

O POJMU PRAVA U NEMAČKOJ I KOD NAS

Apstrakt

*Reči i u nauci imaju svoj poseban život, utiču na pisca i oblikuju razmišljanje; iako po sebi služe da se ljudi razumeju, često stvaraju najveće nesporazume. Mada se nemačka reč *Recht* sa punim opravdanjem u velikom broju slučajeva može prevesti sa srpskim pravo, značajan je i broj mesta na kojima to nije moguće, jer značenjski potencijal te dve reči prema sadašnjim navikama govornika nije isti.*

Ključne reči: pojam prava; pravo; *Recht*; Nemačka; pojam zakona; jezičko prelamanje; pravna kultura; pravni transfer; nauka o prevođenju.

*

* *

Kada su me gospoda Ćirić i Čolović ljubazno pozvali da napišem nešto za Uvod u pravo Nemačke, prvo sam mislio da pripremim prilog o kazni doživotnog zatvora. Taj prilog sam zaista i pripremio, no sve sam mislio: uvod u pravo Nemačke bio bi nepotpun ako se čitaocu ne skrene pažnja na naročite mogućnosti upotrebe nemačke reči *Recht* (*pravo*). Jer, ljudi često misle da se rečima *pravo*, *Recht*, *droit*, *diritto*, ili čak i sa engleskim *law* može označiti jedno te isto. Da to uopšte nije tako, da se različitim rečima mogu označiti različite stvari i zaista različite stvari označavaju, želim da pokažem u ovom kratkom prilogu, koji sam naknadno pripremio u dogovoru sa gospodinom priređivačem, gospodinom Čolovićem.

Stvar je prosta i pošto sam o njoj u jednom drugom kontekstu opširnije i preciznije pisao,¹ svešću ovde izlaganje samo na ono što je neophodno i u odnosu na taj drugi prilog – novo. Ovde nas neće interesovati određenja prava koja eksplicitno srećemo u različitim knjigama i kod različitih autora. Pravo je, kako god se shvati, društveni fenomen i reč koja ga označava takođe. Otuda svaki čovek i pre nego što se naučno bavi pravom stiže u društvu određenu „predstavu o pravu“, navikava se na određenu upotrebu

¹ O jezičkom prelamanju pojma prava, izlazi u Spomenici Valtazara Bogšića, knj. 1, 2011.

reči i kasnije te svoje prve predstave svesno, ali često i nesvesno ugrađuje u naučno mišljenje.

Da neka značajna razlika između upotrebe naše reči *právo* i nemačke *Recht* mora da postoji, vidi se već u nemačkom ustavu – Osnovnom pravilniku (Grundgesetz). Tamo u čl. 20 III stoji da je izvršna i sudska vlast vezana *zakonom i pravom*: „die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden“. Za naše pravnike ova odredba je besmislena, jer je kod nas pravo uvek *skup normi*, čiji je izvor, dabome, i zakon. Zašto bi se onda, pomislio bi čovek, udvajalo i govorilo o zakonu i pravu, kada je izvesno da je svako ko je vezan pravom time i svakim zakonom vezan?

Iza tog, tobožeg udvajanja, stoji najvažnija razlika između naše reči *pravo* i nemačke reči *Recht*. Nemačka reč *Recht*, za razliku od naše reči *právo*, i dalje je u značenjskom dodiru sa svojim jezičkim poreklom. Dok se kod nas uzima da je *právo* prost termin koji može naskočiti na svaki pojam i obeležiti sve što autor poželi², i da je tom reči najbolje označiti skup normi koje sankcioniše država jer to upravo većina (naših) ljudi pod pravom razume³, dotle nemački govornik vidi da je reč *Recht* u vezi sa nem. *recht* „právo, umesno, ispravno“, iz koje je izvedena, i spreman je da je prema tom sadržaju preispita.

Ako pogledamo opet čl. 20 III Ustava, onda ćemo moći da ga pročitamo bez da u nekom njegovom delu vidimo nepotrebno, nomotehnički neprihvatljivo udvajanje. U nemačkom pojmovnom svetu zakon stoji za *pojedinačnu odredbu, za svako pravilo kao dispoziciono-posledični sklop ponaosob, dakle za normu*.⁴ Tako je i kod nekih naših pisaca.⁵ Sa druge strane, pravo u ovom slučaju stoji za rezon umesno-právog i ispravnog. Smisao čl. 20 III Osnovnog pravilnika, koji kaže da je sudska i izvršna vlast „vezan zakonom i pravom“, je u tome da je sud vezan *pravilima* (dakle parlamentarnim zakonima i drugim obavezujućim normativnim aktima) i rezonom ispravnog, prikladnog, pravičnog, umesno-právog.⁶

Istu stvar srećemo, uzimam jedan noviji primer iz druge oblasti, kod civiliste Pawlowskog, u njegovoj metodologiji prava. Pawlowski tamo na jednom mestu kaže: „Iako je pravilno da se uzme da su organizovane društvene odluke uvek pravične (*ispravne*), kada ujedno uvažavaju načelo

² Izričito tako stoji kod *Lukića*, Sistem filozofije prava, SD IV, 1995, 337 ff.

³ *Lukić*, gde i malopre, na str. 339, 337.

⁴ To značenje određeno je kao glavno i za ceo nemački Građanski zakonik, i to u Zakonu o stavljanju na snagu Građanskog zakonika: „zakon u smislu građanskog zakonika i ovog zakona je svaka pravna norma“ (čl. 2).

⁵ Mnogo lepih primera ima kod Bogišića, npr. u Izabrana djela Valtazara Bogišića IV, 2004, 42, 251, 260.

⁶ V. npr. *Herzog/Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Art. 20, br. 63 ff. (2007).

ravnopravnosti, koje kaže da se sa bitno istim ima postupati isto, iako je to dakle pravilno, opšte je mišljenje da se pravičnost (ispravnost) ne iscrpljuje u ravnopravnosti. Ovo već sa toga što i ravnopravnost pretpostavlja da se u prvom slučaju o kome se odlučuje postupi na način koji će tu odluku učiniti *ispravnom* (pravičnom), i time [sic!] *pravnom*“.⁷

Za sada biće dovoljan još jedan primer. Kada govori o pravnoj državi Scheuner ističe da je uz građansku slobodu „njen drugi osnovni element to da je moć (vlast) vezana pravom [...]. Taj zahtev značajno prevazilazi prost princip legaliteta. Pravi smisao te odredbe leži u tome da je ona oružje borbe protiv samovolje i neprava (Willkür und Unrecht), koje nalazimo svuda tamo gde se državom vlada pristrasno, neravnopravno, bez ograničenja. Zbog toga smisao te vezanosti pravom se ne iscrpljuje u ograničenjima koja su time postavljena pravnoj praksi, već ona važe i za zakonodavstvo, koje sadržajno mora da bude ispunjeno smislom za pravično (umesno) i jednako [...]“.⁸

U Nemačkoj, kako vidimo, u normativnim aktima i u literaturi, ima značajnih mesta na kojima se pravo ne poistovećuje sa skupom normi, već sa rezonom ispravnog i njegovim normativnim profilom. Tada važi ona stara Paulova maksima: ne daje skup pravila (zakona) pravo, već pravo daje pravila – non ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est regula fiat.

Sa kakvim fenomenom imamo posla, dobro ćemo videti ako pregledamo jednu, u neku ruku skoriju kontraverzu između nemačkog krivičara i pravnog filozofa Arthura Kaufmanna i našeg profesora Radomira Lukića. Lukić u svom Sistemu filozofije prava kritikuje Kaufmanna; kaže da Kaufmann:

... smatra da pravo ima svoju egzistenciju (pozitivnost, tj. da se donosi putem zakona) i svoju suštinu, esenciju, prirodnopravnost, pravdu, „ispravnost“ (Richtigkeit). Ako postoji zakon bez pravde, to nije pravo i obrnuto. Da bi dokazao kako je to jedino naučno ispravno, jedina tačna odredba prava, on [Kaufmann] ne navodi nikakve prihvatljive razloge, jer oni, jednostavno i ne postoje van dogovora, konvencije [šta se ima pravom nazvati], koja se mora uvesti iz praktičnih razloga tačnog razumevanja termina pravo. On prosto kaže da pozitivisti shvataju pravo jednostrano, kao državnu zapovest [= skup državnih normi], a zaboravljaju njegovu suštinu [sic!] – ispravnost, pravičnost i dodaje: „Ali to je gledište neodrživo... (ono) se ne može uzeti u obzir posle iskustva s modernim fašističkim i komunističkim diktaturama, u kojima su sami najteži zločini bili zakonski odobreni ili čak i zapovedeni. Teorija koja čak mora priznati pravni karakter [sic!] jednom sistemu koncentracionih logora

⁷ Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, 3 izd. 1999, str. 235, br. 531: „schon weil die Gleichbehandlung Vorentscheidungen voraussetzt, die sich ebenfalls als *richtig* (gerecht) und damit als *Recht* erweisen müssen“.

⁸ Scheuner, Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages II, 1960, 249 f.

i masovnih ubistava koji je država ustanovila vodi pravnu misao [sic!] ab absurdum i pobija time samu sebe. Istorija najnovije prošlosti nam je dopustila da skoro s egzaktnošću prirodnonaučnog eksperimenta steknemo metafizičko iskustvo, koje više spada u suštinu (stvarnost) prava nego njegova pozitivnost, da ono samo onda ima pravnu egzistenciju kad sadrži pravnu suštinu, tj. kad je po svojoj sadržini u najmanju ruku približno ispravno (istinsko) pravo. Može jedan zločinački zakon takođe biti formalno ispravno donet i time biti pozitivan, ali on nikako nije 'pravo' ".⁹ (kraj Lukićevog citata).

Ovde se dogodilo sledeće: pošto Lukić izričito uzima *právo* kao nemotivisan izraz, kao skup glasova, koji se može po volji upotrebiti za označavanje jednog ili drugog pojma, i pošto bi po njemu tim izrazom trebalo označiti skup normi koje država sankcioniše, jer je to (*valja primetiti: naš*) uobičajan pojam prava¹⁰, onda je i dosledno kada za Kaufmannovo određenje prava kaže: „Na ovakav razlog se zaista ništa ne može reći – to je prosto neobrazložena emotivna tvrdnja, koja se kao takva može sasvim dobro razumeti i prihvatiti, ali koja nema mnogo veze sa pitanjem terminologije. Zašto bi se pravom nazivale samo pravedne norme?“. ¹¹ Međutim, za Kaufmanna je *pravo*, odnosno *Recht* očito fenomen motivisan svojom etimologijom; za njega *právo* ne može da bude ono što nije ujedno i *právo*, od prilike onako kako ni *rukavice* ne mogu biti čarape (jer reč stoji u vezi sa: *ruka*), niti *mesara* može biti prodavnica ribe ili mlekar.

Ovaj fenomen najpre bi se mogao označiti kao jezički, jer je stvar u tome da je naša reč *právo* (nem. *Recht*) kod govornika potpuno razdvojena od smisla njenog porekla – od rezona *prāvog* (nem. *recht*). Kada se govornik ophodi prema reči kao da ne zna njeno poreklo, onda se u nauci o jeziku kaže da je ta reč u govoru nemotivisana. I obrnuto, reči koje se preispituju prema svojoj etimologiji i „sadržaju“ su motivisane. Motivacija jedne reči ne mora da bude značenjska komponenta, ali ona živi zajedno sa reči, ograničava ili proširuje njenu upotrebu, čini je zgodnom u jednom, a nezgodnom u drugom kontekstu, podstiče drugačije asocijacije kod govornika.

Da jezik može da utiče na opšte i naučno mišljenje nije ništa novo. U Japanu je *društvo sa ograničenom odgovornošću* zbog neke jezičke zgode moglo da se shvati i kao *ograničeno društvo*. A onda je zbog te jezičke koincidencije ovo društvo kod japanskih privrednika i pravnika bilo neomiljeno, iako je, razume se, pružalo iste pogodnosti kao i u drugim zemljama. Međutim, Japan je daleko, a vrsnih primera ima i kod nas i u

⁹ Lukić, Sistem filozofije prava, (fn. 2), 338. Kaufmanna je Lukić crpeo iz *Kaufmann, Ontologische Begründung des Rechts*, 474-476.

¹⁰ Lukić, gde i malopre, ali na str. 339, 337.

¹¹ Lukić, na str. 338.

našem najbližem okruženju – u Hrvatskoj. U našoj zemlji napisan je čitav Nacrt Zakonika o krivičnom postupku od 14. septembra 2010. godine pod pretpostavkom da se javni tužilac do sada nije bavio svojim poslom – tuženjem, iako je, dabome sve vreme bilo obrnuto: nije iza reči javni tužilac stajao pogrešan posao, već je reč javni tužilac bila pogrešan izraz za posao kojim se u Evropi bavi javni prokurator, i koji se pravilno u Hrvatskoj zove *javni odvjetnik*. Gotovo eksperimentalnu vrednost ima nekoliko slučajeva u Hrvatskoj, gde su iz čisto jezičkih razloga, radi zamene „srbizama“ sa tobože pravim hrvatskim rečima, preimenovani razni pravni instituti. Preimenovanjem *dobrovoljnog odustanka* u *dragovoljni odustanak*¹², ili *umišljaja* u *namjeru*, hrvatski zakonodavac ništa nije hteo u samoj stvari da makne. Ali, čim je ista stvar označena novim izrazom, počelo se pomerati i shvatanje same stvari. Za nekada dobrovoljni odustanak počelo se zahtevati i da mora biti učinjen *drage volje*, a institut umišljaja je pod uticajem instituta namere u situaciji u kojoj se u Hrvatskoj počela koristiti ista reč za oba instituta (*namjera*) počeo da dobija idealne obrise karakteristične za nameru.

Imamo dakle slučaj da se *etimološki* naša reč *právo*, koja se kao imenica sa tim akcentom izgovara, odnosi prema našem kvalitativnom pridevu i prilogu *právo* „umesno, ispravno“, isto kao što se i nemačka reč *Recht*, odnosi prema nemačkom kvalifikatoru *recht*, koji upravo znači isto što i naš kvalifikator *právo*. No naša reč je od te veze potpuno u upotrebi i doživljaju govornika raskinuta, a nemačka kod Nemaca nije.

Kako se ne radi o čistom planu značenja, već motivacije, sa celom stvari, dabome, ne sme se preterivati. Ne postoji naročita metodologija u praksi iz koje bi se tehnički videlo da se prilikom ocene pojedinačnog slučaja uvek odvojeno odlučuje o zakonitosti i o „pravosti“ odnosno umesnosti. I koliko je samo slučajeva u kojima se nemačko *Recht* bez značajnog gubitka smisla može prevesti sa našim *pravo*!? Sigurno mnogo; no to ne znači da sve ovo što je o motivaciji reči *Recht* rečeno, sme da se izgubi iz vida, jer i sama ta mogućnost drugačije konceptualizacije pojma prava teče kao podzemna voda ispod svakog diskursa.

Praksa u Nemačkoj se, i onda kada se to ne vidi golim okom, vodi time da odluka mora, osim što treba da bude zakonita, da bude i *práva*. Na taj način temelji se jedna potpuno drugačija pravna kultura u kojoj se samo podvođenje pojedinačnog slučaja pod slovo zakona ne doživljava kao srž pravničke delatnosti. Umesto toga kao suština pravničke delatnosti shvata se *právo*, umesno rešavanje pojedinačnog slučaja, *zašta* je glavni metod u našem centralnoevropskom pravnom krugu tumačenje i primena zakona (pravila). Reperkusije dakle nisu sa svake strane golim okom *vidljive*, ali su značajne i za pravnu kulturu ključne:

¹² V. o ovome disertaciju Igora Vuletića iz Osijeka, na tu temu (u pripremi).

1. Sudska praksa

Sudovi su se neposredno posle Drugog svetskog rata, u vezi sa nacističkim zakonodavstvom rado nadovezali na čl. 20 III Osnovnog pravilnika, koji je gore razmotren. Savezni ustavni sud podvukao je u jednoj presudi da „ozakonjeno nepravo ne postaje pravo time što se primenjuje i poštuje (einmal gesetztes Unrecht, das offenbar gegen konstituierende Grundsätze des Rechts verstößt, wird nicht dadurch zu Recht, daß es angewendet und befolgt wird)“. Tu je bila reč o jednoj formalno uredno donetoj uredbi na osnovu koje su nacisti rasnim neprijateljima oduzimali državljanstvo. No prema shvatanju suda, ta uredba nikada nije bila deo prava, jer je právo samo ono što je právo, odnosno što nije očito nepravo. Sud je još i dodao: „pravo i pravičnost ne zavise od volje zakonodavca (Recht und Gerechtigkeit stehen nicht zur Disposition des Gesetzgebers)“, gde se jasno vidi da se pravo ne poistovećuje sa zakonima i skupom normi.¹³

Primer koji smo sada naveli je star, ali ima i novijih. U jednoj presudi iz 1973. godine Savezni ustavni sud je odlučivao o ustavnosti prakse sudova da u građanskim stvarima dosuđuju novčanu naknadu odnosno satisfakciju za povredu prava ličnosti iako je takva naknada prema režimu nemačkog Građanskog zakonika bila isključena. Sud je zaključio: „U slučajevima u kojima postoji sukob norme i materijalnih predstava o pravičnosti (umesnosti) u izmenjenim društvenim prilikama, sudiji nije dozvoljeno da se iz tog sukoba povuče sa naznakom da je zakon ostao slovom isti kao ranije; sudija je obavezan da preispita opravdanost norme; u suprotnom on propušta da ispuni svoj osnovni zadatak – da iznađe i izrekne „pravo“ [sic!] u slučaju o kome odlučuje“. ¹⁴

Jedan skoriji primer je podjednako poučan. U Nemačkoj se u nekim krivičnim stvarima pre više od trideset godina razvila praksa da sudovi okrivljenom na glavnom pretresu obećaju nižu kaznu ako prizna krivicu i tako sud oslobodi vrlo komplikovanog i skupog dokaznog postupka. Takav dogovor je možda sličan, ali suštinski različit od našeg skandaloznog sporazuma o priznanju krivice (čl. 282 a itd. ZKP) po kome se ne sud, već *javni tužilac* sa okrivljenom dogovara oko priznanja i kazne. Bilo kako bilo, i nemački dogovor suda i okrivljenog bio je sve do zakonskih izmena iz 2009. godine potpuno protivzakonit i u svakom pogledu protivan programu nemačkog Pravilnika o krivičnom postupku (Strafprozessordnung). Toga je bio svestan i Veliki senat nemačkog Saveznog suda (Bundesgerichtshof), ali je takvu protivzakonitu praksu 2005. godine dozvolio jer

¹³ U zvaničnoj zbirci presuda: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes (BVerfGE) 23, 98.

¹⁴ BVerfGE 34, 269, 288. Reč *pravo* stoji pod navodnicima jer se odnosi na sekvencu da je sud vezan *zakonom i pravom* iz čl. 20 III Osnovnog pravilnika.

„je već iz toga što je sudija u čl. 20 III Osnovnog pravilnika vezan 'zakonom i pravom' vidljivo, da naš ustav ne prihvata strog zakonski pozitivizam [...]. Zadatak sudije se ne iscrpljuje u tome da prepozna i izrekne posledice u skladu sa naredbama zakonodavca. Umesto toga, sudiji je dozvoljeno da izvorno iznalazi pravo (schöpferische Rechtsfindung). [...] Sudiji je dozvoljeno da pređe preko pravne norme (freie Handhabung der Rechtsnorm) onda kada pisani zakon/odredba, kada bi se protumačio u jezičkim granicama svog značenja, više ne bi služio svrsi za koju je postavljen.“¹⁵

2. Zakoni i zakonodavna delatnost

Naročito shvatanje prava vodilo je u Nemačkoj i naročitom odnosu prema zakonima i zakonodavstvu. Pošto se kod nas pravo shvata kao skup normi, očekivano je da će glavna pravnička pažnja biti posvećena uobličavanju tog skupa kroz pravila i zakone, koji međusobno na apstraktnoj ravni moraju dati smislen i neprotivurečan sistem. Ako pogledamo šta Nemci i njihovi sudovi misle o svrsi kažnjavanja, onda ćemo vidite da se u Nemačkoj kao ravnopravna svrha kazne de lege lata pominju i prevencija i odmazda.¹⁶ Svaki krivičar zna međutim da se te dve stvari zapravo isključuju i da pripadaju dvema potpuno različitim školama, koje jedna drugu poriču. Na apstraktnom planu normi one ne mogu živeti zajedno, isto onako kako i jedan politički program ne može biti ujedno levičarski i desničarski. Pa ipak, kada se u Nemačkoj niko oko toga ne uzbuđuje, onda je to zato što tamo ne postoji refleks da se normativni plan mora za potrebe apstraktne koherentnosti skladno urediti – bitno je da za pravo rešenje pojedinačnog slučaja postoji odgovarajući pravni osnov. Pošto i pored toga što je u velikom broju slučajeva u prvom redu bitna prevencija, ima i teških slučajeva u kojima se čini da je primerena reakcija države koja će društvo zadovoljiti odmazda, to je opravdano da se smatra da je svrha kazne i prevencija i odmazda, s tim što će svaka pojedinačna kazna, već prema prilici slučaja u kome se izriče i kriminološkom tipu delikta, imati različito smisleno težište.

Svakako je u vezi sa našom opsednutošću pravilima i zakonima, i činjenica da naši novi zakoni postaju sve duži i detaljniji. Pošto se insistira na tome da je pravo skup normi, veštački se svaki deo života koji je u vezi sa pravom nastoji uglaviti u zakon (pravila), jer se inače smatra da je „van

¹⁵ Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (BGH St) 50, str. 40, tamo pasus 47.

¹⁶ V. o toj naizgled čudnoj pojavi npr. komentar *Theune*, u Lajpciškom komentaru Krivičnog zakonika (Leipziger Kommentar StGB), knj. 2, 12 izd. 2006, vor §§ 45-50, br. 34 ff., 22 ff.

prava“. Tako imamo slučaj da se razni instituti krivične procedure koje je oblikovala nauka i sudska praksa i koji su kao takvi bili ravnopravni deo pravnog fenomena sada, posle nekoliko decenija, veštački „normativizuju“ u zakonu. To u prvom redu važi za pojam svedoka, koji je kao idealni tip (otvoreni pojam) sa pravom do sada bio u Zakoniku o krivičnom postupku nedefinisan, ali je zato sada –pogrešno – određen u Nacrtu Zakonika o krivičnom postupku od 14. septembra 2010. godine (čl. 95). I u građanskom pravu vidimo istu stvar, kada na primer Nacrt zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima iz 2007/2010. godine uporno insistira na određenju raznih pojmova o kojima treba nauka da se stara, jer normativno nisu dostupni pravilnoj definiciji, i jer njihovo određenje prevazilazi kompetenciju zakonodavčeve naredbe (državina, potrošna stvar). U ovu grupu dolaze i neke sada već sasvim raširene pojave kao što je formulisanje principa grane prava u zakonima i to čak i onda kada je reč, kakav je slučaj u krivičnom procesnom pravu, o ustavnim ili kriminalnopolitičkim maksimama koje mogu da oblikuju zakonodavni program ali nemaju normativnu vrednost u proceduralnom kontekstu (up. čl. 12 pomenutog Nacrta ZKP).

3. Diskurs

Shvatanje po kome se pravo ne izjednačava mehanički sa skupom normi, ima za nemačke pravne navike i druge posledice. Tako se razne konstelacije u kojima se kod nas sa znakom uzvika govori da je reč o „faktičkom pitanju“, u Nemačkoj shvataju kao najsofisticiranija pravna pitanja. Takav je slučaj kada se na primer tvrdi da je pitanje međunarodnog subjektiviteta faktičko pitanje ili kada se isto tvrdi kada treba odrediti da li je neko ponašanje bilo nehatno, i da li je po sredi običan ili grubi nehat, ili pak da li su određene izmenjene okolnosti dovoljne da opravdaju raskid ugovora.¹⁷ Do razmimoilaženja dolazi otuda što mi imamo potrebu da sve što se ne odnosi na propise (pravila), i u tom smislu nije normativno, već proizilazi iz karakteristika pojedinačnog slučaja ne shvatamo kao „pravno“, jer je pravo nama skup normi. Obrnuto je u Nemačkoj, gde taj normativni refleks ne postoji, pa će se tako i posebna kvalifikacija pojedinačnog slučaja razraditi kao „pravno pitanje“.

Na planu diskursa, što će reći uobličavanja misli kroz jezik, ovakvo pojmovno razmimoilaženje kod nas i Nemaca, može voditi i vodi značajnim nesporazumima i paralizi naučnog mišljenja. Jer u ogromnom broju slučajeva naš govornik može pouzdano prevesti nemačko *Recht* sa srpskim

¹⁷ Reč je o vrlo poznatoj i raširenoj formuli naših sudova. Up. npr. Zbirka sudskih odluka XV (1970), Nr. 291: „Krajnja nepažnja kao uvjet odgovornosti radnika za štetu nanесenu radnoj organizaciji je **faktičko pitanje** i procenjuje se prema okolnostima događaja [...]“.

právo, a opet ima brojnih slučajeva gde to nije prikladno zato što našoj reči *právo* nedostaje konotacija *prāvog* koja u raznim prilikama u nemačkom jeziku može i zaista prerasta u osnovni smisao neke kovanice ili instituta koji je označen kao „pravni“.

Tako čitava polja nemačke krivičnopravne misli ostaju našem pravniku slabo dokučiva, jer naš pravnik ništa ne može da započne sa institutima kao što je *Unrecht*, *Un-Recht* – *nepravo*, sve dok *Recht/pravo* shvata kao skup normi i nepravo/*Unrecht* kao njegovu negaciju. No pođe li se od toga da je *Unrecht/nepravo* negacija ispravnog, da je to *neispravno*, onda puca čitav pogled novih i najfinijih teorija. Tek kada se *Unrecht* shvati kao neispravnost, razumljivo postaje kako Nemci razlikuju materijalno od formalnog neprava. U toj razlici formalno nepravo je sve što nije u skladu sa zakonom, dok je materijalno nepravo radnja koja je prema društvenom (prednormativnom) sudu neispravna ili krivičnopravno relevantna, taman da je i zakonom dozvoljena. I u slučaju same reči *Recht (pravo)* veliki procesualista Goldschmidt od pozitivnog prava, koje bi označavalo sve ono što je kao regulacija propisano, razlikuje *pravo u materijalnom smislu*, koje bi označavalo upravo samo ono što je umesno i *právo*.¹⁸ Civilista Erich Schulze, kada je bio vrlo nezadovoljan predlogom zakona o autorskim pravima, nazvao je svoju kritiku *Pravo i nepravo*, i tako ponovio da i predloženi ili doneti zakon može da bude pravo, a može da bude i nepravo – primenjivao se ili ne.¹⁹

U krivičnom pravu ima još primera gde upotreba reči *Unrecht* (nepravo) sugerise materijalno shvatanje pojma koje označava. Tako je kod razlikovanja objektivnog od personalnog ili/ličnog „neprava“. I jedno i drugo je protivpravno i u tom smislu je nepravo nedostupno podeli na „objektivno“ i „lično“. Kod prvog se međutim misli da je delo, sa spolja gledano, kao radnja loše i neprihvatljivo, neispravno, bez obzira na bedu u kojoj je učinilac, na lični napor i kriminalnu energiju koju je uložio itd. Kod drugog se razume da se delo shvata kao neispravnost, kao nepravo prema stanovištu svesti i mogućnosti učinioca da prosudi da je njegovo delo neispravno i da se dobro ponaša. Tvrde li Nemci da „nepravo“ nije isto kod krivičnih dela i kod prekršaja, onda time svakako ne žele da kažu da je tu reč o nekakvoj drugačijoj vrsti „protivpravnosti“, „nepravosti“ (protivzakonitosti), već da su ta dela u društvenoj dinamici na različiti način neispravna i da ih zbog te razlike zakonodavac, kao krivična dela ili prekršaje, različito vrednuje.

Veliki poznavalac našeg jezika, a i nemačkog, Tomo Maretić je u Gramatici i stilistici hrvatskoga ili srpskoga književnog jezika za naše

¹⁸ Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage*, 1925, 160.

¹⁹ Schulze, *Recht und Unrecht, Eine Studie zur Urheberrechtsreform*, 1954.

krivda, što je koliko i *nepravda*, stavio upravo nemačko *Unrecht*, osetivši tako da je *Unrecht* mnogo više od formalnog neprava.²⁰ Sasvim je, razume se, drugo pitanje da li je *krivda* reč koja bi za dogmatiku krivičnog prava bila prihvatljiva.

Sve dok se pravo razume samo kao skup normi, ostaje neuhvatljiva tvrdnja niza ozbiljnih autora u Nemačkoj da *pravna* zabluda, kao zabluda o pravu, nije zabluda o normativnoj zabranjenosti ili dozvoljenosti, dakle zabluda o normi, već zabluda o društvenoj štetnosti/prihvatljivosti, o materijalnoj neprihvatljivosti ponašanja kao neispravnog, upravo zabluda o neispravnosti. No u tom shvatanju nije ništa neobično ako se pravo ne poistovećuje sa skupom normi, već se pojmu prava prepisuje i određen materijalni sadržaj u vidu umesnosti i prāvosti. Pravna zabluda će onda biti zabluda o tome da neko činjenje nije prāvo, da je neispravno.

Kada isti onaj Arthur Kaufmann čije smo viđenje prava gore razmatrali kaže da slučajevi u kojima učinilac žrtvuje nedužan tuđ život kako bi spasao sopstven stoje „van prava“ (*rechtsfreier Raum*) — dva planinara vise na jednoj sajli, pa se odjednom svaki može spasiti samo ako drugog odseče —, onda razume se on pod time ne misli da pravo kao skup normi taj slučaj nikako ne prosuđuje. Naprotiv, po nemačkom pravu to delo bi bilo ekskulpirano. Ono bi, iako je krivično delo prema propisima iz posebnog dela Krivičnog zakonika, primenom § 35 KZ Nemačke (ekskulpirajuće vanredno stanje) bilo nekažnjivo. Kaufmann pod time misli nešto posve drugo — da se u tom slučaju ne može reći da je jednom ili drugom životu bilo ispravno dati prednost i da je u tom smislu ocena šta je činiti i sud o radnji nedostupan *pravnom* rezonu. Slučaj stoji „van prava“.²¹

Ovaj niz mogao bi se u nedogled nastaviti. Izrazi kao što je *izvor prava*, *pravno pitanje* ili *pravni osećaj* dobijaju drugačije značenjske nijanse. *Rechtsgefühl*, *pravni osećaj* kod Nemaca nije kao kod nas dar za pravničko rezonovanje, za automatizovano rasuđivanje u normativnim stvarima, već osećaj pravičnosti u najgolijem značenju — osećaj šta je ispravno, umesno, prāvo. Tako je *Ladenthin* u pravnom časopisu tematizirao značaj bajki za razvoj pravnog osećaja kod deteta.²² Pedagozi u Nemačkoj rado istražuju dečija shvatanja o pravu i nepravu.²³ *Rechtssoziologie* i *Rechtsphilosophie* najlakše će se u celini svojih tema dokučiti ako se shvate kao sociologija ispravnog i filozofija ispravnog. Inače, nije dovoljno jasno zašto bi problem

²⁰ *Maretić*, delo kako je navedeno, 1. izd. 1899, str. 688.

²¹ *Kaufmann*, *Strafloser Schwangerschaftsabbruch: rechtswidrig, rechtmäßig oder was?*, JZ 1992, 981 (983-984).

²² *Ladenthin*, *Recht und Gerechtigkeit im Märchen*, NJW 1994, 1928.

²³ Up. naslove *Weyers*, *Recht und und Unrecht aus kindlicher Sicht – die Entwicklung rechtsanaloger Strukturen im kindlichen Denken und Handeln*, 2007; *Zaim*, *Was ist (r)Recht bzw. (u)Unrecht? : die Bildung von Rechtsvorstellungen in der Kindheit*, 2006.

embrionalnih eksperimenata ili obrazlaganja presuda bio problem *pravne* filozofije, odnosno „filozofije prava“.

4. Metodologija prava

Ni pravna metodologija ili metodologija prava u Nemačkoj ne kulminira kao veština „tumačenja propisa“, već dobija svoju logiku kao metodologija iznalaženja umesno-právog, kao veština uočavanja bitnih momenata za pravni sud i ograničenja koja iz stvari proizilaze, i ništa manje kao veština pravilnog pozicioniranja pojedinačnog slučaja u odnosu na zakon kao osnovni izvor *prava* u našem pravnom krugu.

Tako ne čudi da se u Nemačkoj o saglasnosti (odobrenju, pristanku) kao osnovu koji isključuje protivpravnost/neispravnost krivičnog dela naširoko i pravno probistreno piše iako se taj institut u zakonu uopšte ne spominje. Jer, iako ga zakonodavac ne spominje, institut saglasnosti je neizostavna okolnost za potpuno, umesno-právo prosuđenje krivičnog slučaja. Obrnuto je kod nas, gde se saglasnost zamalo pa uopšte ne spominje, upravo zato što joj u zakonu, isto kao i u Nemačkoj, nema traga. Ovo možda po sebi ne bi bilo čudno, kada *saglasnost* u statistici ne bi bila nadaleko najčešći osnov koji isključuje protivpravnost u krivičnom pravu. Sitni slučajevi života, kao što je onaj u kome moler kida stare tapete, komšija ulazi u tuđ stan, ili umetnik crta tetovažu sve bi to bila krivična dela (oštećenje tuđe stvari, povreda stana, telesna povreda), da se toj kvalifikaciji ne preči saglasnost. Pošto o tome u našem Krivičnom zakoniku ništa ne piše, ko ne čita strane knjige uzalud će tražiti da pročita nešto o ličnim uslovima koji su neophodni da saglasnost načelno (godine, psihička sposobnost) i u konkretnom slučaju (obaveštenost) bude valjana, o tome ko može da je daje (roditelj u ime deteta, radnik u ime poslodavca isl.), o načinima na koje se saglasnost daje (konkludentno, izričito), o posebnoj formi u kojoj može biti sadržana (ugovor, upravni akt), o trenutku u kome se daje (pre ili posle dela), o obimu saglasnosti koji se podrazumeva (svi radovi na pokvarenom satu, samo sigurni radovi koji ne mogu sat dodatno da oštete ili trajno pokvare; da li saglasnost prijatelju ili novinaru da uđe u stan sadrži i saglasnost da uđe u spavaću sobu), o tome da li se saglasnost ima ceniti kao pravni posao ili gola činjenica, o tome da li postoji krivično delo kada saglasnost postoji ali nije saopštena, o pravnim dobrima i krivičnim delima kod kojih se ne priznaje, o tome da li može ili ne može da se povuče, ili o slučajevima u kojima sama pretpostavka da bi saglasnost bila data isključuje protivpravnost (hipotetička saglasnost). — Non est in lege, non est in mundo.

5. Pravna kultura

U pravnoj kulturi, dva različita praktična pojma prava koja su ovde predstavljena, vode potpuno drugačijem nastrojenju pravnog života. Jer posve je drugačije da li pravnik u opštini i sudija ustavnog suda drži da mu je glavina poziva u pronalasku propisa i njihovoj primeni ili pak da je glavina pravnog poziva da se prema punom principu prava kao umesno-právog reši pojedinačni slučaj, razume se uz prvenstveno uvažavanje zakona – pravila. Otuda je za naš ustavni sud najveće pravno dostignuće kada može da se povuče u neku pravnu odredbu koja mu daje „normativno“ opravdanje da čuti, da odbaci, da ne odluči, da preskoči; dok je obrnuto za nemački Savezni ustavni sud najveća poslastica da i pored nepovoljnog zakona umesno, pravično reši slučaj.

Jedna od glavnih doktrina nemačkog Saveznog ustavnog suda, po kome sud neće proglasiti neku odredbu protivustavnom i ništavom, sve dok je moguće da ona u postupku primene prava bude korigovana, upravo je utemeljena u ideji da u krajnjem slučaju apstraktna protivustavnost odredbe nije bitna, sve dok se u konkretnom slučaju postupa pravo.²⁴ Da sud iza metodološkog paravana „komfornog tumačenja“ (verfassungskonforme Auslegung) u mnogim slučajevima zapravo vrši korekciju same norme koja značajno prevazilazi granice tumačenja, vidi se u raznim slučajevima. Svaki taj slučaj ističe shvatanje suda da je težište pravničke delatnosti u umesnom pravnom ophođenju prema pojedinačnom slučaju, zašta je zakon samo sredstvo, a ne samo pravo.

Na primer, nemački Pravilnik o krivičnom postupku (Strafprozessordnung) u § 112 određuje razloge za pritvor. Stav jedan odgovara našem čl. 142 st. 1 t. 1 i 2 ZKP i određuje da se pritvor može odrediti kada postoji opasnost od bekstva, ili opasnost da će okrivljeni otežati ili izvrći dokazni postupak. No, u drugom stavu nemačkog Pravilnika o krivičnom postupku stoji da se pritvor kod naročito teških, taksativno nabrojanih krivičnih dela može odrediti i bez da postoji „razlog“ iz stava jedan. To odgovara rešenju u našem čl. 142 st. 1 t. 5 ZKP. E sad, pošto sama činjenica da se neko sumnjiči da je učinio vrlo teško krivično delo u racionalnom krivičnom postupku ne može biti opravdanje da neko pre pravosnažne osude bude zatvoren, nemački Savezni ustavni sud je stav dva § 112 Pravilnika o krivičnom postupku „komforno protumačio“ tako da je smisao stava dva da sumnja da je učinjeno neko od nabrojanih krivičnih dela prezumira da postoji neki od „razloga“ iz stava jedan.²⁵ Taj pravni skor nemačkog Saveznog ustavnog suda dabome nema nikakve veze sa

²⁴ V. za pregled literature npr. *Schlaich/Korioth*, Bundesverfassungsgericht, 8. izd. 2010, br. 440 ff.

²⁵ Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) 19, 342, 350.

tumačenjem. Ali sem pedantnih pravnih metodologa tim rešenjem su svi zadovoljni, zato što se u svakom pojedinačnom slučaju dolazi do umesne-pravične odluke. Dok je tako i pravnoj državi je dobro, bez obzira šta piše u zakonu.

6. Pravo u vanpravnim kontekstima

Kako čitav ovaj fenomen ima uporište u jeziku, koji je opšta društvena, a ne samo pravnička pojava, onda nas neće ni iznenaditi da ga srećemo i u trivijalnim trenucima. Prvi stih nemačke himne glasi danas : „Jedinstvo, pravo i sloboda (Eingikeit und Recht und Freiheit)“. No zaista bi teško bilo misliti da pesnik tu mašta o pravu kao skupu normi i nizu odredbi. U nekom drugom kontekstu možda, u pesmi, pored muze i Apolona, nikako. On, pesnik, priželjkuje poredak u kome će zavladata pravica. U skladu sa svim što je rečeno o nemačkoj reči *Recht*, on tu želju ne izražava kao *Gerechtigkeit* (*pravda, pravica*), već kao *Recht* (*pravo*).

Erik Wolf je napisao obimnu knjigu o smislu prava kod nemačkih pesnika, koja bi se, već i kao zamisao autora, teško mogla razumeti, ako bi autor pravo poistovećivao sa skupom normi.²⁶

Hegel koristi reč *Recht* (*pravo*) u raznim značenjima čiji su otvoreni pojmovni okviri („mistična struktura“), redovno intendirana višeznačnost, i namerno preklapanje sa kvalifikatorom *recht* (*pravo*) upravo karakteristika i današnje upotrebe nemačke reči *Recht*. Kao primer za materijalno obojena značenja mogu poslužiti Hegelova izlaganja o prosvetiteljstvu i Francuskoj revoluciji, gde on podvlači značaj uma za utvrđivanje onog što je zaista pravo i naziva to prosto „wahres Recht (istinsko, zaista pravo)“.²⁷ Stari režim u Francuskoj je propao jer je njegova Francuska bila „carstvo neprava (Reich des Unrechts)“.²⁸ Narod je bio u bedi, a plemići su uživali u svojim privilegijama, sa kojima ih niti nužda „niti pravo da bi kao pravo zavladalo“ nije nagonilo da od tih privilegija odustanu.²⁹ I šta se desilo u Francuskoj? – Kaže Hegel: „U jednom mahu probio se rezon, pojam prava, protiv koga ni stara mašinerija neprava ništa nije mogla. Sadašnje ustrojstvo ustanovljeno je dakle na rezonu prava (Gedanke des Rechts) i na njemu sada pa nadalje sve treba da počiva“.³⁰

²⁶ Wolf, Vom Wesen des Rechts in deutscher Dichtung, 1946.

²⁷ Hegel, Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte, Suhrkamp 12, 1982, 524.

²⁸ Hegel, gde i malopre, 528.

²⁹ Hegel, isto, str. 528.

³⁰ Hegel, isto, str. 529.

Kada pedagozi u Nemačkoj istražuju pojmove prava i neprava kod dece i razvoj njihovog pravnog osećaja³¹, onda njih, razume se, ne interesuje kako deca definišu pravo i da li misle da je pravo skup normi ili pak da je presek vladajućih odnosa u društvu, ili „*povijesno jedinstvo različitosti ili društveno-povijesni proces sastavljen od: stanovitih društvenih odnosa kojima je potrebno prisilno discipliniranje, društvenih vrijednosti i ciljeva kojima s takvi odnosi ocjenjuju i projektiraju, i društvenih normi koje polazeći od vladajućih vrijednosti i ciljeva takve odnose prisilno uređuju (Visković)*“, nego ih interesuje osećaj deteta da kaže da je nešto pravo ili nije. Kada nekom treba vratiti stvar, koja stvar je čija, ko kome kako treba da se obrati, kakva kazna je primerena, koliko treba da se ostane napolju i slične stvari. U tom širokom pedagoško-društvenom kontekstu ni državno pravo nikada neće ostati samo nekakva spoljna regulacija koja se uči na fakultetima, sa kojom se bori i prebija u upravnom i sudskom postupku, i na koju motri uska pravna profesija, već stvar svih ljudi i pojmovni stožer političke zajednice.

7. Pravni transfer

Nakon ovog ubrzanog pregleda opravdano je i pitati kako je moguće da je i nemačka reč za pravo – *Recht* izvedena od reči *recht*, što znači koliko i *právo*, isto kao što je i naša reč *právo* izvedena baš iz reči *právo*, a da je opet naša reč *právo* u svesti govornika potpuno razdvojena od svog etimološkog sadržaja. Kako je došlo do toga da je naš *pojmovno-izražajni kompleks právo* na takav način „denaturalizovan“? Odgovor leži najpre u logici pravnih transfera. Mi, u Srbiji, u 19. veku nismo preuzeli samo čitavu paletu pravnih instituta i termina, već smo očito preuzeli i sam pojam prava. U predmodernu dobu, na našim prostorima reč *právo* je zabeležena samo u subjektivnom smislu. Vuk u Rječniku sa nemačkim *Recht* prevodi našu reč pravda.

Mi smo prema tome pojam prava takoreći „fotografisali“ u vreme kada je on u Nemačkoj doživeo vrhunac svog pozitivističkog oblikovanja, po kome je bilo právo sve što država propiše. Ali nismo shvatili da je to samo jedan modus rezona pravog, i da u drugačijoj državnoj ideologiji pojam prava mora da nastavi da se deklinira prema svom osnovnom sadržaju – prema onome što je právo. Umesto toga mi smo pozitivistički pojam prava videli sa spoljne strane i zatim ga pojmovno izolovali i nastavili da ga do savršenosti uobličavamo kao skup normi. Takva predstava ušla je i u društvenu svest, jer ustanove pravnog poretka, kao što je parnica ili krivični

³¹ V. ovde fn. 22 i 23.

postupak nisu uvedene kao prirodna razrada uobičajnih oblika narodnog pravnog života, već su nametnute kao samosmisleni modeli koji i u Srbiji u nepromenjenom obliku moraju postojati ako Srbija želi da bude moderna država kao one u kojima su se ti modeli razvili. No, razume se da su upravo u onim državama gde su takvi modeli razvijeni, oni nastali i upotpunjeni prema društvenim prilikama i potrebama.

Ovo objašnjenje našeg shvatanja prava treba još detaljno da se istraži. Ali je nepobitno da reč *právo* u predmodernu dobu, pre oblikovanja naše državnosti i pravnog sistema po uzoru na nemački, u objektivnom smislu nikada nije korišćena.³² To potvrđuje i Bogišić, kada oseća da je kod upotrebe reči pravo u objektivnom smislu po sredi pojava „po primjeru tuđih jezika“. Sa tim osećajem, Bogišić nam potvrđuje da je takva upotreba u njegovo vreme bila recentnija. Zato i ne čudi kada on u sred Opšteg imovinskog zakonika, a odatle dolazi i prethodni citat, piše:

“Riječ pravo, u ovom Zakoniku, treba uzimati samo u smislu kakve zakonite moći ili ovlasti [...]. Riječ se pravo doista, po primjeru tuđih jezika, uzimlje često i u smislu pravila ili zbira pravila“ (čl. 784).

³² V. šta o tome kaže naš istorijski Rječnik hrvatskoga ili srpskoga jezika, 1880–1976, s.v. pravo.

Luka Breneselović

Institut für Rechtsvergleichung, Belgrad

ÜBER DEN RECHTSBEGRIFF IN DEUTSCHLAND UND IN UNSEREM LAND

Zusammenfassung

Dem deutschen Wort *Recht* haftet ein materieller Inhalt der Gerechtigkeit an, der im Serbischen völlig ausgeblendet sei. Diesen besonderen Inhalt erkennt man z.B. an den Verbindungen wie Rechtsgefühl (bei Kindern); er fand jedoch sein Niederschlag ebenso in verschiedenen höchstgerichtlichen Entscheidungen in Deutschland und führte letztendlich zu einer Rechtsstaatkultur, die Anbetracht der Begrifflichkeit, in Serbien nicht organisch vorstellbar ist.

Schlüsselwörter: Rechtsbegriff; Recht; deutsch-serbische sprachliche Differenzen; Rechtskultur; Rechtstransfer.

Luka Breneselović

Institute of Comparative Law, Belgrade

ABOUT THE CONCEPT OF LAW IN GERMANY AND IN OUR COUNTRY

Summary

The words in science have their own separate life, they have influence to the writer and shape the thinking; although, by itself, serve to make people understand, often create the biggest misunderstandings. Although the German word *Recht*, with full justification, in many cases, can be translated with the our word *Law*, there is not possible in significant number of cases, because the semantic potential of those two words to the current speaker is not the same habits.

Key words: concept of law, law, Recht, Germany, notion of law statute, linguistic wrapping, legal culture, legal transfer, science of translation.