

др Тодор И. Подгорац,
редовни професор Правног факултета у Крагујевцу

ПРАВНИ ПРОПИС И ПРАВНА НОРМА

У овом раду се расправља о питању односа правног прописа и правне норме. Између њих се ни у ком случају не може ставити знак једнакости; иако су они у тесној вези, реч је о две различите ствари. То што се правна норма стављала у први план као нешто унапред дато и готово, а правни пропис запостављао као ситна, безначајна ствар, представља велики грех теорије права.

Према извршеној анализи, указује се да је правна норма исказ изведен, конструисан, реконструисан из правних прописа, и она би се као таква, у даљем поступку, могла свести и на сам њихов смисао. У нашој расправи акценат се ставља на утврђивање смисла правних прописа (извођење правне норме из њих) у односу на дату ситуацију, будући да смисао - сходно разумевању, одн. тумачењу сваког текста - не зависи само од прописа који чине правни текст, него и од тумача који се формира под утицајем одређене културе и руководи одређеним системом вредности, и саме фактичке ситуације коју треба решити.

Кључне речи: *Правни пропис. - Правна норма. - Смисао норме. - Тумачење.*

Шта је позитивно право углавном је познато, иако у његовом схватању постоје разлике (1). Оно је било и остало предмет теорије права, али не и искључиво оно; двојство права у историји правне мисли, изражено у појединим теоријама и школама права (позитивно и природно право, позитивно и друштвено право, позитивно и интуитивно право итд.), управо говори о томе. Објективним правом као друштвено-историјски условљеним и које се објективно намеће, као објективно постојећим у самим друштвеним односима, о којем нам је проф. Лукић даривао изузетну књигу *Систем филозофије права* и која је предмет интересовања данашњег скупа (2), ретку не само у нашој, него и у светској филозофско-правној књижевности, бави се филозофија права. Разуме се, филозофија права испитује и однос између објективног и

(1) Л. Петражицки је, сходно свом искуствено-психолошком изучавању права, знатно проширио појам позитивног права: утврдио је онолико видова позитивног права колико и нормативних факата.

(2) Рад је писан поводом научног скупа на Правном факултету у Новом Саду (24. јуна 1993), посвећеног књизи *Систем филозофије права* академика проф. др Радомира Д. Лукића.

позитивног права (3). Овај проблем је важан и за теорију права, а поготову за науку политике права која се бави питањима *de lege ferenda*.

Признање да поред позитивног права постоји и право које то није, дозвољава, чини нам се, да се низ питања теорије права друкчије постави и расправи; показаће се да "пробијање термилолошке блокаде" води суштини ствари, или бар приближавању њиховог решења.

Једно од таквих питања је, без сумње, однос између правног прописа и правне норме као назива и појмова и друга питања (или потпитања) с њим у вези.

У правној науци и судској пракси ови називи се често поистовећују (употребљавају као синоними) (4), као што је, уосталом, случај са речима *пропис* и *норма* и у другим областима (граматика, медицина, религија, морал итд.: говори се, дакле, и о граматичким, лекарским, црквеним, моралним итд. прописима или нормама).

Пропис не мора увек бити писан, како би произлазило из етимологикона речи *пропис* и *прописати*; *прописати* не значи само написати пропис, тј. донети га, одн. издати у писаној форми, иако то данас првенствено значи (да је тако не би се, на пример, могло говорити о прописима обичајног права); *прописати* значи и написати, преписати (на рецепту) лек за неку болест (5). Ово друго значење речи *прописати* није далеко - и зато се такође мора имати у виду - од правних прописа као средстава за здрав друштвени организам и лечење болесних стања у друштву.

По нашем мишљењу, између правног прописа и правне норме не може се ставити знак једнакости. Иако су они у тесној вези, разлика између њих, без сумње, постоји и она није само привидна, што ћемо покушати да покажемо.

Веома је важно нагласити да је назив *правни пропис* резултат законодавне праксе, а *правна норма* творевина правне науке; законодавац се служи првим називом, а судија и првим и, додуше ређе, другим. Чињеница да и правни пропис и правна норма означавају правило понашања које об(а)везује, још увек није довољан разлог да се изведе закључак да су они синоними.

Не само да су правни пропис и правна норма две различите ствари, него се ни правни пропис, с једне, и написани члан (параграф) и друге техничке, редакционе јединице у његовом саставу, ако их садржи, с друге стране, не поистовећују увек; прецизнија анализа правног прописа показује да се може правити разлика између њега као садржаја правног акта (оног што је *прописано*) и његовог спољњег израза. У овом другом случају реч је, дакле, о језичко-документарном испољавању правних прописа. Разликовање ове две равни - унутрашње и спољашње, духовног садржаја и тела као омотача правног прописа омогућава да се, на пример, схвати смисао реченице: пропис или про-

(3) О овоме у наведеној кн.изи проф. Лукића, стр. 411-416. Овде вреди поменути и кн.игу из совјетске правне књижевности - В. С. Нерсесянц, *Право и закон*, Москва 1983.

(4) О замењивости назива: правни пропис - правна норма, опширније вид. (у истоименом одељку) у кн.изи Ј. Nowacki, *Przepis prawny a norma prawna*, Katowice, 1988.

(5) Уп. Речник српскохрватскога књижевног језика, Матица српска, Књига пета, П-С, Нови Сад, 1973.

писи члана тог и тог (6). Иако нам ова анализа не изгледа као "цепање длаке на двоје", рецимо да се у правној књижевности, сем ретких изузетака, не прави та разлика, тј. правни пропис се, будући унутрашњи садржај члана (параграфа) или, у даљој градацији, којег мањег његовог дела, скоро увек поистовећује с њима као спољним изразима (7).

Члан или параграф закона или неког другог општег правног акта може садржати само један, али и два, три, чак и више правних прописа. Дакле, правни пропис може бити дат у једном члану (параграфу) као целини; међутим, поједини делови члана, одн. параграфа дати *a linea* (као став, тачка и чак подтачка), ако чине смисаону целину, представљају правне прописе. По нашем мишљењу, да би се посебна реченица у члану, одн. параграфу сматрала правним прописом, није битно да почиње великим словом и да се завршава тачком, иако је најчешће тако; то може бити и реченица одвојена од других тачком и запетом (што зависи од технике законодавца); битно је да представља смисаону целину (једна реч у члану, одн. параграфу не може чинити правни пропис, због тога што реч има значење, а не смисао).

Иако смо редовне правне студије окончали са убеђењем да је правна норма *атом права*, све више нам се чини да не треба полазити од правних норми као од нечег унапред датог и готовог, како то чини владајућа теорија права. Ни правни институти нису скупови "сирових" правних прописа, одједном настали. Треба да прође извесно време да би се они искристалисали. Краће - ако се правни прописи ограничавају на просто прихватање онога што живот даје, а дуже - ако су правни прописи *prius*, а конкретни животни односи, који на њима треба да почивају, *posterius*. У овом другом случају, уместо склада, може доћи до дубоког разилажења (8); све зависи да ли су такви прописи у складу са објективним правом.

Чему тумачење правних прописа и попуњавање правних празнина тумачењем ако је све унапред одређено и јасно?! При коначном одређивању правних норми (и правних института), ако је уопште могуће говорити о њиховом коначном одређивању, будући да се правни прописи мењају - у целини или бар у неком детаљу, нужно је узети у обзир околности конкретних животних односа, и то сваког понаособ.

(6) О овом разликовању опширније, вид. С. С. Алексеев, *Общая теория права*, том II, Москва, 1982, стр. 39-42. Уп. Ф. Регельсбергер, *Общее учение о праве*, перевод И. А. Базанова, Москва 1897, стр. 137 и Ј. Nowacki, *op. cit.*, стр. 34 (и у уџбенику Ј. Новацког и З. Тобора - Ј. Nowacki, *Zugmunt Tabor, Wstep do prawoznawstwa*, Część I, Katowice, 1986, стр. 70, 71). Проф. Алексејев говори о *норми-пропису* (нормативном пропису) и *логичкој норми*: "нормативни прописи функционишу не само као такви, него и у јединству, у тесној вези и пре свега у виду *логичких норми*... - Логичка норма - то је *логичким путем откривено опште правило, које отелотворује органске везе међу нормативним прописима*..." (стр. 42); норма-пропис се изражава по формули: "Ако..., онда...", а логичка норма - "Ако..., онда..., у противном случају..."

(7) Тако, на пример, у пољској *Малој енциклопедији права (Mala encyklopedia prawa*, Warszawa, 1959, стр. 545) стоји: "*Правни пропис*, део правног акта издвојен од законодавца као члан, параграф или у другој форми". Уп. Ј. Nowacki, *op. cit.*, први одељак, где се опширније говори о правном пропису.

(8) У владајућем учењу о правним нормама и правним институтима конкретни животни односи се запостављају или, блаже речено, остају у њиховој сенци. О узajамним односима међу правним институтима и конкретним односима, вид. (у истоименом чланку) у књизи *Памяти професора Габриеля Феликсовича Шершеневича*, Москва, 1915.

Изгледа да може бити коначна само правна норма изведена за конкретан животни однос од стране суда (у вишој инстанци).

То што се правна норма истицала у први план, а правни пропис запостављао као ситна, безначајна ствар, представља велики грех теорије права. Законодавним органима, међутим, нико не замера, нити је то чињено раније, што се служи појмовним апаратом различитим од оног правне науке. Као што из већ реченог произлази, правни пропис је елементарна јединица закона или неког другог правног текста, а правна норма то није (9); правни пропис као исказ у одређеној форми је "затечен", док се правна норма изводи, твори из једног, два или више правних прописа (у једном или различитим општим правним актима), или чак из духа закона и читавог законодавства. Не говори се у правној књижевности узалуд о *правном језику* као језику правних прописа и *правничком језику* чија је материја правни језик. Управо је правна норма термин правничког, а не правног језика (10).

Зато нам је сасвим схватљиво гледиште о правној норми као исказу изведеном, конструисаном, реконструисаном из правних прописа (11). Л. Петражицки, творац искуствено-психолошке теорије права и велики борац за доследну примену правног метода, остварење принципа законитости и правне државе, с правом је говорио да су предмет тумачења нормативни факти: "из једног нормативног факта, нпр. законодавног исказа (*законодателнаго изречения*), узетог посебно или у поређењу с другима, може се изводити мноштво правних норми... Обрнуто, за добијање једне норме одређеног садржаја нужно је каткад упоредити два, три или више законодавних исказа као податке за одговарајући закључак. Уопште, законодавни искази и други нормативни факти представљају за правну псих(ик)у базу за извођење, путем различитих умних операција, најразличитијих нових правних судова и одговарајућих пројекција - норми" (12). Наведено место умногоне подсећа на став Р. Јеринга да се развијена јуриспруденција никада не може бојати апсолутног дефицита у правним нормама (13).

(9) Да правна норма није - ако то не звучи као плеоназам - посебна супстанцијална суштина, уп. Ј. Nowacki, *op. cit.*, стр. 74.

(10) О разликовању правног и правничког језика, вид. опширније у изванредној књизи Б. Врублевског, некадашњег професора кривичног права и поступка на Универзитету "Стефан Батори" у Вилну (B. Wróblewski, *Jezyk prawny i prawniczy*, Kraków, 1948). Уп. *Језик права*, "Домети", бр. 6/1979, Ријска, посебно текстови Н. Бобија и Ј. Врублевског.

(11) У пом. пољској Малој енциклопедији права, стр. 388, читамо: "*Правна н. (орма)*, правило понашања конструисано на основи правних прописа". У схватању К. Опалека и Ј. Врублевског правна норма је правно правило изграђено од елемената садржаних у правним прописима (вид. К. Opalek, J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa, 1969, str. 57). В. Ланг каже: "Правна норма... није исказ правног текста, већ исказ реконструисан из правног текста" (W. Lang, *Teoria prawa*, Toruń 1972, стр. 98). Z. Ziembinski истиче да се из разних правних прописа скупљају елементи за реконструисање норме понашања (вид. Z. Ziembinski, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa, 1980, стр. 158; подтачка *Правна норма као конструкт правничке доктрине* говори сама за себе).

(12) Проф. Л. И. Петражицкий, *Теория права и государства в связи с теорией нравственности*, Издание второе, исправленное и дополненное, Том I, С. - Петербург, 1909, стр. 229; Уп. Е. Јарга, *Ogólna teoria prawa*, Warszawa, 1920, стр. 197 (о правној норми) и 204 (о тумачењу).

(13) О практичко-догматичкој јуриспруденцији Р. Јеринга, уз остале школе и теорије, писали смо у књизи *Правна политика Л. Петражицког*, Београд, 1983, § 6.

Ако се, у горњем контексту, правне норме изводе из садржаја правних прописа, онда су они, такви какви су - у форми која има дугу традицију, средство за њихово изражавање; већ одатле произлази да правне (читај: позитивноправне) норме не постоје као нешто сасвим одвојено од правних прописа.

Велика је истина садржана у ставу Л. Петражицког да у интелектуални састав позитивног права улазе: 1. нормативни факти (закон и др.), 2. императивно-атрибутивна преживљавања (доживљаји, представе, оно што се искусило), везана са овим фактима - само позитивно право, као реална појава и 3. одговарајуће норме (пројекције, фантазме), изазване овим преживљавањима. Иако је овде - како је овај писац правилно указивао - реч о три различите категорије које традиционално учење не зна и не разликује (реално позитивно право губи из вида и не изучава, а за реално позитивно право узима норме и меша их с нормативним фактима), из његовог схватања произлази - друкчије не може ни бити, бар када је реч о позитивном праву - без првог елемента нема ни друга два. Друкчије стоји ствар са интуитивним правом у чији интелектуални састав улазе императивно-атрибутивна преживљавања (која настају непосредно, без ослоњања на нормативне факте) и одговарајуће норме, њима изазване... Овај човек је био у праву када је тврдио да нема увек фактичког паралелизма између закона као нормативног факта и законског права у реално-психолошком смислу (то је случај, како се уобичајено каже, када законски прописи постоје само као мртво слово на папиру).

У пољској правној књижевности, свакако под утицајем Л. Петражицког и његовог ученика Ј. Ландеа, среће се гледиште да треба разликовати *правну норму као значење правног израза* од правне појаве као реалне чињенице, у чији састав улазе преживљавања и понашања (14).

Не излазећи из оквира задате теме, и навикнути на важећу правну терминологију, само ћемо се запитати: будући да се доношењем писаних општих правних аката (писаних извора права, писаних нормативних факата) не завршава процес стварања права и да у животу нема два потпуно истоветна случаја на која се примењују прописи садржани у овим правним актима, није ли правна норма, у крајњој линији, *смисао правног прописа* и, чешће, *више правних прописа*. Ако се ствари овако посматрају, а изгледа да могу, уз потврдан одговор на постављено питање, онда излази да исти правни прописи у једном случају могу имати један, а у другом - други смисао, што зависи од конкретних околности.

Свођење правне норме на смисао, одн. значење (15) правног или правних прописа има, изгледа, пуно оправдања.

Пре него што будемо нешто више рекли у прилог изнетог гледишта, напоменимо да се речи *значење* и *смисао* (на лат. *significatio* и *sensus*) узимају као синоними, иако оне то нису увек, што се види и из

(14) Уп. Ј. Kowalski, *Teoria prawa*, Warszawa, 1975, str. 28 i sl.

(15) "Најповољније схватање везе између законског текста и норме - каже Ф. Студницки - почива на прихватању да је норма значење израза, о којем знамо да је правни израз" (F. Studnicki, *O dogmatyce prawa*, "Panstwo i Prawo", бр. 7-8/1957, стр. 118). У књизи тројице аутора о проблематици науке о правној норми (J. Smialowski, W. Lang, A. Delorme, *Z zagadnień nauki o normie prawnej*, Warszawa, 1961, стр. 12-13) читамо: "под правном нормом ћемо разумети одређено значење правних израза садржаних у обвезујућим нормативним актима".

речника матерњег и страних језика. Нама се чини да је тачније, и да се чак мора, говорити о смислу, а не о значењу правних прописа. На руском језику *толкование* (тумачење) је повезано с речју *толк*, која као прво и основно значење има управо *смисао* (16). Важно је ово истаћи не само због прихватања да је правни пропис изван напис, а правна норма смисао тог написа, него и због тумачења (интерпретације) права уопште.

Иако веома блиске по свом значењу, речи *значење* и *смисао* се разликују; у нечему се разликују чак и кад се узимају као синоними. На основи усвојених општих знања и практичног искуства које је стекао, човек и без неког посебног размишљања под утицајем извесних лингвистичких, психолошких и логичко-филозофских покушаја објашњења односне ствари, непосредно, тако рећи интуитивно, увиђа и опажа да речи имају значења, а реченице (и речи изрази као skupине речи у улози реченица) и текст у целини - смисао (дух, садржај или, спајајући ове две речи, духовни садржај). Ако се пак говори о духу речи, при том се не мисли на реч ван одређеног контекста: изоловане речи у стварности нема; значење једне речи повезано је са значењима других речи са којима је у вези; издвојена из те везе, она је мртва; мртва је јер је лишена мисли. Чињеница да се значење једне речи одређује другом речју, говори нам о односу синонимије међу њима; међутим, синоним којим се одређује дата реч само је сродница, без њиховог потпуног поклапања. Када се пак значење једне речи не одређује само другом речју (синонимом), него и реченицом, или искључиво реченицом (или више њих), такво објашњавање значења већ прелази у смисао. Дакле, смисао уопште произлази из састава реченице и већих делова текста, тј. из везе употребљених речи, одн. њихових значења. При том се не доводи у везу само значење са значењем, него и смисао са смислом - смисао претходне са смислом наредне реченице и читавог текста: смислови као да се уливају један у други и допуњавају. За утврђивање смисла битно је у ком контексту је нешто речено и повезано са целином (језички и системски контекст) и са каквом мотивацијом која се крије иза тих контекста. Овде треба поменути и трећи контекст који утиче на смисао - функционални (17); смисао правних прописа одређује се према

(16) Вид. С. И. Ожегов, *Словарь русского языка* (у било ком издању).

(17) Иако у туђој материји, своје мишљење о значењу и смислу, исказано сажето, били смо у прилици да поткрепимо доступном нам књижевношћу. Тако, Н. А. Сљусарева одређује смисао као посебан тип односа између појмова - као постојање везе међу њима, скуп веза датог појма с другим појмовима. В. А. Звегинцев подвлачи да значење и смисао нису независни једно од другог; смисао је могућ утолико, уколико постоје значења која тим самим потчињавају мисао одређеним ограничењима; значења не постоје сама за себе, већ ради смисла (у интерпретацији Бондарка - А. В. Бондарко, *Грамматическое значение и смысл*, Ленинград, 1978, стр. 36-37, 39; на стр. 97 ове књиге дословце је наведена мисао В. Скаличке: "Као што је познато, опис значења (der Bedeutung) текста - најлакши је задатак. Теже је описивање смисла (des Sinnes), тј. свега онога што садржи текст + ситуација"). У *Логичком речнику-приручнику* Кондакова стоји: "Када се значење датог језичког израза суодноси (соотносится) са значењем других језичких израза или с предметном облашћу, тада се добија смисао језичког израза" (Н. И. Кондаков, *Логический словарь-справочник*, Москва, 1975, стр. 185). Виготски је истицао да је значење сама реч посматрана изнутра и да значење речи психолошки није ништа друго до уопштавање или појам (Л. Виготски, *Мишљење и говор*, Београд, 1983, стр. 313). Кирилов и Старченко говоре о појму и речи: "Појам је нераздвојно везан с језичком јединицом - речју. Појмови

њиховој функцији која се остварује у дато време и у датој средини, од одговарајућих људи и под утицајем низа чинилаца.

Не сме се сметнути с ума да примена права не представља прост силогизам, чисто логичку операцију; тумачење (*interpretatio*) права као утврђивање смисла правних прописа и саставни део примене права неизоставно укључује извесно вредновање - оцењивање и мерење интереса у сваком конкретном случају.

Из одређивања правне норме као исказа конструисаног из правних прописа (понекад из духа закона, па и целог законодавства) и одређивања правне норме као смисла правног или правних прописа произлази да је правна норма резултат, а никако не предмет тумачења. Оба ова одређивања или гледишта, терминолошки различита, могла би се, чини се, повезати у једно јединствено: ово друго нам изгледа као довршавање оног првог из разлога што на тачан или прави смисао правног текста утиче низ чинилица, од којих су околности у којима се јавља конкретан случај веома важни.

У прилог наведена два гледишта о правној норми, или једном јединственом говоре, чини се, и *херменеутика* (као теорија тумачења права и као онтологија права - врста филозофије разумевања) и *функционалистичка јуриспруденција*.

Херменеутика као теорија тумачења правног текста с правом скреће пажњу да је основни задатак примене права разумевање овог текста и доношење решења адекватног датом случају, фактичком стању, фактичкој ситуацији. Схватање, одн. тумачење правног текста - следи као даљи закључак - не почива само на установљењу, реконструкцији смисла кодираног у том тексту; оно увек садржи творачки елемент који у процес разумевања уноси тумач, формиран под утицајем одређене културе, који се руководи одређеним системом вредности и који се налази у одређеној историјској ситуацији.

Основни став херменеутике као филозофије разумевања гласи: свет и језик се не могу раздвојити, а језик је једина суштина која се може схватити (разумети). Разумевање текста (језика) истовремено је и разумевање света о коме тај језик говори; у процесу разумевања човек изражава свој однос према свету, дајући у некој мери смисао тексту. И као код херменеутике као теорије тумачења, и овде се истиче оно што *саодређује* смисао текста (историјска ситуација, традиција под чијим утицајем је тумач образован и конкретна ситуација којој се смисао прилагођава).

Херменеутичка филозофија права одбацује супротност: правни текст који се тумачи - тумач; разумевање се показује као својеврстан дијалог између тумача и правног текста. Правни текст је важан, али је само један од елемената који - да направимо још једну мало необичну

се изражавају и утврђују у речима и скупинама речи које се зову *имена*" (В. И. Кириллов, А. А. Старченко, *Логика*, Москва, 1982, стр. 28) "Израз, 'реч има значење' - говорио је Ушаков - значи: реч је кадра да игра улогу симбола, знака за мисао" и, мало даље, "не само да језик зависи од мишљена, него и *мишљење зависи од језика*: помоћу речи можемо мислити: 1) *о томе*, о чему без њих не бисмо могли мислити, и 2) *тако*, како без њих не бисмо могли" (Д. Н. Ушаков, *Краткоке введение в науку о языке*, Издание четвертое, Москва, 1919, стр. 50, 56). О општој теорији значења, смислу и преводу вид. и у П. Н. Дејисов, *Принципы моделирования языка*, Москва, 1965, стр. 120 и сл.

кованицу - *састварају* смисао, с обзиром на улогу тумача. У поменутом дијалогу тумач са свом својом залихом интуитивног уводног разумевања (*пре-*, или *пред-*разумевања) тражи у правном тексту одговор на покренуто питање (18). Интуиција као моћ непосредног увиђања и опажања и целинског сагледавања има велику улогу у примени и тумачењу права. Ово би обилато могао да поткрепи Л. Петражицки, својим учењем о интуитивном праву и његовом утицају на позитивно, као и Х. Бергсон (19).

Свако време носи своје бремене и одређени систем вредности. На личност судије или другог државног субјекта као примењивача и тумача правних прописа да у једном предмету поступа на одговарајући начин утиче низ момената: његова општа и правна култура (у оквиру ове друге и ужа специјализација), обдареност и вештина, искуство и људскост, љубав и савесност у послу, развијеност осећања и смисла за правичност (*sensus iuridicus*), моћ уживљавања у психичка стања других људи итд. Језик, то најсавршеније средство, и као средство изражавања правних прописа носи на себи судбински печат несавршенства: мисао законодавца се не може изразити потпуно (једни случајеви се превиђају, а други не предвиђају, што се у теорији права назива правним празнинама) и на један апсолутно адекватан и веран начин. С друге стране, по својој природи, језик постоји објективно - сам по себи и сам за себе; он казује више но што хоће да каже онај који га употребљава. Својство језика није - како је говорио М. Фуко - ни у гледању, ни у доказивању, него у тумачењу. Апсолутно адекватним тумачењем правних прописа понављао би се односни текст од речи до речи (*Тпл - Тпл*), па би оно као такво било сувишно. Будући да су односи међу људима многобројни и веома сложени, они не могу бити потпуно регулисани помоћу неколико језичких формула, на шта је тако уверљиво скретао пажњу Ф. Жени. Овако или онако језички изражен и објављен у службеним новинама, закон се одваја од свог творца (који је у овој или оној мери, и откривалац објективног права) и добија самосталан живот (утолико дужи колико је више у складу са објективним правом); доведен у везу (од тумача) с другим законима, он производи правне последице које творац није имао у виду. Свега тога требало би да буде свестан сваки законодавац. Г. Радбрух је био дубоко у праву када је говорио: "Тумач може разумети закон боље него што су га разумели његови творци, закон може бити мудрији од његових састављача - он чак *мора* бити мудрији од његових састављача. Мисли састављача закона нужно морају имати празнине, оне не могу увек избећи нејасност и противречност, али тумач мора бити у стању да у закону пронађе за сваки правни случај који се може замислити јасну и непротивречну одлуку... Тако, правничко тумачење не представља накнадно мишљење о претходно мишљеном, него *довршавање мисли нечега што је мишљено* (20).

(18) Извор нашег сазнања о херменеутици (као теорији тумачења и као филозофији права), које смо овде сажето изнели, био је најновији уџбеник тројице пољских аутора - A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziembinski, *Zarys teorii panstwa i prawa*, Warszawa, 1993, стр. 119-121.

(19) В. Х. Бергсон, *Оглед о непосредним чињеницама свести*, Београд, 1978.

(20) Г. Радбрух, *Филозофија права*, Београд, 1980, стр. 142-143 (последње речи у наводу подвукао Т. П.). Мало даље, овај аутор каже: "Правничко тумачење је нераздвојива смеша теоријских и практичних, сазнајних и стваралачких, репродуктивних и продуктивних, научних и наднаучних, објективних и субјективних елемената".

Све то што утиче на саодређивање смисла правног текста мора да има у виду и сам законодавац, и он га, бар у одређеној мери, има, сем ако није сувише идеологизован па емпирију која би требало да настане под утицајем изнетих чинилаца, сасвим искључује; ако би то био случај, онда утолико горе и за појединца и за друштво, најзад, и за таквог законодавца.

Поред основног става функционалистичке јуриспруденције да право није оно што је, већ оно што дејствује (*law is not what it is but what it does*) (21), с којим је у непосредној вези и онај о разликовању права у књигама (*law in the books*) и права у дејству (*law in the action*), наведимо још неке који би могли да, на овај или онај начин, поткрепе наше гледиште о правној норми.

По мишљењу О. В. Холмса (O. W. Holmes), право је предвиђање онога што судови фактички чине; право у живот покреће искуство, а не логика. Џ. Ч. Греј (J. Ch. Gray) је истицао да је закон само материјал из којег се ствара право, а не само право, да се право не може одредити пре него што га суд овако или онако утврди и да је, у вези с тим, нетачна тврдња о два дела права - законодавног права (*legislative law*) и права ствараног од суда (*judge made law*). Џ. Франк (J. Frank) је скретао пажњу да се право као скуп правних норми објашњава психолошки - тзв. очинским комплексом (*father complex*): тако схваћено, оно је еквивалент лажне представе детета о оцу као о непоткупљивом судији, творцу одређених норми и понашања (22).

Мора се схватити да разумевање, одн. тумачење права као сазнајни процес - уосталом, као и разумевање, одн. тумачење уопште - има два дела: правни текст и активног тумача са свим особинама његове личности. И као што се разумевање, односно тумачење сваког текста врши путем поступних приближавања и поправки - по тзв. *херменеутичкој спирали*: полази се од целине, па се преко детаљног тумачења, поново враћа целини тако се са неком врстом уводног разумевања приступа тексту закона или законика и у њему тражи одговор на питања везана за конкретан случај. Текст правних прописа који не морају бити у истом извору права, се разуме, тј. из њега се извлачи смисао искључиво преко конкретног случаја. Битан је, јер је реалан - остварује се у пракси, смисао правних прописа утврђен у односу на конкретан случај; њихов апсолутан (апстрактан) смисао, ако је о њему уопште могуће говорити, мора бити *довршен* прилагођавањем конкретном случају, тј. коначан одговор је резултат сравњивања датог текста и датог случаја. Разуме се, при том, тумач, са свим оним што унапред собом доноси, мора испољити највећу пажњу при упознавању текста и испитивању околности случаја. Као што је познато, у животу нема ни два потпуно истоветна догађаја; иако, на основи заједничких им битних обележја, потпадају под исте правне прописе, међусобно се разликују бар по неким нијансама (23). Дакле, само се у тзв. *херменеутичкој ситуацији*

(21) Уп. S. K. Allen, *Law in the making*, "Oxford University Press", 1961, стр. 42.

(22) Опширније о функционалистичкој јуриспруденцији, в. у нашој књизи - Т. Подгорац, *op. cit.*, §24. *Functional jurisprudence*.

(23) Уп. M. Waligórski, *Podstawy kasacyjnej procedury cywilnego w swietle różnicy pomiędzy faktami i prawem*, Lwów 1936, стр. 274.

може разумети дати текст, одн. утврдити његов смисао (24). А зашто се онда то не би могло узети као правна норма?

У погледу мисли коју садржи, текст правних прописа не мора да буде једнак сам себи. Његовим тумачењем треба открити прикривено у откривеном, неказано у казаном. Тако се и тумачење, тј. интерпретација права - да се послужимо игром страних речи - показује и као интерпенетрација - продирање, проницање у суштину ствари сучељавањем датог текста и околности конкретног случаја.

Извођење правне норме из правног или правних прописа и њено свођење на смисао истих ближе је животу, него одређивање правне норме као нечег унапред (*a priori*, а не *a posteriori*) датог. Правна норма зависи од околности фактичке ситуације, па у својој пуноћи настаје тек при тумачењу и примени правних прописа на ту ситуацију. Ако се може рећи да се правном нормом регулишу конкретни случајеви (тачније је говорити да се то чини правним прописима), у сваком случају се мора узети да се правном нормом - с обзиром на изнети херменеутички процес размевања и тумачења - решава конкретан случај, из којег она, бар делимично, и произлази. Признавање правној норми независног постојања, одвојеног од схватања везаних за живот, искривљава циљеве позитивног права (25) које не би смело да се много удаљава од објективног права. Налажење путева узајамног склада ових двају права веома је важно да не би дошло до социјалних потреса у одређеној друштвеној средини.

Праву које се објективно намеће, или објективном праву, о којем проф. Лукић тако лепо пише, треба тежити не само при стварању права, него и при његовој примени, будући да се примена права, са својим саставним делом - тумачењем, мора узети као *достављање права*. За остварљивост позитивног права пред друштвом одговорни су не само законодавци, него и они који га примењују, у првом реду судије, и поготову судије, јер они у крајњој линији одређују шта је право. Ако је стварање права (разуме се, позитивног) у одређеној мери и откривање (у односу на објективно), онда би то требало да важи и за примену. Свакако, у томе и јесте смисао § 1. Швајцарског грађанског законика (1907) који предвиђа да ће судија - ако му закон, и словом и духом својим, и обичајно право не дају основа за доношење одлуке - правно питање решити "по оном правилу које би он сâм за такав случај поставио као законодавац", идући при том за добром научном теоријом и праксом.

Када се, дакле, позитивним правом не може решити конкретан случај, онда је ту објективно право: оно је онај неисцрпни извор који

(24) Називе *херменеутичка спирала* и *херменеутичка ситуација* употребљавају А. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziembinski, *op. cit.*, стр. 120, 121.

У совјетском четвортотном уџбенику марксистичко-лењинистичке опште теорије државе и права издвојено је као посебно питање *Тумачење и конкретан случај, који подлеже решењу* (*Социалистическое право*, Москва, 1973, стр. 472). Овде је, иако се правна норма узима као унапред дата ствар, између осталог, речено: "Често само тесно преплитање и узајамно проницање тумачења с истраживањем фактичких околности дела, које подлеже решењу, даје могућност да се до краја схвати смисао појединих правних прописа и термина, њихова примењивост на одређену категорију дела".

(25) Уп. М. Waligórski, *op. cit.*, стр. 279.

судију спасава од банкротства права; на основи своје савести (26), ослоњене управо на ово право и околности фактичке ситуације, он ће извести нову правну норму (и формулисати је на одговарајући начин) којом мора бити решена ова ситуација, одн. попуњена празнина позитивног права.

У вези с постављеном темом треба расправити и питање састава правне норме - да ли се он може свести:

1. на један елемент (једночлани састав): исказ који указује на начин одговарајућег понашања,

2. на два елемента (двочлани састав): исказ типа "Ако..., онда..." (а) стање ствари и правна мера, б) хипотеза и диспозиција, в) хипотеза и диспозиција - као саставни елементи норми грађанског, или диспозиција и санкција - као саставни елементи норми кривичног права, г) хипотеза и диспозиција, или хипотеза и санкција - зависно од тога да ли је, као у претходном случају, реч о нормама ове или оне правне гране),

3. на три елемента (трочлани састав): хипотезу, диспозицију и санкцију.

Разноврсност гледишта о саставним елементима правне норме (27) указује на сложеност овог питања. Ако се прихвати гледиште о санкцији као битном елементу правне норме (посебно у оних аутора који истичу њен трочлани састав), поставља се питање како објаснити законске прописе који не предвиђају санкцију (*leges imperfectae*).

Овде се ни у ком случају не може мимоићи учење Ј. Ландеа о *санкцији као посебној норми*. Полазећи од схватања свог учитеља Ј. Петражицког (28) и даље развијајући његову мисао о овом питању, он конструише двоструке норме, норме у пару или спреси: на једној страни је *санкционисана норма* (може бити хипотетичка, у ком случају има два елемента - хипотезу и диспозицију, или категоричка, у ком случају има само диспозицију), а на другој - *санкционишућа норма* (може бити само хипотетичка са два елемента - хипотезом и диспозицијом). Из правних прописа без санкције (*leges imperfectae*) не може се извести санкционишућа, већ само санкционисана норма, што ову другу не лишава обележја правне норме.

У сваком случају - намеће се као општи закључак - правна норма, без обзира на различита схватања о њеним саставним елементима, изражава низ међусобно повезаних односа.

(26) Када је живот - писао је А. Могилницки - створио нове услове, непредвиђене или недовољно предвиђене законом тада је судија дужан да поступи како му наређује савест ослоњена на познавање закона и истраживање живог права, које се таји у убеђењима и обичајима друштва. Зато, такође, судија мора савршено знати друштво у којем дела, мора бити крв његове крви, кост његове кости, мора не само исто тако мислити као оно и говорити тим истим језиком, али такође исто тако осећати, патити и желети, имати исте традиције, успомене, жеље и идеале (А. Mogilnicki, *Ogólne zasady prawa*, Warszawa, 1923, стр. 26).

(27) О прегледу ових гледишта, в. Ј. Nowacki, Z. Tobor, *Wstęp do prawoznawstwa*, Czesć I ..., стр. 93 и сл.

(28) О елементима и видовима норми права и схватању Ј. Петражицког, под истоименим насловом, писали смо у "Гласнику Правног факултета у Крагујевцу", Школска година 1987/1988.

У склопу горе истакнутих питања, нужно се намеће и ово: да ли је исправније говорити о подели правних норми, одн. диспозицијџа, или о подели правних прописа на разне врсте? Традиција говори у прилог ове друге поделе (*ius cogens* и *ius dispositivum*, одн. принудни и диспозитивни правни прописи; императивни, прохибитивни и пермисивни закони, одн. наређујући, забрањујући и овлашћујући правни прописи; *lex generalis* и *lex specialis*, одн. прописи генералног и специјалног закона; правни прописи који се позивају на друге прописе и тзв. бланкетни и др. - да поменемо само неке поделе).

*
* *
*

Као што из горњег излагања произлази, однос између правног прописа и правне норме мора се поставити на друкчији начин од уобичајеног.

Према извршеној анализи у овом раду, показује се да је правни пропис елементарна јединица закона или другог правног текста, "затечена" тамо као исказ у одређеној форми (члан, односно параграф и његови мањи делови: став, тачка и чак подтачка, под условом да чине смисаону целину), а правна норма исказ изведен, конструисан, реконструисан из правних прописа, и која би се, као таква, у даљем поступку, могла свести - нема неког озбиљнијег разлога који би се томе противио - и на сџм њихов смисао.

Смисао правних прописа може бити утврђиван (углавном, од правне науке) на апсолутан, апстрактан начин, или искључиво (у судској пракси) у односу на фактичку ситуацију коју треба решити. У првом случају, правна норма проистекла из правних прописа, одн. смисао проистекао из њих, односи се на све оне фактичке ситуације које имају иста битна обележја. Ту и нема неке веће разлике, сем у степену општости, између правног или правних прописа и правне норме у односу на фактичке ситуације које они, одн. она обухватају. Међутим, своју пуноћу правна норма (смисао) добија тек при решавању одређене фактичке ситуације управо с обзиром на нијансе које ову ситуацију разликују од других, иначе "истоветних" фактичких ситуација. У нашој расправи акценат се ставља на овај други случај - утврђивање смисла правних прописа (извођење правне норме из њих) у односу на дату ситуацију, будући да смисао - сходно разумевању, одн. тумачењу сваког текста - не зависи само од прописа који чине правни текст, него и од тумача који се формира под утицајем одређене културе и руководи одређеним системом вредности, и саме фактичке ситуације која је предмет судског спора.

Слично лопти, истина се у одређеном тренутку може видети - угледати и схватити само с једне стране; прелазити на посматрање њене друге стране, губи се из вида прва. Да ли су питања истакнута и анализирана у овом раду на мало неуобичајен начин (посматрана "с друге стране") само терминолошке природе; не откривају ли она бар

део истине о суштини односне ствари (правне норме, тумачења права, па и самог права)? Јер, коначно, под правом се подразумева не само позитивно (на што смо дуго били навикли), него и објективно право!

(Примљено 3. фебруара 1994)

*Dr. Todor Podgorac,
Professor of the Faculty of Law in Kragujevac*

LEGAL PRECEPT AND LEGAL NORM

Summary

The relationship between a legal precept and legal norm should be set in a different way. According to corresponding analysis, legal precept is an elementary unit of a statute or some other legal text, which appears as a statement in a determined form (article of paragraph, and their lower-level parts, i.e.: subsection, item, or even sub-item, provided it makes a meaningful entirety), while legal norm is a statement which is derived, construed or reconstrued out of legal precepts and the one which, as such and in a continued process, could be reduced to the very sense of precepts.

The sense of legal precepts may be determined (mainly by legal science) in an absolute, abstract manner, or entirely (in judicial practice) in relation to an actual situation which should be settled. In the first instance, legal norm derived out of legal precepts, namely the sense derived out of them, refers to all those actual situations characterized by identical basic features. There is no significant difference in this case, except in the degree of generality, between the legal precept or precepts, and the legal norm as relating to the actual situations encompassed by it (by them). However, the legal norm obtains its full capacity - namely, sense - only after resolving specific actual situations, exactly due to nuances distinguishing them. The emphasis is placed at this second instance - determining the sense of legal precepts (deriving a legal norm out of them) in relation to a given situation, since the interpretation depends, as far as meaning is concerned, on the texts itself, but also on the person making it and his cultural environment, the system of values, as well as the very actual situation which is the subject of judicial decision.

Similarly to a ball, the truth may be seen in a given moment only from one side, while trying to look at the other, the first one is lost out of sight. Are the issues elaborated as well as analyzed in the present article in a somewhat peculiar way (namely, looked "from the other side") only of a terminological nature? Do they reveal, at least partly, the truth of the discussed matter (i.e. legal norm, interpretation of law, and the law itself)? Indeed, finally, the law includes not only the positive law (which has long been the habit in understanding it), but also the objective law.

Key words: Legal precept. - Legal norm. - The sense of norm. - Interpretation.

Todor Podgorac,
professeur à la Faculté de droit de Kragujevac

LA PRESCRIPTION JURIDIQUE ET LA NORME JURIDIQUE

Résumé

Le rapport entre la prescription juridique et la norme juridique doit être envisagé d'une nouvelle manière, qui diffère de la manière habituelle. Selon l'analyse effectuée, la prescription juridique est l'unité élémentaire de la loi ou d'un autre texte légal qui apparaît comme énoncé sous une certaine forme (l'article, c'est-à-dire le paragraphe et leurs parties, à condition qu'ils forment une unité de sens), alors que la norme juridique est un énoncé déduit, construit, reconstruit à partir des prescriptions juridiques et qui pourrait, par la suite, être réduit au sens de ces dernières.

Le sens des prescriptions juridiques peut être établi (principalement par la science juridique) de manière absolue, abstraite ou bien uniquement (dans la pratique des tribunaux) par rapport à la situation de faits qu'il faut régler. Dans le premier cas, la norme juridique découlant des prescriptions juridiques, c'est-à-dire le sens découlant de ces derniers se rapporte à toutes les situations de faits ayant les mêmes caractéristiques essentielles. Il n'y a même pas de grande différence, sauf dans le degré de généralité, entre la prescription juridique ou les prescriptions juridiques et la norme juridique par rapport aux situations de faits qu'elles englobent. Cependant, la norme juridique obtient son plein sens uniquement lors du règlement d'une certaine situation de faits notamment à la lumière des nuances qui distinguent cette situation des autres situations de faits par ailleurs identiques. Dans le présent article, l'accent est mis sur ce deuxième cas - à savoir l'établissement du sens des prescriptions juridiques (la déduction de la norme juridique à partir d'elles) par rapport à la situation donnée, du fait que le sens - en fonction de la compréhension, c'est-à-dire de l'interprétation de chaque texte - ne dépend pas uniquement des règlements qui constituent le texte juridique, mais aussi de l'interprète qui est formé sous l'influence d'une certaine culture et qui est guidé par un certain système de valeurs, et aussi de la situation de faits elle-même qui constitue l'objet d'un litige judiciaire.

Tel un ballon, la vérité peut, à un moment donné être saisie d'un côté seulement; en passant vers l'autre côté qu'elle a, on en perd le premier. Les questions dégagées et analysées dans le présent travail d'une manière un peu insolite (vues de cet autre côté) sont-elles uniquement de nature terminologique; ne révèlent-elles pas une partie au moins de la vérité sur l'essence de la chose (de la norme juridique, de l'interprétation du droit, voire même du droit lui-même). Car, finalement, le droit implique non seulement le droit en vigueur (ce à quoi nous étions pendant longtemps habitués), mais aussi le droit objectif.

Mots clé: *La prescription juridique. - La norme juridique. - Le sens de la norme. - L'interprétation.*