613, на стр. 613: „На доста мјеста има одношаја које је народ ради околности морао припознати [признати] и попримити, а ли свеудиљ мисли, да то ако јест није сасвим праведно (sic!). У том случају нека се и противни одношај опише, и нек се напомене како би по народноме мишљењу правдије (sic!) било”.

нешто право и умесно не доноси на основу голог осећаја, већ да захтева извесну рационализацију, која се остварује кроз стално мотрење на одлике сличних прилика и случајева и надасве кроз систем појмова и института којима се превазилази мноштво појединачних случајева и у том механизму превазилажења она налази механизам контроле и обуздавања „општег утиска” (Savigny: *Totaleindruck*) да неко дугује накнаду штете, да се мајци има дати дете на старање, да купац има право повраћања новца итд. Савињи је за то умеће, технику, метод римских правника писао:

„Право не постоји издвојено, оно је превасходно сам живот људи, сагледан из једног нарочитог угла. Када се правна наука откачи од тог свог предмета, научна делатност ће наставити сасвим једностраним путем, на коме неће бити праћена одговарајућим сагледавањем самих правних односа; наука ће у том случају моћи да достигне висок степен формалне изражености, а да притом остане потпуно мимо стварности. Управо из тог угла изгледа да је најбољи метод римских правника. Ако би им се дао случај да га оцене, они би га прво сагледали што је животније могуће; предочили би настанак неког односа и како се постепено развијао. Они би сваки случај тако сагледали, да би се чинило да баш тај случај стоји у основи целе њихове науке, и да она баш ту око тог случаја пониче. Тако ће њима теорија и пракса у ствари бити једно те исто. Њихова теорија спуштена је до равни појединачног случаја, а пракса им пак стално прелази у више сазнање – науку (*Wissenschaft*). У сваком начелу [правилу] они истовремено виде и случај у коме ће оно бити примењено, а у сваком правном случају проналазе правила која га одређују. Они са лакоћом прелазе из општег у посебно, и из посебног у опште; у томе су очити мајстори. Њихова права вредност лежи управо у тој методи изналажења права (*das Recht zu finden und zu weisen*), јер ће њихова вештина, другачије него код германских суђа, са једне стране бити уједно изражена у научно сазнање и систем, и све то без да изгуби из вида стварност и живот (*ohne die Anschaulichkeit und Lebendigkeit einzubüßen*).¹⁹

Људи не живе голо у ишчекивању да им се доношењем правила створе и међуљудски односи и да им се каже како да раде и поступају, већ имају своје живе представе о томе како је исправно поступити у нужди, кад се брани живот, како је исправно расподелити ствари после развода, ко кога треба да наследи, колико и шта би се на одређеном парчету земље за коју сврху могло градити. Законодавац може својим правилима одн. законским одредбама да те представе и правни живот учврсти, поправи, дотера, унапреди, уопште говоречи *йрофилише* и где је потребно замени бољим, али његова улога је увек улога неког ко богат правни живот у градовима и на селима, на бродовима и на берзама, дотерује и обезбеђује, док је, са становишта историјскоправне школе и Богишића, изврнуто ако се узме да се обрнуто закони доносе у вакуму, и да затим читав правни живот, као да из ока какве посуде цури, из њих настаје.²⁰

То живо, материјално схватање права је и поред свих режимско-статистичких препрека у прошлости у Немачкој опстало све до данашњих дана и најбоље се огледа у томе што се у методологији права тамо супсумција не

19 F.C. v. Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für die Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814, 30–31. Вид. и његов методолошки програм у књизи *System des heutigen römischen Rechts*, књ. 1., 1840. Фигуру „*Totaleindruck*” Савињи користи, примерице, на стр. 91–92.

20 Вид. Л. Бренеселовић, О коренима и развоју (фн. 17), посебно на стр. 30 итд., 44 итд. В. Богишић, Поводом црногорског Грађанског законика (фн. 17), *passim*; В. Богишић, Метод и систем (фн. 5), *passim*.

признаје као елемент правног резоновања²¹, и у томе што се одбацује догма о само једном исправном правном суду, иза које стоји представа да се право може просто, као ствар, сазнати.²² Но и у погледу посебних правних дисциплина, види се лако да у Немачкој и судске одлуке и коментари закона, као и друге форме теоријско-практичног израза, обилују обзирима, поставкама, каутелама и ставовима којима се ни са највише добре воље не може наћи никакво упориште у законском тексту.²³ Реч је о правним спознајама које нису настале окретањем појмова, цеђењем реченица у законима или увидом у неку натуралистичку предправну „стварност”, већ сређивањем супстанце случајева према резону правог одн. умесног. То сређивање зове се догматика и постоји и тамо где има и тамо где нема закона (услови дозвољеног штрајка, клаузула оправданости, разликовање исправа, окоснице колизионог режима, сагласност као основ искључења противправности итд.). Код нас се затим ти правни увиди преносе као готови препарати и ауторитет им се прибавља тако што се везују за велика имена немачког права или пак саму немачку правну науку, али се ретко поставља питање како сами Немци долазе до тих својих увида. Тако се и принцип пропорционалности одн. клаузула оправданости, која је производ правног рада немачких управних судова и немачког Уставног суда, сада код нас настоји прихватити као готов производ, као нека страна мудрост, али се не поставља питање како је та „мудрост” настала, а настала је управо на подлози материјалног схватања права, које не прихвата да је све сто је законито већ због тога и правно (право).²⁴

На питање какво схватање права код нас у Србији постоји немогуће је једнозначно одговорити. Постоји другачији „Selbstverständnis” од области до области практичара, постоји разлика између генерација, између средишта и конзервативне периферије, и нарочито изражена разлика између идеалистичких схватања у правној теорији и појма права који *заиста*, у *правном животи* у обликује свест и радње законодавца, судова и радника у управи, грађана. Представа о праву као о скупу *ојшћих* и *појединачних* норми које санкционише држава својим монополом физичке силе је најзаступљеније одређење које срећемо у нашој теорији права.²⁵ Већ међутим у посебним „гранама”

21 Тако је код најугледнијег методолога-кривичара, Arth. Kaufmann, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung*, 1999, 1 итд.; и код цивилисте, K. Larenz, C.-W. Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. (7.) издање, 1995, 93 итд.

22 C.-W. Canaris, *Richtigkeit und Eigenwertung in der richterlichen Rechtsfindung*, Grazer Universitätsreden № 50, 1993, S. 23–41 (цивилиста); U. Neumann, *Wahrheit im Recht: Zur Problematik und Legitimität einer Fragwürdigen Denkform*, 2004 (кривичар).

23 Треба видети нпр. догматику исправа у кривичном праву (уп. нпр. Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28. изд. 2010, § 267); у области приватног права, наведена околност је највидљивија у радном праву, које се у Немачкој држи за део приватног права (уп. нпр. W. Zöllner, K.-G. Loritz, C.W. Hergenröder, *Arbeitsrecht*, 6. изд. 2008).

24 В. о томе Л. Бренеселовић, О језичком преламању (фн. 1), 251–252; Л. Бренеселовић, „О заштити основних права у Србији у светлу лоше оцене Европске комисије”, *Евројско законодавство* 43–44 (2013), 335–360, посебно 350, 355 и даље.

25 За разне дефиниције права вид. Р. Лукић, Увод у право, 12. изд. 1995, 41, 63; Р. Лукић, Основи социологије, 18. изд. 1994, 246; Р. Лукић, Систем филозофије права, Сабрана дела IV, Београд 1995, 339;; слично и Ж. Кулић, *Увод у право*, 3. изд. 2010, 98; В. Куплешић, *Основи*

права, право је означено знатно уже и од прилике се поклапа са неким страним нормативистичким дефиницијама према којима је право *скуј квалификованих норми*, при чему се под нормама, према ужем значењу те речи, *мисли само на ойшше норми*.²⁶ Разлике не постоје само између „опште теорије права” и посебних грана, већ су и месно условљене: италијански професор Бенакио је у својој лепој дисертацији показао да су Југославији постојала два средишта, београдско и загребачко, у којима је негована практично сасвим другачија правна свест.²⁷ Затим, и грађани и правници на практичним задацима, парламентарци и државници такође полазе од одређених представа о праву, од свог појма права који нигде не добија своју изричиту „дефиницију”, али јасно долази до израза у номотехничком програму, у начину образлагања решења и пресуда, у односу према правним случајевима, у конструкцији процедура.

Управо у погледу практичног или живог појма права код нас у овом тренутку постоји *фундаментални несклад*. Јер горе наведено Богишићево, по свим карактеристикама антипозитивистичко становиште, ни у ком случају код нас није остало усамљено и без одјека. *Компактна маса наших најбољих и најважнијих закона* написана је управо са антипозитивистичким погледом на право и са представом *да закони живо йрофилишу инстийиуше и односе, некад дешаљније уређујући радње, йрава, овлашћења и обавезе, али увек йрема замисли да се йраво и умесно може у великом броју случајева шшо на основу йланске фрајменшаронсши, шшо на основу слободне оцене остйавиши оној сфери йравној феномена која је йримарна – йравном живошш*.

Наши средишњи и најбољи закони редом су, *volens-volens*, написани у духу номотехнике историјскоправне школе, чија је главна, у Немачкој и данас призната девиза, била да *је највеће умеће законодавца да зна да не унесе све у закон („die Kunst des Weglassens”)*.²⁸ Делом је такво номотехничко становиште

йрава, 2. изд. 2005, 39; М. Жижих, *Увод у йраво*, 2009, 250; М. Димитријевић, М. Симић, М. Ђорђевић, *Увод у йраво*, 2006, 170 и даље, где је право мање-више одређено келзеновски, као скуп свих норми које санкционише држава својим монополом физичке силе, мада је после Лукића уочљива тенденција ка еклектицизму и колоритнијим шемама. И иначе се и тамо где се даје више теорија, као „сигурна” одлика права редовно истиче нормативност, уп. Г. Вукадиновић, *Теорија државе и йрава*, књ. 2, 3. изд. 2007, 35; Д. Врањанац, Г. Дајовић, *Основи йрава*, 4. изд. 2011, стр. 33 и даље; М. Живковић, Р. Зекавица, *Увод у йраво*, 2011, 122 и даље; вид. и М. Дунић, „Нормативна дефиниција појма право у савременој југословенској теорији права”, *Зборник за теорију права САНУ III* (1987), 357–380.

26 Вид. Нпр. назнаке код Д. Стојановић, О. Антић, *Увод у йраћанско йраво*, 2. изд. 2004, стр. 17; О. Станковић, В. Водинелић, *Увод у йраћанско йраво*, 4. изд. 2004, 1: „право у објективном смислу је скуп правних правила (правних норми) у једној земљи, а правна норма је обавезно правило понашања ... норми које чине објективно право су опште (апстрактне)”; М. Драшкић, *Породично йраво и йраво дешейша*, 8. изд. 2011, 11: „право није једина врста правила”; С. Панов, *Породично йраво*, 4. изд. 2013: „породично право је скуп систематизованих прописа/ општих правних норми”; С. Марковић, Д. Поповић, *Право инйелектуалне својине*, 2013: „право жига је правна грана која садржи прописе из који извире субјективно право – жиг”; Т. Варади, Г. Кнежевић ет ал., *Међународно йривајино йраво*, 14. изд. 2012, 43 итд.

27 Вид. исечак из његовог рада Ђ. Бенакио, Нехомогеност доктрине у Југославији између два светска рата, *Анали ПФ БГ 3–4/2002*, 338–353.

28 В. Mertens, *Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen. Theorie und Praxis der Gesetzgebungstechnik aus historisch-vergleichender Sicht*, Тибинген 2004, 318 итд., 406 итд, и passim.

код нас оставштина трансферне правне културе, где смо ми туђе, махом немачка и аустријска решења, преузимали без превеликог увида у основе номотехничког програма на коме су та решења настала. Такав је случај са процесним законима из предратне и социјалистичке Југославије, који се наслањају на аустријске, а преко тих узора и на немачке законе.²⁹ Већ и сам назив процесних закона у Немачкој: „Ordnung”, „ред”, не може се схватити без представе историјскоправне школе по којој закон само живо уређује и профилише оно што је већ сврхом, друштвено предодређеном улогом суда и суђења, интеракцијом у судници одређено.

Али поред те групе „трансферних” закона, у систему наших важећих прописа постоји једна преважна група закона, који су ударени на рефлектованом номотехничком програму Михаила Константиновића, нашег правника који је највише ценио Богишића.³⁰ Закон о облигационим односима, који је у суштини дело Михаила Константиновића, у погледу општег номотехничког решења се у великој мери наслања на швајцарски Законик о облигацијама, за који важи, о чему се код нас мало пише, да је, као и Блунчлијева Циришка кодификација, законодавни пројекат у духу историјскоправне школе.³¹ Божидар Марковић, који се више пута изјаснио против позитивизма, такође је имао значајан утицај на југословенско законодавство после II светског рата.³² Неке правне гране као међународно приватно право и право конкуренције, због специфичности свог развоја, такође носе предзнак традиције која је утемељена у Немачкој у другој половини 19. века.³³

Насупрот томе је у живом схватању права код нас, које никако није индивидуално, већ припада *култури заједнице, државе, правних кругова, политичких ораана* у последњих 10–15 година дошло до тектонског помака, у коме је све оно што је можда и везивало право за односе међу људима, за људе, њихов живот и потребе *исушено*, и замењено са представом која би се најбоље могла означити одредницом *законској позитивизма*. Необичне промене у номотехници, где сада имамо случај да се људи и струка убеђују да је најситничавији закон, пун сувишних дефиниција и других редувантних одреби најбољи закон; ритуализација процедуре у судској пракси, где се одређене

29 За утицај историјскоправне школе на процесно законодавство у Немачкој (и Аустрији) в. S. Meder, *Historisches Wörterbuch der Rhetorik*, vol. 10 (2011), s.v. Prozeß .

30 Уп. М. Константиновић, „Југословенски грађански законик – Аустријски или црногорски законик?”, *Правни зборник (Подгорица)* 2–3/1933, 75–60. Вид. посебно Р. Ђуровић, М. Орлић, „Од Општег имовинског законика до Закона о облигационим односима”, *Анали ПФ БГ* 3–5/1978, 245–266.

31 S. Meder, *Rechtsgeschichte*, 4. izd. 2011, 350 ff., 367 ff.; vid. takodje W. Zimmermann, „Валтазар Богишић и кодификација грађанског права у Швајцарској”, *Гл. огј. др. наука ЦАНУ* 6 (1989), 147–156. Да је историјскоправна школа била против закона је *неистина*, али јесте била против појмовног мешања права и закона; лично је утемељитељ школе Савињи био пруски минитар за законодавство – уп. Л. Бренеселовиц, О коренима и развоју (фн. 17), 44 и даље.

32 Уп. Б. Марковић, „Правичност као извор права” (1939), *Правни животи* 9–10/1994, 616–627; Б. Марковић, „Суђење по правичности” (1969), *Правни животи* 9–10/1994, 628–633.

33 Уп. Д. Марковић-Бајаловић, „Правна сигурност и право конкуренције”, *Право и привреда* 7–9/2013, 66–78.

процесне радње изводе као гола форма, а не као акт живог и смисленог поступка; и коначно специфична дисфункционалност правног резоновања, где свакодневно видимо да се без правног решења остављају сви случајеви који се не могу из прве руке повезати са једном или другом одредбом закона (правилом) – све су то изрази једне нове правне свести, која би се најбоље могла означити као *законски позитивизам*, где је реч закон узета у оном најужем и најизворнијем значењу *правила*.

Та правна свест би могла бити и много старија, али ново је да је она сада однела превагу и да су се сада *закони системски почели преображавати* према том новом маниру. Реч је о нарочитом облику правног позитивизма који не полази од тога да се односи међу људима, али и у судници, одређени обзирима сврхе, смислом једне или друге друштвене или процесне улоге и да законодавац својим правилима уговорни однос купца и продавца може да профилише, да законодавац својим правилима може да уреди наступ и однос према сведоку у судници. Уместо тога, то позитивистичко убеђење поставља законодавца као творца космоса који у вакуму са својим правилима ствара купопродају као засебан правни чин, ствара сведоке као засебну категорију правног „становништва”, и који онда пошто-пото, како би тај вакум испунио мора и о купопродаји и о сведоцима да каже све што му је од правних окосница познато, и да обрнуто, ништа од онога што није рекао у правном свету и животу не постоји. Осетљиви институти, односи који измичу дефиницији коју може да пружи законска одредба, на силу се претварају у законска правила, јер би иначе, тобоже, били остављени ван права.

Тај нови манир дијагностификован је до сада у неколико номотехничких студија,³⁴ а не треба посебно ни нагласити да је реч о *тенденцији*, која се, нарочито у правној култури каква је наша, где се и нови закони не пишу стварно изнова него се прерађују пређашњи, долази до мањег или већег степена до израза. Али управо се ту и најбоље види да све оно што је *ново* и по садржају *иновативно* проистиче или погодује горе наведеној представи законског позитивизма.

Читав домашјај те нове појаве читалац ће најбоље моћи да види ако са једне стране узме Законик о судском кривичном поступку Краљевине Југославије из 1929. године, а са друге наш најновији Законик о кривичном поступку из 2011. године. У овом првом, иако нема сумње да многе процесне радње нису у детаљима одређене, ипак влада жива представа да се правилима тог Законика имало уредити понашање судија и других учесника у поступку, који нису просте марионете које се прво одредбама закона имају саставити и затим роботски од од речи до речи, од радње до радње, од стадијума до стадијума померати, већ да је реч о људима који поседују извесно правно образовање (судије), који познају институте и који заједно са другим правницима у

34 Л. Бренеселовић, „Правно-политички оглед нашег најновијег ЗКП-а”, in: Актуелна питања кривичног законодавства, 2012, 215–238; Л. Бренеселовић, „О језику и номотехници Нацрта Законика о својини и другим стварним правима”, *Правни записи* 1/2010, 183–213 (такође и В. Водинелић, „О језику и номотехници Нацрта Законика о својини и другим стварним правима”, *Правни записи* 1/2010, 214–246); Д. Милков, „Поводом Нацрта Закона о општем управном поступку”, *Зборник ПФ НС* 1/2013, 85–99.

судници, са тужиоцима и адвокатима, могу смислено и сврсисходно извести комуникативан чин који је, због смисла поступања у њему и исхода, означен као кривични поступак.

То би дакле била, *cum grano salis*, представа писаца Законика о судском кривичном поступку Краљевине Југославије³⁵ која се у великој мери одржала све до ЗКП-а из 2001. и ЗКП-а из 2006. године, а која је радикално напуштена тек у ЗКП-у из 2011. Тај последњи ЗКП написан је као да нико ништа не зна, као да не постоји правничко знање, да се не познају институти, као да умесност једне или друге радње није везана са живим понашањем учесника у судници, него да се технички може унапред у закону одредити, и уосталом као да рецимо сведок није улога коју неком лицу приписују друштво и живот, већ нешто што тек из слова закона треба да се изнедри. Отуда у овом Законику по први пут срећемо дефиницију сведока, и то врло погрешну (чл. 91 I),³⁶ сцијентистички и без суштине су дефинисани појмови као што су основи сумње, извесност (чл. 2);³⁷ по први пут је – и то опет без потребе и опет погрешно – дефинисан појам оптужбе (чл. 2 т. 10).³⁸

Нека ми је дозвољено да због простора тенденцију нове номотехнике да право одаљи од живота покажем само на примеру три „облика сумње” који су дефинисани у ЗКП-у из 2011. године. Прикладно би било да законодавац гледа лица која треба да се понашају према његовим наредбама у очи, и да познајући њихове представе каже *да се кривично поњење мора предузети када се јави прва сумња да је неко лице учинило кривично дело; да за притвор није довољна прва сумња већ да сумња мора бити нарочито основана; да је за додизање оптужнице неопходно да постоји не било каква већ јако живо исцртана и чврста сумња*. Али уместо тога законодавац користи нетранспарентне изразе *основи сумње, основана сумња и оправдана сумња*, које сцијентистички „дефинише”, и то *основ сумње* као „скуп чињеница које се посредно указују да је учињено кривично дело или да је одређено лице учинилац кривичног дела” (чл. 2 т. 17); *основана сумња* је пак, тако стоји у Законику, „скуп чињеница које непосредно указују да је одређено лице учинилац кривичног дела” (чл. 2 т. 18); *оправдане сумње* треба да значи „скуп чињеница које непосредно поткрепљују основану сумњу и оправдавају подизање оптужбе” (чл. 2 т. 18). То су све дефиниције које немају никакав суштински садржај и ни на који начин не повећавају било какву функционалност или извесност, већ само удаљавају праксу од сваког живог и непосредног схватања процесних института и њихове сврхе; такав као логички формализам развија представу да у самим појмовима и одредбама постоји нека скривена суштина другачија од свега онога што је у животу познато и разумљиво и што се непосредно као умесно може сазнати из смисла кривичног поступка.³⁹ Или има стварно неког ко мисли да

35 За израду тог Законика из 1929. вид. опширна објашњења М. Чубинског, *Научни и практични коментари Законика о судском кривичном поступку*, 1933, 21 итд.

36 Л. Бренеселовић, *Правно-политички оглед* (фн. 34), 216 и даље.

37 *Ibid.*, 218 итд.

38 *Ibid.*, 219.

39 *Ibid.*, 218 итд.

је нарочито добро и лепо када се право састоји само из закона и када ти закони онда „потпуно прецизно” одређују да се оптужница има подићи када постоји „*скуй чињеница које нейосредно йошкрейљују скуй чињеница које нейосредно указују да је одређено лице учинилац кривичној дела*”, уместо да се нормално каже да се оптужница може подићи само *на основу чврстје и йроверене или чврстје и йошкрейљене сумње* ?

Низ одредби у новим законима је редундантан и разумљив само у једној општој поставци која правни феномен изједначава са законом и полази од убеђења да се радње учесника у поступку до танчине имају проскрибовати правилима, јер иначе тобоже не би биле ни извршене. У новом ЗКП-у међу те редундантне одредбе долази нпр. она да „припреме за главни претрес обухватају одржавање припремног рочишта, одређивање главног претреса и доношење других одлука које се односе на управљање поступком” (чл. 344 III), или она одредба да „главни претрес почиње доношењем решења да се главни претрес одржи” (чл. 385 I) или она да се „притвор (се) одређује решењем надлежног суда” (чл. 213), иако су све те окоснице садржане већ у другим одредбама и смислу уређења и института. Такве одредбе су вредна поука неком ко ништа не зна о кривичној процедури, али се не види зашто би их такво лице читало у закону уместо у коментару или уџбенику. Ван логике законског позитивизма који настоји да све облике правног израза, па и оне уџбеничке, унесе у закон таквим одредбама не види се смисао. И на нивоу реторичке микро-анализе јасно се види даљи помак од једног схватања по коме закони живо уређују радње реалних људи, ка схватању за које се суштински поступак одвија у мислима, из голе идеје законодавца. Док је рецимо ЗКП из 2001. године још познавао наредбу да оптужни предлог *йреба* то и то да садржи (чл. 438), дотле у ЗКП-у из 2011. стоји просто „оптужни предлог садржи” (чл. 500).

Да је у свести правника дошло или управо долази до једне *кашјејоријалне замене* схватања права, желим да покажем на још једном, по мени врло упечатљивом примеру из праксе судова. У чл. 4 II и 89 II ЗКП из 2001. прописана су нарочита упозорења и поуке које суд мора дати окривљеном.⁴⁰ То су: да има право да узме браниоца и да бранилац може да присуствује његовом саслушању, да има право да изнесе одбрану, али да не мора да је изнесе, да све што изјави може бити употребљено против њега као доказ и да има обавезу да се одазове позиву и да одмах саопшти сваку промену или намеру промене адресе. Раније је, да не кажем код старијих судија, те поуке и упозорења поглавито биле изговаране с обзиром на намеру да их окривљени разуме, што је следило из једног функционалног, материјалног схватања права које не своди право на феномен „примене прописа”, па је отуда било могуће чути и да се у истој судници која од поука каже на два начина, а сасвим извесно би свака од поука одн. упозорења била саопштена са нарочитим мотрењем на реакцију окривљеног и спремност да се нешто од поуке и упозорења разјасни ако окривљени одаје утисак да поуку одн. упозорење не разуме. Од тога данас, барем у Београду, судећи према утисцима практичара, није остало ништа и поука и упозорење су сведени на рецитале који се рутински, изузетном брзином изговарају како

40 За законски режим од 01.10.2013., вид. чл. 68 и друге чланове ЗКП 2011.

би се задовољила форма поступка одн. „применио закон”. На сличан начин се узима и заклетва од сведока (чл. 106 ЗКП 2001, чл. 96 ЗКП 2011), која је још притом и од стране законодавца уређена на у целости бесмислен начин.⁴¹

Та појава ритуализације поступка, није ништа друго него друга страна законског позитивизма: право се не доживљава као живи репер живота, већ као самодовољан скуп (законских, општих) норми у чијој „примени”, као секундарној појави правне стварности, затим маха узима природна тежња лица која закон „примењују” да га примене што лагодније, одн. на онај начин који ће међу свим начинима која је заједница (јавност, адвокати, остале судије) спремна да прихвати као „законит”, повлачи најмањи утросак енергије. Стало ми је да ме овде нико не разуме погрешно. Ово све нисам навео нити осуђујем као лични недостатак једног или другог стручњака – правника практичара. Реч је о општој промени свести, која је наше право, које и овако хронично пати од недовољне повезаности са стварношћу и живим потребама људи, гурнуло у сферу изразитог правног позитивизма, ритуалну „примену” и формализам. Већ на почетку поступка, код упознавања окривљеног са оптужбом, поступак је изгубио комуникативни садржај који диктира материјалноправна процесна логика и претворио се у обредно читање дугачких оптужница које се не могу у живом говору разумети. Међу те појаве долази и свакако необично вишеструко увећање и *изрека* и *образложења* пресуда у последњих 20 година, које се делом заиста може објаснити новим техничким погодностима (компјутер), али које је и поред тог предуслова у целости разумљиво само као последица промене правне свести.⁴²

2.2. Појам правне сигурности зависи од појма права

Постоји дакле читаво богатство правних представа, које не изражавају само другачији, бољи или лошији, поглед на један јединствен феномен, већ без строгог разликовања дескриптивног и прескриптивног, делом у вези са нашим приликама, а делом „чисто теоријски” представљају различита схватања права. Отуда и одређења правне сигурности⁴³ не представљају пуко упињање да се приближи једном унапред егзистентном појму правне сигурност, већ представљају засебне изразе различитих правних представа, различитих појмова права од којих се у дискурсу полази.⁴⁴ То нарочито важи за правну културу у којој практично напоре, што у теоријском што у практичном изразу, што

41 О заклетви види М. Новаковић/Л. Бренеселовић, Реферат о основној поставци Нацрта Закона о кривичном поступку за Републику Србију од 14. Септембра 2010. Године”, штампан између осталог у РККП 2/2010, 191–225, на стр. 216–217. У за контекст одредбе о заклетви и позитивизма вид. Л. Бренеселовић, Правно-политички оглед (фн. 34), 224 и даље.

42 Вид. за ритуализацију кривичног поступка М. Новаковић/Л. Бренеселовић, Реферат (фн. 41), 219 и даље.

43 Уп. назнаке о „неодређивости” или хетерогености код М. Трифковић, „Форма уговора и правна сигурност”, *Правни животи* 12/1987, 1333–1338, на стр. 1333 и даље; Јашаревић, „Правна и социјална сигурност”, *Правни животи* 12/2001, 765–777, 765 и даље; С. Аксић, „Право и правна сигурност”, *Правни животи* 12/2005, 1031–1038;

44 Вид. такође о односу појма права и појма правне сигурности С. Аксић, као малопре, на стр. 1031 и даље.

у историјском погледу што у савременом прегледу, постоје два најопречнија схватања права: оно материјално, за које су закони (*iprovisi*), макар били и најзаступљенија, *сифруктурално увек секундарна појава њравне стварности* — и са друге стране оно сада код нас врло модерно схватање за које су право и закони (правила) једно исто, и за које се задатак судова и радника у управи састоји у томе да „примењују право”, штоћерећи примењују законе (правила).

За материјални појам права, право није војнички посао већ пре свега сами односи људи, сагледани у тоталитету сврхе, обзира, интереса, према нарочитом резону *правог* и *умесног*. И како различити исходи могу бити и *прави* и *умесни*, отуда на задовољство самих људи и њихових учесника профилисање односа према *правом* и *умесном* препуштено је *правном животу*, а по потреби постоје и органи који ауторитативно одређују шта је *право* и *умесно*, управо пазећи да то што ће одредити буде најправије и најумесније. Но тамо где у царству интереса постоји и оправдан интерес људи, привредне гране, промета, државе да се унапред правилом што строжије одреди неки однос или сегмент неких односа, тамо се, са становишта материјалног схватања права, говори онда о потреби правне сигурности. Где постоји нарочит интерес да без обзира на непосредан суд о *умесном* и *правом* унапред, путем правила – закона, буде који однос или његов сегмент одређен, у таквом случају и материјална концепција права велича и захтева законе, а и иначе их држи, све док остављају широк простор за доношење различитих одлука (слободна оцена, фрагментарност) за *умесан* облик начелног уређења *правног живота*.

У оним случајевима где постоји нарочит и оправдан интерес појединца, органа или групе да унапред могу предвидети важећи режим дозвољеног и забрањеног, мора унапред бити тачно и одређено дозвољено и забрањено. У првом реду то се у кривичном праву остварује када је то у корист окривљеног (*nullum crimen sine lege*), али исто тако је замисливо и у управном и у грађанском праву да се одређена решења примењују ригидно, управо зато што је *умесно* и оправдано да се заведе одређена ригидност. Подсетићу у том погледу рецимо на земљишне књиге и презумпције које су за њих везане, као и на старосне границе за остваривање одређених повластица код управе или за одређење пословне способности. Наравно да је пословна способност суштински везана за одређену врсту зрелости, али пошто би правни промет неиздрживо трпео када би се та зрелост као таква утврђивала од случаја до случаја, отуда је управо ради сигурности промета заведена строга старосна границе пре које свако лице није, а после које свако лице по правилу јесте пословно способно.

За законски је пак позитивизам управо основна претпоставка да су *право* и *закони* *одн. правила једно ије исто*, те у таквом концепту или постоји тенденција да се правна сигурност изједначи са „правом”⁴⁵ или је пак за тај концепт правна сигурност у првом реду *сигурности да ће „право” одн. ша правила бити примењена*. Осим тога, у једном ширем контексту, законски позитивизам се правда идејом правне сигурности. Теоријски би се могло рећи да се у таквом концепту сигурност, схваћена као стање у коме се у погледу неког

45 С. Јашаревић, (фн. 43), 765.; С. Аксић, (фн. 43), 1031, 1034 („појам правне сигурности је неспорни критеријум права, односно његово непостајање (је) критеријум неправна”), 1036.

односа или врсте односа са извесношћу може рећи од којих права и обавеза, забрана и допуштења, се састоји ставља као највећи принцип и затим у законском позитивизму види једини модус који остварује тако зацртану правну сигурност. Но у стварности је обрнуто, и законски позитивизам се, барем код нас, не заговара из угла правне сигурности, већ се позитивистичка свест и позитивистички захтеви имају шире, историјске узроке, а правна сигурност се истиче као његова највећа и ексклузивна врлина.

3. ПРАВНА СИГУРНОСТ И ЗАКОНСКИ ПОЗИТИВИЗАМ

3.1. Савез између правне сигурности и законског позитивизма је привидан

Законски је позитивизам једна посве екстремна и штетна појава која осим што погодује замишљеном складу, нема никакву предност већ води правном дуализму, изафектирано ствара раздор између „права” и људи, и посве се, чим се као поставка провуче кроз правни живот и његове изазове, показује као дисфункционалан облик правне мисли. Али није ли његова ипак главна и такорећи ексклузивна предност у томе што гарантује правну сигурност? – О томе да правна сигурност није правни принцип већ само један од правних обзира биће речи касније; у овом одељку стало ми је само да покажем да је пријатељство између правне сигурности и законског позитивизма привидно и да је управо законски позитивизам највећа и стална, такорећи логичка опасност по правну сигурност коју тобоже треба да обезбеди. Пријатељство дакле посве лажно, а ево и зашто:

У ово наше време, узроци су јачања и преваге законског позитивизма различити; делом спадају у необрађене обресе наше правне прошлости, делом се могу схватити као *ехо* напола прихваћеног келзенијанског позитивизма, делом као институционални производ, а делом се могу довести и са неким другим појмовним помаци, као што је изобличење појма закона, који се све мање схвата у оном најужем, правном смислу као *правило*. Овде ми је, према теми Конференције за коју је овај рад припремљен, једино стало да укажем да се без обзира на хетерогени контекст законски позитивизам најчешће правда *идејом правне сигурности*, и то на тај начин што се потпуна одређеност у закону и тако постигнута сигурност назначавала као правни идеал. Тај савез се често и на разним странама чује као одлучујућ свугде тамо где се заговара изједначавање права са законима одн. правилима, а утврђен је, у међувремену, и у нашој правној теорији.⁴⁶

Несклад између законског позитивизма и правне сигурности је структуралне природе и не може се превазићи из средстава самог законског позитивизма. Јер ако се право изједначи са законима одн. правилима, и ако се правна пракса схвата као орган „примене права” одн. закона, онда је једини

⁴⁶ Вид. С. Јашаревић, (фн. 43), 765 и даље; С. Аксић, (фн. 43) 1031 и даље; Д. Аврамовић, „Одлука или норма – Слободно судијско уверење као претња владавини права”, *Зборник ПФ НС* 2/2012, 311–325; у сличном духу написан је и рад З. Стефановић, „Идентификација правних празнина”, *Правни записи* 1/2013, 5–26.

критеријум исправности те примене, дабоме, *законитости*. Са становишта појмовно затвореног, идеалистичког схватања права, ту се не види никакав проблем, већ је напротив такав концепт део планиране хармоније између превредних правила законодавца и живота. Али, у стварности, законски позитивизам постављајући „закон” (пропис, правило) и „законитост” као једини правни резон, оставља широк простор учесницима у правном и политичком животу да закон и законитост истичу као *образложење* одлуке, док су *разлози* са којих се одлука доноси у таквој аргументативној клими која познаје само опреку „законито/незаконито” често други и суштински ванправни.

Као и у обичном животу, тако се и управу строго морају разликовати разлози од образложења. На некој забави, да се дотакнемо простог примера, гост коме је досадно може рећи да иде кући јер га боли глава. Ту је онда главобоља *образложење*, а *разлози* су досада или већ неки други обзир који је суштински утицао на одлуку. Разуме се да се образложење свуда, без обзира на схватање права, може разликовати од разлога. Али специфичност је законског позитивизма да лицу које утврђује своју надлежност, доноси неку одлуку у управном поступку или пресуду, *да је један средишњи и ујачајљив критеријум*, који се због сталне и непрободиве отворености текста прописа може заговарати у погледу најразличитијих, па и потпуно опречних одлука. Тако је сасвим извесно да се став Заштитника грађана да је у његовој надлежности да врши контролу аката приватних лица, може довести у везу са законским одредбама у довољној мери да би се заговарао критеријум „законитости” на начин који признаје законски позитивизам. Но и обрнут став, по коме Заштитник грађана нема овлашћење да контролише акте приватних лица подједнако се може везати, а по мом мишљењу и знатно боље, за законски текст.⁴⁷ Наш правни живот пун је образложења у којима се најозбиљније критике и притужбе грађана на рад једног или другог органа власти, на нестручно извршене реституације фасада, на сумњиве јавне набавке, на лекарске грешке, на примену прекомерне силе *brevi manu* „одбацују” са назнаком да је све учињено у складу са законом иако би било која друга материјална провера, која би значила да се тачно изложе разлози због којих је примењена једна или друга грађевинска мера, да се тачно изложе окоснице јавне набавке из којих се види да је она према свим својим конкретним одлукама спровођена савесно и непристрасно, да се тачно види каква је опасност претила када је употребљена сила и зашто се није могла другачије одбити, уједно и лако показала да су све те радње можда филолошки у „складу” са законом, али да су суштински противправне.

Тако је тај правни одн. законски позитивизам један параван или легитимација иза које се сакрива произвољност, иза које се сакрива страх или савез суда са носиоцима извршне власти (као у нашем Уставном суду), приврженост једној од странака у парничном поступку, уцена да се да мито у управном поступку, незнање итд. А где постоји произвољност, ту нема правне сигурности. Типична је појава законског позитивизма да долази до размимоилажења разлога и образложења, и да се законитост користи као стуб образложења,

⁴⁷ Вид. С. Јанковић, „Олака јавна реч”, *Избор судске љраксе* 10/2012, 23–24; Л. Бренеселовић, „Десет тачака (топоса) о надлежности Заштитника грађана”, *Избор судске љраксе* 4/2013, 25–29.

док су разлози доношења одлуке сасвим другачији. Због тога од савеза позитивизма и правне сигурности не може никада да остане више од фантазије, и „правна сигурност” у виду законитости, што потпуније предоређености правилима, не фигурира као „ограничење арбитрности”,⁴⁸ већ напротив ствара плодно тле за вешто прикривање голе произвољности. Тако се присталице позитивизма залажу за концепт који у судници, у просторијама локалне самоуправе, у регулаторним агенцијама разара правну сигурност, мада многи од њих сигурно мисле да управо правна сигурност оправдава позитивизам.

Иако без помена *разлоја и образложења*, дистинкције коју негује савремена теорија аргументације, суштински је овде изнет недостатак превеликог очекивања од закона одн. правила већ одавно познат и изнет у нашој правној струци. У погледу једног спора у наследном праву, Михаило Константиновић је утврдио да се код нас за два потпуно опречна мишљења тврдило да се заговарају на „јасним одредбама грађанског законика”. То је, каже проф. Константиновић, последица методе која „полази од тога да се целокупно право налази у закону”.⁴⁹ „Али”, даље стоји код проф. Константиновића, „остављајући на страну постулат ове методе, да се целокупно право налази у закону, ако се загледа ближе у ове и сличне конструкције, приметитиће се одмах да у свима њима има много произвољног”⁵⁰:

„Може се рећи, да оно што карактерише ову методу тумачења и даје јој битну одлику, то је крајни субјективизам тумача, који је при том неискрен. Полазећи од нетачне поставке да се целокупно право налази у закону, тумач, у закљону закона и на основу општих правних принципа, које тобоже закон садржи, даје разним практичним случајевима решења која су често у супротности са самим словом закона. [...] На тај начин, овом методом је постигнут потпуно супротан резултат ономе који се желео. Уместо да се осигура влада закона и избегне самовоља судије, онда је дала основ самовољи судије. Одбијајући да закон сведе у његове природне границе и судији призна активну улогу у елаборацији права, она је омогућила тумачу, да у закљону закона доноси решења која су понекад противна закону. Зато што није хтела да разграничи област владе закона и стваралачке делатности судије, она је стварно судији дала више моћи него што му припада.”⁵¹

Са напуштањем културе законског позитивизма, ја сам убеђен да би се у недугом периоду јавио бољитак у читавом нашем правном животу, а нарочито правосуђу. Јер, ко је имао прилику да види са колико несигурности наши судови примењују Закон о дискриминацији и како се преобилним образложењима упињу да прикрију да не могу да се снађу у законском тексту, тај зна да је оно што судовима фали *жива домаћиника*, и пре свега жива представа о смисленом и уређењу односа према правном резону. Докле год, међутим, постоји представа, да је цело право *садржано у законима*, дотле се не може ни схватити пун смисао догматике и не може бити ни говора о њеном развоју.

48 Тако С. Јашаревић, (фн. 43), 773.

49 М. Константиновић, „Методе правних конструкција и слободног истраживања права”, *Правна мисао* 3 (1937), 556–582, 561 и даље.

50 Исто, на стр. 561.

51 Исто, на стр. 562–563.

Стално се у пракси срећу случајеви у којима суђења трају годинама јер су судије несигурне у свој правни став и прижељкују поравнање међу странкама.

Само жива представа да у случају одређивања притвора треба учинити оно што је према интересима појединца, заједнице и кривичног поступка у наведеном случају право, може да се супротстави експресном одређивању притвора. Јер, критеријум „законитости” је у образложењу одлуке о притвору увек лако потврдити, а суштина је у правим разлозима, у одмереним опасностима и утврђивању пречег интереса – и управо те разлоге, не као копиране кодове шаблона и законског текста, већ као живе елементе случаја треба да цене и судије које одлучују о жалби на решење о одређивању притвора.

3.2. Законски позитивизам, правна сигурност и дисфункција права

Да ли се правним концептом који се заговара за борбу против законског позитивизма и правне сигурности као свеопштег начела изневерава неко очекивање људи у погледу права? Сигурно је да људи не очекују да их правила закона подучавају како да трепћу, него желе слободу да развијају своју струку, навике, породицу, уверења, мишљење, да управљају иметком, реалним и идеалним, да граде, купују, продају, возе аутомобиле, уче добре школе, и: ако у свим тим делатностима дође до спора или потребе да се ствар реши према општем интересу, онда они опет не размишљају о законима и њиховим правилима, већ траже да се однос развије надаље у неком правом и умесном смеру, онако како су га и пре спора одн. сукоба са јавним интересом развијали према својим интересима и интересовањима, према ономе што им је угодно, лепо, складно, корисно, функционално, најбоље, а не према неким државним правилима која су тобоже подједнако вредна или још и вреднија него сами ти односи.

Људи не воде своје послове, не уређују породицу, не удружују се, не нуде робу, не граде, не заузимају јавни простор за своје промицање размишљајући о некаквим правилима, већ управо пазећи на сврху тих послова, своје намере, контекст у коме делају. Ако део неких од тих послова треба да се ауторитативно одреди у управном или судском поступку, онда се људи и обраћају управи и судовима да би се тај сегмент уредио према тоталитету сврхе и намере тог њиховог пословодства, дакле право и умесно, а не да би се одједном из сфере смисла, сврхе, намере, интересе прешло у некакав модус тобоже голе „примене” већ готових, и ко зна према којим, сличним али не истим, случајевима смишљених и дотераних правила. А исто је и обрнуто из угла јавности и заједнице: јавност и заједница не постављају ограничења појединачном делању самих тих ограничења ради, већ ради дистрибуције одређеног јавног интереса у градњи, у радним односима, у подизању и васпитању деце. У огромном броју случајева том општем интересу заједнице, рецимо на сигуран проток возила у аутомобилском саобраћају, удовољено је без уплита државних органа и ауторитативних одлука, јер људи су подучени смислу саме ствари, смислу правила аутомобилског саобраћаја, и тај смисао доживљавају непосредно учествујући у саобраћају. И сад ако дође до „поремећаја”, до „прекршаја”, ако се уплете рад државних органа и учини да је неопходна њихова ауторитативна одлука одн.

реакција, онда и она може бити само уређење тог поремећеног сегмента према општој замисли и сврси ради осигурања и употпуњавања те замисли и сврхе, а не да би се тек тако „применио” Закон о прекршајима или нека одредба Закона о безбедности јавног саобраћаја.

Ко је нама урушио ту елементарну правну свест? Због чега се код нас говори о *правди* и *неправди*, о *праведном* и *неправедном* тамо где се, рецимо у Немачкој говори, о праву и не праву, о томе да нешто јесте, а нешто није право, о разлици *Recht* и *Unrecht*? – То су питања за правну историју. Али како год правна историја генезу те појаве видела, не треба да буде сумње да такав концепт „права” није по мери људи и да се суштински коси са сваким уставним уређењем демо-либералног типа, у које без сумње спада и наш уставни поредак и на који смо у извесном смислу и обавезани међународним конвенцијама. Није разлика између наших органа и „Стразбура” у томе што се тамо боље „примењује право”, већ у томе што тамо влада жива представа да се пред судом има „дијелити правда”. Закони и правда могу бити у опреци, право и правда не смеју.

Наведена одлика законског позитивизма да служи као легитимација произвољности је само један део *шире* и *нојторне* методолошке дисфункционалности тог правног правца. Везујући право само за закон, за пропис, за правило, то правно схватање практично лишава правнике свих оних типично правних обзира, не припрема их и не негује у њима никакав осећај *за саме односе који се уређују*, не профилише свест о интересима и способност да се они уоче, опојме и одмере, већ води томе да се право одн. одредбе или „прмењују” тамо где се *ојис чињеничној сјања* очевидно, на филолошком плану, подударно са неком одредбом, или пак да се „примењују” у једном већ наведеном маниру у коме се *одлуке доносе* из сакривених интереса, због симпатије, инерције, једностраног схватања надлежности једног или другог органа, произвољности, а затим накнадно за њих проналази „кућиште” у закону, она одредба због које донета одлука „законита” и тиме „правна”. Метод „примене” законског позитивизма је афективно-филолошки, због чега законски позитивизам уме сигурно и суверено да квалификује само оне случајеве чији опис чињеничног стања мање или више одговара правилу. Он уме да понови *да штејник треба да надокнади штеју*, и ако му се каже да је неко причинио штету, он уме да каже да та особа као штетник дугује накнаду штете. Али чим се изнесе живи случај, па се пита да ли је угинули пас „штета”, да ли фабрика каблова дугује накнаду штете када се много скупља ствар после годину дана поквари због неке ситне неправилности на једном од неколико стотине уграђених каблова, чим се пита нешто конкретно, правно резонување утемељено на законском позитивизму нема одговора. Онај највећи број случајева, који нису измишљени према правилу закона, представља структурални проблем за законски позитивизам; он сам из својих средстава не уме да их квалификује и реши.

Рад са наведеним случајевима, смишљеним према правилу, увек ће и то код свих људи побудити представу да тобоже случајеви у начелу и одговарају законским и другим прописаним правилима. Само то је варка, јер свако ко је имао додира са правим случајевима, које живот ствара, зна да је већина слу-

чајева таква да се њихов однос према правилима или законским нормама може видети тек када се те норме уназад врате на случајеве, на типичне ситуације на које су њихови доносиоци мислили, и тек када се тачно сагледа смисао који би те случајеве, који су у основи правила (законске норме), потакли доносиоца прописа да баш нареди једно или друго решење за групу случајева.⁵²

Узмимо један пример из живота, који је недавно привукао медијску пажњу.⁵³ Родитељи су прикупљали новац за лечење своје малолетне ћерке, и то тако што су људи добре воље уплаћивали новац на рачун који су родитељи отворили „за лечење”. Ствар се развила неповољно и дете је умрло за време лечења, а онда се поставило питање да ли са сумом новца, која је превазилазила милион евра, родитељи надаље могу да располажу како им је воља, или пак морају пропорционално према остатку да врате тај новац сваком уплатиоцу или можда са њим добротворно да располажу. Случај за правнике позитивисте: посве нерешив. Јер за њих су закони готове одредбе отргнуте од органске целине са односима који уређују, и постоји као нека представа (гола фикција) да односи проистичу из закона, а не да обрнуто – закони уређују односе, који већ сами за себе имају правни садржај, наличе и приближавају се једном или другом правном институту, једном или другом правном механизму.

Шта би заправо људи за овакав случај хтели? Људима овде ни приликом уплате, ни након уплате, није ни стало да гледају одредбе, него су захтевали да се случај реши онако као што им је деловало да је право и умесно: да се новац, када је већ уплаћен, или врати или пак користи у другим случајевима где је за исту сврху потребан. То је оквир дакле *ipso iure* (умесног) у коме треба да се реши случај, и он се може решити на различите начине: за људе би било право и да се новац врати, и да се употреби за сврху „лечења”, и за сврху „лечења у иностранству” неке друге особе, и за сврху „трансплантације срца”, и за сврху „побољшања здравственог система” – али оно што људи осећају као неправду, као правну дисфункционалност, није, као што позитивисти замишљају, то што унапред није било одредбе која би строго рекла шта се има десити („правна сигурност”), није чињеница да унапред није одређено да се новац, ако се не употреби у изворну сврху, мора уплатити општини, или некој болници, или вратити према остатку уплатиоцима, већ чињеница да се јавила могућност да се поступи потпуно неисправно, потпуно неумесно, мимо интереса и обзира који су тај живи фидуцијарни однос међу уплатиоцима и родитељима болесног детета створили.

Са представом међутим да је цело право садржано у „законима”, овај се однос уопште не може разврћи правично и умесно. Долази се, и судећи према изнетим ставовима, заиста се и дошло до гротескних решења, која управо нису

52 То је суштина Савињијеве херменеутике која је садржана у његовом теоријском програму у F.C. v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, knj. 1, 1840. Вид. о томе детаљно S. Meder, Mißverstehen und Verstehen: Savignys Grundlegung der juristischen Hermeneutik, Tübingen 2004.

53 Вид. са ставовима више правника приказ случаја у Блицу, бр. 6015 од 08. новембра 2013, стр. 2–3, где се као могући проблем у круговима правника помиње чак и чињеница да осмогодишња девојчица није „оставила тестамент” у коме „би било наведено како да се потроше паре у случају њене смрти”.

нимало умесна, ни у ком погледу права. Јер правник позитивиста од прилике случај види оволико: да су фидуцијарни односи у погледу „задужбина” (од задужити, а не за-душом) уређени у Закону о задужбинама и фондацијама, и да се тај закон због недостатка званичног оснивања у складу са његовим одредбама уопште не може применити на овај случај. И затим долази до „регреса у познато”, где се заговара да је тај новац у својини родитеља, или умрлог детета, и да родитељи, било као почетни власници било као наследници, њим могу располагати како им је драго. А право решење је у томе да се и цео Закон о задужбинама и фондацијама и цео ЗОО и уопште сви прописи чија „примена” можда долази у обзир врате на свој аналошки супстрат, на случајеве које смислено уређују и да се сви ти случајеви ставе један до другог и да им се још дода и овај случај. Онда би се видело цело богатство приватног права у коме влада приватна аутономија, и да је законодавац само један исечак из тог богатства уредио у закону, прописавши режим за званично основана задужбине и фондације, практично и не мислећи на непосредне облике задуживања фондова. У тој целини богатог правног живота које закони профилишу и уређују, очито да постоје и облици „фидуције” чији смисао, ток у правном животу, ни изблиза није уважен и дотеран правилима Закона о задужбинама и фондацијама и другим законима, тако да се са правом може узети да су ти односи остали препуштени правном животу без непосредног законског уређења. Стубови, границе, садржај тог односа не проистичу из правила, не проистичу из закона већ из смисла због кога су људи, родитељи болесног детета и остали грађани, одједном напустили „нулти однос” и прешли отварањем посебног рачуна и уплатом новца за сврху лечења детета у иностранству у посебан одн. *правни однос*. Разуме се да би и тај однос, као и сваки други, законодавац могао да профилише, да рецимо раздели режим за анонимне и именоване уплате, да раздели режим поврата новца за велике и ситне своте, да разликује уплате из земље и из иностранства. Али би и тај законски режим управо био израз једног настојања да се тај однос уреди и по потреби разврне право и умесно, и опет би се у животу јављали случајеви који би, докле год важи да је право *ars boni et aequi*, морали да се реше не „применом” закона, већ враћањем законских одредби на њихов аналошки супстрат и сагледавањем да ли је специфичан случај према потребама своје профилације „ушао” у правила закона или остао ван њега. Све друго је голо законарство, и не заслужује назив права, јер је и та реч *право* коју ми користимо, баш као и римска *ius*, изведена из онога што је право, умесно, исправно, а не из наређеног, законитог.⁵⁴

У наведеном случају могло би се лако наћи више правних решења која су права и умесна. У обзир би, поред фидуцијарних фондова и задужбина, дошао уговор о поклону са налогом, иако поклон, као што је познато није уређен ни у једном нашем важећем пропису. Но, најбоље би ипак било да се узме да је посреди неуписана задужбина (од за-дужити, а не за-душом), као посебан фидуцијарни однос. Она би се затим, због немогућности да се даље испуни њена сврха имала ликвидирати, и то тако што би се поставио ликвидациони управник који би управо гледајући на умесно и сходне прописе, ако их има,

54 Уп. Улпијан, у Дигестама, 1.1.1.1.

могао да одреди режим ликвидације. Да каже како ће се и која ће се отворена потраживања намирити из фонда и да каже, рецимо, да ће се већим уплатиоцима вратити пропорционално према остатку умањен износ који су уплатили; да каже да се друге, мање уплате, како би се избегли превелики трошкови обрачуна и трансакција, имају сабрати и уплатити за другу упоредиву сврху.⁵⁵ Има пуно могућности и све би се оне могле спровести у пуном складу са оним што људи држе да је право и умесно, и управо би према одликама случаја биле праве и умесне. А да се уместо тога људи убеђују да је „по праву” да власници наведеног новца могу надаље њиме располагати како хоће, и да можда само имају моралну обавезу да другачије поступе, то је слика и прилика законског позитивизма на делу.

Пошто се правила закона у крајњем случају црпе из случајева, из тоталитета упоредивих случајева који се на исти начин право и умесно могу уредити, јасно је да се никада не може произвести довољно правила. То није никакав, како позитивисти хоће, изузетак, већ су правила суштински и увек осиромашење живота, односа које уређују. Они који држе да је суштина правног бића у томе да се та правила без обзира на осиромашење узму и примењују, залажу се за ауторитативан концепт који је неспојив са правом на слободан развој личности и општу слободу поступања, и који се у суштини противи самој логици демократског уређења власти. Разлике између, рецимо, пренормираног пруског *Landrecht*-а и швајцарског Грађанског законика који велики део правног суда оставља судији, нису само пуке разлике између два појма, два схватања права него су и два производа два различита политичка уређења: први пруског – апсолутистичког, и други швајцарског – демократског. Појава законског позитивизма код нас је, између осталог, и израз једне псеудо-демократске свести, која се у студијама и јавно залаже за слободу, основна права која су тековина европског либерализма, а у стварности је опседнута понашањем других људи, сужавањем, наметањем одређених погледа и најбоље би се могла означити као један не идеолошки, већ интуитиван и, ето оксиморона, „фрагментаран” или „селективан” тоталитаризам.⁵⁶

Ко се држи представе да је све што је ван закона остављено ван права, неће само приликом писања закона гледати да што више детаља (оних на које је мислио!) унесе у закон, већ ће и наметнути представу да се суштина права састоји из „примене закона” и тако створити алиби судијама, радницима у управи, уопште сваком лицу на правном задатку да се не бави суштином права, да се не бави сврхом, живим односима који су већ сами правно потентни, већ да влада, сече, преправља правне односе аргументом „закона” иза кога се уместо правних обзира који се односе на однос који се уређују крије страх од извршне власти, пристрасност или просто непознавање догматике.

Да ли се ја овде залажем за нешто на овом свету још невиђено? Да ли заговарам да се правници баве нечиме чиме се још никада нису бавили? Не,

55 Све је ово доста упрошћено и ствар би се могла разрешити и без ликвидационог управника – овде је само битно да се види да постоје и смислени путеви који не воде апсурдним решењима и нераздвајају право од „правде”.

56 О основним правима и правној свести код нас вид. Л. Бренеселовић, О заштити основних права (фн. 24), 351 и даље.

концепција права за коју се овде залажем је жива у Немачкој, је жива у Стразбуру, је жива код многих наших, нарочито старијих, правника практичара, и једино зашта се залажем је да се право и умесно не суди кришом, како се сада догађа (на страну што се сада све мање уопште суди право и умесно), а да се као суштина права у образложењу истиче „примена закона”, већ да се законарство, којим се могу и људи без школе бавити, назове својим именом, а да се у пуном сјају и у управном раду и у судовима и код каутелиста правно резонување, рационално раздељивање правог и неправог, умесног и неумесног према одликама живих односа и интересима, призна као суштина права.

Законски позитивизам погодује једном замишљеном складу, који што је бољи и потпунији, то више удаљава право од живота и у крајњој линији води нетрпељивости између закона и људи, јер се од случаја до случаја, и у целини, одлуке не доносе и не представљају као ауторитативни акти уређења односа који су већ сами за себе правно потентни и испрофилисани, већ као самодовољни акти „примене”. Дакле, као концепт код кога су умесност и резон право, нешто што се случајно може остварити, али од чега не зависи сам концепт „права”.

Тако су и правни ставови о праву контролора да удаљи путника карте из возила јавног превоза изазвали морално расуло међу грађанима. Узалуд су многи правници тражили „законску одредбу” у којој би тако нешто било дозвољено и кад је нису нашли, њихов правни интерес, будући да је изједначен са законом се угасио и они су, пошто нема законске одредбе, дошли до закључка да то није дозвољено и тако се ставили на страну свих оних, који без смисла за економски оквир уређења јавног превоз, без обзира за интересе и положај путника који плаћају карту, и без смисла за посао као целину, тврде да путнике у аутобусу нико, осим полиције са посебним овлашћењима не може да такне и натера да напусте возило, да се дакле практично људи могу бесплатно возити. И тако се ту и запатио онај Богишићев „зачетак смутње у појмовима народа о томе што је право што ли неправо, што је поштено, што ли непоштено, смутња која ако потраје може довести до морално-правног хаоса у главама”;⁵⁷ а ја бих додао да је већ и довела, јер је народ са оваквим ставовима и држањем правника потпуно слућен, будући да врло добро зна да није ни нормално ни поштено да се неко вози у превозу без карте, али исто тако му је слатко ради уштеде да не плати, када већ правници тврде да се и онај који не плаћа може возити. Када они који су стручни и позвани да заведу савесност и поштење тако резонују, и тврде да се и бесплатно могу користити услуге јавног превоза, само ако постоји довољно дрскости, и да се против тога власници возила никаквом силом не смеју бранити, онда народ, понешен жељом и да где може приштеди, напушта своје непосредне и исправне представе и бива на крају потпуно слућен о томе шта је дозвољено шта није, шта је право а шта неправо, шта је поштено а шта преварно. Чак су се, на подлози наведеног „правног мишљења”, јавила и удружења која су саставила упутство грађанима како да се возе без карте.⁵⁸

57 В. Богишић, Поводом црногорског Грађанског законика (фн. 17), 56.

58 Вид. упутство „Центра потрошача Србије”, које је 31.07.2012. са насловом „Упутство за све оне који бојкотију бус-плус” објављено у дневним новинама и где се у изричито негативном тону према систему наплате карата тврди да: „контролор нема право да на било који начин

Наведени „правни суд” био је међутим могућ само са основе законског позитивизма, који будући да држи да су закони управо цело право никако не уме да изађе на крај са оним случајевима који су у појединостима не подудару са простом дикцијом једне или друге одредбе. И како није било ниједне одредбе која би контролорима такво овлашћење давала, тако настројен законски позитивизам је дошао до закључка да путник може остати у аутобусу, осим, што је сасвим далеко од потребе протока јавног превоза, аутобус не буде заустављен и не дође полиција. Са правом то међутим нема никакве везе, јер право, исправно схваћено, и не значи да треба да се траже неке речи, филолошка сличност између чињеничног стања и одредба, већ правни суд претпоставља да се разуме смисао односа о коме се пресуђује, да се види какав је његов правно-институционални оквир и шта из њега проистиче, да се препозна склад и несклад неког решења са смислом због кога је уложен труд, са тежњама, циљевима, да се предоче последње консеквенсе једног или другог резона. За материјално схватање права, режим у коме свако мора купити карту, али се трпи да се возе и људи за које се утврди да немају карту, је негација сваке умесности и ништа више до један прости нонсенс, до кога долазе правници који свој позив не схватају као научно уређење интереса него као давање обавештења о одредбама закона, којих кад нема, тобоже се може баш све, и то још „по праву” дешавати. А случај је био врло прост: однос путника без карте и контролора није однос два незнајца на улици, већ однос лица које је ушло у туђу покретну ствар ради задовољења неке своје потребе, и то још такве за чије се задовољење та ствар и ставља отвореном кругу лица *йод одређеним условима* на „располагање”. Аутобус и трамвај нису јавни простор већ скупоцена ствар у власништву јавног предузећа или града и то предузеће одн. град могу одредити *ред и редаре за сировођење њихове власничке воље*. Да тај ред не може, будући да је реч о јавном предузећу и граду, бити производ самовоље, то се подразумева, али стоји на сасвим другој страници.⁵⁹

4. МЕСТО ПРАВНЕ СИГУРНОСТИ У ПРАВНОМ ПОРЕТКУ ОДН. ПРАВУ

Мислим да и наше право, ако ништа друго због свих блиставих умова и тренутака који су га у прошлости означили, заслужује да буде схваћено на начин који неће, у оном Савињијевом смислу, достићи високу изобразбу, а бити предмет подсмеха међу људима ван правне струке и стални подстицај становништву да „измишља начине и средства да избегне посљедице закона противне својим појмовима о правди и правци”.⁶⁰ То ни у ком случају не

дође у физички контакт са путником, сваки такав чин се третира као покушај противправног нарушавања слободе кретања на јавном месту”. У стварности су они који протурају и заговарају овакве ајуристичке прегледе и упутства имају, где постоје остали услови, „третирати” као подстрекачи и помагачи, а дугују и градским саобраћајним предузећима накнаду штете.

59 И овде је, разуме се, као и случају неуписане задужбине и полона са налогом, ствар компликованија него што сам изнео, али мени овде није ни стало било да детаљно излажем и вагам све правне обзире, већ сам хтео да покажем једино куда начелно воде један и други правац мишљења.

60 В. Богишић, Зборник (фн. 16), приступна студија стр. XIX.

значи да свакој правној представи, свакој представи о ономе што је прџво и умесно у неком случају, која постоји у народу треба повлађивати. Напротив, прегршт је случајева где народ има рђаве представе (претерано кажњавање), и где је неопходно да се управо силом законодавца ствар доведе у рационално и боље корито. Али сваки правни акт мора бити ношен представом да њиме треба неко умесно и правично решење да се утврди, а не да се примени „закон”; исто као што и доношење закона мора бити израз сређивања потреба, опасности, развоја у друштву, а не филолошки урадак који се доноси како би се неком у иностранству или сами себи приказали као „модерни”.⁶¹

Какво и које место у том отвореном правном процесу, које право не изједначава са познавањем закона, заслужује правна сигурност? То зависи од тога да ли се правна сигурност узме у једном ужем, у правним расправама уобичајеном смислу, или пак у ширем, „политиколошком” смислу. У другој тачки било је речи и о томе, да су та два смисла у настанку, дакле етиолошки, везани за појам права од кога се полази. Строго гледано било би дакле исправно, ако се полази од материјалног појма права, да се правна сигурност узме само у оном смислу који том појму одговара. Па ипак, пошто се и шире одређење правне сигурности практично подудара са одређењем *њравне државе*, мислим да није излишно да покажем да управо у погледу правне државе материјално схватање права види сасвим друге изазове и настоји да утврди и преиспита сасвим друге окоснице неголи законски позитивизам и слични правци који су више усредсређени на феномен норме него правде и правичности одн. умесности.

4.1. Место правне сигурности схваћене у ужем, строго правном смислу

За материјални концепт права *њравна сигурносћ* има велики значај, али тај концепт ипак не може да прихвати правну сигурност (у ужем смислу) као принцип, већ је узима и признаје као *џојос* који може однети превагу, управо тамо где са становишта умесности, постоји нарочито оправдан и преважан интерес да се суд о правом и умесном не препусти *расџрави*, не препусти непосредној одлуци на основу прилика случаја, не препусти тек у најширим обзирима правилом предодређеној оцени судије, страна уговорница, радника у управном поступку, већ да се што је *сџроже одреди законском одредбом*.

Другим речима, правна сигурност не сме бити начело, већ само један од обзира који се има уважити тамо где постоји оправдан интерес да се на место онога што је непосредно умесно и право стави са становишта случаја о коме се одлучује мање умесно решење, чија се међутим умесност и правица састоји у томе што служи обзирима као што су извесност и сигурност у промету робе, разумљив и оправдан интерес појединаца да унапред зна које су радње кажњиве итсл. У највећем броју случајева, строга регламентација, на уштрб живе и непосредне умесности *не може се њравдајџи њоџребом њравне сигурносћи*, због тога што људи продају, купују, граде, развијају и негују своју породицу према непосредним увидима у циљеве, у могуће, у пожељно, у карактеристике ствари, карактер саговорника, и затим, ако дође до спора *они очекују од њрава да*

61 Вид. о трансферу и „имитацији” Л. Бренеселовић, О заштити основних права (фн. 24), 335.

се надаље однос уреди или разврине према умесном, према ономе што је право, а не да се засили неким правилима, која се још и отворено доносе и „примењују” као да су она суштина суживота људи, а не сам живот.

Нарочито данас, када се *дискурс сигурности* нашироко злоупотребљава у политичке сврхе,⁶² улога је правника да, као и у другим стварима, општем утиску лаика и политичара *суйројскаве рационално ушемељен слав* о томе да ли у једном или другом случају постоји утемељена и разумљива потреба да се повећа степен *предодређености*, и да кажу на који се начин та потреба, ако већ постоји, на најбољи начин може остварити. Јер између технички недостижног модуса потпуне одређености законом (правилем) и голе умесности постоји и читав дијапазон законске полуодређености, где се законом, рецимо, типски могу ударити обриси односу продавца и купца или закупца или законодавца; смислена полуодређеност значи и да се вешто делом поставе тврђа правила, а да се делом препусти пракси да утврди шта је умесно и право, одн. најумесније и најправије, даље да се строго пази на разлику и однос диспозитивних и обавезујућих норми, да се строго према интересу, као у кривичном праву, гледа да се установи начело законитости када је то у *интересу окривљеној* итд. Сигурност одн. одређена стабилизација, структурирање и оправдано уједначавање поретка не морају се постизати само законима одн. правилима. И судска одлука, ако се објави на лепом папиру, у тврдо укориченој серији која редовно излази са образложењима представља самостални правни репер.

Правна сигурност *није начело*, већ је само једна тачка, један топос, један резон који треба имати на уму приликом доношења правног суда. На уму треба да га имају и законодавци, и управни радници, и судије (и, дабоме, пословни људи и грађани). Али, као и сви други правни обзири, тако и потреба сигурности може добити место и примат у неком правном односу само када таква потреба заиста постоји и када је са разлога који се могу изнети умесно таквој потреби дати значај. Уздизање правне сигурности у принцип који би имао владати свим правним односима и у свим правним опхођењима није правни захтев, већ захтев законског позитивизма, који, видели смо, управо са тим својим становиштем о свом значају и значају правне сигурности има врло рђаве последице по законодавство, судску праксу и правно резонување.

4.2. Место правне сигурности схваћене у ширем смислу

Други је пут да се правна сигурност одреди сасвим уопштено – шире, и користи као ознака за оно што се иначе проучава под етикетом правне државе или стабилне и уређене државне власти.⁶³ И у погледу тако шире схваћене правне сигурности законски позитивизам и слична становишта, због своје унутрашње логике, морају имати другачија очекивања од „правне сигурности” него материјалног схватања права. Јер, за материјално схватање права, право је као профил умесног и правог нераздвојиво уткано у саме односе, у сасвим одређену купопродају, у сасвим одређен однос закупопримца и закуподавца,

62 Уп. са даљом литературом P.A. Albrecht, *Der Weg in die Sicherheitsgesellschaft*, Berlin 2010.

63 Уп. за „фунгибилност” правне сигурности и правне државе назнаке код С. Аксић, (фн. 43), 1035; С. Јашаревић, (фн. 43), 766 и даље.

у сасвим одређен интересни сплет власника земљишта да земљиште изгради и заједнице да се приликом градње уваже одређени обзири сигурности, естетике, планирања. За такво схватање права *право постоји пре, мимо, поред и са законима* и отуда је управни или судски поступак *секундарни облик правној животи*, у коме се не догађа ништа у модусу постања, већ се један непрекинути ток интереса и обзира живота издваја и решава ауторитативно у случају спора или у случају када посебно треба утврдити и осигурати јавни интерес.

(1) Из угла законског позитивизма, који изједначава право и законе, типичан топос правне сигурности је зазирање од сваке промене закона, где се управо сама промена доживљава као новонастала несигурност. Из угла материјалног схватања права ствари стоје потпуно другачије, зато што материјално схватање права не гледа на законе и њихову постојаност као суштину већ у први ред ставља односе које ти закони уређују и интересе у погледу законског уређења. Ако се узмемо Закон о извршењу кривичних санкција мења више, па таман и 32 пута у току пет година, и ако свака од тих измена доноси бољи положај осуђеника, зашто би те измене већ саме по себи рушиле било какву „сигурност”, и ако се узме да је крше у чијем интересу сигурности је да измена има мање, али да осуђеници живе горе? Такав интерес се можда и може наћи у потенцијалу управе да своје поступке новој регулацији прилагоди, али ту се опет не штити „сигурност” управе да закони неће бити мењани, него се ради о границама које проистичу из њене организације, и које се дабоме имају уважити тамо где заиста постоје, али се не смеју под етикетом „правне сигурности” измишљати тамо где их нема.

Ако се врло рђав закон мења, па таман и више пута, док престане да буде рђав, бесмислено је критиковати такве измене са становишта правне сигурности. Закони и њихова постојаност нису сврха за себе. Са друге стране, ако се мењају добри закони бољим, или ако се просто дорађују и усклађују нека решења, онда је опет једино питање: да ли постоји оправдан интерес појединца (предузећа, религиозне заједнице, управе итд.) да се његов случај, његов правни однос, настави разрешавати по старом закону. Зато је битно да постоји умесан *vacatio legis* и битне су добре прелазне одредбе. Ни у чијем интересу није да се у сред парничног или кривичног поступка који је у току заведу нова процесна правила, начела, кључно измене процесне улоге и отуда се поступци углавном завршавају у оном законском режиму у коме су и започели.⁶⁴ Али то опет не значи да не може бити врло умесно да се *изабрана* правила новог закона који уређује процедуру ставе снагом прелазних одредби на правну снагу („примењују”) и на све, дакле и старе поступке. То пак опет зависи да ли је реч о решењима која захтевају новчане ресурсе, је ли такви ресурси постоје и за старе случајеве, да ли је реч о издвојеним институтима који се могу уградити и у стари поступак без да се изобличи његова општа структура итд. То је живо материјално право, то је живо материјално резонување усредсређено на обзире, на стварне и могуће интересе који чине потребним да се каже која би решења била и у ком тренутку умесна, која могућа, која више, која мање и зашто.

64 В. нпр. прелазне одредбе ЗПП-а, чл. 506 I: „Поступци започети пре ступања на снагу овог закона спровешће се по одребама Закона о парничном поступку [из 2004.]”.

(2) Законски позитивизам нема превелика очекивања од лица која право „примењују”. Он иовако, као идеални тип, држи да је све у законима, и ако се задржава на положају судије, онда се он превасходно бави *нејативним аспектима*, одн. оним појавама које би судију у процесу једноставне или квазимеханичке „примене права” могли да омету. Ту долазе мито, повећана поткупљивост због слабе зараде, заштита од притисака извршне власти исл. За материјално схватање права у судници или органу управе нема никакве механике, те су од суштинског значаја личност, образовање, *умеће судије (радикала у управу)*, односно његова способност да случајеве не сагледава као лаици на основу општег утиска, *већ да зна и уме оштри утисак да разложи и повеже са појмовима правне домашике и одредбама закона како би, управо и с обзиром на законска наређења, одлучио не онако како му се чини да је право и умесно, већ онако како му се након брижљивој преиспитивања разних домашичких подела, сврхе инстинкта, одредби и система закона чини да је умесно и право*. Зато је поред добре плате, поред квалитетних правила о селекцији, поред личне безбедности, забране премештања, независности, за материјално схватање права кључно *образовање правника*. То је једна од главних сентенци у познатој Савињијевој књижици из 1814. и разлог због кога су практично сви припадници историјскоправне школе били опседнути уређењем студија, судијским послом и устројењем судова.⁶⁵

(3) Како је код законског позитивизма право изједначено са законима, отуда тај облик свести не цени друге правне жанрове, јер су они за њега редувантне или чисто дидактичке појаве. Можда би се управо однос према коментарима и билтенима у Србији у последњих 20 година могао узети као најбољи показатељ да је преовладао законски позитивизам. За материјално схватање права су уредно издати, лепо сређени, и опште доступни билтени судских одлука, али и значајних управних станица, од прворазредног значаја, јер судови и органи управе живо уређују односе од случаја до случаја, и постоји интерес правника и грађана да прегледом већ донетих одлука установе *правни поглед* једног или другог суда, једног или другог органа на положај потрошача приликом електронске куповине робе, на заштиту и оправданост заштите држаоца, на прикладну спратност у једном или другом делу града и изузетке који се дозвољавају, и разлоге са којих се дозвољавају, на претерано дуге завршне решења бранилаца итд.

(4) Ако се за правну сигурност у ширем смислу веже и проблем трајања поступка и проблем корупције, онда и у том погледу постоји превелика разлика између законског позитивизма и материјалног схватања права, и то у нарочитом смислу. Управо је законски позитивизам облик правне свести који је према трајању поступка индиферентан и који ако *не* подстиче, а *онда* сигурно представља плодно тле за разне облике корупције. О томе више другом приликом, а сада само начелно:

Сврха држи право на окупу и спречава разне деформације од којих управо пати наше право. За законски позитивизам овај наш свет је споредна, у сваком случају у односу на његову фикцију – одређеност у закону – сасвим

65 F.C. v. Savigny, Vom Beruf (фн. 19).

друга појава живота, на коју се затим „право” има „примењивати”. А како се „право” може „променити” и на однос и док је жив, док људи имају новац и услове да граде, док би се неко спорно питање купопродајног односа могло још решити и без раскидања сваке сарадње међу странама, али исто тако и кад однос пропадне, отуда је тренутак „примене” законском позитивизму неважан. *Сам однос*, са својим обрисима, не улази у свест лица које „право примењује”. За свест пак да ауторитативни акт треба да уреди један или други живи однос који због наступеле неизвесности шта је право и како се мора поступити трпи, пати; за свест да решење и пресуда нису акт примене већ да живо уређују однос, стварају срећу и несрећу, одређују губитак и добит, утичу на развој и судбину малолетника против („према”) којих се води кривични поступак, примерено трајање поступка је једна од основних претпоставки правног, одн. правог и умесног суда. Штавише, жива представа о томе да *правни суд зависи од односа* и да се однос живо мења, подстиче концентрисану и брзу расправу ствари и одлуку, како однос својом променом не би планирани смер одлуке учинио неприкладним одн. саму одлуку неумесном. Апатија и астеничност државних органа не могу се сузбијати правилима и моралним поукама, јер им узрок и није у недостатку правила и моралној нагрижености, већ у структуралном односу према сврси и појму права. За законски је позитивизам суштина права у закону и за његову свест је однос сасвим секундарна појава правног живота; за законски позитивизам је, идеалнотиписки, све учињено у складу са „правом” и када однос, можда баш под стегом нефункционалног поступка, пропадне, јер је за тај облик позитивистичке свести све што је у сфери примене закона уједно и правоугодно и у складу са правом. А за материјалну концепцију права је исход у коме је однос пропао, у коме је продубљена нека неправда, и то још под утицајем нефункционалног правосуђа ништа мање него фијаско.

Не тврдим, разуме се, да би се заменом законарства са правом искоренила корупција, али ако се суштина позива и „Selbstverständnis” службеника у секретаријату за урбанизам или судије исцрпљује у „примени права” и ако се право изједначава са законима одн. свим прописима, онда управо пошто се законитост може и поред корупционашког понашања заговарати наведени модус правне мисли не представља само платформу за психичку неутрализацију већ и праву платформу за комотно одигравање корупционашких радњи. Ту долази до пуног израза она поменута дискрепанца између модуса живота који пази на жељу, навику и сврху са једне стране, и „права” са друге, које тобоже без обзира на непрекинути начин на који људи граде, привређују, развијају породични живот, треба да се „примени”. Не узимајући да је суштина права у умесном и правом, и тврдећи да је суштина „права” у законима и њиховој „примени” законски позитивизам блокира дискурс у коме би, рецимо, између људи и управе помно имало да се претресе какве су одлике односа, какви су интереси појединца, а шта и са којим правом, на основу које преваге заједница од њега може да очекује. На тај начин законски позитивизам практично приморава људе да пређу у „други дискурс” и да оно што држе за смислено, сврсисходно, пригодно постигну тако што ће одобровољити службенике да овако или онако „примене право”.

Ко зна да у органима управе и судовима не живи сваки правни радник за себе, већ да сваки орган има своју културу, разумеће и да су ове ствари које сам ја намерно на врло баналан начин изнео, не припадају само сфери морала појединаца и његовој грижи савести. Прекомерна корупција у нашим државним органима није исход моралне нагрижености армије појединаца, већ исход криво развијене културе управе и судовања која удружена са законским позитивизмом, управо под етикетом законитости у образложењу, прикрива еминентно противправни карактер сваке одлуке проистекле из корупционашке свести и намере.

5. НАШЕ ПРАВО НА ПРЕКРЕТНИЦИ

Наши најбољи закони написани су у духу номотехнике која не признаје закон одн. прописе као једини извор права и која законска правила превасходно разуме као модус активног уређења односа према њиховим одликама. Насупрот томе, у последњих 10–15 година ојачала је једна обрнута свест по којој између права и закона одн. правила постоји идентитет и по којој се правна пракса има просто састојати из „примене права”.

Наведени структурални несклад између наслеђених прописа и схватања права које није само *йочело* да се уврежђује у теорији и пракси, *већ се йодостиа у међувремену и уврежило*, засада се решава тако што се стари закони замењују са новима који повлађују и одговарају култури законског позитивизма и који у односу на своје претходнике, нарочито из оног најсветлијег периода нашег права, делују као да болују од неке цирозе (пренабубрености) и немушности.⁶⁶

Након свега што је реченог у трећем одељку о разлозима и образложењу, о манама законског позитивизма, мислим да ће и читалац разумети да је наведени начин отклањања несклада између закона и правног схватања, који се састоји из повлађивања култури законског позитивизма, само привидно прихватљив, јер је једина врлина законског позитивизма та да ствара *леийиима-цију за йроизвольности* која се, у таквој правној поставци, крије иза законитости као јединог критеријума правности. Само, каква је то врлина?

Прави и суштински бољитак може се постићи само у другом смеру: не дакле у оном који несклад између законског позитивизма и закона који су написани у другачијем духу отклања заменом тих закона са малим пруским Ландрехтима, већ у оном који ће заменити схватање права као делатности „примене прописа” и оживети схватање судова као места на којима се „дијели правда”, на којима се ауторитативно утврђује шта је право са нарочитим погледом на профилисање живих правних односа које је законодавац у законима – тамо где му се чинило да је потребно – настојао да оствари.

Укратко: За право, против законарства – то је очит позив нашег времена.

⁶⁶ Новој, позитивистичкој правној свести, дугујемо и настојање да се реч „правоснажан” замени са „правноснажан”. Будући да придев *прав* и прилог *право* законском позитивизму ништа не значе, за њега је реч „правоснажан” нелогична и зато покушава да је истисне са сложеницом формалног значења „правноснажан”. До замене ових израза (и појмова!) дошло је у новом Закону о парничном поступку из 2011, у новом Законику о кривичном поступку из 2011, у нацрту новог ЗУП-а, и у многим другим прописима. Мада би и од „право” придев могао бити „правоснажан”, као што је и од „устав” изведено „уставотворан”.

Luka Breneselović, LL.M.
Research Associate
Institute of Comparative Law, Belgrade

„RECHTSSICHERHEIT” AND LEGAL POSITIVISM

An influential antipositivistic thought in Serbian legal theory and lawmaking process has been interrupted within the last two decades; there is a new sentiment which denies any justice matter behind the rules, ready to put the value of rule and law above each and every social sense. The new positivistic manner is widely justified with the mention of „Rechtssicherheit”. The paper argues that on the contrary, the legal positivism, leaving no other criteria of justice and decision beside the legality, tends to provide a legitimacy for irrational choice, abuse of power, unconfidence, all of which may easily be hidden behind the mention of legality. People do expect arbitrariness to be excommunicated from the matters of justice; they do not however expect or even seek to exchange the impulses, affinities, interests, means, concepts, gettings of real life for a rule obsession. Rather than that, people expect the justice to be done; a concept which to author’s opinion doesn’t include the statement that only one decision or action may be just. The justice is not a goddess nor an invivid concept, it is a part of people lives in families, in business connections, contracts themselves; it is a qualitative part of each and every acting concept. The determination and elaboration of just and unjust belongs primarily to people, their acting, negotiating, coexistence – including the coexistence with the community, public interests etc. Once it comes to a conflict, it may be necessary and appropriate to provide an authority with a power to ultimately decide which acting or conducting is to be accepted as the most just one. That concept does not deny the role of a law/statutes as a mode of improving the legal life, social matters and justice system. It does however deny the justification of the rule of statute, of the nomocracy in the exorbitant sense demanded by legal positivism.

Key words: „Rechtssicherheit” – Legal Positivism – Rule of Law – Theory of Justice – Jurisprudence.