

Ajdin Huseinspahić*

PRAVDA KAO NUŽNOST PRAVNO-POLITIČKOG SISTEMA

Iustitia est omnium et domina et regina virtutum!

Cicero

APSTRAKT

Pitanje pravednosti (lat. *iustitia*, njem. *Gerechtigkeit*, eng. *justice*) oduvijek je zaokupljalo ljude i nametalo se kao vrijednosni element pravno-političkog sistema jednog društva. To pitanje je često tražilo da se na spontan, neposredan i intuitivan način objasni pravda kao pojam koji stoji u najužoj vezi sa pojmom prava. Na tom tragu je i autor u radu proučavajući pravni karakter dva najveća pravna sistema na tlu Europe (eurokontinentalni i anglosaksonski) sagledao odnose između onoga što jeste i što čini jedan pravno-politički sistem i onoga suštinskog što stoljećima održava ili ne održava jedan sistem funkcionalnim. Naime, činjenica je da danas postoje različiti pravni sistemi koji često i (ko)egzistiraju u sredinama sa različitim političkim uređenjem te se *a priori* niti za jedan od njih ne može kazati kako je sveopće prihvatljiv ili neprihvatljiv, jer svaki može biti utemeljen na ideji pravde, odnosno pravednih pravnih normi i pravednog sistema vlasti. Shodno tome, od posebnog interesovanja autora u radu je ukazivanje na nužnost postojanja vrlo tanke, često nevidljive, ali za svaki pravno-politički sistem i te kako važne niti pravde.

Ključne riječi: pravo, pravda, pravni sistem, politički sistem.

JUSTICE AS A NECESSITY OF A LEGAL AND POLITICAL SYSTEM

ABSTRACT

The question of justice has always occupied people and was set as a core element of any social legal and political system. This relation has often required a spontaneous, straightforward and intuitive explanation of justice as a term that is closely related to the concept of rights. On this note, the author of this article studied the legal character of the two biggest legal system on European soil (Euro Continental and Anglo-Saxon) and reviewed the relationship between what is and what constitutes a legal and political system and the essential element which for centuries did, or did not, maintain a system functional. Fact is that there are different legal systems that often (co)exist in environments with different political regulation and a priori neither one of them can say that it is universally acceptable or unacceptable, because each can be based on the idea of justice, i.e. the equitable legal norms and a just system of government. Consequently, author's particular interest in this paper is to point out the necessity of the existence of a very thin, often invisible, but for every legal and political system necessary line of justice.

Keywords: law, justice, legal system, political system.

* Mr.sc., Pravni fakultet Univerziteta u Zenici.
Mr.sc., Senior Assistant, Faculty of Law, University of Zenica.

UVOD

U fokusu interesovanja pojedinaca unutar svake društvene zajednice, odnosno svakog pravno-političkog sistema je traganje za bazičnim vrijednostima jednog društva na kojima trebaju biti izgrađene pravne norme, te uspostavljeni organi vlasti i definisan način njihovog djelovanja. Shodno tome u radu ćemo se posvetiti traganju za odgovorom na pitanje šta pokreće jedno društvo i koje su to osnovne vrijednosti na kojima se temelje neki od najvećih pravnih sistema na svijetu? Dakako, da su u nakani da shvatimo društvene vrijednosti ogroman doprinos dali utemeljitelji velikih filozofskih pravaca i pravnih škola. Zahvaljujući njihovom slobodarskom promišljanju i ukazivanju na prednosti i nedostatke društava toga doba danas smo u prilici da, poprilično jednostavno, tragajući za onim što nas zanima dođemo do recepta koji bi valjalo efikasno primijeniti i pokušati podići sidro nepravde ploveći ka pravednom i sveopćem prosperitetu zajednice.

1. O pojmanju pravde kao društvene vrijednosti

Pravni poredak možemo definisati kao skup pravnih normi, načela i vrijednosti koji čine pozitivno pravo neke političke zajednice, pri čemu ne smijemo zanemariti da vežeće pravo jedne zajednice danas ne čini samo njezino unutrašnje pravo nego se na njega nastavlja i pravo međunarodne zajednice, odnosno pravo regionalnih integracija (npr. europsko pravo).¹ Ovdje se značajnim čini ukazati na činjenicu da pravni poredak pored pravnih normi čine načela i vrijednosti koje su imanentne pravnoj normi. Navedena načela i vrijednosti bi valjalo definisati kako bi se mogli referirati na njihov karakter i uticaj na kreiranje pravno-političkog poretka.

Pravni poredak se sastoji iz normi koje mogu biti zakonskog, običajnog ili sudskog porijekla, a obično stoje u uskoj vezi s kulturnom tradicijom nekog naroda, njegovim običajima, moralom, vjerom i političkim nazorima. Svaki pozitivni pravni poredak se sastoji ne samo od normi nego i načela i vrijednosti.²

Prilikom određivanja vrijednosti pravnog poretka postoje i specifični nacionalni prioriteti koji utječu na funkcionisanje prava. Uostalom, jedna je od važnih funkcija pravnog poretka upravo zaštita dominantnih društveno-političkih vrijednosti.³ Stoga, sigurno je da iza svakog društveno-političkog poretka „stoje“ njemu svojstvene društvene vrijednosti koje se temelje na **pravdi** za koju je Kelzen utvrdio da je „mogućno, ali ne i nužno svojstvo društvenog poretka.“⁴

Subjekti prava -fizička i pravna lica- su kreatori i konzumenti pravnih normi. Svojim društvenim aktivizmom čovjek kao ključni element društvenog djelovanja, bilo da djeluje kao pojedinac, ili u okviru kolektiva, utječe na društveni aktivizam drugih subjekata prava. Za svaku društvenu normu se može reći da ima svog adresanta (kreatora pravne norme) i adresata

¹ Vrban D., (2003) Država i pravo, Zagreb, Golden marketing, str. 374.

² Svaki pravni poredak je podložan kulturo-historijskoj konfiguraciji. Tako npr. u pravnoj doktrini i praksi SAD-a i anglosaksonskih zemalja prevladavaju vrijednosti ekonomskog liberalizma i zaštite privatnosti, dok se u drugim zemljama više naglašava uloga socijalne države, intervencionizam u privredi, solidarnost i dr. Ibid., str. 374-375.

³ Ibid.

⁴ Kelzen H., (1998) Šta je pravda?, četiri ogleda, preveli: Danilo N. Basta, Kosta Čavoški, Beograd, „Filip Višnjić“, str. 10.

(primatelja pravne norme).⁵ Kreatori pravne norme, kao i držatelji pravnog poretka moraju biti posebno senzibilizirani po pitanju pravednosti svoga djelovanja, jer doživljaj (ne)pravde ima jaku motivacijsku komponentu i u značajnoj mjeri oblikuje ljudsko ponašanje.⁶

Pošto je pojmanje pravde predstavljalo, a i danas predstavlja, poprilično intrigantno pitanje valjalo bi se referirati na nekoliko teorija koje se fokusiraju na shvatanju i naučnom percipiranju ovog pojma. Jer, ne zaboravimo, koliko pravedno ljudi budu postupali bilo kao individue ili članovi bilo kojeg kolektiva-pravnog lica-, koliko pravedni budu kreatori pravne norme, te koliko pravedno se materijalno pravo bude implementiralo, u zajednici će biti toliko pravde kao preduslova zadovoljstva građana i sigurnijeg života, ma koliko široko shvatali značenje tog pojma. Shodno navedenom, prvu skupinu čine teorije tzv. distributivne pravde, usmjerene na procjenu pravednosti ishoda neke socijalne interakcije, tj. na pravednost raspodjele dobara.⁷ Prema tim teorijama procjena pravednosti je u najvećoj mjeri determinirana našim zadovoljstvom rezultatom, drugim riječima, jesmo li dobili ono što smo očekivali. Dobitak u ovom slučaju ne mora nužno implicirati materijalnu dobit, već može imati različite oblike (povoljna sudska presuda, prijem na fakultet, pozitivna školska ocjena i sl.).⁸ Shodno tome čovjek, građanin, stanovnik državljanin će biti zadovoljan ukoliko osjeća pravednost donešene pravne norme, ukoliko uoči njenu jednaku primjenu na sve adresate norme i ukoliko sami nosioci funkcija vlasti budu dovoljno bliski djeljenju svih povoljnih i nepovoljnih društvenih tokova. Takvu vlast građani će smatrati pravednom i osjećati je dijelom svoga bitka i života.

Razvoj druge skupine teorija proceduralne pravde započinje radom Thibauta i Walkera, koji usmjeravaju pažnju na značaj vrednovanja same procedure koja je u osnovi donošenja neke odluke, posebno faktora poput mogućnosti kontrole i utjecaja na proces donošenja odluke. Tako pojedinac ne mora doživjeti nepravednim ishod koji je za njega nepovoljan (pad na ispitu, nepovoljnu sudska odluku i sl.) ukoliko je procedura koja je prethodila takvom ishodu bila objektivna i nepristrana.⁹ **Pošto je svakom članu neke socijalne zajednice od posebnog značaja da ga prihvate i poštuju druge osobe, posebno članovi njegove referentne grupe i autoriteta, stoga je i njegovo „žrtvovanje“ u sklopu nužnih pravo-političkih reformi u zajednici podnošljivo upravo zbog osjećaja pravednosti u sklopu sistema kojem pripada.** Ovo svakako trebaju imati na umu pojedinci kao nosioci svih funkcija u okviru zakonodavnih, izvršnih i sudskih organa vlasti, kao individue koje kreiraju i primjenjuju pravne norme, te izriču sankcije za njihovo kršenje. Pravedan tretman od strane drugih obično rezultira pozitivnim afektima, pozitivnim procjenama interpersonalnih odnosa, većim povjerenjem u organizaciju i uključivanjem u različite socijalne sisteme, što nepobitno vodi ka uspostavljanju društva prihvatljivog za život.

Subjekti prava -ljudi- koji su iskusili nepravdu od strane vlastodržaca češće iskazuju negativne afekte, bilo da napuštaju uspostavljene norme ponašanja bilo da se počinju ponašati protivno normama i pokazuju manje povjerenje prema etabliranim društvenim normama

⁵ Adresati su po pravilu građani, dok su adresanti državni organi, i to prije svega zakonodavac koji daje okvirni temelj za cjelokupni pravni poredak. Ipak, uzimajući u obzir složenost i raznovrsnost činitelja koji stvaraju pravo ispravnije je reći da je adresant pravni poredak uzet u cjelini. Vidjeti više: Vrbanić D., 363.

⁶ Ljubotina D., Mladi i socijalna pravda, Revija za socijalnu politiku, Zagreb 2004, god. 11, br. 2, str. 159-175.

⁷ Ovdje se pri tome misli na pravednu raspodjelu općedruštvenih dobara, dobara koja pripadaju svakom građaninu, pojedincu i u kojima pojedinac ima jednako pravo participacije kao uostalom i svi drugi članovi te zajednice.

⁸ Ibid., str. 160.

⁹ Ibid.

ponašanja, bilo da posegnu za formiranjem svojih vlastitih pravila ponašanja,¹⁰ zatvarajući se tako u novoorganizovane i za pravno-politički sistem „nepoznate“ zajednice života. Nepošten ili nepravedan tretman svakako da utječe kako na samopoštovanje pojedinca tako i na poštovanje drugih, a što svakako može voditi urušavanju postojećeg pravnog poretka i uspostavljenog sistema vrijednosti.¹¹

1.1. O antičkom i modernom pojmanju pravde

Još su velike antičke civilizacije poput starogrčke i starorimske baštinile ideju pravde za koju se smatralo kako je profana i nužno potrebna svakom društvu. Platonova idealna država - iskazano kantovskim rječnikom - moralni je postulat, a u kojoj pravda ima značajno mjesto! Jednako je i Ciceron, taj velikan prava u antičkom Rimu, promišljao o pojmu pravde i njenoj ulozi u društvu. Svoje djelo „O dužnostima“ Ciceron je zasnovao na četiri stoičke vrline i to: mudrost (*prudencia*), pravednost (*iustitia*), hrabrost (*fortitudo*) i umjerenost (*temperantia*). Koliki su značaj za Cicerona imala pitanja dužnosti vidimo iz njegovih sljedećih riječi: „Jer nijedan odnos u životu...ne smije biti lišen dužnosti, tako da u poštovanju dužnosti leži sav moral života, a u zanemarivanju- sramota. ... jer pouzdana, trajna i s prirodom saglasna pravila o dužnostima **mog**u postaviti samo oni koji uče da moralu treba težiti kao jednom ili kao najvažnijem dobru radi njega samog...Niko ne može istinski suditi o dobru i zlu, osim na osnovu poznavanja cjelokupnog plana prirode-*omni ratione naturae*.“¹² Iako je bio pod velikim utjecajem Aristotelovih promišljanja i stoičke filozofije, Ciceronova definicija države se zasniva na pretpostavci da je čovjek po prirodi sposoban prepoznati ono što je pravedno i korisno.¹³ Normalno je da zakoni imaju odgovarajuću funkciju, jer bez zakona nema države, ali samim zakonodavstvom ništa nije učinjeno ako se na to ne nadovezuje ispravno pojedinačno odlučivanje magistrata. Samo ako su oba ova uslova ostvarena može se govoriti o postojanju *politea*. Ovakav tok misli je veoma blizak Ciceronovom definisanju države. Iznad formalne zakonske pravednosti stoji jedna viša, kazuistički nefiksirana viša pravednost (*aequitas*), a magistrati moraju stalno vježbati kako bi je razumjeli.¹⁴ U raspravama o pravednosti, razdvajanju korisnosti i prava Ciceron pokušava pravo izvoditi ne iz prirode ljudi, već iz prirode pravednosti (*iustitia*). Najkraće rečeno Ciceronova koncepcija je sljedeća: on preporučuje jedno svjetsko zakonodavstvo zasnovano na pravednosti, a time i na prirodnom pravu.¹⁵

No, osvrnemo li se na „pionire“ promišljanja države, prava, politike i filozofije moći ćemo zaključiti da su sva naknadna promišljanja svoje ishodište imala u tekstovima Sokrata, Platona, Aristotela i dr. Tako je za Platona pravednost najviša ideja i najvažnija politička vrлина na kojoj počiva njegovo shvaćanje države. Njegova idealna država nije ništa drugo do realizacija opće ideje pravednosti.¹⁶ Kod Platona je sama država primjer iskonske pravednosti. Ova vrлина se pokazuje u samoj duši predstavljenoj u bogatom jedinstvu izraženih različitosti. Tako, ako se

¹⁰ Ove partikularne norme su teško provodive i često za sankciju imaju grižu savjesti.

¹¹ Ibid.

¹² Vidjeti više: Marcus Tullius Cicero (2007), *De officiis* (M. T. Ciceron, *O dužnostima*), prijevod s latinskog i komentar Z. Milanović, Zagreb.

¹³ Z. Lučić, (2006), Ciceron i prirodno pravo, Sarajevo, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, str. 145.

¹⁴ Ibid., str. 147.

¹⁵ Ibid., 101, 105, 107 i dalje.

¹⁶ Platon, (2002) *Država*, preveli Albin Vilhar i Branko Pavlović, Beograd, Beogradski grafičko-izdavački zavod, str. 136 i dalje.

pravda i pravičnost prihvate kao sinonimi što Platon veoma često upravo i čini, proizilazi da i jedno i drugo pripadaju carstvu vrlina, ako se, međutim, uzmu razdvojeno, proističe da pravda ostaje u carstvu ideja, a da pravičnost, shvaćena u djelatnome, praktičnom smislu, zauzima svoje mjesto u carstvu vrlina.¹⁷ Kod Cicerona država i pravednost još nisu stupili u vezu. Biće rimske države u cijelom dijelu se mjeri prema normama pravednosti. Inače, Ciceron se lično isticao zalaganjem za slobodnije tumačenje pravnih propisa. On se suprotstavljao doslovnom značenju pojedinih riječi zalažući se za utvrđivanje smisla nekog pravnog pravila. Za njega se pravda i milosrđe pojavljuju u nerazdvojivom jedinstvu dubinskog ostvarenja smisla života, jer pravda bez milosrđa obično završava kao najveća nepravda.¹⁸ *Aquitas* je mjerilo svakog državnog uređenja i istovremeno predstavlja njegov osnovni cilj. Ono se može shvatiti i kao prirodni zakon kojem pozitivno pravo ne smije proturječiti.¹⁹

Koncepciju pravednosti razrađuje u djelu „Nikomahova etika“ i jedan od najvećih filozofa antičkog svijeta, Aristotel, koji smatra da građani trebaju poštovati zakone i rukovoditi se ciljem općeg dobra. U drugom specifičnom smislu, koji se odnosi na razmjenu dobara i na javni život, potrebno je služiti se ili načelom jednakosti ili pak idejom razmjernosti.²⁰ Dok je prva ideja imanentna privatnom pravu te znači npr. da ni kupac ni prodavac ne smiju biti oštećeni u transakciji, kao i da kazna treba odgovarati težini počinjenog djela, druga ideja razmjernosti primjenjenija je u javnom pravu i u političkom životu. To znači da društvene nagrade trebaju odgovarati zaslugi te se neće svima dijeliti jednako. To je tzv. distributivna pravednost²¹ za razliku od komutativne pravde privatnog prava.²² Prema Aristotelu pravednost je temeljni pojam uređenja moralnog i pravnog života. Njegovo etičko učenje se može posmatrati kao najšira osnova ideje o prirodnom pravu. **Zadaća prava je pronalaženje pravednih rješenja** unutar „kosmičke“ prirode. S druge strane, Ciceron prihvata ideju prirodnog prava u traganju za najdubljim osnovama i korijenima prava. Za njega je izvor zakona priroda.²³

Govoriti o filozofskom aspektu promišljanja pravde gotovo je nemoguće bez osvrta na Hegelovu filozofiju prava kao sastavni dio njegove „filozofije duha“ u kojoj on razlikuje subjektivni, objektivni i apsolutni duh.²⁴ Pojedinačne volje prelaze u sferu objektivnog duha koji čini pravo, moralnost i ćudorednost. Apsolutni duh je najviši i on se očituje u umjetnosti, religiji i filozofiji. U svemu tome pravo označava onaj trenutak razvoja kada se uspostavlja vanjska veza slobodnih ljudi, i kao takvo je po svojoj prirodi nesavršeno te ga dopunjuje i suprotstavlja mu se moralnost, odnosno moralna svijest.²⁵ Na jednoj višoj etapi, smatra Hegel, kao sinteza prava i moralnosti pojavljuje se „ćudorednost“, običajnost. Njoj pripadaju porodica, civilno društvo i država. Za Hegela država je nešto najviše u razvoju ljudskog uma i iznad nje stoje samo

¹⁷ Tomić I., (2006) Platonov etičko-politički ideal-ideja pravde i njen odraz u društvenoj strukturi i uređenju države, Ljudska prava, časopis za sve pravno-političke probleme, broj 1-2, godina 7, Sarajevo, Magistrat, str. 121.

¹⁸ Z. Lučić, str. 148-149, 155, 171,

¹⁹ Ibid., str. 233.

²⁰ Aristotel, (1988) Politika, preveo Tomislav Ladan, Zagreb, Globus, str. 17 i dalje.

²¹ Vidjeti više: Đ. Del Vekio, (1999) Pravo, pravda i država, Beograd, Dosije, str. 33.

²² Vrbanić D., 416.

²³ Ciceron svjetski zakon poistovjećuje s prirodnim zakonom: *natura=summa lex=ratio summa*. Stvarni tokovi kosmosa su u saglasnosti s prirodnim zakonom. On osnovu prava traži u pravednosti, jer kako tvrdi ljudi su rođeni u pravednosti a *ius* ima pretpostavke u prirodi. Članovi jednog društva su međusobno povezani u pravnu zajednicu-*societas iuris*. Dobar zakon se razlikuje od lošeg prema prirodnom kriteriju. Z. Lučić, str. 233.

²⁴ Vidjeti: Rodin D., § 29 Hegelove Filozofije prava, http://www.ifzg.hr/gpf/gpf3/Davor_Rodin-Hegelove_Filozofije_prava-GPF3-1985.pdf (05. mart. 2014.).

²⁵ Vrbanić D., str. 503.

umjetnost, religija i nauka. Za njega je država „božanska volja kao prisutan duh koji se razvija u zbiljski lik i organizaciju svijeta.“²⁶ Spoznajući povijest u toj perspektivi, Hegel razlikuje četiri tipa države: orijentalnu, starogrčku, Rimsko Carstvo i prusku državu. Hegelovo shvaćanje prava i države uklapa se u viziju svjetske historije u koju svaki narod ulazi da bi ispunio svoju historijsku misiju stvaranja države. Nametnuti zakoni što ih oni na koje se odnose ne prihvaćaju kao pravedne i kao moralno obvezujuće, kao i bespomoćna moralnost koja ili pada u isprazno moraliziranje ili pak vapi za vođom, što će bespomoćne dovesti do fiktivne participacije u moći, predstavljaju dvije jednostranosti.²⁷

Današnjom pravno-političkom terminologijom rečeno Hegel govori o građanskom koncepsu i o postojanju sistema koji će biti protkan kako pisanim normama (npr. zakon) tako i onim nepisanim normama (npr. običaj, moral). Mogli bi konstatovati da dva velika i djelomično prožeta pravna sistema današnjice na različite načine polaze od ove postavke, pa tako u eurokontinentalnom pravnom sistemu pisana pravna pravila kodificirana u zakonike imaju prednost u odnosu na „nepisana“ pravila, dok potpuno obrnutoj situaciji svjedočimo na području onih zemalja koje pripadaju anglosaksonskom pravnom sistemu. Vjerovatno ne treba trošiti više riječi kako bi se dokazala Hegelova aktuelnost upućivanja na historijsku nužnost pomirenja između vladavine prava i moraliteta u višem objedinjujućem principu slobode, koja nije proizvoljnost ni samovolja.²⁸

Posebno aktualnim se čine promišljanja uticajnog njemačkog filozofa Otfrid Hefe, koji je svojom raspravom o problemu pravde ukazuje na pravdu kao fundamentalni princip društvenog morala. Pravda ima rang najvišeg kriterijuma sveukupnog zajedničkog života, dok dobročinstvo predstavlja optimalano najviši kriterijum, a solidarnost zauzima srednji položaj. Pod pretpostavkom da je bilans koristi i štete uopšte pozitivan on, po Hefeu, ne smije da služi jedino društvu kao kolektivu, već mora da koristi i svakom pojedincu.²⁹ Stoga se mjera pravde, za Hefe, sastoji u distributivnim i, istovremeno, kolektivnim koristima: koristi za svakog pojedinca, i za sve zajedno. Pored društvenog aspekta pravde, njenom izuzetno važnom dimenzijom Hefe smatra ličnu pravednost koja se često shvata kao individualna vrlina.³⁰

Kratak osvrt u osvjetljavanju fenomena pravde, Hefe je posvetio veoma uticajnoj savremenoj teoriji proceduralne pravde. On ovdje ističe tri modela proceduralne pravde: čisti, nesavršeni i savršeni, ali smatra, da nijedan od ovih modela pravde ne posjeduje teorijsku niti praktičku uvjerljivost. Pred svakim od ovih modela, postavlja se pitanje, kako da se, u spornim situacijama, omogući lična nezavisnost sudije, javnost postupka, adekvatan pravni lijek,

²⁶ Hegel G.W.F., Osnovne crte filozofije prava s Hegelovim vlastoručnim marginama u njegovu priručnom primjerku Filozofije prava, <http://ipt.fpn.bg.ac.rs/Materijal/Hegel%20Osnovne%20crte%20filozofije%20prava%20Obicajnost.pdf> (05. mart. 2014.)

²⁷ Ibid.

²⁸ Šundov Z., (2006) Povjesno mišljenje o Hegelovoj Filozofiji prava, Filozofska istraživanja god. 26, Sv. 4, str. 818.

²⁹ Lolić M., (2008) Filozofska razmatranja problema pravde, Otfrid Hefe, Pravda – filozofski uvod, preveo Vladimir Milisavljević, Novi Sad, Akademska knjiga, str. 322-323.

³⁰ Kao uzor za ovaj stav, Hefeu je poslužio Sokrat koji je smatrao da je bolje „trpiti nego činiti nepravdu“, što je bilo u suprotnosti sa starogrčkim aristokratskim etosom, gde je trpljenje nepravde pripadalo samo robovima. Epohalnu Sokratovu zaslugu, u uzdizanju vrijednosti pravde, kao fundamentalne individualne i društvene vrijednosti, Hefe vidi u njegovom osporavanju sofističke tvrdnje da „pravednom čovjeku uvijek ide gore nego nepravednom“. Nasuprot Sokratu, sofisti su u svojim filozofskim učenjima često isticali da pravednom čovjeku, nedostaje bogatstvo, moć, čak i javno priznanje. Sokrat je odlučno odbacio ovo sofističko gledište. Ibid., 323.

mogućnost žalbe i revizije postupka, kao i procesni rokovi. Osnovna Hefeova zamjerka svim modelima proceduralne pravde jeste u tome, da, bez garantovanja pravne sigurnosti, koja treba da omogući ove pravne procedure, nema ni stvarne pravde.³¹

Stoga, mogli bi kazati da je pored pravednih normi materijalnog prava izuzetno važno princip pravde „protegnuti“ i na procesno pravo, odnosno na postupak primjene normi materijalnog prava. Shodno navedenom, analizom izvora prava u sklopu dva velika europska pravna sistema, uočavamo koliki je stepen važnosti procesno-pravnih normi u kreiranju pravnog poretka.³²

Međutim, da bi ova, na prvi pogled, veoma jednostavna pravila, mogla da se realizuju u realnom životu savremenog individuuma, ili zajednice, neophodno je **izgraditi respektabilne pravne institucije i razviti visok nivo moralne i pravne građanske kulture**. Stoga, Hefe, sasvim razumljivo, u svojoj raspravi, najviše prostora posvećuje razmatranju različitih oblika pravde, nastalih u modernoj i savremenoj epohi. To je sasvim razumljivo, jer je, u ovom razdoblju, nastalo najviše filozofskih i pravnih teorija i institucija koje treba da omoguće pravedniji život pojedinca i kolektiva, tj. da, u okolnostima kad je pravda narušena, ili ugrožena, reaguju i zaštite one čija su prava ugrožena. Za razliku od Kelzena, koji, u kontekstu svoje teorije čistog prava, na radikalnan način, kritikuje najpoznatije europske filozofske i pravne teorije pravde, i ukazuje na neodrživost ovog pojma, Hefe, i pored svog kritički diferenciranog odnosa prema pojmu pravde, i dalje vjeruje, da pravda, kako u antičkom, tako i u savremenom dobu, predstavlja jednu od temeljnih vrijednosti individualnog i društvenog života. Na eksplicitan način, to pokazuje i Hefeova završna tvrdnja, u kojoj njemački filozof ističe da su, od pravde, po svojoj vrijednosti i značaju za ljudski život, važniji samo osjećaj za zajednicu i prijateljstvo.³³

Posmatranje pravednosti je vrlo teško, gotovo nemoguće ukoliko se ne uzme u obzir njena povezanost sa moralnošću, pa je tako za Kanta praktični um, dakle ljudsko djelovanje od posebne važnosti i u tom okviru on razvija svoje shvaćanje morala. On polazi od autonomije i slobode ljudskog bića te od dvaju nagonskih sistema ličnosti: osjetilnog i ćudorednog. Čovjek je sposoban u sebi osjetiti važenje zakona uma koji ga upućuje na ćudoredno djelovanje. Čovjek može (sloboda) jer „treba“ (moral) nešto učiniti ili neučiniti. Dok je za Kanta moral izraz unutrašnje volje pravo se pojavljuje kao nešto izvanjsko, kao mogućnost primjene prisile, jer postojanje prava uvijek pretpostavlja neki odnos; ono nije izolirani fenomen svijesti nego uvijek povezuje najmanje dva subjekta, što znači da jedan od njih može nešto od drugoga zahtijevati.³⁴

Ciceron državu definiše kao stvar naroda, dok je narod skupina mnoštva udruženog prihvatanjem prava i zajedničkom koristi. **Pravednost-*iustitia* je mjerilo vrijednosti i dobre i loše državne forme**, a za Cicerona je ona osnovni princip razvoja i veličine rimske države. Pravednost je *conditio sine qua non* svake države. Harmonija duše odgovara prirodnom državnom uređenju. Unutarnja veličina države je neraskidivo povezana s moralnim zakonima i odgovornošću političara. **Neophodna pretpostavka za uspješnog državnika je njegov svestrani odgoj i obrazovanje**. Onima koji su na čelu države u srcu mora ležati *beata civium vita*. Idealna država predstavlja potpuno ispunjenje prirode.³⁵

³¹ Cijelu prethodnu analizu problema pravde, Hefe nastoji da na imperativan i koncizan način formuliše u obliku tri devize, koje se pripisuju starim Rimljanima, a koje glase: živi časno, nikome ne čini nepravdu i garantuj svakome ono što je njegovo- *Honeste vivere, alterum non laedere, suum quique tribuere*. Ibid., 326-327.

³² Više vidjeti podnaslov 2.

³³ Ibid., 328.

³⁴ Kant V.I., (1953) Dvije rasprave, Zagreb i Kant I., (1956), Kritika praktičnog uma, Zagreb.

³⁵ Z. Lučić, 234.

2. Pravda kao društvena vrijednost i „izvor prava“ u okviru pravnih sistema na području Europe?

Idealna slika države proizilazi iz bitnih elemenata personalnosti, njeno živo i konkretno biće proizilazi iz osobina svojstvenih pojedincima koji je obrazuju, i to iz naročito onih osobina koje su uopšte zajedničke tim izvjesnim pojedincima i tom izvjesnom narodu. Država mora da bude „etička država“; ne dakle u pseudoidelističkom smislu izvjesnih škola već u smislu da je takav ideal države kome empirijska država treba da nastoji da se saobrazi.³⁶ Postavlja se zapravo pitanje da li možemo kazati da je pravda izvor prava, odnosno da li je moguće da se sudac pri primjeni pravne norme pozove na općeprihvaćeni vrijednosni sud jednog pravnog sistema, te koliko daleko sudac može ići u okviru eurokontinentalnog i anglosaksonskog pravnog sistema?

U pravu, međutim, postoji i jedan specifičan pojam pravednosti koji također izvire iz antičke tradicije, a od posebne je važnosti za rad sudova. To je pravičnost (lat. *aequitas*), a sastoji se u takvoj primjeni prava koja popunjava pravne praznine ostvarujući pravilo za konkretni slučaj, pri čemu se uzimaju u obzir interesi obiju strana u sporu i teži najboljem mogućem rješenju s obzirom na pravo, društvene potrebe i moral. Pravičnost ima trojako značenje: ona je način primjene prava, zatim izvor prava, a može biti i temelj zasebne grane ili područja prava.³⁷ O pojmu pravičnosti među prvima pojašnjenje daje velikan starogrčke misli Aristotel koji naglašava da je to načelo kojim se dopunjuje ili ispravlja zakon, te smatra da je to načelo neobično važno za pravednu primjenu prava, jer kako tvrdi „kada zakon govori općenito, a iskrsne slučaj koji se ne slaže sa općenitošću, onda je ispravno ... ispraviti taj propust, dodajući ono što bi rekao i sam zakonodavac da je prisutan i što bi i sam, da je znao, bio unio u taj zakon“.³⁸

Pravni pozitivizam se još uvijek kreće u okvirima europskog racionalizma. Tako jurisprudencija kao pragmatička dogmatika prava može biti suprotstavljena pravnoj filozofiji kao praktičnoj filozofiji. Pozitivizam se može svesti na stvarnost prava, odnosno na pozitivne zakone, običaje i sudske odluke. U svemu je pri tome odlučujući spoljašnji autoritet koji nekom aktu daje pravno svojstvo. Pravnim se priznaje samo ono što funkcioniše kao pravo i ništa drugo. Shono tome, samo onaj ko može da sprovede pravo je pozvan da postavlja pravo.³⁹ No, koliko pravo treba biti bazirano na ideji pravde, i koliko ova ideja utiče na održivost pravnih sistema?

Osnovni elementi, koje treba složiti i spojiti – zadatak koji primorava pravnu nauku na neprekidan i intenzivan rad – dosta jednostavno mogu da se svedu na sljedeće: pravo se s jedne strane pojavljuje kao fakt, odnosno kao pojava u svojoj historičnosti, a s druge strane, kao nešto što dolazi od našeg duha i u njemu, u suštini, živi u svojoj idealnosti.⁴⁰

Pojam prava je kulturni pojam, tj. pojam jedne stvarnosti povezane s vrijednošću, jedne stvarnosti čiji je smisao da služi nekoj vrijednosti. Pravo je ona stvarnost čiji je smisao da služi pravnoj vrijednosti, ideji prava. Pojam prava je, dakle, usmjeren na ideju prava, a ideja prava pak

³⁶ Đ. Del Vekio, 172-173.

³⁷ Vrban D., 417.

³⁸ Aristotel, (1988), Nikomahova etika, Zagreb, Globus, str. 110-111.

³⁹ Tadić Lj., (1996), Filozofija prava, Beograd, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, str.19.

⁴⁰ Đ. Del Vekio, 109-110.

ne može biti ništa drugo nego pravda.⁴¹ Pravda je, međutim, sa još jednog drugog gledišta dvojaka. Pravednim se mogu nazvati primjena nekog zakona ili pokoravanje tom zakonu, ali i sam taj zakon. Onu prvu vrstu pravde, posebno pravdu sudije koji poštuje zakon, bolje bi bilo nazvati zakonitost. Ovdje u svakom slučaju nije riječ o pravednosti koja se mjeri po pozitivnom pravu, nego o onoj po kojoj se mjeri pozitivno pravo.⁴²

Svaki pravni sistem počiva na sveukupnim društvenim, ekonomskim i političkim čimbenicima koji ga uveliko kreiraju i utječu na njegovo oblikovanje i postojanje. Shodno navedenom, svakom pravnom sistemu svojstvene su određene vrijednosti zaštićene pravom, a među kojima je najvažnija vrijednost pravde, odnosno pravednog ponašanja i vladanja. Pravni sistemi zemalja u svijetu se danas uveliko razlikuju. Te podjele su posljedica kako različite historije, uticaja naroda i religije tako i društvene strukture i jezika.⁴³

Postoji nekoliko kriterijuma podjele pravnih sistema, pa se tako isti mogu klasificirati prema društveno-ekonomskom uređenju, načinu stvaranja prava te uticaju vjerskih kanona. Prema prvom kriterijumu države se mogu podijeliti na one u kojima je još uvijek egzistentna neka vrsta feudalizma, na kapitalističke i socijalističke. Prema načinu stvaranja prava, odnosno prema izvorima prava, postoje zemlje u kojima vladaju zakoni koje donose posebni zakonodavni organi i one u kojima sud u prvom redu stvara pravo (zemlje precedentnog prava).⁴⁴ Na koncu, prema uticaju vjerskih kanona sistemi se mogu podijeliti na one koji imaju pretežno laički karakter i one u kojima je veliki uticaj religije (neke islamske zemlje, Izrael...)⁴⁵ Primjenjujući više navedenih kriterijuma, tradicionalno se današnji pravni univerzum naše planete dijeli na sljedeće grupe: a) zemlje civilnog prava, b) zemlje precedentnog prava, c) zemlje šerijatskog prava, d) socijalističke zemlje i ostale, koje je teško svrstati (Japan, Indija, Izrael).⁴⁶ U grupu zemalja civilnog prava spadaju pravni sistemi europskog kontinenta i neki drugi koji se nalaze pod velikim uticajem Starog kontinenta.⁴⁷ Za ovaj rad, od našeg posebnog interesovanja je

⁴¹ „*Est autem ius a iustitia, sicut a matre sua, ergo prius fuit iustitia quam ius*“ („Pravo potiče od pravde, kao od svoje majke: prema tome prije je nastala pravda od prava.“).

Radbruh G. (1973), *Filozofija prava*, prijevod Dušica Guteša, Beograd, Dosije, 38-39.

⁴² Pravda u tom smislu znači jednokost. Ali sama jednakost može se različito tumačiti. Ona se, s jedne strane, po svome predmetu može vezivati za dobra ili za ljude: pravedna je nagrada ona koja odgovara vrijednosti rada, ali i kazna koja pogađa jednoga isto kao i drugoga. Radbruh G., 39-40.

⁴³ Stanojević O. i Stanković E., (2010) *Savremeni pravni sistemi*, Kragujevac, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, str. 20.

⁴⁴ *Ibid.*, str. 20-21.

⁴⁵ *Ibid.*, str. 21.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Osnovna karaktersitika ovog pravnog sistema je da se njihovi pravni sistemi temelje na recipiranom rimskom pravu. Zato se i zovu zemlje civilnog prava, jer je naziv za rimsko pravo (uglavnom privatno) bio *ius civile*, neki dodaju da tu ima dosta elemenata i germanskog običajnog prava pa tako ovaj pravni istem nazivaju rimsko-germanski. René D., (1978) *Major legal Systems in the World today*, New York, The Free Press, str. 21.

Čuveni rimski pravnik Gaj, jedan od najpoznatijim među klasičnim pravnicima, dao je definiciju rimskog *ius civile*. U „*Institucijama*“, djelu pisanom negdje oko 160. godine n.e. težeći da dâ opštu teoriju prava Gaj kaže: „Svi narodi kojima upravljau zakoni ili običaji služe se dijelom svojim sopstvenim pravom, dijelom pravom koje je zajedničko svim ljudima. Pravo koje je narod stvorio za sebe njegovo je posebno pravo i zove se građansko pravo (*ius civile*), kao pravo karakteristično za građane te države (*civitas*); a ono što je ustanovljeno među svim ljudima kao saglasno prirodi i razumu, te se u svih naroda jednako poštuje zove se pravo naroda (*ius gentium*), kao prao kojim se služe svi narodi. Tako se i rimski narod služi dijelom svojim sopstvenim pravom, dijelom pravom zaedničkim svim ljudima“. Jovanović M., (2002) *Komentar starog rimskog ius civile*, knjiga prva *Leges regiae*, Niš, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu, str. 11.

dovođenje u vezu dva velika pravna sistema na tlu Europe sa ostvarenjem koncepta prethodno razmotrene ideje pravde.

Po broju zemalja koje obuhvata eurokontinentalni pravni sistem možemo kazati kako je ovaj sistem i najrasprostranjeniji u svijetu, a što je posebno došlo do izražaja otkako su zemlje Istočne Europe napustile marksističku doktrinu i vratile se u krug civilnog prava.⁴⁸ S druge strane na tlu Europe egzistira još jedan veliki pravni sistem čiji je rodonačelnik Engleska u kojoj se i razvio. Ovaj pravni sistem se temelji na sudskom precedentu, a iz Engleske se proširio na veći dio svijeta koji je bio dio Britanske imperije.⁴⁹

Europsko-kontinentalni sistem prava ili sistem civilnog prava⁵⁰ nastao je u Europi na tradicijama rimskog prava.⁵¹ Zemlje civilnog prava svoj naziv duguju Rimljanima, pošto se zbog shvatanja ovog sistema polazi od značenja riječi *civilis*.⁵² Dakle, kada koristimo terminologiju „zemlje civilnog prava“, mislimo na one pravne sisteme koji su nastali na tradiciji rimskog građanskog prava, jer je vremenom riječ *civilis* dobila značenje privatnog-građanskog prava. Zbog uticaja germanskog običajnog prava⁵³ ovaj pravni sistem se označava i kao rimsko-germanski.⁵⁴ Najvažniji faktori nastanka ovog pravnog sistema su: rimska pravna tradicija, prirodno-pravna teorija, germansko običajno pravo i kanonsko pravo.⁵⁵ Nisu rijetki ni oni koji su ovaj pravni sistem skloni nazvati eurokontinentalnim kako bi ukazali na odvojenost ovog sistema u odnosu na one koji su također europski ali nisu civilni poput pravnog sistema Engleske.⁵⁶

⁴⁸ Stanojević O. i Stanković E., str. 22.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Za ovu grupu pravnih sistema u upotrebi je više termina: sistem civilnog prava, sistem kontinentalnog prava, sistem europskog prava, rimsko-germanska porodica prava. Stanojević O./Stanković E., str. 115.

⁵¹ René D., i John E. C. Brierley, (1985) *Major Legal Systems in The World Today*, London, str. 33-155.

⁵² Čuveni rimski pravnik Gaj, jedan od najpoznatijim među klasičnim pravnicima, dao je definiciju rimskog *ius civile*. U „Institucijama“, djelu pisanom negdje oko 160. godine n.e. težeći da da opštu teoriju prava Gaj kaže: „Svi narodi kojima upravljaju zakoni ili običaji služe se dijelom svojim sopstvenim pravom, dijelom pravom koje je zajedničko svim ljudima. Pravo koje je narod stvorio za sebe njegovo je posebno pravo i zove se građansko pravo (*ius civile*), kao pravo karakteristično za građane te države (*civitas*); a ono što je ustanovljeno među svim ljudima kao saglasno prirodi i razumu, te se u svih naroda jednako poštuje zove se pravo naroda (*ius gentium*), kao pravo kojim se služe svi narodi. Tako se i rimski narod služi dijelom svojim sopstvenim pravom, dijelom pravom zajedničkim svim ljudima“.

Jovanović M., (2002) *Komentar starog rimskog ius civile*, knjiga prva *Leges regiae*, Niš, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu, str. 11.

⁵³ Germanska plemena koja su ušla u sastav franačke države, donijela su sa sobom svoje rodovsko-plemenske običaje. Na osvojenoj teritoriji doseljena plemena su zatekla rimsko i romanizovano pravo.

Vidjeti: Vajs A. i Kandić Lj., (1984) *Opšta istorija države i prava*, Beograd, „Savremena administracija“, str. 87-88.

⁵⁴ Stanojević O i Stanković E., str. 115.

Neki autori favorizuju germanski prefiks u odnosu na rimski kao što je René David, dok s druge strane stoje oni koji imaju oprečan stav po ovom pitanju.

Zweigert, Konrad; Kötz, H., (1998) *Introduction to Comparative Law*, Oxford, Clarendon Press.

⁵⁵ Vidjeti: Anđelić N., (2008) *Kratka povijest ljudskih prava*, Sarajevo, Asocijacija Alumni Centra za interdisciplinarnu postdiplomske studije (ACIPS) i Helsinški komitet za ljudska prava u Bosni i Hercegovini, str. 17 i dalje.

⁵⁶ Obično se ističe da je suštinska razlika između engleskog Common Law pravnog sistema i kontinentalnog prava u tome što je uticaj rimskog prava zaobišao Englesku. Međutim, to ne znači da je Englesko rimsko pravo bilo sasvim nepoznato. Rimsko pravo je ipak vremenom prodiralo u utjecalo na staro germansko pravo. Otud je već u prvoj polovini XIII stoljeća, Mertonskim statutom zabranjena primjena rimskog prava, prevashodno s obzirom na strah barona da se preko rimskog prava ne proširi shvatanje da vladar treba da vlada bez ograničenja (načelo *princeps legibus solutus*). Tako se od kralja tražilo da Statutom prihvati obavezu da „nijedan zakon Engleske ne može biti izmjenjen“ stranim pravom.

Tako su u građanskim kodifikacijama ili kodifikovanim zakonskim tekstovima na kojima se u osnovi baziraju zemlje ovog pravnog sistema sadržana opća pravna pravila i principi prava, bez detaljnijih pravnih normi, kojih se sudovi moraju pridržavati u svome radu.⁵⁷ Tako je i osnovna karakteristika zemalja civilnog pravnog sistema svedena na obavezu sudija da primjenjuju i tumače pravila sadržana u kodifikacijama ili drugim zakonima primjenjivim u konkretnim slučajevima.⁵⁸

Da bi razumjeli prethodno, od posebne važnosti, prilikom proučavanja akceptiranosti pravde u okviru egzistencijalnih pravnih sistema na području Europe, odnosno civilnog pravnog sistema, je svakako i promišljanje koje je usmjereno ka otkrivanju cilja pravne norme, odnosno intencije zakonodavca koji nije u mogućnosti da donese detaljne pravne norme. Prema doktrini koja preovlađuje, metod kojim bi se došlo do opštih načela prava, sastojao bi se u tome da se sa pojedinačnih zakonskih odredaba, putem apstrakcije, uzdigne do običajnih determinacija, postupajući u ovom „rastućem uopštavanju“, koliko je potrebno, da se u sferu pozitivnog prava unese i slučaj sumnje. Može izgledati da je sam zakonodavac, može biti, sugerisao ovaj metod, zato što poziva tumača, prije svega, da ispita da li - u pitanju kakvog datog spornog slučaja - postoji izričita odredba zakona; zatim - na slučaj da je hipoteza negativna - naređuje mu da vodi računa o odredbama koje regulišu slične slučajeve ili analogna pitanja; i tek na kraju, tj. kada ni ova druga hipoteza ne bude potvrđena, upućuje ga na opšta načela prava. Ipak je lahko uvidjeti da zakonodavac u stvari ovim nije imao namjeru da poučava kako i odakle treba dolaziti do opštih načela prava, već samo odrediti red primjene istih, tj. uslove za njihovo stupanje na snagu. Ni u kom slučaju sudiji ne može biti dopušteno da prekrši tačne norme prava.⁵⁹

Jasno je da u ovim slučajevima, kada se od kodifikacija ili drugih akata očekuje da se u njima regulišu svi slučajevi koji se mogu javiti u praksi, kodifikacije ne mogu regulisati sve društvene odnose koji se u praksi mogu pojaviti i koje sudije trebaju da riješe pa su u tim situacijama suci prinuđeni da primjenjuju neke od općih principa kako bi popunili pravne praznine.⁶⁰ Ovaj rimsko-germanski pravni sistem je imao dosta jak utjecaj i na području Engleske, no samo zahvaljujući utjecaju vladara i njihovom poznavanju zakonske profesije bilo je onemogućeno preuzimanje rimskog prava. Tradicionalno, u tim situacijama Engleska nije imala adekvatan odgovor na probleme koji su se javljali u društvu vezane za donošenje statuta pa se odgovor najčešće tražio u prethodnim sudskim odlukama vezanim za slične slučajeve.⁶¹

Primjenjujući neku datu normu na slučajeve različite od onih koji su njome neposredno obuhvaćeni, priznaje se da smisao, koji se nalazi u duhu norme, veži za sferu širu od one koja joj je prvobitno bila određena. Proširenje koje se time postiže uvijek je ograničeno i osobeno, odnosno tiče se tog izvjesnog reda odnosa koji odgovara smislu norme koja je u pitanju. Stvar, međutim, nije ništa izmjenjena ako se umjesto jedne norme, na ovakav način razmotri čitav niz normi. Samo pravno iskustvo uostalom, i naročito sudska praksa, pokazuju da od osobenih normi, koje je zakonodavac formulisao - mada kombinovanih veoma vješto i upotrebljenih u

Vidjeti: Avramović S. i Stanimirović V., (2011) Uporedna pravna tradicija, sedmo izdanje, beograd, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, str. 222-223.

⁵⁷ Više o tome: Stanković E., Pravda i pravičnost u kodifikacijama građanskog prava kod nas, Pravni život, Beograd, 1994/413, br. 11-12, str.1595-1616.

⁵⁸ Pejovic C., str. 819.

⁵⁹ Đ. Del Vekio, 40. i dalje.

⁶⁰ Pejovic C., 819.

⁶¹ Landskron R., Common-Law and Civil-Law Legal Families a Misleading Categorisation, 3-4.

Vidjeti: <http://epublications.bond.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1048&context=theses> (08.oktobar 2013).

značenju mnogo širem od bukvalnog značenja - ne može uvijek da se izvuče odluka kadra da riješi nove slučajeve koje život u svom neprekidnom toku pruža.⁶²

Anglosaksonski pravni sistem se suprotstavlja kontinentalnom i od njega se pretežno razlikuje u sljedećem: kontinentalni pravni sistem nastaje pod uticajem rimskog prava, dok *common law* pravni sistem nastaje van uticaja rimskog prava ili pak uz njegov neznatan uticaj; kontinentalni pravni sistem poznaje kodifikacije, dok ga anglosaksonski ne poznaje; osnovni tvorac prava, odnosno zakona u anglosaksonskom pravnom sistemu je sud, dok je to u rimsko-germanskom pravnom sistemu najviši zakonodavni organ bilo da je u pitanju vladar ili parlament.⁶³

Englesko feudalno pravo zasnivalo se na tri posebna izvora, i to: opštem-običajnom-pravu (*common law*), zakonima (*statute law*) i sistemu pravičnosti (*equiti law*).⁶⁴ Prvi slučaj, odnosno prva presuda koja određuje kakvo je njegovo pravno rješenje postaje obavezna za sve iste buduće slučajeve. Takva presuda se naziva precedent, ili presedan i ona obavezuje sve sudove istog ili nižeg stepena. Pravilo o obaveznosti precedentata ustanovljeno u XIV stoljeću postaje opšte priznato u XVI stoljeću. Kada se pred sudom pojavi novi slučaj tada sud normira postojeći običaj i za budućnost. Stoga sud u ovakvom pravnom sistemu nije samo primjenjivač, nego šta više i stvaralac prava.⁶⁵

Treba istaći činjenicu da se analogija mnogo više upotrebljava u *common law* sistemu budući da je odlika ovog sistema precedentno pravo koje sadrži mnogo manje apstraktnih pravnih normi, nego kodifikovano kontinentalno pravo, tj. manje opštih principa nego zakoni.⁶⁶ Pravne praznine se mogu popunjavati analogijom i pravilom *argumentum a contrario*. Analogija znači da se na jedan slučaj, koji nije regulisan opštom normom, primjenjuje druga pravna norma, čije je dejstvo predviđeno za neki drugi slučaj, koji je sličan onom slučaju u odnosu na koga postoji pravna praznina. Analogija je zakonska u onim slučajevima kada sam zakonodavac u odnosu na neki neregulisan slučaj nalaže upotrebu norme kojom se inače uređuje neka druga situacija. Primjera radi, sud se može poslužiti ovakvom analogijom naročito u materiji o isključenju protivpravnosti, pošto ta oblast u većem dijelu nije dovoljno regulisana. Pravna analogija bi postojala kad bi se na zakonom neregulisanu procesnu situaciju, tj. na pravnu prazninu, primijenilo neko opšte pravno načelo, izvedeno iz više normi jednog ili više pravnih izvora (*analogija partialis*) ili čitavog pravnog sistema, iz „duha“ cjelokupnog prava (*analogia totalis*). Riječ je o upućivanju na shodnu primjenu odredaba procesnog zakona. *Sudska analogija* predstavlja slučaj rješavanja tipičnih, odnosno pravih pravnih praznina, na koje zakonodavac inače nije obratio pažnju, odnosno propustio je da reguliše određene moguće procesne situacije i tada sami sudovi koji pravo primjenjuju, odlučuju da primijene određene norme koje se odnose na neki sličan, a zakonski striktno regulisan slučaj.⁶⁷

Europski sud za ljudska prava afirmisao je i princip da organ koji primjenjuje krivični propis „neće ga tumačiti preširoko, tj. analogijom, osim ako takva primjena ide u prilog optuženom.“ Iz toga slijedi obaveza zakonodavca da krivične norme utvrdi tako da one budu

⁶² Đ. Del Vekio, 73.

⁶³ Stanojević O. i Stanković E., str. 27.

⁶⁴ Geoffrey R. i Yonge R., str. 122.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Simović M.N., Simović M., (2011) Pojam i značenje tumačenja pravnih normi u Bosni i Hercegovini, izlaganja sa naučno-stručnog skupa, Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici br. 9, god. 5, str.11-13.

⁶⁷ Ibid.

dovoljno predvidive i pristupačne, tako da je iz njihove formulacije pojedincu jasno za koja i kakva ponašanja slijedi određena i odgovarajuća krivica.⁶⁸

Ako dakle, pravniku pripada dužnost da uđe u trag osnovnim načelima cijelog sistema – utoliko što su ona prekrivena ili prećutna, kao vema udaljene pretpostavke, u pojedinačnim odredbama, ili ih ove na neki način zahtjevaju kao svoju logičku dopunu – ipak, dešava se da pravnik nalazi takva načela, dijelom već formulisana, ako ne u njihovom čistom i punom pojmu, onda bar u nekim od njihovih oblika ili momenata, radom samog zakonodavca. Ovim se zaista ne kazuje da naš važeći sistem ili bilo koji drugi sistem u sebe u potpunosti unose i na adekvatan način izražavaju racionalnost prava uopšte – u tom slučaju on ne bi bio samo pozitivan pravni sistem, već u isto vrijeme i „sasvim razvijena“ filozofija prava.⁶⁹

Dobro treba imati na umu da se argumentacija putem analogije ne može neograničeno proširivati, pošto je analogija svojom prirodom vezana za osnove iz kojih izlazi i u čijim granicama se razvija: tj. za srodnost činjenica i za istovjetnost smisla. Proširivati te granice ad libitum, oslabiti vezu koja ih ujedinjava da bi se u njih mogao unijeti bilo koji slučaj, kao da ga ove granice zaista obuhvataju, nije dopušteno ni s obzirom na logiku, ni s obzirom na pravo.⁷⁰

Na kraju, zakonodavno formulisanje zbog određenosti koja mu je svojstvena, u moderno doba je dobilo visoku vrijednost zbog garancija koju predstavlja u materijama ustavnog prava i drugim pravnim granama. U ovim slučajevima primat zakona je postao sinonim pravde. Međutim, neće se pogriješiti ako se potvrdi kao istina od opšteg značaja težnja prava da pređe od forme običaja ili, sporadično i s vremena na vrijeme, izricanja pravde od strane suda, do forme zakona.⁷¹

ZAKLJUČAK

Ciceron državu definiše kao stvar naroda, dok je narod skupina mnoštva udruženog prihvaćanjem prava i zajedničkom koristi. Za njega je pravednost osnovni princip razvoja i veličine rimske države. Pravednost je *conditio sine qua non* svakog pravno-političkog sistema kako u prošlosti tako i u sadašnjosti i budućnosti. Neophodna pretpostavka za uspješnog državnika koji će usmjeravati i kontrolisati najvažnije društvene procese je, kako Ciceron kaže, njegov svestrani odgoj i obrazovanje. Onima koji su na čelu države u srcu mora ležati *beata civium vita*. Idealna država predstavlja potpuno ispunjenje pravde kroz donošenje i provođenje pravnih propisa. Svi organi vlasti, kao i nosioci razvoja jednog pravno-političkog sistema, bi svoje djelovanje morali prožeti pravdom kao ishodištem od donošenja zakona i drugih pravnih akata do faze njihovog izvršenja. Zadaća prava je pronalaženje pravednih rješenja unutar „kosmičke“ prirode, pa je shodno tome nužno izgraditi respektabilne pravne institucije i razviti visok nivo moralne i pravne građanske kulture, a čiji je preduslov akademsko i šire društveno aktualiziranje pitanja pravde i njene primjenjivosti danas.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Međutim, time se hoće kazati da ova filozofija nije strana ni jednom važećem sistemu, a još manje sistemima koji odgovaraju višem stepenu razvoja ljudskog duha. Đ. Del Vekio, 76-77.

⁷⁰ Đ. Del Vekio, 72.

⁷¹ Ibid., 113.

LITERATURA

1. Vrban D., (2003) Država i pravo, Zagreb, Golden marketing.
2. Kelzen H., (1998) Šta je pravda?, četiri oglada, preveli: Danilo N. Basta, Kosta Čavoški, Beograd, „Filip Višnjić”.
3. Marcus Tullius Cicero (2007), *De officiis* (M. T. Ciceron, *O dužnostima*), prijevod s latinskog i komentar Z. Milanović, Zagreb.
4. Z. Lučić, (2006), Ciceron i prirodno pravo, Sarajevo, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu.
5. Platon, (2002) Država, preveli Albin Vilhar i Branko Pavlović, Beograd, Beogradski grafičko-izdavački zavod.
6. Aristotel, (1988) Politika, preveo Tomislav Ladan, Zagreb, Globus.
7. Đ. Del Vekio, (1999) Pravo, pravda i država, Beograd, Dosije.
8. Šundov Z., (2006) Povjesno mišljenje o Hegelovoj Filozofiji prava, Filozofska istraživanja god. 26, Sv. 4.
9. Lolić M., (2008) Filozofska razmatranja problema pravde, Otfried Hefe, Pravda – filozofski uvod, preveo Vladimir Milisavljević, Novi Sad, Akademska knjiga.
10. Kant V.I., (1953) Dvije rasprave, Zagreb i Kant I., (1956), Kritika praktičnog uma, Zagreb.
11. Aristotel, (1988), Nikomahova etika, Zagreb, Globus.
12. Tadić Lj., (1996), Filozofija prava, Beograd, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva.
13. Radbruh G. (1973), Filozofija prava, prijevod Dušica Guteša, Beograd, Dosije.
14. Stanojević O. i Stanković E., (2010) Savremeni pravni sistemi, Kragujevac, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu.
15. René D., (1978) Major legal Systems in the World today, New York, The Free Press.
16. Jovanović M., (2002) Komentar starog rimskog ius civile, knjiga prva *Leges regiae*, Niš, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu.
17. René D., i John E. C. Brierley, (1985) Mayor Legal Systems in The World Today, London.
18. Jovanović M., (2002) Komentar starog rimskog ius civile, knjiga prva *Leges regiae*, Niš, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu.
19. Vajs A. i Kandić Lj., (1984) Opšta istorija države i prava, Beograd, „Savremena administracija“.
20. Zweigert, Konrad; Kötz, H., (1998) Introduction to Comparative Law, Oxford, Claredon Press.

21. Anđelić N., (2008) Kratka povijest ljudskih prava, Sarajevo, Asocijacija Alumni Centra za interdisciplinarnu postdiplomske studije (ACIPS) i Helsinški komitet za ljudska prava u Bosni i Hercegovini.
22. Avramović S. i Stanimirović V., (2011) Uporedna pravna tradicija, sedmo izdanje, Beograd, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
23. Simović M.N., Simović M., Pojam i značenje tumačenja pravnih normi u Bosni i Hercegovini, izlaganja sa naučno-stručnog skupa, Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici br. 9, god. 5
24. Ljubotina D., Mladi i socijalna pravda, Revija za socijalnu politiku, Zagreb 2004, god. 11, br. 2.
25. Tomić I., (2006) Platonov etičko-politički ideal-ideja pravde i njen odraz u društvenoj strukturi i uređenju države, Ljudska prava, časopis za sve pravno-političke probleme, broj 1-2, godina 7, Sarajevo, Magistrat.
26. Stanković E., Pravda i pravičnost u kodifikacijama građanskog prava kod nas, Pravni život, Beograd, 1994/413, br. 11-12.

INTERNET STRANICE

1. Landskron R., Common-Law and Civil-Law Legal Families a Misleading Categorisation, 3-4. Vidjeti: <http://epublications.bond.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1048&context=theses> (08.oktobar 2013).
2. Rodin D., § 29 Hegelove Filozofije prava, http://www.ifzg.hr/gpf/gpf3/Davor_Rodin-Hegelove_Filozofije_prava-GPF3-1985.pdf (05. mart. 2014.).
3. Hegel G.W.F., Osnovne crte filozofije prava s Hegelovim vlastoručnim marginama u njegovu priručnom primjerku Filozofije prava, <http://ipt.fpn.bg.ac.rs/Materijal/Hegel%20Osnovne%20crte%20filozofije%20prava%20Obicajnost.pdf> (05. mart. 2014.)