

Jasminka Hasanbegović*

Skica o pravno-praktičkom značaju i beznačajnosti pravnih principa za pravosuđe s osvrtom na stanje u Srbiji

Osnovna teza ovog spisa jeste da pravni principi i pravna pravila (koji se inače ne mogu odsečno razgraničiti) mogu ali ne moraju da imaju značaja u praksi, pri sudskom odlučivanju, i to i u onoj praksi koja se ocenjuje kao dobra ili čak uzorna, dakle, u uzornim pravnim porecima. To važi za sve predmoderne pravne poretke. Modernost – pa i pravna modernost – postavlja određene „zahteve“ pred svaki pravni poredak koji po sopstvenom samorazumevanju hoće da bude (viđen kao) moderan. Moderni pravni poreci ne mogu bez pravnih principa, ali ni u njima pridavanje značaja pravnim principima nije nikakva garancija za dobru (odnosno uzornu) sudsku praksu. Dobra (odnosno uzorna) sudska praksa – i u predmodernim i u modernim pravnim porecima – postoji u dobrim (odnosno uzornim) pravosudnim komunikacijskim zajednicama. Da bi se ta teza dokazala, odrediće se neophodan pojmovno-teorijski referentni okvir i razmotriti argumenti relevantni za (hipo)tezu postavljenu na početku.

Šta su pravni principi? Lakonski, moglo bi se odgovoriti da su to principi koji se odnose na pravo, pripadaju pravu. Dakle, potpuno irelevantno kakvu ko koncepciju prava ima, odnosno koji kriterijum pravnosti usvaja (pravo kao pozitivno pravo, kao istorijsko pravo, kao prirodno pravo – ili kao neko dvoje od toga, ili kao sve troje; ili kao objektivno pravo, ili samo kao subjektivno pravo, i to u bilo kojoj od prethodnih varijanti; pravo kao skup normi određene vrste, ili pak kao /pravni/ sistem, ili možda kao /pravni/ poredak, opet, u bilo kojoj od prethodnih varijanti ili njihovih kombinacija; pravo kao sankcionisano od države, društva, crkve, dato od prirode, bogova, Boga, ljuskog razuma, prirode stvari, ili bilo šta drugo od bilo čega drugog).¹ Pravni principi su principi koji se odnose na bilo kako shvaćeno pravo ili pripadaju tako (bilo kako) shvaćenom pravu. Ovim se metodološki od početka izbegava „šlafovanje“ u ćorsokaku određenja pojma prava. To, naravno, nikako ne znači da se ono što je metodološki na početku upadljivo izbačeno kroz vrata neće vratiti u raspravu tiho kroz prozor. Ali, dok se ne vrati, odnosno dok ne bude primećeno, dotad se treba pozabaviti pitanjem šta su principi.

Filozofija se od svojih početaka bavi pitanjem šta su principi,² a to znači od stare Grčke, gde je i nastala. I bez trunke ironije može se reći da od tih početaka – a prevashodno od Aristotelove

* Autorka je redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

¹ O raznim shvatanjima prava najelementarnije, a u vezi s pitanjem pravne sigurnosti, i posebno pravne sigurnosti u uslovima tranzicije J. Hasanbegović, *Pravna sigurnost u Srbiji u uslovima takozvane reforme pravosuđa i briselskog Sporazuma iz 2013*, u: R. Vasić i I. Krstić (ur), *Pravna sigurnost u uslovima tranzicije*, Beograd 2014, ss. 99-121, posebno ss. 99-109.

² P. Aubenque, Prinzip: I. Antike, u: Joachim Ritter & Karlfried Gründer (Hrsg), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Darmstadt 1989, s. 1336.

razrade tih početaka i njene relevancije za razumevanje pravne teorije i pravne prakse, tj. za razumevanje prava i pravno delanje, pa sve do danas – skoro da i nije baš mnogo odmakla, što nikako ne umanjuje značaj pređenih puteva, već, naprotiv, upravo pokazuje kuda se sve moglo ići tokom istorije da bi se u razvoju filozofije stiglo dovede (tj. do moderne naučne teorije, odnosno do Rasela /Russell/, ili Gudmana /Goodman/, Karnapa /Carnap/, ili Vitgenštajna /Wittgenstein/).³ Dakle, treba zapaziti da su i starogrčka reč *αρχη* (*arche*), kao i latinska reč *principium* u običnom jeziku značile dve stvari: početak i vladavinu, ali, izgleda, ni stari Grci ni Rimljani nisu u svom običnom jeziku povezivali ova dva značenja, recimo, tako da početak, kao počelo, tj. načelo, vlada onim što iz njega dalje proizlazi. S druge pak strane, izgleda da je misao o političkom prvenstvu shvaćenom u vremenskom smislu vodila idejama i o kauzalnoj i o ciljnoj vezi među pojavama, a onda i o prostornoj vezi, prostornom odnosu među pojavama: odnosu načela, počela, kao početka, s jedne, i kraja nekog puta, s druge strane, tj. kraja prostornog ovladivanja fenomenima, prostorne granice delovanja, uticaja, određenja.⁴

Odavde bismo već mogli da krenemo različitim putevima te da, na primer, poput Platona, vidimo *arche* kao početak svakog procesa, pa i svakog procesa saznanja;⁵ ili pak da *arche* povežemo s Aristotelovim učenjem o kauzi (iz *Metafizike*), pa da govorimo o četiri vrste principa (principima materije, forme, uzroka /odnosno posledice/ i svrhe ili cilja /odnosno sredstva/); ili pak da *arche* razumemo kao Aristotel u svom učenju u *Drugoj analitici*, gde govori o tri vrste principa: aksiomima – prvim, nedokazivim principia sveg naučnog poimanja, i tezama – koje se dele na: hipoteze – koje se odnose na egzistenciju, i definicije – koje se odnose na esenciju, suštinu;⁶ ili bi *arche* možda trebalo da povežemo s Aristotelovim učenjem iz *Topike*, učenjem o dijalektičkom i doksičkom rasuđivanju, odnosno o toposima, kao najopštijim (ili prvim) propozicijama (ili aksiomima ili princima ili postulatima) verovatnog.⁷

Čini mi se da je – za pravnu misao – sasvim dovoljno spojiti ona dva prvobitna značenja običnog jezika i *arche*, *principium*, princip, načelo, počelo definisati kao ono (pojavu, saznanje, iskaz ili pravilo koje je) prvovladajuće, ono što određuje sve drugo, čime je sve ostalo (u određenom domenu ili sistemu, ili pak uopšte) određeno. Pravni principi su, prosto, najopštija pravna pravila (ili najopštije pravne norme – ako neko preferira tu sinonimnu sitagmu). Prema tome, jasno je da je podela na pravne principe i pravna pravila (tj. pravne norme) relativna. Nešto je pravni princip samo u odnosu na neku pravnu normu ili neke pravne norme, a još preciznije, samo u odnosu na sadržinu, obim i domet (tj. doseg) materijalnog postojanja, značenja, važenja ili vrednosti⁸ neke pravne norme ili nekih pravnih normi, a u odnosu pak prema drugim opštijim normama od sebe

³ Po mom znanju i sudu najbolji pregled istorije ideje *principia* nalazi se u *Istorijskom rečniku filozofije*, gde je Aubenque obradio nastanak i razvoj ideje i pojma principa u antici, Wieland prikazao njihov razvoj u srednjem veku, a Holzhey i Schaber predstavili njihovu novovekovnu istoriju. V. P. Aubenque/G. Wieland/H. Holzhey/P. Schaber, *Prinzip: Antike* (bel. 2), ss. 1336-1372. Taj se pregled može dopuniti sagledavanjem istorije ideje i pojma *aksioma* na istom mestu (naravno, u prvom tomu).

⁴ Aubenque, (bel. 2).

⁵ *Ibid*, s. 1337.

⁶ *Ibid*, s. 1341.

⁷ J. Hasanbegović, *Topika i pravo: Značaj obnove misli o topici za određenje prirode i osobenosti pravnog rasuđivanja*, Podgorica 2000, ss. 15-136, posebno ss. 123-128.

⁸ O četiri vrste ili četiri tipa egzistencije ili četiri načina postojanja pravne norme (materijalnom, značenjskom, važenjskom i vrednosnom) više J. Hasanbegović, *Are There Legal Norms? – Four Existences of Legal Norms*, u: A. Aarnio/T. Hoeren/S. L. Paulson/M. Schulte/D. Wyduckel (Hrsg), *Positivität, Normativität und Institutionalität des Rechts – Festschrift für Werner Krawietz zum 80. Geburtstag*, Berlin 2013, ss. 615-637.

– to isto nije princip, već se kao princip sad pojavljuje to još opštije pravno pravilo, a ono koje je do maločašnjeg poređenja bilo pravni princip – sad postaje pravna norma. Na primer, *bonus paterfamilias* (ili da ga malo osavremenimo: *boni parentes familiae*) jeste ili može biti princip porodičnog prava u odnosu na ostale norme te pravne grane, ali u odnosu na neki još opštiji princip cele pravne oblasti civilistike, na primer, u odnosu na princip *bona fides* – *bonus paterfamilias* može da se shvati kao pravni standard, tj. opšta pravna norma porodičnog prava. Ili, primerice, saglasnost individualnih volja jeste princip ugovornog, ali ne i poreskog, ili krivičnog prava, dok, na primer, obrnuto, generalna pravna (ili, najčešće, zakonska) predviđenost obaveze i sankcije, tj. njihova određenost unapred, jeste princip modernog poreskog, ili krivičnog prava, ali ne i ugovornog prava. Ali, pravednost i pravna sigurnost jesu pravni principi i poreskog i krivičnog i ugovornog prava. U tom smislu, kao što se govori o opštim, opštijim i najopštijim pravnim pravilima, može da se pravi razlika i među pravnim principima pa da se razlikuju posebni, posebni, opšti, opštiji i najopštiji pravni principi. To upravo potvrđuje relativnost podele na pravna pravila i pravne principe (a tim pre na relativnost podele na pravna pravila, tj. norme, zatim, pravne principe, i na vrhu, najviše – pravne vrednosti) i vraća nas na početak: na problem pravnog pravila.

Pitanje šta je pravno pravilo (tj. pravna norma) osnovno je pitanje svake jurisprudencije (u svim njenim značenjima⁹) i osnovno je pitanje svake pravne teorije (s filozofskom ili naučnom pretenzijom – svejedno) i svake pravne dogmatike i svake pravne prakse. Ali, to pitanje uopšte nije *problem* ni u jednoj pravnoj dogmatici pa ni u sudskoj praksi. Pravnici – sem ako nisu teoretičari – uzimaju pravne norme zdravo za gotovo. I to je sasvim normalno – već po samom (dosad nadaleko preovlađujućem) pravničkom obrazovanju. Pitanja šta su pravne norme (šta je njihova suština), da li postoje i na koji način postoje – uopšte nisu pitanja, ne postoje kao pitanja pravnih dogmatičara i praktičara. A pitanja da li (neke) pravne norme važe i šta znače jesu, odnosno mogu biti pitanja, ali nisu problemi za pravnu dogmatiku, jer ona (po sebi, ili po definiciji) zna (ima, poseduje) odgovore na ta pitanja, i to kao jedine moguće ispravne (ili istinite) odgovore na ta pitanja, koji se ne mogu dovoditi u pitanje, tj. kritički razmatrati, inače se ne bi radilo o pravnoj dogmatici – skupu neosporivo ispravnih (ili istinitih) stavova, odgovora. Takođe, pitanja da li (neke) pravne norme važe i šta znače jesu, odnosno mogu biti pitanja i za pravnu (odnosno, u krajnjoj liniji, sudsku) praksu, ali opet ni za nju nisu pravni problemi, jer u predmodernu doba odgovore na njih daje pravna dogmatika odnosno sud, a u moderno doba, kada pravo postaje izrazito autopoetički fenomen,¹⁰ tada je dvostepenost pravosuđa – kao pravilo i minimum – započela da institutom pravnosnažnosti presuđene stvari (kao pravne istine) obezbeđuje odgovor na ovakva pitanja u samoj pravnoj (odnosno sudskoj) praksi.

Ipak, da pitanje (ne)postojanja pravnog pravila nije nešto što se može uzeti zdravo za gotovo, kao što nije nikakva filozofska ekshibicija veleučivosti, veleumnosti, niti mudrijaštva, već pitanje pravničkog hleba nasušnog, nastojaću da pokažem sledećim primerom. Poznato je da je rimska jurisprudencijska književnost od početka do kraja (od Gneja Flavija /Gneus Flavius/ iz IV v. pre n.e., ili od Mucija Skevole /Mucius Scaevola/ iz II v. pre n.e., ili od svoje definitivne uobličivosti i izdvojenosti kao zasebnog, pravničkog znanja, primerice, u prokuleanskoj ili u

⁹ Hasanbegović (bel. 7), ss. 427-505, posebno ss. 457-475.

¹⁰ N. Luhmann, *The Autopoiesis of Social Systems*, u: F. Geyer/J. v. d. Zouwen (ur), *Sociocybernetic Paradoxes: Observation, Control and Evolution of Self-Steering Systems*, London 1986, ss. 172-192; G. Teubner, *Rechts als autopoietisches System*, Frankfurt a. M 1989.

sabinijanskoj pravnoj školi u I v. pre n.e., pa preko svog vrhunca u klasičnom periodu, oličenog u Papinijanovim, Paulovim, Ulpijanovim i delima ostalih klasičnih pravnika iz II, III i prve polovine IV v., i opadanja u postklasičnom periodu u drugoj polovini IV i u V v., sve do kraja, koji označava Justinijanova pravna renesansa u VI v.) u svim svojim formama, u svim svojim istorijskim književnim rodovima i vrstama (od tzv. komentara kako *ius civile*, tako i pretorskog, ediktskog prava, preko *Responsa*, *Questiones*, *Epistulae* i *Disputationes*, zatim u sumarnim, verovatno pravnoj poduci namenjenim delima kao što su *Regulae*, *Definitiones*, *Sententiae*, *Opiniones*, *Notae*, *Epitomae*, *Enchiridii*, čiji naslovi zavaravaju kada upućuju na to da ova dela sadrže opšta pravna pravila, pa sve do tzv. monografija svih vrsta, i konačno, onog što će još docnije dobiti ime *Corpus iuris civilis*), rimska jurisprudencijska književnost je imala izrazit i skoro isključiv *kazuistički* karakter,¹¹ bila je u celini kazuistika, dakle, predstavljala skupove, nizove ili kataloge pravnih slučajeva, uzornih pravnih slučajeva-modela, kao pravnih paradigmi za buduće odgovore na pravna pitanja, odnosno za buduća presuđivanja.

Rimsko pravo, tj. rimskopravno znanje jeste u celosti zbirka pravnih slučajeva, a ne zbornik pravnih pravila. Kako je to moguće i u kom smislu je moguće, pogledajmo na dobro poznatom primeru prokuleanaca i sabinijanaca. Vekovima (sve do IV, V i VI v.n.e.) jedini, privatno-kazuističko-erotematski oblik pravnog obrazovanja¹² prirodno je, sam po sebi, mogao da stvara i stvarao je pravne škole mišljenja kao duhovne zajednice nastale smenjivanjem, nasleđivanjem i prenošenjem učiteljevog pravnog znanja učenicima, koji su postajali učitelji novim učenicima. Tako su krajem I v. pre n.e. nastale i one dve pomenute škole, čiji su osnivači, pretpostavlja se, Labeon (Marcus Antistius Labeo) i Kapiton (Gaius Ateius Capito). Vek i po kasnije, sredinom II v.n.e., prokuleance i sabinijance pominje još jedino Gaj. Na osnovu raspoloživih podataka nije moguće utvrditi osnovu razlikovanja ovih dveju škola. Svaka je zasnovana na svom razlogu (npr.: „Labeon kaže da...“, odnosno: „Kapiton kaže da...“), ali, iako je poznato preko trideset slučajeva o kojima pripadnici ovih škola imaju različito mišljenje, iz tih pojedinačnih razilaženja ne može da se utvrdi neka opšta, načelna, pricipijelna razlika i nijedan od nuđenih kriterijuma podele ne može da se uopšti na celu školu.¹³

Šta sve može da se razazna i nauči iz ovog primera? Najpre, obe škole predstavljaju dobre odnosno uzorne prakse u tom smislu što su to bile postojane, ujednačene, dosledne (da ne kažem, a mogla bih, mada sad namerno ne kažem: principijelne) prakse. Dakle, dobra odnosno uzorna praksa je postojana, ujednačena, dosledna (opet, da ne kažem: principijelna) pravna praksa. No, ovo je samo neophodan, ali ne i dovoljan uslov za takvu ocenu. Jer, dve postojane, ujednačene, dosledne (ako baš hoćete: principijelne) pravne prakse mogu po sadržini svojih odluka da budu direktno suprotne, a tad zasigurno nećemo za obe reći da su dobre odnosno uzorne, već samo za jednu od njih, naravno, onu čije odluke sadržinski smatramo dobrim odnosno uzornim. Štaviše, od dveju praksi od kojih je jedna sasvim postojana, ujednačena, dosledna (eto, recimo: krajnje principijelna), ali sadržinski rđava (odmah imamo asocijaciju na Treći rajh¹⁴), a druga je, uz

¹¹ Umesto na mnoge, za ovu svrhu je dovoljno uputiti na M. Kaser, *Römische Rechtsgeschichte*, Göttingen 1950, ss. 148-149, 163-165; J. Gaudemet, *Intitutions de l'antiquité*, Paris/Sirey, 1967, ss. 303-395, 588-605, 740-753; Th. Mayer-Maly, *Iuris prudentia*, u: *Der Kleine Pauly – Lexikon der Antike tom 3*, München 1979, ss. 9-11; a s osloncem na njih i druge o tome više vid. J. Hasanbegović (bel. 7), ss. 442-463.

¹² Hasanbegović (bel. 7), ss. 430-434.

¹³ Kaser (bel. 11), ss. 167-168; Gaudemet (bel. 11), ss. 591-592.

¹⁴ Ovim povodom stručnoj javnosti treba skrenuti pažnju na izvanrednu kritičku analizu primene Radbruchove formule koju je u svojim radovima dao Bernd Schünemann, te u tom smislu naročito na sad i u prevodu dostupan

manja i ne tako česta odstupanja, pretežno postojana, ujednačena, dosledna, a i sadržinski je takođe manje-više prihvatljiva – smatraćemo dobrom odnosno uzornom ovu drugu. To govori da je pri oceni pravne prakse, sadržina značajnija od činjenice (ili: ocene o) postojanosti, ujednačenosti, doslednosti (ako hoćete: principijelnosti, koja je samo to i ništa više: puka, isprazna, formalna, rigidna, bezdušna, nečovečna, neljudska principijelnost). Uostalom, ako je neka praksa sasvim nepostojana, neujednačena, nedosledna, kažemo da je anarhična (dakle, bez principa, besprincipijelna, neprincipijelna, njome ne vlada princip), proizvoljna, arbitrarna, samovoljna (kad arhont, princeps ili sudija vladaju ili sude bez principa), anomična (bez zakona, tj. bezakonje). U tom stanju anarhije valja prvo uspostaviti neki princip – kao neophodan uslov – pa se tek potom taj princip može ocenjivati sadržinski kao dobar ili rđav, odnosno kao uzoran ili zazoran.

Dalje, primer prokuleanaca i sabinijanaca poučava nas da u njihovo vreme nije bilo internog pravnog stanovišta koje bi tada, ocenjujući (po doslovno bilo kakvom kriterijumu) onih preko trideset slučajeva pojedinačnih razilaženja u kojima su pripadnici ovih škola imali različito mišljenje, kao definitivna pravna instanca ocenila celovito ove dve (u ranije navedenom smislu, dobre) prakse na jedan od sledeća tri moguća načina: ili jedna dobra – druga rđava, ili jedna dobra – druga bolja, ili jedna rđava – druga gora (što, uzgred rečeno, opet ukazuje na relativnost ocenjivanja i onda kada uopšte postoji mogućnost ocenjivanja). Ali, treba da zapazimo i to da ne samo onda nego ni danas (bar po mom saznanju) takođe nije postojalo niti sad postoji eksterno pravno stanovište koje je bi (sada ne po bilo kakvom kriterijumu, već) uzimajući u obzir tih preko trideset slučajeva pojedinačnih razilaženja u *sadržinskom* smislu, bilo u stanju da te pojedinačne razlike uopšti (tj. podigne ih) na nivo (nekog određenog, tj. nekom sadržinom ispunjenog) principa.

Konačno, možda najznačajnije, praksa prokuleanaca, kao i praksa sabinijanaca poučava nas da one kao, uostalom, i sve druge kazuistike jesu zasnovane na nekim određenim pravilima (ili principima) – inače bi bile anarhične, tj. predstavljale bi anarhije, što *eo ipso* jeste svaka praksa bez principa, tj. bez pravila – samo što pravila na kojima počivaju prokuleanska i sabinijanska praksa nisu *izričito* iskazana, a pogotovo ne *izričito* iskazana na *opšti* način. A kako se uspostavlja (dobra) pravna praksa? Naročito, kako se uspostavlja (dobra) pravna praksa bez izričitih pravila (ili, bez podvođenja, dedukcije pod opšta pravila), koja bi služila kao orijentir, kriterijum, osnov? Prosto. Na osnovu identiteta slučajeva. Identitet slučajeva pak obuhvata (ili podrazumeva) ne samo identitet okolnosti, tj. činjenica, nego i identitet pravnih kvalifikacija tih okolnosti (kvalifikacija koje i danas teško primećujemo kao duhovnu, mentalnu, pravnologičku aktivnost, a kamo li onda).¹⁵ Pri tome se kao argument može navesti autoritet određenog pravoznalca („Labeon kaže da...“; ili: „Kapiton kaže da...“; a posle „Papinijan kaže da...“; ili: „Ulpijan kaže da...“), ali odluke o (ne)identičnosti konkretnih slučajeva, tj. (ne)identitetu pripadajućih im okolnosti, činjenica, i (ne)identitetu kvalifikacija tih okolnosti, činjenica – te odluke donosili su naslednici tih pravoznalaca, u krajnjoj liniji – sudije. Ako bi pak trebalo imenovati taj metod uspostavlja (dobre) pravne prakse na osnovu identiteta slučajeva (tj.

tekst B. Šineman, Prilog kritici Radbruhove formule, u: J Hasanbegović (prir.), *Pravo i pravda 2013*, Beograd 2014, ss. 87-97.

¹⁵ J. Hasanbegović, *Perelmanova pravna logika kao nova retorika*, Beograd 1988, posebno ss. 220-227.

identičnosti okolnosti, činjenica, i njihovih kvalifikacija), onda bi se on mogao nazvati paradigmatiskim (primer/ič/no-uzorno-modelskim), epagoškim (induktivnim) ili analogijskim.¹⁶

Moglo bi se reći da jurisprudencija, kao zasebno znanje o pravu, ili zasebna, *pravna* mudrost – nastaje u Rimu kao pravna kazuistika, dakle, bez izričito iskazivanih pravnih pravila, tj. pravnih normi, i pravnih principa (naročito u njihovom današnjem shvatanju¹⁷). Štaviše, rimska jurisprudencija razvija se (kao izdvojena pravna mudrost, veština, znanje, nauka, disciplina¹⁸) i dalje vekovima baš tako, kazuistički, sve do kraja, koji uključuje i Justinijanovu kompilaciju-kodifikaciju (celokupne rimske *kazuističke* jurisprudencije) u VI veku. Taj docnije nazvan *Corpus iuris* doslovno, tek na samom svom kraju (u poslednjoj, pedesetoj knjizi *Digesta* i u poslednjem, sedamnaestom titulusu te poslednje knjige, pod naslovom *De diversis regulis iuris antiqui*) sadrži razna pravila staroga prava, od kojih, samo na prvi pogled paradoksalno, prvi fragment, kojim počinje taj poslednji titulus poslednje knjige jeste onaj Paulov koji kaže: „Ne izvodi se pravo iz pravila, već iz prava koje postoji nastaje pravilo.“ U tom smislu se može reći da je rimsko pravo (od postanka do kraja) pravo bez pravnih pravila, naravno, bez izričito iskazanih pravnih pravila, a ipak dobro pravo, tj. dobra pravna praksa, i vekovima je za dobar deo sveta i u svom dobrom delu – uzorno pravo, tj. uzorna pravna praksa.

Petstotinak godina posle Justinijana, od tzv. bolonjske jurisprudencijske renesanse, tj. od otkrića Justinijanove kazuističke kodifikacije-kompilacije na evropskom zapadu u XI-XII veku i nadalje počinje (a može se reći i: nastavlja se) postepeno, mukotrпно, vrlo dugo neprimetno, kakatad jednostavno i gotovo grubo, katkad filigranski fino stvaranje opštih pravnih pravila, opštih pravnih termina, zatim pravnih grana, odnosno pravnog sistema u današnjem kontinentalnoevropskom smislu.¹⁹ Taj razvoj zapadnoevropske jurisprudencije traje sedam-osam vekova i kulminira u XIX veku,²⁰ koji se može označiti kao vrhunac kodifikacija opštih pravila,

¹⁶ J. Hasanbegović (bel. 7), ss. 417-480, a u drugom kontekstu, sažeto v. J. Hasanbegović, *Pravne izreke Valtazara Bogišića s kraja OIZ = Katalog narodnjačkih opštih pravnih toposa?*, u: L. Breneselović (pripr), *Spomenica Valtazara Bogišića o stogodišnjici njegove smrti 24. aprila 2008*, Beograd 2011, ss. 348-377.

¹⁷ Dovoljno je podsetiti na Paula: *Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat.* – D. 50, 17, 1.

¹⁸ Hasanbegović (bel. 7), ss. 470-475.

¹⁹ To je najsloženiji i najmanje poznat deo evropske pravne istorije i zato se bar u napomeni treba osvrnuti na osnovnu literaturu o njemu. O nastanku pravnih pravila i maksima (pre svega u rimskoj jurisprudenciji, ali i potom) unajkraće, samo u osnovnim potezima, ali zato i najnepouzdanije, v. P. Stein, *Regulae Iuris: From Juristic Rules to Legal Maxims*, Edinburgh 1966. Njegov nešto malo prerađen tekst (ali sad ograničen na rimsku jurisprudenciju) čini deo šireg pregleda u: A. Padovani/P. G. Stein (Eds), *The Jurists Philosophy of Law from Rome to the Seventeenth Century* (by Andrea Errera, Andrea Padovani, Kenneth Pennington, and Peter G. Stein), u: *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, Dordrecht 7/2007. To je dakle 7. tom, od zasad 12-tomnog i već po tome čuvenog E. Pattaro, ed.-in-chief, *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*. Veoma iscrpna i pouzdana su dela: G. Otte, *Dialektik und Jurisprudenz: Untersuchungen zur Methode der Glossatoren*, Frankfurt a. M. 1971; H. Lange, *Römisches Recht im Mittelalter: Bd. I – Glossatoren*, München 1997; H. Lange/M. Kirchenbaum, *Römisches Recht im Mittelalter: Bd. II – Kommentatoren*, München 2007; dok su Koingova tri redaktorska toma u osam knjiga: jedna (za period 1100-1500), dve (za period 1500-1800) i pet (za XIX vek) verovatno i dalje najobuhvatniji pouzdani izvor i evropskog i evropskih (privatnih) prava tog perioda: H. Coing (Hrsg), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte: Mittelalter (1100-1500), Neuere Zeit (1500-1800), Das 19. Jahrhundert*, München 1973; 1976, 1976, 1982, 1982, 1986, 1987, 1988.

²⁰ Da bi se dočarao kodifikatorski duh toga vremena, čini se da je najbolje, i to ne (samo) kao eho koji s kontinenta Evrope stiže na *commom law* Ostrvo, navesti Džona Džordža Filimora (1808-1865), čuvenog engleskog pravnika i političara Liberalne partije, koji Predgovor svom delu *Principles and Maxims of Jurisprudence* iz 1856. godine završava rečima: „Zaključujući, izražavam ozbiljnu nadu da se približava vreme kad više nećemo ječati pritisnuti ponižavajućim ropstvom koje je nasledem nametnuto narodu koji živi po neodređenim i nepoznatim zakonima; kad

posle koga kodifikovanje prava, ili preciznije rečeno, kodifikovanje najvažnijih delova pravnog sistema, tzv. pravnih oblasti i pravnih grana, i samo postaje norma, pravilo, princip.²¹

Sada treba reći bar nešto elementarno o pravnim maksimama i o njihovom odnosu kako prema pravnim pravilima, normama, tako i prema pravnim principima, upravo zato što ta podela (pravne norme i principi vs. maksime), koja može da se izvede teorijski, a može i da bude relevantna u pravnoj praksi, nije suštinska. Ne ulazeći ovde u pitanje porekla maksima, koje pripada istoriji topike i retorike,²² niti pak u pitanje porekla *pravnih* maksima, koje pripada istoriji topike, retorike i jurisprudencije,²³ treba se zadržati samo na osnovnom i manje-više nespornom.

U najnovijem, ovogodišnjem (elektronskom) izdanju čuvene *Enciklopedije Britanike* stoji da su pravne maksime pravne izreke koje se od običnih pravnih pravila razlikuju po tome što su opštije i što se njima izražavaju oni ideali i ciljevi, ali i sredstva, postupci i načini da se ostvare ti ideali i ciljevi koje sudije treba da uzmu u razmatranje pri odlučivanju o pravnim slučajevima. Pravne maksime obično nemaju pozitivnopravni karakter, tj. nemaju dogmatički autoritet koji imaju zakoni, i ne smatraju se delom pozitivnog prava osim u onoj meri u kojoj se primenjuju pri presuđivanju slučajeva. Neretko se iskazuju na latinskom. Pravnici ih koriste „oduvek“, ali naročito od XVI v. nadalje. Neke od njih su veoma stare i potiču iz ranog rimskog prava.²⁴ Ponekad su, bilo u prevodu bilo i na latinskom i u prevodu, inkorporisane u građanske zakonike, npr. kalifornijski *Civil code* (1872), tursku *Medželu* (1869-1876), crnogorski *Opšti imovinski zakonik* (1888), *Montana Code* (1895) i dr.²⁵ Od XVI v. nadalje pravne maksime su se u Evropi predavale na nekim univerzitetima kao poseban predmet, a negde kao poseban uvodni predmet, tj. neka vrsta današnjeg Uvoda u pravo. I ne samo to. Još je raširenija bila pojava da se pravne maksime izdaju posebno, kao zasebne pravne knjige, pa su tako postale poseban rod pravne literature.²⁶

Rast trgovine i industrije u XVI i XVII v. uslovio je da se pred engleskim sudovima pojave mnogi novi slučajevi za koje pravila srednjovekovnog *common law*-a nisu bila dovoljna, pa su sudije za odlučivanje tih slučajeva imale potrebu za obuhvatnim, autoritativnim principima. Frensis Bejkn (Francis Bacon 1561-1626), koga mi poznajemo više kao filozofa nego kao pravnika, sačinio je zbirku maksima *common law*-a na latinskom s detaljnim komentarom svake

će izvrsni materijali koje posedujemo, rasuti u preko hiljadu tomova, biti izvučeni iz smeća kojim su zatrpani, i otelovljeni u zakoniku, u kome isti oni suprotstavljeni elementi koji su sad zajedno nagomilani u beskrajnu kontradiktornost i zamešateljstvo mogu, kad se metodički poređaju na osnovu iskustva i razuma, činiti lucidnu i harmoničnu celinu, - i kad će se Engleska, odajući odocnelu počast razumu i pravu, okoristiti uzimajući za primer one za koje veliki učitelji jurisprudencije nisu pisali uzalud.“ J. G. Philimore, *Principles and Maxims of Jurisprudence*, New York/London 1856 = 2009, ss. 2-3.

²¹ Hasanbegović (bel. 7), ss. 427-505; a u drugom kontekstu, sažeto v. J. Hasanbegović, A View on the History of Topics, Rhetoric and Jurisprudence: From *Topoi* and Legal *Topoi* to *Regulae Iuris* and Codical *Topoi* Catalogues, and From Aristotle, Cicero and Justinian to Dudley Field, Ahmet Çevdet (Jawdet) Pasha or Valtazar Bogišić, u: M. Jovanović/K. Einar Himma (Eds), *Courts, Interpretation, the Rule of Law*, Hague 2014, ss. 111-143.

²² Hasanbegović (bel. 7), ss. 15-416, posebno ss. 250, 272, 278, 289, 291, 302, 304, 305-6, 311, 339, 355-6, 371, 374-81, 383-88, 390, 392-416.

²³ Hasanbegović (bel. 7), ss. 417-527; sažeto Hasanbegović (bel. 16), ss. 348-377; Hasanbegović (bel. 21), ss. 111-143.

²⁴ *Legal maxim, Encyclopædia Britannica Ultimate Reference Suite*, Chicago 2014.

²⁵ Hasanbegović (bel. 16), ss. 375-377, Hasanbegović (bel. 21), ss. 134-143.

²⁶ Hasanbegović (bel. 7), s. 490.

maksime na engleskom. I spisi Sera Edvarda Kouka (Sir Edward Coke 1552-1634) obiluju sličnim latinskim izrekama, od kojih je neke preuzeo iz rimskog prava, a druge sam stvorio. Zbirke maksima s objašnjenjima, komentarima i upućivanjima na tipične slučajeve pojavljivale su se i tokom sledeća tri veka i u Engleskoj i SAD. Ali, kako je rastao broj zakona, precedenata i obimnih udžbenika, maksimama je neprestano opadao značaj. Naposljetku su ih sudije kritikovale zbog onoga što se nekada smatralo najvrednijim kod njih, a naime, zbog njihove opštosti i neodređenosti. Neke ideje otelovljene u maksimama zadržale su priličan uticaj, pa ipak se na same maksime sada ređe upućuje. Doduše, na njih se još uvek relativno često poziva u međunarodnom pravu upravo zbog širine i univerzalne prihvaćenosti pravnih maksima koja se u toj pravnoj grani podrazumeva.²⁷

Jedno od sigurno najboljih i najumnijih određenja pravnih maksima dao je Kosto Vojnović kada je napisao: „Poput poslovice koje sadrže mudrost naroda – *regulae juris* [tj. pravne maksime, ili pravničke izreke] sadrže mudrost pravoslovaca: iscijedene rezultate pravničkog iskustva vjekova, i premda nisu konkretni privato-pravni propisi, one nikako nisu izlišne, naprotiv, mogu biti dragocjene u praksi kao pomoć sudiji – poput neke busule zdravog pravnog razuma – za orijentaciju u zamršnim slučajevima kakve život zna donijeti a nijedan zakonotvorac ne može predvidjeti.“²⁸

Sad kad imamo osnovne filozofsko-pojmovne koordinate i nekoliko pogleda u pravnu istoriju koja nam pruža životne primere u određenim društveno-pravnim kontekstima, tj. daje nam istorijski kontekstualizovane slučajeve, možemo da pokušamo da odredimo šta je dobra pravosudna komunikacijska zajednica, jer je sad jasno da se samo u njoj uspostavlja dobra odnosno uzorna sudska praksa.

Pođimo redom. Šta je komunikacijska zajednica? Verovatno je prva asocijacija najvećeg broja pravnih teoretičara da odgovor treba tražiti kod Habermasa, u njegovoj kritičkoj teoriji komunikativnog delovanja.²⁹ I ne, i da. Ne, u onom smislu u kome je još Fridman stavio Habermasu prigovor da društvo nije filozofski seminar,³⁰ u kome se jedino može bar približno operacionalizovati ideja idealne govorne situacije. Ali, da, u smislu ustavnog patriotizma³¹ kao poželjnog društvenog okvira (ali samo okvira!) operacionalizovane ideje dobre moderne demokratske političke komunikacijske zajednice, koja, ako i jeste neophodan okvir, sigurno nije dovoljan ulov dobre *pravosudne* komunikacijske zajednice.

Da je komunikacijska zajednica skoro pleonazam, primetiće se pre na engleskom *communication community*, ili francuskom *communauté de communication*, nego na nemačkom (*Kommunikationsgemeinschaft, kommunikative Gemeinschaft*) ili na našim jezicima. To je stoga što zajednicu zajednicom čini pre svega komunikacija, odnosno dobra komunikacija, i još preciznije, što dobra komunikacija čini društvenu grupu zajednicom. Jer, bez dobre komunikacije ideja, potreba, saznanja, osećanja, uverenja, namera i dr, a volje pre svega, rekao bi Ferdinand

²⁷ Up. *Legal maxim* (bel. 24).

²⁸ K. Vojnović, Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru obzirom na ostalo crnogorsko zakonodavstvo, *Rad JAZU*, Zagreb 96/1889, ss. 1-109, posebno s. 57.

²⁹ J. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns* (I, II), Frankfurt a. M. 1981.

³⁰ J. Friedmann, *Planning in the Public Domain: From Knowledge to Action*, Princeton 1987, s. 267.

³¹ J. Habermas, *Eine Art Schadensabwicklung: Kleine Politische Schriften VI*, Frankfurt a. M. 1987, ss. 165-176, posebno s. 168.

Tenis,³² tj. bez zajedničkog jezika – i u doslovnom i figurativnom smislu – nema onih zajedničkih vrednosti, odnosno kulture,³³ koji u praksi, u životu svake zajednice stvaraju osećanje pripadnosti zajednici, osećanje bliskosti, osećanje zajedničkosti, osećanje identiteta.

Pravosudnu zajednicu sudija, tužilaca i advokata stvara najpre pravničko obrazovanje, koje se ne svodi samo na sticanje stručnog pravnog znanja, mada bez njega nema apsolutno ničega – osim anarhije. Dobro pravničko obrazovanje, pored stručnog pravnog znanja, uvek obuhvata i određeni sistem vrednosti, pogled na svet, a pre svega pogled na vrednosti kojima to profesionalno znanje služi, pogled na svrhe koje se u profesionalnoj praksi ostvaruju. Ukratko i malo pojednostavljeno, kao i svaka druga profesija, i pravnička obuhvata specijalizovano, obukom stečeno profesionalno *znanje* i određeni profesionalni *moral*, koji se oboje vide, unapređuju ili unazađuju u profesionalnoj praksi. Dakle, profesiju čine specijalizovano, obukom stečeno *znanje* i, isto tako, *posvećenost* pri primeni tog znanja. Zapravo, tek specifična posvećenost pri korišćenju specijalizovanog stručnog znanja čini *profesionalnu* praksu. Profesionalna praksa je ne samo znalacka praksa već znalacka praksa posvećena svim, osnovnim i onim krajnjim vrednostima-ciljevima određene struke. Takvu posvećenost danas zovemo profesionalni moral.

Prvo pravničko obrazovanje, kao izdvojeno i samo pravničkoj profesiji namenjeno obrazovanje, pojavilo se u Rimu u III i II v. pre n.e.³⁴ i imalo je, rečeno je već, privatno-kazuističko-erotematsku pravno-obrazovnu formu, a bilo je vekovima jedini oblik pravničkog obrazovanja, sve do IV, V i VI v.n.e., kada se tek ponegde pojavljuje državno-kazuistički-akroamatski vid pravne poduke, uz koji onaj prvi oblik ne samo što nastavlja da postoji nego teritorijalno posmatrano i dominira.

Privatno-kazuističko-erotematski način pravnog obrazovanja po svojoj prirodi stvara profesionalne pravničke zajednice, zajednice učenih istomišljenika, učitelja i učenika, koje mogu da traju generacijama, kao što se videlo na primeru prokuleanaca i sabinijanaca. Njih i njima slične zajednice učenih istomišljenika posle su zamenili drugi pravnički autoriteti, pa potom autoriteti koji nisu živi, autoriteti „iz knjiga“, no ista obrazovna forma je opstajala bez obzira na sve teškoće koje je širenje Rima moralo doneti.

Treba zapaziti da su Rimljani, a među njima, naravno, najučeniji rimski pravници, tj. najveći znalci u rimskom pravu, veoma rano uočili važnost povezanosti stručnog pravnog znanja i posvećenosti pravu. O pravničkoj posvećenosti Ulpijan (D.1.1.1.2) kaže: „Zasluzeno bi nas (pravnike = pravoznalce) mogli nazvati sveštenicima prava: Jer, mi služimo pravdi i podučavamo znanju o dobrom i pravičnom tako što odvajamo pravično od nepravičnog,

³² F. Tönnies, *Gemeinschaft und Gesellschaft: 1Abhandlung des Communismus und des Socialismus als empirischer Culturformen = Gemeinschaft und Gesellschaft: 2Grundbegriffe der reinen Soziologie*, Darmstadt (1887¹, 1912²) 2005.

³³ V. R. Bugarski, *Jezik i kultura*, Beograd 2005.

³⁴ Ima mišljenja da se logografija može smatrati prvom pravnom profesijom, a logografi prvim pravnim profesionalcima. O tome S. Avramović, *Isejevo sudsko besedništvo i atinsko pravo*, Beograd 1991, ss. 50-51. Taj se stav može usvojiti i ne kosi se s goreizrečenim, jer se logografija učila u retorskim školama, kao sastavni deo retoričkog obrazovanja, koje je od početka, otkako se pojavilo, i vrlo dugo potom, velikim delom bilo podučavanje sudskom govorništvu, te u tom smislu i u tom delu jeste pravno obrazovanje, ali nije *isključivo* pravno obrazovanje.

razdvajamo dozvoljeno od nedozvoljenog, želimo da ljude navedemo na dobro ne samo strahom od kazne već i nagradama, i stremimo, ako ne grešim, istinskoj a ne hinjenoj filozofiji.³⁵

Zanimljivo je da je isti, privatno-kazuističko-erodematski, dugo jedini, a sve vreme dominantan vid rimsko-pravničkog obrazovanja postojao „oduvek“ i u Engleskoj, pa i u modernoj Engleskoj, a i danas postoji. Ta ista vrsta pravnog obrazovanja u antičkom Rimu i u Engleskoj postoji verovatno stoga što je i *common law* prevashodno kazuističko, precedentno pravo. Kuriozitet je da je na taj način pravno obrazovanje stekao verovatno najveći savremeni britanski, odnosno anglo-američki pravni teoretičar Herbert Lajonel Adolfus Hart. Kako sam kaže,³⁶ Hart na Oksfordu nije studirao pa ni diplomirao pravo, već antičku i modernu filozofiju i antičku istoriju (1926-1930), posle čega je kratko vreme (1930-1932) imao „pripravničku“ baristersku praksu i tako, privatno, u baristerskoj kancelariji studirao pravo, zatim polagao (1932) „ne mnogo težak“ ispit koji mu je omogućio da sam postane barister. To mu je bila profesija od 1932. do 1940, kada je napušta i tokom rata radi u Britanskoj obaveštajnoj službi, a od 1945. predaje na Oksfordu opštu filozofiju.³⁷ Ostalo je manje-više poznato.

Ako se pogleda kako se danas stiče pravničko obrazovanje u Evropi i ostalim delovima sveta u kojima je evropski model preuzet, može se zapaziti da je osnovno, univerzitetsko pravno obrazovanje državno-regulističko-akroamatsko, dok je pravosudno, visoko praktičko pravno obrazovanje – privatno-kazuističko-erodematsko. Onaj osnovni način obrazovanja ima poreklo u bejrutskoj i konstantinopoljskoj pravnoj školi Justinijanovog vremena, a potom i u srednjovekovnoj bolonjskoj univerzitetskoj pravnoj nastavi, i karakteriše ga to što ga država organizuje ili reguliše – te otuda njegov državni ili javni karakter – i ekskatedarska nastava u formi predavanja, koja čini akroamatski karakter. Razlikuje se pak od svojih antičkih paradigmi (bejrutske i konstantinopoljske), kao i od one srednjovekovne bolonjske, po tome što nema kazuistički, već regulistički karakter, što je posledica promene sadržine pravne dogmatike, koju ne čine pravni slučajevi, niti ona stavlja težište na njih, već na pravna pravila, koja su u osnovnom pravničkom obrazovanju u prvom planu. Sticanjem osnovnog pravnog obrazovanja postaje se član pravničke zajednice u nekom pravnom poretku, odnosno državi čije je pozitivno pravo glavni predmet pravne dogmatike i glavni deo studija prava. Ali, pravosudna komunikacijska zajednica je mnogo uža od pravničke i ne samo značajnija već presudna za pravni poredak (i to kako za njegovu sadržinu tako i za njegovu delotvornost), štaviše, za stanje (bes)poretka (tj. postojanje poretka ili pak anarhije). Pravosudno obrazovanje je visoko praktičko pravno obrazovanje bez koga nema pripadnosti pravosudnoj pravničkoj zajednici. Ono je privatno-kazuističko-erodematsko, tj. privatno ili, bolje rečeno, lično – u smislu „pripravnikovanja“ kod sudije, advokata ili tužioca, a kazuističko – u smislu učenja na „živim“

³⁵ *Corpus Iuris Civilis*, Text und Übersetzung, auf der Grundlage der von Theodor Mommsen und Paul Krüger besorgten Textausgaben, O. Behrends/R. Knütel/B. Kupisch/H. H. Seiler (Hrsg), tom II, Heidelberg 1995, D.1.1.1.2: „Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes.“

³⁶ Reč je o intervjuu koji je Hart dao 1988. Juan Ramon de Paramo, a koji je na engleskom prvi put objavljen tek u knjizi L. D. d'Almeida/J. Edwards/A. Dolcetti (Eds) *Reading HLA Hart's The Concept of Law*, Oxford & Portland (Oregon) 2013, ss. 277-297, posebno ss. 279-280.

³⁷ H. L. A. Hart, An Interview with HLA Hart: Answers to Eight Questions with Introductory Note by Juan Ramon de Paramo, u: L. D. d'Almeida/J. Edwards/A. Dolcetti (bel. 36), s. 277.

slučajevima, zapitkujući o nejasnom i nepoznatom, pa je stoga erotematsko. Samo formalno se okončava položenim pravosudnim ispitom.

Sada je, čini se, jasno šta je dobra pravosudna komunikacijska zajednica i zašto je i koliko je značajna. Nju faktički čine nosioci pravosudne vlasti, odnosno vršioci u najširem smislu shvaćenih pravosudnih funkcija ili poslova (sudije, tužioci, pravobranioci, advokati i notari), te ona *eo ipso* uopšte nije zajednica, već društvena grupa koja jedino u povoljnim okolnostima postaje i ostaje zajednica – odmah ćemo videti zašto i kako. Nju, dalje, prvo, treba da čine pravници s najvišim praktičkim pravnim obrazovanjem. Ako to nije slučaj, zajednica ne može ni da se uspostavi, jer nema, ne može da bude komunikacije između znalaca i ignoranata – oni ne govore istim jezikom i nikad ne mogu da se razumeju. Pored toga, oni koji tu nisu po znanju i sopstvenoj zaslugi duguju tu svoju poziciju onima koji su ih doveli, postavili ili izabrali i moraju da im budu zahvalni, što znači da ni lično ne mogu da budu autonomni pa niti profesionalno nezavisni, odnosno samostalni. Dakle, pored najvišeg i najvećeg praktičkog pravnog znanja (koje je uslov i za pristupanje pravosuđu i za ostanak i za napredovanje u njemu), pripadnici dobre pravosudne komunikacijske zajednice imaju isto shvatanje o vrednostima kojima pravo, odnosno njihovo pravno znanje služi, tj. gledaju isto na svrhu prava, odnosno svrhu svog pravnog znanja, preciznije, gledaju isto na svrhu za koju koriste sopstveno pravno znanje u praksi. Ako to nije slučaj, ako su vršioci pravosudnih vlasti, funkcija i poslova posvećeni veoma različitim, čak dispartnim vrednostima, tj. svrhama prava, svog pravnog znanja i njegove upotrebe u praksi, onda ne samo što nema niti može da bude uzorne pravosudne komunikacijske zajednice nego nema, odnosno teško uopšte može da bude pravosudne zajednice, i štaviše, u ekstremnim situacijama može da se desi da društvena grupa vršilaca pravosudnih vlasti, funkcija i poslova gura loš pravni poredak ka besporetku, anarhiji.

Da zaključimo ukratko, sadržinu prava u svakom pravnom poretku, pa i u modernim pravnim porecima, u krajnjoj liniji određuje sudstvo te stoga od pravosuđa, odnosno pravosudne zajednice zavisi da li će i kakav će značaj imati pravni principi, bez obzira na ustavno i zakonsko određenje tih principa. Pravni principi nisu pravni principi zato što ih tako određuju ustav ili zakoni, već zato što praksa pokazuje, dokazuje i potvrđuje njihov rang, značaj, sadržinu i domet. Inače, bez odgovarajuće prakse, oni su mrtvo slovo na papiru. Praksa takođe ukazuje na (ne)postojanje, sadržinu i značaj pravnih maksima i omogućava njihovo eventualno razlikovanje od pravnih normi i pravnih principa u nekom pozitivnom pravu. Pravne norme, principi i maksime moraju da postoje najpre za sudstvo, odnosno pravosuđe u celini, da bi postojali za sve u pravnom poretku i tada (ne) postoje bez obzira na reč ustavotvorca, odnosno zakonodavca.

Naposletku treba ukazati na razliku između predmodernog i modernog pravosuđa. Moderno pravosuđe obavezno je kontrolabilno, znači, ne sme biti bez priziva. Stoga mogućnost kontrole pravosuđenja, kada ima rang principa, znači dvostепенost kao minimum mogućeg pravosuđenja, a takođe znači i uvođenje obaveze obrazlaganja odluke, jer bez obrazloženja nema niti može biti ikakve kontrole i ocene, pa ni ocene ispravnosti odluke. Budući da pravosuđe mora da bude vrhunski profesionalno, ta se profesionalnost, naravno, ne može ocenjivati izvan profesije, od ignoranata, i to ni profesionalnost, tj. kvalitet konkretnog rada, niti sadržinska – a ne tek formalna – (ne)ispunjenost profesionalnih uslova za neki pravosudni rad, posao, funkciju i sl. Uslove na opšti način propisuju ustavotvorac i zakonodavac, a u manjoj meri i uglavnom kao prepreke koje su etička profesionalna ogrčenja – profesionalne asocijacije u pravosuđu. Ali, (ne)postojanje i jednih i drugih, tj. i uslova i ogrčenja u konkretnim slučajevima mora da se

ocenjuje pre svega unutar pravosuđa. To znači da moderno pravosuđe (i sudstvo, odnosno tužilaštvo i advokatura), da bi bilo profesionalno, mora da bude nezavisno, odnosno samostalno, i to kako u odnosu na druge državne vlasti tako i u odnosu na druge centre moći u društvu, unutar i izvan državnih granica.

Imajući prethodno u vidu, ostaje samo da zarad osvetljavanja značaja i beznačajnosti pravnih principa za pravosuđe još ovlašno dotaknemo dve upravo pomenute teme: pitanje uzornog obrazloženja presude i pitanje principa nezavisnosti, odnosno samostalnosti pravosuđa.

O obrazloženju sudske presude, koje je inače izuzetno kompleksno pitanje ogromnog značaja, u ovoj prilici je dovoljno preneti uvide i stavove Irmgard Gris,³⁸ koja je i veliko ime austrijskog pravosuđa i veliki uporednopravni znalac. Ona se u svom napisu o tome kako sudije rasuđuju u slučajevima naknade štete bavila samo francuskim, britanskim, nemačkim i austrijskim sudijama, dakle, za nas – uzornim, tj. sudijama iz uzornih pravnih poredaka, i stoji na stanovištu da sudije nisu ni samo usta koja izgovaraju reči zakona,³⁹ niti pak proročanstva zakona,⁴⁰ već da uvek i svuda razvijaju pravo, inače bi se pravni život rasturio. Sudije u pitanju ne razlikuju se ni po *posvećenosti*, a u krajnjoj liniji, ni po *rezultatima*, ali se razlikuju po *stilu*, po ispovedanju (*profess*) šta rade. Francuske sudije nastoje da se predstave samo kao usta zakona, ne navodeći, upravo stoga, sve svoje stvarne razloge, dok britanske, nemačke i austrijske sudije to čine, ali opet na različite načine. Britanske sudije to čine na najprizemnji način, navodeći pravna pravila i razloge tako da svako može da ih razume i prihvati, dok se nemačke i austrijske sudije izražavaju bezlično, a po stilizaciji svojih presuda nalaze se negde na sredini između britanskih i francuskih. Pozivaju se najpre na zakonske odredbe i njihova tumačenja, zatim, uobičajeno na prethodne slučajeve iz sudske prakse i takođe na pravnu nauku, odnosno stručnu pravnu literaturu. Pri tome, austrijske sudije se ne pozivaju toliko često na prethodne slučajeve koliko na *Rechtssätze (RIS)*, tj. na pravne principe iskazane u presudama, formulisane kao pravna pravila i sadržane u austrijskom pravnom informacionom sistemu, ali, nažalost, ponekad te *Rechtssätze* ne konsultuju u kontekstu obrazloženja presude, već uzimaju izolovano, izvan tog konteksta. Na samom kraju, ova vrsna jurisprudentkinja govori o izazovu iskrenog navođenja *pravih* razloga odluke i daje jedan savet za profesionalni intimni kriterijum svakog sudije da, odlučujući o slučaju, uzima u obzir samo ona razmatranja koja je spreman da javno saopšti u svojoj presudi.⁴¹ Stav o tome koliko su naše presude blizu ovih uzora ili daleko od njih ostavimo neizrečen.

Konačno, samo unajkraće, o principu nezavisnosti, odnosno samostalnosti srpskog pravosuđa kao ilustraciji, pokazatelju i, štaviše, meri značaja, odnosno beznačajnosti pravnih principa za to pravosuđe. Zašto? Zato što je nezavisnost, odnosno samostalnost pravosuđa uslov bez koga nema moderne demokratske političke zajednice, a na osnovu neposredno prethodno rečenog uviđa se i da je to uslov bez koga nema dobre moderne pravosudne zajednice. Dakle, odnos prema principu nezavisnosti, odnosno samostalnosti pravosuđa uzima se sad ne samo kao ilustrativan primer već i kao bitan pokazatelj, kriterijum i mera značaja, odnosno beznačajnosti pravnih principa uopšte u pravosuđu u Srbiji. Ono što se desilo i s principom nezavisnosti, odnosno samostalnosti srpskog pravosuđa, i s njegovom samom nezavisnošću, odnosno samostalnošću u pravnom

³⁸ I. Griss, How Judges Think: Judicial Reasoning in Tort Cases from a Comparative Perspective, *Journal of European Tort Law*, Vienna 4(3)/2013, ss. 247-258.

³⁹ Monteskje, *O duhu zakona* (prev. A. Mimica), Beograd 1989, I, XI, VI, s. 183.

⁴⁰ J. Dawson, *The Oracles of the Law*, Michigan 1968, s. XI.

⁴¹ Griss (bel. 38), ss. 247-258.

životu, tj. pravnoj stvarnosti – neću ovde opisivati.⁴² Dovoljno je reći samo to da su strani nezavisni sudijski eksperti Hans-Ernst Bečer i Simon Gaborjo u svom zvaničnom, javnom izveštaju postupke u tzv. reformi pravosuđa u Srbiji kvalifikovali kao „pravne monstroznosti“ (*monstruosités juridiques*),⁴³ koje su, po mom mišljenju, pravni horor i izazivaju *horror vacui iuris*, užasan strah pred prazninom prava, pred nepostojanjem prava, tj. nepostojanjem pravnog poretka, užasan strah svakog pred pravnim besporetkom, bespravljem.⁴⁴ Uostalom, i svakom pravnom laiku je jasno da pravne monstroznosti ne mogu biti sredstvo za uspostavljanje ili održavanje (*principa* i stvarnosti) nezavisnosti, odnosno samostalnosti pravosuđa. A ako se taj pravni princip tako ostvaruje, onda nije teško pretpostaviti šta može biti s ostalim pravnim principima.

Naposletku, da prethodni stav ne bi ostao bez ikakve ilustracije, pogledajmo odluke sudova u Srbiji u slučajevima vezanim za zločine koje su počinili pripadnici vojnih, policijskih ili bezbednosnih snaga srpske države kako nad etničkim Srbima tako i nad nesrbima (kosovskim Albancima, srpskim i bosanskim Muslimanima /= muslimanima = Bošnjacima/ i drugima).

Reč je o odlukama odeljenjā (kolokvijalno: sudova) za ratne zločine, čiji je rad poslednjih godina dobro ocenjivan i u međunarodnoj zajednici,⁴⁵ i o odlukama redovnih sudova, koji bi morali poštovati princip nediskriminacije ljudi, npr. po etničkoj osnovi, pa i nediskriminacije žrtava zločina. Međutim, kada se pogleda, primerice, samo praksa reparacija žrtava zločina srpskih snaga (vojnih, policijskih, bezbednosnih) može se zapaziti diskriminacija tih žrtava po nacionalnim i drugim osnovama u postupcima priznavanja statusa civilne žrtve rata. Štaviše, sudska praksa koja praktično onemogućava ove žrtve da ostvare pravo na odštetu osnažuje utisak da se radi o novom sistemskom kršenju ljudskih prava u Srbiji. Tako, najdrastičniji primer dugog trajanja postupka jeste predmet 25 članova porodica Bošnjaka iz Sjeverina koji su oteći 22. oktobra 1992. na putu za Priboj, čiji je zahtev za obeštećenje Prvi opštinski sud u Beogradu odbio presudom od 06. februara 2009, a Apelacioni sud nije ni 2013. doneo odluku po žalbi, pa je Ustavni sud usvojio žalbu i oktobra 2013. utvrdio da je time povređeno pravo na pravično suđenje kao pravo na suđenje, tj. sudsku odluku u razumnom roku. Odmah posle toga, Apelacioni sud je u decembru 2013. doneo odluku i odbio zahteve porodica za naknadu nematerijalne štete, zbog čega je podneta ustavna žalba, o kojoj još nije odlučeno.⁴⁶

Država Srbija je isplatila po 250.000 evra porodicama četiriju žrtava atentata na Vuka Draškovića i 250.000 evra porodici nekadašnjeg predsednika predsedništva Socijalističke Republike Srbije Ivana Stambolića. Država je takođe isplatila više stotina zahteva za odštetu

⁴² Kratak opis tog višegodišnjeg zbivanja s popisom, po mom sudu, najznačajnije literature o tome v. Hasanbegović (bel. 1), posebno ss. 109-121. Njega treba dopuniti, kao nastavkom, prilogom D. Boljević, Uloga sudstva u uspostavljanju pravne sigurnosti – kontroverze i preduslovi, u: R. Vasić i I. Krstić (ur), *Pravna sigurnost u uslovima tranzicije*, Beograd 2014, ss. 122-159.

⁴³ H.-E. Böttcher/S. Gaboriau, Dans les gorges des Balkans, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 96(1)/2013, ss. 45-55, posebno ss. 50-51.

⁴⁴ Hasanbegović (bel. 1), s. 116.

⁴⁵ Npr. od Evropske komisije, čiji izveštaji ipak politički laviraju, što za stvar pravnih principa u Srbiji, naravno, nije dobro. O tome v. Fond za humanitarno pravo, HlcIndexOut: 133-F98881 od 15. 08. 2014.

⁴⁶ O ovome detaljnije Izveštaj Fonda za humanitarno pravo za 2012: Ostvarivanje prava žrtava na reparacije u sudskim postupcima u Srbiji, s. 12, dostupno na: <http://www.hlc-rdc.org/wp-content/uploads/2013/06/Ostvarivanje-prava-%C5%Bertava-na-reparacije-u-sudskim-postupcima-u-Srbiji-izvestaj-za-2012.pdf>. Takođe Saopštenje: <http://www.hlc-rdc.org/?p=25261>.

zbog hapšenja tokom akcije “Sablja” 2003. godine, pa tako, na primer, i generalu Aci Tomiću šest miliona dinara.⁴⁷

Tokom poslednjih deset godina sudovi su pak za najteže vidove kršenja osnovnih ljudskih prava etničkih nesrba, koja su počinile srpske vojne, policijske ili bezbednosne snage, dosuđivali mizerne odštete. U proseku, Bošnjaci koji su zlostavljani u policijskim stanicama ili Albanci koji su nezakonito hapšeni 1999. godine a potom bez pravnog osnova više meseci držani u pritvoru u ekstremno nehumanim uslovima dobijali su između 200.000 i 300.000 dinara. U 2012. godini najviša odšteta dosuđena je Bošnjaku Muji Vatreši i iznosi 500.000 dinara (nepravosnažna presuda), a najniža odšteta, od po 200.000 dinara, dosuđena je kosovskim Albancima Smajlu Gašiju i Rahmanu Elshaniju. Poređenja radi, ovaj iznos je identičan kazni koja se do dekriminalizacije klevete izricala za to krivično delo, koje je neuporedivo lakše krivično delo u odnosu na zlostavljanje ili neosnovano lišenje slobode. Novčana odšteta je epilog sudskih postupaka u kojima je sud priznao pravo žrtava na odštetu. S aspekta ljudskih prava i izgradnje vladavine prava, ona bi trebalo da bude simbolički ekvivalent nepravdi koju je žrtva preživela, s jedne, i odgovornosti države za kršenje ljudskih prava, s druge strane, kao što bi, takođe, trebalo da bude i izraz spremnosti društva da žrtvi pomogne u vraćanju dostojanstva. Niske odštete koje srpski sudovi dosuđuju etničkim nesrbima koji su žrtve nedela koje su počinili pripadnici srpskih državnih snaga tokom devedesetih godina ne zadovoljavaju nijedan od ovih zahteva.⁴⁸

⁴⁷ *Politika*, Hronika, 10. 01. 2008, <http://www.politika.rs/rubrike/Hronika/t53538.lt.html> (očitanje 14. 08. 2014).

⁴⁸ O tome detaljnije Fond za humanitarno pravo, *Uspostavljanje pravde ili relativizacija zločina? - Ostvarivanje prava žrtava na reparacije u sudskim postupcima u Srbiji : Izveštaj za 2012. godinu*, Beograd 2013.