

др Никола Висковић,
ванредни професор Правног факултета у Сплиту

ПРОЦЕДУРАЛНИ АСПЕКАТ ПРАВА

1. Два су најшира и најчешћа начина одређивања појма права у правној знаности, а тиме и разликовања правног поретка од моралног, обичајног и других поредака друштвене контроле: *структурални* и *каузално-функционални* начин.

Структурални приступ истиче специфичности *састава и систематизације* нормативних судова и људских радњи који су предмет правног искуства. Ту се право опћенито поима као систем норми који је гарантиран физичком присилом државе. Најдоследнији примјер такве „структуралне анализе права“ јест нормативизам Х. Келзена (H. Kelsen), а у мање чистом виду њој припада и укљупна вишестолетна традиција легализма и догматизма која је још данас превладавајућа у практичном и знанственом раду правника.

Каузално-функционални приступ истиче специфичности друштвених, материјалних и духовних, *узрока и ефеката* нормативних судова и људских радњи који су предмет правног искуства. Ту се право поима првенствено као процес стварања норми у одређеним друштвеним односима (из интереса, вриједности и циљева у њима) и повратног принудно-регулативног дјеловања норми на те односе. Ово је начин како се мисли у социолошким теоријама од Монтескијеа (Montesquieu) и Л. Дигита (L. Duguit) преко Е. Ерлиха (E. Ehrlich) и М. Вебера (M. Weber) до Ј.Б. Пашуканиса, али у једном ширем смислу истраживања онтолошких и вриједносних темеља нормативности такође и у филозофијама права од Аристотела преко Радбруха (Radbruch) до савременог уснатурализма или феноменологије права.

Бројне су варијанте сваког од ових приступа, са различитим мјерама елаборације, неједнаким идејним полазиштима (марксистичка спознаја права учествује напр. у оба приступа), па и са врло различитим теоријским и практичким нагласцима и доприносима. Метатеоријски гледано није ни могуће да се они приступи одвоје као два потпуно различита модела: они се конституирају по претежности пажње према статич-

ким и динамичким, структуралним и функционалним обиљежјима права као једне јединствене и вишедимензионалне стварности, али они не могу избјећи захваћање неких заједничких обиљежја — не може се нпр. захватити оно „чисто“ структурално а да се уједно не захвати и нешто од каузално-функционалног што је већ имплицирано у структури као узрок према посљедици, као садржај према форми итд. Бобио (N. Bobbio) је то лијепо показао на примјеру Келсеновог третирања силе у праву⁽¹⁾. А таква „крижања“ нису никакве методолошке незгоде или промашаји, него израз неизбјежне синтетичке природе спознаје права као једног тоталног друштвеног процеса. Утолико ниједан од ова два уобичајена приступа не може бити идеал правне знаности, будући да су оба битно мањкава, редукционистичка у односу на предмет-право. Супротна тежња ка синтези врло је присутна у сувременој правној знаности, а то је онај трећи и спознајно-практички најпотпунији приступ праву којег називамо *интегралним*⁽²⁾.

2. У европско-континенталној правној теорији слабо је познат *процедурални* начин одређивања права који се развио у англоамеричкој теорији на основама стварности и идеологије судског *case law* и *rule of law* у приватном и јавном праву. Најразличитије се исказује овај начин у америчкој реалистичкој теорији права, али је присутан и у текућој англоамеричкој школској и практичној доктрини⁽³⁾. Он је, изгледа, сроднији структуралном приступу, иако се од њега разликује по томе што је мање заокружен логичко-семантичким саставом правних норми и правног система, а више формалноправним и социопсихолошким током и смислом радњи (аката) у којима се одвија правни живот — чиме се везује и за каузално-функционални приступ. И управо због ове његове „мјешовите“ нарави процедурални приступ праву могао би имати становите предности и корисно послужити за превладавање редукционизма из уобичајених модела правног мишљења и за заснивање једне интегралне правне спознаје. Овдје желим само указати на ту околност и понудити неке елементе за даљња разматрања.

3. Да би се избјегли неспоразуми, потребно је најприје једно почетно упозорење. Врло запостављена у европско-континенталној опћој теорији права, процедурална страна права се ипак у Европи изучава у више засебних позитивноправних дисциплина или у поглављима тих дисциплина које одговарају уставном, грађанском, кривичном, управном и другим гранама права. У тим је оквирима испитивање разних аспеката правне процесуалности чак и аналитички врло продубљено (премда више формалноправно него социопсихолошки), али оно очигледно не постиже теоријско разумијевање цјелине те појаве. Стога се ту долази најдаље до института који су особени за гранске јединице *законодавног поступка*, *грађанског поступка* (парничног, ванпарничног, извршног), *кривичног поступка* или *управног поступка*, али се не захваћају ни сви грански аспекти правне процедуре — нпр. пословни поступак у грађанском и привредном праву, или политички поступак доношења одлука у законодавству, судству и управи, нарочито у њиховој социопсихолошкој димензији, а камоли да се доспије до питања о томе да ли постоје и какве су

(1) Вид.: Norberto Bobbio, *Право и сила*, „Погледи“ 1/1984, стр. 128—138.

(2) Вид.: Никола Висковић, *Појам права*, (2. изд.), Спонт, 1981.

(3) Од европских аутора види нпр. последње радове Хермана Канторовича (Herbert Kantorowicz).

опће правилности устројства и учинака правне процесуалности. Наравно, тако парцијализирана спознаја процесуалности (парцијализација знања је уопће обиљежје позитивизма, толико јаког у јуриспруденцији) не може имати значајније посљедице на теоријско поимање права.

4. Овдје је ријеч о несумњивој, али теоријски доста занемареној чињеници, да је једна од битних и специфичних особина правног поретка, по којој се овај јасно разликује од морала и осталих поредака друштвене контроле, његов *развијени и строго формализирани процедурални ток*. Становите процедуре постоје у свим облицима друштвене контроле, па и шире у сваком културном чинју, али у праву су оне најразвијеније и најстрижније.

Покд „процедуралним аспектом права“ подразумијевамо *својство права да се одвија као низ људских радњи (аката) чији су субјекти, садржаји и облици у великој мјери принудно и унапријед нормативно одређени, па стога само оне радње које су изведене на тако предвиђене начине имају за посљедицу настајање, промјену или престанак правних обавеза, правних овлаштења и правне одговорности, а то значи нормативних правних односа*(4).

Ова специфична принудност и одређеност тока радњи, што је један од основних садржаја „правне технике“, називају се у теорији још и *рационализација и формализација права* — у смислу нарочите развијености разумско-логичке структуре и устаљености међуљудских понашања у правном поретку. Дакако да ова својства права нису случајна, јер су каузално и функционално одређена од друштвених односа који чине супстрат правног поретка: та својства су нужне посљедице темељне чињенице да право захваћа управо оне и само оне економске, биолошке, политичке и културне међуљудске односе који су *битни за опстанак и развој одређеног повијесног типа друштва* и који стога садрже толико *снажне сукобе интереса*, класних и других, да угрожавају то друштво, а због тога морају бити нарочито строго и предвидљиво регулирани. Због такве природе друштвених односа које оно захваћа право је нужно *облик и средство политичке и економске власти*, тј. облик и средство ауторитарног или присилног управљања највиталнијим и најконфликтнијим сегментима друштвеног система. При томе право остварује примарне друштвене вриједности *опће egzистенцијалне сигурности, сигурности (калкулабилности) у економском промету, државне сигурности и јавнога реда, праведности у расподјели, економичности, истинитости, равноправности, демократичности* итд., све то, дакако, увијек у границама одређеног типа владајућих класних односа и њима одговарајућих вриједносних и уопће идеолошких схема.

5. Процедуралност или формализација захваћа у већој или мањој мјери све правне радње и све творевине правних радњи (нпр. „правне акте“ у ужем смислу писаних нормативних и ненормативних порука). Она се императивно успоставља путем правних норми, најприје уставних и законских, а затим, изведено или изворно, и путем нижих опћих и појединачних норми — све до правних послова. При томе су, сходно начелу законитости, које је главно средство правне процесуалности, и садржај и стварање и примјена једних (нижих) норми, такођер присилно одређени од других (виших) норми у једном нормативном систему, који

(4) О разлици између нормативних и преднормативних правних односа види Н. Висковић, *op. cit.*, стр. 73. и. А.

је са своје стране израз и средство постојећих односа економске и политичке моћи и одговарајућих идеологија у датом друштву.

За опћетеоријски приказ правне процесуалности није најпогодније полазиште уобичајена гранска дјуба процесуланих облика, ма колико је она несумњиво корисна за позитивноправну анализу и за правничко образовање. Опћа теорија права мора установити друге критерије који ће омогућити *јединствено* и *потпуно* излагање, објашњење и оцјену присилности и одређености свих правних радњи. Такве критерије налазимо прије свега у издвојеним *основним елементима људских радњи (аката)* који се формализирају у правном поретку.

То су, међу осталим, слиједећи елементи: *субјекти радњи, правне чињенице, објекти и циљеви радњи, начини обављања радњи и изражавања, логички облици, вријеме и мјесто радњи*. Томе се могу додати и друга обиљежја, прије свега *ступањ принудности и одређености радњи и одређеност „правних оператора“*.

Сматрамо ваљаном хипотезом да се из ових основа могу добити јединствене и исцрпне систематизације унутар којих је могуће утврдити опће законитости структуре и функције правне процесуалности — а то значи и појмовно разликовати право од моралног, обичајног и других поредака друштвене контроле.

6. У правном поретку су принудно и унапријед одређени бројни видови *правног статуса субјеката*: грађански, ропски, кметски и др. тељењи статуси; особе са правном способношћу али без дјелатне способности; особе са већом или мањом дјелатном (кривичном, политичком, радном, пословном, брачном) способношћу, односно особе са привилегијама и дискриминиране особе; физичке и правне особе; особе са и без јавних функција, те са разним државним и другим надлежностима; заступани и заступници итд. Догматико-правна и социолошка повијесна разрада ове типологије, даје једну Опћу теорију правних субјеката.

7. Принудно су одређене и тзв. *правне чињенице*, тј. природне појаве и људске радње које имају за учинак (будући да су поменуће у хипотезама правних норми као нормативни увјети) настанак, промјену и престанак правних обавеза, овлаштења и одговорности, а то значи нормативних правних односа: биолошке, геолошке, климатске, темпоралне и др. природне чињенице; безбројне врсте материјалних и језичких радњи, легалних и илегалних, нормативних и ненормативних; чињенице које се доказују и које се претпостављају или фингирају; урачуњливост, воља и изјаве воље, случај и кривња, те разни видови кривње итд. Овако конституирана Опћа теорија правних чињеница састоји се ипак од елемената који су већ разврстани у тач. 5. и 8—13, па је стога она корисна као могућност из једне нове и знанствено-педагошки важне тачке гледишта, али она нема једнаки значај као и знање о осталим елементима и стога није теоријски нужна.

8. У високој мјери су нормативно одређени врсте, употребе, правни режими и заштита *објеката или вриједности* које субјекти постављају себи као циљеве у правним односима: примарних објеката или главних вриједности, материјалних и духовних, и секундарних објеката или људских радњи које чине могуће или доступне главне вриједности⁽⁵⁾; људ-

(5) На примјер: музички доживљај и књига као примарни објекти, а радње музичарања и продаја књиге купцу као секундарни објекти. Ово друго је увијек и правна чињеница.

ског живота, тијела и слободе, рада, бескрајног низа творевина и природних објеката; квалитета и квантитета вриједности; објеката у промету и ван промета; објеката који су само јавно добро и оних који могу бити и приватно добро; генеричких и специфичних објеката; некретнина и покретнина, водених површина и зрака, интелектуалних проналазака, новца и вриједносних папира; казних мјера и потицајних мјера (кредита, концесија, субвенција, награда, положаја за унапређење) итд. Испитивањем ових елемената настаје Опћа теорија правних објеката или Правна аксиологија.

9. За право је врло карактеристично да су принудно одређени, понекад и врло прецизно, облици обављања и изражавања (материјалних и језичких) правних радњи: како треба усмено, писмено и симболички изказати, којим националним језиком, којим стручним терминима и са каквом синтаксом (редослиједом израза, формуларним реченицама, систематизацијом аката) треба изказати садржај правних радњи; какве гесте треба чинити, како се одијевати, какве симболе излагати и које особе морају присуствовати при свечаним или протоколним и другим свакодневним правним радњама; како овјеравати и проглашавати, којим медијима објављивати, како сачувати и информацијски обрађивати чињенице, писане и усмене правне акте итд. Ово је предмет Опће теорије форме правних аката и знатним дијелом Семантике права.

10. За право је особено и то да је у њему велики дио логичких поступака мишљења много строже одређен него у другим порецима друштвене контроле: појмови су прецизнији и чвршће систематизирани, судови и индуктивно и дедуктивно закључивање су ригорознији и једним дијелом догматскоправно одређени; начини доказивања такођер могу бити више или мање унапријед задати као обавезни; поред опћег схваћања истине, постоји и догматско-правна истина, нпр. код важења и правоћности; чак су и начини аргументирања и неки облици тумачења правних аката, који су иначе слободнија врста закључивања, дјеломично стандардизирани или чак посве обавезни, нпр. закључивање о законитости као *argumentum ab auctoritate* или тзв. систематско тумачење. Из ових процесуалних облика развија се специфична Правна логика, формална и аргументативна.

11. У бројним околностима су принудно одређени и вријеме и мјесто који су релевантни за правне радње чињенице и правне норме: вријеме и мјесто у којима се правне радње морају, могу или не смију обављати; временски редослијед обављања радњи у законодавном, судском, управном или пословном поступку; вријеме почетка, трајања и краја важења, као и териториј важења нормативних и ненормативних аката; временски и територијални критерији за рјешавање правних антиномија, националних и међународних; вријеме за стјецање појединих врста дјелатне способности; вријеме застаре и доспјелости; мјесто боравишта и сједишта правних субјеката, те њихов територијални дјелокруг (надлежност) итд.

Свака чињеница из овдје споменутих аспеката процесуалности права (точ. 5—11 и 13) може бити у већем или мањем ступњу присилна: њихово одређење може бити прецизно или оквирно; може бити категоричко, алтернативно, диспозитивно или у виду препоруке; може бити формално-правно постављено или само увријежено у законодавној, егzekутивној, правосудној, управној и пословној пракси. Нарочито високи ступањ њи-

хове присилности може довести „нормалну“ формалност права (коју у модерном друштву оцјењујемо с обзиром на оптималност њеног служења вриједностима споменутих у тач. 4. до *правног формализма*, а код логичких облика и начина изражавања правних аката све до крајње *формуларности*. Формализам и формуларност јесу најчешће особине неразвијених правних поредака и могу се парадоксално везивати, како показује М. Вебер (М. Weber), за ирационалне механизме понашања и власти. Мјера формалности права уопће и појединих правних установа омогућује израду разних макро и микротипологија у опћој теорији права.

13. Најзад, у развијенијим правним порецима формализирани су и *увјети за вршење функција „правних оператора“*, тј. оних особа које једине имају овлаштење (власт) да ваљано обављају, иницирају, контролирају, посвједочују итд. одређене акте. За разлику од других видова друштвене контроле, у праву могу постизати такве учинке у односу на велики број правних аката само субјекти који су посебно стручно обучени — а то су *правници*. Правници су особе које имају одређену професију, а то значи да су успјешно завршили једно стриктно прописано основно јуридикчко образовање и евентуално неки додатни стаж, праксу и стручне испите, што је онда претпоставка за њихово постављање на одговарајуће функције „правних оператора“ (суди, јавни тужиоци, савјетници, правни референти, адвокати, нотари итд.), који једини могу конституирати одређене правне акте у својству „правне власти“. Овај аспект процесуалности има за последицу, међу осталим, изразито рационално, зналачко, стално, ефикасно и на посебан начин етички уобличено (професионално-бирокуратско) дјеловање без којег се не могу замислити модерна држава и право. То је предмет Опће теорије правног образовања и правничке професије.

14. Спознаја велике важности што га процедура има у праву, требало би да утјече на правну знаност и на образовање правника. У европској јуридикчкој традицији постоји једно неоправдано прецјењивање тзв. „материјалног права“ насупрот „процесном праву“ и уједно привилегирање догматских метода насупрот осталим методама обраде права — што се теоријски показује, међу осталим, као превласт нормативно-структурале концепције права и политички као превласт законодавног волунтаризма једне јаке државе у једном још релативно слабом грађанском друштву. Позитивне и теоријске правне знаности и наставне (научне) дисциплине морат ће стога посветити знатно већу пажњу проучавању процедуралног аспекта права — али не само путем догматске обраде у постојећим гранским правним поступцима, него и на једној вишој, интегралној теоријској разини где ће се показати да процедура, као рационализација и формализација није једна пука помоћна техника у односу на материјалноправне норме већ једно битно обиљежје структуре и функције права које је имплицирано у свакој правној норми и у свакој правној радњи.

Овако исправљено схваћање улоге процедуралности мора се одразити и на опћу систематику права и на саму дефиницију права. Тако бисмо и ми нашу почетну интегралну дефиницију права, која гласи: право је „друштвени процес састављен од становитих друштвених односа којима је потребно присилно дисциплинирање, вриједности и циљева којима се такви односи оцјењују и пројектирају, и норми које полазећи

од владајућих вриједности и циљева такве односе присилно уређују”⁽⁶⁾, могли допунити још и ставом: „уносећи тако високу мјеру процесуалности или рационализације-формализације у све елементе људских радњи од којих се односи састоје”. Ово упозорење на процесуални карактер права има снажну спознајно „освјетљавајућу моћ” и могло би врло позитивно дјеловати на јуридичко, па и на етичко-политичко образовање и праксу правника.

dr Nikola Visković,
associate professor of the Faculty of Law in Split

PROCEDURAL ASPECT OF LAW

Summary

As contrasted to the structural approach and causal-functional conception of law which still prevail as reduction-ist methods in the field of comprehending the law, the author points at some positive elements of the procedural approach which could contribute to the forming of an integral perception of law. It is a fact, namely, that legal order has as an essential and specific characteristic (as contrasted to the morale, customary and some other forms of social control) a higher degree of rationalization and formality. In other words, a signification part of its elements is to quite a degree determined in a compulsory way and in advance. This relates to legal subjects, to legal facts, to legal objects or values, to the ways of performing and expressing legal acts, to logical forms, to time and place relevant for legal acts, as well as to legal operators. Conceiving of all these circumstances should influence legal science and legal education in terms of greater taking into account and deeper study of the procedural aspect of law.

dr Nikola Visković,
professeur à la Faculté de droit à Split

ASPECT PROCEDURAL DU DROIT

Résumé

Contrairement à l'approche structurale et approche causale-fonctionnelle du droit, qui, et tant que méthodes réductrices prédominent encore dans les connaissances juridiques, dans cet ouvrage on signale quelques avantages de l'approche processive qui peuvent contribuer à l'élaboration d'une connaissance intégrale du droit. Il s'avère néanmoins que l'ordre juridique a pour caractéristique spécifique et essentielle (face au contrôle moral,

(6) Вид.: Н. Висковић, *op. cit.*, стр. 46.

usuel et autres formes de contrôle social) un niveau supérieur de rationalisation et formalisation, c'est à dire qu'une part importante de ses éléments est grandement déterminée d'avance et de manière forcée, tels que: les sujets juridiques, les faits juridiques, les ouvrages ou valeurs juridiques, le mode d'exécution ou d'expression des opérations juridiques, les formes logiques, le temps et l'endroit qui sont importants pour les opérations juridiques ainsi que ceux qui exercent dans les activités juridiques. Le fait de connaître ces circonstances devrait agir sur les connaissances et sur la formation juridiques dans le sens de plus grande considération et étude plus approfondie de l'aspect procédural du droit.