

COMMON LAW PRAVNA NORMA

Sažetak

U radu se pokušava utvrditi drugost *common law* pravne norme, analizirajući razlike koje se otkrivaju u njenom nastanku i jeziku, u odnosu na pravnu normu evropsko-kontinentalnih pravnih sistema. U prvom delu rada se prikazuju podudarnosti i razlike u postupku stvaranja pravne norme, odnosno specifičnosti rada dva suštinski drugačija normotvorca. U tom smislu se, pre svega, ukazuje na osnovna odstupanja u radu zakonodavca u odnosu na aktivnost angloameričkog suda kao stvaraoca *common law* prava. U drugom delu rada se vrši analiza jezika pravne norme u dve evropske porodice prava. Rad analizira formu jezika i jedne i druge pravne norme, kao i njenu uslovljenost osobenostima foruma u okviru kojeg je nastala – parlamenta, odnosno suda.

Ključne reči: pravna norma, *common law*, evropsko-kontinentalna prava, jezik prava, zakon, precedent.

1. Uvod

Primarni generator očigledne drugosti engleskog *common law*¹ prava u odnosu na ona evropsko-kontinentalna pronalazimo u načinima na koje u ove dve porodice prava nastaje pojava koju označavamo pojmom „pravna norma“. Kada kažemo pravna norma, prvenstveno mislimo na elementarno, pojedinačno, opšteobavezujuće pravno pravilo o zabranjenom, odnosno dopuštenom ponašanju građana koje se, prema rečima čuvenog profesora Lukića (1994, p. 177), od ostalih obrazaca društvenog ophođenja razlikuje po tome što je ona „pravilo o ponašanju ljudi koje je zaštićeno državnim aparatom prinude“. Lukić pravnu normu razume kao osnovnu česticu, atom prava, iz čijeg je niza određeni pravni sistem sastavljen. Dok je na Kontinentu primarni izvor prava zakon, odnosno sistematizovan skup pravnih normi određene vrste nastao delatnošću zakonodavca (parlament), u okviru *common law* korpusa engleskog (angloameričkog) prava to je specifičan deo presude nekog od viših sudova (u propisima Engleske i Velsa označeni kao *superior courts*), poznatiji kao *ratio decidendi*.

* Master pravnik, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta Union, Beograd, Srbija, e-mail: email@damir.site, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8273-9188>

¹ *Common law* je samo jedan od korpusa izvora engleskog prava koji obavezuje paralelno sa pravnim pravilima koje pronalazimo u, primera radi, zakonu (*statute*), običaju (*custom*), pa čak i ekvitetu (*equity*). Vid. Šite, 2019, pp. 12–17.

Pre nego što se upustimo u analizu razlika u nastanku i strukturi pravnih normi kod ove dve porodice prava, treba naglasiti da u njima otkrivamo i određene zajedničke karakteristike.

2. Podudarnosti zakonodavnog i sudskog normativnog procesa

Common law pravna norma, kao i ona kontinentalna, rezultat je jasnog dijalektičkog odnosa kako između različitih ansambala u okviru organa ovlašćenog za donošenje same norme (normotvorca), tako i između njenog donosioca i onoga na koga se norma odnosi. Drugim rečima, pristup diskursu (normativnom tekstu) u trenutku njegovog nastanka u obe evropske porodice prava nije omeđen samo na njegovog odlučujućeg stvaraoca („većina“ u okviru normotvorca), već u njemu otkrivamo i jasnu interakciju između različitih, za to izričito ovlašćenih subjekata. Neposredni akteri tog odnosa u kontinentalnom pravnom ambijentu su parlamentarni predstavnici vlasti i opozicije, dok je *common law* norma rezultat dijaloga suda i procesnih stranaka. U prethodnoj rečenici atribut „neposredni“ je nameran, imajući na umu to što se u obe porodice prava kao neodvojivi učesnik ove interakcije otkriva i uticaj građana na donosioca norme.

Uloga naroda u putanji razvoja savremenih evropskih društava se sada već neizostavno otkriva u faktoru poznatom kao javno mnjenje, koje se (iako na normativni mehanizam ne vrši presudni uticaj), poput upornog „pedalnog tona“² u njemu ipak najdalje čuje, ostvarujući time nemali efekat na konačni oblik regulative. Uticaj koji društvo ima na pravni poredak nije skorijeg datuma, a njegove primere otkrivamo kako na Ostrvu, tako i na Kontinentu. Zajednički imenitelji ovog društvenog korektiva važećih propisa su uvek vanpravnog karaktera, nastali kao izraz onoga što društvo očekuje od prava, a ne onoga što je zaokružena pravna norma u mogućnosti da ponudi. Tako se u engleskoj povesnici još od vremena srednjeg veka, nastao kao reakcija društva na rigidnost *common law* prava i kao izraz kraljevskog prerogativa da daje pomilovanja, te da bude ovozemaljska inkarnacija božanske pravde, javlja sada već prilično uobličeni poseban korpus angloameričkog prava poznatiji kao *equity*. Na sličan način kontinentalna prava svoj društveno nametnuti obrazac dobijaju u, primera radi, načelu savesnosti i poštenja (*bona fide*), koje prema rečima profesora Sakoa (2014, p. 419) nije proizvod samog prava, već nastaje kao reakcija društva na pravo.

Izraz usklađenog uticaja glasa naroda (*vox populi*) u kreiranju opšteobavezujuće norme, kako kod kontinentalnog zakonodavca tako i kod višeg *common law* suda, otkrivamo i u istovetnoj nesputanosti donosioca, odnosno okolnosti da u obe evropske porodice prava njen stvaralac nije omeđen čak ni svojim prethodnim pravnim shvatanjima. Podudarnost da, kako na Kontinentu tako i na Ostrvu, nova pravna norma može biti dijametralno

² Paralela sa svetom muzike deluje kao najpodesnija da se prilično plastično opiše uticaj javnog mnjenja na razvoj društva, a samim tim i razvoj prava. Naime, iako je pedalni ton (narod) u većini muzičkih dela gotovo neprimetan u odnosu na razdraganu melodijsku liniju (vlast), on ne samo da je neophodan za postizanje volumena muzičkog izraza, već se on uvek najdalje čuje. Primera radi, dok se nedeljom popodne približavate promenadi na čijoj otvorenoj terasi muzicira gradski duvački orkestar, prvo ćete čuti karakteristične bas kvarte. Kako budete prilazili, počecete da uočavate prilično nerazgovetni harmonski dodatak limenih duvača, dok ćete razdraganu melodijsku liniju flaute i prvog klarineta sasvim jasno čuti tek pošto se neposredno približite samom orkestru.

suprotna u odnosu na onu važeću, u stvari potvrđuje da se u njenom definisanju nijedan od dva tipa donosioca nije rukovodio argumentima „prava“, već prevashodno razlozima društvene zbilje. Iako kreativni prostor aktuelnih Solonovih dublera (a ponegde sabotera), u oba slučaja, ne predstavlja prostor nesputane slobode, već je precizno omeđen jasnim pravnim okvirom (ustavom, odnosno na Ostrvu zakonom – *statute law*), autonomija donosioca norme se otkriva u njegovoj jasnoj moći da ignoriše svaku svoju raniju odluku iste pravne snage³ i komotno je zameni novom koja je suštinski drugačija u odnosu na onu prethodnu.

Osim toga, kod obe porodice prava ovaj odnos normativne dijalektike teče između donekle jasno suprotstavljenih strana. Dok je na Kontinentu to sukob na relaciji vlast-opozicija, na Ostrvu se radi o interakciji između stranaka u postupku i sudskog veća, odnosno sukoba stranaka (akuzatorski postupak) pod budnim oko suda. Iako se mehanizmi ovog normativnog dijaloga proceduralno razlikuju s obzirom na inherentne razlike u forumima u okviru kojih se odvijaju, njihova srodnost se otkriva u jasnom funkcionalnom preklapanju. Kako savremeni evropski postupak definisanja pravne norme ne poznaje njen oktroisani koncept, u oba slučaja je cilj procesno slabije strane (opozicije, odnosno stranke u postupku) da izvrši uticaj na članove presudnog normativnog ansambla ne bi li modifikovali predloženo ili postojeće pravilo u korist rešenja koje je, prema mišljenju slabije strane ovog dijaloga, smislenije, pravičnije, celishodnije i ovome slično. Okolnost da je formalni izraz ovog uticaja kontekstualno drugačiji (amandman, tj. odstupanje od važećeg precedenta) ne menja činjenicu da se u oba slučaja radi o efektu društveno neophodnog učesnika postupka. Potreba za učešćem slabije strane u postupku donošenja norme, iako u njemu nema odlučujući uticaj, zasniva se na potrebi da se njen konačni konstrukt označi kao legitiman.

Pravnu valjanost normativnog postupka u obe porodice prava osigurava okolnost da je, kako na Ostrvu tako i na Kontinentu, on preciziran jasnim procesnim pravilima. Opšta norma obavezuje samo ukoliko je doneta u skladu s predviđenim postupkom koji na Kontinentu određuje zakonodavac (parlament), a na Ostrvu sudska vlast svojim pravilima sudskog postupka (*rules of procedure*). U oba slučaja, pravilo je da u procesu donošenja opšte pravne norme glavnu ulogu imaju „punomoćnici“ (narodni poslanici, tj. advokati), dok je mogućnost neposrednog učešća onih na koje se norma direktno odnosi izuzetak (narodna inicijativa ili referendum, odnosno stranka koja samu sebe zastupa).

Dodatni primer podudarnosti metodologije donošenja pravne norme između kontinentalnog zakonodavca i *common law* suda otkrivamo i u teksturi ansambla normativnog dijaloga koji u tom postupku ima presudnu ili „završnu“ reč: skupu onih čija je volja jedino relevantna za oblikovanje konačnog sadržaja opšteobavezujućeg diskursa (normativnog teksta). Naime, i u jednom i u drugom slučaju radi se o *zbornom odlučivanju*, pa se tako u Evropi danas ne može zamisliti opšta pravna norma koja bi, po redovnom toku stvari, bila u ravni ukaza ili naredbe nekog inokosnog organa. Opšteobavezujuće pravno pravilo, kako na Kontinentu tako i na Ostrvu (*common law*), formira se isključivo kao

³ Tu se misli na hibridnu prirodu kontinentalnog predstavničkog tela koje, u zavisnosti od materije koju uređuje, može da se nađe u ulozi zakonodavca, odnosno ustavotvorca.

izraz kolektiva, a ne pojedinca. Zajednički naziv ovog odlučujućeg kolektiva (presudnog normativnog ansambla) u Evropi je „većina“. Dok je na Kontinentu to najčešće *većina* u odnosu na kvorum predstavničkog tela, u slučaju normi *common law* prava to je *većina* sudskog veća koje u konkretnom slučaju poslednje odlučuje.⁴

3. Normativni kontrasti kontinentalnog i precedentsnog prava

Pored određenih sličnosti postupaka donošenja pravnih normi na Ostrvu i na Kontinentu, među njima je moguće identifikovati i značajan broj razlika. Ove sistemske nejednakosti, kada se dovedu u vezu s ranije navedenim podudarnostima, na konačni izraz pravnih normi vrše prelomni, pretežni uticaj, s obzirom na to da dovode do njihove suštinske podvojenosti.

Primeru radi, već prva navedena okolnost da je i kontinentalna i precedentsna pravna norma rezultat dijalektičkog odnosa u okviru normotvorca, ne potire činjenicu da razlike koje postoje između neposrednih aktera datih normativnih procesa dovode i do suštinskih oscilacija u njenom konačnom izrazu. Kako je to već naglašeno, dok se normativni dijalog na Kontinentu odvija u okviru zakonodavnog tela na relaciji vlast–opozicija, u *common law* korpusu prava radi se o pravnom pravilu koje je izraz komunikacije sudskog veća i stranaka. Ova odstupanja u normativnim ansamblima ne mogu a da se suštinski ne odraze i na *pravnu normu* koju ti ansambli stvaraju.

O kakvim je razlikama ovde reč?

Prvo, kontinentalna pravna norma je izraz dijaloga unutar parlamenta kao konstrukta trenutne, incidentne političke dinamike društva, sastavljenog od predstavnika naroda optiranih od strane političkih subjekata kvalifikovanih na osnovu opštih izbora.⁵ Osnovni instrumentarij narodnopolitičkog zanata nije mišljenje zasnovano na stručnom znanju, već na nizu retoričkih argumenata formiranih u skladu s besedničkom logikom nastalom u cilju opravdanja svetonazora ili ideologije koju politička opcija datog „predstavnik naroda“ zastupa. U najvećem broju slučajeva, svaki od članova zakonodavnog tela je lično apsolutno nezainteresovan za pitanja o kojima konkretno odlučuje, posmatrajući ih prevashodno kroz prizmu političke borbe i uticaja koji na taj način ostvaruje na svoje biračko telo.

Common law precedent nastaje u atmosferi koja je mnogo intimnija od one u kojoj deluje kontinentalni zakonodavac, s obzirom na to da u njegovom nastanku veoma intenzivno učestvuju procesne stranke o čijem se ličnom pravnom zahtevu (i kontrahtevu)

⁴ Angloamerički pravni sistemi poznaju mogućnost da precedent bude uspostavljen od strane sudije–pojedince (primeru radi kao deo odluke Visokog suda Engleske i Velsa – *High Court*). Ipak, kako se radi o prvostepenim odlukama, precedent bi nastao samo ukoliko nijedna od strana u postupku ne bi uložila pravni lek, odnosno ukoliko bi neposredno viši sud utvrdio da nema mesta žalbi. Osim što se radi o veoma retkim slučajevima (mada ne nepoznatim u praksi), „zbornost“ se u ovom slučaju ogleda bilo u potvrdi veća da je uložena žalba neosnovana ili u okolnosti da su stranke odsustvom žalbe „potvrdile“ precedent.

⁵ Ovaj rad iz svoje analize namerno isključuje iskustva društvenih uređenja karakterističnih po normativnom aparatu severnokorejskog šarma, društvenog uređenja zasnovanog na negaciji slobode pojedinca kao ontološke odrednice čoveka.

autoritativno odlučuje. Iako procesne stranke nemaju *a priori* prelomni uticaj na konačnu odluku sudskog veća, struktura primenjivih propisa *common law* porodice prava (preciznije: njihova „nepreglednost“), kao i metodologija konvencionalnog akuzatorskog postupka, čine taj uticaj na sudsko veće znatno sadržajnijim od onoga koji primećujemo u kontinentalnim forumima. Najplastičniji izraz uticaja stranaka na sudsko veće na Ostrvu otkrivamo u tamošnjem odsustvu pretpostavke *iura novit curia* kao jedne od suštinskih razlika između angloameričkog i kontinentalnog sudskog postupka.

Razlike među učesnicima normativne dijalektike na Kontinentu i Ostrvu sugerišu i jednu od osnovnih diskrepanci između pravnoobavezujućih iskaza koji u tim forumima nastaju. Naime, kontinentalni zakonodavac pravnoj normi pristupa iz ugla političke zbilje, razumevši je kao izraz filosofije društvene misli o sopstvenom sveukupnom uređenju. S druge strane, sudski precedent, kao pravna ocena *konkretnog* sudskog veća o *konkretnom* sporu, nikako nije izraz grupe „mislilaca“, već pravnika-praktičara koji pravu pristupaju logikom inženjera, uspostavljajući pri tome ne primarno *opštu normu*, već radije *mehanički obrazac* (gotovo proizvodni proces) čija je primena obavezujuća, ali u isto vreme i precizno ograničena na gotovo identičnu podudarnost s realitetom u okviru koga je nastala.

Dakle, jedna od osnovnih razlika između *common law* i kontinentalne pravne norme se može objasniti kao razlika između iskaza *mislioca* i iskaza *inženjera*, sveta teorijskog i praktičnog, generičkog i životnog. Ova razlika je imanentna suštinskoj razlici u ambijentima u okviru kojih se ta dva dijaloga odvijaju. Dok zakonodavac svoju funkciju prilagođava *političkoj areni* čiji je on neodvojivi deo (stvarajući tako mnogo više „političko“ nego „pravno“ pravo), inkubator sudskog precedenta je ambijent profesionalnog „deljenja pravde“ ili susreta prava sa životom, pred koji se postavlja zahtev spuštanja refleksije norme sa imaginarnih uopštenih zahteva političke zajednice na dileme konkretne (ne)pravde, na odnos konkretnog podanika i njegovog životnog iskustva prava.

Pored komunikacije između formalno suprotstavljenih strana u okviru organa ovlašćenog za donošenje pravne norme, polje normativne dijalektike u obe porodice prava karakteriše i svojevrсни dijalogizam, odnosno saznajna komunikacija o konačnom izrazu pravne norme koja se odvija u okviru samog ansambla koji tu formu definiše. Ova regulatorna komunikacija unutar parlamentarne vladajuće većine, odnosno većine angloameričkog sudskog veća koje definiše istovetni *ratio decidendi*, prati već navedene razlike u pretežnim odlikama arena u okviru kojih se odvija (politički, odnosno pravni kontekst), pa se na ovome nije potrebno posebno zadržavati. Ipak, mora se ukazati na suštinsku različitost ovih dveju *većina*. Dok je kod zakonodavca ona gotovo ušančena, aritmetički izražena kroz „broj stolica“ pripisanih datom političkom subjektu, većina sudskog veća je uvek fluidna, promenjiva, formirajući se od slučaja do slučaja. Tako je uticaj ličnog stava o konkretnom pravnom pitanju o kome se odlučuje mnogo izraženiji prilikom donošenja *common law* norme, dok je zakon proizvod kolektivne svesti. Sledstveno, zakon ne uzima u obzir sve nijanse u odstupanjima koja postoje između njegovog konačnog izraza i pojedinačnog mišljenja svakog od narodnih poslanika koji su se izjasnili u korist izglasane norme.

Dalja odstupanja koja nastaju sa obzirom na razlike među učesnicima normativne dijalektike Ostrva i Kontinenta ogledaju se i u stvarnom kapacitetu procesno slabije strane da utiče na ansambl s presudnim pristupom normativnom diskursu. Ta slabija strana na

Kontinentu je opozicija, dok se na Ostrvu radi o procesnim strankama. Kada analiziramo mogućnosti koje predstavnici opozicije u zakonodavnom telu imaju spram vladajuće većine u odnosu na domašaje uticaja procesnih stranaka prema sudskom veću koje može da uspostavi novi sudski precedent, jasno je da je uticaj ovih drugih nesumnjivo veći i delotvorniji. Takav njihov uticaj je rezultat prirode argumenata na kojima se bazira. Dok je argument opozicije u okviru zakonodavnog postupka sveden na moguće reperkusije koje bi izmene pravnog okvira mogle da imaju na društvo u celini, predlozi procesnih stranaka pre svega moraju biti pravne prirode, zasnovani na ideji pravde kao idealu kome svaki sudski organ teži. Igrati „na kartu“ pravde u zakonodavnom telu je prilično utopijski koncept, imajući na umu da ideal zakonodavca nije pravda, već pre svega očuvanje položaja vladajuće većine. Sud kao ušančeni, nepromenjivi organ zasnovan na stalnosti sudske pozicije, ne počiva na kalkulantskoj aritmetici deputata, već na urođenoj profesionalnoj anomaliji pravnika da „dele pravdu“, da svoju pravničku mudrost artikulišu u odnosu na pojedinačni spor o kome trenutno odlučuju. Čini se da ovako postavljeni spektar delovanja kontinentalnog zakonodavca i viših angloameričkih sudova čak i faktor ljudske sujete, na koju se mora računati u sveukupnosti međuljudskih odnosa, u angloameričkom normativnom aparatu kanališe ka ostvarenju viših ciljeva prava (pravde), za razliku od onog kontinentalnog u kome je norma ponegde izraz trenutne kombinatorike.

Navedena karakteristika engleskog pravnog sistema nameće i zaključak da je centralna uloga u njegovom razvoju poverena, pre svega, delatnosti sudske grane vlasti, u čemu se ogleda i njegova suštinska konceptualna razlika u odnosu na kontinentalni pristup, po kome se u epicentru pravnog poretka ne nalazi niko drugi do isključivo parlament. Razlike u odabranim težišnim tačkama su, svakako, uslovice i razlike u putanjama razvoja ove dve porodice prava. Stiče se utisak da ova možda prenatraglašeno smirena evolucija engleskog prava počiva na nepokolebljivoj privrženosti istoriji i tradiciji (u čemu se, sasvim sigurno, mogu pronaći i neki od razloga striktnog otklona prema rimskom pravu i kodifikaciji). Engleski sudija svoje odluke najčešće donosi unutar binarnog sistema rezonovanja (*jeste ili nije*), dok se od ustaljenih normi odstupa veoma retko, samo u situacijama kada je očigledno da se tradicionalno mora povući pred racionalnim, ne bi li se tako osigurala elastičnost i aktuelnost celog sistema, naravno, samo u meri u kojoj je ona neophodna i društveno opravdana.

Navedena sistemaska suprotnost u pristupu pravu između engleskog i kontinentalnog pravnika je, neminovno, dovela i do suštinske konceptualne razlike među njima. Naime, dok se u centru pažnje kontinentalnog pravnika nalazi opšte pravno pravilo koje se naknadno primenjuje na utvrđenu činjenicu, engleski pravnik polazi isključivo od konkretne činjenice i u njenim nijansama pronalazi obaveznu primenu neke ranije uspostavljene odluke. Drugim rečima, u engleskoj pravnoj praksi, koja se zasniva na doktrini sudskog precedenta (smer od pojedinačnog ka opštem), činjenično stanje je, verovatno nesvesno, dobilo i jednu dodatnu – normativnu – komponentu, koja je za ostali deo Evrope nezamisliva, imajući na umu da se pravo na Kontinentu bazira na shvatanju da se svaka, pa i ona presudna činjenica, isključivo podvodi pod određenu pravnu normu (od opšteg ka pojedinačnom).

Ova normativna komponenta činjeničnog stanja u okviru *common law* prava dovela je do dve njegove specifičnosti: ono je, pre svega, nasumično (uređuje samo pitanja oko kojih postoji spor); i pod dva, ono je reaktivno (ne apstrahuje društvenu stvarnost unapred,

već na nju isključivo reaguje, i to samo u slučaju izražene potrebe). Posledično, *common law*, kao pravo koje se organski razvija kao refleksija postojeće, čak uže, isključivo procesno artikulisane potrebe stranaka (za razliku od Kontinenta gde je pravo izraz pretpostavke šta će društvu biti potrebno u budućnosti), nije se uobličilo kao katalog prava (*rights*), već je ono, pre svega, skup pravnih sredstava (*remedy*) pomoću kojih stranka može zaštititi neko svoje pravo.

S druge strane, početna tačka kontinentalnog normativnog uređenja je prepoznavanje određene društvene stvarnosti u cilju njenog pravnog omeđenja. Primera radi⁶, češki zakonodavac, nakon što je uočio neobuzdanu intenciju stanovništva za bračnim životom, anticipirajući katalog pitanja koja se u tom smislu mogu pojaviti, utvrđuje opšte pravne norme civilnog braka: nadležne organe, neophodni uzrast neveste i ženika, mogućnost i uslove zaključenja braka maloletnika, obavezni pol supružnika, odnos građanskog i crkvenog braka, pitanje poligamije i ovome slično. Drugim rečima, češki (kontinentalni) zakonodavac izražava svoju jasnu i logički zaokruženu, mogli bismo reći svesnu, volju u odnosu na institut bračne zajednice.

Englesko pravo, s druge strane, uopšte se ne upušta u poduhvate ove vrste. Ono svoje odgovore na navedena pitanja – nadležni organ, uzrast i pol supružnika, poligamija – nudi tek u situaciji kada se o njima pojavi spor i kada se (na zahtev stranke) viši sudovi o tim pitanjima izjasne, pretvarajući se tako u „izraz iskustva, a ne logike“ (Rinfret, 1948, p. 10). Drugim rečima, *common law* ne predstavlja normativni okvir formiran putem artikulisanja svesne namere donosioca pravne norme (kao što je to slučaj kod kontinentalnog zakonodavca). Upravo obrnuto, radi se o nizu pravila koja sudska praksa stvara nasumično, donoseći jednu opšteobavezujuću odluku za drugom, u vremenskim intervalima koji ponekad mogu da broje i po nekoliko decenija, pa i duže, pri čemu se čini da postojanje dugih vremenskih razmaka bez jasnog stava o otvorenim pravnim pitanjima na Ostrvu nikoga ne zabrinjava. Prema rečima profesora Stanojevića (1982, p. 8), razvoj engleskog prava je u njegovom pretežnom delu, u stvari, prepušten životu.

4. Jezik pravne norme

U želji da se što je moguće više približimo razumevanju suštinske razlike između kontinentalne i *common law* pravne norme, kao pretpostavljenom (među)prostoru njihove uzajamne negacije, značajno je izvršiti uporednu jezičku analizu u načinima na koje se ona ispoljava u ove dve porodice prava.

Sagledati ulogu ili položaj jezika u pravu nije nimalo lak zadatak, s obzirom na izraženo nejasne konture na koje nailazimo već u okviru bazičnog odnosa jezik–pravo (Čavoški, 2018). Dalekosežnost problematike osnovnog pitanja na koje se u teoriji prava odavno pokušava pronaći odgovor: *Ima li prava bez/izvan jezika?* postaje nešto uočljivije ukoliko se dovede u vezu sa donekle sličnom nedoumicom: *Ima li književnosti bez jezika?*

⁶ Ilustracija nastala na primeru koje je profesor Pjer Legrand (*Pierre Legrand*) izneo tokom predavanja održanog početkom jula 2019. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Kembridžu.

Uprkos donekle usamljenim stavovima o njegovoj „propalosti i istrošenosti“ (Pejović, 1983, p. 7), jezik je i dalje osnovni resurs sveukupne društvenosti, a samim tim i njegovih pravnih odnosa (jezik je najveće „opšte mesto“, tvrdio je Danilo Kiš). Da pravo „živi“ samo u jeziku (govoru), na sličan način na koji u prirodi parazit može da postoji samo zahvaljujući opstanku domaćina u kome se nastanio, vidimo već u značaju koji pravo pridaje „izjavi“ (volje, norme, izreke odluke).

Analizom načina upotrebe jezika u definisanju pravne norme na Ostrvu i na Kontinentu dolazi se i do daljeg iščitavanja razlika koje među njima postoje. Kako su u većini slučajeva pravnici, između ostalog, metodološki neopremljeni „za korištenje lingvističkih znanja“ (Visković, 1989, p. 9), što je slučaj i sa autorom ovog članka, na ovom mestu ćemo se pozabaviti isključivo analizom forme⁷ jezika (diskursa) pravne norme Ostrva i Kontinenta, kao najplastičnijeg izraza njihove heterogenosti.

Kao primere govora normotvorca uzećemo one koje u pojedinim kontinentalnim pravima definišu osnov ugovorne obaveze (*causa*) i njen angloamerički funkcionalni par *consideration*. Na ovom mestu treba naglasiti da se neće vršiti tzv. „dubinska analiza“ strukture pravne norme (dispozicija/sankcija), već njena „površinska analiza“, pri čemu se neće ulaziti u postavljanje jasnih kontura u odnosu *pravna norma – pravna odredba*, već će se pažnja posvetiti diskursu posvećenom normiranju pojedinačnog pravnog instituta.

U jugoslovenskom Zakonu o obligacionim odnosima (1978), o osnovu ugovorne obaveze pronalazimo sledeći normativni tekst:

III Osnov

Dopušten osnov

Član 51

- (1) Svaka ugovorna obaveza mora imati dopušten osnov.
- (2) Osnov je nedopušten ako je protivan prinudnim propisima, javnom poretku ili dobrim običajima.
- (3) Pretpostavlja se da obaveza ima osnov iako nije izražen.

Ništavost ugovora zbog osnova

Član 52

Ako osnov ne postoji ili je nedopušten, ugovor je ništav.

Pobude za zaključenje ugovora

Član 53

- (1) Pobude iz kojih je ugovor zaključen ne utiču na njegovu punovažnost.
- (2) Ali, ako je nedopuštena pobuda bitno uticala na odluku jednog ugovarača da zaključi ugovor i ako je to drugi ugovarač znao ili morao znati, ugovor će biti bez dejstva.
- (3) Ugovor bez naknade nema pravno dejstvo i kad drugi ugovarač nije znao da je nedopuštena pobuda bitno uticala na odluku njegovog saugovarača.

⁷ Na primarni metodološki problem u pokušaju uporedne jezičke analize engleskog i kontinentalnog prava je u toku neformalnog razgovora piscu ovog članka veoma precizno ukazala Dunja Rančić, nastavnik Učiteljskog fakulteta u Beogradu, opaskom da ona umnogome podseća na osnovnu nastavničku dilemu treba li srednjoškolicima Homera približiti u formi proze ili poezije? Odista, iako će slobodni slog veoma dobro informisati učenike o „radnji“ *Ilijade* ili *Odiseje*, bez mistike ritma starogrčkog stiha bi im cela jedna dimenzija (a čini se upravo ona suštinska – umetnička) slavnog dela drevnog slepog pesnika ostala strana (što pod veliki znak pitanja postavlja smislenost jednog tako „osakaćenog“ čitanja).

Pogledajmo sada slične odredbe francuskog Građanskog zakonika – *Code Civil* (1804), koji je donedavno⁸ predstavljao bastion teorije kauze u evropskom kontinentalnom pravu, za razliku od antikauzalističkog pristupa, prisutnog pre svega u grupi tzv. germanskih prava (prevod preuzet iz Marković, 1925, p. 15):

Odeljak IV.

O osnovu

Član 1131.

Obligacija bez osnova, ili na lažnom osnovu, ili na nedopuštenom osnovu, ne može imati nikakvog dejstva.

Član 1132.

Ugovor važi i ako njegov osnov nije izražen.

Član 1133.

Osnov je nedopušten, kad je zakonom zabranjen, kad je protivan dobrim običajima ili javnom poretku.

Jezik kontinentalne norme je pre svega ekonomičan, upečatljivo upodobljen zahtevu njene lake proverljivosti. Rečenice su kratke i sistematizovane u formi numerisanih celina (odeljci, članovi, paragrafi, stavovi, alineje) između kojih nema narativnih prelaza. Pravna odredba je samostalna, precizno normirajući pitanje kojim se bavi. Tekst je izrazito linearan, s jasno uočljivom zavisnošću kasnijih rečenica od onih prethodnih. Upotrebljeni termini su relativno apstraktni, iskazi su standardizovani, odnosno jezik obiluje frazama i stereotipima (dobri običaji, javni poredak, prinudni propisi, obligacija, ugovor, ugovarač, saugovarač, ugovorna obaveza, pobuda). Stil je izrazito birokratski, jezik je jednoličan, preskriptivan, podređen dogmatskom principu zakonitosti.

Ova „dogmatičnost“ govora kontinentalnog zakonodavca dovodi do toga da on u praksi „zaključava“ jezik, namećući u svakom kasnijem slučaju primene pravne norme obaveznu upotrebu identičnih termina. Primera radi, ukoliko bi se odlukom domaćeg suda utvrdila ništavost ugovora na osnovu nedopuštenosti njegovog osnova iz razloga što je on „protivan dobrim običajima“, formulacijom izreke da se ugovor poništava „usled povrede zahteva pristojnosti u odnosu ugovornih strana“, ovakav izbor reči postupajućeg sudije bi sasvim sigurno omogućio da se takva odluka kao nerazumljiva⁹ ospori u postupku po pravnom leku.

Odredbe o angloameričkom *common law* pravnom institutu *consideration*, koji se dovodi u funkcionalnu vezu s kontinentalnim osnovom ugovora (kauza), pronalazimo u *ratio* delu velikog broju tamošnjih sudskih odluka. Ovde ćemo navesti nekoliko najznačajnijih.

⁸ Nedavnim izmenama francuskog Građanskog zakonika (stupile na snagu 1. oktobra 2016. godine), francuski zakonodavac se odlučio za korenite promene u svom pristupu kauze kao uslova postojanja punovažnog ugovora.

⁹ „Bitna povreda određaba parničnog postupka uvek postoji ako: [...] presuda ima nedostataka zbog kojih se ne može ispitati, a naročito ako je izreka presude nerazumljiva“ – čl. 374, st. 2, t. 12) Zakona o parničnom postupku. Ipak, praksa je uspela da održi u životu raniji *kupoprodajni ugovor*, koji od početka primene Zakona o obligacionim odnosima imamo kao *ugovor o prodaji*.

Smatra se da je prva sudska odluka koja uređuje pitanje utuživosti dospjele ugovorne obaveze isključivo na osnovu postojanja pogodbe (*bargain*) kao njenog osnova presuda u predmetu *Slade's Case* iz 1602. godine. Obavezujući deo (*ratio*) presude glasi:

Utvrđeno je da svaki ugovor koji tek treba da se izvrši podrazumeva i pravo na podnošenje tužbe radi ispunjenja obaveze, jer svaki onaj ko se s drugim saglasi da će mu određeni iznos isplatiti ili da će nekome nešto predati, on ujedno daje i obećanje da će nešto platiti ili predati; dakle kada neko nekome nešto proda, ili kada se saglasi da nešto u određeni dan nekome preda, a drugi na osnovu toga onom prvom obeća da će mu isplatiti određeni novčani iznos, obe strane imaju pravo na utuženje radi naplate duga ili tužbe radi izvršenja obaveze, jer uzajamni sporazum o kasnijem ispunjenju obećanog u sebi podrazumeva i postojanje recipročnog prava na podnošenje tužbe, odnosno utuženja radi naplate duga, u skladu s presudom iz predmeta *Reade and Norwoods Case*.¹⁰

Kao najčešće citirana „definicija“ *consideration*-a engleskog ugovornog prava navodi se *ratio* presude iz 1874. godine, prema kome osnov ugovorne obaveze mora da se sastoji iz:

nekog prava, interesa, prihoda, ili dobitka u korist jedne strane, odnosno nekakvog trpljenja, nepovoljnosti, gubitka ili odgovornosti koji neko daje, trpi ili vrši u korist druge strane.¹¹

Englesku pravnu normu o odnosu pobude i osnova ugovora pronalazimo u obavezujućem delu presude iz 1842. godine, prema kojoj je čak i naknada u visini od jedne funte godišnje za doživotno pravo upotrebe nepokretnosti pravno prihvatljiva:

Motiv nije isto što i osnov. Osnov podrazumeva da se radi o nečemu što ima vrednost u očima prava, nešto što potiče od tužioca: osnov može predstavljati korist za tužioca, odnosno neku nepovoljnost za tuženog; ali u svakom slučaju on mora poticati od tužioca.¹²

¹⁰ “It was resolved, that every contract executory imports in itself an assumpsit, for when one agrees to pay money, or to deliver any thing, thereby he assumes or promises to pay, or deliver it, and therefore when one sells any goods to another, and agrees to deliver them at a day to come, and the other in consideration [94 b] thereof agrees to pay so much money at such a day, in that case both parties may have an action of debt, or an action on the case on assumpsit, for the mutual executory agreement of both parties imports in itself reciprocal actions upon the case, as well as actions of debt, and therewith agrees the judgment in *Reade and Norwoods Case*, P1. Com. 128.” – *Slade's case* (1598) 4 Co Rep 92b, 76 ER 1074 (1602).

¹¹ “[A valuable consideration in the sense of the law may] consist either in some right, interest, profit, or benefit accruing to the one party, or some forbearance, detriment, loss, or responsibility, given, suffered, or undertaken by the other.” – *Currie v. Misa* (1874) LR 10 Ex 153.

¹² “Motive is not the same thing as consideration. Consideration means something which is of some value in the eye of the law, moving from the plaintiff: it may be some benefit to the plaintiff, or some detriment to the defendant; but at all events it must be moving from the plaintiff.” – *Thomas v. Thomas* (1842) 2 QB 851; 114 ER 330.

Za kraj, pomenimo primer presude nešto skorijeg datuma (2007) u kojoj je sud utvrdio kako u konkretnom slučaju ugovor postoji čak i kada jedna od ugovornih strana svom obećanju nesvesno doda osnov (*consideration*):

Držim da su podnosioci žalbe svoju saradnju ponudili u zamenu za određeni poduhvat protivne stranke. Takođe držim da se to ima smatrati dovoljnim osnovom ugovora, bez obzira na okolnost da podnosioci žalbe nisu bili svesni da su potpisima na ugovornim ispravama sebe podredili nepovoljnosti u zamenu za napore protivne stranke.¹³

Precedentna norma je uvek opisne, slobodne, govorne forme. Karakteriše je odsustvo terminološke konzistentnosti, pa se tako u njoj dozvoljava upotreba različitih termina u cilju regulisanja istovetnog pravnog odnosa (jezik pravne norme nije „zaključan“). Za razliku od primarno preskriptivne uloge one kontinentalne, *common law* pravna norma u sebi obuhvata i očiglednu prosvetiteljsku funkciju.

Postupak saznanja pravne norme je izraženo sintetički – kako bi se utvrdio njen sadržaj potrebno je pregledati veliki broja postojećih precedenata, koji se kao krnji delovi iste norme organski nadovezuju jedan na drugi, zahtevajući tako da, primera radi, precedent iz 2007. godine (*Pitts and Ors v. Jones*) u sebi inkorporira i onaj iz 1602. godine (*Slade's case*). Struktura sudske odluke je relativno slobodna, ona ne sadrži nikakve sistematske oznake (poput brojeva članova, paragrafa, stavova, alineja), osim numerisanja pasusa (najčešće „po sluhu“ perovođe).

Kako je dobrim delom svoje istorije sudski precedent nastajao u vidu govora, on se za razliku od zakonske norme služi punim repertoarom narativnih oblika jezika, pribegavajući slobodno pravilima književnog jezika. Kako je već naglašeno, u njemu delovi nisu odvojeni „pauzama“ (paragrafima), već se naslanjaju jedan na drugi gotovo prozno, pri čemu jeziku norme nije u celosti strano prisustvo, pored narativnosti, čak i vid subjektivnosti („Držim da su podnosioci žalbe...“), pa i emotivnosti. U ovome se angloamerička *common law* norma, u stvari, poistovećuje s verbalno preopterećenim govorom advokata (engleski sudija je najveći deo svog profesionalnog života posvetio advokaturi, iz koje gotovo obavezno potiče).

Citirani primeri ukazuju na nekoliko osnovnih formalnih razlika u načinima na koje je pravna norma srodne metapravne sadržine (osnov ugovorne obaveze) izražena ili jezički „kodirana“ u okviru kontinentalnih, odnosno *common law* prava. Iako se u obe porodice prava radi o primerima institucionalizovanog diskursa nastalog u nameri da ustali određene obrasce ponašanja, norme kodirane u obliku zakona (evropsko-kontinentalno) i one kodirane u *ratio* delu sudske presude (angloamerički *common law*), otkrivaju jasne tragove njihove suštinske raznorodnosti.

¹³ “I would hold that the appellants’ cooperation was given in return for the respondent’s undertaking. I would also hold that that was good consideration notwithstanding the fact that the appellants’ did not consciously realize that by signing the documents they were subjecting themselves to a detriment and were giving consideration for the respondent’s undertaking. For those reasons I would hold that the respondent’s undertaking was supported by consideration and was therefore a contractual agreement.” – *Pitts and Ors v. Jones* [2007] EWCA Civ 1301.

Pre svega, citirana kontinentalna pravna norma o osnovu ugovora se nalazi u delu opšteg pravnog akta koji se u celini bavi pitanjem ugovornog prava. Već sam naziv tog opšteg pravnog akta (zakon) ukazuje njegovom čitaocu na okolnost da je svaki njegov deo opšteobavezujući, dok je njegovim naslovom (Zakon o obligacionim odnosima, Građanski zakonik) definisana materija kojom se dati opšti akt bavi. Strukturalno, zakonski tekst je podeljen u jasne jezičke celine (odredbe), koje su u cilju preglednosti i upotrebljivosti numerisane ili na neki drugi način označene i tako izdvojene iz celine, a nakon toga grupisane u manje ili veće odeljke. Čitaocu zakona nisu potrebna znatnija predznanja kako bi se upoznao sa sadržajem norme, sa njenim imperativom dopuštenog, odnosno zabranjenog, kao i pravnom posledicom nepridržavanja. U slučaju postojanja određenih nedoumica, na dobar deo nejasnoća odgovor se može pronaći u okviru samog opšteg akta. Mogućnost suda kao tumača zakona je isključivo da produbi, a nikako i da zameni pravnu normu kako je ona definisana zakonskim tekstom. Pretežni deo zakona je usvojen i stupio je na snagu istovremeno, dok su njegove naknadne izmene i dopune obznanjene na način koji ih čini lako dostupnim i preglednim.

Common law odredbe o osnovu ugovora (*consideration*) nalaze se u obavezujućem delu presuda nekog od viših sudova. Te presude su označene nazivima stranaka postupka i godinom objavljivanja u nekom od sudskih letopisa, ne sugerišući čitaocu na bilo koji način materiju koja je datom presudom uređena. Presude angloameričkih sudova su veoma opširne i sadrže prikaz velikog broja okolnosti i pravnih mišljenja sudija, članova veća, koji su u datom sporu odlučivali. Najveći deo presude u kojoj je uspostavljen sudski precedent nije obavezujući, a sam obavezujući deo (*ratio decidendi*) ni na koji način nije izdvojen ili kao takav naznačen u okviru same presude (na primer, signalom poput: „A sada sledi *ratio...*“). Sudska praksa je uvek u mogućnosti da zaključi kako je do tada preovlađujuća pretpostavka o rasponu obavezujućeg dela konkretne sudske presude postavljena preširoko (ili preusko) i da time suštinski izmeni efekat samog precedenta. Svaki sud je u mogućnosti da izmeni precedent nastao u ma kojoj odluci njemu nižeg suda, dok je najviši sud (Vrhovni sud Ujedinjenog Kraljevstva, ranije Dom lordova) u mogućnosti da i svoj sudski precedent bez ograničenja izmeni. Raspon izvršene promene postojećeg sudskog precedenta najčešće nije dovoljno preciziran, te donošenje novog sudskog precedentu ne podrazumeva automatsko ništenje ranijeg u celosti, već najčešće samo nekog njegovog dela. U konkretnoj sudskoj presudi se ne mogu pronaći odgovori na sva otvorena pitanja o materiji koju njen precedent uređuje, već samo obrazloženja svih članova sudskog veća. Ipak, obavezujući deo presude nije sadržan u pravnom shvatanju svih sudija članova veća, već samo onih koji su u većini, a koji su do identičnog pravnog zaključka došli na osnovu identičnog pravnog rezonovanja (mišljenja sudija koji se slažu sa odlukom većine, ali ne dele pravni stav o načinu na koji se do identičnog mišljenja došlo, ne čine *ratio* presude).

5. Zaključak

Analizom razlika u načinima nastanka, odnosno u jeziku (konačnom izrazu) pravne norme na Ostrvu i na Kontinentu, pokušalo se da se utvrdi suštinska drugost *common law* pravne norme u odnosu na onu evropsko-kontinentalnu. Značaj utvrđivanja ove drugosti

leži u mišljenju da se pravilnom analizom razlika u osnovnoj čestici kako našeg, tako i njihovog pravnog sistema može bolje razumeti način na koji angloamerički pravni sistem funkcioniše, odnosno u kojoj meri i u kom svom segmentu je on odista drugačiji u odnosu na onaj evropsko-kontinentalni.

Došlo se do jasnog zaključka da modeli nastanka i obrasci izraza (jezika) pravne norme u ova dva velika pravna sistema značajno odudaraju, kao i da ova odudaranja nisu samo formalne prirode, već su, kako smo i videli, suštinska.

Na kraju, ne sme se zaboraviti da upoznavanje sa osobenostima tuđeg prava ne sme imati vrednosni podtekst. Različitost dve evropske porodice prava ne postoji u smislu da je jedna od njih bolja, poštenija ili kvalitetnija od one druge. Ideja pravde se ostvaruje u oba ova sistema. Okolnost da svi putevi vode u Rim samo označava da ka njemu ne krećemo svi sa istog mesta, pa nam zbog toga nikako nije u interesu da se na isti način i pripremimo za to putovanje.

Literatura

- Atiyah, P. 1995. *Law and Modern Society*. Oxford: Oxford University Press.
- Cownie, F., Bradney, A. & Burton, M. 2013. *English Legal System in Context*. Oxford: Oxford University Press.
- Čavoški, A. 2018. Legal Language and EU Integration. *International Journal of Language and Law*, 7, pp. 70–96. Dostupno na: <https://www.languageandlaw.eu/jll/article/view/52/35>, (31. 1. 2021).
- David, R. 1960. *Uvod u privatno pravo Engleske*. Beograd: Institut za uporedno pravo.
- Geldart, W. 1918. *Elements of English Law*. London: Williams and Norgate.
- Holmes, O. 2011. *The Common Law*. Toronto: University of Toronto Law School.
- Irvine, D. 1996. Judges and Decision-Makers: The Theory and Practice of Wednesday Review. *Public Law*, 20(1), pp. 59–78.
- Legrand, P. 2019. What Is That, To Read Foreign Law?. *Journal of Comparative Law*, 14(2), pp. 294–314.
- Lukić, R. 1994. *Uvod u pravo*. Beograd: Službeni list SRJ.
- Marković, Č. 1925. *Opšti deo tražbenog prava*. Beograd: Geca Kon.
- Pejović, D. 1983. *Hermeneutika, znanost i praktična filozofija*. Sarajevo: Veselin Masleša.
- Rinfret, T. 1948. The Civil Law and the Common Law. *New York University Law Quarterly Review*, 23, pp. 8–13.
- Sako, R. 2014. Pravo i princip dobre vere. *Pravni život*, 63(12), pp. 419–424.
- Sherman, C. 1914. The Romanization of English Law. *Yale Law Journal*, 23(1), pp. 318–329.
- Stanojević, O. 1982. *Osnovi precedentnog prava (Common Law)*. Beograd: Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Beogradu.
- Šite, D. 2019. *Izvori engleskog prava*. Subotica: Lyceum iuris.
- Vasić, R. 1990. Sudska ili običajna priroda common law-a. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 38(3), pp. 334–342.
- Visković, N. 1989. *Jezik prava*. Zagreb: Naprijed.

- Vranjanac, D. 2012. Odnos zakonskog i precedentnog prava u Engleskoj – neka pitanja. *Pravni zapisi*, 3(1), pp. 22–35.
- Zweigert, K. & Kötz, H. 1998. *Introduction to Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press.

Pravni izvori

- Građanski zakonik Francuske (*Code Civil*) (verzija od 20.2.2004. god.). Dostupno na: http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1950/13681/version/3/file/Code_22.pdf, (31. 1. 2021).
- Zakon o obligacionim odnosima, *Sl. list SFRJ*, br. 29/1978, 39/1985, 45/1989 – odluka USJ i 57/1989, *Sl. list SRJ*, br. 31/1993, *Sl. list SCG*, br. 1/2003 – Ustavna povelja i *Sl. glasnik RS*, br. 18/2020.
- Zakon o parničnom postupku, *Sl. glasnik RS*, br. 72/2011, 49/2013 – odluka US, 74/2013 – odluka US, 55/2014, 87/2018 i 18/2020.

Sudska praksa

Currie v. Misa (1874) LR 10 Ex 153.

Pitts and Ors v. Jones [2007] EWCA Civ 1301. Dostupno na: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2007/1301.html> (31. 1. 2021).

Slade's case (1598) 4 Co Rep 92b, 76 ER 1074 (1602).

Thomas v. Thomas (1842) 2 QB 851; 114 ER 330.

Damir A. Šite, MA

PhD Candidate Union University Faculty of Law, Serbia

e-mail: email@damir.site

COMMON LAW LEGAL NORM

Summary

In this paper the author attempts to define the otherness of common law legal norm in relation to that of a civilian one, through the analysis of differences identified in their formation and language. The first part deals with similarities and discrepancies in the process of creating a legal norm within two major legal families, examining the operational particularities of the two fundamentally different norm-creators. In this respect, the paper presents essential dissimilarities between the activities of a parliament as a legislator, opposed to an Anglo-American court as a creator of a binding precedent. The second part is dedicated to the analysis of the language of legal norm in two major European legal systems. The paper examines the language structure both in common law

and civilian legal norms, as well as its limitations based on the particularities of forums in which they were created: the parliament and the court.

Keywords: legal norm, common law, civil law, the language of law, legislation, statute, binding precedent.

Primljeno: 31. 5. 2020.

Izmenjeno: 3. 2. 2021.

Prihvaćeno: 31. 3. 2021.