

УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ НИШ

**Принцип стечених права и ретроактивно
дејство закона**

Докторска дисертација

Коментори:

проф. др Милан Петровић

проф. др Радмила Ковачевић –Куштримовић

Кандидат:

мр Драгана Ћорић

Ниш, 2011. године

САДРЖАЈ:

1. Уводне напомене	3
1.1. Харт – Раз - Дворкин сукоб о праву	15
1.1.1. Принцип као лингвистичка и филозофска категорија	18
2. Сечена права и ретроактивност закона-дефинисање појмова и њиховог међусобног односа.....	24
2.1. Уводне напомене.....	24
2.2. Манифестација воље законодавца и проблеми њеног "дефинисања"	26
2.4. Пут до стварања позитивног права-објављивање закона	31
2.5. Функција <i>Vacatio legis</i>	39
2.7. Позитивно право, његово важење и примена.....	44
2.7.1. Теоријскоправно становиште о важењу права.....	46
2.8. Повратна снага закона-постављање дефиниције.....	51
3.1. Глоса о забрани ретроактивности.....	58
4. Принцип стечених права-постанка теорије, развој и перспектива идеје.....	68
2.9.1. Германска концепција теорије стечених права	71
2.9.1.3. Мишљења других германских аутора	83
3. Српска правна наука и заштита стечених права-три века рецепције и промишљања	105
3.1. Уводне напомене.....	105
3.2. "Слово" из 1805. године.....	107
3.2.1. Сигурност	108
3.3. Студија Глигорија Гершића.....	110
3.3.1. Критичка позиција студије	111
3.3.2. Критика Савињијевог концепта.....	115
3.3.3. Критика Ласалове концепције.....	116
3.3.5. Студија о повратном дејству као израз новог времена	119
3.4. Ставови других познатих правника	119
3.4.1. Живојин Перић.....	119
3.4.2. Тома Живановић	126
3.4.4. Андра Ђорђевић. Нинко Перић. Димитрије Матић.	135
3.5. Рецепција аустријског концепта заштите стечених права	141
3.5.1. Расправа о појму стечених права	142
3.5.2. Сечена права као већ постојећа права	144
3.5.4. Принципи стечених права	149
3.5.5. Значај Миладиновићевог дела	151
3.6. Драгослав Јовановић и бављење српском законодавном праксом и теоријом у првој половини 20ог века.....	152
3.7. Слободан Перовић и теорија друштвеног интереса	157
4. <i>Случајеви оправдане примене ретроактивног дејства и њихов ефекат на сечена права.....</i>	160
4.1. Интерпретативни закони	160
4.1.1. Историјат и развој постојања аутентичног тумачења	164
4.2. Примена блажег (материјалног или процесног) закона у кривичном праву... ..	169
5. Принцип стечених права данас	174
6. Заштита стечених права у праву ЕУ и њених чланица	188
6.1. Специфичност комунитарног правног система.....	189

6.3. Ставови права ЕУ према ретроактивности и принципу правне сигурности...	193
6.4. Принцип правне сигурности (legal certainty)	195
6.5. Принцип заштите стечених права у праву ЕУ.....	199
6.6. Правна очекивања и њихова заштита	199
7. Подручје англосаксонског правног система	200
7.1. Англоамеричка доктрина о заштити стечених права.....	202
7.1.1. Уводне напомене	202
7.1.4. Опречни ставови и судске пресуде које су их формирале	215
7.1.5. Повезаност са ретроактивношћу прописа и принципом правне сигурности	218
7.1.6. Доктрина о суштинским легитимним очекивањима	221
7.1.8. Ретроактивна примена судских пресуда.....	226
7.2. Енглеска правна теорија	230
7.2.1. Концепт легитимних очекивања у енглеском праву.....	238
7.3. Право других држава у оквиру англосаксонског правног система	239
8. Руска правна теорија о стеченим правима и ретроактивности.....	246
8.1. Уводне напомене	246
8.2. Шершеневичев легализам	251
8.3. Тилеов идеалистички поглед	256
9. Post Factum стање.....	259
10. Закључак.....	264
ЛИТЕРАТУРА	270

ПРИНЦИП СТЕЧЕНИХ ПРАВА У КОНТЕКСТУ ПОВРАТНОГ ДЕЈСТВА ЗАКОНА

1. Уводне напомене

Људско постојање је обogaћено бројним изазовима. Неки од њих остају само на нивоу изазова, упућеног, али неодговореног. Неки од тих изазова су подстакли најсложеније расправе и бројна могућа решења, која су била једина или бар вероватно најисправнија у датом историјском и друштвено политичком тренутку. Један од таквих изазова јесте свакако потрага за значењем појма права, тачније, дефинисањем права као система, права као облика и начина људског понашања, права као нужности и обавезе људског рода. Или не? У сваком случају, Кантова иронична опаска да правници толико векова причају о праву и изучавају га и баве се њиме, а још увек не знају шта је право, и даље стоји постојано, без свог целовитог решења. Слично је сматрао и Ернст Мејер, објашњавајући то тиме што је немогуће у једној формули обухватити све различите форме у којима се право појављује¹. Дефинисање права постаје опште место теорије права, али и филозофије права, и других сродних наука.

Зашто је дефинисање права тако значајан и нерешив проблем: „Право не може да се одреди једном засвагда, на апсолутан, објективан, истинит, потпун, свеобухватан, целовит или неки други сличан начин, нити постоји таква дефиниција права. Потпуно сазнање и коначно дефинисање права налазе се изван људских могућности“.² Оно што је постало извесно

¹ Према изводу у књизи: Ч.Марковић:“Дигијева правна теорија“, Градска штампарија, Суботица, 1927, стр. 4, фуснота 1.

² Драган М. Митровић:“Може ли право да се сазна: „Шта је право?“ “(стр. 85--108) *Анали Правног факултета у Београду*, Година X, бр. 1–2, јануар–јун 2002

током векова битисања права и наравно проучавања права, јесте да право прати друштвена кретања, мање или више успешно. Одређени начин понашања самог законодавца у одређеном историјском тренутку јесте нешто што праву, као систему правила у једној држави, даје неку извесност-тачније, могућност предвиђања облика и садржине правила понашања. Можда је и то један од разлога зашто упркос вишевековном напору у погледу дефинисања права решење увек-измиче.

Тако је у овом контексту битно споменути дефиницију права Талкота Парсонса, да је право „релативно формализован и интегрисан скуп правила, мрежа конзистентних и универзалних норми у одређеној друштвеној структури“³. Кључно овде јесте управо та релативна формализованост самих правила, као и одређена друштвена структура. Аутоматски се указује на могућност да правила другачије изгледају или се примењују ван те друштвене структуре која их је непосредно створила.

Меккормик право дефинише као институционални нормативни поредак ,али без намере да се на овај начин укаже на уобичајени смисао речи право у англосаксонској провенијенцији⁴. Шта је право само по себи, то може бити питање постављено општој правној теорији или као практично питање унутар једног државног система. Бентам и Остин су тако тврдили, да је право оно што тренутни суверен жели да заштити, да би обезбедио функционисање политичког система и друштва које га подржава. Право је у овом смислу само последица законодавне делатности суверена и ништа више сем тога.⁵ Нити право може да буде поимано само као моћ задовољавања жеља, јер највећа и највреднија жеља у том смислу јесте постојање и безбедност државе као такве.

³ A.Javier Trevino, *Talcott Parsons on Law and Legal System*, Cambridge Scholars Publishing, 2008, str 12-17

⁴ MacCormick, Neil: *Institutions of Law An Essay in Legal Theory*, Oxford University press , 2007, str 17.

⁵ Ibid, str 194.

Држава јесте нешто на шта сваки грађанин има право, а заузврат држава је дужна поштовати права грађанина. У супротном, необезбеђивање права води "великим несрећама".⁶

Споменули смо раније-извесност. Како неки аутори сматрају, она нема посебно правно порекло, већ само специфично правно значење. Само неки друштвени односи су,наиме,регулисани правом, од момента када је држава преузела да о њиховом спровођењу брине са позиција силе коју она сама поседује⁷.Извесношћу, као таквом, су се бавили познати правни и филозофски умови, почев од Томе Аквинског, преко Вебера, Фојербаха и осталих. Извесност је тако скоро изједначена са правилношћу, шансама и другим синонимним или несинонимним појмовима. Хајдегер ју је даље поимао као последицу или резултат права самог, која је такође и датост и вредност⁸.Даље је успостављена нераскидива веза између порекла извесности и суштине законитости, која је даље разрађена на следећи начин:"... као посебна вредност, извесност се разликује од сигурности као вредности. Та разлика је важна због разликовања правне извесности од правне сигурности.

Правна сигурност у наведеном смислу представља **идеалну извесност**, која би постојала само кад би се право идеално примењивало".⁹ Управо зато, што је идеално и потпуно примењивање права немогуће, самој законитости као принципу више одговара појам извесности него сигурности,која је апсолутна вредност.

Примена права, које је познато, тј позитивно, јесте основа извесности, као такве. При чему посебан акценат треба ставити не само

⁶ Харолд Ласки:"Политичка граматика",Издавачка књижевница Геце Кона, 1934, стр.121.

⁷Д. М. Митрови:" Пут права. Холистичка парадигма света и права у светлу теорије хаоса и правне теорије", Београд, 2000, стр 12.

⁸ Љ. Тадић:"Филозофија права", Загреб, 1983, стр. 159--160, 164. и 178--179.О истом се говори и код Драгана Митровића:" Може ли право да се сазна...."

⁹ Драган Митровић, наведено дело.

на пуку садржину норми, тј. права и обавезе, него и на саме санкције, било да су оне прописане или су једноставно познате-извесне иако су моралне, политичке, религиозне или друге природе¹⁰

Битан фактор приликом разматрања извесности јесте управо-вера у закон и његову заштиту. То је не само императив самог права, и потребе и дужности његовог сазнавања и поштовања, већ и „морална добит која је од неодољиво повољног утицаја на цео правно друштвени живот“¹¹. Старији аутори су често критиковали недовољну заинтересованост колико самих адресата да сазнају начине на који је уређено њихово будуће понашање, толико и саме адресанте норми, као и оне који непосредно треба да спроводе исто то право. Оваквој унеколико конфузној ситуацији, су понекад доприносили и следећи фактори : постојање и дуготрајна примена обичајног права, лоше правно образовање самих чиновника који треба да се баве спровођењем права, али и претензија законодавца да обухвати све друштвене односе и разради их до танчина.

Такво "детаљисање" је уносило конфузију, јер је друштвени живот, посебно у периодима бурних револуционарних превирања, економских криза и промена државноправног поретка, било немогуће испратити на валидан начин¹². Законодавац увек може сходно постојећем стању у друштву, да предвиди одређен број могућих ситуација и да унапред проба

¹⁰ Etienne Dumont, *Bentham's Theory of Legislation*, Charles Milner Atkinson, Trans. i 1914, str 23.

¹¹ Чедомир Марковић : "Уводна реч за крај 1904. године", *Глас права, судства и администрације*, 1/1905 стр., 419

¹² Старији домаћи аутори су у првој половини 20-ог века говорили о *логичкој самодовољности позитивног права*, која је била правни продукт "увезен" из иностране правне теорије. Сматрало се потребним и довољним да право, као скуп правних норми, регулише све оне будуће ситуације које би се могле десити и да ниједна друга ситуација ван тих није могућа. Чак иако се нешто слично деси, тј настане ситуација која није децидно наведена у оквиру права, остатак позитивног права а посебно принципи тог права су довољни за решавање наведене ситуације. Адам Лазаревић: "Теорија тумачења закона и судска пракса", *Архив за правне и друштвене науке*, 4/1934, стр.205.

да регулише неке од тих будућих могућих односа, на начин који он сматра прихватљивим, и да унапред спречи „трзавице“ које могу настати или настају због нетачних одредаба¹³. Обавеза адресата да буду упознати са прописима, који регулишу њихово будуће понашање, стицање или губитак права или обавеза је императив уређене заједнице, без обзира у ком добу.¹⁴

Сматрали смо нужним овакав дужи увод, управо због теме самог рада, а то је заштита стечених права у контексту ретроактивности закона и других општих правних аката. Бављење наведеном темом у себи садржи и постављање бројних других питања, које смо у уводу само дотакли, почев од појма права, стварања и примене права и др. Но, као **непосредни предмет овог рада узета су два контрадикторна принципа, чије постојање је међусобно условљено, увек са посебном конотацијом и негацијом једног од њих.** Стечена права, као права или обавезе¹⁵ који су стечени, реализовани или на други начин добијени за време важења једног права, су посебан концепт који је присутан у правној теорији, ваљда од самих прапочетака стварања права. Једина разлика је у извору тих стечених права, јер неки аутори су их посматрали као искључиво законска права (која је установио закон) а неки пак, као права која је закон само препознао и прихватио а она већ постоје у стварном свету (природна права). На овом месту треба споменути и поделу закона Карла Фридриха фон Савињија, на оне који садрже услове за стицање и губитак права, који, по његовом мишљењу не могу бити „повређени ретроактивношћу“, и оне који представљају експектативе-очекивано понашање, ради постизања неких стандардизованих вредности (нпр. јавни ред и мир).

¹³Чедомир Марковић: "Наше законодавство", *Глас права, судства и администрације*, 1/1905, стр. 515

¹⁴ Војислав В. Рашић: "Део науке о праву, студија", *Глас права, судства и администрације*, 1/1905, стр. 803.

¹⁵ У овом смислу говоримо о стеченом праву неког лица да неку обавезу реализује под одређеним условима.

Са друге стране, као пандан стеченим правима намеће се, као што је већ речено, контрадикторан концепт, а то је ретроактивно или повратно дејство прописа. Установљавање важности неког прописа уназад, у време када он није ни постојао, је на неки начин *contradictio in adiecto*, јер се потенцира кажњавање лица која су у одређеном временском периоду понашала сходно тада постојећим правилима, ни не размишљајући да ће се иста, једног момента у будућности, променити на такав начин, да ће то важити и за њих. Тако, адресати норми, који су се понашали на потпуно одговарајући начин, како су налагале норме позитивног права, у једном моменту постају прекршиоци норми за чије постојање нису знали нити су га могли предвидети, па стога нису могли прилагодити тим захтевима своје понашање.

Но зашто и стеченим правима, тачније њиховој заштити и забрани ретроактивног дејства прописа придајемо функцију принципа? Функцију принципа су уобичајено добијале највише друштвене, правне... у неку руку, и природноправне вредности¹⁶, као што су правда, сигурност, ред, мир, слобода... Заправо, сам принцип сигурности је „расцепљен“ на више различитих, пре би се могло рећи подпринципа, као што су забрана дискриминације, лична безбедност, право на живот и друга људска права, заштита стечених права, забрана ретроактивности права, познавање права, легитимна очекивања..... И зашто је њихова стална коегзистенција - свакаква, само не - мирољубива? ***Налазећи се у сталном***

¹⁶ Дворкин је писао да појединци имају права када из неког разлога, колективни циљ није био довољно оправдање да поричу шта желе да постигну као индивидуе, нити је довољно оправдање да утврди да неки губитак или повреда таквих права. Грегори Властос је приметио да модерна морална и политичка мисао установљава једнаку моралну вредност за све, без обзира каква су наша мерила. У његовој памтљивој фрази, истакао је да „морална заједница није клуб из кој његови чланови могу бити избачени зато што су делинквенти“. Зато је идеја општих и једнаких права одсутна из класичне и средњовековне политичке мисли. Морали смо чекати све док се правда није идентификовала са једнакошћу, да би настале прве теорије о правима, као и општим принципима који су применљиви у свим случајевима. *Pavlos Eleftheriadis, Legal Rights, Oxford University Press, 2008, ppg 214.*

конфликтном односу, у односу сталног одмеравања снага и повремене превласти једног од њих, у зависности од политичких али и друштвених струјања, и заштита стечених права, посебно у контексту постојања ретроактивне снаге закона као стално присутне опасности по њих, није досад била овако разматрана. Стога и цео овај рад је посвећен овом сукобу и проналажењу механизма за решавање тог сукоба.

Шта је заправо *стечено право*? *Право, које је стечено за време важења једног закона, или је можда његово стицање започето за време важења једног закона, а чија већ створена садржина, облик и започети начин стицања не могу бити промењени, отежани или у потпуности одузети другим, новим законом.* Ова дефиниција је покушај сублимације различитих теоретских али и практичних ставова, који се вековима сукобљавају у овој области и поводом овог питања. Наравно, у њој нису обухваћена сва теоријска стремљења, нити је могуће овом почетном дефиницијом обухватити сву различитост националних законодавстава и теоретичара који су се бавили овим питањем. Тако је, рецимо, старија српска правна наука (у периоду до 40-их година 20. века) била периодично склона да прихвата немачку или аустријски правну аргументацију и дефинисање појмова стечених права и субјективних права уопште, будући да се стечена права и сматрају обликом субјективних права. Чак је и 20-их година прошлог века била претежно владајућа аустријска концепција овог појма, према којој је *стечено право-законско право*, право стечено на основу закона који га предвиђа, без било каквог утицаја природног права. Са друге стране, неретко се у истом периоду налази и на прихват француске концепције, која је посебно после Француске буржоаске револуције, свет почела гледати- „слободарским“ очима, те говорити о природним правима

грађана, постојећим и установљеним од стране природе, која су чак и надређена законски регулисаним правима и обавезама.

Америчка правна теорија, као најдоминантнија у оквиру англосаксонске провенијенције је стечена права подвела под „права проистекла из уговора“, сматрајући их светињом. Енглеска теорија, са друге стране, не само да не познаје појам стеченог права и забране ретроактивности, већ је често управо ретроактивним прописима „кројила“ систем по владајућој вољи.¹⁷

Појам стечених права је у употреби од касног средњег века, као замисао италијанског правника Бартолуса¹⁸. У том истом периоду, и Вилијем Окам, како налазимо у изворима, износи теорију субјективних права, те се тада већ стечена права почињу сматрати-субјективним правима, која заслужују посебну заштиту у посебним околностима. Дакле, као таква, теорија стечених права није пуки продукт либералног индивидуализма у XIX веку, а посебно не искључиво-последича природноправне теорије (како неки домаћи савремени аутори, као што је С.Перовић, наводе). У том смислу, налазимо и мишљење немачког правника Ј.Ст. Дивера, да су *стечена права, она субјективна права која су била стечена неким посебним правним насловом и нису била пуки производ природе*. Са стране домаће правне теорије, овај став је подржао Тома Живановић, сматрајући стечено право-субјективним правом прибављено по једном индивидуалном правном основу (титулусу) или, још одређеније, *„право непроистичуће из закона“*.¹⁹ Даље, неки аутори су сам појам стечених права сматрали-неодређеним, а саму теорију заштите стечених права-недовољно развијено и прагматичном (као што то, опет,

¹⁷ Милан Петровић: „К питању сукоба закона у времену“, отисак из Зборника за теорију права, II (Из теорије права, књ.7, Српска академија наука и уметности, Одељење друштвених наука) Београд, 1987, стр.314.

¹⁸ Милан Петровић: „К питању сукоба закона у времену“, стр.318.

¹⁹ Милан Петровић, наведено дело, стр.319.

чини С.Перовић)По овом схватању, стечена права, иако вид субјективних права, нису „сведена“ искључиво на појам субјективних права, већ имају сопствени живот.

Стечена права, као управо права под посебном заштитом, у другој половини 19.века су дужна да „устукну пред јавном добробити“, „свемогућим државним законодавством“, које се не обазире на норме сталешког, црквеног или другог права.²⁰

Сматрамо потребним да овде направимо дигресију у погледу **дефинисања-самих субјективних права**.Правни писци, наиме, су под утицајем Канта одређивали субјективно право „правним нормама дату меру спољашње слободе“, под условом да, крећући се у „оквирима своје слободе не би наносила штету слободи других лица“.Други, више под утицајем Хегела, су тврдили да је суштина права у вољи, а да је субјективно право израз опште воље.²¹Тома Живановић је, даље,дао материјално-формалну дефиницију субјективног права као „*правног овлашћења делати у погледу индивидуалне или колективне потребе постојања друштва-државе*“ или чак и мало другачије, „*то је правно овлашћење делати у погледу индивидуалне слободе, у личном достојанству и једнакости или на њој*“.²²

Сам Радомир Лукић је субјективно право одредио као објективним правом одређено и обезбеђено овлашћење²³ субјекта права у правном односу да нешто чини(било да то чини сам или да захтева од другог ћињење или трпљење) Управо тај елемент „акције“ и повезаност са „вољом и интересом“ је оно што даје смисао дефинисању стечених права-

²⁰ Милан Петровић, наведено дело, стр.318.Аутор у фусноти 20, говори управо о ставовима Томазиуса и Волфа, које назива „претечама“ ових мисли.

²¹ Милијан Поповић:“Појам субјективног права“, Правни факултет у Ноовм Саду, Нови Сад, 1974, стр.14.

²² Радомир Лукић:“Тома Живановић као правни филозоф, Филозофија, 2/1965, стр 219-233.

²³ Неки аутори овде не виде овлашћење, већ „*могућност*“, која се даје неком субјекту, да се понаша на одређени начин, као што је то сматрао Р.Јеринг.

субјективним правима. Са друге стране, присталице интересног схватања субјективног права иста дефинишу као „правно заштићене интересе“²⁴, док домаћи теоретичари, као што је М.Бартош,прихватајући „интерес“ као полазну тачку, ипак тежиште стављају на „друштвени интерес“, који не мора увек бити идентичан са личним интересом²⁵.Чак и амерички правници, нпр. Р. Паунд, прихватају интересну димензију дефинисања субјективних права, *те субјективно право сматрају интересом или „очекивањем“које је обезбеђено правном нормом.*

Субјективно право је даље и француску правник Капитан дефинисао као „материјални или морални интерес заштићен објективним правом, које даје ономе ко је њиме снабдевен, власт да изврши радње нужне за прибављање тог интереса“.²⁶Дернбург је даље сматрао да субјективно право историјски претходи објективном праву(што асоцира на природноправни концепт)²⁷. Планиол и Диги су субјективно право сматрали својеврсном моћи, признате једном лицу да врши одређене радње,с тим што је *Диги то поставио кондиционално- тј.ако субјективно право постоји, онда оно јесте моћ.*²⁸

Повратна снага закона, са друге стране, означава такво дејство закона и других општих правних аката, да нова регулација неког друштвеног односа важи и *retro agere*, тј уназад.То значи да ће се иста норма примењивати и у погледу односа који су засновани за време трајања другог, ранијег закона, и под другачијим условима него у новом

²⁴ Милијан Поповић:“Појам субјективног права“,стр.49.

²⁵ Милијан Поповић:“Појам субјективног права“,стр.51.

²⁶ *Henri Capitant: Introduction à l' étude du Droit Civil, Quatrième édition, Paris, 1923, p27-*цитат према Чед.Марковић:“Дигијева правна теорија“, Градска штампарија, Суботица, 1927, стр.8

²⁷ *Heinrich Dernburg: System des römischen Rechts der Pandekten, Achte umgearbeitete Auflage von Dr. Paul Sokolowski,Berlin, 1916, s.65.*цитат према Чед.Марковић, наведено дело, стр.8.

²⁸ Ibid.

правном акту. С.Перовић, у свом делу „Ретроактивност закона и других општих правних аката“, наводи да се закон тада примењује у времену пре свог ступања на снагу. У том смислу, су могућа два поља примене ретроактивности- када се закон враћа у прошлост да регулише однос који је већ у току, или да се враћа у прошлост да би другачије уредио односе који су већ свршени. Савремени аутори сматрају да је овакво схватање неодрживо²⁹, јер представља –фикцију, будући да се нико, па ни закон, не може фактички вратити у прошлост.

Неки теоретичари посебно наглашавају потребу одвајања **„појма ретроактивности“** од **„граница ретроактивности“**, сматрајући да се граница, у овом случају, може повући у односу на врсту ретроактивности. Ретроактивност може бити „права“ или „неправа“, а према начину на који је наређена, као „сумњива“ и „несумњива“, односно непоуздана. Границе повратног дејства, треба дакле тражити у области правних начела, која су довољно „јака“ да зауставе повратно дејство као таквои, што је нпр-опште „добро“.³⁰ Општи је закључак, који и ми можемо прихватити, да закон, који својим повратним дејством вређа општа начела и њихову равнотежу ремети је-неуставан, и као такав треба бити укинут. Правна начела, управо из оваквих ситуација и црпе своју снагу и постојаност. Једно од њих је и- принцип заштите стечених права, чиме ћемо се више бавити у оквиру поглавља 3 овог рада, приликом детаљнијег разматрања појмова ретроактивности.

Деценије бављења проблематиком повратног дејства су у оквиру правне науке „изнедриле“ бројна тумачења суштине ретроактивности и могућих степена исте. Тако је Лон Фулер „открио“ **„примарну,“** и **„секундарну“ ретроактивност**³¹, а Тома Живановић је у свом „Систему синтетичке правне филозофије“ говорио о **„мањем“** и **„већем“** степену

²⁹ Милан Петровић, наведено дело, стр.315.

³⁰ Милан Петровић, наведено дело, стр.322.

³¹ Лон Фулер, Моралност права, ЦИД, Подгорица, стр.124,

ретроактивности³². Ретроактивност, морамо то напоменути, понекад захтева-правда. Правда која је често спора, али достижна те има потребу да, фиктивно се враћајући уназад, исправи раније почињене неправде. Но, истовремено, нарушава и правну сигурност. Намера нам је да и томе посветимо део овог рада.

У наставку рада, говорећи о различитом поимању стечених права и могућности њихове заштите пред ретроактивношћу, пробаћемо да останемо на **акционом сегменту стечених права**, те усмерено против „очекивања“ као елемента стечених права.³³ Методи за које се одлучујемо у изради рада су компаративни и историјски. Аналитички начин посматрања самих појмова стечених права и ретроактивности и њиховог међусобног односа, али и критичко постављање аутора према постојећим решењима, требали би, према нашој замисли, да одведу до проналаска адекватног теоријског решења овог сукоба, једнако применљивог и одрживог и у пракси.

Национални критеријум по коме ће бити изложене ове теорије и решења сукоба између заштите стечених права и ретроактивности се наметнуо као нужан, јер сматрамо да је тако могуће испитати теоријскоправне нијансе како у оквиру одређеног националног законодавства и теорије, тако и у односу на друга национална законодавства и теорије. Дигресије, које ћемо чинити током самог рада, било да су о сукобу двојице еминентних теоретичара, Дворкина и Раза, о појму права, или о појму и функцијама принципа, су у потпуности у функцији бољег схватања појмова стечених права и ретроактивности, као и њиховог међусобног односа и сукоба.

³² Тома Живановић: „Систем синтетичке правне филозофије“, Службени гласник, Београд, 1996, стр.213.

³³ Будући да кад су једном стечена, „очекивања“ могу ићи само у правцу очекивања-њихове ненарушивости.

1.1. Харт – Раз - Дворкин сукоб о праву

Савремена правна теорија је богатија за бројне расправе посебно америчких правних теоретичара. Иако припадају англосаксонском систему права, дијаметрално другачијем од европско-континенталног, теоријска достигнућа која проистичу из ових расправа су употребљива и у домаћем правном систему и теорији, као и у другим европским теоријама. Иако на моменте дебате, тј расправе, представљају прости негације и нападе на противников концепт, у њима је понекад могуће пронаћи и неку корисну сугестију или покушај дефинисања неког појма.³⁴

Дворкин је говорио о томе, да је појам права, у ствари, део примене права, будући да су судови понекад суочени са питањима која их терају да расветле не само појам права него и његове границе. У том смислу тумачења права пре саме примене треба и посматрати и разумевати само право. Дворкин је у *Law's empire* (код нас преведено као *Суштина индивидуалних права*) понудио нову теорију, комплексну и „интригантну“, називајући је **право као интегритет**. Али од овако нове, свеже, и признајемо, „интригантне„ дефиниције, много интересантнија је и прилично изненађујућа тврдња, да нису грешили ранији правни филозофи у погледу природе права, већ су грешили у погледу природе филозофије права или јурисипруденције у глобалу. Према Дворкину, *јуриспруденција је увек била интерпретативне природе*, будући да теорије права имају за циљ да врше интерпретацију као главну основу и структуру правне норме. Даље, правна филозофија не може бити сведена само на семантички израз правне праксе. На крају, правна филозофија или јуриспруденција је

³⁴ Тако Раз критикује Херберта Харта, да у *Concept of Law*, у ствари, ништа не говори о праву, не дефинише га, не спомиње ни божанско право, нити има за циљ да објасни значење речи право, нема математичких логичких и других закона природе, а притом ни сам не покушава да изврши дефинисање овог значајног и почетног појма. Joseph Raz: *Between Authority and Interpretation, On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford University Press, 2009. стр. 16

основни део пресуђивања, *тихи пролог у доношењу сваке одлуке у праву*³⁵. У том смислу, релативност доброг објашњења је логична последица задатка који се никад коначно не завршава, а то је сам процес дефинисања и тумачења појмова³⁶.

Опште теорије права, како их Раз поима, се "боре" да доведу до правде у односима *вишеструког дуалитета права*. Право комбинује у себи моћ и моралност, стабилност и промену, системску и доктринарну кохерентност и подједнаку сензибилисаност ка индивидуалним случајевима. Ови дуалитети представљају двоструки изазов за објашњавање. Морамо поставити питање, постоје ли концепти који су уобичајено у употреби у правној теорији а подобни су да објасне ове дуалитете и да разреше конфликте или тензије у нашем разумевању права? Даље, како ови дуалитети утичу и на саме активности и на само право? Посебан аспект овог питања је неки од споменутих конфликта, као што је између права и морала, који потпадају под морални значај њиховог решавања. У овом смислу и правцу се креће и тема овог рада, јер на страни стабилности, моралности и сензибилисаности ка индивидуалним случајевима стоје управо стечена права; док са становишта моћи, промене и доктринарне кохерентности имамо, са аспекта овог рада посматрано, стоји ретроактивност, као потенцијал за превладавање ранијих неправилних делатности адресата или једноставно, као инструмент спровођења воље владајуће већине, путем рада законодавца.

На крају да резимирамо и ову врсту дебате. **Полазаћи од појма права, и покушај његовог дефинисања је нужан у материји теорије**

³⁵ Раз, наведено дело, стр.56

³⁶ Ако два правника користе различита правила у коришћењу речи *право*, при чему користе различите фактичке критеријуме да би одлучили кад је нека правна претпоставка тачна или лажна, то значи да сваки од њих двојице мисли другачије од осталих. То значи да није тачно да се двојица судија не слажу у погледу нечега, већ само говоре другачије тј. сваки са своје почетне позиције, која је са његове тачке гледишта, потпуно исправна. Раз, наведено дело, стр 57.

права јер управо теорије права теже помиривању наведених дуалитета³⁷, или бар путем истовремене и једнаке примене оба, и у зависности од политичке стварности у једној држави, да направе својеврсни баланс. Примена силе се мора препознати и примењивати на одговарајући начин, при чему се не мисли само на примену физичке силе.³⁸ Зато и својеврсна супротстављеност принципа поштовања стечених права, и принципа ретроактивности закона јесте најбоља основа за решавање проблема унутар права самог, јер су оба принципа пандани један другом.

Делиберативни модел законодавне праксе, како је Хабермас идентификовао најчешћи облик законодавне праксе, нема за циљ само да обезбеди етичку исправност закона. Заправо, сложена претензија на важење правних норми може се разумети као претензија, с једне стране, на компромис између конкурентских интереса на начин који је у складу са општим добром и, са друге стране, да се универзални принципи правде преведу у хоризонт посебне форме живота одређене заједнице.

Конкурентност интереса³⁹ је овде управо и испољена, јер стечена права, тачније, поштовање стечених права и ретроактивност стоје са тачно супротних страна могућег компромиса. Зато истраживање и потрага за наведеним компромисом, кроз сажимање свих до сада познатих концепција, решења, могућих и немогућих компромиса представља окосницу самог рада, те и својеврсну теоријскоправну авантуру, вишеслојну потрагу за савременим решењем овог не тако незнатног и довољно препознатог сукоба.

³⁷ Раз, наведено дело, стр 159.

³⁸ Раз, наведено дело, стр. 1

³⁹ При том наведену конкурентност интереса не треба повезивати са раније споменутиим интересним схватањем субјективног права, нити посматрати интересе као политичке термине.

1.1.1. Принцип као лингвистичка и филозофска категорија

У уводном делу је било речи о „принципу заштите стечених права“ и „принципу забране ретроактивног дејства прописа“, као основним контурама самог рада. Но просто се намеће потреба за одбраном ових синтагми у делу који се односи на део који гласи „принцип“. Сматрамо да тек објашњењем самог појма „принципа“, и сам наш рад добија на тежини, и сама основна поставка рада постаје значајнија, јер се у потпуности може и правилно доживети тај сукоб који се овде покушава истражити.

Наиме, и сами правни принципи следе у извесном смислу трендове друштвених промена⁴⁰, те иако у идентичном облику, у различитим периодима могу имати различито значење. Вредносни принципи, као што је правна сигурност, под коју се могу супсумирати и заштита стечених права и забрана ретроактивности, најчешће су бланкетног карактера и чешће инспиришу правосуђе и самог законодавца за прављење компромиса. Пракса говори у прилог тези да ни сваки компромис није искључиво бео или црн, тј. да компромиси увек превагну више на једну или другу страну. Такође треба знати да основне карактеристике неких концепата нису ни потребни нити довољни услови за њихову примену⁴¹. Друго ако се инсистира на концептуалним објашњењима, и да се то чини путем потребних и довољних услова, то значи да се треба концентрисати искључиво на различите појавне облике истог концепта. Трећа сумња у овом смислу која се рађа је да се на овај начин пропушта важан део овог задатка објашњавања.

⁴⁰ Драгољуб Стојановић: "Улога правне теорије у стварању правних принципа", *Правни живот* 10/87, стр. 1003-1014.

⁴¹ Раз, наведено дело, стр 12

1.1.2. Појам принципа

Схватања о појму и садржини општих правних принципа су се често мењала и зависила од политичких, филозофских и других опредељења оних који о њима расправљају.⁴²

Значај општих правних принципа јесте у степену њихове општости, јер што је општији, то су погоднији за процес апстраховања и оправдања одређених правних правила. Чак се може говорити и о специфичној појави, да правни принципи, када се нађу у констелацији са правом, само оснажују право и ближе објашњавају разлоге за његову егзистенцију.⁴³

Према доктрини која преовлађује, метод којим би се дошло до општих принципа права, састојао би се у томе да се од појединачних правних норми, путем апстракције издвоје најопштији могући појмови. Њихово унутрашње значење може бити предмет преиспитивања по потреби, али је битно установити јединствени терминолошки облик истих и основну садржину (која у овом случају може бити прихваћена као једна од могућих). Понекад изгледа да сам законодавац сугерише овај метод, позивањем тумача права (у конкретном случају, државни орган који треба да примени неко правно правило), да испита да ли постоји изричита одредба закона која регулише неки спорни случај. У супротном, законодавац захтева да се води рачуна о одредбама које регулишу сличне случајеве или аналогна питања. На крају, када се исцрпе све наведене могућности, следи упућивање на опште правне принципе и њихову примену, а све у циљу попуњавања правних празнина⁴⁴.

⁴² Тако је Аристотел опште принципе дефинисао као " оно прво одакле штогод јесте или настаје или се спознаје". "Метафизика", Загреб, 1988. стр.107-108.

⁴³ Одломак из Хашких предавања Џералда Фицмориса, у књизи: *Takis Tridimas: General Principles of EC Law*, , Oxford, 1999, str. 2

⁴⁴ Слично код Глигорија Гершића: "Теорија о повратној сили закона, Правничка студија", Гласник српског ученог друштва, књига 54, Београд, 1883. Студија је поново штампана 1995, у оквиру едиције *Класици југословенског права*.

Од значаја је свакако и однос установљен између општих принципа неког права и норми које сачињавају то право. Између њих не сме бити несклада или нехармоничности. Из општег правног принципа не може проистећи норма, било општа или појединачна, чија ће садржина бити супротна суштини самог принципа. Овај захтев се заснива на природи правног система, који мора да сачињава јединствену и хомогену целину, прави логички организам, који даје поуздану, недвосмислену и још мање противуречну директиву, за сваки могући случај. Унутрашња сагласност разних делова, који сачињавају систем, мора добити потврду у сваком тренутку, упоређивањем појединачних норми међусобно, и њих са општим принципима за које се оне везују.

Правила одговарају на питање "шта?", а принципи на питање "зашто?". Значај општих принципа као разлога за постојање одређених правила је веома добро приказан у Дворкиновој анализи права⁴⁵. Наиме, Дворкин разликује *принципе* у генеричком смислу и *правна правила*, при чему ове прве означава као *скуп оних стандарда који нису правила*. Принципи су тако мерило којег се треба придржавати не зато што унапређује или осигурава економску, политичку или друштвену ситуацију, која се сматра пожељном, већ зато што је то захтев правде, непристрасности или неке друге димензије моралности.⁴⁶

Даље, тврди Дворкин да је разлика између принципа и правила логичке природе. Принципи имају димензију тежине или значаја која је ускраћена правилима. Ако се примена два или више принципа поклапа и при томе они противурече један другом, лице које решава сукоб мора да узме у обзир сразмерну тежину и значај сваког од принципа. То даље

⁴⁵ Роналд Дворкин: "Суштина индивидуалних права", или у оригиналу *Taking Rights Seriously*, ЦИД, Подгорица, 1998, стр.43-53, такође и *Takis Tridimas*, наведено дело, стр. 4.

⁴⁶ Роналд Дворкин, наведено дело, стр. 45.

значи да ће бити отклоњена примена принципа који је мање значајан⁴⁷. На овом месту можемо одмах поставити питање, будући да смо заштиту стечених права и могућу ретроактивност закона поставили као принципе, који је, у раније наведеном смислу, мање значајан. Тачније, која је од тих вредности мање значајна и стога је могуће пренебрегнути њену примену? И да ли је могуће да један принцип буде мање значајан у односу на други.

Дворкин је такође приметио да и правила и принципи указују на одређене одлуке поводом извесних правних обавеза, али се разликују у погледу карактера упутстава која дају. Правила, због своје специфичности и конкретнијег карактера, нуде одговоре. Са друге стране, принципи (чак иако личе на правила), не установљавају аутоматски сопственим постојањем правне последице, које и иначе могу проистећи из њихове садржине, тј. њиховом применом. Принцип конституише разлог, који пружа одговарајућу аргументацију, која води само у једном правцу, али не морају нужно довести до претпостављеног или било ког резултата уопште. *Принцип ипак говори нешто, прокламује извесну вредност коју правни поредак неке државе прихвата и одређује механизам њене заштите у случају евентуалне повреде.* Његова садржина не презумира одређену одлуку, већ само *наговештава правац кретања будућем доносиоцу неке одлуке.* Управо зато што су, како Дворкин тврди, мање специфични, тј мање појединачног карактера, се зато чешће и сукобљавају.⁴⁸

Овако постављени принципи, садрже минимални суштински садржај, који омогућава законодавцу да даље спроводи законодавни поступак, или судији, посебно у оквиру англосаксонске групације права, да

⁴⁷ Роналд Дворкин, наведено дело, стр.52.

⁴⁸ Наведеној аргументацији су се оштро противи Џозеф Раз и Фредерик Шауер. Слично мишљење налазимо и код Роберта Гудина, који правила и принципе дефинише као дијаметрално супротне појмове, различите стране једног правнотеоријског континуума, сматрајући да принцип постоји да би владао или управљао неком врстом понашања, тј био својеврстан план будућег понашања. *ROBERT E. GOODI: POLITICAL THEORY AND PUBLIC POLICY Ch. 4 (University of Chicago Press, 1982*

води судски поступак и доноси одлуку. Аргументација коју нуде принципи може успоставити и презумцију у погледу садржине правила које треба да проистекне из њих, али веома ретко могу да децидно одредити садржај истих. Ако у потпуности прихватимо ову Дворкинову анализу, принципе и њихову важност сводимо на усклађивање са два параметра: вредности коју принцип садржи, и његовом практичном потенцијалу за структурирање система у коме треба да се примењује.

У континентално-правном систему, се разликују, с обзиром на порекло⁴⁹, следећи принципи:

1. *аксиоматски принципи*, принципи који су инхерентни са самом суштином правног система. Они се сматрају фундаменталнима, и ослонац су за рад свих државних органа, посебно законодавца и судова. Њихово постојање је само доказ супериорности права и колективне свести, јер су произашли из консензуса. Са друге стране, њихова природноправна компонента им даје печат универзалности и свевремености. Ипак је прилично тешко дати листу таквих принципа, јер она зависи од државе и њене перцепције друштва, али и међународних односа.

2. *структурални принципи*: који проистичу из одређених карактеристика појединих правних система

3. Када је у питању комунитарно право, тј. право Европске Уније, говори се о *заједничким принципима*. У потпуности је одвојена од супранационалног карактера комунитарног права. Под овим термином се подразумевају "општи принципи који су заједнички свим државама чланицама", или као "општи принципи права, који су као такве прихватиле све цивилизоване нације"⁵⁰. Чак, неки сматрају да ово треба посматрати у ширем контексту, сем деривирања из уговора и правних обичаја.

⁴⁹ *Takis Tridimas :General Principles of EC Law, , Oxford, 1999, str. 8*

⁵⁰ Као што је предвиђено у чл.38.ст.1 тачка ц) Статута међународног Суда правде *Ulrich Drobnig: General Principles of European Contract Law, у књизи Petar Sarcevic &*

Наведена класификација може бити од извесне користи, али је њена практична вредност ограничена. До тога долази услед релативног карактера како самог термина општи принципи, тако и због њихове стварне садржине. Лоша страна ове класификације је у томе што не спомиње импликације до којих може довести примена овако категорисаних правних принципа, посебно, како се треба понашати у ситуацијама када принципи буду конфронтирани међусобно. Тада може бити примењено Дворкиново решење, те да се не примењује принцип ниже вредности.

У овом контексту, принципи заштите стечених права и забране ретроактивног дејства прописа јесу аксиоматски принципи. Могућа ретроактивност закона, иако постављена као изузетак од основног правила, је доста честа појава у европскоконтиненталним системима. Као један од разлога честе појаве, наводи се потреба за расветљавањем и рашчишћавањем са ауторитарном, комунистичком прошлошћу и правом, будући да демократски конципирана држава и право, са својим либералним поставкама, идентификују себи претходеће режиме као зло са којим се треба обрачунати-ретроактивно, из разлога правде и правичности. **Тако, изузетак у виду ретроактивне примене права постаје фактички -правило, али још увек не и принцип. У овом смислу, будући да заштита стечених права јесте принцип, то значи да се као таква увек мора поштовати, на супрот могућој, дозвољеној у изизетним ситуацијама и честој ретроактивности, која није принцип.**

Paul Volken eds., International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures, Oceana (1986), Ch. 9, 305-332.

2.Стечена права и ретроактивност закона-дефинисање појмова и њиховог међусобног односа

2.1.Уводне напомене

Време представља значајан фактор у јавном праву, посебно у законодавној делатности. Његов значај повећава одређивање почетног и крајњег момента важења закона, као и из тога следујуће даље консеквенце, везане за поштовање садржаја норми које су постале део позитивног права. Са друге стране, време се може посматрати и као фактор битан у фази примене прописа, посебно од стране органа управе и судова. Као најпозванији, поред законодавца, органи који ће тумачити његову вољу, поседују велику моћ "убеђивања" адресата на које се односе наведене норме, посебно имајући у виду евентуално запрећене санкције у случају неизвршења наредбе из диспозиције.

Важење закона је стога генерално проспективног карактера – за убудуће. Из овог се извлаче бројни закључци. Право не може важити пре него што буде донето, јер у супротном не постоји обавеза његовог поштовања. С тим у вези сматрамо проблематичном тврдњу С.Перовића да ретроактивни закон иде уназад у времену. Наравно, реч је о фикцији, јер немогуће је да закон почне да важи пре него што је донет. Право постаје важеће не моментом доношења од стране одговарајућег државног органа, већ након протекла једног *разумног рока*, за који се држи да је довољан просечно заинтересованим грађанима да сазнају његову садржину и благовремено прилагоде своје понашање новом режиму. Савремени законодавци примењују и нову тактику: ступање на снагу новог прописа одмах по протеклу тог *разумног рока*, али се закон почиње

примењивати након још једног дужег временског периода. Наведена пракса је пожељна у ситуацијама када нови закон уводи бројне новине, чије сазнавање, разумевање и примена од стране различитих врста адресата ипак захтева већи напор него иначе.⁵¹

Но, изузетно се појављује и ретроактивност, као дијаметрално супротно дејство закона, које већ постојећа права може поништити или отежати начин њиховог стицања, као и и повећати обим обавеза."Да би се оваквој аномалији приступило, на потпуно легалан начин, потребно је саопштити разлог због којег се чини овај изузетак и да тај разлог у себи има елементе правичности"⁵². *Суштина закона је да се једнако примењује на све и да све једнако обавезује без обзира на личне мотиве*, тј да ли некоме одговара садржај конкретне норме или не.У присуству ретроактивности, лични мотиви за непоштовање таквих правила постају доминантни, иако се, како је већ речено, ретроактивност користи као коректив претходног ауторитарног понашања.Једино се тада може и саопштити да је ретроактивност постигла позитивне ефекте.

Ретко је, ипак, примена ретроактивности доносила просперитет субјектима⁵³. Неки теоретичари, посебно анализирајући акте из доба Француске буржоаске револуције (1789. године), коментаришу забрану ретроактивности, уведену Уставом од 24. јуна 1789. године(где се сматра злочином према закону) и поновљену у многим другим актима

⁵¹ Најновији пример је управо Закон о безбедности саобраћаја Републике Србије, који, иако је ступио на снагу у септембру 2009 године, почео са применом тек 10.децембра исте године.Службени гласник републике Србије, бр 41/09.

⁵² Роналд .Дворкин:"Суштина индивидуалних права", ЦИД, Подгорица, 2001,стр.21.

⁵³ Револуционарни Конвент, желећи да придобије припаднике младог племства за своје радикалне идеје, је 6. јануара 1794. године донео Закон о наслеђивању, којим су битно промењена уобичајена правила законског наслеђивања, увођењем принципа једнакости , тј. заоставштина се дели на једнак број делова колико има наследника. Закон је добио повратну снагу до 5 година уназад, па су сви оставински поступци који су спроведени од 1789. године до дана ступања на снагу овог закона оглашени ништавима. Сви поступци су стога морали да се поново отворе и спроведу према новом закону.- видети:Шершеневич Г. Ф:" Общая теория права", Том 2, Юридический Колледж МГУ, Москва, 1995, стр.362,

после Устава, као "самоубеђивање законодавца да својим законима не придаје повратну снагу". Апелујући на разумност законодавца⁵⁴, стоји да повратно дејство неће бити примењено без преке потребе и једино у циљу заштите и успостављања важног друштвеног интереса⁵⁵. Остаје као питање, ко, када и на који начин установљава ту „преку потребу“ и дефинише „важни друштвени интерес“, који иначе увек зависе од воље политичке елите на власти и њених интереса. Неминовна је дакле, политизација целе ситуације, и успостављање правног поретка спрам релевантних тежњи носилаца политичког поретка, што и не значи нужно њихову потпуну еквивалентност. теза да револуција углавном "једе" прво туђу, па онда своју децу је у овом случају применљива у ситуацији примене ретроактивности.

У наставку поглавља ће посебна пажња бити посвећена манифестацији воље законодавца. Но, пажња је посвећена и практичним питањима, објављивања закона, *vacatio legis*-а, и др, будући да исти чине основу разматрања темпоралне димензије права уопште узев и са становишта овог рада.

2.2. Манифестација воље законодавца и проблеми њеног "дефинисања"

Прва и основна претпоставка за успешну реализацију садржине правне норме је да правна норма одговара, тј да је *примерена* друштвеној стварности, јер у супротном долази до побуне факта против права. Свакако да нова правна норма треба да буде и „претеча неких нових визија“⁵⁶, али не толико да прерасте у тешко применљиво или

⁵⁴ Шершеневич Г. Ф, *ibid*

⁵⁵ Што нас, донекле, враћа на интересно схватање субјективног права Јеринга, да друштвени интерес не мора увек бити идентичан личном интересу.

⁵⁶ Слободан Перовић: "Улога права, правна свест и правна сигурност", *Правни живот*,

неприменљиво право. С тим у вези је и интенција законодавца, да нормe које су с епоказале ефикаснима у другим правним системима-преузме, не водећи понекад довољно рачуна о постојећим друштвеним односима у држави у којој се воде, и колико напор ће изискивати њихова имплементација и примена. Савремени нормативизам не може да покрије све друштвене односе нити то може увек да чини истим интензитетом. Правне празнине су стога „нужно зло“ сваког савременог правног система, јер друштвени односи се великом брзином мењају, нестају или се стварају нови, а потпуна регулација свих односа је немогућа.

Промене прописа, посебно честе, у кратком периоду су увек неоправдане. Или можда јесу оправдане? Можда говоримо о превише турбулентној друштвеној основи? Ако је тако, да ли је могуће поставити границу, на једном месту, и која је то граница толеранције, преко које ни друштвена променљивост не може прећи нити диктирати праву промене? „Право које је данас право а сутра антиправо није стабилно право“⁵⁷ и продукује само потпуну правну несигурност и притом не дозвољава адресату норми да изврши спознају те диспозиције, а камоли да се понаша по њој и увек тако ризикује у старту примене санкције према себи.⁵⁸ Законодавац треба да иде у корак са друштвеним потребама грађана, било већине било мањине, која управо због тога што је мањина, је и привилегована.

Са друге стране, и доношење прописа треба схватити као процес са дуготрајним последицама у смислу дуготрајности самих норми. Право чије саме нормe су нестабилне, лоше осмишљене, пуне нелогичности или немогуће за извршење је сувишно и неупотребљиво право. У томе се и огледа значај улоге законодавца, који „ослушкујући“ потребе грађана и саме државе као целине, треба да установљава

4-5/1986, стр 435-441

⁵⁷ Слободан Перовић, наведено дело, стр 436.

⁵⁸ Слободан Перовић, наведено дело.

правила понашања.Рад законодавца треба да тежи стабилности , праведности и што тачнијем тумачењу народне воље, чиме ће себи осигурати трајност и постојаност⁵⁹.

На округлом столу на тему " Улога парламента и начело поделе власти",одржаном 2006 године, изнет је податак да је у Републици Србији " у току XXI века донето 392 закона и других прописа, а од тога, 237 закона само у(тада)последњем сазиву Скупштине"⁶⁰. Од тог броја у ефективној примени је била једва трећина закона.Треба имати у виду да је тада започета тенденција одлагања почетка примене закона неколико месеци након ступања на снагу нових закона.

Неки аутори смело тврде да је "немогуће одржати фикцију вечности закона" и да због тога треба поћи од "принципијелне променљивости прописа"⁶¹.Чињеница је, да и поред намере достизања императива, ако не вечних ,онда бар дуготрајних закона,грађани више не могу познавати све релевантне прописе који регулишу њихово понашање, већ то најчешће сазнају од органа који брину о спровођењу тих прописа, приликом изрицања санкције. Њихова сазнања се крећу у кругу кажњавања за недозвољено понашање, јер их је „погодила“ фикција да им је по истеку *vacatio legis*-а садржај закона у потпуности познат. Законодавац са те стране гледано, коректно уради свој део посла,од расправе о неком закону до његовог објављивања. Сазнавање садржине

⁵⁹ Сегменти ове аргументације обрађени су код следећих аутора : Радмила Васић: "Реформа правосуђа у СРЈ (како независно судство подржава преображај ауторитарне власти у поредак владавине права) " , преузето са веб-сајта: <http://www.cedef.org.yu>, и Милан Суботић:" Срицање слободe- студије о почецима либералне политичке мисли у Србији XIX века", Градина, Ниш, 1992.

⁶⁰ Излагање г. Предрага Марковића,тада председника Народне скупштине Републике Србије, на поменутом округлом столу, који је организовала Парламентарна Скупштина Савета Европе, у сарадњи са Европском агенцијом за реконструкцију, Београд, јул 2006.године.Излагање није публикувано, те су извор у овом случају белешке аутора рада.

⁶¹ Еуген Пусић:"Друштвене регулација", стр.208

прописа је нешто што је задатак појединаца, чије испуњење можемо посматрати као обориву претпоставку.

Али, ко је и шта је заправо законодавац?"...Једно духовно биће које види све људске страсти а не осећа ниједну од њих; које нема никакве везе са нашом природом, а ову познаје до танчина.... Онај ко се усуђује да предузме постављање основних установа једног народа треба да осети у себи способност да измени људску природу, да претвори сваког појединца у део једне веће целине... "⁶².

Активност законодавца је уперена на регулисање пожељног стања у друштву и установљавање оних принципа и правила које је у првој инстанци и сама држава вољна да поштује непосредно или посредно, санкционисањем прекршаја тих правила. Оно што се посебно апострофира јесте потреба за критицизмом самих чланова законодавног органа, како за сопствене поступке, тако и према поступцима претходних режима. У другом случају, више него било где у оквиру правне и политичке праксе је потребно законодавцу да буде заштићен, посебно приликом обележавања једне владавине као аутократске, да за тако нешто неће у будућности бити кривично гоњени. Јер, у супротном, законодавни поступак, и критицизам као такав, не постоје као слободна манифестација воље законодавца.

Интеракција између законодавца и државе и грађана, односно адресата норми је саставни део сваке успешне законодавне политике, и почива на поверењу и сигурности у сопствени положају друштву. Стога и само право које важи у 99% случајева *pro futuro* јесте императив једне сложене и успешне заједнице. С тим у вези треба напоменути и спрегу, однос између закона, начина примене закона, правне сигурности и субјекта на кога се та норма односи. Ако нисмо сигурни да постоји неко правило или како ће се исто примењивати, аспект правне сигурности сам себе

⁶² Жан-Жак Русо: "Друштвени уговор" Филип Вишњић, Београд, 1995, стр.53-54

поништава.Правна свест грађана , али и државе, као свест о постојању правила и обавезности њиховог поштовања је есенција процеса примене права.Адресат нормe се посматра само као појединац са израженом правном свешћу или без ње, што значи да је или упознат са садржајем тих правила и *сигуран* у свој даљи положај у друштву,који се креће у распону од „награде“ за поштовање правила(нпр.у виду могућности остваривања неког права и слободе, услед испуњења претходних услова) или „казне“ (нпр. у виду примене санкције која се изриче правоснажном пресудом у којој је утврђено да је субјекат починио прекршај нормe). Ако држава не схвати озбиљно права појединца, онда неће моћи озбиљно да схвати ни право само по себи, нити ће моћи ефикасно да уређује односе у самој држави, тачније недостајаће јој легитимитет за то.

Законодавац је дужан у том смислу да усвоји одређене захтеве за признавањем права, за које оцени да ће бити ефикасније да их призна, него да иста не постоје.У процесу рангирања значаја интереса појединца, неке друштвене, социјалне, политичке или какве друге групе, и на крају интереса заједнице као целине,компромис је нужан, али баланс никада дуго не може трајати.

Правна свест не може се посматрати одвојено од контекста права као целине. Правна несигурност је фактор који сигурно не подиже правну свест. Као један од фактора који могу позитивно утицати на повећање правне свести и аутоматски и правне сигурности, наводи се транспарентан рад законодавног органа и потпуно познавање и доступност свих прописа које законодавни орган доноси.

На појаву правне сигурности,а то значи и на формирање одговарајуће правне свести,утиче и могућност ретроактивне примене закона. Но често се површно, без претходно урађене анализе,прогласи ретроактивност неке нормe, а да се не утврђује посебно постојање

друштвеног интереса за то.⁶³ Домаћа законодавна пракса, посебно 60-их и 70-их година 20.века је обиловала са таквим случајевима, којима је тек након опсежне анализе „скинуто“ обележје ретроактивности. Зато је и вољу и намеру законодавца, преточену у текст прописа, тешко артикулисати.

И како онда прихватити ту " вољу законодавца" ? Као тренутни однос снага, видљив из његове интенције да одговарајућим нормама регулише неке друштвене односе на одређен начин, те да тако заштити, директно или индиректно тренутно актуелне, а ређе заиста интересе већине народа. Стога се захтев одређености норми поставља као основни, да приликом тумачења законодавчевих регула не би долазили у ситуацију да ми, на које се примењују норме, не знамо, шта то "писац" од нас жели.

Харолд Ласки тврди да *државу препознајемо по праву, односно вредностима које штити*⁶⁴. Тако закони постају само "претпостављени израз"⁶⁵те народне воље, јер та народна воља није увек довољно изражена, уједињена или концизна. Јер, на крају крајева, држава и тако не ствара права, већ их признаје у зависности од своје основе, и вредности које жели да штити.⁶⁶

2.3. Пут до стварања позитивног права-објављивање закона

Најефикаснији начин постизања потпуне правне сигурности и саме правне свести адресата, јесте путем објављивања закона и других општих

⁶³ Слободан Перовић: "Улога права, правна свест и правна сигурност", Правни живот 4-5/1986, стр.440.

⁶⁴ "О природи државе се суди, пре свега, по ономе шта она доприноси људској срећи. Отуда, са гледишта политичке филозофије, држава никада не представља просту суверену организацију, која има власт да изнуди покорност" Харолд Ласки: "Политичка граматика", стр.115.

⁶⁵ Бенжамен Констан: "Принципи политике и други списи " ,Завод за уџбенике и наставна средства, Београд, 2002, стр. 21.

⁶⁶ Харолд Ласки, *ibid.*

аката⁶⁷. Под објављивањем у овом смислу подразумевамо публикување законских текстова и њихово слободно стављање у промет, постављање тих текстова на веб сајт законодавног органа, или на други начин чињење доступним широком кругу адресата. Треба имати у виду да је објављивање прописа само једна карика у низу постизања правне сигурности. Ту је и потреба за правном свешћу адресата, тј. њихово право и обавеза да се благовремено информишу о релевантним променама у правном систему.

Објављивање закона и других прописа у службеном гласилу једне земље, и поштовање принципа да постојање прописа и њихова садржина морају бити јавни и доступни свима на које се односе, јесте тековина која карактерише савремене правне системе. Можда је још боље ову потребу или боље речено обавезу изражавао старији израз "обнародовање" тј. "потребу да народ сазна шта је закон, да се народ упозна са њим"⁶⁸.

У ком контексту објављивање прописа може бити битно за тему овог рада? *Прво, објављивање је чин који законима и другим прописима даје потпуну перфекцију, јер обезбеђује да воља законодавца буде изражена и обликована кроз спољне, свима доступне и извесне акте, и тако "оживети" саме прописе.* Донет, а необјављен пропис у одговарајућем службеном гласилу, не може ступити на снагу, нити може производити било какво правно дејство; у погледу таквог закона дакле, не постоји ни обавеза да се исти поштује, нити се иједан субјекат може казнити због непоштовања таквог закона, нити може бити предмете било какве правне контроле

Даље, *објављивањем прописа задовољава се захтев да прописи буду јавни и доступни свим грађанима, како би грађани*

⁶⁷ Ђорђе Тасић: "Да ли суд има права да испитује уставност постанка (формалне моменте) закона," *Архив за правне и друштвене науке*, 4/1925, стр. 253-266.

⁶⁸ Миодраг Јовичић: "Закон и законитост", Београд, 1977, стр. 146.

ускладили своје понашање са новим правилима.⁶⁹ На овај начин се удовољава и потреби адресата да предвиде будућност и да неутралишу неизвесност која је вероватна кад је у питању њихово будуће, планирано понашање⁷⁰. Дакле, не треба уопште занемарити ову потребу, јер предвиђање услова друштвене егзистенције, у контексту постизања сигурности, тежи ка постизању потпуног вредносног стања⁷¹ адресата норми. Адресати тек са потпуним познавањем друштвене ситуације, могу јасније сагледати своје реалне могућности за деловање и одлучити се за ону најисправнију.⁷²

Такође, **ово је и акт којим државне институције доказују да раде посао који им је поверен од стране грађана и како га обављају.** Овде је битно питање и садржине прописа, јер нас бројни извори информисања могу и погрешно обавестити о садржини и времену када почиње важење тог прописа. Поуздање у законе све је веће са повећањем поуздања и поверења у институције система, које поступају по тим правилима.⁷³ У овом смислу, објављивање закона јесте *врста извештаја* о раду законодавног органа. На крају, **једини механизам за одржавање фикције о познавању права⁷⁴, која важи и у погледу грађана али и у погледу поступања државних органа, јесте управо ово објављивање закона.**

⁶⁹ Решење ИВ У.бр 197/97 од 30. септембра 1998 године, као и решење III У. бр.208/95 од 20. новембра 1996. године, наведено у Одлуке и решења савезног уставног суда за 1998. годину, *Савезни уставни суд*, 1999.

⁷⁰ Еуген Пусић: "Друштвене регулације", Загреб, 1989, стр.206

⁷¹ Ibid.

⁷² Никола Висковић: "Појам права-прилог интегралној теорији права", *Логос*, Сплит, 1981, стр.141.

⁷³ Ibid.

⁷⁴ Сматра се да од момента објављивања субјекти више не могу да се извињавају због свог непознавања закона (премда је римско право дозвољавало екскулпацију у случају несавладивих тешкоћа, чије је наступање било изван његових реалних могућности да их спречи, Томица Делибашић: " Примена блажег закона " , *Номос*, Београд, 1995, стр.12.

Најраније од момента објављивања аката се може установити обавеза адресата да своје понашања саобразе сходно садржају тих аката.

Публиковање закона има свој практични значај, будући да се тиме оставља адресатима извесно време да спрече наступање правне заблуде у погледу дозвољености својих радњи. На овај начин им се даје прилика да се сачувају од запрећене законске казне за противправно понашање, а истовремено се спречава стални "живот у страху", тј. да ли ће нека радња накнадно бити оглашена противправном. У питању је посебна процедура и одређен редослед радњи који се мора поштовати, а потврду за своју оправданост иста црпи из дугогодишње позитивне праксе и услед правилног теоријског утемељења. Закон који је у почетку био непознат народу, постаје познат формално публикацијом, али много чешће тек својом непосредном применом.

Постоји и друго схватање, према коме су сама правила израз правне свести народа, па их људи по природи ствари већ унапред знају. У том случају никако не важи максима да *ignorantiam iuris nocet*, јер већ познају правила и претпоставка непознавања се ни не успоставља. Дакле, овде није основ познавања права фикција општег познавања закона услед његовог публиковања, већ мисао да је закон само забележио оно што већ постоји или је требало да постоји у правној свести народа. Овом Гиркеовом ставу се има штошта приговорити, између осталог и да свако од нас има своју сопствену свест, и не може се захтевати да сви имамо исту и једнаку свест о свим појавама,⁷⁵ нити да их сви можемо перципирати на исти начин.

Колективно обавештавање у овом смислу се сматра и економичнијим, иако правна пракса познаје и друге модалитете. У Русији је једно време био примењиван принцип ступања на снагу закона након

⁷⁵ Видети: Ђорђе Тасић: "Ignorantia iuris nocet", Архив за правне и друштвене науке, 2/1920, стр.121-130.

протека одређеног времена али не од објављивања закона, већ од дана достављања служеног гласила надлежном државном органу. Иако је ово установљено из разлога обезбеђивања једнакости свих грађана, који су живели у удаљеним деловима земље, исти аргумент се претворио у своју веома негативну супротност, јер достављање је понекад трајало недељама или није ни извршавано. Дешавало се, да је један правни акт ступио на снагу у једној области а у другој није. Стога, као јединствен је узет датум објављивања прописа, као валидан од ког се може почети рачунати *vacatio legis*⁷⁶

Старији извори⁷⁷ наводе да у античкој демократији није било потребно публикување закона, јер су тамо сви грађани гласали о тим законима претходно се упознавши са њиховом садржином. У Риму су законски предлози били исписиван на дрвеним таблицама и јавно излагани, након чега се магистрат обраћао комицијама речима, *velitis, iubeatis hoc, Quirites, rogo*. Ако закон буде усвојен, његов текст се уносио у регистре римског државног архива, одакле је свима могао бити доступан.

У франачкој држави⁷⁸ закони донети на Саборима су се објављивали слањем преписа донетог закона грофовима и прелатима који су учествовали на Саборима. Исте су морали прочитати пред судијама и народом и у црквама⁷⁹.

У немачкој царевини се посвећивала мања пажња објављивању закона и посвећивала, јер је читање закона пред скупштином сматрано

⁷⁶ В. Тилле: Время, простор, закон, стр.112.

⁷⁷ Драгослав Јовановић: "Доношење закона", Издавачка књижевница Геце Кона, 1912. година стр 111.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Треба напоменути да је велики број грађана управо сазнавао за постојање нових закона у црквама, а посебно да су имали ретку прилику да им се закони и детаљно објасне.

довољним напором.Често је вршено поновно објављивање закона, понекад и свака три месеца⁸⁰.

Дуго времена централне власти нису предузимале потребне мере ради упознавања свих нивоа власти са донетим законима.Тек од 1715. године постоји та обавеза, кад је наређено да се сви донети прописи уносе у један јединствени регистар прописа, са посебно уписаним даном кад је примљен и даном кад је донет, и да се штампају у довољном броју примерака колико је то потребно да би се снабдели сви судови,адвокати и други којима је то потребно због обављања послова.

Енглеска је дуго била на становишту да је краљева потврда, тј. *royal assent* сасвим довољна,тј.санкција парламента за обнародовање закона. Формално гледано, сваки грађанин је учесник у законодавном поступку те да је самим тим био укључен у поступак стварања његове сдржине.Тек је 1801. године прописано да се сваки закон мора штампати најмање у 5500 примерака, ради дистрибуције осталим нивоима власти.

У Француској је 1311.године издата уредба против зеленаштва, прва која је морала бити публикована, не само за потребе судова, него и за све остале органе и грађане. Године 1363. је наређено поновно публиковање свих уредаба и закона коју су раније донети и у том моменту су важили.

Француска револуција је донела преображај у области објављивања закона. Старији аутори то дефинишу на следећи начин: *"..чим је у своје руке законодавство добио онај друштвени слој који је због недостатка публикације закона највише и трпео, побринули су се да уреде то на најбољи могући начин "*⁸¹.

⁸⁰ Што је пракса установљена неколико векова касније у Аустрији.

⁸¹ Тако је Конвент донео закон од 14 фримера године II, тј 4.12.1794. који је наређивао штампање службеног листа са законима, који је био послат представницима свих нивоа власти у земљи. Драгослав Јовановић, наведено дело, стр 178.

У Србији су наредбе које је доносила централна власт саопштаване народу путем нахијских кнезова, кметова и свештеника, али је ово ишло прилично лоше, па се, како извори наводе⁸², и сам кнез Милош често бунио што се због немара његових службеника, наредбе не сазнају нити поштују. Тек је претња санкцијом, одузимања кнежевства или парохије уродила плодом. Султански хатишерифи и берати и друга важна акта објављивали су се скупљеном народу, најчешће у црквама, као чуварима националног идентитета.

Кад се почело са доношењем писаних закона, почело је практично разликовање између *објављивања* и *обнародовања*, при чему се под објављивањем увек сматрало-штампање, а под обнародовањем-усмено саопштавање⁸³. Само они прописи и уредбе који су били правилно потписани од стране попечитељства тј уредно проглашени су могли даље да се шаљу другим нивоима бвласти.

Понекад је и у самим законима био навођен начин обнародовања закона и упознавање са њиховом садржином. Наредба за обнародовање је била често у самом акту о проглашавању, или се само наређивало министру, чији је то био ресор, да тај закон изврши, или учини шта даље треба. Тако је и Слободан Јовановић писао, да се "у теорији узима да је

⁸² Драгослав Јовановић, наведено дело, ибид.

⁸³ Сретењски устав је у чл.10 и чл.78 користио термин *обнародовати*, што је било само његово пуко проглашавање, тј давање санкције уставу. Тек чл.142 уводи даљу конфузију јер овај акт чини делом позитивног права не од момента његовог проглашења, већ од момента када исти буде од стране Државног Савета, уведен у одговарајући зборник Интересантно је поменути и забрану испоставама државних органа да "својевољно сачињавају и обнародују законе и уредбе без одобрења Књажеског или Савета". Овакав начин је био веома неповољан за саму власт па је решењем од 30 маја 1837 године, тачније, *Представљенијем Народној скупштини Спасовској о држању Србски Новина и објављенију Уредби земаљски посредством исти*, наређено да се сви закони објављују у Српским, касније Службеним новинама, а да се "правитељство мора трудити да се новине добро пишу, да се ту штампају уредбе земаљске уредбе и да се настоји да се тачно и у време свакоме достављају" Драгослав Јовановић, наведено дело, стр.-180-184.

надлежни министар дужан обнародовати и онај закон који би без такве наредбе о обнародовању био проглашен"⁸⁴.

Устав из 1869. године користио је термин *обнародовати* у два смисла, као „проглашавања“, али и у смислу „објављивања закона“. Сви потоњи уставни третирају га као „објављивање закона“. Неусаглашеност терминологије, али и неукост самих чиновника, је деценијама правила проблеме.⁸⁵ Даље, дешавало се, да се један закон два пута објављује јер је примећено да је недовољно познат самим адресатима⁸⁶ или да се делимично поново објави. Важило је правило, да закони важе одмах чим се објаве, ако другачије не би било наведено, а обично је био рок од 30 дана у питању.

Посебну пажњу треба посветити и публикацији пречишћеног текста закона⁸⁷, што је изузетно важно када је неки законски текст често мењан. Потребно је установити идентитет таквог текста са свим постојећим познатим текстовима. Након тога, процес објављивања тече на исти начин као и за сваки други општи правни акт, с том разликом што овај акт и не ступа формално на снагу, јер већ егзистира у правном систему.

Неки савремени писци и правници практичари сматрају да су решења посебно претходног Устава Републике Србије из 1990. године, о општем *vacatio legis* у законодавној пракси увелико изгубила своја својства

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ Слободан Јовановић је први у домаћој литератури указао на недовољно чињење разлике у нашим уставима између израза *прогласити* и *обнародовати*. Слично је утврдио и Л.Полић: „Закон и Санкција“, *Мјесечник*, 1903., стр.748

⁸⁶ Као што је и било са уредбом и решењима о куповини земље од Турака, који су објављени 1845 године, и поново у целини и 1846. Наводи према Д.Јовановић, наведено дело, стр.185.

⁸⁷ Белкин Л.Л.: "Оглашение законов (новое и старое в закод годинеательстве)", *Правоведение*, №2 /1995; др Будимир Кошутић: "Измене у пречишћеном тексту закона", *Правни живот*, бр.12/1980 године, стр. 34-44.

и циљеве.⁸⁸ У ту сврху наводе се и веома илустративни примери."У периоду од 1992. до 1994. године Народна скупштина је донела 174. закона, а само за 83 закона је био утврђен општи *vacatio legis*, док је највећи број закона (91) ступио на снагу наредног дана од дана објављивања, један закон је ступио на снагу даном објављивања, а за један закон ступање на снагу је било календарски одређено. У том истом периоду Влада је донела 556 прописа, од којих је само 66 ступило на снагу осмог дана од дана објављивања."⁸⁹

Но тенденција је домаћег права у 21.веку нешто другачија, јер се и након периода вакације и ступања прописа на снагу, велики број закона не почиње одмах примењивати, него се њихова директна примена одлаже још неко време.У том периоду, адресати још могу поступати по раније важећем пропису, који надживљава сопствено постојање, те се и даље примењује јер нови закон, иако ступио на снагу, још није почео са применом.

2.4. Функција *Vacatio legis*

Vacatio legis представља период времена у ком је суспендована валидност неког закона, тј. закон је објављен у службеном гласилу, али још није постао обавезујући за адресате на које се односи. Вакација је, дакле, само привремено неважење закона након његове промулгације, чији је *ratio legis* омогућавање адресатима да се у извесном примереном року, упознају са садржином закона, и уредити своје понашање у складу са тим. И иначе важи правило да нико не мора да се ексулпира за своје (не)деловање ако није знао за постојање одређеног правила. Наравно, ову

⁸⁸ Боса Ненадић: *Vacatio legis* и право грађана да се у примереном року упознају са законима и другим прописима, Правни информатор, 1/ 2005, str. 4-12.

⁸⁹ Ibid.

ситуацију не треба доводити у везу са правилом *Ignorantio iuris non nocet*, јер ту постоји правило за чије постојање адресат не зна, а у претходном случају правило понашања уопште не постоји, па стога ни обавеза да се оно поштује.

Неки аутори⁹⁰ *vacatio legis* називају и "периодом избегавања поштовања закона", који је правно валидан. Тако *vacatio legis* сваког конкретног прописа почиње тећи од дана објављивања тог прописа, а престаје се даном његовог ступања на снагу. *Vacatio legis* постоји увек када се дан објављивања прописа не поклапа са даном његовог ступања на снагу, односно када је ступање на снагу прописа одређено за неки будући дан у односу на дан објављивања.

У највећем броју земаља *vacatio legis* се одређује на општи начин у уставима тих земаља или пак посебним законом. У тим актима се, по правилу, утврђује општа правна норма по којој званично објављени закони (и други прописи) ступају на снагу по истеку одређеног рока. У појединим законодавствима остављена је могућност доносиоцу прописа да, под одређеним условима, одступи од општег *vacatio legis*-а, или општи *vacatio legis* важи само ако у конкретном закону или другом пропису није одређен датум његовог ступања на снагу *Vacatio legis* у нпр. Шведској износи 28 дана, у Италији 15 дана, у Немачкој 14 дана и у Бугарској 3 дана⁹¹. У Републици Србији тај период углавном траје 8 до 15 дана,

Vacatio legis представља простор у ком се сусрећу два закона, стари који егзистира и нови, чије деловање мирује; увек означава одређен тренутак у будућности од када ће акт постати општеобавезујући. У том периоду адресати норми имају још увек прилику да се понашају,

⁹⁰ Видети: Ricardo Fiúza, Thin Mária :” *Vacatio legis*”, *Intelligentia Juridica*, № 23/ 2002 ; Guillermo Cabanellas :” *Encyclopedic Dictionary De Usual Derecho* ”, *Heliasta*, VOLUME 5, Buenos Aires, 1996.

⁹¹ Извор: Боса Ненадић, наведено дело.

некажњено, по нормама старог закона, и да несметано искористе његове предности.

Vacatio legis у номотехничком погледу одређује се на различите начине⁹². Најчешће се *vacatio legis* изричито одређује у оквиру прелазних и завршних одредби сваког конкретног прописа, а уколико се тај рок не утврди у пропису, он се одређује на основу одредаба устава или посебног закона који на општи начин уређују питање ступања на снагу прописа.

2.5. Ступање на снагу и обавезност поштовања правне норме

Закони могу да ступе на снагу најраније даном њиховог објављивања у службеном гласилу⁹³, а иначе након што протекне *vacatio legis*. Изузеци су наравно, могући, и то када се оцени да је неки интерес превише значајан да би се са његовом заштитом оклевало(при чему није искључена могућност да ће закон деловати како *pro futuro* тако и *retro agere*). У таквим ситуацијама, *de facto, vacatio legis* не постоји, јер закон одмах ступа на снагу и постаје део позитивног права. Од тог момента успоставља се обавеза субјеката да се понашају сходно усвојеним нормама, или ће њихово понашање бити санкционисано.

⁹² М. Вуковић и Ђ. Вуковић: "Знаност о изради правних прописа (Номотехника)", Загреб, 1981, стр. 113, Боса Ненадић: "Објављивање и ступање на снагу закона и других прописа у правном систему СРЈ", *Право - теорија и пракса*, бр. 7-9, 1994, стр. 5.

⁹³ Домаће законодавство наведено не допушта, будући да претпоставка о познавању садржине закона да би се адресати могли понашати према њему, овде не може да важи, јер им није оставаљен ни најкраћи могући рок да то учине. У том смислу је и Одлука Врховног суда Србије(у даљем тексту ВСС) III У.бр.35/96 од 19. јуна 1996. године, према којој општи правни акт не може ступити на снагу даном свог доношења. Одлука је "испровоцирана" доношењем Пословника о раду ВСС, где је речено да ће се исти примењивати од дана свог доношења на Општој седници ВСС-а. Према: *Одлуке и решења Савезног уставног суда за 1998. годину*, СУС, 1999.

Старија правна пракса је познавала четири модалитета за ступање на снагу закона⁹⁴, а који су потицали од начина означавања закона. То су били датум доношења закона у скупштини, датум санкције и промулгације, датум публикације и датум добијања обавезне снаге. Но као најбољи начин оцењен је управо датум санкције⁹⁵, коју је давао краљ (данас то чини председник републике).

Претња силом се указује као нужна и преко потребна законодавцу у два битна момента, приликом стварања норме и приликом њене примене, тј. након ступања на снагу⁹⁶. Та могућност коришћења принуде од стране државе је *ultima ratio* који доводи до поштовања садржине норми, јер већина друштва тежи животу без кажњавања и негативног обележавања његовог егзистирања. У овом смислу је значајно споменути став Карла Оливеркроне.⁹⁷ Према његовом мишљењу, **обавезна снага правног правила значи исто што и важење правног правила**. Са друге стране, веома је тешко показати разлог за такву обавезну снагу и пронаћи критеријум помоћу којег би било могуће утврдити да ли правило поседује то својство обавезности. *А када се већ припише обавезност као карактеристика самом правилу, улазимо у вредносну димензију и захтевамо да се по правилу треба понашати.*

Право познаје и продужено дејство ранијих закона, иако је нови већ ступио на снагу. У коегзистенцији два закона, ранији се примењује у смислу прелазног закона, који ће помоћи адресатима да се прилагоде новим решењима. Нови закон, иако ступио на снагу, почиње са својом применом у неком каснијем моменту, када је законодавац оценио да је то

⁹⁴ Михаило Константиновић: "Означавање закона", *Архив за правне и друштвене науке*, бр 5-6/1925, стр.425-438.

⁹⁵ Санкција у овом смислу је аналогна потписивању указа о проглашењу закона.

⁹⁶ Ђура Поповић: "Сила и право", *Архив за правне и друштвене науке*, 1932.

⁹⁷ Дајовић Горан: „Правна обавезност и важење права“, *Службени гласник*, Београд, 2008, стр.10.

погодно, да је ефикасно завршен процес адаптације субјеката на нова правила.

Ступањем на снагу се успоставља највећа могућа разлика између два закона. Ранији постаје део историјског права и правног наслеђа државе, а нови закон постаје део позитивног права из чега црпи и легитимност своје примене и поштовања. Тзв. прелазни период и правни режим, који важи у том вакууму између престанка важења једног и оснаживања другог закона, најчешће се регулише у новом закону, у последњем поглављу под насловом "прелазне и завршне одредбе". Чак је вероватно да ће истовремено важити оба закона истовремено, у одговарајућим деловима.

Треба имати у виду и да рок важења неких закона може бити краћи него што је предвиђено, без обзира да ли је трајање временски орочено или исто није одређено. Наиме, уставни судови у појединим случајевима могу бити последња инстанца провере формалне и материјалне важности-тачније уставности закона и других општих правних аката. Иако важи генерална сентенца да су судови „слуге“ законодавног органа, јер су обавезни, нарочито у европскоконтиненталном систему, да доследно примењују прописе, које доноси законодавни орган, бројне ситуације намећу управо супротна арешења. Уставни судови нису у обавези да поступају нити да прихвате на било који начин законе који су противуставни, а то могу наложити и судовима опште надлежности, као и другим специјалним судовима.

Даље, неки англоамерички аутори истичу да понекад и сами судови тешко следе сопствена правила тумачења и примене прописа. Уз то, постоји и дубоко уврежено мишљење да законодавац никад нема намеру да мења или да покаже непоштовање према *common law* принципима који су основа енглеског права, осим ако то изричито не каже. Дакле, мишљења су у овом случају веома подељена, а адресати опет остају у

недоумици које прописе треба да поштују и како да обезбеде несметано уживање својих (стечених) права⁹⁸

2.6. Позитивно право, његово важење и примена

Старији теоретичари, али и практичари су познавали феномен „логичке самодовољности позитивног права“ (или негде налазимо и термин *логичко-конструктивни правац интерпретације*⁹⁹). Став је инспирисан тежњом за постизањем пуне стабилности и дуготрајности права, те да право у свом логичком саставу има довољну грађу за решавање свих случајева који нису ни предвиђени тим актом. Иако се сматра да се једино овим путем може обезбедити довољна и потребна сигурност правних односа, као главни недостатак је изнето то, што је строго везана за законски текст. Логичкоправна уопштавања и конструкције показале су се неподобнима за тумачење и решавање случајева у горњем смислу. Позитивно право је ту да "изазива позитиван ефекат"¹⁰⁰ и да недвосмислено исказује намеру спољног ауторитета у погледу понашања адресата.

Сам процес примене права означава реализацију воље законодавца, завршен процес стварања права, било да је оно конципирано као продукт свесно планског, или стихијског деловања субјеката. Онтолошки посматрано, сматра се да право постоји само ако се примењује, јер у супротном, такво неактивно, "мртво" право не треба ни да постоји.

Право које се нерадо поштује, из страха од примене санкције, и са таквом садржином, није идеал ком теже државе. Добровољна примена

⁹⁸ R.C.van Caenegem: *Judge and Lawgiver in Anglo-American History, European review, Vol 11.Nr.3*, ppg. 25-339.

⁹⁹ Теодор Тарановски: "Енциклопедија права", *Геца Кон*, 1934, Адам Лазаревић: „Теорија тумачења закона и судска пракса“, *Архив за правне и друштвене науке*, 4/1934, стр.205.

¹⁰⁰ Теодор Тарановски, наведено дело, стр 161-191.

права има много бољу основу, аргументованија је када постоји сагласност барем већине друштва у том смислу, када постоји убеђеност и поверење у такво право. Селективност примене права понекад је нужна, ако је сам његов концепт пољуљан несагласношћу са уставом, повредом људских права итд. Познат је у том смислу, пример праксе немачког правосуђа после Другог светског рата, које је доносило пресуде више по основу савести и схватања права морала и правичности самих судија, него по основу позитивног-дакле обавезујућег права. Овакав став је правдан чињеницом да се још увек у тим раним послератним годинама, до доношења нових закона морају примењивати окупациони закони, јер *stricto sensu*-други и не постоје¹⁰¹.

Сама примена права јесте веома значајан правни и политички процес, јер почива на још снажнијем и значајнијем принципу, принципу правне сигурности грађана. Правна сигурност се сматра једном од "круцијалних правних вредности", која се често доводи у везу са другим правним вредностима, као што су правда, ред и мир. Посматрано са другог аспекта, **сама правна сигурност чини елемент опште правде, када је промовише позитивно право, као једну од највиших вредности.** ¹⁰²Још боље је објашњава Хајек¹⁰³, посматрајући је, заједно са принципима правне једнакости и општости закона, као саставни део владавине права (*rule of law*).

Доношење закона у поступку, контролисана расправа унутар самог законодавног тела, која је уперена искључиво на прецизније дефинисање садржаја аката, могу умногоме олакшати каснији процес примене права.

¹⁰¹ Видети више код Р.Лукић, Д., Митровић, Б. Кошутић: "Увод у право", *Савремена администрација*, стр. 143.

¹⁰² Слободан Перовић: "Право на толеранцију", део из предавања које је одржано на трибини *Forum iuris* 25. 2. 1999. године у Подгорици, текст доступан на www.informator.co.yu

¹⁰³ *Friedrich August von Hayek: Put u ropstvo (Edicija sloboda izbora) , Global Book, Novi Sad, 1997, str.37 .*

Такође треба прекинути са још једном досад неуобичајеном праксом, доношења закона, који иако ступе на снагу, не почињу да се примењују још неко време. Овим се грубо крше и теоријска, али и правила логике и разума, да акт, који је ступио на снагу, те моментом свог ступања на снагу је дерогирао претходни акт, се још увек не може примењивати из разлога политичке или друге природе.¹⁰⁴

Правна сигурност, као универзална правна вредност је претпоставка стабилне државе. За постојање правне сигурности нужно је обезбедити постојање три опште претпоставке: довољан квантитет права (изражен у броју прописа који регулишу основе друштвеног и државног уређења), објективан квалитет права (прописи писани у складу са потребама друштва, који реално сагледавајући ситуацију, предвиђају и покушавају превенирати, или адекватно казнити будуће могуће последице) и објективну примену права (при чему се мисли на ефикасност рада органа приликом примене прописа, било примарне или секундарне норме понашања). **Све ове претпоставке обезбеђује управо стабилан и одговоран законодавни орган, што посредно, утиче и на заштиту стечених права.**

2.6.1. Теоријскоправно становиште о важењу права

И поред наведеног, увек се може поставити питање самог важења права, и његове обавезности, питање које је изван домена чистог позитивног права и дубоко залази у теоријскоправна оправдања постојања

¹⁰⁴ Закон о држављанству Републике Србије је ступио на снагу крајем децембра 2005 године, али се почео примењивати тек крајем марта 2006 године. Својим ступањем на снагу је дерогирао претходни закон о држављанству, али је настао проблем, по ком закону ће се решавати нпр. захтеви за пријем у држављанство кад стари закон није више део позитивног права, а нови и формално још није постао део позитивног права.

права уопште.Но, било да се важење права посматра као суштинска карактеристика позитивног права, или као метафизичка илузија и идеолошка обмана, оно се нераскидиво повезује са обавезом поштовања његове садржине.¹⁰⁵ У прилог томе говори и константа у схватању улоге законодавног органа, а то је да је законодавни орган пуномоћник народа, грађана, те да када доноси законе и друге прописе, поступа у име грађана и за њихов рачун.¹⁰⁶

Тако је Ђ.Тасић, приликом разматрања феномена важења права, истакао да право увек има један заједнички елемент за све посматраче и то је његово важење, и закључује да ако право важи онда једино можемо рећи и да постоји.¹⁰⁷ Лукић је пак раздвајањем *правног, нормативног важења* („важење које је формализовано, тј тачно је одређено кад почиње и када престаје“¹⁰⁸) од *стварног важења* („одговарајуће понашање људи, тј признавање важења одређеним нормама“¹⁰⁹) важење само по себи произвео у фактички феномен.

Налазимо једну још развијенију типологију, која препознаје чак четири вида важења¹¹⁰. Први вид важења јесте *заправо сагласност једне норме са непосредно вишом нормом по правној снази*. Други вид је *важење посебних правних норми у оквиру складног и кохерентног система норми*, док се трећим обликом важења *одређује утицај друштвене стварности на садржину норме и њен ниво идентификације*

¹⁰⁵ Дајовић Горан: „Правна обавезност и важење права“, *Службени гласник*, Београд, 2008, стр.9.

¹⁰⁶ Чедомир Марковић: „Суд има право да цени уставност закона“, *Архив за правне и друштвене науке*, 5/1908, 411-417.

¹⁰⁷ Ђорђе Тасић: „Проблем оправдања државе“, *Службени лист СРЈ*, Београд, 1995, стр.88. Исто наводи и Дајовић Горан, наведено дело, стр.9.

¹⁰⁸ Радомир Лукић: „Право као идеална (идеелна) појава“, стр.29. Нека норма или право у целини не важи зато што постоји у правној свести друштва, већ зато што она сама по себи постоји, небитно је да ли је она позната широј јавности или није, да ли се примењује или не и како се примењује.

¹⁰⁹ Радомир Лукић: „Појам права“, стр 7.

¹¹⁰ У питању је типологија Џејмса Хариса, наведено према Дајовић Горан, наведено дело, стр.16

са постојећим друштвеним односима. Једино норме које су адекватне друштвеној стварности могу претендовати на сопствену реалну егзистенцију и применљивост. На крају, четврти облик важења права или норми јесте *претензија за извршење и поштовање тог права* или норме, јер на крају крајева, норме се и доносе да би се примењивале.

Такође треба имати у виду још једно савремено становиште о појму важења права уопште. Према овом становишту, постоје *глобално важење права*, под којим се подразумева важење целокупног правног поретка, и *интерно важење права*, под којим се подразумева постојање индивидуалних норми унутар поретка. Саме норме унутар поретка јесу његов конститутивни елемент, без којег ни поредак сам не би постојао, те је њихово важење нужан и неопходан услов како за њихово признање и поштовање, тако и за постојање и поштовање поретка у целини.¹¹¹

Келзен је навео у својој „Чистој теорији права“, да важење права значи, да људи треба да се понашају онако како прописују правне норме. Свака важећа норма је стога и обавезујућа, без обзира на њену садржину. **Ако њена садржина не одговара реалности у којој је створена, онда и њено важење губи на значају јер регулише однос којег нема или није још настао. У овом контексту треба и посматрати углавном негативни утицај повратног дејства прописа, јер од адресата се не може захтевати да се понашају онако како није прописано у време када предузимају неку радњу. Тада право стоји у супротности са реалношћу, или чак поставља себе испред реалности. Из тога следи, да је постојање норме поистовећено са њеним важењем, а важење са њеном обавезношћу, те да никако не може да важи норма која није постојала, тј ретроактивна.**

Питање важења права је једно од најважнијих питања правне теорије јер су у њему проблематизовани односи: обавезности и

¹¹¹ Наведено према :Дајовић Горан, наведено дело, стр 17-18.

ефикасности, легитимитета и легалитета, правде и морала насупрот сили, постављених идеала и реалне могућности њиховог остварења. Формална важност акта је повезана са доношењем акта од стране надлежног субјекта, одговарајућег поступка (у који рачунамо и период вакације) и објављивањем на одговарајући начин. Без обзира на то каква је вредносно њена садржина (да ли је нпр. неправедна или неморална) и да ли је она *фактички* делотворна (ефикасна), довољно је да је норма формално важећа.

“Напетост између норме и егзистенције, између ‘треба’ и ‘јесте’ не сме пасти испод одређеног минимума. А с друге стране, супротност између правне норме и одговарајуће стварности социјалне егзистенције не може ићи преко одређеног минимума.”¹¹² Уколико, пак, одређене правне норме “падну” испод минимума делотворности, због тога што их не примењују ни грађани, ни државни органи, те норме престају да важе¹¹³.

У овом смислу, системско (правно) важење је значајно посебно у случају основних норми, које су темељ једног правног система а Харт их назива “правилем признања”. Сваки посматрани ниво или слој правних норми заснива своје важење на вишем слоју норми, који утврђује начин њиховог доношења (орган, односно поступак), а каткада делимично и њихову садржину. Али у исто време посматрани ниво норми и сам утврђује услове доношења једног нижег слоја норми које према томе из њега извлаче своје важење – право као систем хијерархијски повезаних норми.

¹¹² Ханс Келзен, Чиста теорија права, стр.158.

¹¹³ Битан елемент је морално вредновање правне норме од стране адресата, јер неке норме ће прихватати као морално исправне, а одбацити друге као морално безвредне, па је могућ несклад између формалног и вредносног важења

Савремени аутори¹¹⁴ сматрају да два различита питања, да ли норма постоји или не и да ли норма важи или не, се не смеју везивати у једно (као што је то уобичајено) које гласи: да ли норма постоји или важи. *Постојање и важење уопште нису у алтернативном односу, већ су пре, две фазе бића једне норме.* Норма, наиме, постоји, као и сваки други сегмент бића, при чему околност да њен супстрат није материја него дух ни најмање не доводи у питање одредбу њеног постојања. Са друге стране, ако норма важи, онда у томе не треба тражити никакву супротност нити алтернативу постојању већ треба рећи да норма поред тога што постоји-и важи. *Норма наравно може да постоји а да не важи, јер је престао рок њеног трајања, аброгирана је или дерогирана, али фактички узев још увек постоји.* Овде треба додати компоненту требања, која се односи на непосредну примену постојећег и важећег, тј позитивног права. Важење права, је, на крају, потпуно зависно до одлуке људи који га требају поштовати, без обзира, опет наглашавамо, на његову вредносну, моралну или другу перцепцију.

У ком контексту је битно важење права за предмет овог рада? **У томе што једино право које важи, може да садржи норме о начину стицања права и њиховом евентуалном губитку или одузимању. Ако право не важи, тј. ,у формалном смислу како је Лукић навео, онда се ни не може тражити од адресата норми да се убудуће понаша по нормама које још формално не важе. Тако ретроактивност изгледа још неприродније, јер важење неке норме уназад установљава обавезу понашања према норми која у том моменту када почиње њено важење није ни важила ни постојала.**

На крају право и обавезује, зато што важи. Радбрухова теза о правном важењу претпоставља постојање ауторитета који не обраћа

¹¹⁴ <http://www.autonomija.info/janko-kubinjec-kakav-ustav-treba-svakome.html>, *присутан у сајту 27.10.2009. године*

пажњу да ли је закон који важи моралан, праведан, или ништа од тога, већ као једино битно поставља-његово постојање. Из разлога зато што постоји, право важи¹¹⁵. Зато што важи, оно и обавезује¹¹⁶

2.7. Повратна снага закона-постављање дефиниције

Сваки ауторитет је увек само релативан. Факт његовог постојања не претпоставља беспоговорно поштовање њега самог и његовог деловања него је увек нужан додатни механизам.¹¹⁷ Правни поредак је, поред свих напора сваког законодавног органа и државних органа, променљив. Свакако да је императив дуготрајан, дуговечан правни систем, сталан или барем са минималним изменама, али будући да право регулише друштвене односе, чији су актери људи, једнако покретљиви и нестабилни, то се и регулација друштвених односа мора мењати. Није у питању само другачије регулисање неког друштвеног односа, већ, управо због те покретљивости друштва, регулисање новонасталих односа, који могу битно утицати на распоред снага у друштву и држави.

Постављају се многа питања, како поступати у таквим ситуацијама, када треба изменити сегмент неког друштвеног односа. Да ли таква измена треба да захвати и раније окончане послове, оне који су у току, оне који ће се тек у будућности реализовати, да ли све ове категорије или неке од њих. Овде се као главни проблем јавља ретроактивност - повратно дејство закона, које се може посматрати двојако.

¹¹⁵ Радбрух није разматрао могућност постојања неке норме, која више не важи, из разлога наведених на страни 48 овог рада.

¹¹⁶ Ђорђе Тасић: "Зашто право обавезује", *Архив за правне и друштвене науке*, 4/1936, стр 12.

¹¹⁷ Ђорђе Тасић: "Да ли обичај може укинути закон-кроз најновију науку", *Архив за правне и друштвене науке*, 3/1937, стр 215-223.

Ако се посматра као изазов¹¹⁸, упућен законодавцу, онда његове последице могу бити далекосежне ако законодавац под плаштом измена уведе потпуно другачије односе, који ће пореметити друштвену равнотежу. Са друге стране, ретроактивност се посматра и као потреба и нужност, посебно када на власт дође нови режим, који жели да њен обрачун са претходним властима буде што је коренитији могућ. Логика (могућег) преврата каже да, сходно томе, нико није безбедан и сигуран да већ сутра, легално и легитимно већ учињено или започето деловање, не може бити оглашено - нелегалним и нелегитимним.

Узрок забране ретроактивности, или неретроактивности по многим ауторима треба тражити и изван права. Тако ретроактивност закона долази као једна социјална потреба, потреба за друштвеним развојем¹¹⁹. Повратна сила постаје, више од свега осталог, политичко правно питање, оптерећено управо бременом политичких неиспуњених обећања претходника. Но, наш фокус разматрања ће бити задржан на правној страни аргументације.

Даље, тумачење права је истовремено и вид језичког тумачења у ширем смислу, јер чак и када је нека норма" непосредно изражена неким другим средством а не језиком, и тада се прво утврђује језичко значење тих других знакова, тј. они се претварају у речи и тек се онда прилази тумачењу истих"¹²⁰. Потреба за аутентичним тумачењем се истиче као могући механизам за увођење повратне снаге у правни систем, јер се путем објашњења основне законодавчеве намере, а услед протеча одређеног времена између доношења акта који се тумачи, и момента

¹¹⁸ Драгана Ћорић: "Време у праву", Издавачки центар Правног факултета у Новом Саду, 2007, стр.26

¹¹⁹ Јовановић: "Ретроактивност кривичних закона", Архив за правне и друштвене науке, 1920, бр 1, стр5.

¹²⁰ Радомир Д. Лукић, Будимир П. Кошутић, Драган М. Митровић:» Увод у право», Службени лист СРЈ, 2001, стр. 493.

тумачења, може променити првобитно значење појма или односа који се тумаче.

Интерпретативни закони су временом постали "идеолошки неутрални инструмент арбитрарне политичке силе"¹²¹, што је у извесним случајевима недвосмислено исказано утицајем истих на поступке који су у току. Неретко је управо у таквим ситуацијама парламент, прејудуцирао доношење одређених судских пресуда, јер је своје тумачење одређених прописа базирао на јединственом чињеничном склопу.¹²² Тиме се двојачко крши постојећи нормативни склоп у једној земљи, јер парламент ускраћује суду редовно обављање једне од његових основних делатности, а то је тумачење прописа у непосредном процесу примене истих на појединачан случај.

Сходно томе, могу се истаћи разлози опште и специфичне природе а против доношења аутентичних тумачења, посебно од стране парламента као законодавца. Треба имати у виду да се велики број држава данас карактерише као правне државе, са демократским државним уређењем и са принципом поделе власти, као конститутивним принципом за успостављање унутрашње кохезије и равнотеже. У таквој констелацији принципа, нема места ретроактивности, која својим постојањем атакује на

¹²¹ Синиша Родин: «Демократско-плуралистичка критика института тзв. вјеродостојног тумачења», доступно на: www.eu.pravo.hr/fileadmin/europsko/dokumenti/tekst/informator_klasicna_vjerodostojno_tumacenje.doc. Приступ сајту: 27.10.2009. године.

¹²² "Вјеродостојним тумачењем од 26. ожујка 1999. ¹²² прописао да посједници имовине избјеглих грађана Републике Хрватске "... коју су користили темељем акта неког тијела државне власти Републике Хрватске, имају правни положај поштеног посједника, који је трајао све док се одлуком надлежног тијела исти акт није укинуо по захтјеву власника". Имајући у виду да је ријеч о чињеничном питању, цитирано вјеродостојно тумачење може се схватити само као намјера Сабора да вјеродостојним тумачењем пропише обавезу судова да непоштене посједнике има сматрати поштенима, без обзира на стварно стање. Поштени посједници већ су и овако и онако поштени, а непоштени посједници постају поштенима силом вјеродостојног тумачења". Објављено у: „Narodne novine" br.29/99. Синиша Родин, наведено дело.

правни сигурност, а сама аутентична тумачења по својој природи јесу ретроактивна.

Даљи приговори, у зависности од конкретног правног система државе у питању, могли би бити сама уставна пракса у погледу примене овог института(тј.аутентичног тумачења) екстензивна или рестриктивна примена истог, а све постављено у констелацију са уставним забранама повреде стечених индивидуалних права и поступака у току. На овај начин се мења садржај закона чиме се "не осигуравају минималну услови за постојање демократског плурализма јер редуцира законодавни поступак на стварно одлучивање у Одбору за законодавство и формално потврђивање одлуке у пленуму "¹²³. Значење закона тако постаје променљиво сходно евентуалним променама парламентарне већине, а не сходно стварним друштвеним и економским потребама. Иако се аутентично тумачење често користи као средство за прећутно увођење ретроактивности, бројни аутори, сматрају да постоје материјални и формални разлози управо за супротно. Но сматрамо да прво треба дефинисати само повратну снагу закона.

Повратна снага закона означава такво дејство закона и других општих правних аката, да нова регулација неког друштвеног односа важи и *retro agere*, тј.уназад. То значи да се иста норма може примењивати и у погледу односа који су засновани за време трајања другог, ранијег закона, и под другачијим условима него у новом правном акту. Овакво дејство закона поставља своје адресате у парадоксалан положај,

Парадокс је у томе да адресати који су приступили закључењу неког посла према условима у претходном закону, нису ни могли знати садржај касније донете норме; још је вероватније да до закључења посла не би ни

¹²³ Ibid.

дошло да су им одмах били познати нови услови. Екскулпација би онда овде била могућа, с тим да би, ипак, адресати били оглашени - прекршиоцима норме!

Суштина ретроактивности је неприродна, јер закон не може бити обавезујући пре свог настајања, пошто нико и не зна да исти постоји. Овде није могућа фикција у смислу познавања садржине закона, јер закон у погледу кога би фикција могла евентуално да се установи, физички, у правном простору, још не постоји. Подлога неретроактивности јесте гаранција социјалног поретка, правна сигурност, али и чиста правна свест, изграђена на основу познатих правила. Код ретроактивности постоји, фикција временског одласка права уназад.

Ретроактивност се може посматрати прво са аспекта начела законитости, његове суштине и функције. Европско-континентално правно окружење је саму законитост дефинисало као "сагласност свих аката са законом", тј да сви акти основ за свој настанак црпе из закона.¹²⁴ Принцип законитости или легалитета је врхунско, руководно, неприкосновено или једноставно-најважније начело општег законодавства са аспекта заштите људских права и основних слобода¹²⁵. И као такав, „споменик је непрекинутој човековој потрази за друштвеним поретком у коме ће законитост посебно да се уважава и примењује сходно вредностима правде, правичности, слободе, једнакости, реда и мира, правне сигурности, делотворности....“¹²⁶.

Управо законитост, схваћена као извесност, треба да обезбеди предвидљивост у људским односима. Следствено томе, закон који има

¹²⁴ Драган М. Митровић: "Начело законитости-појам, садржина, облици", Правни факултет у Београду, 1996, стр 21- 28.

¹²⁵ Бора Чејовић: „ Основни принципи кривичног законодавства Србије и Црне Горе“, стр. 80., у зборнику: „Казнено законодавство: Прогресивна или регресивна рјешења“, XVII Семинар права, Будва 2005. године

¹²⁶ Драган М. Митровић: "Начело законитости", *Архив за правне и друштвене науке*, 3/2004, стр.55-78

ретроактивно дејство аутоматски производи обавезу усклађивања аката мање правне снаге са собом. Из тога следи да ће се цела једна структура аката, без обзира колико год да су оправдани друштвено-политички, економски разлози или захтеви правичности, претворити у пуко оруђе власти. Онда ни повратно дејство закона неће бити изузетак, јер ће за собом повући измену мноштва аката који произилазе из његове садржине. Ретроактивност онда неће бити обележје само једног прописа него и свих оних прописа који су донети на основу овлашћења које је он предвиђао.

Ретроактивно дејство прописа посебно погађа принцип правне сигурности, јер такви прописи отежавају, а често и онемогућавају, отклањање правних последица које производе. Тако, Уставни суд, као једина инстанца у чијој је надлежности оцена уставности закона и других општих правних аката са Уставом у једној земљи, може утврдити да закон није у сагласности са Уставом, као и да закон који је престао да важи није у време свог важења био у сагласности са Уставом. Одлуке Уставног суда у оба ова случаја имају исто правно дејство, које је прецизно прописано Законом о Уставном суду¹²⁷, како у односу на прописе и друге опште акте донесене за извршење закона који су на основу одлуке Уставног суда престали да важе, тако и у односу на појединачне – коначне или правноснажне акте донесене на основу тих закона.¹²⁸

Ставови англоамеричке јуриспруденције постављају заштиту права и слобода човека као приоритет. Људи, и поред све добре воље друштва и свих номиналних дефиниција и захтева, ипак нису једнаки. Слобода, како појединца тако и државних органа, уз то још и неограничена,

¹²⁷ Последњи Закон о Уставном суду је донет 2007. године, а објављен у Службеном гласнику Републике Србије бр.109/2007.

¹²⁸ Обавјештење о неким појавама од интереса за остваривање уставности и законитости, Бања Лука, 1. новембар 2005. године доступно на : <http://www.ustavnisud.org>

супротставља се једнакости, толико да чак може да искључи и једнакост пред законом. У таквој ситуацији, ретроактивност постаје само још један начин спречавања људи да остваре барем ту номиналну једнакост пред законом, јер нису у позицији да сазнају праве своје обавезе и права, да би реализацији истих адекватно приступили.

На крају, законитост, посматрана као вредност и манифестација ауторитета државе и права јесте захтев који треба да буде јачи од сваког разлога за додавање повратне снаге закону и другим општим актима. Овде можемо поставити још једно веома значајно питање. Да ли ретроактивност чини закон чији је део невалидним, тј неважећим у смислу да није обавезна његова примена (посебно ако ретроактивност као таква није изричито наведена у закону)?

Лон Фулер и касније, судија Антонин Скалиа су разликовали два нивоа ретроактивности, примарну и секундарну, што је битно за даље објашњење горње тврдње¹²⁹. *Примарна ретроактивност* мења правне последице самих активности почињених у прошлости, док *секундарна ретроактивност* значи да нови закон утиче на законитост и самих прошлих радњи у будућности. Према Фулеровом тумачењу, у оба случаја изричито изражавање једног од два наведена вида ретроактивности је нужно, с тим што би у случају примарне ретроактивности стечена права била повређена, јер би се мењао крајњи исход радњи, почињених у прошлости, док у другом случају, до повреде строго узев, не би ни дошло јер се мењају и услови за стицање неких права. Саму ретроактивност је пак називао „монструозним“ делом. Право се, по њему бави установљавањем правила о људском понашању. **“Ако неко мисли да данас влада уз помоћ права које ће важити сутра али за јуче, то значи да он**

¹²⁹ Лон Фулер, „Моралност права“, ЦИД, Подгорица, стр.211.

жели да влада празним речима“¹³⁰. А „владати правом значи владати сагласјем а не насиљем“, будући да право јесте стварност чији је смисао да служи правди.¹³¹

2.8. Глоса о забрани ретроактивности

Разлози забране ретроактивности могу бити вишезначни. Први и чини се најважнији захтев јесте захтев за правном сигурношћу, који потенцира свака држава која претендује да постане или да опстане као демократска. Искључење самовоље, арбитрерног пресуђивања, честих промена прописа, посебно у смислу освете политичким, идеолошким или другим неистомишљеницима, јесу појаве које у потпуности оцртавају аутократске режиме. Сасвим је оправдан онда захтев за гаранцијом поштовања права грађана, како од стране државних органа, тако и од стране других субјеката.

Правна сигурност подразумева извесност, познавање садржаја правних прописа, јер једино су тако адресати на које се односе односе ти прописи, у могућности да делују у складу са наведеним правилима. Та поузданост (садржине) закона се мора схватити и конституисати као принцип; који ће даље стварити друге принципе, између осталих, и заштиту стечених права и забрану ретроактивности. У овом контексту, треба посматрати и правило да *ignorantiam iuris nocet*, тј да непознавање права шкоди. Иако смо мишљења да треба повремено, али не често, жртвовати поуздање у законе потреби за променама закона, питање је до

¹³⁰ Лон Фулер: „Моралност права“, ЦИД, Подгорица, стр 212. Фулер је сматрао да, кад би се свако од нас, приликом доношења одлуке о томе, да ли ће кренути у вршење неког посла или, руководио правилима која већ постоје, тако би се обезбедио од било какве промене која би могла да уследи у будућности. Нико се не може руководити будућим или претпостављеним правилима, јер још не постоје.

¹³¹ Слободан Перовић: „Правнофилозофске расправе“, Службени гласник, Београд, 1996., стр.216.

које границе се у томе може ићи и колико се може разликовати у пракси ретроактиван закон од нелегалних закона..

Честа употреба ретроактивности, ради успостављања неке "социјалне правде"¹³²,или разлога које само правда као вредност претпоставља, гради само сумњу у обећану сигурност. Држава понекад ограничава оно што се обично неограничено гарантује а у име виших циљева као што су:"заштите права и угледа других лица, очувања ауторитета и непристрасности суда, националне безбедности, јавног здравља и морала или јавне безбедности"¹³³. Но треба имати у виду да извесног ограничавања наведених вредности или виших циљева мора бити,јер у супротном,сами себе ће међусобно поништити¹³⁴. Благовремена и потпуна примена права постају онда пандан бројним нарушавањима правне сигурности.

Шта би онда , у овом кратком осврту, представљало суштину забране ретроактивности? Прво, због потребе и обавезе гарантовања сигурности. Сигурности у државу и у систем. Друго, због такве сопствене фиктивне садржине, која каже да се „неко“ или „нешто“ враћа у прошлост.

¹³² Слично се десило у САД доласком новог председника Барака Обаме, који је у својим предизборним говорима обећавао да ће акте претходне администрације подвргнути преиспитивању. Када је до тог преиспитивања дошло, тачније до оцене законитости аката претходне америчке владе, велика бура у јавности и бројне негативне критике су као главни аргумент против овог преиспитивања навеле управо -нарушавање правне сигурности. Наиме, сви предузети акти су били законити у складу са тада важећим прописима, њихово преиспитивање би значило ретроактивно укључивање кажњивости неких дела, која то у време чињења нису била,што опет није у сладу са принципом легалитета, јер *nullum crimen sine lege*. У том смислу, неки амерички аналитичари су говорили о "стеченом праву претходне америчке владе да се њихови акти не приспитују са становишта новог права,већ само старог права, важећег у време чињења, под условом да то старо право и даље важи".

¹³³ Повеља о људским и мањинским правима и грађанским слободама, чл.29, став 3.

¹³⁴ Радомир Лукић:"Систем филозофије права",Савремена администрација, Београд, 1992, стр.341.

2.8.1. Кратак осврт на историју развоја принципа неретроактивности

Још су присталице тзв. *теорије статута*¹³⁵ сматрали да принцип неретроактивности не сме бити постављен као апсолутан, јер се тиме „спречава слободан развој права“.¹³⁶ Тако је прихваћен принцип да ретроактивност никако не сме да утиче на већ свршена акта (*actus perfectus*), док само аутентично тумачење органа који је акт донео, не сматрају новим законом, те не постоји потреба за признавањем његове повратне снаге. Свршени акти су често дефинисани као сама стечена права и сматрани „правним ситуацијама које су биле створене или угашене под режимом посебног закона, због чега њих нови закон не сме да „дотиче““.¹³⁷ Ту су и правна дејства која су била произведена под режимом претходног закона, као и ситуације које су настале за време старог закона, али се својим континуираним дејством простиру и на време важења новог закона. Самим тим, продубљује се и разлика између *actus perfectus*, на које се односи стари закон и *actus praeteritus nondum finitus* (акта или радње у поступку) где се примењује нови закон, пошто се испуњење, тј. завршетак радње очекује у будућности¹³⁸. По мишљењу С.Перовића, „није пуно учињено на плану фактичког разликовања ове две врсте аката, услед недостатка прецизних мерила за то“¹³⁹, што је став који

¹³⁵ Ова теорија је створила поделу на *ius quaesitum firmum* и *ius exustens un spe non autem firmum quaesitum*, што јесте претеча подела на стечена права и правна очекивања. Иако без целисходног решења проблема, отворила је и постојање других, нових, проблема, како сматра С.Перовић

¹³⁶ Тилле, *Ibid*

¹³⁷ Слободан Перовић; „Ретроактивност закона и других општих правних аката“, стр.34-40, 52-58 и даље..

¹³⁸ Наилазимо и на мишљење да и поред бројних спомињања разлика између ове две категорије правних ситуација, исто није довољно јасно утврђено, посебно у делу С.Перовића, те као такво, и поред свог неспорног значаја саме монографије, исто теоријско решење је проблематично. Видети: Милан Петровић: „К питању сукоба закона у времену“, стр.315-316.

¹³⁹ Слободан Перовић: „Ретроактивност закона и других општих правних аката“, стр.34-40.

не можемо у потпуности прихватити, будући да само означавање аката који су окончани и аката и поступака који још трају је довољно јасан.

У време касне Римске империје Теодосије I је у декрету из 393. године установио принцип неретроактивности кривичних закона, што је било проширено и на остале прописе тзв. „Теодосијевом нормом“ из 404. године. Исти принцип је преузела и Јустинијанова кодификација, у нешто измењеном облику¹⁴⁰. Но и Јустинијановим новелама је дошло до извесних садржинских промена у односу на „теодосијеву норму“. Наиме, Новела бр.16. је предвиђала ретроактивно дејство за аутентично тумачење, а Новела бр.22-да је један закон важећи за сва стања која су настала за време његовог важења.¹⁴¹

У епохи раног феудализма се ово питање није постављало. Основни извор права је био обичај, а монарси су се приликом ступања на престо заклињали да ће поштовати-управо обичаје. Слично је било и у источним деспотијама, где је још већи утицај имала управо духовна моћ владара. Са друге стране, канонско право је разликовањем *ius divinum* (које је универзално право, и не подлеже људским променама) и *ius humanum*, на метафизичком плану, питање ретроактивности решило путем општих категорија. *Ius divinum* је „вечно право“ не подлеже променама, простира се и у прошлост и у будућност, те може сходно томе да утиче и на свршене акте ако су исти дубоко противни одређеним канонима. С.Перовић је у својим разматрањима констатовао даље, да извесни извори показују да се „оштрина ретроактивности умањује благонаклоношћу Папе, у жељи да се што мање вређа хришћански јавни

¹⁴⁰ У изворном облику је Теодосијева норма гласила : *omnia constituta non praeteritis calumniam faciunt, sed futuris regulam ponant Codex Theodosianus, I, 1, De constitutiones, 3*, цитат према Слободан Перовић; „Ретроактивност закона и других општих правних аката“, стр.12..

¹⁴¹ Подаци према: Слободан Перовић; „Правнофилозофске расправе“, стр.18-19.

поредак".¹⁴² *Ius divinum* је утицало, по природи своје апсолутности и универзалности важења, на све прошле, садашње и будуће акте без ограничења, док је *ius humanum* интерпретацијом "теодосијеве норме" прихватило могућност ретроактивности.

Школа статута је представљала најранију и најконцизнију разраду питања и односа ретроактивности и заштите стечених права¹⁴³. Као први резултат рада ове Школе, проистекла је подела на свршена или потпуне факте и акте који очекују своје испуњење у зависности са правним фактом, који треба да се десе у будућности. Први акти, будући да су реализовани за време важења једног закона, своје будуће последице регулишу такође по основу старог закона те измене прописа на њих никако не утичу. Акти који нису довршени нужно се морају покоравати свакој даљој промени услова за њихово окончање. Имајући у виду скоро истовремени настанак теорије субјективних права, сматрало се да су оба појма идентични, будући да је и за настанак стеченог и субјективног права потребно да је призната личност у праву и одређена статичност права, тј. апсолутна или релативна забрана законодавцу да дира у та права.

Иако значајна због својих ставова, сама Школа статута није теоретски решила питање разграничавања свршених и несвршених аката, на прецизан и недвосмислен начин. Чак и данас се воде расправе о томе да ли је уговор један акт и недељив, или се састоји из више различитих фаза (као што то прихвата немачко уговорно право). Према мишљењу теоретичара ове школе, свршене радње-*actus perfectus* подлежу дејству

¹⁴² Ибид, стр.24.

¹⁴³ Што је, опет, став С.Перовића, који можемо прихватити, будући да је управо један од представника ове школе, Бартолус, и творац термина „стечена права“. Исти став је имао и Рубије, в. М.Петровић: „К питању сукоба закона у времену“, стр. 318.

старог закона чак и ако све његове последице нису реализоване под тим законом, јер чим је неки акт створен он је свршен¹⁴⁴.

Ново право се не може применити на те свршене факте, који никако не могу да буду одвојени од ранијих факата у смислу да ти акти не би ни постојали да није било тих ранијих аката. Иако будућа факта која чине део тог конекситета и акцесорне су природе у односу на раније, потпадају под дејство старог закона. У том смислу су наведени и следећи практични примери. Наиме, Бартолус је сматрао да, ако је брак закључен до доношења закона који мужу гарантује наслеђивање половине имовине своје жене са којом није имао деце, онда се тај закон примењује и ако смрт жене наступи за време трајања тог закона, али и ако смрт жене наступи и након што тај закон престане да важи. Основ за ово мужевљево право јесте у чињеници постојања брака, која је постојала у време тог закона, а небитно је када ће наступити друга последица која ће га довести до реализације тог права. Имола је са друге стране сматрао да у случају да смрт жене наступи после престанка важења поменутог закона, сва женина имовина припада њеним наследницима, не и мужу¹⁴⁵.

Централизацију државне власти, и посебно законодавних овлашћења у рукама правно неодговорног монарха, у 18. веку одржава као лабав, принцип забране ретроактивности, управо због неограничене воље законодавца. Повратна снага прописа је била присутна и то увек када је декларацијом (нпр. у Француској), као интерпретацијом ранијег прописа, била мењана раније издата ордонанса¹⁴⁶. Забрана повратне снаге је имала декларативан карактер, док сама воља законодавца-тачније монарха, није познавала границе. Чак је и другачија терминологија важила у овом периоду. Називање неког акта декларацијом, је било

¹⁴⁴ У чему се огледа зачетак касније школе продуженог дејства старог закона, доминантне у француској правној теорији.

¹⁴⁵ Извор: Слободан Перовић, Правно филозофске расправе, стр. 229.

¹⁴⁶ Ibid, стр. 262.

довољно да она по сили воље монарха добије повратну снагу¹⁴⁷. Промењен је и критеријум процене факата у конкретном случају, па се узимало у обзир време настанка неког факта, тј. ситуације, без обзира кад је реализовано пред судом.

Противуречан је био и однос буржоазије према питању ретроактивности. Са једне стране, идеолози и вође Француске буржоаске револуције су оштро иступали против ретроактивности прописа. Истовремено је замена старог са новим буржоаским правом спроведена, без поштовања раније стечених права смењене буржоазије. То оштро иступање против ретроактивности било је селективно, и иако оправдано разлозима одмазде према угњетачком апсолутистичком режиму, представљало је кршење принципа правне сигурности¹⁴⁸.

Прву детаљнију регулацију ове проблематике налазимо у пруском *Landrechtu* из 1794. године. Параграф 12 *Landrechta* забрањује доношење ретроактивног закона¹⁴⁹. Једино интерпретативни закони могу добити повратну снагу, чиме се, како се сматрало не врши битна повреда било чега или кога, јер тај пропис се сматра интегралним делом основног текста и њима се само објашњава нејасноћа у већ постојећем закону¹⁵⁰. Раније ништави правни послови могу бити накнадно конвалидирани ако нови закон укида разлог њихове ништавости, сходно примени принципа да се треба поступати у корист заинтересованог лица. Нови закон се може применити на ранија факта али је могуће и поред тога предвидети ретроактивност. *Landrecht* је омогућио и избор повољнијег закона између

¹⁴⁷ Ibid.

¹⁴⁸ С.Перовић, наведено дело, стр.31. Револуција, је, колоквијално речено, прво „појела“ туђу „децу“, онда своју, јер им се њихова ригидност у одузимању стечених права буржоазији, вратила укидањем њихових сопствених слобода и права

¹⁴⁹ Ibid.

¹⁵⁰ Параграф 15, извор- Ibid

старог и новог закона, који је повољнији , посебно у случају имовинских права брачних другова¹⁵¹.

Веома јасно изражено противљење ретроактивности, посебно у кривичном праву, налазимо у *Декларацији о правима човека и грађанина* из 1793. године. Руководећи се овим принципом, исту забрану су садржале и све европске грађанске кодификације, са различитим оправдањима. *Code civil* из 1804. године спомиње ретроактивност само у случају интерпретативних закона; све остало је неприхватљиво, јер, **“човек који егзистира у времену и простору мора веровати у одређени степен сигурности свог правног положаја, па и оног који представља прошлост његовог живота “.** ¹⁵² Иако се не спомиње изричито, овде је заступљена идеја о заштити стечених права, коју је и иначе развила управо француска доктрина.

За разлику од *Code civil-a*, *Аустријски грађански законик* (1811) садржи експлицитно спомињање теорије стечених права, с тим да у грађанском праву има извесних особености у интерпретацији самог начела неретроактивности . Исто решење је прихватио и Српски грађански законик (1844.)¹⁵³, у параграфу бр.7¹⁵⁴ Наведено је и тема радова првих коментатора француског и аустријског ¹⁵⁵ Законика, где се посебно истиче да је ретроактивност могућа једино у погледу *нестечених* права, тј.- права која остају у домену правних очекивања јер и нису испуњени услови за конституисање права, тј. стицање права је започето али не и извршено.

¹⁵¹ Параграф 17, извор- Ibid

¹⁵² *Mailher de Chassat: “Traite de la retroactivite des lois”, Paris, 1845, - preuzet citat iz : Slobodan Perović: “Retroaktivnost zakona.....”, str. 49.*

¹⁵³ Поменуто начело је било прихваћено још у Сретењском уставу из 1835 године.

¹⁵⁴ Зборник грађанских законика старе Југославије, приредио Михајло Ступар, Графички завод Титоград, 1960.

¹⁵⁵ Нпр. Пфаф и Хофман, коментатори Аустријског грађанског законика тврде да су стечена права “ незгодан израз” за неприкосновена права, права која се не смеју повредити , чак ни од стране законодавца. На извештај начи ова права су орочена, чак се могу сматрати да су и условљена сталном применом или разматрањем по старом закону. Жарко Миладиновић: “*Iura quaesita*”, Геца Кон, Београд, 1926, стр.12.

Само је у случају интерпретативних закона , због својеврсног садржинског јединства са законом који накнадно тумаче, могућа ретроактивност.

Каснији коментатори грађанских законика, посебно аустријског грађанског законика су тежили да направе јасну разлику између стечених права и правних очекивања, па је истакнуто правило да нови закони треба да се примене непосредно, у погледу правних експектатива. Наравно, остала је као «резерва», поштовање стечених права, чија повреда би била квалификована као ретроактивност, и захтевала правичну накнаду.

Савремени услови посматрања ове проблематике су битно другачији. Евидентно је да постоји извесна празнина у расветљавању утицаја ретроактивности у кривичном праву. Треба узети у обзир и члан 8. Декларације о правима човека и грађанина из 1789. којим је прописано да "...нико не може бити кажњен, осим на основу закона донетог и проглашеног пре деликта и законито примењеног". Затим, члан 11. став 2. Универзалне декларације о људским правима из 1948.¹⁵⁶ године предвиђа да: "...Нико се не сме осудити за дела или пропуштања која нису представљала кривично дело по унутрашњем или међународном праву у време када су извршена. Исто тако не сме се изрицати тежа казна од оне која се могла применити у време када је кривично дјело извршено".

Слично наведеном предвиђа и члан 49. Повеље о основним правима у Европској унији (2000.)¹⁵⁷ , који гласи:

¹⁵⁶ Усвојена од стране Генералне скупштине УН од 10. децембра 1948, у палати Шајо у Паризу, чиме је представљено опште виђење организације о питањима људских права. Елеонор Рузвелт ју је назвала Магна Цартом за цело човечанство, усвојена са 48 гласова „за“, 0 „против“ и 8 „уздржаних“. Подаци преузети са сајта <http://sr.wikipedia.org>, приступ сајту 20. окт. 2010. године

¹⁵⁷ Усвојена у Европском парламенту 7. децембра 2000 године у Ници, www.europarl.europa.eu/charter/default_en.htm.

“1.Нико се не сме сматрати кривим за кривично дело због чињења или нечињења које,у време када је учињено, по националном или међународном праву није представљало кривично дело. Не сме се применити тежа казна од оне која је била предвиђена у време када је кривично дело учињено. Уколико, након извршења кривичног дела, закон за њега предвиди мању казну, примениће се та казна

2. Овај члан неће искључити суђења и казну за свако лице због чињења ли нечињења које је, у време када је учињено, представљало кривично дело по општим принципима које признаје заједница народа”. **Из наведеног је видљива повезаност принципа неретроактивности са принципом легалитета, и то посебно у области кривичног права.**Но, како је већ раније споменуто, кривичноправна димензија сукоба закона није довољно обрађена, ни у старијој иностраној и домаћој литератури.Претходни примери су управо и показали значајну везу са кривичним правом, те велику потребу да баш у овој области нема ретроактивности, или да је она „контролисана“ и оправдана.

Тек правна теорија после Другог светског рата, почиње због бројних случајева у пракси, да се бави и питањем повратног дејства кривичних закона Југославије.примена блажег права у кривичној материји, приметитиће савремени домаћи аутори¹⁵⁸, чак више штети самом праву него што му користи, а антиномије и други проблеми, који проистичу управо из овако примењиване повратне снаге, постају нужна последица недостатка-правог решења.Бројни случајеви из праксе су често демантовали теоријска решења, у смилсу да су их чинила-недовољна правичним или генерално неизводљивим.

¹⁵⁸ М.Петровић, наведено дело.

2.9. Принцип стечених права-постанка теорије, развој и перспектива идеје

Теорија стечених права је била доминантна током XIX века, посебно у немачкој и у француској правној теорији. **Мада је сам термин “стечених права” био нејасно постављен, његова суштина се може свести на права која су појединци стекли за време важења старог закона, а нови закон битно мења услове за њихово стицање или их и укида.** Стечена права су тако схватана и као «интереси појединаца који су заштићени законом»¹⁵⁹, или као «права која су резултат субјективне индивидуалне воље». ¹⁶⁰

Међутим, држава је од свог постанка на прво место постављала управо општедруштвене интересе, које је путем монопола силе којим располаже штитила *de facto* тренутно владајућу класу и у неким моментима одређени начин производње. Сувереност, тј. правна неограниченост и независност од утицаја других држава у погледу вршења власти на својој територији је битно обележје сваке државе.

У XIX веку у правној теорији се јавило мишљење да држава треба да своја дискрециона овлашћења примени управо у случају заштите стечених права појединаца, те да у погледу истих не предузима ништа што би сопственике права оштетило. Захтевано је поштовање и уздржавање од било каквих чињења државе која могу повредити интегритет стечених права. Француска револуција је одбацила са својим

¹⁵⁹ Живојин Перић: “Принцип стечених права и социјализација добара», Архив за правне и друштвене науке, стр. 122 –140. Слично одређење налазимо и код руских теоретичара Градовског, Пахмана и других, који су га сматрали „логички заснованим правилом, које делује без изузетака“, што је очигледан утицај западноевропске теоријске провенијенције, видети: Капустина М.А. „Действие законов во времени – Историографический обзор „, *Правоведение*, Москва, № 1 од 01.02. 1996.

¹⁶⁰ *Ferdinand Lassale: “Gesammelte Reden und Schriften“*, druck von Oscar Brandstetter, Leipzig, 1920. стр.127.

тековинама теорију *directa universalia*, тј да сва права припадају само и једино суверену, и да их по свом нахођењу једино он може одузимати или враћати њиховим сопственицима. Након Револуције, утврђено је да су сва права која су једном стечена, постајала неотуђива, природна права сваког лица, која им се не могу одузети чак ни у социјалном интересу.¹⁶¹ Она су таква по суштини, све док не наступи неки узрок за чије се потенцијално „разорно“ дејство знало још при стицању права.

Сама теорија и концепт стечених права су нераскидиво повезани са принципом (не)ретроактивности, чија садржина и последице су предмет изучавања правника и других стручњака још у првобитним правним изворима. Ретроактивност, која подразумева могућност важења једног прописа не само *pro futuro*, већ и уназад- *retro agere*, је тако схватана као “ највећи атентат који закон може да учини” и права субјеката била би подложни сталним, својеволјним променама које држава у оквиру вршења дискреционе власти, чини.

Бројне концепције, које су настале услед дуготрајних промишљања о овом проблему се могу груписати према различитим критеријумима. Ми их овде групишемо на другачији начин него што је то учињено до сад. Теорија стечених права је добила свој облик у германској правној мисли, у романској, нашој домаћој, затим у праву Европске Уније, у англосаксонском и руском праву. У питању су концепције које су се, иако међусобно различите, често чак и дијаметрално супротне, преплитале и утицале једна на другу. Чак и кад је једна теорија настајала искључиво на критикама других теорија, чак и када није доприносила решавању односа

¹⁶¹ Наведено је критиковао Милан Бартош, у свом приступном предавању одржаном 1930 године. Наиме, сматрао је да је стриктно поштовање стечених права социјално немогуће и значило би својеврсно психолошко онемогућавање реформи. Више о томе: Милан Бартош: “Проблеми стечених права у међународном приватном праву”, *Архив за правне и друштвене науке*, 1/1930. стр.17-28.

између стечених права ретроактивности, опет је свака теорија својим индивидуалним виђењем доприносила њеном решењу.

Видно је преплитање мишљења француских и посебно аустријских аутора приликом стварања ставова о односу ретроактивности и заштите стечених права. Генеза ове мисли је свакако у француској правној теорији, а затим у немачкој, али је завидан развој доживела и у нашој домаћој правној мисли. Иако је углавном третирана као узгредна материја, француска, немачка и српска правна наука се издвајају и са веома ретким специјализованим студијама и монографијама које су се бавиле искључиво темпоралном димензијом права. У Француској је то учинио Рубије, у Аустрији Фердинанд Ласал, а у српској теорији: Глигорије Гершић, Жарко Миладиновић и Слободан Перовић. Гершићева монографија је била прво систематизовано дело о овој проблематици, док је Миладиновићево добило мало пажње због недостатка оригиналне идеје и пуког препричавања ставова аустријских коментатора АГЗ Пфафа и Хофмана, и без имало критичког осврта. На крају, С.Перовић је, како сматрају савремени аутори (М.Петровић), „ваљано размотрио суштинско питање права и времена“¹⁶², са „бројним исправним ставовима“, што не значи да се иста и поред свег свог значаја може узети као непогрешива.

Право ЕУ, као и права у оквиру англосаксонске оријентације немају таквих децидних извора, док руско право бележи вредан извор у тим смислу, Шершеневичеву монографију која се бави и просторним важењем права. Од савременика, се уопштено питањем временске димензије права, али више са филозофског аспекта, бави и Гинтер Винклер. Свима њима и њиховим радовима ће бити посвећена дужна пажња, у контексту пропитивања теме овог рада, и то путем хрестоматско-критичког приступа.

¹⁶² М.Петровић, наведено дело, стр.308.

2.9.1. Германска концепција теорије стечених права

2.9.1.1. Карл Фридрих фон Савињи

Решење сукоба закона у времену покушао је наћи и Карл Фридрих фон Савињи у делу *System des heutigen Römischen Recht* ¹⁶³ (1856). Његово схватање је представљало основу за даљи развој теорије стечених права, иако је сам термин стечених права имао узгредну улогу и значај у целој концепцији.

Савињи је разликовао две врсте закона. Прва група закона садржи правила о стицању или губитку неког права (*Erwerb der Rechte*), и они не могу имати ретроактивно дејство јер би тиме била повређена стечена права појединаца. У сврху оправдања ове тврдње, успоставио је идентитет између чувања и поштеде стечених права са принципом неретроактивности.

Друга група закона, дефинисани као правна очекивања, могу поднети ретроактивност без бојазни да ће бити повређено било које право (*Dasein der Rechte—Sein/ Nichtsein, So-und Anders-sein*). У питању су закони јавног поретка; који регулишу политичке, моралне и економске и друге циљеве, битне за опстанак једне државе. Акти које обухвата овако конципирано *ius publicum*, делују непосредно, одмах по ступању на снагу и добијају повратну снагу. Ретроактивност је овде оправдана јер на овај начин настављају егзистенцију сви правни односи, чак и да их је нови закон укинуо. Очување затеченог правног стања је на овај начин представљено као истовремени захтев и индивидуалних и општих интереса.

Проблем у примени Савињијеве теорије је настао због недовољно јасне дистинкције између наведене две категорије закона, без

¹⁶³ Bei deit und Comp, Berlin, 1848.

давања правне идеје или унутрашње мисли на којој се заснива наведена подела . Јер неки закони се, у одређеним случајевима могу сврстати у законе о стицању права, а неки пут у законе о суштини и начину опстанка права.Према Савињију,поуздано средство за разликовање ове две групе закона може бити пропитивање строго позитивног, принудног карактера закона,тј установљавање да ови закони имају корен ван чисто приватно правне области.У те законе убрајао је оне "законе који стоје у вези с нормалним, политичким, народним привредним узроцима или смеровима или се оснивају на самој позитивној природи неког правног организма"¹⁶⁴што указује на велику важност самих закона.

Сви случајеви којима је Савињи оправдавао своје мишљење су опширни и непрецизни, што је замерио и Фердинанд Ласал (који је своју теорију саградио на поставкама Савињијеве теорије),али и други теоретичари који су се овом проблематиком бавили у другој половини 19 века и у првој половини 20 века. Даље, Савињи није пружио одговор , како сматра Перовић,"на којој се вишој правној идеји заснива начело о повратној и неповратној снази закона, тј да је основана на апстрактним категоријама ума без практичке употребљивости и тачног обележја". Потпуно нетипична подела не само за теорију права него и за сваку другу област права је умањила могући значај саме поделе, иако је неспорна важност исте..

Даље, Савињи је остао само на тези очувања одређених субјективних права,без покушаја дефинисања појма стечених права.Чак је признао како је то управо немогуће,јер сваки покушај решавања овог проблема води само даље у припремама за дефинисање појма стечених права а никако не води ка његовом дефинисању.Глигорије Гершић ће неких 20-ак година касније писати, са извесном дозом ироније,да не мора

¹⁶⁴ Слободан Перовић, наведено дело, стр.112, фуснота 128.

да значи да, "ако таква научна и интелектуална сила као Савињи није нашао решење, да решења уопште нема"¹⁶⁵.

Значај и вредност Савињијеве теорије је у томе, слажу се бројни теоретичари, што је први, избегавајући казуистички прилаз, дао смислено решење на пољу сукоба закона у времену. Сматрао је да сви закони који се односе на уговоре тј не само они који се тичу закључења него и они који се тичу дејства и раскида уговора, се односе на стицање или губитак права, пошто уговор конституише једно стечено право¹⁶⁶. Тиме је смао потврђено, сматрамо, значај уговора и грађанскоправне области у развоју ове порблематике, посебно кад имамо у виду да је велики број општих правних принципа потекао из цивилног права.

Савињи је установио и начело по коме сви закони о бићу и опстанку права имају повратну снагу. То значи да сва правила из јавног права имају повратну снагу. Глигорије Гершић је подржао ову поставку, тврдећи да Савињи говори о "апсолутним законима", које су као такве сматрале и Римљани¹⁶⁷ делом јавног права, а Мурлон их је звао "*droit public sui generis*", јер иако су у саставу приватног права, носе у себи епитет јавног права¹⁶⁸.

2.9.2. Фердинанд Ласал

2.9. 2.1.Историјско окружење

Ако оставимо по страни социјалистички карактер писања Фердинанда Ласала и друштвено-политички миље у ком се кретао и за

¹⁶⁵ Глигорије Гершић: "Дипломатско и конзуларно право; Теорија о повратној сили закона", Едиција класици југословенског права, Службени лист СРЈ, Београд, 1995, стр. 361

¹⁶⁶ Слободан Перовић, Правно филозофске расправе,...стр.282.

¹⁶⁷ Ibid.

¹⁶⁸ Ibid.

који је стварао, "Систем стечених права" је његово главно теоријско, стручно и може се рећи програмско дело.¹⁶⁹ Иако је примарно писан за правнике, "Систем стечених права" је и данас актуелан и заокупља пажњу не само правника. Тежио је успостављању једног принципа, применљивог у свим ситуацијама. Истраживање је усмерио и на једну дотад непознату страну, а то је **"колико закони могу да буду ретроактивни без да повређују идеју права самог"**¹⁷⁰. Неки аутори спомињу извесну слабост Ласаловог метода истраживања, која је заиста мање приметна, у односу на све добре резултате које је на овај начин исходао. Сама фундаментална идеја теорије стечених права и њихове заштите је и даље у потпуности прихватљива. Али је посебно проблематичан његов пример истраживања римског и немачког права наслеђивања, управо због деривирања овог права из *Volkgeist*, потпуно другачијег основа.

Током целог свог рада Ласал се постојано придржавао своје логике која му "неретко чини штету"¹⁷¹, будући да се истражујући стечена права, креће по линијама правних и филозофских концепата. Иако је замишљено да *Систем*.... буде критицизам Хегелеове филозофије јуриспруденције, кретао се све време управо у оним оквирима које је хтео да критикује.

¹⁶⁹ *Eduard Bernstein*:| "*Ferdinand Lassalle as a social reformer- CHAPTER IV The System Of Acquired Rights, and other minor works.(1860-1861) as the introduction to Ferdinand Lassalles Gesammelte Reden und Schriften*", vol.1, Swan Sonnenschen, Berlin, London, 1893. Чланак је први пут штампан као предговор првом делу Ласалове књиге 1893. године. Немачко издање ове књиге је објављено 1904. године под насловом *Ferdinand Lassalle und seine Bedeutung für die Arbeiterklasse*. Доступно на www.marxist.org/reference/archive/bernstein.works/1893/lassalle/index.htm

¹⁷⁰ Тј, не говоримо о праву самом, него о стварању појма стеченог права, његовом потпуном усталичавању и да му ниједна ретроактивност не би могла сметати.

¹⁷¹ *Eduard Bernstein*, наведено дело.

Његова теорија о стеченим правима у контексту сукоба закона у времену, са позиција индивидуалистичке филозофије је тако постала опште место за критике или похвале у свим расправама које су уследиле наредних деценија. Са Ласаловим концептом сте се могли слагати или не, у већем или мањем обиму, са мање или више аргументованим ставовима. Његов став, **да теорија о повратној снази закона и теорија стечених права се нужно истовремено развијају, утичући једна на другу, је постао основни принцип даљих теоријских разматрања.** Наиме, сталне интеракције између ове две супротстављене теорије учиниле су саму теорију стечених права прихватљивијом и са позиција либералне буржоазије, којој је и сам припадао али и другим друштвеним слојевима. Прво због тога што идеју права—у овом смислу стечених права, није могуће раздвојити од личности (чиме је прихватио важећу француску доктрину), њене слободе да захтева и стиче права, и аутономије воље. Даље, задатак права је да заштити неповредивост људске личности и постулата на којима се она базира. Тако се људска слобода и свесност о последицама које ће настати давањем изјаве воље, сматрају јединим ограничењима теорије у питању.

Зато је ретроактивност у суштини недопустива, јер се тако вређа слобода људске личности, атак је на слободу и одговорност ¹⁷² људи. У присуству ретроактивности, појединац не може да се понаша у складу са законом, јер је каснијим законом предвиђена последица његовог акта који је био легитиман у време кад је био предузиман. Као активни чланови друштва, људи јесу и морају бити слободни у погледу избора које ће учинити. Када прекршилац, у односу на сопствену кривицу, искаже одговарајући став он то чини знајући који закон ће се применити у погледу његове радње, па има слободу да изабере коју последицу жели да трпи.

¹⁷² Заправо Ласал спомиње *Zurechnungsfähigkeit*, што *stricto sensu* означава урачунљивост (у кривичноправном смислу), што се може на неки начин прихватити, јер настаје деликт услед непоштовања услова које поставља нови закон.

¹⁷³. Ретроактивно дејство закона тако стално појединцима приређује изненађења, али изазива и сталну бојазан, да ли ће извесно чињење или нечињење постати накнадно основ за њихово кажњавање. Закон који овако повреди права личности је антилибералан и не сме бити у примени. **Ex post** се нарушава природна способност сваког лица да слободно одлучује те ни позитивно право више не пружа никакву сигурност и заштиту интереса индивидуа.

2.9.2.2. Садржина теорије

Према Ласалу, извор права је "општа заједничка свест народа"¹⁷⁴. За појединца је немогуће да напусти своју везу са овом једином супстанцом права. Таква промена појединца и његово одрицање од супстанце права, од њене суштине исказану кроз општи заједнички дух, је противправно и противприродно, и уништило би и сам појам права.

Из те и такве свести и проистиче основ за стицање права. Стећи неко право, па га онда хтети одржавати и онда кад се општа воља народа промени, и огласи их недопуштенима, значило би позивати се на ту "општу свест", као на правни основ за стицање тог права. Но истовремено би то значило, и одрицање важности тог општег духа и воље кад је у питању промена става тог општег духа у погледу престанка или неважности права која су већ стечена или чији је процес стицања већ започет (а да су та права накнадно укинута или њихов садржај промењен). У свему овоме се огледа и **прећутна клаузула, да неко право важи и може се у њему уживати док се сматра допуштеним**. Након што буде оглашено недопуштеним, више није толико ни битно његово претходно стицање, кад се право више не може уживати.

¹⁷³ *Ferdinand Lassalle*, наведено дело, str.120.

¹⁷⁴ Што су тврдили и Савињи и Хегел. Овом идејом су били надахнути бројни правници практичари тога доба.

Ласал је установио следеће принципе¹⁷⁵:

а) закон који утиче на индивидуу и права која је она стекла вршењем неке индивидуалне радње своје воље не сме бити ретроактиван. При том, вољу дефинише као "индивидуално самоодређење сваког правног субјекта, вољу да одлучује слободно и тако производи одговарајуће правне последице"¹⁷⁶. Воља увек постоји, без обзира на то да ли је њен основ правно дозвољен и могућ или је противправна. Тако, воља је изјављена иако има допусну основу, с тим да из тога следи право на утужење, реституцију или приговор друге врсте, чак и ако лице својом изјавом приступи некој другој већ изјављеној вољи. Са тим у вези је наведен и Хегелов став, да "разлика између мишљења и изјављене воље личи на разлику између теорије и праксе, али овде не постоје две могућности, већ у основи стоји једино вољна, слободна, индивидуална радња, који каснији закон може својом садржином да поништи или учини изопаченом"¹⁷⁷.

б) закони који се примењују на лица непосредно, тј. који погађа индивидуу само посредством њене вољне акције, могу бити ретроактивни. То значи да нови закон може добити ретроактивно дејство и ако се садржински односи на стечена права, само ако је одржавање тих права или евентуално испуњење уговора условљено вршењем неке радње од стране титулара таквог права, а он је потпуно слободан да одлучи да ли ће тај услов испунити или не.

Дакле, опстанак конкретног стеченог права зависи од вршења одређених формалних радњи. Због тога у новом закону мора бити остављен један примерени рок да се титулари права изјасне желе ли да изврше новопостављене захтеве и услове или не. Тако се ретроактивност у овом смислу треба прихватити као изузетак од правила, која

¹⁷⁵ *Ferdinand Lassalle, System der Erworbene Rechte*, 1925. str.213

¹⁷⁶ *Ferdinand Lassalle*, наведено дело.

¹⁷⁷ *Ibidem*, стр. 120.

ограничавајуће делује на стечена права са ваљаним правним основом или без истог.

Тако, раније учињене радње, које су према старом закону, услед формалних недостатака оглашене ништавима, могу бити конвалидиране новим законом¹⁷⁸. Будући да се у неким случајевима форма предузимања неке радње третира као доказно средство, прихватање максиме *tempus regit actum*, се поставља као основ за доказивање форме правних послова. Тада се доказна снага, коју закон даје форми испољавања неке индивидуалне радње, и последица која проистиче из тога, имају сматрати за стечена права, те подлежу захтевима за непроменљивошћу и неповредивошћу.

Ови принципи су постављени као суштина како теорије стечених права, тако и самог принципа неретроактивности. Законима се успоставља "једна посебна духовна садржина", која је разумљива целини друштва, а не само сегменту друштва који је ту садржину открио, као резултат здраворазумског промишљања. Закон представља, према Ласалу, "израз правног знања целог народа". У овом контексту, и сама ретроактивност закона се појављује, као природноправни, општеважећи и здраворазумски заснован феномен и као последица опречности карактера сазнања и мишљења, али и као производ историјског духа и његових мисаоних процеса. Закон са повратном снагом се стога не може сматрати законом, већ "апсолутним неправом" (*absolute Unrecht*), и поништајем свега правног и праведног. Наравно, прво ће бити поништена слободно изјављена воља индивидуа (овде схваћена као посебна природноправна способност људи), којом су засновали неки правни однос или стекли неко право.

¹⁷⁸ *Ferdinand Lassalle*, наведено доле, стр 128.

Ласал је сам појам стечених права схватао као "политички појам"¹⁷⁹, који је због свог значаја продро у све сфере друштвеног живота. Стечено право је, дакле, само оно право које је производ воље појединца, испуњавајући све законске претпоставке које је предвиђао тај стари закон. Такво право, изједначено са индивидуалном и вољном радњом појединца, морају поштовати и нови закони, чак и да укидају могућност за даље стицање таквог права.

Даље је Ласал сматрао да права, која не проистичу из радњи трећих лица, могу бити „само права стечена индивидуалном слободном вољом»¹⁸⁰. Овако стечена права се, путем касније донетих закона не смеју мењати. Ништавост тако изјављене воље је могућа, (посебно када та изјава води ка закључењу уговора), као и у сваком другом случају манљиве воље (заблуда у погледу личности, *error in corpore, error in substantia*).

Сличне природе су и права која барем привидно проистичу из радњи трећих лица¹⁸¹, где је закон постављен као посредник са својим дејством, јавља као пос-редник приликом изјављивања воље. У случају да се изјава даје под принудом (*vi, clam, precario*), она се јавља као узрок те и такве воље. Ако је лице било присиљено на чињење, последица његове воље се сматра слободним располагањем својом вољом, све док не истакне и докаже манљивост своје воље у наведеном смислу. Појединац може да користи сва правна средства против таквих манљивих радњи, у виду жалбе, приговора или реституције, којим ће се исправити аномалија у правном промету.

¹⁷⁹ *Ferdinand Lassalle*, наведено дело, стр 171.

¹⁸⁰ *Ferdinand Lassalle*, наведено дело, стр 187. Исто је сматрао и С. перовић и Едвард Бернсатајн, што је мишљење које можемо прихватити, имајући у виду историјске околности и друштвени милге у ком се кретао Ласал у време стварања овог дела.

¹⁸¹ *Ferdinand Lassalle*, наведено дело, стр 192.

На крају, права која проистичу из нечињења или пропуштања, могу посредним путем стећи карактер стеченог права. Слично је могуће и ако је дошло до одрицања од неког права.

Чини се неправедним ограничити извор стечених права на индивидуалну вољу лица, како је сам Ласал сматрао, јер многа права називамо стеченима иако приликом њиховог стицања воља стицаоца није узимана у обзир (што је случај код наслеђа, легата, права на накнаду штете код деликата и др.). Као посебно проблематичан показао се став Фердинанда Ласала поводом интестатског наслеђивања¹⁸², јер одређена лица постају наследници без изричито наглашене воље оставиоца, чак претендују на наслеђе и без своје воље већ по принципу сродства. Основ за стицање наследних права овде настаје самим фактом рођења лица (као потенцијалног наследника), те се фингира да постоји и презумирана воља наследника да наследе део будуће заоставштине¹⁸³. Та будућа заоставштина се сматра заједничком породичном својином, и као таква се стиче и увећава, егзистирајући као продукт воље свих чланова породице. Но потпуно је игнорисано да је таква претпоставка оборива, и да ће у једном малом броју случајева такав наследник или одбити наслеђе, или неће директно наследити неку имовину, него ће нпр. до његовог пунолетства том имовином управљати родитељи или старатељи.

Овакав развој идеје о стеченим правима је био критикован од стране Јеринга и других тада истакнутих правника, посебно у области

¹⁸² Драгана Ћорић: Теорија стечених права Фердинанда Ласала, *Free Law Journal*, vol. 2. Nr 3, 18 July 2006.

¹⁸³ Изједначеност *nasciturus*-а са рођеним дететом у смислу подбоности за наслеђивање, овде нема конкретан значај, јер Ласал не прихвата да и *nasciturus* може да има слободну вољу. Немогуће је свакако да и тек рођено дете има такву вољу о којој он говори, дакле вољу да учествује у наслеђивању. Та воља је ипак фиктивно успостављена..

наследног права¹⁸⁴ и начине стицања држављанства, због захтева да се што доследније примене решења из римског права. Наводи се као илустративан следећи пример. Ако би нови закон изменио или отежао услове прирођења, као начина стицања држављанства, његово дејство се простира само *pro futuro*, дакле- лица која су стекла држављанство по раније предвиђеним условима задржали би то држављанство, јер се оно у овом контексту сматра стеченим правом. Исто важи и у случају измене услова за стицање пунолетства, стицање или губитак својинских или државинских овлашћења, облигација насталих *ex delicto*, и др.

Ласал први и једини од свих теоретичара који су се бавили односом права и времена у овом смислу спомиње и *Optionsrecht*- факултативно постављено право избора индивидуе, да предузимањем једне од више понуђених радњи, стекне неко право. Избор једне од више понуђених опција чини да лице одмах постаје титулар неког стеченог права. Такође, Ласал је подвргнуо сумњи и Савињијеву тврдњу да је могућ опозив поклона због незахвалности поклонопримца или касније рођеног детета, које би тим поклоном могло бити оштећено у свом имовинском статусу. Примљени поклон је овде сматрао стеченим правом¹⁸⁵ које се не може по новом закону одузети. Нови закон може оставити простор за опозив изјављене воље или барем њено суспендовање све време живота имаоца неког права¹⁸⁶.

По мишљењу Ласала, постоје и интерпретативни закони који по својој садржини захтевају ретроактивност, чак и кад се тако противе правоснажно утврђеним решењима¹⁸⁷. Интерпретативни закони могу поништити и правоснажну пресуду, јер установљавањем другачијег

¹⁸⁴ Римско наследно право је настало на потпуно другачијем основу, из деловања другачијег народног духа и развојно је одвојено од других правних система данашњице.

¹⁸⁵ *Ferdinand Lassalle*, наведено дело, стр 201.

¹⁸⁶ Ибид.

¹⁸⁷ *Ferdinand Lassalle*, наведено дело, стр 223..

правила (путем тумачења већ постојеће норме),истичу да је пресуда донета на основу погрешно протумаченог прописа¹⁸⁸.

Ласаловде сматра да у поступку доношења интерпретативних закона никакве грешке није ни било, само је законодавни орган приликом давања аутентичног тумачења у попуности изменио суштину и правни основ за доношење те пресуде. Поступајући суд је водио поступак сходно раније важећем тумачењу, које долази у колизију са накнадним,а које је успостављено као једино важеће како за све будуће пресуде, тако и за оне већ донете. Тако се губи правни основ за опстанак наведене пресуде. Са друге стране, нарушава се и спољна независност судова, јер објављивањем једног таквог правног акта, и њихове процесне радње постају неважеће¹⁸⁹.

Нови закон је Ласал посматрао као "надградњу духовног садржаја претходног закона"¹⁹⁰,који своју обавезност стиче на основу «прокламације законодавног органа». Ретроактивност се овде јавља у склопу те последице, ради успостављања идентитета са раније изјављеном вољом законодавца. То значи и да саму ретроактивност не посматра као негативну последицу, него "нужно зло", потребно због превенције свих будућих погрешки приликом тумачења и примене смаог закона. Потенцијална манљивост, која је постојала у таквом закону услед његове нејасноће или неодређености, нестаје доношењем интерпретативног закона.

¹⁸⁸ Чак говори и о санкцијама за судије који су применили погрешно право не зато што им није оно било познато, већ зато што су га погрешно протумачили.Ибид.

¹⁸⁹ Драгана Ћорић:"Теорија стечених права Фердинанда Ласала", стр.23.

¹⁹⁰ *Ferdinand Lassale*,наведено дело, стр 217.

2.9.3. Мишљења других германских аутора

Под германским ауторима свакако сврставамо једнако и аустријске и немачке ауторе, при чему је аустријска правна наука имала претежнији утицај у првој половини 19. века. Са јачањем историјско правне школе, као пандана природноправној теорији и покрету управљеном ка стварању немачког правног идентитета, немачки правни теоретичари се појављују као релеватни у другој половини 19. века. Сматрамо вредним да се спомену ставови и мишљења неких од њих, будући да се у савременој правној литератури ретко или нимало не спомињу, а њихове концепције су применљиве и прихватљиве и у савременим условима. Треба напоменути да су се неки од њих бавили овом материјом само у неком специфичном смислу, тј. да су се задржавали само у области кривичног материјалног или процесног права, или у области грађанског права. Но њихови ставови су значајни и ради сагледавања развоја мисли у области односа између стечених права и повратног дејства закона и других општих аката.

Тако је немачки писац **Регенсбергер**¹⁹¹ сматрао „да је недопуштено ретроактивности често била посматрана као принцип који је свеобухватан и због своје природе не дозвољава никакве изузетке, али је схватан у два смисла. Посматран је, прво, као као правни аксиом који ни позитивно право није могло да отклони од себе, тј његову примену је морало да прихвати због поштовања вишег јавног интереса, а у другом случају је посматран као захтев који потиче не од јавног интереса него од законодавца. Регенсбург је сматрао да ниједна формулација није

¹⁹¹ Холцендорфова енциклопедија, *Rückwirkung der Gesetze*, цитат према :Михаило П. Јовановић:“Ретроактивност кривичних закона“, *Архив за правне и друштвене науке*, бр 1/1920, стр.2

довољно добра, јер у оба случаја постоји контрадикција између положаја законодавца и позитивног права. Неретроактивност је свакако, како је даље тврдио Регенсбергер, оправдана, али не као принцип већ као правило¹⁹²

Унгер¹⁹³ је даље сматрао да прописи који се односе на стање лица, тачније прописи којима се нормира правна и пословна способност не дају тим лицима стечено право у општем смислу. О овој способности лица се увек треба судити по законима који у моменту стицања тог статуса важе. Статусна права, како Унгер каже, "стоје и падају са законом који их је установио", и увек треба посебно рећи у новом закону ако се нови услови не желе или желе примењивати на сва лица. Ако се новим законом неки морални принцип уздигне у виши, правни принцип, онда ће такав закон обавезно бити ретроактиван.

Пејер¹⁹⁴ се посебно изјашњавао поводом примене блажег кривичног закона, који увек мора по њему повратно да делује, и има се применити и у погледу кривичних дела која су учињена пре ступања на снагу закона који у себи садржи строжије казне за починиоце. Држава, према њему, издавањем блажег закона исказује своје лично уверење о неправедности ранијег закона, који је предвиђао строжије казне. Но последица овог би била да би сваки закон морао да има повратну снагу. Објавом новог закона држава испуњава дужност да врши правду (тачније одмазду за почењно кривично дело или прекршај), па ако је нови закон строжији, онда у ствари држава исказује свој став да је ранији закон био благ, и да предвиђене казне нису успеле да превентивно делују на будуће починиоце те врсте кривичних дела.

¹⁹² Ibid

¹⁹³ *Sistem I*, стр 122 и 127, цитат према: Михаило П. Јовановић: "Ретроактивност кривичних закона", стр.4

¹⁹⁴ Холцендорфова енциклопедија, 3. издање, стр 734, цитат према: Михаило П. Јовановић: "Ретроактивност кривичних закона", стр 8.

Са друге стране, починилац кривичног дела није стекао никакво „стечено право“ по ранијем закону на блажу казну¹⁹⁵, дакле, није тиме закључио никакав уговор са законодавцем да ће ако се ипак одлучи да почини неко кривично дело, то учинити под условом да не буде кажњен строжије него што је у том закону предвиђено, као и да може захтевати да буде блаже кажњен ако закон са блажом казном буде касније донет. Такође, Пејер је био мишљења да строжији закон никако не сме бити ретроактиван. У супротном, „пригодни закони о повишењу казни“ би се могли користити за суђења политичким противницима, кад год то новој влади одговара.¹⁹⁶

На крају треба споменути и аустријског теоретичара **Левела**¹⁹⁷. Левел је сматрао да се право рађа из сукоба супротстављених сила унутар друштва(али то никако није класна борба), и то првенствено сукоба индивидуа међусобно и сукоба индивидуа са проблемом колектива.Из овога следи да се право поима дијалектички, јер тежи усаглашавању супротности и постизању компромиса.

Зависност закона од времена не мора нужно да води ка умањењу његове обавезности. Пошто садржај сваког закона на известан начин зависи од друштвеног поретка,који је изражен у одговорајућим принципима друштвеног живота, то нужно следи да закон ако претендује на своју ефикасност,треба да следи промењене околности. Овде се говори о односу компетентности закона да правилно преточи друштвену стварност у норме које неће бити за једнократну употребу. Левел је сматрао да овом проблематиком треба да се бави посебна наука о временској колизији закона, установљавањем система локализације у времену оних правних односа који егистирају у времену ступања на снагу новог закона, који се тада на њих почиње примењивати.. Левел , на

¹⁹⁵ Ибид.

¹⁹⁶ Према: Михаило П. Јовановић:“Ретроактивност кривичних закона“, стр.9.

¹⁹⁷ Слободан Перовић, наведено дело.стр 219.

крају, као јединствени принцип на основу ког се може изградити решење свих временских колизија закона, види управо неретроактивност закона.

2.10. Романска концепција

Француска доктрина с почетка 19 века је у радовима тзв. првих коментатора истакла и развила идеју стечених права, по којој ова права не могу бити захваћена ретроактивним дејством, а да је то могуће у односу на правне експектативе¹⁹⁸. Та идеја је била брањена од стране многих коментатора¹⁹⁹. Један од њих је изразио и следећи став: "Онај ко је на законит начин стекао неко право, не може бити њега лишен...чак кад на то присиљава општи интерес, постоје форме које је неопходно поштовати, онај ко изгуби неко право треба да добије правичну накнаду"²⁰⁰. За разлику од 18. века, стечена права се посматрају као антипод онима која су у стању правног очекивања, тј. још нису испуњени сви услови за њихову реализацију.

Но у радовима каснијих коментатора, често се ово разликовање (које је и Савињи спомињао) само по себи подразумевало, па се истицало само да нови закон треба да се примени непосредно, под резервом поштовања стечених права, чија повреда би се квалификовала као последица ретроактивности. Други су пак тврдили да право које је постало наше и које смо легалним основом стекли, не сме бити угрожено нити одузето²⁰¹.

Ови почетни радови теорије стечених права током 19 века добијају шири замах, и то посебно код подвлачења разлике између права и

¹⁹⁸ Правне експектативе, како су приказане у поглављу 1 рада.

¹⁹⁹ Слободан Перовић: Оглед о стеченим правима, Правни живот 1/1984, стр 7-51.

²⁰⁰ Цитат према Слободан Перовић, наведено дело, стр. 14.

²⁰¹ Мишљења *Aubry i Rau*, као и Лаурента, Демолombeа, и осталих француских аутора- детаљнија библиографија код Слободана Перовића, Оглед о стеченим правима, стр. 751, и даље.

правног очекивања. Нарочито је истицано да је свако стечено право истовремено и субјективно право, без обзира на природу његовог стицања²⁰².

Француска правна теорија у 19. и 20 веку је дала значајне представнике у овој области. Од значаја за тему рада су свакако концепције Пола Рубијеа и Вареј Сомјера, које ће бити сажето приказане.

2.10.1. Вареј Сомјер

Крајем 19. века и почетком 20. века јавља се *теорија facta praeterita* тј. свршених чињеница, најснажније прихваћена у Француској у теорији **Вареј- Сомјера**. Представља највише и најшире критички изражене ставове у погледу концепта теорије стечених права, путем указивања на њене правнотехничке недостатке. У свом делу из 1893. године²⁰³ Вареј Сомјер је истакао да задовољавајуће дефиниције стечених права не може ни бити јер је сама класификација на стечена права и правне експектативе, као и саме различите правне последице које им причињава ретроактивност, вештачка и манљива (чиме је директно приговорио Савиљију и његовој подели права).

Вареј Сомјер је истакао да закон може имати повратну снагу, када има моћ да укине или промени неки акт у прошлости, на основу кога је установљено неко право - дакле, не право само по себи, већ узрок његовог настанка. Стога правне последице које произлазе из таквог акта потпадају под поље примене старог закона, - те чине органско јединство, по чему је и сама теорија добила свој назив. У супротном, ако се ретроактивност не би овако схватила, онда би сви закони били ретроактивни, јер нема таквих који ограничавају у овој или оној мери нашу слободу или права. Сасвим је

²⁰² Што је мишљење које ни данас не можемо недвосмислено прихватити.

²⁰³ Подаци према :Слободан Перовић:"Правнофилозофске расправе", стр.212.

друго питање да ли има права која су неправично дата адресатима и да ли би ретроактивност у њиховом случају исправила неправичност.

Мишљење Вареј Сомјера јенастало инспирисано становиштем,прихваћеним у немачкој правној теорији, о правном дејству као релевантном појму у материји ретроактивности.Но,иако је истраживање разлике између стечених права и експекатива назвао" тражењем разлике између Сциле и Харибде"²⁰⁴, сама критика није резултирала новим бољим решењем. Чак је Вареј Сомјер сматрао да ова теорија уопште и не припада сукобу закона у времену, јер појам стеченог права не мора бити релевантан са гледишта сукоба закона у времену. Повреда стеченог права је чињеница која може бити значајна са гледишта квалификације доброг или лошег законаа временска димензија закона је овде непотребна категорија.

У другој половини 19. века у француској литератури,говори се о бројним конфузним последицама ове теорије на плану употребе и значења ретроактивности дејства закона.Зато је немачка теорија бележила пораст интересовања и схватања дијаметрално супротна од ове теорије. Централно место има становиште по коме није важно истраживати да ли је неко право стечено или не, него да ли је нека (правна)чињеница била свршена за време старог закона или не. Овакво мишљење претеже у немачкој правној и аустријској теорији, а Вареј Сомјер је то својим становиштем и подржао²⁰⁵.

²⁰⁴ Слободан Перовић:"Правнофилозофске расправе", стр213.

²⁰⁵ Без намере да оспоримо значај расправа С.Перовића о тематици стечених права, морамо још једном приметити да је упорним истицањем негаторних теорија и уопште негативних карактеристика саме теорије рушио утицај и значај теорије стечених права, а у корист природноправне концепције чији је он најпроминентнији представник код нас.такав став „провејава“ у свим његовим делима , а посебно у деловима монографије и других расправа, који се односе на приказ ставова француских теоретичара.Оштра критика Вареј Сомјера, тако је управо д стране С.Перовића означена „пресудном критиком“, иако иста теорија стечених права и дан данас егзистира. С.Перовић:"Правнофилозофске расправе“, стр. 87-89.

2.10.2. Пол Рубије

Најтемељније објашњење примене ретроактивности дао је управо **Рубије**. Својом *теоријом непосредног и ретроактивног дејства новог закона* је отворио нову сферу разматрања овог проблема, после једновековне доминације теорије стечених права. Као компилација појмова и механизма претходних теорија,²⁰⁶ објективније и непристрасније него иједна друга ранија теорија, ова теорија усваја као један од полазних појмова **правну ситуацију**²⁰⁷, замену ширег дијапазона од стечених права. Прво, користио је Савињијеву поделу на законе који се односе на стицање или губитак права, и оне који се односе на егзистенцију и садржину права, затим принцип непосредног дејства закона преузима од Обриа и Роа, а користи и терминологију класичне теорије стечених права, нпр. поделу на права која проистичу из уговора и која проистичу из закона..

Рубије је критиковао теорију стечених права, не базирајући се на чињеницу да и његова сопствена теорија " болује" од истих, ако не и горих недостатака (или боље речено-вишкова). Но поред свих замерки, али полазећи од Рубијеових премиса, цела теорија делује као прилично кохерентна целина, која је због јачине аргумената (али не и наравно њихове исправности) *de facto* створила и посебну грану права-транзиторно право²⁰⁸. Постулати на којима се заснива Рубијеова²⁰⁹ теорија су следећи:

²⁰⁶ Тилле, наведено дело, стр.212.

²⁰⁷ Правна ситуација је иначе термин који је први употребио Л.Диги, негирајући на тај начин уопште постојање субјективних права као таквих.

²⁰⁸ Транзиторно право је подељено на три области: општа теорија сукоба закона у времену (предмет, историја и извори транзиторног права), транзиторно приватно право (где су доминантни принципи неретроактивности и непосредне примене закона, посебно на ситуације у току – *facta pendentia*), и сукоб закона ван приватног права (примена ових принципа у кривичном, процесном и међународном приватном

1. Закони који регулишу постанак или гашење једне правне ситуације не смеју утицати на правне ситуације које су настале или престале за време важења старог закона. Зато је немогуће издејствовати поништај неког правног посла, ако исти у неком свом елементу није валидан по новом закону, али зато испуњава све услове које је предвиђао претходни закон. Елементи који чине један правни посао су вредности сами по себи, и својим испуњењем су постали неприкосновени, те не смеју бити предмет преиспитивања, а у светлу измена које доноси нови закон. Даље, ако неки факт није имао улогу у стварању или гашењу неке правне ситуације, функција факта од кога зависи стварање или гашење неке правне ситуације му се не признаје новима законом.

2. Правне последице које су наступиле за време трајања старог закона остају на снази, без обзира да ли их нови закон мења или укида, и за њих важи режим који је установио стари закон. Ако последица представља нову правну ситуацију, која је директно произашла из неке претходне, на њу ће се применити нови закон непосредно, јер је та последица ново стање, настало за време важења новог закона.

3. Рубије први разликује **динамичку фазу правне ситуације од статичке**²¹⁰: у првом случају забрањено је стварање одређених правних ситуација само убудуће, док у другом имају ретроактивну снагу, тј, забрањује се њихов настанак убудуће али и укидају и све већ постојеће правне ситуације тог типа. Кад су у питању закони који се односе на

праву). В. Слободан Перовић: „Ретроактивност закона и других опшних правних аката- теорија сукоба закона у времену“, стр.147.

²⁰⁹ Paul Roubier : “Le droit transitoire (Conflicts des loins dans le temps)”, *Paditions Dalloz et Sirey*, 1960.

²¹⁰ Ово је напредак у односу на Дигија, будући да је Диги увео појам правне ситуације, замењујући тиме појам субјективног права али без разликовања динамичке и статичке стране правне ситуације..Више о самој правној ситуацији као појму, на стр.72 овог рада.

стварање или гашење правних ситуација,²¹¹ општи принцип је да се примењују они закони који захватају ситуације у току стварања или гашења, почев од њиховог ступања на снагу. При том, ако је једна правна ситуација настала као тренутна, потпада под дејство само једног закона. Ако су у питању континуиране или сукцесивне правне ситуације, онда се оне појављују као ситуације у току стварања или гашења, тако да се нови закон на њих примењује од момента кад је ступио на снагу. То значи да је нови закон дужан да поштује оне претходне услове, под којима су ситуације започеле своје постојање, али да сада додаје и нове услове који важе тек од момента његовог ступања на снагу.

Рубије је посебно истицао разлику између правних ситуација заснованих на закону које се налазе у току дејства и уговорних ситуација у току дејства²¹². Правило је да ће законске ситуације у току дејства бити регулисане новим законом, без ретроактивности, и то за она дејства која су настала после ступања на снагу тог закона. Са друге стране, нови закон се не примењује на уговорне ситуације у току, већ се то уступа продуженом дејству, тј надживљавању старог закона.

Рубијеова теорија је битније изменила начин разматрања питања сукоба закона у времену, јер је уводећи појам *правне ситуације*²¹³ пронашла "прелазну" категорију, путем које је било могуће дати одговор на многа нерешена питања. Потпуност теорије ју је произвела у владајуће

²¹¹ Говори се о стварању или гашењу, али не правних односа као што је Савињи говорио, него "правних ситуација".

²¹² Paul Roubier : "Le droit transitoire (Conflicts des loins dans le temps)", pg.67.

²¹³ Треба опет имати у виду да је појам правне ситуације постојао у теорији од доба Леона Дигија, али је његова теорија често оглашавана "негаторском", те су њена достигнућа и брјне добре и корисне дефиниције стављене у други план. Видети: М. Поповић: Појам субјективног права, стр.

схватање, прво у Француској, прихватањем од стране Касационог суда, а даље и у осталим европским земљама²¹⁴.

Наравно, у свом даљем развоју претрпела је извесне измене и додатке, чији је циљ био учинити је још кохерентнијом целином.

2.10.3. Обри и Ро. Пиле. Други француски цивилисти.

Управо у романској концепцији је дошло и до највећих заокрета у схватању теорије стечених права. У различитим видовима ове теорије долази до одустајања од првобитног индивидуалистичког приступа и постављању у први план суверености закона као и преовлађивање општег, владајућег интереса над приватним интересом. Француски цивилисти **Обри и Ро** су тврдили да је повратна снага правило, а неретроактивност-изузетак. Чак су придали већу важност новом закону, у комбинацији на принципом непосредног дејства закона. Нови закон доноси ново и боље решење, па стога треба и примењивати исти непосредно, и не размишљати о закону који је престао да важи, у било ком контексту. То индиректно значи да и сви послови започети по старом закону треба да наставе своју реализацију по новом закону, или да чак буду обустављени, ако нови закон то предвиђа, или укида врсту односа који је започет.

Треба споменути и теорију **Пилеа**²¹⁵, која је специфична утолико што је своју примену имала искључиво у међународном приватном праву. Наиме, своја теоријска разматрања сукоба закона у међународном приватном праву и то територијалног сукоба, Пиле је пробао да реши преко правила која су постојала у решавању временског сукоба закона. Његово критиковање Савињијеве концепције је изнедрило следећа

²¹⁴ С.Перовић: Ретроактивност закона и других општих правних аката, стр.47.

²¹⁵ О овоме код Милана Бартоша, наведено дело.

правила очувања стечених права, која су првенствено употребљива у међународном приватном праву:

- "1. право треба да је правилно стечено
2. право се може правилно стећи било по националном или међународном приватном праву
3. једном стечено право свуда и увек има она дејства која има по закону по којем је и иначе стечено
4. Стечено право се може односити на надлежност судова и других државних органа, али тек од момента почетка спора.²¹⁶
5. права која се стичу на основу политичких, кривичних и фискалних закона других држава не сматрају се као међународно стечена, јер ту не постоји јединственост
6. стечено право се не може поштовати ако је у супротности са правом државе где се оно жели остварити
7. право које је међународно признато може се угасити само на начин који је предвиђен правом државе по којем је и стечено".²¹⁷

Могућ је парадокс, према Пилеу, у моменту непоштовања, тачније немогућности поштовања стеченог права у земљи у којој то право или не постоји или је оно супротно њеном поретку. Проблем је првенствено у граници тј мерилу докле допире ограничење стечених права на територији држава које треба да га поштују, и до које границе те државе треба да поштују таква права, јер их на то обавезују међународно прихваћене и установљене обавезе према другим државама.

Вреди споменути и мишљење француских правника **Бартелемија и Дуге-а**, који су се базирали само на проучавање

²¹⁶ Не узима се као моменат стицања права вођење поступка пред одређеним стварно или месно надлежним судом тренутак кад је учињена нека повреда због које ће се у будућности покренути неки поступак, већ тренутак покретања самог поступка, предузимање иницијалне радње.

²¹⁷ М.Бартош, *ibid.*

аутентичног тумачења закона. Наиме,ови теоретичари су сматрали да се законодавац мора руководити следећим директивама приликом аутентичног тумачења:

1. може да тумачи само један" сумњив"²¹⁸ текст;
2. да може интервенисати само у случају апсолутне неопходности, и
3. да је тумачење законодавца легитимно само у случају размимоилажења између судова²¹⁹.

Аутентично тумачење закона замењује један нејасан или двосмислен текст закона или се исправљају неке грешке почињене у самом тексту, при чему су ова двојица француских аутора остала на становишту да се овим тумачењем истражује воља законодавца, односно на јаснији начин фиксира његова воља.Интерпретативни закони у том смислу немају претензију да стварају нова правила, јер они само објашњавају, одређују смисао постојећег правила.

Вреди споменути и **Жана Рејмона**²²⁰, који сматра да се интерпретативним законом мења или исправља постојећа судска пракса која је супротна истинском смислу закона, те се у том смислу оригинални текст закона унеколико и мења, јер се исти текст развија, попуњавају се празнине почетне. Слично је тврдио и Франсоа Жени, о чему ће бити речи касније..

Бартелеми је,бранећи нужност аутентичног тумачења закона, а и стално присутну бојазан од ретроактивног увођења нових правила, навео чак и веома илустративно обраћање Чувара печата које је овај упутио 1907. године посланицима у француском парламенту, да "немају право да

²¹⁸ Према извору: Павле Николић." Прилог питању карактера аутентичног тумачења закона", *Правни живот*, 11/1982, стр 1101-1117

²¹⁹ Велики значај је придаван судијској дискрецији приликом тумачења и примене закона. У случају неподударности ставова исте инстанце, или чак и са ставом суда више инстанце, нужно је да законодавац предузме овакав потез и спречи даље погрешно примењивање закона.Павле Николић, наведено дело,стр 1111.

²²⁰ Павле Николић, наведено дело,стр 1111

под изговором да тумаче, гласају за нови закон различит од претходног закона, дајући му ретроактивно дејство"²²¹.

У теорији се често истиче да интерпретативни закон у ствари чини целину са законом који се тумачи, тако тврди и Бартелеми, да се он сједињује и чини тело са њим. Насупрот њему, Рејмон сматра да интерпретативни закон треба посматрати као различит од закона који је предмет тумачења. Са друге стране, сматра да нема никакве користи од прокламовања једног интерпретативног закона, ако му се не придаје својство ретроактивности, јер би у том случају све нејасноће и неизвесности и даље постојале у погледу случајева који претходе једном таквом закону.

2.10.4. Бонказ. Афолтер .Диги. Жез.

Француска теорија је створила и *тзв.теорију свршеног факта*, која је представљала потпуно оградавање од до тада присутног, искључивог индивидуализма. Прихваћен је другачији критеријум посматрања правних ситуација-појам *свршеног факта (facta praeterita)* који је заправо у употреби још од првих правних извора. Доминацију овог појма је, како тврди С.Перовић, на извесно време прекинула теорија о стеченим правима, али су њени бројни недостаци и недоречености проузроковали ренесансу исте. Погодност је у томе, како су сматрали присталице *тзв.објективне концепције*, што се *facta praeterita* могу одредити и у погледу закона који регулишу настанак и престанак правних ситуација и у погледу закона који регулишу садржину и дејство правних ситуација. У првом случају, свршене чињенице обухватају све оне акте настале или угашене за време трајања ранијег закона, што, *stricto sensu* посматрано и јесу

²²¹ Павле Николић, наведено дело, стр. 1112.

стечена права. Као такве, не могу бити предмет поновног разматрања (што подсећа и на правило *ne bis in idem*), те промена закона не утиче на њих.

У другом случају, свршене чињенице обухватају правна дејства која су наступила за време трајања претходног закона. За разлику од наведених, *facta pendentia* или ситуације у току могу бити регулисане и новим законом од момента његовог ступања на снагу, а по основу непосредног дејства тог закона. Значи да постојање *facta pendentia* може да се настави и по правилима новог закона, без обзира на њихов претходни начин регулисања.

И у оквиру ових теорија је дошло до раслојавања мишљења у виду *органицистичке* (теорије продуженог дејства старог закона) и *монистичке* концепције. Тако, **Бонказ је** сматрао да све постојеће правне ситуације треба да остану под режимом старог закона, иначе би био нарушен континуитет њиховог постојања, пошто се требају односити на све последице које ће у будућности настати или би могле настати. Довољно је да је ранији закон био већ једном примењен на ситуацију која је правну егзистенцију почела негде у прошлости²²², и да појединац у конкретном случају има конкретну корист од даље примене ранијег закона. Повратна снага закона је тада могућа, јер на тај начин, правна ситуација наставља своју егзистенцију, без повреде интереса титулара права које проистиче из те правне ситуације. На овај начин се још није потпуно одвојио од субјективистичког решења, јер није направљена потребна

²²² Наводи се и пример, где је законом од 16. новембра 1912. године у Француској уведено истраживање очинства ванбрачног детета, што је до тада било забрањено. Но није речено да ли та измена важи само за убудуће или и за ону децу која су рођена пре ступања на снагу закона. Но и Бонказу је приговорено да меша ретроактивно дејство и непосредно дејство закона, што га је одвело на становиште о примени старог закона чак и на ситуације које су у току и које продужавају да егзистирају у времену новог закона. Слободан Перовић: "Правно филозофске расправе", стр. 215.

разлика између свршених чињеница и ситуација у току; затим, неодређен је појам интереса титулара једне правне ситуације. Ова теорија се базира на претежној примени старог закона. Главна замерка је управо у томе што нису јасно разликовани непосредно дејство закона од повратне снаге.

Слично је констатовао и **Афолтер**²²³, с тим да је посебно истакао прећутну примену старог закона сем ако се изузетно, не искључи та могућност. Свршене чињенице (*facta praeterita*), будући да су испуњене под режимом ранијег закона, не могу поново бити предмет регулисања. Са друге стране, чињенице у току (*facta pendentia*) могу бити регулисане новим законом од момента његовог ступања на снагу, те тада постоји непосредно дејство закона. Заправо, Афолтер разликује две врсте норми - једну, главну, која је део позитивног права, и другу, специјалну, која је настала за време важења новог закона, без обзира има ли у новом закону говора о њеном настанку или не. Друга норма представља сама по себи искључење од основне норме и њен је изузетак. "Главна норма" диктира примену старог закона на све односе и правне чињенице које су настале под влашћу тог старог закона, независно од тога да ли се то спомиње децидно у самом закону или не. Друга норма је, сама по себи, изузетак од општег правила, који мора бити изричито наведено. Афолтер је, стога, повратно дејство закона посматрао као још један ниво изузетака, поред непосредног дејства закона.

Овде можемо уврстити и **теорију анализа прелазне ситуације**²²⁴, која је својом садржином изменила основне правце истраживања и поставила у центар истраживања управо положај индивидуе у ком се она налази у току саме временске смене два закона. Понекад недовољно јасна намера законодавца, исказана или уопште неисказана у самом новом закону, може оставити и саме адресате у

²²³ Подаци према: Слободан Перовић: Правнофилозофске расправе, стр.216.

²²⁴ Подаци према: Слободан Перовић: Правнофилозофске расправе, стр.220.

прилично неугодном положају, те их принудити да самостално тумаче његову вољу .Зато је потребно направити анализу могућег утицаја новог закона на постојеће стање. Иако у рудиментима овој теорији припада и Савињијева теорија,ипак се као посебно издваја мишљење **Леона Дигија**.

Диги је значајан у овој области због увођења појма *правне ситуације* у ову проблематику, са једне стране, и због упорног негирања постојања субјективних права, са друге стране. Наиме, сматрао је да, ако субјективно право постоји, могли би бити само "трајна или привремена властита особина извесних воља, која им даје моћ да се као такве, наметну другим вољама".²²⁵ Субјективно право је тада, ако постоји, наставља Диги,"прост производ духа", који ни у чему се одговара стварности-Правна ситуација или субјективна правна ситуација су појмови које је Диги увео да би надокнадио готово "хируршко одстрањивање појма субјективног права"²²⁶, што су и његови савременици оценили као неприхватљиво²²⁷.

Диги разликује две врсте правних односа²²⁸: индивидуалне или субјективне,који не могу бити повређени новим законом, и законске или објективне,који проистичу директно из самог закона. Ово становиште је подржао и француски теоретичар Гастон Жез. Жез је као и Диги користио термин "правне ситуације", и разликовао је "општу правни ситуацију" од "индивидуалне правен ситуације".Општа правна ситуација је дефинисана као "општа, нелична, трајна, променљива законом, неподложна

²²⁵ Цитат према:*Traité de Droit Constitutionnel, Tome Premier, Le règle de Droit, Le problème de L'Etat, Paris, 192*, а према цитату код Чедомира Марковића:"Дигијева правна теорија",отшампано изиз Књижевног Севера, Суботица, Градсја штампарија, 1927,стр.8

²²⁶ М.Поповић, Појам субјективног права, стр.114.

²²⁷ Самим тим што су остали чврсто на својим позицијама постојања субјективних права, о чему се говори на неколико места у овом раду

²²⁸ Ђорђе Тасић:"Закон нема повратне силе"*Архив за правне и друштвене науке*, бр 6/1932.

одрицању"²²⁹. Са друге стране, индивидуалне правне ситуације је Жез дефинисао као "посебне, оне које губе моћ кад су завршене и нису променљиве законом"²³⁰. Због бројних додирних тачака у теоријама ове двојице теоретичара, цела теорија је и добила назив **-Диги-Жез**, која, бар судећи по коментарима својих савременика, објашњава једну веома битну ствар. Наиме, оба теоретичара су сматрала да се закон одмах примењује на неке ситуације, и да се оне мењају са самим законом. Тако се правна ситуација неког чиновника мења са променом закона или уредбе који регулишу његов положај. Исти се не може позивати на то да је статус чиновника стекао за време важења старог закона, те да се његов статус има сматрати стеченим правом и самим тим неповредивим. Диги је даље наставио развој идеје, па је тврдио да законска ситуација, сама по себи, може бити примењена само од дана кад је нов закон донет. Нови закон се, дакле, не може применити на један учињен акт, који је већ завршен и реализован по правилима старог закона.

Држава је дакле, обавезна да штити лична права, која могу у изузетним ситуацијама биит ограничена, због заштите свих²³¹. Та обавеза прелази у одговорност државе за акте које чине и они државни службеници у њено име, те и за штету која услед било ког деловања може настати приватним лицима. Иако супротстављена суверености као квалитету државе и државне власти, одговорност јесте механизам заштите права грађана, те самим тим и ограничавајући фактор самој суверености²³².

²²⁹ Цитат према: Тома Живановић: "Систем синтетичке правне филозофије", стр.252.

²³⁰ Ибид.

²³¹ Леон Диги: "Преображаји јавног права", Плато, београд, 1997, са предговором Томе Живановића, стр.11)

²³² Леон Диги, наведено дело, стр.160. И сам Диги је подржао становиште Јеринга и Јелинека, да сувереност саму себе опредељује и ограничава путем уговора са грађанима. Леона Диги, наведено дело, стр.119.

2.11. Радбрухов вредносни поглед на право²³³

Нигде није комбиновање централних теза природноправне и позитивистичке оријентације тако успешно и доследно изведено као у Радбруховој *Филозофији права*. Његова формула о законском неправу и надзаконском праву је имала, у најмању руку, веома необичан разлог настанка, и цело њено постојање и тумачење је у деценијама које следе након њеног формулисања, а у зависности од одређених друштвено политичких околности, имало неколико својих видова. Та формула у потпуности гласи²³⁴: „Сукоб између правде и правне сигурности могао би се решити на тај начин да позитивно право, које обезбеђује пропис и моћ, има предност и онда када садржински неправедно и несврхисходно, осим у случају да противуречност позитивног закона према правди достигне толико неподношљиву меру да закон као „неисправно право“ мора да одступи пред правдом.

Немогуће је повући оштрију линију између случајева законског неправда и закона који важе упркос неисправној садржини; међутим свом оштрином се може повући једна друга граница: тамо где се чак и не тежи за правдом, где се једнакост, која чини језгро правде, свесно оспорава приликом доношења прописа позитивног права, ту закон није рецимо само „неисправно право“, он чак и нема правну природу. Јер **право се, па ни позитивно право, не може дефинисати другачије него као поредак и прописивање који су по свом смислу намењени да служе правди**“.

Следећи мисао да је појединац тај који се мора суочити са свим изазовима и донети одговарајућу одлуку, посебно у изузетним ситуацијама, појединцу се мора дозволити, зарад очувања својих права, да заузме и морално и правно супротан став ставу политичких лидера и

²³³ Густав Радбрух: "Филозофија права", Нолит, Београд, 1972, стр.49.

²³⁴ Цитат према тексту Данила Н. Басте: "Петнаест минута о природи Радбрухове формуле", Билтен судске праксе Врховног суда Србије, 4/2002.

правног система.²³⁵ Сигурност се овде огледа управо у гаранцији појединцу да брани свој интегритет, и по цену да је то супротно праву, али само ако је право толико неправично, неморално или немогуће за испуњење.

Радбрух је дефинисао право као културни али и изразито вредношћу проткан појам. Наиме, право се може схватити само у оквиру понашања које се повезује са вредношћу, као датост чији је смисао да оствари идеју права.²³⁶ Идеја права јесте прво у правди, која нас упућује, да са једнакима поступамо једнако, а са неједнакима неједнако. Но, будући да сама правда не установљава довољно добар и јак основ за потпуно остваривање циља или циљева права, то се правди придружила и "сврсисходност". Но пошто и он заједно са правдом не задовољава суштину идеје права, долази до правне сигурности као врховне вредности.

„Сигурност права захтева позитивност права, ако се не може утврдити шта је праведно мора се прописати шта ће бити по праву и то од стране органа који је у стању и да спроведе оно што је написао“²³⁷. Сама позитивност права постаје претпоставка за његову исправност, јер „у појам исправног права исто толико спада да буде позитивно колико је задатак позитивног права да буде исправно“.

Од ова три елемента циља права, само је сврсисходност променљива и подложна утицајима различитих друштвених, политичких и економских околности. Са друге стране, правда и правна сигурност се налазе високо позициониране изнад свих сукоба. **Ако имамо у виду да управо заштита стечених права појединаца, као један од императива правне сигурности, је у константној колизији са ретроактивним**

²³⁵ Heather Leawoods, *Gustav Radbruch: An Extraordinary Philosopher*, *Journal of Law and Policy*, vol2, 2000, ppg 489-517.

²³⁶ Густав Радбрух, наведено дело, стр 14 и стр.44

²³⁷ Јер у супротном, државни орган је(под којим се не подразумева само законодавни орган, већ сви државни органи који доносе одређене опште правне акте) само продуковао неспособно за примену и неизводљиво, мртво право.

дејством и другим нажалост честим негативним појавама и честим променама закона сходно принципу сврсисходности, постављамо питање, како онда и да ли још увек,и у практичком смислу можемо посматрати правну сигурност као императив правне државе,изван свих сукоба и политичких борби? Сва три захтева су подједнако значајна и захтевна у процесу своје реализације,и управо зато су у сталној колизији, коју је могуће решити на различите начине²³⁸.

Радбрух овде износи један став са којим се не можемо у потпуности сложити,а то је да је битније да се спор између различитих правних гледишта, која неминовно постоје у судској пракси али и у теорији ,оконча, него да се он оконча праведно или сврсисходно. Важније је постојање (чак и лошег)правног поретка него његова праведност и сврсисходност²³⁹. То значи да су ово двоје у сукобу са правном сигурношћу. Правна сигурност, како је већ наведено, захтева позитивност права, али позитивно право жели да важи без обзира на ова друга два захтева .Позитивност права, тј. његово важење, је једноставно факт и претпоставља постојање неке "силе" која ће га прописати,и која ће обезбедити његову несметану примену.

Правна сигурност не захтева само важење правних прописа које прописује сила и који се стварно спроводе;она поставља захтеве и у погледу њихове садржине,захтев да се право може сигурно користити и да буде применљиво,а то често праву даје црте које су у противуречности са сврсисходношћу. Захтеви које поставља правна сигурност могу на крају чак доћи у противуречност и са последицама изведеним у позитивности, која и сама представља један захтев правне сигурности.Онда правне чињенице постају противправне чињенице и

²³⁸ *Heather Leawoods*,наведено дело.

²³⁹ Густав Радбрух, наведено дело,стр.94-95.

могу уништити објективно, али и субјективно право, стварањем новог права.

У интересу правне сигурности, наводи даље Радбрух, правоснажност допушта важење и садржински неисправној одлуци за тај поједини случај, а неисправном прецеденту можда чак и шире од тог појединог случаја.²⁴⁰ У овом је заправо и суштина нашег неслагања, јер ниједна одлука не сме поставити као приоритет њено доношење науштрб захтева поштовања стечених права и поштовања правде уопште.

У идеји правне сигурности додирују се проблем идеје права и проблем важења права, што је последње питање нормативности фактичког, како је то представио Јелинек, јер како може из једног факта да произађе норма, а из правне воље државе или друштва неко правно требање“. Али у потрази за основом тог важења, правна теорија важења ће једном нужно наићи на чињеничност једног ауторитативног хтења, које се не може даље изводити“²⁴¹. Биће довољно да се утврди да је основ за доношење неког прописа њему непосредно надређени и акт више правне снаге.

Битно је истаћи да нормативне теорије важења постављају себи за задатак да прикажу важење права за сваки појединачни случај. Али важење права у односу на једног поједначног човека не може се заснивати на томе што оно важи иначе за остале људе. Још једно обележје показује дескриптивну природу теорије важења. Она је принуђена да, сходно степену делотворности призна и степен важења два истовремено сукобљена правна поретка-оног који је престао да важи и овог који је почео да важи. Сећање на први пропис и устаљени начин понашања сходно његовој садржини је још важеће, док прилагођавање на другачији

²⁴⁰ Ibid, стр.96-100.

²⁴¹ Ibid.

вид понашања, како то прописује нови закон, траје дуже и праћено је бројним недоумицама око начина примене.

Треба напоменути, да следећи Радбрухову аргументацију, произилази да право важи само кад може да се успешно спроведе. Постојање механизма за његово спорвођење је пука декларација, докле год се то исто и не реализује и тада имамо правну сигурност на делу. Ради илустрације, наводи пример обављања судијске функције. Судије су дужне да своје лично правно осећање жртвују ауторитативној заповести закона, служећи закону без обзира на његову праведност.“ Јер, на крају крајева, ако нико не може да одреди шта је праведно или сврсисходно, онда неко мора одредити шта је легално“, а то ће овде чинити-судије.

Битно је истакнути и Радбрухово изузетно аргументовање у погледу "супериорне потребе за правдом". **Иако је нека радња била дозвољена у време кад је почињена, захтев правде може да захтева или дозвољава ретроактивну примену прописа, у ком случају захтев за правдом и њеним испуњењем надмашује домете принципа неретроактивности.** Радбрух је дакле, веровао да је **сам принцип неретроактивности толико битан да би се његова примена могла поништити само у екстремним ситуацијама**, и на овај начин је могла да се оправда и ретроактивна примена права у случају нирнбершких процеса.

Правна сигурност је током целог Радбруховог стваралаштва била и остала један од основних стожера његове теорије. Имајући у виду и његову јасну позицију у смислу две сфере друштвеног деловања, тачније-уобичајену и изузетну, и помирење три раније наведене антиномије у доба стабилних друштвених односа, његов однос према правној сигурности као кључу за брже и ефикасније превазилажење проблема у изузетним ситуацијама, сам концепт правне сигурности добија још више на тежини и значају.

3. Српска правна наука и заштита стечених права-три века рецепције и промишљања

3.1.Уводне напомене

У наслову се говори о „три века“, иако тај трећи век бављења овом тематиком тек почиње. Државноправни континуитет траје од 1804. године, са постављањем темеља модерне Србије, је просто наметнуо потребу да се вратимо у прапочетак наше државе и права. Те устаничке, револуционарне или године ослобађања од вишевековног ропства су вишеструко добро послужиле Србији. Наравно, поред очигледне користи - а то је ослобођење, једна од значајних ствари јесте подршка коју је овом стремљењу за ослобођењем пружила наша интелектуална елита, која је боравила у иностранству. Из пера припадника те елите, Божидара Грујовића, изникао је и предлог првог устава, који додуше није никада био усвојен, али је његова изразито вредносна оријентација вредна спомена.

Тежња да „закон буде највиша воља“ је била препознатљива у ранијим српским правним изворима, као што је Душанов законик, који у свом чл. 184 наводи да : „...ако би цар писао за кога књигу по срцу, љубави или милости, и та књига руши закон, ту књигу судије да не верују, но да суде савршено по правди“²⁴².

У другој половини 19. века, тачније крајем 60-их година 19. века, појављују се први тематски и стручни часописи који се баве свим областима права, као што су *Судски лист* и *Правда*. Иако су кратко време излазили, несумњив је њихов значај у промовисању бављења правом и правном науком као облашћу друштвене стварности, која није затворена

²⁴² „Закон је највиша воља“, уводни текст уредника листа *Правда* Уроша Кнежевића. *Правда* је лист „за све гране правних наука“, који је излазио трипут месечно, у периоду од 1867 до 1871. године.

само за носиоце власти, већ је доступна и другима. Чак су се у листу „Правда“ могле наћи изразито критичке студије теорија и праксе из Европе, али и самих потеза тадашње власти, те у том смислу исти можемо сматрати корифејима савремене правне науке.

У овом првом периоду значајан извор нису оригинални радови домаћих правника, већ преводи и то углавном француских и аустријских аутора. Тако је **Ј.М. Лешјанин** најпознатији преводилац у овом периоду, без својих оригиналних текстова.²⁴³ Избор текстова које је преводио на извештан начин и указује на његову правну и формалну оријентацију, јер је преводио текстове који су се односили на примену права од стране судија, аутентично тумачење и тумачење права уопште²⁴⁴, теорију стечених права, и повратној снази закона и то француских аутора. Ово је период у ком се полако ствара грађанска елита, она о којој је насумично и непрецизно говорио и сам Божидар Грујовић, а још више се почиње кристалисати домаћа правничка елита.

Први децидан помен принципа заштите стечених права налазимо у чл.35 Устава. Краљевине Србије из 1903. године, као и чл.16, где је посредно споменуто, у склопу заштите права својине, која је „неповредна,

²⁴³ Претпостављамо да је у питању Јован (Милосава) Лешјанин (1846-1888), председник Трговинског суда. Његов отац, Милосав Лешјанин је био судија Касационог суда. Породица Лешјанин је неколико деценија заузимала значајне војне и државне функције. Стојан Јовановић Лешјанин је био министар унутрашњих послова 1858., а завршио је студија права у Бечу 1813. године. Милоје Лешјанин, син Стојанов, је био секретар кнеза Михаила Обреновића, и радио је такође у министарству унутрашњих послова и у дипломатији. Милојев брат Рајко И. Лешјанин је такође био правник, други намесник кнежевског достојанства 1868. године и министар правде. Још један брат, генерал Милојко Лешјанин је био више пута министар војни, професор и управник Војне академије, а његов син, Љубомир М. Лешјанин, је био ослободилац Ниша 1878. године.

²⁴⁴ Тако наилазимо на вредан став Мурлона, да у случају да је закон нејасан и таман, треба „.....судије да се старају да му пронађу прави смисао, помажући се при томе правилима о тумачењу закона“. У овом тексту је истакнут и посебан значај правне сигурности у погледу кажњавања починилаца кривичних дела, тј да се нико не сме казнити за кривично дело ако није предвиђено као такво, нити се према њему може применити казна која није предвиђена. *Правда*. Бр. 23 од 20. августа 1869. године, стр. 681-683 и 717-719.

ма какве природе била²⁴⁵. Сходно друштвено политичким променама, оваква формулација је у свим даљим уставима била децидно или посредно спомињана, чиме је сваки уставотворац наглашавао које су то вредности које жели да промовише, и којим механизмима исте жели да заштити.

3.2. "Слово" из 1805.године

Већина периодизација нововековне српске историје период од 1804-1813 године називају „српском револуцијом“ или „периодом обнове српске државе“ са акцентом на државну и правну традицију средњовековне Србије²⁴⁶. Иако се о суштини и инспирацији Првог српског устанка увек говори у контексту компарација са Француском буржоаском револуцијом, битно је истаћи њихове разлике.²⁴⁷ Неки теоретичари, наиме сматрају, да су оквири Француске револуције били „светско-историјски“, и при том су покренули и друге револуције. Са друге стране, Први српски устанак је имао локални карактер, и као лажмотив ослобођење од турске окупација и коначно постизање независности државе. Истоветан је једино дух два конститутивна акта - Декларације о правима и слободама човека и грађанина из 1789 године, и Слова, аутора Божидара Грујовића, из 1805. године.

²⁴⁵ Живојин Перић: "Принцип стечених права и социјализација добара", *Архив за правне и друштвене науке*, стр. 122 –140.

²⁴⁶ Видети: Радош Љушић: *Државно-друштвена и генерацијска периодизација нововековне Србије (1804-1918)*, зборник радова под насловом *Србија 19. века*, Војна књига, Београд, 1998, стр. 9-20. Такође и Радош Љушић: *Тумачења српске револуције (у историографији 19. и 20. века)*, *Српска књижевна задруга*, Београд, 1992, стр. 17-18.

²⁴⁷ Данило Баста: " Божидар Грујовић или рођење грађанина у Србији", у збирци огледа „Право и Слобода“, *Издавачка књижарница Зорана Стојановића*, Сремски Карловци, 1994., стр- 203-215.

Део писма које су у првој половини 1804. године,упутили Карађорђе и други прваци архимандриту Арсенију Гаговићу гласи :“... Ми ништа туђе нећемо тицати, ко собствено наше од старинах које је свему свијету познато да је рођено наше хоћемо повратити, и то је поштено пред свијем светом и по законима божијима“.²⁴⁸, у чему видимо први наговештај принципа заштите стечених права.

У том духу,наизглед нејасна намера, добила је своју легитимизацију у акту под називом „Слово“, коју је написао Божидар Грујовић, а требало је да представља први писани устав. “Словом“ је учињен покушај установљавања грађанског друштва и организовање нове државе на модерном европском начелу владавине права²⁴⁹ и прокламација српског грађанина, у споменутом контексту. Но ипак је остао на нивоу пројекта и то нереализованог, будући да никад није ступио на снагу. "Слово" је значајно јер је у једном свом делу третирао и сигурност као једну од врховних правних вредности, чиме је започето теоријско и практичко уобличавање ових принципа у српском праву.

3.2.1.Сигурност

Сигурност живота, имања и части су постављени у пројекту Божидара Грујовића као најшире конципирана права, која сваки владар треба да поштује и да обезбеди њихово несметано уживање. У супротном, није достојан ни назвати се владаром, и то је истовремено и оправдање постојања саме државе. Оваква сигурност, схваћена као апстрактни

²⁴⁸ Стојан Новаковић:“Уставно питање и закони Карађорђева времена- студија о постању и развићу врховне и средишње власти у Србији 1805-1811,“*Нова штампарија Давидовић*, Београд, 1907,стр.5-7. Мало је вероватно да је устаницима била позната римска изрека *Honeste vivere, alterum laedere, suum quique tribuere*, али је суштина иста.

²⁴⁹ Данило Баста : „Божидар Грујовић....“, стр.205-215.

правни принцип, као природноправни принцип, не познаје никакве изузетке, ни због каквог јавног или другог интереса.

Но сигурност је ипак-законска категорија, и поред свог (могућег) природноправног порекла. Сигурност проистиче из постојања закона, јер онда свако лице тачно зна сва своја права и обавезе(што јесте претеча захтева за поштовање стечених права). Истовремено овим и сама државна власт добија својство легитимне; способне да обавља своју делатност, а првенствено да обезбеди остварење наведених права(што садржински одговара другом аспекту правне сигурности, принципу легитимних очекивања). Сигурност у погледу наведених права и слобода мора се гарантовати и *nasciturus*, јер су она неотуђива, неприкосновена и неодвојива од личности уопште.

Сигурност, као и слобода, има своју спољну и унутрашњу страну. Спољну страну сигурности чине одговарајући правни инструменти, којима се гарантују извесна права и слободе, али истовремено прописују и обавезе. Сигурност је конципирана као извесност, као општа обавеза познавања садржине права, да би се понашање индивидуе могло сходно томе, ускладити. Такође, није довољно да право само постоји, већ је потребно да оно буде исправно, засновано на правди и разуму, што даље води до владавине права.

Унутрашња димензија сигурности представља садржину самих права, слобода и обавеза. Тако законитост поступања прати сигурност, јер познавање меритума неког права је нужан и неопходан услов за његову правилну реализацију. Врховну власт, према тексту Божидара Грујовића, у оваквој држави не би вршио ниједан одређени орган већ- закон. Зашто закон? Сходно Платоновој тврдњи, закон нема осећања која се могу обавезно наћи у људској души²⁵⁰. На ово се надовезује Паскал, тврдећи да

²⁵⁰ Платон : „Закони“, Дерета, 1996, стр. 48; исто и код Норберта Бобиа, наведено дело, стр. 87.

одлучивање на основу утицаја разума ипак не представља свеукупност начина одлучивања.²⁵¹ Закон стога иде заједно са слободом ("од нечега" и "за нешто")и тиме учвршћује захтев једнакости сопствене примене,без обзира на адресата на кога се односи. Из тога следи и право на побуну против такве власти која не би могла својим становницима да гарантује правну сигурност и остварење права и слобода.²⁵² "Закон јесте суштина државе"²⁵³ и постојања човека као становника одређене државе. А закон јесте основа сигурности грађана и поверења грађана у државу.

Из наведеног је видљиво да је у Слову био заступљен позитивистички приступ. ***Иако нису били јасно прецизирани бројни постулати на којима је требала да се базира устаничка држава, назнаке принципа заштите стечених права, као и владавине права, су очигледни.***

3.3.Студија Глигорија Гершића

Глигорије Гершић је био присталица индивидуалистичке концепције, која је своје поклонице постепено освајала након 1789. године. *Студија о повреатној снази закона* је настала 1883 године, дакле скоро 100 година након Револуције,али у веома јасно позиционираном историјскоправном и идеолошком миљеу, који је диктирао садржине свих значајних грађанских кодификација у Европи током 19 века. Иако ова студија долази скоро на самом крају 19 века, овде изнети ставови се могу посматрати као логичан наставак владајућих концепција у овој области, присутних током целог 19 века.

²⁵¹ Љубомир Тадић, наведено дело.стр.124.

²⁵²Милован Ристић:" Народне скупштине у Првом српском устанку", Просвета, Београд, 1954, стр. 43-49.

²⁵³ „ ...Јер вилајет без закона пропасти мора...“, Божидар Грујовић, ибид.

Иако на моменте личи да је Гершић прихватио више француску доктрину, то ипак, након пажљивијег читања, постаје видљиво управо његово приклањање ставовима немачке провинијенције. Чак је наклоњеност Ласаловим ставовима, колико год и они сами понекад деловали неутемљени, још очигледнија,.

Будући да је ово прва²⁵⁴ и заправо једна од ретких обухватнијих студија у овој области права, то иста и завређује нашу посебну пажњу, са аспекта предмета истраживања нашег рада.

3.3.1.Критичка позиција студије

Гершић је у својој "Енциклопедији права" дефинисао тзв.времену колизију: да је то, "кад постоје два правна прописа о једном предмету, и они по времену долазе један за другим, онда је опште правило да новији закон има превагу... и да новији закон старији укида"²⁵⁵. Но, шта треба чинити у ситуацији када се о једној ствари треба расправљати по новом закону који је битно другачији од оног кад је неки правни посао започет, или је био реализован. Гершић, у овом случају, сматра да увек важи опште правило да закони немају повратну силу, и када то није изричито наведено.²⁵⁶ Од повратног дејства закона су се и правна теорија и пракса оградаживале, говорећи да је то "највећи атентат који закон може да учини.... јер тако се потиру и бришу они услови по којима друштво има право да тражи послушност и поковавање

²⁵⁴ У српској правној науци тематиком повратног дејства циљано и свеобухватно се бавио Жарко Миладиновић у својој монографији *Iura quesita* из 1926 године, и тек 1984 године, академик Слободан Перовић и монографији, *Ретроактивност закона и других општих правних аката*.

²⁵⁵ Глигорије Гершић: "Енциклопедија права", Градина, 1995, с апредговором М. Симића, стр.171.

²⁵⁶ Глигорије Гершић: "Енциклопедија права", стр.172.

индивидуе²⁵⁷...."пошто тада "... нема ни грађанских слобода ни сигурности; живот ,имање и част сваког грађанина, лишени гаранција, стајали би вечито у процесу...."²⁵⁸. **Повратна снага одузима закону његов карактер, јер закон који има повратну снагу, строго узев по Гершићу, и није закон.** Зашто онда обраћати пажњу на такве законе, ако они *stricto sensu* и не постоје?

Иако на први поглед делује као нешто што је неспорно,сама тематика повратног дејства прописа је заправо веома компликована и тешко решива са логичке и практичке стране, из више разлога. Могуће је овде повући извесну паралелу са Кантовом мисли о појму права, да након 20 и више векова људске мисли и бављења правом,правници и даље не могу јасно и недвосмислено дефинисати право. О повратном дејству је, наиме, писао још Цицерон и други познати римски правници. Дакле, мисао и свест о постојању повратне снаге прописа постоји исто довољно дуго, да се иста могла разрешити. Но, сходно оној Кантовој изреци, сличну је изрекао и Карл Фридрих фон Савињи, признајући и сопствени теоријски пораз, да заправо сваки покушај решавања овог проблема и изналагања адекватног и у свакој ситуацији применљивог механизма јесте само припремни корак ка коначном решењу а да је њега, као и сам појам права, немогуће достићи и пронаћи.²⁵⁹

Основна поставка је и овде забрана повратног дејства прописа. Но Гершић се с правом пита, који је узрок настанка овог начела.Неки теоретичари га виде као нешто, што се само по себи разуме, и чија суштина и циљ не треба посебно да се објашњавају. Други га свODE

²⁵⁷ Преузето из : Глигорије Гершић: " Дипломатско и конзуларно право; Теорија о повратној сили закона ", Едиција класици југословенског права , Службени лист СРЈ, Београд, 1995, стр. 361.

²⁵⁸ " На које се време простире нов закон"- текст по Мурлону, објављен 1869 у " Правди- листу за све гране правне науке", Штампарија Николе Стефановића, Београд.

²⁵⁹ Већ смо раније у тексту навели Гершићеву ироничну опаску о Савињијевој констатацији , да решења у овој области нема.

на "моралну компоненту" или просто на разлоге целисходности и корисности, као што то чини Савињи. Има и оних крајњих могућности, тј потпуног одрицања од било каквог правног основа овом начелу. По томе, произилази да је забрана ретроактивности добра *per se*, без даљих импликација.

Но, тврди Гершић, да повратна сила закона може бити понекад "нужна и праведна", с тим да је скупштина, као законодавни орган, једини ауторитет који може да одлучује о њеној евентуалној примени. Због поштовања захтева правичности и човечности, ретроактивност се може тумачити и као природно-правна последица.

Као посебан проблем треба посматрати недостатак изричите одредбе у оквиру прописа о ретроактивности. Када се, у првом степену, приступи граматичком (тј. језичком) тумачењу неког прописа, прецизног одговора, постоји ли ретроактивност у неком случају или не, у великом броју случајева вероватно не би било. Морало би се стога прибећи логичком тумачењу, којим би се сазнало да ли правна природа ствари у питању дозвољава или забрањује примену ретроактивности. Ако нема изричите одредбе о придавању повратне снаге неком правном пропису, треба имати у виду правну природу ствари у питању. Јер то је била и намера законодавца, да "дозволи правној природи неке ствари да слободно иде својим током", ако већ на други начин није изразио жељу за постизањем другачијег ефекта. Но сазнавање воље законодавца на овакав посредан начин може бити веома компликовано и неизвесно.

Критички осврт на све до тада познате теорије и констатовање њихових недостатака (посебно на теорије Савињија, Унгера и Виндшајда), Глигорије Гершић је употребио као увод у потрагу за што тачнијом и што потпунијом садржином појма стечених права, сматрајући да је то управо полазиште за што тачније и дефинисање принципа (не)ретроактивности и његовог поља примене. Стога повратно дејство

закона сматра повредом човекове слободe и урачунљивости²⁶⁰. Јер, човек се увек и у свакој ситуацији има сматрати "створењем слободним са сопственом вољом"²⁶¹. Ниједан субјекат не може да прилагоди своје понашање правилу, које није постојало у време када је предузимао извесну радњу, па стога ни његова слобода одлучивања и поступања не смеју касније бити нападнута или кажњена. Није у питање непознавање садржине права (јер то никога не екскулпира), већ непостојање самог правила, чија се садржина треба сазнати.

Закон, као „израз воље и правне свести народа“, има највишу снагу, те захтева, по природи ствари, поштовање и покоравање. Она претвара све субјекте у равноправне, јер се односи на све. Али, када закон добије моћ ретроактивности, она постаје толика, да чак и законодавац мора да устукне пред њом. Она све мења, руши пред собом успостављајући један потпуно другачији поредак, пун неизвесности и могућих преврата. Стога, једина могућност за заштиту духа индивидуе и њене слободe је прихватање начела неретроактивности.

Заиста, логична је законодавчева намера да својом вољом преточеном у виду закона потчини све акте који су се до тада десили и успостави правило за неке будуће акте. И како онда поставити као важнија стечена права појединца, на супрот развоја правног система једне државе, на супрот "животног права једног народа"²⁶² ? Међутим, већ настали факт је добио (какав-такав) правни облик, он носи ознаку закона под чијим режимом је донет. Будући да се у његовој основи већ налази извесно правило, које га је створило, које га одржава, даља промена тог факта јесте управо немогућа.

²⁶⁰ Ласал спомиње *Zurechnungsfähigkeit*, те и Гершић то прихвата.

²⁶¹ Глигорије Гершић, наведено дело стр. 31.

²⁶² Глигорије Гершић, наведено дело, стр. 377.

3.3.2. Критика Савињијевог концепта

Подсетимо, Савињи је разликовао две врсте закона²⁶³, оне који садрже правила о стицању или губитку неког права, којима се не сме придати својство ретроактивности, јер би тиме била повређена стечена права; и оне који дефинишу као правна очекивања²⁶⁴. У питању су права која још нису реализована, тачније њиховој реализацији се још није приступило, те без веће бојазни, могу поднети ретроактивност.

Савињи чак тврди да је потребно довољно јако желети да закони немају повратне снаге јер, како Гершић интерпретира, "треба желети да остане непоколебљива вера и уздање у владу закона који постоје"²⁶⁵. У супротном цео систем се урушава, подвргнут бројним сумњама и непоштовањем. Такође, немогуће је и да се супротно начело, тј. да закони могу и треба да имају повратну снагу, може доследно и у сваком случају извести. Гершић критикује стога Савињија, да не изводи потпуно логичан закључак, да закони не треба да имају повратну снагу, већ погрешно говори да постоји још једна класа закона, где је та повратна снага заиста потребна.

Проблем у примени Савињијеве теорије је настао због недовољно јасне разлике између наведене две категорије закона, без давања правне идеје или унутрашње мисли на којој се заснива наведена подела. Гершић као највећи напредак Савињијев и допринос науци у овом делу оцењује то што је одбио могућност да установи бројне изузетке од правила забране повратног дејства, као што су то чинили бројни други аутори. Тако је показао и доказао да повратна сила закона у одређеним областима права може бити и правило као и неповратна снага, а значајно је и што је цело

²⁶³ Savigny, Carl Friedrich von: *System des heutigen romischen Recht, Veit und Comp., Berlin, 1840*

²⁶⁴ Као што је објашњено у делу рада у ком се приказује Савињијева концепција.

²⁶⁵ Глигорије Гершић, наведено дело, стр 381.

питање пренео на терен унутрашње природе оних права на које се нови закони односе.

3.3.3.Критика Ласалове концепције

Сам Гершић је, како је раније напоменуто, био мишљења да је прецизирање појма стеченог права двоструко значајно, јер из тога следи не само које индивидуално право, већ и које области права требају да буду заштићене од повратног дејства. При том се позвао на Ласалово дефинисање овог појма, које сматра најпрецизнијим²⁶⁶. Но и поред тога је упутио одређену критику Ласалу поводом разраде овог појма.

Опстанак конкретног стеченог права зависи од вршења одређених формалних радњи, сматра Гершић. Због тога у новом закону мора бити остављен један примерени рок да се титулари права изјасне желе ли да изврше новопостављене захтеве и услове или не. Тако се ретроактивност у овом смислу треба прихватити као изузетак од правила, која ограничавајуће делује на стечена права са ваљаним правним основом или без истог.

Неку значајнију критику самој Ласаловој концепцији Гершић није упутио, будући да ју је сматрао једној од доследнијих и логички најутемељенијом.²⁶⁷

3.3.4.Критика других значајних писаца о овој тематици

Гершић даље наводи заједнички став Бронемана, Унгера и Виндшајда, да треба да постоји «изричита написана намера законодавца

²⁶⁶ На странама 58-61 овог рада.

²⁶⁷ Глигорије Гершић, наведено дело, стр.382.

за установљивање повратног дејства»²⁶⁸. Ако је нема, онда је још могуће тумачењем закона пронаћи тај смисао и решити шта је у питању. Тако би цело питање повратне снаге постало питање законске интерпретације.

Гершић сматра да дискусију о питању о повратној сили закона не треба и ограничити само на оне законе који су већ донети, већ та расправа треба да обухвати и оне законе који ће тек бити донети. Законодавац треба да се управља и доноси законе сходно природи саме ствари коју регулише у неком пропису. Наравно, сасвим је могуће, чак и веома пожељно, да у неким случајевима, где га непосредно политички разлози воде на другу страну, и одступи од те воље раније установљене и наметне своју суверену законодавну вољу. Ако се испостави да ни онда нема ништа ново ни наука да каже, онда то не ваља само за праксу већ и за науку.

Но, како је већ раније поменуто, повратна сила понекад може бити праведна, човечна и нужна и било би опасно да се у уставу нпр. нађе супротна одредба те да онда тако одузме законодавцу право и могућност да установи и нареди оно што захтевају правда и човечност. Из тог се изводи и правило да се примењује блажи закон за починиоца кривичног дела. Гершић тврди да је сва наука о овом начелу развучена и да се непотребно расплинула²⁶⁹. Ово је начело како он тврди само себе формулисало, себи је обележило свој учинак и значење.

Оваква становишта самог Гершића указују на француску доктрину, посебно у делу подршке правилу да закони о бићу и опстанку права имају повратну снагу. У питању су дакле закони где се приватном вољом ништа не може мењати јер постоји јачи јавни интерес од тога.

Сваки нови закон се, представља као бољим од претходног, и заправ- треба да буде бољи од претходног јер на извршан начин

²⁶⁸ Глигорије Гершић, наведено дело, стр.377, 382.

²⁶⁹ Глигорије Гершић, наведено дело, стр 391.

поправља претходне грешке и уводи новине, потребне друштву. Сасвим је нормално мислити да законодавац својој вољи жели да потчини нове моменте који ће се десити након доношења новог закона, већ и последице прошлих факата али које ће се реализовати након доношења новог закона. Тако је и Мурлон сматрао да је најправедније и најлогичније, но Гершић тумачи да би онда закони увек морали да имају повратну снагу. Из тога произилази да би се «право народа и његов напредак жртвовали пред оним што чини стечена права појединца»²⁷⁰.

Виндшајд и Унгер кажу , наводи Гершић даље, да кад нови закон дотиче оно што је постојеће, то није добро. Они који су заинтересовани су рачунали с тим да ће то уређење опстати и навикли су да се ослањају на тај режим. Виндшајд чак тврди да је сваки факт самим тим што је правни факт, узео на неки начин правни облик и то је учинио постојећи закон у време настанка тог факта, што видно и Гершић потврђује. Зато га ниједан други закон не може променити, тј променити му природу, јер већ у себи носи једном добијено правило и норму. Но, ово, по Гершићу ,није тачно, тај законски печат би значео ,да учинци неког односа, настали за време ранијег закона, треба вечно да се оцењују једино под оним законом кад је однос настао. У питању је нешто што мора се посебно доказати, и не узети здраво за готово. Ако је ова аргументација толико основана и дубока, како је онда могуће постојање изузетака. Онда ни не можемо признати да сваки факт у себи носи једном добијено правило и норму јер мора важити за све случајеве или да уопште не важи.

Индивидуа може да се позива на неповратну силу и против повратне да протестује само онда где постоји нека вољна радња, нека индивидуална акција, која ће каснијим законом бити изврнута и изопачена. тада је изгубљен смисоа уопште стицања права и њихове касније заштите.

²⁷⁰ Глигорије Гершић, наведено дело, стр.382.

3.3.5.Студија о повратном дејству као израз новог времена

Мисао о неповратном дејству закона је у Гершићевој студији заснована на субјективној слободи човековог духа. Закон јесте израз правне свести целог народа, која се читава у активности законодавног тела. Објављивање закона у том смислу има за циљ "да испречи руке онима који би некоме хтели да учине нешто по закону за који се не зна"²⁷¹, што на неки начин може упућивати и на повратну снагу закона и њено штетно дејство. Детаљним расправљањем своје теорије кроз примере очинске власти, права својине и државине, пунолетства, и развода брака, **Гершић је изградио најконзистентнију теорију о повратном дејству свог времена, која је послужила као основ за бројна друга теоријска становишта током 20.века.** Слично ефекту и последицама које је произвела Ласалова теорија у светској правној књижевности, такав је утицај имала и Гершићева студија о повратном дејству у српској правној књижевности-као опште место, са чијом суштином су се други теоретичари слагали или се нису слагали, коју су критиковали и беспоштедно цитирали и парафразирали.

3.4.Ставови других познатих правника

3.4.1.Живојин Перић

Перићевом правном мисли доминира идеја о закону и законитости, тј да је „закон једини извор права и највиша залога правне сигурности“, чак и да „ нам сам морал налаже да закон у сваком случају поштујемо,

²⁷¹ Ibid, str. 141.

непоштовање закона није само противно закону већ и моралу, непоштовање закона није само незаконитост већ и неморалност²⁷². Али у ситуацији када законодавац даје снагу и обавезност актима чим се појаве у Српским новинама²⁷³ а не након протекла вакације, произилази да закон постаје обавезан пре него што је народ формално и сазнао за њега²⁷⁴. Тада непоштовање закона јесте нужна последица ,а неморалност се у смислу претходног цитата, може приписати само државним органима у погледу начина обавештавања јавности, а не грађанима као таквима.

Живојин Перић је творац две веома интересантне и критичке студије, обе настале 30-их година 20. века, а све у контексту заштите стечених права. Ове студије су веома значајне и због историјског и компаративног метода које је примењивао у свом раду²⁷⁵. Тако, из студије којом стаје на становишту заштите стечених права инвалида,напомиње да је начело „неповредности стечених права“ познавао и српски Устав из 1888. године, и то у виду децидне забране повратног дејства на штету права стечених ранијим законима.Идентична одредба се налазила и у Уставу из 1903. године, док је устав из 1869. године, 1901. године и 1921. године уопште нису имали,тачније имали су неку посредну формулацију из које није била толико видљива интенција уставотворца да жели да штити раније стечена права.Оваквим чином, истиче Перић, **начелу заштите стечених права је била дата снага уставног начела, што аутоматски значи да је то начело онда требао да поштује и законодавац.**

²⁷² Живојин Перић:“О језику у законима,Поводом кодификације нашега права“, *Издавачка књижарница Гене Кона*, 1915, стр 17-18.

²⁷³ Службене новине у којима су објављивани закони и други значајни прописи донети од стране државних органа, претходница данашњег Службеног листа.

²⁷⁴ Драгослав Јовановић:“Доношење закона“, *Издавачка књижарница Геце Кона*, стр. 126.

²⁷⁵ У том смислу је изузетна његова анализа свих устава почев од 1888. године до његовог доба, као и веома критички усмерена анализа стања у држави након тзв.шестојануарске диктатуре.Видети:Живојин Перић:“О стеченим правилима инвалида“, *Архив за правне и друштвене науке*,бр.5/1932. стр.345-359.

Живојин Перић је такође био мишљења да ретроактивност не сме погађати стечена права, са нешто другачијим објашњењем, да **нови закон треба примењивати у начелу, и да увек треба имати у виду изузетне ситуације у којима се исти неће применити. Сама стечена права је дефинисао као «интересе појединаца који су заштићени законом»**²⁷⁶. То је једина сфера у којој се суверена власт (само)ограничава²⁷⁷, јер штити стечена права, будући да се „...обавезује, ангажује, да неће ништити и уопште вређати, стечена права..... законодавац приликом новог нормирања односа у држави не дира у права задобијена у обиму тих односа за време владе ранијега закона“.²⁷⁸ Нова другачија регулација друштвеног односа не сме задирати у прошлост и он већ постојеће.

Правна несигурност, по његовом мишљењу, постоји, и јаче је изражена, не толико у случају непознавања правила за будуће понашање, већ у погледу незнања које моменте из прошлости, а који су предмет расправљања пред судовима, треба третирати као стечена права²⁷⁹, тј. који од њих се могу третирати као права а који као прост интерес. Сам принцип је због тога представљен као веома проблематичан, посебно у погледу своје логичке исправности. Наведено је слично Савињијевој подели на стечена права и на правне експектативе, где се у другом случају обавезно примењује нови закон. Перић тврди да је сасвим могуће да закон не вређа стечена права већ интересе, те да у том смислу, закон може без ограничења да има ретроактивно дејство. Но оно што види као проблем јесте разликовање права и интереса, где и право (овде схваћено као

²⁷⁶ Живојин Перић: "Принцип стечених права и социјализација добара", *Архив за правне и друштвене науке*, стр. 122 –140. У том смислу, иако их није децидно тако дефинисао, сматрао да је и Ж.Перић стечена права категорисао као-субјективна права.

²⁷⁷ Слично код Леона Дигија: "Преображаји јавног права", стр.11.

²⁷⁸ Ибид, стр.124.

²⁷⁹ Живојин М. Перић: "Неколика правна саопштења", Мјесечник правничкога друштва у Загребу, ХХХИ/1905, стр.181. Овде се позива и на становиште француског правника Планиола, о разликовању права и интереса.

субјективно право) посматра као интерес, с тим што је интерес, као правни интерес, увек заштићен законом. Са друге стране, стечено право својим деловањем може бити повређено само – законом, док се интереси могу повредити и од стране-појединаца.

Само правило да нови закон не сме повредити или угрозити стечена права се може овде двојачко схватити :а) као обавеза законодавца да ниједним новим законом неће повредити раније стечена права, б) као обавеза судова и извршних органа да неће применити нови закон на штету стечених права, изузев ако у самом закону већ постоји изричита наредба у том смислу. Стога, принцип стечених права, као *принцип о неповредивости стечених права*, гарантује власнику права не само материјалну вредност права већ и сам облик права-стечено право је и вредност и облик неког права који сви морају поштовати, почев од законодавца па до крајњих адресата. Перић даље сматра да адресату неког права није свеједно, како ће и у ком облику, своје право уживати, дакле, да ли ће га имати у оригиналном облику или ће имати извесну суму новца која ће му то надокнадити. Такође, принцип неповредивости стечених права посебно гарантује накнаду штете свом титулару, у случају нарушавања или одузимања тог права (као што се чини у случају експропријације).

Начело неповредивости стечених права сваку другу власт потпуно обавезује, успостављајући једнакост наведене обавезе извршне власти са истоветном обавезом сваког појединца. У питању су лица која по својој природи, морају нужно да се налазе «испод» законодавне власти и беспоговорно да јој се покоравају²⁸⁰. То значи да ни судија, ни било ко други из егzekутиве, неће смети нови закон да примени на штету стечених права, изузев ако нови закон то изричито налаже, из

²⁸⁰ Што их чини адресатима нормe, а небитно је да ли су то државни органи, који морају са повећаном пажњом да поступају по правилима или су у питању друга физичка или правна лица.

посебно оправданих разлога. Санкција, у случају повреде од стране било ког од два субјекта је иста- накнада штете.²⁸¹»једино апсолутна сигурност у погледу стечених права јесте...подлога индивидуалистичкој идеји», те је тако и темељ буржоаског уређења и државе, каква је Краљевина СХС и била.²⁸²Сходно томе је и даља Перићева констатација, да «нико не би био склон да ради..ако не би био сигуран да ће права која је стекао трудом остати његова по својој материјалној вредности и по свом облику».²⁸³

Живојин Перић се ни у једном свом делу није изјаснио изричито против појам стеченог права, ниит против његово дефинисања као субјективног права.Прихватио је, углавном Јерингово дефинисање, јеидно се оградивши да нису сва субјективна права истовремено и стечена права.Сама стечена права јесу својеврсна „гаранција тековинама“²⁸⁴. Истовремено је сматрао и да је свака дефиниција стечених права-недовољно потпуна. У сваком случају, она(стечена права) постоје и простор у коме таква права егзистирају је простор пред којим застаје и државна сувереност, са обавезом да нови закон усмери само *pro futuro*. Нормирање се односи само на односе који ће тек настати или су у настајању. Свршени факти, већ стечена и освојена права остају изван домета нових прописа, безбедна и заштићена.

Напротив, управо је тачно да закони имају повратну снагу, и да то нису нити могу бити искључиво само интерпретативни закони,што опет зависи од карактера државе и законодавног тела у држави.И такав закон представља манифестацију воље државе, каква год да је она.

²⁸¹ Начело неповредивости стечених права своју обавезну снагу добија тако што поседује ранг уставног принципа. Исто је било изричито наведено У Уставима из 1888. и 1905, док у осталима нема ни назнаке истог. В. Живојин Перић :“ О стеченим правима инвалида“ , *Архив за правне и друштвене науке*, бр. 5/ 1932. , стр345-362.

²⁸² Живојин Перић:“ Принцип стечених права и социјализација добара поводом аграрне реформе код нас“, стр.130.

²⁸³ Живојин Перић, наведено дело, стр.131. Сматрамо ову тврдњу и најформалнијом дефиницијом стечених права код овог аутора.

²⁸⁴ Др Жарко Миладиновић:” Стечена права- *iura quaesita*“, монографија, Књижара Геце Кона, Београд, 1926, стр.12.

Ипак Живојин Перић се слаже са мишљењима својих претходника, да је ретроактивност могућа и пожељна у случају интерпретативних закона. Интерпретативни закон представља целину са законом чија се садржина њиме тумачи и додатно објашњава²⁸⁵. Воља законодавца изражена у таквом закону није нека његова нова или другачија воља, која носи другачију заповест на основу изреченог. Не може се сматрати да овакав закон има повратно дејство, јер повратно дејство закона, по самој својој природи носи различитост у односу на раније законско решење; носи сукоб две изјаве воље законодавца, што код интерпретативних закона не постоји²⁸⁶. Повратно дејство би, дакле, постојало, када би нова и другачија воља законодавца (изричита или прећутна) добила важност уназад, те би се супротставила до тада постојећем законском решењу. У супротном, ни интерпретативни закони немају обавезно повратну снагу, из управо изнетих разлога.

Перић указује на то да правило о ретроактивном деловању интерпретативног закона наилази на тешкоће у ситуацији у којој је протумачена одредба била раније предмет сталне судске јуриспруденције која јој је давала друго значење, а не оно које има по интерпретативном закону²⁸⁷. По ауторовом схватању, они који обзиром на сталну судску јуриспруденцију заснују неки приватно-правни однос, налазе се у истом положају као да су тај однос засновали на неком изреченом и несумњивом законском пропису. Ту сталну јуриспруденцију ми изједначавамо са законом према којем се интерпретативни закон појављује као нов, због

²⁸⁵ Живојин М, Перић: "Неколика правна саопштења", *Мјесечник правничкога друштва у Загребу*, XXXII/1905.

²⁸⁶ Бар тако каже презумпција о садржају раније изјављене воље законодавца и оне воље у оквиру интерпретативног закона.

²⁸⁷ О овом проблему су детаљно говорили Бартелеми, Дуге, и други француски аутори.

чега га нећемо применити на оне приватноправне односе који су настали под режимом старог закона, тј. под режимом јуриспруденције²⁸⁸

Међутим, признавање ретроактивности управо овој групи закона одговара захтевима заштите правичности и општег интереса, али дејствује и у супротном правцу, те може имати исти ефекат као дејство новог закона на стечена права. Наравно, интерпретација у овом смислу носи и опасност злоупотребе тумачења и његово даље интерпретирање које може саму норму одвести много даље од њеног изворног значења.

Даље, судови, који су својеврсни тумачи воље законодавца, не носе у својим тумачењима обавезну снагу, која води до примене. Својим тумачењем не могу изменити закон²⁸⁹, што је генерално могуће путем аутентичног тумачења. Тзв. "стална јуриспруденција", која представља „закон“ створен од стране судске праксе, би сачињавала стари закон у односу на који се интерпретативни закон понаша као нови закон. Овако схваћен и посматран, у комбинацији са повратним дејством, интерпретативни закон може бити вишеструко штетан по права стечена по ранијем закону. Ипак, неспорно је и поред бројних нових момената које је Живојин Перић унео, да интерпретативни закони имају повратно дејство и да им се то дејство не може одрећи.

Живојин Перић је своје мишљење о појму стечених права и њиховом односу са повратним дејством закона, изнео у студији, којом се бавио социјализацијом добара, у оквиру тада спровођене аграрне реформе. Интересантно је овде споменути и његов став изречен тим поводом. Сматрао је да суверена власт, колико год била неограничена не треба да заборави примену начела заштите стечених права, ни у случају опште социјализације добара. Насилно одузимање добара од њихових власника противило би се, како Перић сматра, теорији револуције, као

²⁸⁸ Харашић Жаклина, Вилма Булат Пезељ: "Теорија права у часопису „Мјесечник“, 1875-1945. године“, *Зборник Правног факултета у Сплиту*, 3-4/2006, стр.83

²⁸⁹ Додатни проблем је било непостојање обавезе публикавања судске праксе.

теорије о мирном развоју друштва, у ком случају постоји повреда у форми еволуције. Ако би, наводи Перић даље суштину своје студије, Уставотворац, по сили своје суверене власти, хтео да уместо приватне заведе колективну својину, то „не би могао без повреде стечених права садашњих власника „²⁹⁰. Та повреда би, изводи Перић даље закључак, постојала и кад би тај својински преокрет био учињен без накнаде и са накнадом. Овим се генерално успротивио експропријацији у смислу социјализације добара, било на покретним или непокретним стварима, која је тада, путем аграрне реформе, била у плану.

Са друге стране, насилно доузимање добара од њихових власника би се могао сматрати и револуционарним јер се садашњим власницима одузимају-стечена права. То је, како Перић и дефинитивно закључује, и суштина легитимитета суверености власти, „да саму себе не демантује, не сме не одржати оно што је обећала...“²⁹¹те у том смислу бисмо могли идентификовати и повреду развоја друштва по садржини.

3.4.2. Тома Живановић

Наш знаменити правник, **Тома Живановић**, је сматрао да су стечена права врста субјективног права. Треба их, сходно томе, проучавати заједно са осталим субјективним правима. Стечена права настају на основу правних норми, тј. објективног права²⁹², на чије даље

²⁹⁰ Ж. Перић: „Принцип стечених права и социјализација добара поводом аграрне реформе код нас“, стр. 129. Посебно је нагласио: *садашњим власницима*, јер стечено право у овом смислу није преносиво, те би експропријација могла да се изврши тек после смрти садашњег власника имовине, када имовина пређе у посед наследника. Ibid, стр. 132.

²⁹¹ Ибид, стр. 134.

²⁹² Тома Живановић: „Систем синтетичке правне филозофије“, Београд, 1959, стр. 242-252. Исто наводи и Слободан Перовић: „Правно-филозофске расправе“, Службени лист СРЈ, Београд, 1995, стр. 52-58. Наведено је посебно апострофирао и

постојање не утичу промене настале након његовог заснивања. Будући да у свом настајању, субјективно објективно право зависе једно од другог, она су и логички истовремена. Конституција је објективног права и правне дужности, истовремено ствара и правна овлашћења. Живановић је овим, прво побио до тада владајући став да субјективно право генетички долази после објективног.²⁹³

Ова права се стичу по неком правном основу, који може бити неко лично или безлично субјективно право. Јер нису сва субјективна права истовремено и стечена права.²⁹⁴ Али стечена права нису, по Живановићу, ни сва она права која су прибављена раније, а нови закон им није проширио своје значење. Оваква права могу бити укинута или измењена, прећуно или изричито, по слову новог закона. Ако се основ за стицање, као општи, налази у закону за сва лица или само за неку категорију, тада се у погледу њих може примењивати нови закон, иако су настала за време режима старог закона. Наведена права представљају експектативе (правне наде, очекивања), које су подложне ретроактивности из разлога што објект поводом кога ће она настати још није настао.²⁹⁵

Са друге стране, постоје и субјективна права која свој основ за настанак налазе у другим правним чињеницама, другачијим од претходних. Њихово стицање је некад орочено (у току неког рока или након протеча рока). У погледу овако стечених права повратна снага је немогућа, јер би био извршен атак на правну сигурност а индивидуални интереси појединаца били би витално угрожени.

Понављање већ установљеног мишљења страних теоретичара, које срећемо код овог аутора, да ретроактивност не утиче на садржину

Милијан Поповић у свом докторском раду „Појам субјективног права“, Завод за научноистраживачки рад Нови сад, Правни факултет у Новом Саду, 1974. стр. 12.

²⁹³ Тома Живановић: „Систем синтетичке правне филозофије“, Београд, 1995, стр. 259

²⁹⁴ Тома Живановић: „Систем синтетичке правне филозофије“, 1995, стр. 260-266.

²⁹⁵ Тома Живановић: „Систем синтетичке правне филозофије“, 1995, стр. 314.

стечених права, доводи целу теорију на почетну позицију, а то је да она морају остати непромењене и неповређена. Али као што права остају на снази и под режимом новог закона, на снази остају и правни губици по старом праву; тј. не долази до конвалидације правно манљивих радњи.

Појам стеченог права Тома Живановић није ограничио на права настала на основу акта сопствене воље, као што је то чинио Ласал, већ је укључио у разматрање и права стечена на други начин. Претпоставља се да је цела садржина неког права и била основ, мотив за његово стицање.²⁹⁶ Тиме се удаљио и од Савињијеве²⁹⁷ помало непрецизне поделе на законе о стицању права и о егзистенцији права, иако је прихватио његову поделу на стечена права и правне експектативе.

Живановић је доследно интерпретирао ставове немачких теоретичара Гиркеа и Виндшајда, што је посебно изражено приликом градације ретроактивности. Наиме, Тома Живановић, као и Гирке, познаје слабији и јачи степен ретроактивности. Када закон својом повратном снагом утиче на раније стечена права, сматра се да таква повратна снага има мањи интензитет. Ако није изричито записана ретроактивност неком закону, сматра се, према Живановићу, да намера придавања тог својства закону и не постоји. Ако се пак и поред одсуства изричитог прописивања ретроактивности, утврди да намера за тиме постоји, онда с еузима у обзир, да је у питању, како је и Гирке наводио, «што мање могуће повратности»²⁹⁸. Конкретна права и дужности који су из оваквог односа проистекли, остају нетакнутима, али нова дејства ће бити регулисана новим законом.²⁹⁹ Ако се тежи постизању већег степена ретроактивности, онда се "у сумњи нов закон неће применити на правни однос, који је већ

²⁹⁶ Тома Живановић: „Систем синтетичке правне филозофије“, 1995, стр.310-311.

²⁹⁷ Savigny: System des heutigen romischen Recht, 1856, str.237.

²⁹⁸ Тома Живановић: „Систем синтетичке правне филозофије“, 1995, стр.311.

²⁹⁹ Тома Живановић: „Систем синтетичке правне филозофије“, 1995, стр.312.

утврђен пресудом на основу старијег права"³⁰⁰, или је поступак решен већ испуњењем неке чинидбе или поравнањем .

Изузеци свакако и овде постоје, у виду тзв. диспозитивних норми, јер противи се начелима логике и правичности да нови закон регулише будућа дејства раније започетих аката. Супротно томе, нови закон се мора применити у случају императивних норми у области имовинског права, иако је такав акт последица раније предузете радње под режимом старог закона.

Аутентичном тумачењу прописа ретроактивност сама по себи, јер представља јединство са раније објављеним законом, који је сад предмет тумачења. У питању је само објава законодавца да ранији текст закона детаљније објашњава, без увођења нових елемената. Интересантно је напоменути да Живановић ниједног момента и не помишља да би законодавац приликом процеса аутентичног тумачења, могао уместо објашњавања постојећег, да понуди-потпуно ново решење.

Посебна критика овог аутора је упућена измени немачког кривичног закона, која је флагрантно прекршила принцип легалитета, те је установљена смртна казна за почињено кривично дело паљевине, са ретроактивним дејством³⁰¹. Наведено излази из оквира дозвољеног

³⁰⁰ Тома Живановић, Ibid стр 247.

³⁰¹ Тома Живановић: Да ли је препоручљиво да судија може за једну радњу која изрично не улази у законску норму да казни и да је сматра противправном, Правосуђе, бр. 3/1937, стр 257-261. Живановић је овде мислио на случај *Van der Lubbe. Marinus Van der Lubbe* је био холандски комуниста који је осуђен на смртну казну због подметања пожара у згради Немачког Рајхстага. Смртна казна, која по тадашњем позитивном законодавству није постојала, уведена је ретроактивно законом од 29. марта 1933 (*Gesetz über Verhängung und Volzug des Todesstrafe*), који је постао познат и под називом *Lex Van der Lubbe*. Починиоцима је било суђено за дела која су починили у периоду од 31.1.-28.2.1933. године, дакле, пре него је сма закон и донет. Пресуда Врховног суда је, наводе извори била веома комплексна, због управо изразите улоге истог овог случаја у целој ситуацији. Са једне стране, суд је *Van der Lubbe*-а прогласио кривим и подметање пожара и дозволио његово вешање, иако по ретроактивном закону, прихватајући на тај начин једнострану промену Устава коју је Хитлер на овај начин извршио. Са друге стране, Врховни суд је одлучио да *Van der Lubbe*-ови саучесници нису криви за подметање пожара, одбацујући истовремено

изузетка од начела неретроактивности кривичних закона, јер успоставља строжију казну од већ постојеће, и то за лица против којих је поступак још у току. Јесте да принцип легалитета захтева процесуирање под дејством закона који важи у време вођења поступка, али наведено је кршење максима *nulla poena sine lege* и да треба применити казну која је блажа по учиниоца.

Теорија Томе Живановића, критички посматрано, представља понављање општих места у разматрањима о проблему ретроактивности, изузев значајне разлике у основу настанка стечених права, тј. према општем или индивидуалном основу. Посебан значај има и Живановићево раздвајање корпуса природних права од других стечених права, јер су наведена сматрана највећим вредностима, која се стичу сама по себи, без потребе постојања вољног елемента. Са извором у природноправној концепцији, и посебним наглашавањем стицањем права индивидуалним правним основом, квалификује се као прва те врсте код нас, у чему и јесте њен превасходни значај.

„политичку нужност# као пресудни фактор у доношењу пресуде. На овај начин врховни суд је показао да не жели да буд екоришћен као полигон за политичке игре. Након оваквог иступа Врховног суда, Хитлер је новим законима и указима променио надлежност судова, те је надлежност за процесуирање политичких кривичних дела припала новоснованом Volksgericht-у, све у циљу да и даље може да управља, по свом нахођењу, оваквим поступцима.

Сам *Van der Lubbe* је био погубљен 3 дана пре свог 25-ог рођендана. Федерални суд правде Немачке је покренуо поступак за његово помиловање па основу закона из 1998. године, којим је омогућено помиловање у случајевима пресуда донетих за време трајања нацистичког режима. Пре тога је Суд у Берлину 1969 године, користећи одређене правне празнине, преиначио ову већ извршену смртну казну, у казну затвора у трајању од 8 година. Помиловање *Van der Lubbe*-а је окончано 2008. године. Подаци према: www.ushmm.org, *Holocaust Encyclopedia*., приступ сајту: 1.11.2010.

3.4.3. Ђорђе Тасић

Излагање о ставовима Ђорђа Тасића о појму и заштити стечених права и ретроактивности, почињемо представљањем његовог схватања о правној држави: "...то је држава у којој грађани имају права заснована на закону, зајемчена и према административној власти и на тај начин што она има да ради по закону и што постоји судска санкција кад она повреди права"³⁰². Ако један од ових услова није успуњен, не може се говорити о постојању правне државе, те би се таква држава могла назвати легалном или законском, што је ужи појам од правне државе. Правна држава представља други степен демократије, која се као дуготрајан процес, остварује постепено.

Зато закон које је непознат садржином и начином примене народу постаје свакако познат својом применом, но ни то није довољно да се спозна садржина неког прописа. Тасић у једном свом чланку наводи разлоге *pro et contra* кажњавања адресата због непоштовања прописа. Наиме, основна поставка је управо, како може неко одговара ако не зна да није прекршио норму? Тасић не подржава ниједно од два могућа решења; прво је да пропис постаје познат услед своје примене те да тако адресати сазнају за његову садржину. Са друге стране, постоји и став да су сва правила израз правне свести једног народа (*Volkgeist*), па их људи по природи ствари већ морају знати, јер су посредно или непосредно учествовали у њиховом стварању. У том случају, основ за познавање закона и кажњавање због прекршаја не би проистицала из фикције општег познавања закона, већ мисли да оно што је забележено у праву је оно што

³⁰² Ђорђе Тасић, *Права и дужности грађана*, Шта је правна и демократска држава. Права и дужности грађана, Нови Сад, 1925, стр 6.

већ живи или би требало да живи у правној свести и духу народа. Будући да нема две особе које мисле исто, не може се захтевати нити да имају идентичну правну свест, те самим тим се не може ни поставити претпоставка општег познавања прописа.³⁰³

Приликом разматрање овог питања, **Ђорђе Тасић** тврди да се „не могу вређати већ утврђене ситуације“³⁰⁴, које није изједначио у потпуности са стеченим правима. Сматрао је да њихова садржина није у потпуности разрађена. Стечена права су посматрана као права која и сам законодавац може одузети „кад год то буде потребно и корисно по друштво и кад год је то правично“³⁰⁵, па постаје онда нејасно, како то да уопште оваква права се и могу назвати „стеченима“ и „недодирљивима“. Стога, законодавца ово начело везује једино ако је конципирано као једно од највиших уставних начела. Чак и кад се доследно штите стечена права, не значи да је правна сигурност у потпуности реализована. Шравна сигурност је више од прокламовања и поштовања стечених права. са друге стране, утврђене ситуације се не могу нарушити повратном снагом³⁰⁶. У супротном, како сматра Тасић, не бисмо више знали "ни шта имамо ни шта немамо".³⁰⁷

Са друге стране, судија исто начело мора прихватити као интерпретативно и стога обавезујуће приликом одлучивања у појединачним случајевима.

Важна је и правна природа *утврђене ситуације*, да ли је свршена или у току, генерална или индивидуална и сл. јер то може одредити даљи ток поступања субјеката. Уговори, будући да настају на основу аутономије

³⁰³ Ђорђе Тасић: *Ignorantia legis nocet*, Анали Правног факултета у Београду, 2/1920, стр. 121-130.

³⁰⁴ Ђорђе Тасић: „Увод у правне науке-енциклопедија права“, Едиција класици југословенског права, Службени лист СРЈ, Београд, 1995, стр. 246-248.

³⁰⁵ Ibid, стр. 246.

³⁰⁶ Ђорђе Тасић: „Увод у правне науке-енциклопедија права“, стр. 246.

³⁰⁷ Ибид.

воље странака, изузети су од наведеног, па се у погледу њих, увек има примењивати ранији закон. Странке су приступиле уговору са знањем одговарајућих последица које ће тиме произвести; да су знале за другачије, вероватније је да уговор никада не би закључиле, а аутономија воље коју уживају остала би само пука прокламација. Посебна пажња је посвећена природи интерпретативних закона, као вида аутентичног тумачења, коме се неретко прибегава.

Да би један закон био интерпретативан, потребно је да се односи на правно правило које је нејасно и да не додаје нови елемент том правилу. До њега долази тако што неки закон не може бити применљив, због својих недоследности или нелогичности, или услед различитог тумачења од стране органа који га примењују, таквих, да чак и једно друго искључују. Будући да законодавац овом приликом хоће да „фиксира смисао закона или исправи погрешно тумачење“³⁰⁸, повратно дејство овакве „допуне“ нужно треба ограничити. Сложени задатак утврђивања да ли је заиста у питању старији, само побољшани закон или потпуно нова регулатива, поверава се судији. Битно је нагласити да се карактер закона (да је интерпретативан) не може поставити као необорива претпоставка, већ управо оборива, јер је потпуно могуће да закон носи назив интерпретативног а да то није, већ да је нови закон. Наведено својство мора бити изричито наглашено. То значи да и судови могу признати својство интерпретативности само закону коме је законодавац то изричито подарио. Тиме је на неки начин, судији поверена улога тумача аката самог законодавца, чије тумачење ће имати већу снагу него самог законодавца.³⁰⁹

³⁰⁸ Ibid, стр.247.

³⁰⁹ Дискутабилно је колико судија може добро обавити посао тумача воље законодавца у случају утврђивања значења интерпретативних закона. У том случају постоји чак и нова потреба за-даљим тумачењем.

Развијајући даље изузетно критичан став према целој концепцији стечених права, Тасић је посебно обрадио став да свака појава за себе, како наступи у току времена, потпада под закон који важи у том моменту. Када законодавац даје великодушност индивидуама да путем уговора уреде међусобне односе, он истовремено дозвољава "разноврсност, према потребама индивидуа".³¹⁰

Колико је мишљење о повратној снази закона лоше, јер гази стабилност и принцип познавања права да би се по њему могли понашати, толико је и његов антипод-неретроактивност једностран јер установљава статичност у праву, које треба редовно да одржава корак са друштвеним напретком и односима у том смислу(барем да се та динамика успоставља и са повратним дејством норми). Исто са собом носи извесну противречност, јер посматрано као рационалан и оправдан факт, могло би представљати „мртво“ начело-које постоји, али се не примењује. Нови закон са повратном снагом може изменити саму слободу субјекта да доноси одлуке по свом нахођењу, у целини или делимично. Наравно, не треба заборавити на циљ права а то је постизање правичности и заштите интереса субјеката. Наведени циљ се остварује различитим техничким или другим средствима, при чему као стална остаје сумња у исправност законодавних решења.

Тасић остаје на становишту Живојина Перића, да извесни акти морају бити засновани на индивидуалним актима, и да су управо неодвојиви једни од других.³¹¹ Постојање таквих субјективних права, само по себи, условљено је њиховом сопственом законитошћу, али представља истовремено и осигурање истог права. Закон, као више начело, захтева поштовање, јер повреда закона није ништа друго него поништавање

³¹⁰ Ђорђе Тасић: „Увод у правне науке-енциклопедија права“, стр.247.

³¹¹ Ђорђе Тасић: „Разлика субјективног јавног права и интереса- субјективни и објективни спор“, *Архив за правне и друштвене науке*, бр. 4/1932, стр. 457-461.

закона самог, а то је и индиректно повреда свих права, између осталих и стечених права.³¹²

Тасић је још одбацио идеју о потпуности и затворености правног поретка³¹³ и тезу да све што није предвиђено не вреди уопште правно, тј. посматрано са становишта права. Непредвиђени случајеви који су по својој природи правни, морају се решити применом постојећих правних правила а сва друга питања, по моралним и другим социјалним правилима.³¹⁴

3.4.4. Андра Ђорђевић. Нинко Перић. Димитрије Матић.

Андре Ђорђевић је детаљно оправдао примену начела о неповратној снази закона у појединим областима грађанског права, захтевајући забрану „искретања правне воље, вређање слободе, свести и мишљења индивидуе“³¹⁵. Наравно, полазна тачка његове теорије је исто заштита стечених права субјеката, што сматра једним од основних начела сваке модерне државе³¹⁶.

³¹² Наведено је иначе став теоретичара Лаферијера, чију је концепцију Тасић истицао као ретко ваљану и доследну. Ђорђе Тасић: „Увод у правне науке-енциклопедија права“, стр.-457-461.

³¹³ У питању је идеја о логичкој самодовољности права, према којој је тренутни садржај права једне државе довољан за решавање и оних правних ситуација које уопште нису регулисане постојећим правилима, и то без доношења нових правила.

³¹⁴ Тодор Подгорац: „Правна празнина и аналогија уопште, и посебно, у схватању Ђорђе Тасића“, *Архив за правне и друштвене науке*, 4/1993, стр 681-688. Тасић је у свом „Уводу у правне науке“ поставио питање разлике између права и морала. Наиме, Кант је, како он тврди, поставио ту разлику на основу „мотива покораванја“. Ниједан члан друштва „не прима законе унапред“, већ временом развија свест о дужности поштовања са једне стране, и, најчешће страх од казне, са друге стране. Можемо рећи да је прва појава као мотив покораванја присутна код примене моралних норми, а друга страх од казне.

³¹⁵ Андра Ђорђевић: „Систем приватног (грађанског) права“, едиција Класици југословенског права, Београд, 1995 стр.168. И овде имамо доследно прихватање Ласалове концепције, али и разрађеније концепције самог Гершића.

³¹⁶ Треба имати у виду да је дело настало у периоду од 1893-1896. године.

Упутио је прво, једва приметну критику начину изучавања овог проблема. Све што су досад теоретичари учинили, јесте да су, како каже Ђорђевић, побројали изузетке од начела неретроактивности, тј. ситуације када је могуће применити повратну снагу закона, а да нема негативних ефеката. Задатак науке није установљавање листе изузетака од правила, већ управо установљавање правила. Набрајање изузетака се стога поима као негативно дефинисање, које је једнако штетно као и да дефинисање уопште није ни извршено или је приликом дефинисања истакнуто неко својство које није карактеристично за ту групу појава. Не постоји мали број изузетака, но управо зато неко правило треба схватити као уско конципирано, и потребно га је прво јасно и недвосмислено дефинисати. Наука није обавила добро свој задатак, сматра А. Ђорђевић даље, докле год се и најмања сумња у истинитост и применљивост неког правила не нестане.

Ни теорија Андре Ђорђевића није понудила неко ново или другачије решење од већ постојећих³¹⁷, и састоји се у доказивању већ доказаног и потврђеног, да приликом проучавања материје ретроактивности треба кренути од појма стечених права. Сама стечена права је дефинисао као "таква субјективна права³¹⁸ која су прибављена индивидуалним вољним радњама, а под свим законским претпоставкама и погодбама оног времена кад су извршена".³¹⁹ Проста правна очекивања или надања се не сматрају стеченим правима. Њихова заштита јесте

³¹⁷ При чему је наводио и анализирао мишљења Унгера, Ласала, Виндшајда и Савињија.

³¹⁸ Субјективно право је по Ђорђевићу, власт појединца над неким одређеним предметом, коју му је објективно право створило и дефинитивно признало. Титулар права само одлучује жели ли да оствари заповест коју је објективно право издало у његову корист.-видети: А. Ђорђевић: Систем приватног (грађанског) права Краљевине Србије, Прва књига, општи део, друга половина, Штампарија Краљевине Србије, Београд, 1896, пар.437, стр.6. Појам субјективног права се код Ђорђевића позиционира на својом врху приватноправне пирамиде- предговор Гордане Станковић издању Система приватног (грађанског) права из 1996. године

³¹⁹ Андре Ђорђевић: „Систем приватног (грађанског) права“, стр.168.

заштита једном остварене природне воље индивидуе. Чак ни најмоћнији законодавац ,наставља даље А. Ђорђевић, "не може толико далеко ићи да учини да је индивидуа нешто друго хтела, а не оно што је по свом слободном избору хтела и споља реализовала.³²⁰

Утврђивање садржине овог појма значило би „откривање једног руководног принципа“, из ког је касније једноставно изводити одговарајуће последице. Тај „руководни принцип“, тј. **основ стечених права јесте управо људска слобода, схваћена као вредност и заштићена различитим законским али и природноправним механизмима.** Тај руководни општи принцип Ђорђевић проналази управо у Ласаловим постављеним принципима, сматрајући их простим последицама појма неповратен силе закона.³²¹

Треба издвојити посебно законски позитивизам А. Ђорђевића, и став да "грађанскоправна наука обрађује грађанско право, као свој предмет интерпретативно, историјски и систематски". Неминовно је у том раду, да се преплићу постулати, принципи и теорија грађанског приватног права, са општом теорија права и филозофијом права, јер "исто полази од позитивног права, да би преко опште теорије права завршила пут у филозофији права, тражећи своје корене у последњим и највишим сферама људског сазнања".³²²

То преплитање грађанског права са теоријом права је посебно видљиво у делу где се говори о "примени начела о неповратној сили закона на поједине грађанске законике"³²³. Тако, А. Ђорђевић наводи да, кад су у питању закони који се тичу правних стања или својстава лица, који

³²⁰ Ибид.

³²¹ Андра Ђорђевић: „Систем приватног (грађанског) права“, стр. 167.

³²² Божидар Марковић: "Развој теорије приватног права (1851-1941), Зборник радова "Научно наслеђе Правног факултета у Београду (1841-1941), Београд, 1994, стр. 119. Исто наводи и Гордана Станковић: прилози за биографију А. Ђорђевића, предговор Систему грађанског (приватног) права из 1996. године, стр. 23.

³²³ Андра Ђорђевић: „Систем приватног (грађанског) права, стр. 169-185.

регулишу апсолутна лична права-уопште ни нема субјективних права, већ су у питању "погодбе или претпоставке за правну способност и способност за правну радњу"³²⁴. У том смислу се не може ни говорити о стеченим правима код овакве врсте закона.Једини специфичан случај је стицање држављанства природжењем, јер је то последица вољне радње природженога (странца), да по одређеним условима добије ново држављанство.промена услова за стицање држављанства (а то је тврдио и Ласал) не одузима држављанство на овај начин стечено, ако га је лице стекло по условима који су важили за време важења претходног закона.³²⁵

Са друге стране, све облигације које потичу из уговора, као и из противправних дела, увек ће се пресуђивати по закону важећем у време настанка тих облигација.³²⁶Исто важи и за законе који регулишу форму правних послова.³²⁷

А:Ђорђевић је и посебно разматрао однос принципа неретроактивног дејства према апсолутним законима, који припадају као такви-јавном праву.Прохибитивни закони не могу имати повратно дејство на приватно-правне уговоре, закључене под владом старог закона³²⁸.Они нови прохибитивни закони, који одређују начин прибављања облигација, се морају одмах применити на све уговоре, кји постпоје, као и на све остале правне односе.³²⁹Друга врста прохибитивних закона , који мењају начине прибављања стварних права, може имати, по мишљењу А.Ђорђевића, неоправдано повратну снагу.³³⁰Нови закон може ретроактивно деловати и на стечена права и на већ закључене уговоре и њихова дејства, али смоа ако он одржавање тих права и уговора учини

³²⁴ Андра Ђорђевић: „Систем приватног (грађанског) права, стр.169.

³²⁵ Андра Ђорђевић: „Систем приватног (грађанског) права,стр.170.

³²⁶ Андра Ђорђевић: „Систем приватног (грађанског) права,стр.173.

³²⁷ Андра Ђорђевић: наведено дело, стр.177.

³²⁸ Андра Ђорђевић: „Систем приватног (грађанског) права,стр.181.

³²⁹ Андра Ђорђевић,наведено дело, стр.182-183.

³³⁰ Андра Ђорђевић,наведено дело, стр.183.

зависним од таквог услова чије испуњење стоји једино до слободне воље ових лица која та права мају.

Интересантно је споменути и мишљење **Нинка Перића**, такође истакнутог цивилисте. Принцип неретроактивности, имајући за подлогу правну сигурност, јавља се као неопходна гаранција социјалног поретка. Иако је Ласалова формула имала велики број присталица у нашој правној теорији, Нинко Перић улази у круг аутора који су поред прихватања Ласалове концепције у начелу, исказали и неке новине у поимању ове проблематике.

Ако следимо стриктно Ласалову концепцију, стечено право имамо онда ако је оно прибављено сопственом вољном радњом. Из тога следи да значи да нема стеченог права где нема вољних радњи; међутим то не може бити тачно. Права из отворених наслеђа су стечена, као и она из деликата и судских наредби иако нема вољне радње лица која су титулари тих права. Субјект постаје наследник не услед своје индивидуалне воље, и радње које је преузео у том смислу, већ услед смрти оставиоца, који је један бјективан догађај. Граница између стечених права и оних овлашћења или интереса нада и очекивања која не долазе под појам стечених права, врло је покретљива и не може се са сигурношћу одредити³³¹

Човек, који иначе ужива једно субјективно право, познато законом, не може бити лишен тога доношењем новог закона, иначе би поверење у социјалну заштиту било пољуљано. Законодавац треба да поштује стечена права појединаца" и у смутњи"³³², кад се то изричито не каже, треба сматрати да је то хтео да учини. Онда када законодавац сматра да је одржавање неког од стечених права штетно за социјални поредак, он га може свакако укинути.

³³¹ Нинко Перић, "Основи грађанског права", Београд, 1992, стр.42

³³² Нинко Перић, наведено дело, стр.49.

И ставови **Димитрија Матића** су унеколико слични и остају на позицији очувања стечених права³³³. Иако је принцип неретроактивности познат још од римског права, управо нам историја људских односа и самог права показује бројне недоследности и кршење управо овог значајног принципа. Неретроактивност значи да се факти настали за време важења старог закона, морају разматрати само по том закону. Јер, ако би се каснијим законима решавала и она права која су пре његовог ступања на снагу стечена, онда „не би било слободе, ни безбедности, ни права собственности“³³⁴. **Неразумно је, даље Матић наводи, „хтети заповедати, забрањивати или дозвољавати оно што је већ учињено“**³³⁵, тј свршена акта и стечена права морају остати нетакнутима.

Они поступци, започети за време важења претходног закона а пре ступања на снагу Законика³³⁶, а нису још пресудом (правоснажном) завршени, биће завршени по новом Законику, ако нема посебног закона или уредбе који регулишу управо ту материју. Постојање *lex specialis*-а би дерогирало примену општијег Грађанског законика, иако је касније донет и можда установљава другачије правило поступања. *Lex specialis* ипак дерогира и нови закон, јер је „јаче“ правило *lex specialis derogat legi generali* од правила *lex posterior derogat legi generali*.

³³³ Тодор И. Подгорац: „Основни појмови о праву и правословној науци и о грађанским законима уопште према „Објаснењу“ Димитрија Матића“, у оквиру зборника: „Огледи о праву-филозофија права, теорија права и социологија права“, Крагујевац, 1998, стр. 373-383.

³³⁴ Цитат према: Тодор И. Подгорац, наведено дело, стр. 377.

³³⁵ Ибид.

³³⁶ Димитрије Матић је приредио коментар Грађанског законика из 1844 године; коментар је под насловом „Објаснење Грађанског законика за Књажество Србију“ објављен 1850. године.

3.5.Рецепција аустријског концепта заштите стечених права

Жарко Миладиновић био је један од истакнутих српских политичара почетком 20 века. Његово бављење правом је остало у сенци након започињања прилично успешне али и интригантне политичке каријере. Тако је и сама студија о стеченим правима, под називом *lura quaesita*-стечена права,стигла некако на самом крају и правничке и политичке каријере али и самог Миладиновићевог живота. Управо зато, а и због временског јаза који стоји између ове студије и још једне студије на исту тему,коју је написао Глигорије Гершић 1888.године, постоји и потреба да се ближе бавимо овим делом и концепцијом или боље речено концепцијама које су у њему изложене.

У расправама о појму, значају и последицама постојања стечених права,сам Миладиновић нема сопствени став поводом овог питања. Монографија представља више величање већ постојећег решења,без имало критицизма који би се могао упутити целој концепцији стечених права. Тачније, једине критичке ноте су видљиве у делу у коме се наводе мишљења других познатих домаћих правника у овој материји,посебно према Лази Марковићу и Слободану Јовановићу, својим више политичким него правним опонентима. Њена вредност је и у томе што у општој сагласности домаћих аутора са француском концепцијом стечених права,стичемо први комплетан увид у нешто другачију, аустријску правну провенијенцију.

3.5.1. Расправа о појму стечених права

На самом почетку, Миладиновић тврди да је појам стечених права споран, будући да има оних аутора који сматрају да није основана разлика између тзв. законских права, која су сама по себи на закону заснована и тзв. стечених права, јер свако право има карактер стеченог права. Сходно том мишљењу, термин стечена права нема никакве вредности, због чега не би било потребно ни да се сам термин као такав одржава³³⁷. И код француских правника, наводи се, мишљење је подељено. Неки сматрају да је довољно све подвести под појам стечених права, без неког посебног објашњавања, док нпр. Диги и Планиол су сматрали да нико не може дати такву дефиницију стечених права која би била задовољавајућа и свеобухватна.

Аустријски правници Пфаф и Хофман, по њему, постављају оправдано питање, која права могу добити нарочиту „штедњу“ или заштиту, тј. која права законодавац треба нарочито да "поштеди". Тек након јасног дефинисања врсте и обима таквих права, наводи они, се може говорити о разумевању концепта стечених права³³⁸. Даље, битно је истаћи и да ако и постоје права која треба да се "штеде", у ком смислу та заштита може да се гарантује. Уз то, констатовано је, да је и сам термин стечена права "прилично незгодан" за неприкосновена или "неповредна" права³³⁹, јер не исказују у потпуности суштину њиховог постојања, као права која треба да опстану као недирнута од стране законодавства .

³³⁷ Жарко Миладиновић: "Стечена права- *iura quaesita*", монографија, Књижара Геце Кона, Београд, 1926.

³³⁸ Исто, стр. 10.

³³⁹ Исто, стр. 11

Миладиновић издваја три различита мишљења о појму и последицама стечених права³⁴⁰. Прво је мишљење да су стечена права она која су настала за време пређашњег, старог закона, које је стекло неко лице, "на посебном правном разлогу"³⁴¹. Ласалово мишљење је сврстано овде, као једно од сродних, но с извесном варијацијом, да се таква права стичу само путем изричитих људских радњи. Ласал даље зато тврди, да оно што се обично назива стеченим правом, заправо је конкретно одређено субјективно право.

Према другом мишљењу, сва су права стечена права, као што тврди Јелинек. На крају, мишљење Пфафа и Хофмана да су то **неповредива права која треба и сам законодавац да штеди и да не повређује ни на који начин**, је сам Миладиновић прихватио и оправдао као једино право решење и дефиницију појма стечених права, а која задовољава захтев с почетка, тј. да је свеобухватан.

Миладиновић ипак изриче и извесне критичке оцене, но чешће то чини у погледу домаћих него иностраних правника. Једна од можда најоштријих критика је упућена управо Слободану Јовановићу³⁴², због недоследности и нелогичности у излагањима о тематици поштовања стечених права. Наиме, у свом првом издању *Уставног права Краљевине Србије*, Јовановић не говори шта су стечена права, већ само цитира чл. 36 српског устава из 1903. који каже да закон не може да има повратну силу, на штету права стечених ранијим законима. Но већ у истој књизи додаје, да према тадашњем уобичајеном схватању стечених права, стечена права нису неприкосновена за нашег законодавца. Јер, ако се стечено право мора штитити под посебним условима, како се онда може назвати неповредивим. Исти став понавља и у књизи *Основе правне теорије о држави*, тачније да законодавни органи могу у свако доба

³⁴⁰ Исто.

³⁴¹ Исто, стр. 12

³⁴² Исто, стр. 16

променити законе, а с њима укинути и сузити и она појединачна права, која на основу тих закона постоје.

Миладиновић посебно истиче домете³⁴³ других значајних правних умова у овој области и несумњиво указује и на сопствену оријентацију. Тако, цитира став Живојина Перића, да се врло често не може знати постоје ли у неком случају стечена права или не³⁴⁴. Но свакако истиче да су стечена права „гарантија нашим тековинама“³⁴⁵. Простор у коме таква права егзистирају је простор пред којим застаје и државна сувереност, са обавезом да нови закон усмери само *pro futuro*. Нормирање се односи само на односе који ће тек настати или су у настајању. Свршени факти, већ стечена и освојена права остају изван домета нових прописа, безбедна и заштићена.

3.5.2. Стечена права као већ постојећа права

Миладиновић је присталица оног трећег мишљења, да су то права која мора да поштује и сам законодавац, и да су то свакако постојећа права а не "пуке наде, овлашћења или очекивања"³⁴⁶, што објашњава на следећи начин. Апстрактно овлашћење за стицање неког права значи остваривање извесних претпоставки наведених у неком закону. Тако исто стоји и са овлашћењима, која извесне класе лица или ствари имају на основу сингуларног правног правила. Уколико старији закон једној класи лица или ствари даје *in abstracto* овлашћења, а новији закон то исто овлашћење одузима. Ново законско одређење протеже се на сва лица или ствари, оној класи којој припадају. Но никако се не могу односити на лица

³⁴³ Исто, стр. 21.

³⁴⁴ Перић је покушао дефинисати стечена права у чланку „Принцип стечених права и социјализација добара поводом аграрне реформе код нас“, у часопису „Друштвени живот“, 1920, стр. 124.

³⁴⁵ Жарко Миладиновић, наведено дело, стр. 12.

³⁴⁶ Исто, стр. 22 и даље.

која ће у будућности живети или ствари које ће тек у будућности настати. Конкретна права, која су под пређашњим законом стечена, или ствари, остају нетакнута и под новим законом, сем ако нови закон не донесе нову одредбу која потиरे поменута стечена права³⁴⁷.

Даље, "ако је осуда већ за време важења једног закона изречена од стране првостепеног суда", виши суд не може применити нови закон, јер апелациони суд треба да испита да ли је првостепени суд правилно применио правила ранијег закона, који је био важећи у време кад је настала и првостепена пресуда. Ако ствар код првостепеног суда није била пресуђена а почео се примењивати нови закон, то се онда апелациони суд не треба обазирати на одредбе ранијег закона. Значи, нови закон ће се на поступак у току примењивати непосредно и одмах. Другачије је, ако је том пресудом утврђен и регулисан неки друштвени однос, који нови закон баш жели да укине. У таквом случају и осуда и пресуда, итд., остају без правне важности.

Права која су везана за рок или услов нису проста очекивања или наде, већ се имају сматрати конкретним правима која већ постоје. Не могу се сматрати стеченим правима ни овлашћења која почивају на правилу да што није забрањено је дозвољено. Али ако би се управним законом одређивало нпр. колико хлеба да се троши, као што је рађено за време рата и после рата у неким државама³⁴⁸, тада се грађани погођени том одредбом не могу позивати на неко стечено право, нити таква одредба значи задирање у било чија стечена права. Ту је одлучивање извршено у општем интересу, ком је дар приоритет у односу на индивидуалне интересе.

Као један од ретких ставова са којим се не слаже, Миладиновић наводи став Лазе Марковића, да се не треба ограничити само на

³⁴⁷ Наведено је у потпуности прихваћено становиште Пфафа и Хофмана, исказан поводом имовинских права и њихове заштите.

³⁴⁸ Исто, стр.26.

имовинска права кад се дефинише обим стечених права, већ да то треба проширити и на породична права и лична права. Ово мишљење не треба усвојити јер је породично право у највећем делу, како тврди Миладиновић³⁴⁹, јавноправног карактера и не може се мењати приватном вољом, јер се у овом конкретном случају, у законодавству остварује морално уверење народно или већине. Но са друге стране, томе се супротставља начело поузданости закона на важним пољима права и ту је потребно "мудро законодавство", да поштеди такве друштвене односе, који постоје, могућих моралних заблуда и "урушавањем постојећих међуљудских односа".

3.5.3.Стечена права као гаранција правне сигурности

Како Миладиновић даље наводи, Пфаф и Хофман су сматрали, да свако ко има јасну слику о томе која је разлика између „еластичних“ и когентних норми, између права која се могу неограничено користити и оних која су временски орочена, али и између односа са стереотипним обележјима и оних са индивидуалним значајем, може лако препознати да ли је основано или не позивање на поуздање, поверење у „свагдањи правни поредак“³⁵⁰. Ово је критиковао Буркхард, постављањем новог питања, кад је такво поуздање оправдано а кад је "лудо очекивање", да се правно стање неће променити. Но Пфаф и Хофман тврде, а што Миладиновић подржава, да је најважнији стварни принцип, тј. *да закони желе и треба да буду норме за наше понашање и ми им се морамо покоравати*, али са друге стране морамо имати и могућност да се у исте те норме поуздамо. Ми морамо зато, наводи он даље, бити обезбеђени у нашем праву ослањајући се на законе, тј да осећамо сигурност кад наше понашање прилагођавамо захтевима садржаним у законима. У случају

³⁴⁹ Исто, стр. 27.

³⁵⁰ Исто, стр. 28.

постојања било какве сумње, треба узети у обзир принцип, " да закони треба да штеде стечена права". У случају да сумњамо у то или та намера није изричито наведена, треба узети да закони то заиста и чине. Миладиновић је и ово у потпуности прихватио без иједне замерке формалног или логичког типа.

Неки аутори у овом периоду сматрају да је појам стечених права и њихове заштите идентичан са појмом о повратности или неповратности. Савињи је сматрао, као и Унгер, да је формула, да закони немају повратне моћи, идентична са формулом, да нови закони остављају стечена права недирнутима. По схватању самог Миладиновића, ова два појма иако су сродна, нису истоветна, ни по поводу, ни по обиму³⁵¹. Нису слична ни по томе што се стечена права могу укинути и управним путем, а не само законом, као што је то случај код експропријације. Са друге стране, повратна снага се може извршити само путем закона.

Миладиновићево схватање о постојању „теже“ и „блаже“ ретроактивности је слично схватању Томе Живановића и Ота Гиркеа (иако у целој монографији не прецизира шта сматра случајевима теже и блаже ретроактивности). Посматрано по основи установљавања права, произилази да се требају одбацити „теже врсте повратности“³⁵², јер не могу истовремено постојати два противуречна закона, и да оба подједнако важе и примењују се. Ако се неко правно стање укида уназад, то тада нови закон себи подвргава време које је већ неки други закон под својом влашћу имао. А и ретроактивност блажег степена треба избегавати јер ће се свакако „уздрмати“ поверење у законе.

Захтев да се стечена права требају поштовати, потиче из сазнања или слутње да су наша стечена права један део нашег личног живота и из чињенице да се свако задирање у стечено право осећа као неправда.

³⁵¹ Исто, стр.35.

³⁵² Исто, стр.19.

Ако је гледати по обиму права, има случајева ретроактивности где се не ради о повреди стечених права, нпр. ако закон уведе лакшу и једноставнију форму тестаментата тако да тиме могу бити конвалидирани и тестаменти који су пре били сачињени у другачијем облику. Са друге стране, стечена права могу бити повређена и новим законима који немају повратне снаге. Ако се изврши конфискација имања једног лица или читаве групе, то је најтежа повреда. Ту нема повратног дејства, јер држава одузима због претежног јавног интереса оно што је стечено.³⁵³

Посебно је оцењена као интересантна и расправа која обухвата тумачење пар. 5 Аустријског грађанског законика коме одговара пар. 7 Српског грађанског законика. Оба параграфа у идентичном тексту постављају неповратност закона као више и значајније начело, док се став о стеченим правима промишља као једна једина примена овог начела. Зато исти параграфи у идентичном тексту разликују "претходне радње" од пре "стечених права"³⁵⁴.

Пфаф и Хофман сматрају да „неповратност“, поред бројних значења која јој се приписују, није ни превише „моћан“ термин, јер "не може са својим магловитим садржајем описивати све могуће ситуације"³⁵⁵. Миладиновић то објашњава тиме, да су одредбе из споменутих параграфа (дакле, оне које се односе на неретроактивно деловање прописа) само упутство судијама, како да поступају у неким случајевима. На будућег законодавца се ова одредба не односи, па онда законодавац може слободно да да закону повратну снагу.

На крају, важно је напоменути и расправу о природи интерпретативних закона. Живојин Перић је тврдио да интерпретативни

³⁵³ Исто, стр. 19.

³⁵⁴ Исто, стр. 20.

³⁵⁵ Исто, стр. 31.

закони могу да имају повратну снагу, али *не увек*³⁵⁶. Такав нови закон се простира својим дејством на све раније правне радње, сем ако нису завршене правоснажном пресудом или поравнањем. Законодавац, сматра Миладиновић, не стиже да непосредно изрази и растумачи своју вољу, већ "опуномоћава судску власт да ту његову вољу изнађе и прокламује"³⁵⁷.

Са друге стране, Лаза Марковић је тврдио да ти закони увек имају повратну снагу, само не могу вређати стечена права³⁵⁸. Пфаф и Хофман, а што свакако прихвата и Миладиновић, се не слажу са овим јер сматрају да се овај закон може посматрати као део постојећег закона, па се и интерпретативни и онај стари закон који се тумачи, имају сматрати за један исти закон. Права аутентична интерпретација има само привидно повратну снагу, и ови закони како тврди и Капитан, не мењају претходне законе, јер само јасније одређују неки нејасни део у неком закону. Миладиновићево мишљење, је као и увек негде између, но некако више на страни споменутих аустријских коментатора.

3.5.4. Принципи стечених права

На основу свега изнетог, Миладиновић је дефинисао основне принципе који се требају поштовати ради очувања стечених права:

„1. стечена права треба штедети колико год се може

³⁵⁶ Живојин М, Перић: "Неколика правна саопштења", Мјесечник правничког друштва у Загребу, XXXI/1905.

³⁵⁷ Ђорђе Тасић: О природи интерпретативних закона, Анали Правног факултета у Београду, 5/1920, стр.363-368

³⁵⁸ Марковић Лаза: "Грађанско право", I књига, Бг, 1912, стр 65. Стечена права нису она општа или специјална лична права која постоје било за све грађане или само за чланове једног друштвеног реда и то на основу закона. Ту долази право на слободу занимања, статусна права, која су правна стања слична субјективним правима. Тим правилима недостаје особени правни основ прибављања.

2.стечена права не смеју стојати на путу општем напретку а могу се укинути и без накнаде штете,

3.гдегод је у питању нечија егзистенција,опстанак,мора се за стечено право дати накнада а нарочито где то захтева правичност, јер данас,законодавац мора да има у виду максимум да је право вештина доброг и правичног.

4.јавно право не познаје стечена права. Политичка права нису никада била стечена права, и ако јавно право не познаје стечена права, ипак се може чиновнику чије се место укине приликом реорганизације службе дати отпавнина или пензија сходно томе за шта испуњава услове³⁵⁹.

Укидање стечених права не сме представљати насиље или укидање слобода, јер укидање слобода изазива само контраефекат, као и неправедно поништавање или укидање стечених права и слобода. Тако, цензура представља озбиљно насиље према новинарској слободи, али приватни интерес заштите ипак треба да буде потиснут општим и јавним интересом.

Поштовање стечених права води ка заштити имовинских права појединца, а све у циљу спречавања могућности, да држава може немилосрдно поступати са појединцима у држави и њиховом имовином. Тако се не би изгубила свака вера у закон, јер сваки држављанин треба да зна, по којим ће се законима владати. То је једино могуће ако се поштују правни послови учињени за време владавине тадашњих закона те се не укидају новим законима. На овај начин се утврђује и учвршћује „ауторитет и углед државних закона и законског реда“³⁶⁰.

³⁵⁹ Жарко Миладиновић, наведено дело, стр.26. и даље.

³⁶⁰ Исто

3.5.5. Значај Миладиновићевог дела

Приликом критика уперених на претпројекат немачког кривичног законика³⁶¹, констатовано је да постоји све више присталица и међу теоретичарима и практичарима, да се увек има применити нови закон, који је на снази док се спроводи суђење. Једноставно, не може починилац кривичног дела да се позива на своје стечено право да му се суди по блажем закону, јер ни кривично дело није почињено из тог разлога³⁶².

Насупрот томе, цивилистика и уопштено остали правни односи остављају више простора за различита теоријска становишта, која сва у једнаком обиму могу бити прихватљива и логички доследна. Таквих критика овде није било, те је у том смислу ова концепција, проистекла из пера аустријских коментатора цивилиста постала најдоследније прихваћена концепција у српској правној науци, и то не само у делу Миладиновића, већ и делима других домаћих теоретичара. ***Можда и није случајно што је управо концепција заштите стечених права и једна од најразвијенијих у аустријској и немачкој правној науци, будући да се код њих „стицање“ аутоматски повезује са правима имовинске природе.***

Заштита стечених права је била и остала довољно интригантно питање којим су се бавили бројни теоретичари и практичари. Но конкретно усвајање посебно у овом делу наведене аустријске концепције има и своју импликацију, да је српска правна наука у том периоду, иако поклањајући доста времена страним утицајима, успела да изгради сопствени упечатљив стил.

³⁶¹Михаило П. Јовановић: "Ретроактивност кривичних закона", *Архив за правне и друштвене науке*, бр 1/1920, стр.1-13

³⁶² Ibid.

3.6. Драгослав Јовановић и бављење српском законодавном праксом и теоријом у првој половини 20ог века.

Драгослав Јовановић је био изразито плодан писац, али пажњу у контексту овог рада завређује његово обимно монографско дело, које се бави –доношењем закона. Управо у тим најфинијим нијансама полемике у погледу термина-да ли *обнародовање* или *публикација* закона, да ли *ступање на снагу* или *примењивање*, Јовановић је понудио извесна решење која би припадала управо области транзиторног права, тј. могућег сукоба закона у времену. Иако се на први поглед гледано, бавио стриктно само моментом постанка неког закона, Јовановић је дао значајне замерке тадашњем систему доношења прописа, утврђујући као честу ману-недовољну посвећеност адекватном оглашавању закона у јавности, па самим тим и настанка својеврсне правне несигурности грађана у погледу њихових будућих и већ стечених права и обавеза. Овде више није могла стајати као главна замерка –неписменост народа али и чиновника дужних да спроводе законе, него наслеђена општа незаинтересованост самих грађана за сазнавање нечега вишег од устаљених обичаја, и неагилност самих државних органа, неретко и намерна, у њиховом раду.

Свака власт тежи, бар у једном моменту, доношењу неких "лаких решења", тј лаког премошћавања проблема који су настали у пракси, те посеже за решењима која и нису, са становишта правне теорије и устаљених правила, правно прихватљива.³⁶³ Но, као што је напред наведено, наводимо ову монографију као вредан извор управо примера стечених права и ретроактивне примене у српском праву у периоду чак од Сретењског устава па до 20-их година 20 века.

³⁶³ Драгослав Јовановић: "Доношење закона", Београд, Издавачка књижарница Геце Кона, 1923, стр.111.

Тако је Јовановић навео законодавно тумачење закона од 25.јуна.1855. године,а које је донето 20 јануара 1858.године и односи се на признавање стеченог права „прирођених Срба који су били у државној служби па из ње иступили, пошто нови закон из 1855.године не може њи лишити они, под старим законом течени права и благодејанија“³⁶⁴. У овом случају је тумачење закона из 1858. године установило ретроактивно дејство, које је као такво било забрањено. Међутим, децидно навођење забране ретроактивног дејства имамо тек у чл. 36 Устава од 1888. године као и Устав из 1903. године, при чему експлицитно стоји да „закон нема повратне силе на штету права стечених ранијим законима“³⁶⁵. Јовановић је стао на становиште да стечена права ипак нису неприкосновена за законодавца, него је битно утврдити постоји ли њихова економска вредност или не, а ако се иста може утврдити, онда се могу та права одузети под условом да се накнади материјална штета коју чини то одузимање.

Према француској концепцији, није могуће да закон добије обавезну снагу ако није познат јавности. Али пошто је немогуће сваког појединца понаособ упознати са садржином закона, мора се задовољити са „обнародовањем закона“ и са одређивањем неког примереног рока након кога ће он постати обавезан, када ће наступити фикција да је свако сазнао за постојање тог закона.Јовановић као пример у прилог наведеном,наводи одредбе *Code civil*-а о концентричним круговима у примени прописа, а који су се градили на основу удаљености округа од престонице. Са друге стране,немачка јуриспруденција је стала на становиште да закон ступа на снагу само једном и нема везе колико је далеко тај град од саме

³⁶⁴ Драгослав Јовановић, наведено дело, стр 113.

³⁶⁵ Драгослав Јовановић, наведено дело, стр 117.

престонице, да ли је можда под опсадом или је немогуће стићи до њега из неког другог разлога³⁶⁶. Моменат ступањ на снагу је за све исти.

Нужно је да се једним формалним чином утврди постојање закона³⁶⁷ објави народу његово постојање, самим тим и његово важење. Расправа о разлици између "објављивања" и "публиковања" има свој пуни смисао, у контексту овог рада, у томе што објављивање још увек не значи "важење", јер у данашњем смислу "објавити" значи само обавестити јавност о чињеници доношења неког прописа. Публиковање је факт који производи одговарајуће дејство, будући да од момента публиковања теку рокови вакације, што није случај код објављивања, јер је оно чисто информативног карактера³⁶⁸. Смер публикације, дакле, није у томе да се закон саопшти свим грађанима, већ у могућности, која се свакоме пружа да за закон сазна. Зато је и претпоставка о знању закона за све грађане апсолутна, тј не допушта доказе о противном изузевши специјалне случајеве.³⁶⁹

Значајно је и Јовановићемо мишљење о самим стеченим правима, које спомиње само на једном месту, иако се бавио облашћу доношења закона. Наиме, сматрао је да ³⁷⁰ се један закон може укинути и противним обичајем, што би одговарало самом бићу права, али се више обичају као таквом не признаје, у периоду у коме он разматра ову тематику, моћ укидања закона. Доцнији закон, увек, треба да је «јачи» од

³⁶⁶ Драгослав Јовановић, наведено дело, стр.213.

³⁶⁷ Пасквал де Ђудиче:» Енциклопедија права», Бранич бр 5/1901, стр.209.

³⁶⁸ Драгослав Јовановић, наведено дело, стр.228

³⁶⁹ Савремени услови ни те специјалне случајеве, о којима је говорио Јовановић, не познају. Веома је вероватно да се и поред имунитета подигне кривична или прекршајна пријава против вршиоца неке државне функције, те да исти, пред судом или органом за прекршаје изјави, да није био упознат са садржином прописа који је прекршио. Но, како незнање, тј непознавање прописа није и не може бити стечено право у било ком смислу, а посебно не екскулпирајући факт, то онда ову ситуацију можемо посматрати као стечено право и обавезу државног органа да свакога казни због прекршаја норме.

³⁷⁰ Драгослав Јовановић, наведено дело, стр.216

претходног закона, у регулисању односа који улазе у његов обим-*lex posterior derogat legi priori*. Али ова надмоћ је ограничена на дела и односе, који су настали после доношења тог новог закона, и не може се простирати на оне који би потекли и извршили се док је био на снази претходни закон, ако већ образују стечено право.

"Када би један закон само зато што су у њему норме које се разликују од оних у укинutom закону могао да утиче на односе који су коначно уређени по укинutom закону, у време док је он још био у сили и да их мења, онда би правни поредак изгубио сваку озбиљност"³⁷¹. Ретроактивност, како наставља Јовановић, вређа личност самог човека, јер поништава његову слободну радњу, која је извршена за време тада важећег закона, **противна је и бићу права, које се "опире томе да један факт, који је на основу права добио обележје законитости, изгуби то својство изменом закона"**³⁷². Но ако стечено право није конституисано или извршено, тј стечено за време важења претходног закона, нови закон има подједнаку силу над свим односима који су постојали, тј настајали у времену његовог настанка, чак и ако су ови односи произашли из факата ранијих од самог закона.

Задатак је науке, тврди даље Јовановић, да разликује оне односе у којима постоје стечена права од оних у којима истих нема. Из овога је видљиво да Јовановић не говори конкретно о стеченим правима као засебном елементу, већ као делу појединих правних односа. Француски правник Габа је све сводио на правило, да су закони који нешто забрањују прохибитивни закони у оквиру јавног права, те да такви закони могу бити ретроактивни; док закони приватног права не могу имати својство ретроактивности. Габа је даље усвојио Ласалов принцип, а то прихвата и Јовановић, да један закон не може имати повратну силу на акт воље који

³⁷¹ Драгослав Јовановић, наведено дело, Стр.216

³⁷² Ибид.

је извршен под гаранцијом ранијег права, а да међутим има повратне силе кад год се односи на личност независно од дела његове воље. Јовановић је начинио корак даље, те је проширио тај принцип, супсумирајући под појам стеченог права не само права која произилазе из акта људске воље, већ и она права, која посредно или непосредно потичу из закона, *ipso iure*.

Јовановић први, без икаквих оптерећења, **дефинише стечено право** као "свако право, које је последица факта способног да га произведе по закону, који је био у сили у времену кад је факт наступио, ма да се прилика за његову примену јавила тек после наступања новог закона по истом предмету, а које је по одредбама закона, који је важио кад се догодио факт из кога је оно потекло, **постало одмах својином онога, који га је задобио**"³⁷³. Наведена дефиниција је битно другачија од свих до сада споменутих и обрађених дефиниција стечених права, јер је прва, унела у српску правну науку, новину у дефинисању овог појма, повезивањем својства "стеченог" са бићем закона. Ако закон мора поштовати стечено право, он за то не мора поштовати право чије се установљавање очекује. Исто тако, не мора да поштује саму правну способност, под којом се разуме она моћ за делање и поступање коју човеку даје закон, док факт због којег се та моћ испољава не наступи, јер да је факт наступио, право би већ било стечено.

Укидање установа трајне природе, као што су стечена права (без обзира на њихову конкретну садржину) повлачи неминовно за собом престанак свих односа која из њих проистичу. Правична накнада за губитак таквог права јесте логична и нужна.

Ипак је у почетку био на позицијама већ постојећих теорија о вредности и незаменљивости стечених права, Драгослав Јовановић је начинио први помак напред *дефинишући на нови начин појам стеченог права*. Његов концепт, иако нов и свеж у мрежи коментатора француског

³⁷³ Ибид.

или немачког концепта, изгубио је на значају и познатости. Разлози за тако нешто су непознати, будући да је он био једини српски правни писац које је проблем третирао изнутра, тј покушао је да пропозна одређене правне обрасце и принципе у оквиру сопственог права, те да понуди решења, која обојена духом рођеног подневља могу бити далеко ефикаснија од пуких превода концепата из иностранства.

3.7. Слободан Перовић и теорија друштвеног интереса

Крећући се беспућима правне науке, изграђујући сопствену концепцију права и живота на поставкама природноправне концепције, у бројним делима, а посебно у *Ретроактивности закона и других општих правних аката*, Слободан Перовић је у првом плану истакао проблем важења закона у времену и с тим у вези, проблем ретроактивности закона. Читав рад се креће у оквирима теорије сукоба закона у времену, примењено на широку област повратног дејства нормативних аката.³⁷⁴

Перовић је пробао да изнесе своју нову теорију означену као **теорију друштвеног интереса**. Неки су овај његов покушај оценили као "мудро резимирање свега постигнутог, уз одређена квантитативна и квалитативна ограничења код конкретних решења сукоба закона у времену"³⁷⁵. Сва досадашња излагања су показала руковођење субјективним или објективним методом приликом решавања сукоба у времену. Неке су од њих биле засноване на идеји индивидуалне заштите а неке на идеји анализе објективне правне ситуације. Све су редом

³⁷⁴ Савременици му оризнају оригиналан допринос у разматрању суштинског питања односа права и времена (М.Петровић:К питању сукоба закона у времену", стр.308. реткост бављења овом тематиком, скоро у циклусима од око 50 или више година, с амонографским приступом, и константном разрадом, чине ово дело једним од најзначајнијим у српској правној науци.

³⁷⁵ Драгољуб Стојановић:приказ дела Слободана Перовића“ Ретроактивност закона и других општих аката“, *Правни живот*, 1/1984, стр 117-120

покушавале да одреде демаркациону линију између могућности и немогућности ретроактивног дејства једног закона, при чему нису водиле довољно рачуна о критеријуму друштвеног интереса.

Критеријум *друштвеног интереса* није идентичан критеријум општег јавног интереса. Дефинисање овакве демаркационе линије је на неки начин производ „кокетирања“ аутора са тада владајућим социјалистичким и самоуправним системом, који је тежио успостављању не толико кохерентне политике изнутра, већ споља, путем дефинисања заједничког именитеља и стожера за све. Тај заједнички именитељ је Перовић пронашао у -друштвеном интересу.

Критеријум друштвеног интереса обухвата сва друштвена опредељења човека и грађанина и његове слободе, права и дужности. Квалитативна ограничења истог се састоје у томе што постојање друштвеног интереса може утврђивати само оно тело које доноси закон и то тако што ће доносилац закона у поступку доношења закона донети одговарајућу одлуку из чијег се образложења могу видети разлози који су дали законодавцу повод да том закону или његовом делу додели ретроактивну снагу. Друго квалитативно ограничење је што само одређени квалификовани субјекти у процесу стварања права могу вршити ту процену друштвеног интереса, а то су законодавни органи, па се и сама ретроактивност ограничава само на законе, а не и на подзаконске акте.

Ова теорија друштвеног интереса у потпуности одговара колективистичком концепту права. За њу је ирелевантно да ли је право које ће се сматрати стеченим, стечено вољном радњом субјекта у питању или не. **"Ретроактивна норма треба да буде тако одмерена да не ствара колективни бунт и губитак поверења у правни систем, она**

мора бити репрезент опште колективне свести и хтења, резултат битних потреба и интереса појединаца као целине“.³⁷⁶

Посебно су истакнути случајеви, када поједине законске одредбе па чак и цео закон имају ретроактивну снагу по самој природи односа које регулише: ту улазе интерпретативни закони, затим конфирмативни закони којима се конвалидира једна по старом закону манљива ситуација која постаје важећа по одредбама новог закона.

Перовић уводи и категорију **границе друштвене толеранције**, на коју, између осталог, утиче и степен правне (не) сигурности. "Тако на пример: ако би неки закон данас установио суштинску дискриминацију по рођењу или убеђењу (рецимо забрану свим женским лицима права гласа или права наслеђа), могао би, применом критеријума друштвене толеранције бити означен као неподношљиво неправедан закон"³⁷⁷. Такав закон не би био ретроактиван, али би постојала бојазан о статусу стечених права, нпр у овом случају права гласа за жене. Са друге стране, морао би да се примењује иако би постојала могућност да се судским тумачењем превазиђе" монизам неправде једне законске норме"³⁷⁸.

Значај ове концепције је што је понудила „трећи пут“ решавања проблематике темпоралне димензије права. Но проблем је у њеној одрживости, будући да је са престанком самоуправног система, цела концепција постала-превазиђена и неприменљива. Но, остаје и примедба да је због своје изразито природноправне правнотеоријско оријентације, те као утемељивач Копаоничке школе природног права, у својим делима, којима је третирао однос стечених права и ретроактивности, исказивао негативско мишљење, посебно одрживости и пореклу стечених права. Приказивани су углавном думети француских

³⁷⁶ Слободан Перовић: "Ретроактивност закона....", стр.167.

³⁷⁷ Слободан Перовић: "Право на толеранцију", *Правни зборник, Удружења правника Црне Горе*, бр. 12 1999/2000

³⁷⁸ Слободан Перовић, ибид.

теоретичара, са изузетком Ласала И Савињија, чији се успех у овој материји, није једноставно могао пренебрегнути. Право једне државе, сматрају неки аутори³⁷⁹, се не исцрпљује само у њеним законцима; интертемпоралном праву је веома битна димензија "права из књига", и обухватнија упоредно правна (теоријска) анализа. Будући цивилиста по вокацији, С.Перовић је мало простора посветио овој материји у области јавног права, посебно кривичног и управног (у поступцима експропријације), којем су чак старији теоретичари посвећивали више пажње.

4. Случајеви оправдане примене ретроактивног дејства и њихов ефекат на стечена права

4.1. Интерпретативни закони

У већини теорија, почев од Јустинијанове кодификације³⁸⁰, постоји начелна сагласност да интерпретативни закони тј. аутентична тумачења, имају ретроактивно дејство, јер тумаче одредбе ранијег закона³⁸¹, те се *de facto* односе на прошлост. У питању је фикција, јер између ова два закона стоји временски интервал, који их и практички раздваја. Међутим, увек је постојала опасност да законодавац, приликом тумачења и уведе и неко потпуно другачије правило. Идентитет основног законског текста и интерпретације може тако бити нарушен, јер у том

³⁷⁹ М.Петровић, наведено дело, стр.308.

³⁸⁰ Изричиту одредбу у том смислу имају и све грађанске кодификације из 19 века.

³⁸¹ Тзв. *теорија очигледне ретроактивности*. Улпијан у I књизи о едикту курулских едила говори о томе да, кад је законом нешто уведено, добра је прилика да се и остало што је истој користи, допуни, било тумачењем или пресуђивањем

случају настаје –нови закон.³⁸² Улпијан у I књизи о едикту курулских едила говори о томе да кад је законом нешто уведено, "добра је прилика да се и остало што је истој користи, допуни, било тумачењем или пресуђивањем".³⁸³ Слично спомиње и Целз, у XXVI књизи Дигеста, да се закони требају тумачити, тако да се сачува њихова воља.³⁸⁴ О самим интерпретативним законима прво посредно говори Паул (у V књизи о Јулијевом и Папијевом закону), да се и каснији закони могу односити на раније акте, с тим да им нису противречни.³⁸⁵

Дати таквом закону повратну снагу значи извршити директан атак на права стечена под режимом старог закона. У случају да законодавац не одступи од ове своје намере, неки теоретичари су сматрали да судови треба адекватно да реагују те спрече или одбију примену таквих закона. Колико год овакав став био оправдан и правичан, ипак је у питању повреда начела законитости и принципа поделе власти, будући да би носиоци судске власти били овлашћени да делују у области која није њихова оригинерна. Формално гледано³⁸⁶, он може интерпретирати једну одредбу на начин који је прихватљив као интерпретација постојећег текста али се увек може истаћи да је то аутентични смисао текста и да као такав има ретроактивно дејство. На тај

³⁸² Овог мишљења је и Ф. Тарановски, који истиче да такав закон се управо односи на претходни закон јер појашњава његову садржину. У том смислу и : Тома Живановић: „Систем синтетичке правне филозофије“, Београд, 1959, стр.242-252; Андра Ђорђевић: „Систем приватног (грађанског) права“, едиција *Класици југословенског права*, Београд, 1995 стр.168, Ђорђе Тасић: „Увод у правне науке-енциклопедија права“, *Едиција класици југословенског права*, Службени лист СРЈ, Београд, 1995, стр. 246-248, Жарко Миладиновић : ” Стечена права- *iura quaesita*”, монографија, Књижара Геце Кона, Београд, 1926, стр.7-8, Слободан Перовић :“Ретроактивност закона....”, стр.346 и даље.

³⁸³ Јустинијанова Дигеста, Прва књига, превод Антун Маленица, Правни факултет у Новом Саду, стр.105.

³⁸⁴ Јустинијанова Дигеста, стр.104.

³⁸⁵ Јустинијанова Дигеста, стр.107.

³⁸⁶ Слободан Перовић:“Ретроактивност закона....”, стр.416.

начин интерпретативни карактер једног закона се често узима као *извињавајућа ретроактивност*³⁸⁷. Још давно је речено да се у интерпретирању закона може имати онолико слободе колико и у њиховом стварању³⁸⁸. Против те слободе не може се истаћи ништа друго сем принципа уставности и законитости.

Да би један закон био интерпретативан, потребно је да се односи на правно правило које је нејасно и да не додаје нови елемент том правилу. До њега долази тако што неки закон не може бити применљив, због својих недоследности или нелогичности, или услед различитог тумачења од стране органа који га примењују, таквих, да чак и једно друго искључују. Интервенција законодавца у наведеном смислу је у законодавствима конципирана као неограничена, при чему његови ставови изражени на овај начин носе примесу опште обавезности. Са друге стране, неки правни системи, су исто поставили еластичније, па се аутентичном тумачењу прибегава само онда када је то неопходно, или ако то не учини овлашћени орган, посао тумача може обавити други државни орган којем се то овлашћење делегира.

Присталице теорије очигледне ретроактивности, истичу да се овај закон у потпуности односи на прошлост, захватајући чак и свршене факте. Са друге стране, јавља се супротстављено схватање да се и овакав закон не може односити на стечена права (*causa finitae*), јер их повређује.

С тим у вези је и један куриозитет, опет везан за француско законодавство. У поступку доношења *Code Civil*-а било је предвиђено правило да **закон не може имати повратно дејство ако се тим законом тумачи неки ранији закон или поједине њене одредбе и под условом**

³⁸⁷ Ибид.

³⁸⁸ У том смислу је и став Оливера Вендела Холмса, да се тумачење врши само према значењу речи а не према томе шта се хтело рећи или постићи. Више о томе: *Oliver Wendell Holms: Theory of Legal Interpretation, Harvard Law Review, Vol XII, 1899, стр. 417.*

да се тиме не наноси штета раније пресуђеним стварима или решеним путем поравнања. То правило није ушло у текст Закона, јер се сматрало да би оно у пракси могло и да се злоупотреби проглашавањем неког закона за интерпретативни а да он то у ствари не буде.³⁸⁹ Ако се једним законом или само одредбом под називом "интерпретативног прописа", регулише један однос и доноси ново правило, онда такав пропис нема ретроактивно дејство на основу тога што је схваћен као интерпретативни, јер он то у ствари није. Но, према схватању неких аутора, такав пропис може имати ретроактивно дејство ако су испуњени услови постојања "друштвеног интереса" да се то уради³⁹⁰

Неки аутори, пак, сматрају, ослањајући се на аустријску правну праксу и теорију, да интерпретативан закон јесте нови закон. Такав нови закон се простире својим дејством на све раније правне радње, сем ако нису завршене правоснажном пресудом или поравнањем. Свакако оба становишта остају на истоме, да обавезност примене истог, био сматран новим законом, или старим који је само појашњен, настаје објављивањем истог и након протеча *vacatio legis*-а у одређеном трајању. Интересантно је овде споменути став Живојина Перића, који је сматрао да тумачење закона, како је вршено у циљу примене до доношења званичног аутентичног тумачења, се може узети као законодавчева воља изражена на посредан начин. Законодавац наине не стиже да непосредно изрази и протумачи своју вољу, већ "опуномоћава судску власт да ту његову вољу изнађе и прокламује"³⁹¹. Јуриспруденција је овде постојећем праву дала само још један веома битан квалитет, а то је јасноћа.

³⁸⁹ Слободан Перовић: "Повратно дејство интерпретативних закона", *Анали Правног факултета у Београду*, 3-4/1985, стр 414-420.

³⁹⁰ Слободан Перовић: "Оглед о стеченим правима", *Правни живот*, 1/1984, стр.410-440. О самој концепцији друштвеног интереса као механизма за очување стечених права више у поглављу 3.7.

³⁹¹ Ђорђе Тасић: "О природи интерпретативних закона", *Анали Правног факултета у Београду*, 5/1920, стр.363-368.

Треба истаћи да сваки спор о смислу и домашају неког правила не даје аутоматски простор за аутентично тумачење, већ само она спорна и контроверзна ситуација. Могуће је да законодавац одмах по ступању на снагу реагује са аутентичним тумачењем, или да то уради касније или никако.

4.1.1. Историјат и развој постојања аутентичног тумачења

Уставом ФНРЈ од 1946. године је у склопу широких овлашћења Президијума Народне Скупштине ФНРЈ и утврђено право овог органа да даје аутентична тумачења савезних закона, што је у потпуности одговарало тадашњој расподели власти између Скупштине, Президијума и Владе ФНРЈ.³⁹² Институт аутентичног тумачења у нашој правној пракси постоји од 1953. године, када је Савезним уставним законом³⁹³ установљена при Савезном парламенту стална комисија за обавезно тумачење закона. Тада је и аутентично тумачење постављено као један од најважнијих извора права³⁹⁴. Комисија је имала „право да даје обавезна тумачења савезних закона“. Ова тумачења, иако с апрефиксом „обавезна“, су морала биит поднета на накнадну потврду, оном дому или домовима који су учествовали у доношењу тог прописа који се тумачи. Р.Лукић³⁹⁵ је овде поставио потпуно оправдано питање, да ли је тумачење које је ксупштина накнадно одобрила аутоматски постало закон у фомралном смислу, или је одбијало правну снагу нижу од закона. Аргументација иде у

³⁹² Устав ФНРЈ од 31. јануара 1946 године, Службени лист ФНРЈ,

³⁹³ Уставни закон о основама друштвеног и политичког уређења ФНРЈ и савезним органима власти, од 13. јануара. 1953. године, чл. 169. ст. 1 и 3.

³⁹⁴ Девет чланова ове Комисије је бирано из реда народних посланика, на заједничкој седници оба дома Скупштине.

³⁹⁵ Радомир Лукић: „Тумачење права, Приручна библиотека за правна и друштвена питања, 1961, доступна на www.parlament.ba/files/user/docs/javne_rasprave,npucmyn сајту октобар 2010. године

прилог оба става-првог, јер је то накнадно одбрење-посебан поступак доношења закона; и другог-*stricto sensu* није спроведен законодавни поступак у формалном смислу, те закона и нема. Но, без обзира коју аргументацију прихватили, последица је иста, да овакав акт, настао тумачењем има снагу равну закону и да се сматра његовим интегралним делом.

Због изједначавања тумачења законом са тумачењем уопште, уобичајило се у правној пракси да се аутентичним тумачењем сматра само тумачење закона од стране законодавца. То је, међутим, неоправдано, јер је тумачење аутентично када било који стваралац норме тумачи своју сопствену норму, без обзира да ли је државни орган или не и који државни орган је законодавац или не. Аутентично тумачење у ствари није тумачење у правном смислу. То је нарочито случај када је реч о тумачењу државног органа, издавању новог правног акта, односно стварање нове правне норме која представља разраду и прецизирање норме која се, тобож, тумачи.

Другим речима, резултат тумачења се овде претвара у нову правну норму. То значи да радња тумачења додуше постоји, али се њој додаје и стварање нове правне норме којом је изражен резултат те радње. Тако се аутентично тумачење једног закона, по правилу, даје једним новим законом којим се ствара једна нова правна норма. Усвајањем овог тумачења ова скупштина у ствари производи једну нову правну норму која има снагу закона.

Код аутентичног тумачења најпозванији да чини акт тумачења је управо законодавац, али према Олегу Мандићу, он то овлашћење може да делегира³⁹⁶. У прилог тези да није у питању аброгација постојећег правила, говоре материјални и формални разлози. Такав пропис има садржину која је повезана са нормом која се тумачи и без које не би ни

³⁹⁶ Oleg Mandić: "Sistem i interpretacija prava", Narodne Novine, Zagreb, 1971, str 156.

могао да постоји, те тако не може ни бити независан од ње и постојати независно од ње саме. То говори о њеној материјалној акцесорности а са формалног становишта позива се на закон који се тумачи у целини или у делу, тако да опет постоји нераскидива веза у овом смислу.

Од значаја је и питање-да ли овај акт има своју повратну снагу³⁹⁷. Разлог за давање повратне снаге већина аутора види у томе што он у ствари није никакав самосталан акт, већ акт који је својом садржином везан за закон који се тумачи. То не може радити нико други него сама законодавна власт³⁹⁸. Но, ако прихватимо еволуционистичко тумачење, вероватно је да је закон временом променио своје значење. Значење које је актом тумачења утврђено, није можда постојало у тренутку доношења закона, те је тако тумачење добило повратну снагу.³⁹⁹ Касациони суд је у своме III одељењу, уочи тренутних судских распуста, у једној брачној парници уважио једно објашњење које није издала законодавна власт, него они чиновници којима је министарство правде то поверило, да Српски грађански законик од 1844. године прештампавају у нова издања и у њих уносе тада постојеће измене, допуне и објашњења⁴⁰⁰. Тежећи да што више прилагоде стране речи и изразе духу српског језика, изостављали су и мењали читаве ставове и чланове законика, противно значењу, духу и намери законодавца, а то апсолутно нису смели чинити, пошто је то искључиво право и обавеза законодавца.⁴⁰¹ У том смислу, и Законик је претрпео интерпретативне, ретроактивне измене.

³⁹⁷ Радомир Лукић: "Тумачење права, Приручна библиотека за правна и друштвена питања, 1961, доступна на www.parlament.ba/files/user/docs/javne_rasprave

³⁹⁸ Ст. Добријевић: "Ко има право да мења допуњава и објашњава законе у снази", *Бранич*, бр 9-18, 1900 година, стр, 406-410

³⁹⁹ Радомир Лукић: "Тумачење права, Приручна библиотека за правна и друштвена питања, 1961, доступна на www.parlament.ba/files/user/docs/javne_rasprave.

⁴⁰⁰ Драгослав Јовановић, наведено дело. стр 218, Ст. Добријевић, наведено дело, стр 408.

⁴⁰¹ "Не вреди препис ни једног ни најмаловажнијег акта ако није сравњен са оригиналом, док није и његова једнакост утврђена". Видети: Драгослав Јовановић, наведено дело. стр 218.

И Робеспјер је 1790 године говорио да последња реч у сфери интерпретације треба да припада законодавном телу, што је уграђено и у сам устав из 1791. године и Декретом од 14-16. фебруара, где је II Конвент изричито прихватио принцип по којем тумачење закона припада искључиво њему.⁴⁰²

*Clausdieter Schott*⁴⁰³ разликује : интерпретацију владара која представља аутентично тумачење у ужем смислу, тумачење путем обичајног права, интерпретацију од стране суда, и интерпретацију од стране теоретичара. Спрам тога, и право тумачења у различитим сферама припада различитим субјектима, с обзиром на предмет интерпретације. Тако владар има право да тумачи закон, судије обичајно право, а *doctores* коментаре римског права. Једино је тумачење владара испуњавало критеријуме аутентичног тумачења, будући да је било опште, правно обавезајуће и у писаном облику.

У уставној пракси Совјетског савеза веродостојно, тј аутентично тумачење било је предвиђено у чл. 49 Устава СССР-а из 1936. који је поновљен у чл. 121 Устава СССР-а из 1977. године. Идентично решење готово је механички примењивано у другим државама совјетског блока, без измена.

Аутентично тумачење са ретроактивним дејством непознато је нпр. у Немачкој и САД⁴⁰⁴, бар у старијој правној теорији и пракси. Савремена теорија и пракса имају другачија виђења овог проблема, о чему ће више бити речи у поглављу 7 овог рада. С друге стране, савремени институт *ius interpretandi* законодавца налазимо у две различите врсте правних

⁴⁰² Павле Николић: "Прилог питању тумачења карактера аутентичног тумачења закона", *Правни живот*, 11/1982, стр 11101.

⁴⁰³ *German Law Journal* No. 3 (1 March 2003) - *Legal Culture, Report on the 34th Conference of German Legal Historians in Würzburg, 8th – 12th September 2002*

⁴⁰⁴ *Oliver Wendell Holmes, Theory of Interpretation, Harvard Law Review, Nr 12/1898-1899.ppg 417-420.*

система. Прву групу чине државе у којима институт аутентичног тумачења егзистира у “недемократском правном окружењу”⁴⁰⁵. Пример у § 8 аустријског Грађанског закона где је за јединог аутентичног интерпретора закона оглашен сам Цар, као и у оквиру канонског права.⁴⁰⁶ Савремене државе говоре о праву и обавези законодавца да интерпретира сопствене прописе, уз ограничење да се тиме не сме дирати у стечена права, нити се пендентни поступци могу мењати накнадним изменама неког прописа. Ограничења нису само забрана установљавања повратног дејства закона, већ, као што је у Италији случај, и пракса Уставног суда. Будући да овлашћење законодавца да даје таква тумачења у себи по природи ствари садржи елемент ретроактивности, ставни суд сматра да за ваљаност интерпретативног закона није довољно да га сам Парламент огласи таквим, тј ретроактивним, већ, да би био ретроактиван, мора имати стварна својства таквог закона.⁴⁰⁷ Захтеви које је одредио Уставни суд Италије одређују да интерпретативни закон мора уређивати одређену материју у оквирима једне од више могућих интерпретација,⁴⁰⁸ односно, да мора стабилно приказивати једно одређено значење закона које се рационално може приписати ранијем закону. Према схватању уставног суда, аутентично тумачење мора поштовати опште начело разборитости, као и друга уставна начела. Оно не сме бити усмерено на исход конкретних судских одлука, будући да се прецедентном праву у том смислу придаје веома мали значај и улога.⁴⁰⁹

⁴⁰⁵ Siniša Rodin: *Demokratsko-pluralistička kritika instituta tzv. vjerodostojnog tumačenje*, материјал доступан на <http://www.parlament.ba>, у оквиру Јавних расправа,

⁴⁰⁶ Siniša Rodin, наведено дело, стр.21.

⁴⁰⁷ *La giustizia costituzionale nel 1995, Conferenza stampa del 22 gennaio 1996, Presidente Mauro Ferri, § 3), Leggi di interpretazione autentica e di sanatoria*, цитат према делу Синише Родина, из фусноте 312.

⁴⁰⁸ Синиша Родин, наведено дело, стр.23.

⁴⁰⁹ Синиша Родин, наведено дело, стр 24.

Из наведених примера видно је да институт аутентичног тумачења или интерпретативни закон, имао своју примену и раније и у савременим правима, али увек са ослоном на поштовање стечених права. Управо зато што носи опасност увођења потпуно новог решења неког односа, а под плаштом објашњења већ постојеће норме, интерпретативни закони остају као један од дозвољених изузетака у којима је извесна доза ретроактивности не само дозвољена већ и пожељна. Тиме се свакако успоставља континуитет између донетог правног акта и његовог правог значења, и тумач права у овом случају искључиво непосредни доносилац самог акта, даје сигурност адресатима норме

4.2. Примена блажег (материјалног или процесног) закона у кривичном праву

Решавање питања ретроактивности се у овој области кретало у два правца-примена принципа неретроактивности и принципа примене блажег закона. Други принцип је заправо изузетак од правила да кривични закони не смеју имати повратно дејство, у складу са максимама *nullum crimen, nulla poena sine lege*. То значи да се, у случају сукоба закона у времену, овде има применити ранији закон, само ако је повољнији за починиоца, тј. ако предвиђа блажу казну.⁴¹⁰

Овакво становиште је заузео и Касациони суд Краљевине Србије, тачније децидно је наведено да "*..се има сматрати чисто правним принципом да кривични закони имају ретроактивно дејство, јер ту не може бити стечених права...*" и да се само из разлога правичности и у домаћем законодавству прописује да, ако се суди кривцу за дело које је учињено под законом за њега блажим, а на место којег је дошао други за

⁴¹⁰ Феодор Тарановски:" Енциклопедија права", 1923., стр.473.

кривца оштрији закон, има се применити казна блажег закона⁴¹¹. Но потпуно је оправдано постављано питање, шта се онда овде сматра правилом а шта изузетком, ретроактивност или неретроактивност.

Тома Живановић је истицао да „ кривични процесуални закони, односили се на истрагу, пресуђење или извршење пресуде имају повратну снагу, били за окривљеника блажи или (за разлику од кривичних закона) строжији од процесуалног закона под којим је кривично дело извршено и по којем су поступак или извршење санкције већ можда започети⁴¹². По његовом мишљењу, процесуални закони чине једну такву целину да би се спајањем најблажих одредаба старог и новог закона заправо дошло до произвољних и на крају нецелисходних решења⁴¹³. Придавање повратне снаге процесуалним законима не утиче на „стечена права починилаца кривичних дела“, јер ће се према њима применити казна која је блажа према њима. Нико се не може жалити да је према њему примењен строжији процесуални закон, па да је знао да ће се тако строг поступак водити према њему, не би ни починио то кривично дело. Једноставно, област процесуалних закона је одвојена од материјалног права у ком случају се једино и може утврђивати евентуална повреда стеченог права на изрицање блаже казне(с тим да су код починиоца присутне и бројне олакшавајуће околности).

Принцип легалитета је стога неприкосновен принцип, посебно у кривичном материјалном праву. Живановић је са извесном индигнацијом, навео и неколико случајевима у којима свакако јесте задовољена правда по унутрашњем осећају правде сваког од нас, али је прекршен принцип легалитета. Тако, не може наћи оправдања за немачки кривични закон који

⁴¹¹ Михаило П. Јовановић: „Ретроактивност кривичних закона“, *Архив за правне и друштвене науке*, бр 1/1920, стр.1-13.

⁴¹² Тома Живановић: „Времено важење кривичног, грађанског и осталог процесуалног права(транзиторно процесуално право)“, *Полиција*, бр.1-2/1935, стр.5-12.

⁴¹³ Уз то, имали бисмо комбинацију важећег и неважећег права.

је предвидео смртну казну за кривично дело подметања пожара у државним зградама са ретроактивним дејством, и то у току поступка који се води против окривљеног за то дело⁴¹⁴. Други пропуст у немачком праву Живановић је видео у одредбама кривичног закона, којим се дозвољава да починилац неког кривичног дела буде оглашен кривим, за дело које није као такво предвиђено законом, али због чије тежине починилац заслужује да буде кажњен „према основној мисли неког кривичног закона и према здравом осећању народа“. Чак је могуће и да се починилац казни према закону чија основна мисао поступајућем судији највише одговара, што је за Живановића потпуно неприхватљиво.⁴¹⁵ Иза оваквих тенденција, по његовом мишљењу стоји само ауторитарно начело. Правну сигурност не може у таквим ситуацијама надоместити ни начело легалитета јер је оптерећено политичким и другим разлозима, којима није место у праву.. Зато Алексис де Токвил принцип легалитета означава као средишњи принцип модерне европске државе, напомињући да европски народи страхују од ауторитарне власти, али да се арбитрарне власти боје још више.⁴¹⁶

Приликом критика уперених на претпројекат немачког кривичног законика⁴¹⁷, констатовано је да постоји све више присталица и међу теоретичарима и практичарима, да се увек треба применити нови закон, који је на снази, док се спроводи суђење, тј био је на снази у време отпочињања поступка. Слично мишљење су имали и тадашњи редактори и швајцарског и аустријског кривичног законика. Из овог следи да је у случају сумње, увек требао да се примени нови закон, било у случају

⁴¹⁴ Случај *Van der Lubbe*, детаљно описан у фусноти 302.

⁴¹⁵ Тома Живановић: „Да ли је препоручљиво да судија може за јенду радњу која изрично не улази у законску норму да казни и да је сматра противправном“, *Правосуђе*, бр.3/1938, стр.257-261.

⁴¹⁶ „Поредак слободе“, <http://www.ekonomist.co.rs>

⁴¹⁷ Михаило П. Јовановић: „Ретроактивност кривичних закона“, *Архив за правне и друштвене науке*, бр 1/1920, стр.1-13

одређивања инкриминације, као и приликом вођења поступка и изрицања казне.

"Од два казнена закона блажи се мора применити у целини, тј.искључиво. У том циљу суд треба да подведе кривично дело у питању и под стари и под нови закон, и да према томе утврди, који је блажи, а то ће бити онај, чија се примена на конкретан случај покаже као најповољнија за кривца. Он не сме, дакле, да споји блаже одредбе једног закона са блажим одредбама другог, јер би се онда применио један трећи закон, створен овом комбинацијом, који не постоји, и који је можда монструозан."⁴¹⁸ Став који је изрекао Тома Живановић је сублимирао ставове његових претходника али је постао и незаобилазно место у темпоралној материји кривичног права. Исти је присутан и код домаћих аутора, наших савременика⁴¹⁹, но расправу о овоме више нећемо ширити.

И први послератни уџбеници Теорије државе и права предвиђају сличне последице сукоба два кривична закона у времену, али предвиђају и неке новине, дотад непознате у домаћем праву. Тако Голунски и Строгович говоре о „злочиности“(криминалитету)⁴²⁰, те да кажњивост радње одређује увек законик који је био на снази у моменту извршења кривичног дела. Наводе и неке илустративне примере, као што је члан 2. кривичног процесуалног законика РСФСР из 1924. године. Наиме, ако је нови закон повисио казну за неко кривично дело, онда се ово повишење не примењује на кривична дела извршена до доношења новог закона. Изузетака има и може бити само када закон који прописује или повећава кажњивост за ту радњу има повратну снагу на основу директног прописа самог закона. Ако закони укидају “злочиност” извршеног дела или

⁴¹⁸ Тома Живановић: „Основи кривичног права – Општи део», стр. 156., Издавачка књижевница Геце Кона, Београд 1922. године

⁴¹⁹ Томица Делибашић, наведено дело.

⁴²⁰ С.А.Голунски, М.С.Строгович:“Теорија државе и права“, Издање одбора за објављивање предавања на Правном факултету у Београду, 1946.

ублажавају његову кажњивост, имају повратну снагу обавезно. То значи да више нема кривичне одговорности за дело које је у моменту извршења сматрано за кривично дело, а које после нови закон не сматра више кривичним делом.

Ако је нов закон поништио кажњивост дела, која је раније постојала⁴²¹, истим је избрисао дело из броја кажњивих дела и онемогућио примену закона, који је био на снази за време чињења дела јер је овим законодавац изразио своју вољу да се више не сме то дело казнити, и своје уверење да није за сада кажњивост тог дела потребна и оправдана. Ако је обрнута ситуација, нови закон се не сме користити за кажњавање оних који раније нису знали да ће то у некој перспективи бити кривично дело⁴²².

Неки савремени теоретичари⁴²³ су разматрали да ли се приликом оцењивања блажег закона за учиниоца, имају узети у обзир само диспозиција, само санкција или оба сегмента правне норме, или се чак сви ови елементи, било да потичу из старог или новог закона, могу комбиновати. На тај начин би била створена не ситуација која је повољнија јер је блажа за починиоца већ, би се створила нова норма, која садржи све могуће најблаже сегменте из сваке од наведених правних норми.

Такође, има и оних аутора који сматрају да су кривични закони са ретроактивним дејством “значајно обликовали правни живот нове Југославије”⁴²⁴. Тако се Закон о кривичним делима против народа и државе од 25. августа 1945. године примењивао у погледу дела која су почињена

⁴²¹ Михаило Чубински, Научни и практични коментар Кривичног законика Краљевине Југославије, од 27 јануара 1929. године, изд. књиж. Геце Кона, 1930, стр. 12

⁴²² Михаило Чубински, наведено дело, стр. 29

⁴²³ Према приказу: Василев Никифор: "Повратна снага новог закона", Социјалистическо право, 1969, 3, стр. 14-23., Страни Правни живот, Београд, 1970. Исто и код Томице Делибашића, наведено дело.

⁴²⁴ Милан Петровић: „К питању сукоба закона у времену, стр. 311.

пре њеног ступања на снагу. Овај закон је у чл.18. предвиђао одредбу *in mitius*-могућност примене новог закона за случајеве који нису правоснажно окончани а предвиђају блажу казну од закона по којем је поступак започет. Такође, поставља се и питање важења кривичног законика старе Југославије, на кога се револуционарне снаге нису позивале, што не значи да је исти закон престао формално да постоји и да важи. Неки његови делови су и даље остали важећи и након што је усвојен Закон о кривичним делима из 1945. године.⁴²⁵

Стечено право се овде спомиње у контексту који је помало тешко објашњив. Произилази да лице, које је починило кривично дело, има стечено право да буде кажњено по закону који је важио у време када је то дело почињено. У извесном смислу звучи парадоксално даље извођење узрока оваквог начина кажњавања а то је да је лице можда и калкулисало са таквим стеченим правом, па је починило неко кривично дело знајући да ће нови закон предвидети строжије кажњавање.

5. Принцип стечених права данас

Интертемпорално право се означава као право о праву - мета-право, јер уређује сукоб права, ранијег и новог. Описују се три ситуације које су повод том сукобу и три метода решавања сукоба који се, дакле, не свде само на алтернативу применити ранији пропис или нови. Приказују се укратко настанак и развој правила да закон не делује повратно, којим се, у оквиру редовног начина, сукоб решава у начелу у корист ранијег прописа. Такође, **главна објашњења важења тог начела и одступања од њега - теорије стечених права (са три основне варијанте) и, данас преовладавајућа, теорија поуздања (правне сигурности)стоје са друге стране, као пандани понекад веома потребној ретроактивности.**

⁴²⁵ Милан Петровић, наведено дело, стр.312-313

Иако довољно утемељена, теорија стечених права и из ње производећи принцип стечених права нису ипак увек довољни за утемељење принципа неретроактивности. Елементи које законодавац, треба нарочито да узме у обзир када, при одлучивању за ретроактивност или неретроактивност, одмерава, пореди су важност оног интереса, који нови пропис жели да оствари, и важност правне сигурности. Избором „мањег“ зла од два понуђена, равнотежа није успостављена нити је та ситуација непроменљива.

Промене позитивног законодавства увек успостављају другачије услове за стицање или губитак неких овлашћења. Неретко су ти услови поштрени, тако да нпр. поступак за прибављање извесних дозвола траје дуже и траже се документи и потврде које раније нису биле потребне; камате су веће.⁴²⁶ Међутим, у једном извесном (прелазном) периоду "навикавања" адресата на новине, остаје као могућност да стичу права по ранијем закону, под условима и на начин како су то чинили раније. Обавеза поштовања стечених права у овом смислу захтев је правичности и поштовања међународно преузетих обавеза. Пример за то је била Повеља о људским и мањинским правима и грађанским слободама⁴²⁷, где се у члану 57 изричито говорило о "јемству стечених права": "Овом Повељом се не укидају нити мењају права припадника националних мањина стечена прописима који су се примењивали до ступања на снагу ове Повеље, као и права стечена на основу међународних уговора којима је Савезна Република Југославија приступила"(став 2). Међутим, већ сам Устав из 2006.године је многа права смањио и у обиму и по садржини, а

⁴²⁶ У том смислу и одлука Уставног суда Републике Хрватске од 31.03.1998 (Народне новине, бр.48/1998, стр.997., да „власничко право није сматрано оправданим разлогом за кршење стеченог станарског права у национализованим становима, јасно је да исто то не може бити коришћено као оправдање за кршење стеченог станарског права приликом одлучивања о приватним становима, што је захтев из чл. 10 резолуције 1096 Парламентарне скупштине Већа Европе“, in fine.

⁴²⁷ Објављена у «Службеном листу Србије и Црне Горе», број 6 од 28. фебруара 2003.године.

својим важењем, као највиши правни акт, је дерогирао Повељу.јемство стечених права је у овом случају била логична последица сукцесије права и обавеза Савезне Републике Југославије од стране Државне заједнице Србије и Црне Горе.

Наводимо и интересантан пример из парламентарне праксе Републике Црне Горе, у то време још дела СРЈ. Парламентарне изборе на републичком нивоу, расписао је Председник Републике у одлуци од 20 јула⁴²⁸ и то за 6. октобар 2002. Скупштина је 18. јула донела одлуку о скраћењу свог мандата, разрешавајући саму себе. Ова је одлука донета, како је исправно примећено у извештају OSCE, након доношења измена и допуна којима се мењају изборни и медијски закони, али пре него је завршен процес измена и допуна и пре него су оне проглашене законом. Одлука Скупштине да скрати свој мандат објављена је у Службеном листу од 19. јула. Мада су допуне изборне законске регулативе донесене у Скупштини 18. јула, њих Председник није прогласио законом, већ је искористивши своје право суспензивног вета, исте вратио у Скупштину 25. јула.

Скупштина је поново усвојила исте законе 29. јула, да би их Председник промулговао 30. јула. Ти закони су ступили на снагу 10 августа 2002. године, 21 дан након расписивања парламентарних избора заказаних за 6 октобар 2002. Сходно Члану 109. (тадашњег) Устава Републике Црне Горе и стандарду *lex retro non agit*, избори 6. октобра 2002 су се могли одржати само по законима који су били на снази када су избори расписани, а то су закони без горепомнутих измена и допуна⁴²⁹

⁴²⁸ Office for Democratic Institutions and Human Rights: "OSCE/ОДИHR: ПРАВНА АНАЛИЗА ИЗМЈЕНА И ДОПУНА ИЗБОРНЕ ЗАКОНСКЕ РЕГУЛАТИВЕ," Варшава, 9. августа 2002

⁴²⁹ Венецијанска комисија је у овом случају чак разматрала и неке специјалне случајеве у којима би изборни закони у години избора могли бити мењани али само ако: с ењима не мења изборни систем, и ако с епојашњавају нејасноће-што значи да се говори о интерпретативним законима. Европска Комисија за демократију путем

Венецијанска комисија Савета Европе стоји на одлучном становишту да изборни закони, морају остати непромењени посебно у години избора.⁴³⁰ У том смислу се изборна права сматрају стеченим правима грађана, који се одлучују да учествују у изборном процесу са познавањем једних одређених правила избора. Свака промена правила у овој осетљивој области утиче на свест бирача и дефинитивно је повреда њихових стечених бирачких права, посебно ако се бирачко право стиче на другачији тежи начин, или се већ стечено право одузима.

Случајеве различитог третирања стечених права, у комбинацији или без ретроактивности познаје и пракса у Босни и Херцеговини.⁴³¹ Но несумњиво најзначајнији извор и доказ присуства разматрања питања стечених права у контексту ретроактивности закона јесте *"Закључак усвојен на саветовању Савезног суда, Врховног војног суда, Врховног*

закона ((Венецијанска комисија) "Смјернице у погледу спроводјења избора", Венеција, 4 јули 2002.

⁴³⁰ Види : Европска Комисија за демократију путем закона ((Венецијанска комисија) "Смјернице у погледу спроводјења избора", Венеција, 4 јули 2002. Иако је овај став формиран поводом конкретног случаја, иста аргументација је могућа и применљива у свим другим истим или сличним случајевима.

⁴³¹ "Одбације се као недопуштена апелација Рајка Бојата, поднесена против пресуде Окружног суда у Источном Сарајеву, број У-1/05 од 4. априла 2005. године, јер је очигледно (прима фацие) неоснована. Апелант сматра да му је оспореном одлуком Окружног суда повријеђено право на имовину из члана ИИ/3.к) Устава Босне и Херцеговине и члана 1. Протокола број 1 уз Европску конвенцију о заштити људских права и основних слобода (у даљњем тексту: Европска конвенција). Кршење овог права апелант види у томе што је, према његовом мишљењу, погрешним тумачењем одредби Закона о ПиО, њему ускраћено његово **стечено** имовинско право, право на исплату пензије, те да је сходно томе и материјално право погрешно примјењено. Такођер, апелант наводи да је у побијаној одлуци наведено да је он уписом у адвокатску комору и добијањем дозволе зарад засновао радни однос, мада се не наводи код кога и са ким. Апелант сматра да је адвокатска комора удружење конфесије грађана, а не државни орган гдје се заснива радни однос" Уставни суд је стао на становиште да, ако предочене чињенице ни на који начин не могу оправдати тврдњу да постоји кршење Уставом заштићених права и/или када се за странку у поступку утврди да није „жртва“ кршења Уставом заштићених права тако да је испитивање меритума апелације непотребно, да право као стечено у овом смислу није ни постојало, те да се не може говорити о његовом повређивању, већ само о стриктној и правилној примени прописа, Уставни суд Босне и Херцеговине, АП-1048/05., доступно на <http://www.ccbh.ba/srp/odluke/index.php?src=2>, приступ сајту: 12.12.2009.

суда Србије, Врховног суда Црне Горе и Вишег привредног суда од 24. 25. и 26. септембра 1996. године у Суботици", а поводом заузимања става о временском важењу закона код отказа уговора о коришћењу стана датог из војног стамбеног фонда лицима у служби Војске Југославије. Због своје изузетне аргументованости и теоријског утемељења и основе, наводимо га у целини:

"... По правилу, нови закон има ретроактивно дејство (ретроактивна примена закона) када друкчије регулише у време старог закона већ свршене (реализоване) уговорне и вануговорне (законске и друге) правне ситуације.

За случај трајних правних ситуација „у току дејства“ које постоје делом у време важења старог, а делом у време важења новог закона, нови закон се, у принципу, непосредно примењује (непосредна примена новог закона), на још „несвршена факта“. почев од дана његовог ступања на снагу. На „свршена факта“ примењује се стари закон, како у погледу вануговорних тако и уговорних трајних правних ситуација, ако из закона не следи нешто друго.

Али, када је уговорна правна ситуација „у току дејства“ регулисана диспозитивним, а не императивним нормама новог закона, треба применити стари закон и у време важења новог закона (продужено дејство старог закона) ако се то не противи друштвеним интересима или ако новим законом није друкчије одређено.

У смислу одредаба Закона о изменама Закона о средствима и финансирању ЈНА („Службени лист СФРЈ“, број 57/89) има основа за отказ уговора о коришћењу (закупу) стана датог из војног стамбеног фонда лицима на служби у Војсци Југославије која су до дана ступања на снагу тога закона навршила десет али мање од двадесет година те службе, ако им одлука о престанку те службе на њихов захтев није постала правноснажна до дана ступања на снагу тог закона.

Из неких пресуда следило би да судови полазе од става о стеченом праву лица која су до ступања на снагу Закона о изменама провела у служби десет година и о ретроактивном дејству члана 2. Закона о изменама. Међутим, и у тим случајевима морала би се применити когентна прелазна одредба члана 2, јер се по објективној теорији ретроактивност односи и на стечена права као реализоване правне ситуације. Ипак, није у питању ни стечено право ни ретроактивно дејство члана 2. Наиме, одредба овог члана нема ретроактивно дејство и непосредно се примењује. Није реч о свршеној правној ситуацији, него о трајној правној ситуацији „у току дејства“. До ступања на снагу Закона о изменама није свршен станарско-правни однос између даваоца стана и носиоца станарског права (закупца), нити је свршен радни однос између њих, дакле није свршен правно релевантан факт престанка радног односа. Био је свршен само један факт, а то је десет година службе у војсци. Протеком рока од десет година службе, иако су престала ограничења станарског права, није стечено никакво право, него је само једно правно стање прешло у друго правно стање, које је подложно измени и непосредној примени новог закона. Али, тај факт не чини целу правну ситуацију у току. Стога се тај факт - време службе од преко десет а мање од двадесет година по члану 2. признаје и урачунава, а на остала, несвршена факта - време од двадесет година службе и правноснажни престанак радног односа непосредно се примењује члан 2. Закона о изменама од дана његовог ступања на снагу.

Према томе, ова питања треба решавати комбиновано применом објективног критеријума и критеријума друштвеног интереса, који се састоји у интенцији да се сачува војни стамбени фонд у одређеним друштвеним околностима. Комбинована примена објективне теорије и теорије друштвеног интереса среће се бар претежно и у судској и у уставно-судској пракси. На крају треба

истаћи, да сва овде истакнута прихватљива правила о сукобу закона у времену треба у судској пракси примењивати, али ако законом није друкчије одређено".⁴³²

Следећи пример, који је изазвао много већу пометњу у правничким али и осталим круговима јесте Закон о високом образовању⁴³³ (који је ступио на снагу 2005. године), у делу који се односи на изједначавање звања мастера и дипломираних студената. Приликом одлучивања о критеријумима за усаглашавање академских назива стечених према ранијим прописима са називима из новог Закона о високом образовању, мора се применити адекватан општи принцип који ће једнако третирати све имаоце диплома. Применом нове, европске номенклатуре академских назива, неопходно је сачувати стечена права дипломираних и тиме спречити њихово деградирање на тржишту рада, али и обезбедити им једнак третман у даљем образовању, тј. директну проходност на докторске студије.

Конференција универзитета Србије, због дијаметрално супротног приступа овом проблему појединих факултета је предложила Влади Републике Србије да од Народне скупштине затражи аутентично тумачење ове одредбе члана 127. став 1. Закона о високом образовању, у смислу да лице које је стекло или стекне назив према ранијим прописима – и када нови систем назива постане функционалан – има иста права у погледу запошљавања, приступа стручним испитима и др. која је

⁴³² Закључак усвојен на саветовању Савезног суда, Врховног војног суда, Врховног суда Србије, Врховног суда Црне Горе и Вишег привредног суда од 24. 25. и 26. септембра 1996. године у Суботици

⁴³³ Ово није први пут да је овакав закон био споран и доживео и своје аутентично тумачење. То се десило и 1952 године, у погледу норме која је предвиђала да наставнику универзитета престаје редовна служба са навршеном 70-ом годином живота, па су бројне контроверзе и различита тумачења довела до доношења аутентичног тумачења, које је било обавезујућег карактера, 1955 године, да се ово може учинити на лични захтев или када универзитетски савет донесе такву одлуку.

обезбеђивао назив ради чијег се стицања уписало на студије.⁴³⁴ Државне институције надлежне за тумачење закона су увиделе ургентност овог проблема и донеле одлуку да носиоци диплома VII-1 степена стручне спреме имају иста права као носиоци мастер диплома: Тумачење Републичког секретаријата за законодавство од новембра 2006. године, Републички секретаријат за законодавство упутио је Конференцији универзитета правно тумачење⁴³⁵ тражених одредби Закона о високом образовању, по којем сви који су стекли VII-1 степен стручне спреме треба да буду изједначени са онима који стекну звање мастер. Због вишеструког значаја овог аутентичног тумачења, преносимо га у целини:

“Према одредби става 1. члана 127. Закона, лице које је стекло, или стекне одговарајући назив према ранијим прописима задржава право на коришћење тог назива у складу са прописима према којима га је стекло. Сматрамо да се временско дејство задржавања права на коришћење стеченог назива простире не само на садашњост, већ и на будућност. Сврха права на коришћење стеченог назива јесте у томе да се заштите правна сигурност и стечена права. Насупрот томе, одредба става 2. члана 127. Закона прописује да се у сваком појединачном случају утврђује да ли назив који је стечен по ранијим прописима одговара новом називу који је предвиђен новим Законом о високом образовању (члан 127. став 2. Закона).

Мислимо да је то супротно смислу и садржини одредбе става 1. члана 127. Закона, будући да се тиме ствара могућност да се наруше правна сигурност и стечена права и да се лица која су стекла назив мастера у пракси доведу у повољнији положај од лица која су стекла BII-1

⁴³⁴ Скупштина Конференције универзитета Србије, на VI седници одржаној 17.11. 2006. године у Новом Саду је усвојила : Критеријуме за усклађивање назива стечених према прописима који су важили до ступања на снагу Закона о високом образовању.

⁴³⁵ Овом су претходиле одлуке Законодавног одбора Скупштине од децембра 2006. и јула 2007

степен стручне спреме према ранијим прописима (назив дипломирани правник, дипломирани инжењер и слично).

Према томе, одредба става 2. члана 127. Закона је у супротности са одредбом става 1. члана 127. Закона. У сукобу две одредбе, од којих прва штити стечена права и правну сигурност, а друга доводи у питање сврху и смисао прве одредбе која штити стечена права и правну сигурност, Републички секретаријат за законодавство даје предност одредби која штити стечена права и правну сигурност. У конкретном случају, то значи да би у пракси требало да буду изједначени називи који су стечени до ступања на снагу Закона о високом образовању с називима које предвиђа Закон о високом образовању”

Аутентично тумачење Народне скупштине поводом овог питања је донето новембра 2007. године и само је сажетије поновило оно што је Републички секретаријат за законодавство навео у свом тумачењу. Суштина је дакле, да ове одредбе треба разумети тако да се временско дејство задржавања права на коришћење стеченог назива (члан 127 став 1.) простире не само на садашњост, већ и на будућност. Сврха права на коришћење стеченог назива је у томе да се заштите правна сигурност и стечена права.

Одредба става 2. истог члана може се искључиво тумачити у контексту оваквог тумачења одредбе става 1, што значи да мора бити изједначен статус лица која су стекла или ће стећи назив по прописима који су важили до дана ступања на снагу Закона о високом образовању⁴³⁶) са статусом лица која буду стекла називе које предвиђа овај закон. Другим речима, лица која су стекла VII-1 степен стручне спреме (дипломирани правник, дипломирани инжењер итд.) изједначена су са лицима која стекну назив мастер.

⁴³⁶Службени гласник Републике Србије”, број 76/05

Чини се да жучна полемика академске јавности, није по овом питању завршена и да је аутентично тумачење покренуло још једну лавину, јер као што аутентична тумачења представљају додатно упутство за употребу прописа које додатно објашњавају, тако је у овом случају постало потребно и тумачење додатно протумачити, због великог притиска јавности.

Једно од кључних питања које је овде постављено, као што се види, је и питање ретроактивности и уз то очувања стечених права свршених дипломираних студената. Погрешне су спекулације да би изједначавање права дипломаца и дипломираних-мастера представљало кршење забране ретроактивности. Они који тврде да не сме бити ретроактивног признавања дипломаца за мастере (јер су, наизглед, неједнаки), за узврат захтевају ретроактивно поистовећивање дипломаца са „бачелорима“ (који јесу неједнаки на основу више параметара). Овде се, међутим, уопште не ради о ретроактивном признавању, већ о законској обавези по којој морају да се пропишу општи критеријуми на основу којих се утврђује да називи стечени по ранијим прописима, просто одговарају називима из новог закона. Притом, поистовећивање дипломаца са „бачелорима“ (основне студије првог степена) би заиста водило нарушавању стечених права 450.000 високообразованих грађана и 180.000 студената Србије, јер нови „бачелори“ немају исти третман у даљем школовању као дипломирани стручњаци.

Треба споменути и једну од препорука Заштитника грађана Републике Србије, која се односи на могућност поседовања ватреног оружја од стране грађана. Будући да је у питању поступак у коме Министарство унутрашњих послова дикреционо одлучује, веома је могуће да неко лице, иако испуњава формалне услове да оствари ову законску могућност, исту дозволу и не добије.

" Могућност да грађанин о чијем се захтеву одлучује, или коме се одузима стечено право, не буде обавештен о конкретним одлучним чињеницама и подацима на основу којих надлежни орган управе доноси дискрециону одлуку, представља изузетак од начела саслушања странке које налаже да се, сем у законом предвиђеним случајевима, пре доношења решења странци мора омогућити да се изјасни о чињеницама и околностима које су од значаја за доношење решења. Такав изузетак мора се примењивати крајње рестриктивно, на начин којим се право грађана да буду упознати са чињеницама и подацима на основу којих се одлучује о њиховом захтеву или праву (и оспоре их), ограничава у складу са законом само ако је то заиста неопходно и у мери која је нужна у демократском друштву.

У оцењивању оправданости притужби, Заштитник грађана је посебно имао у виду да Устав и закони Републике Србије нигде изричито не утврђују **право** грађана да поседују ватрено оружје, већ да Закон о оружју и муницији пружа **могућност** да грађани набаве, тј. поседују оружје на основу одобрења Министарства унутрашњих послова. Заштитник грађана става је, међутим, да органи управе, и када одлучују о могућности да се некоме да одређено право, морају доследном применом прописа на најмању могућу меру свести могућност арбитрарности, самовоље и злоупотребе"⁴³⁷.

На крају, спомињено и више иницијатива за оцену уставности одредаба члана 99. став 1, члана 100. и члана 101. став 1. Закона о судијама ("Службени гласник РС", број 116/08), поднетим Уставном суду.

⁴³⁷ ЗАШТИТНИК ГРАЂАНА, Препорука Број 070-251-534/08-2, доступна на: <http://www.ombudsman.rs/index.php/lang-sr/misljenja-preporuke-i-stavovi/392-2009-03-11-10-16-01>. Ово мишљење је усвојено и од стране Министарства унутрашњих послова те су поништена претходна решења.

Оспореним одредбама Закона као прелазним одредбама су, по мишљењу иницијатора, на начин несагласан Уставу, уређена питања настављања судијске функције до избора судија у складу са одредбама Устава од 2006. године, престанка судијске дужности и права судија које су изабране по ранијим законима⁴³⁸.

У иницијативама се наводи да из оспорених одредаба члана 99. став 1, члана 100. став 4. и члана 101. став 1. Закона о судијама произлази да судијама које обављају судијску функцију, а не буду изабране у складу са овим законом, судијска функција престаје по сили закона 1. јануара 2010. године, мимо Уставом и законом прописаних услова за престанак судијске функције. Стога су, по мишљењу иницијатора, оспорене одредбе Закона несагласне одредби члана 148. став 1. Устава, којом је утврђено да судији престаје судијска функција наступањем законом прописаних услова или разрешењем из законом предвиђених разлога. Тиме се, истичу иницијатори, прекида сталност судијске функције која је гарантована одредбом члана 101. став 1. Устава од 1990. године који је био на снази у време њиховог избора, као и чланом 146. став 1. важећег Устава.

"Иницијатори сматрају да наведене законске одредбе имају повратно дејство и да као такве "диррају у стечена права судија изабраних у складу са раније важећим законима, а што одредба члана 197. став 1. важећег Устава изричито забрањује, штитећи начело правне сигурности". Такође истичу да се "судијска функција стечена на легалан начин, побијаним законом ретроактивно прекида, чиме се грађанима угрожава право на правично суђење пред независним и непристрасним судом које гарантује члан 32. Устава". Оспорене одредбе Закона, по мишљењу иницијатора, у супротности су и са одредбама Устава о владавини права (члан 3), подели власти (члан 4), међународним

⁴³⁸ О овоме више на сајту Друштва судија Србије.

односима (члан 16), основним начелима људских и мањинских права и слобода (чл. 18. до 22) и хијерархији домаћих и међународних општих правних аката (члан 194).

Уставни суд је решавајући у овом случају, заузео став, да нису основани, између осталог,

да наводи иницијатора да се оспореним одредбама Закона "дира у стечена права судија изабраних у складу са раније важећим законима", односно да судијска функција престаје мимо законом прописаних услова за њен престанак. Избор на функцију судије, према схватању Уставног суда, не представља стечено субјективно право, већ се судијска функција, као јавна функција, стиче и престаје на начин и под условима утврђеним важећим Уставом и законима који су донети на основу њега. Посебно, гаранција у смислу "стечених права" не може бити када је реч о потпуно новом устројству мреже и организације судова и делимично новој надлежности судова заснованим на одредбама Устава који је на снази.

Уставни суд је имао у виду да је ближе одређење Уставом утврђених разлога за престанак судијске функције садржано у одредбама чл. 57. до 63. Закона о судијама, а да је оспореном одредбом члана 101. став 1. Закона, као прелазном, уређено питање престанка функције судија које не буду изабране, у складу са одредбама Устава од 2006. године и Уставног закона за његово спровођење⁴³⁹.

⁴³⁹Мишљење у потпуности доступно на <http://www.sudije.org.yu/Members/marko/resenjeussuda>. На основу горњег образложења, Уставни суд Републике Србије није прихватио иницијативе за покретање поступка за утврђивање неуставности и несагласности са потврђеним међународним уговорима одредаба члана 99. став 1, члана 100. и члана 101. став 1. Закона о судијама ("Службени гласник РС", број 116/08) и одбацио је захтев за обуставу извршења појединачних аката или радњи предузетих на основу оспорених одредаба Закона из тачке 1. иницијативе. Ibid.

У овом случају имамо и издвојено мишљење једног од судија Уставног суда:

"..... Тако се судије које су изабране у време важења Устава од 1990. и сагласно у њему ујемченог начела сталности судијске функције, једним потезом пера новог законодавца (наглашавамо - не уставотворца), преображавају, ретроактивно, у судију без искуства, од кога се очекује да се докаже, те му је мандат временски ограничен и који подлеже поновном избору и чије се стечено право негира. Јер, ако се *"озбиљно схвати принцип владавине права који почива, међу осталим и на заштити стечених права"* (В. Ракић-Водинелић), овом се нормом закона овај принцип озбиљно нарушава, а сама норма је несагласна Уставу, јер је Република Србија "држава српског народа и свих грађана који у њој живе, заснована на владавини права и социјалној правди ..." (члан 1)".⁴⁴⁰

Из ових примера је видљиво како XXI век показује другачије тенденције, које се крећу од сублимирања резултата претходног столећа, па до покушаја стварања нових ставова у погледу значаја фактора времена у праву. Постаје битно питање и како и колико закони опстају у времену, као и да ли је могуће предвидети њихову трајност, с обзиром на друштвене, политичке, економске и друге прилике у одређеној држави. Разумевање времена као физичке димензије постепено излази из својих оквира, те се простире на остале области друштвеног живота. Треба такође имати у виду да нема државе у свету која није имала "трусне периоде" у свом "животу", с тим да су негде ти периоди краткотрајни а негде имају деценијско трајање, и праћени су и друштвеном и правном нестабилношћу. Неке државе су се, сходно оном Радбруховом рецепту, одлучивале за један од три принципа као приоритетнији, док су друга два била више запостављена. Треба ли споменути да је правна сигурност, са

⁴⁴⁰ <http://www.sudije.org.yu/Members/marko/resenjeussuda>, издвојено мишљење судије Оливере Вучић у предмету IU-43/2009.

свим својим директним и индиректним импликацијама, остављана као декларативна?

У том смислу, чини се да правна сигурност постаје својеврсно правно оруђе за остваривање скоро нереалних очекивања, ако постоји и ако је довољно призната легислативно и практички. Стојећи насупрот правној неодређености, као нужном сегменту предвиђања будућих ситуација, правна сигурност и у том контексту заштита стечених права стоје у приличном раскораку. Савремена домаћа теорија права се стеченим правима као принципом мало бави; пракса их или не препознаје или их на погрешан и неадекватан начин заштићује. Оптерећени неким новим концептима, "уезенима" из англосаксонског система права а скоро неупотребљивим или мало употребљивим у домаћој теорији и у пракси, чини се да домаћи теоретичари а посебно практичари не схватају довољно концепт стечених права као таквих. Њихова заштита и пре свега признавање (постојања) јесу *prima facie* постојања државе и друштва и самих друштвених вредности.

6. Заштита стечених права у праву ЕУ и њених чланица

Терминолошки, налазимо их као *acquired rights* или *vested rights*. Индикативна је употреба ових термина, као и у англосаксонском праву, у области имовинских односа. Њихова суштина је више концентрисана на ту област права, и веома ретко се могу наћи било теоријске расправе, или судске пресуде које се искључиво позивају на -поштовање стечених права без повезивања са тематиком из било које области цивилног права⁴⁴¹. Чешће је свакако позивање на опште прихваћени принцип забране

⁴⁴¹ Већ раније у раду смо навели да је основ свих општих начела заправо у начелима грађанског права, те је стога, повезаност стечених права са грађанскоправном облашћу-нужна.

ретроактивног дејства прописа,⁴⁴²уз примену ограниченог броја случајева у којима је сама ретроактивност дозвољена, као и принципа легитимних очекивања, који су нераскидиво повезани и са концептом заштите стечених права. Тиме је и тзв. *acqui communautaire* или комунитарно право доказало своју приврженост очувању и поштовању наведених принципа.

Разматрање односа стечених права и ретроактивности је овде могуће једино путем разматрања принципа права ЕУ, будући да је теоријска “разрађеност” ове тематике мала и базира се углавном на индуктивном методу (стварања општих правила након анализа бројних појединачних случајева). Такође, је дефинисање „принципа“ као таквог веома интересантно пратити у теорији права држава Европске уније, али посматрано управо у контексту ЕУ права као супранационалног права, те је и тој тематици, у оквиру овог поглавља, посвећен одговарајући део.

6.1. Специфичност комунитарног правног система

Треба истаћи да комунитарно право није уопште ново на правној сцени⁴⁴³. Иако нема своје правне претходнике, па стога се не може ни пратити његов постепени развој, представља новелиран „мешовит систем, који је из свих права држава чланица присвојио, или се барем потрудио да присвоји оно што је ефикасно. Чак га у извесном смислу можемо посматрати и као нови начин развоја права које регулише настанак, егзистенцију и опстанак међународних организација. Уговор о

⁴⁴² Juha Raitio: *Legal Certainty, Non-Retroactivity and Period of Limitation in EU Law, Legisprudence, Vol.2., Nr1, 2008*

⁴⁴³ О изворима комунитарног права, те и подели на примарне и секундарне изворе видети код: Erik O. Eriksen, John E. Fossum, Agustin J. Menendez: *European Union-constitution making and democratic legitimacy, Paper presented on the Arena conference on Democracy and Democratic Governance, Oslo, 2002*. Има и супротних мишљења, да је то нови правни поредак на светској правној сцени, Jan Erik Lane: *The Substance of EU law*, доступно на <http://www.spp.nus.edu.sg/docs/wp/wp22.pdf>

настанку Европске Уније тако треба посматрати прокламативно, као скуп одредаба које својом правном снагом надвисују остале норме које потичу из система држава чланица.

Даље, треба напоменути да комунитарно право, бар у овој фази постојања Европске Уније, више тежи да допуни право држава чланица, него да га у потпуности замени. Зато се као логично и намеће решење да Суд правде, сваки пут када нема одговарајуће решење у постојећим актима, инспирацију потражи управо у праву држава чланица Уније.

Ипак, попуњавање правних празнина није једини механизам који користи опште правне принципе. Будући да су постављени као конститутивни елементи комунитарног правног система, то је доношење одлука са ослоном на опште принципе прихваћено као основна методологија рада Суда правде (у даљем тексту: Суд). Комунитарно право само по себи није децидно дефинисало принципе на којима почива, већ је остављено дискрецији Суда да то уради. Из тога следи да, будући да проистичу из свих правних система држава чланица, ови принципи јесу заједничко конституционално наслеђе.

6.2. Примена општих принципа и њихов значај у праву ЕУ

Суд је од 1969. године прихватио опште принципе као редован, примаран извор права који ће користити при одлучивању⁴⁴⁴. Још једна класификација принципа их дели на принципе који припадају неписаној повељи људских права, принципе везане за рад државних органа као и друге опште принципе, који се не могу сврстати у претходне

⁴⁴⁴ Tania Kyriakou : *The impact of the EU Charter of Fundamental Rights on the EU system of protection of rights: much ado about nothing? THE DURHAM RESEARCH POSTGRADUATE CONFERENCE - JULY 2001*, *Web Journal of Current Legal Issues in association with Blackstone Press*

две групе.⁴⁴⁵ Њихова примена је обавезујућа за државе чланице сваки пут када примењују комунитарно право. Тако се и њихова суштина и циљеви могу посматрати само са становишта целине комунитарног, а не посебног права државе чланице. Такође су обавезујући када делују органи Уније, или када се исти дерогирају. Посебно је важно истаћи да се исти не могу примењивати када се примењује позитивно право државе чланице, једино ако су у питању принципи који су и потекли из тих држава чланица.

Општи правни принципи су увек проистекли из неког правног система, било националног, интернационалног или међународних уговора. Обе врсте принципа заједно творе опште принципе природног тумачења, природног права и природне правде. Тако се Уговор из Амстердама сматра валидним извором општих принципа, као и сам Уговор о Европској Унији. Такође, при формулисању општих правних принципа Суд правде налази инспирацију у уставним традицијама држава чланица Уније, као и међународним уговорима чији су Унија или саме државе чланице потписници.⁴⁴⁶

Разликују се и принципи који установљавају уставну структуру Европске Уније. Овим принципима су на генералном плану уређени односи између Уније и држава чланица. У ову групу улазе: принцип супремације комунитарног права, принцип расподеле надлежности, принцип субсидијарности, и обавеза кооперације, који су предвиђени у чл.10 Уговора о Европској Унији. Даље, значајан је и принцип директног ефекта, којим се непосредно одређује правни положај појединаца, али и принцип институционалне равнотеже, којим се

⁴⁴⁵ Из текста: *Legislative acts, procedures and sources, general principles of EC law, University of London External Programme*, доступан на сајту <http://www.londonexternal.ac.uk>. И у овом тексту се истиче значај, када је у питању принцип правне извесности, принципу забране ретроактивности у *Case 63/88 R v Kirk* 1984 ECR 2684 (non-retroactivity) и принципу легитимних очекивања у *Case 112/77 Toepfer v Commission* [1978] ECR 1019 (legitimate expectations).

⁴⁴⁶ *Anthony Arnall: The European Union and its Court of Justice, Oxford EC Law Library, 1999, str.190-197.*

установља баланс у ради и сарадњи између државних органа на нивоу Уније.

Ту су и принципи који проистичу из потреба за установљавањем и одржавањем владавине права. У питању су принципи којима су примарно решени односи између појединца и државних органа Уније и у државама чланицама. То су принципи једнакости, пропорционалности, правне извесности, заштита законитих очекивања (или правних нада) и поштовање основних људских права и слобода. На крају треба споменути и принципе субстантивног комунитарног права, који истичу основне слободе, или специфичне политике Уније.

Општи принципи комунитарног права су надређени, принципима националних права (доктрина супремације)⁴⁴⁷, као и неписаним правним изворима⁴⁴⁸, било да потичу из комунитарног права или права држава чланица. Иако су проистекли из праксе и делатности Европског суда правде⁴⁴⁹, никада нису били јасно набројани нити објашњени. Што се тиче типологије принципа, разликују се интерпретативни или принципи тумачења (*canons of construction*) као и суштински правни принципи (*fundamental rights*). Садржај обе врсте принципа проистиче из структуре и циљева настанка и опстанка Европске Уније. Тако чак постоји и *структурална типологија принципа*, али будући да су они и општи и неписани, типологија сама по себи је прилично проблематична.

Значај општих принципа као избора комунитарног права се огледа у два аспекта: Као правна правила, постављају значајна ограничења при стварању политике Уније у било којој области, а посебно овалшћења

⁴⁴⁷ *Sources d'Europe, Centre d'Information sur l'Europe, "Droit communautaire", <http://www.info-europe.fr/europe.web/document.dir/fich.dir/QR001038.htm>*

⁴⁴⁸ *Thierry Smets, "Les sources du Droit", <http://users.skynet.be/sky19192/lessourc.htm>*

⁴⁴⁹ Коа главни услов прихватања неког принципа поставља се да је држава порекла истог држава базирана на владавини права. Тако се у погледу принципа правне извесности упућује на случај 265/78 *Ferwerda v Produktschap voor Vee en Vlies* [1980] ECR 617,

њених органа. Са друге стране, ако се принципи посматрају као правила проистекла из судске активности (*judge-made-law*), они иманентно указују на креативну функцију суда, и што је још важније, указују на "његов допринос развоју Уније од супранационалне организације до уставног поретка држава чланица".⁴⁵⁰

6.3. Ставови права ЕУ према ретроактивности и принципу правне сигурности

Ниједно правило, које је установио Европски суд правде, чак ни изричито не забрањује ретроактивност. Као извор принципа неретроактивности узима се адекватна максима преузета из немачког права, која се заиста и због значајног удела правника теоретичара и практичара у овој области може сматрати извором целокупне области.

Ипак, Суд је развио правило у смислу поштовања и развоја принципа правне сигурности уопште и принципа заштите правног очекивања (лексички и садржински одговара још Савињијевим правним експектативама). Уз то, врши се и поређење садржине правне експектативе са штетом која је настала због немогућности реализације права, што је предочено у одлуци суда *August Töpfer & Co. GmbH vs. Commission*. Правна сигурност је строго повезана са принципом неретроактивности, тј. да ниједан прави акт Уније не може добити повратно дејство јер би се тиме атаковало на правну сигурност њених грађана, који не знају да ли и како треба да се понашају у одређеној ситуацији.

⁴⁵⁰ Takis Tridimas, наведено дело, стр. 7.

Правна сигурност је много више повезана са извесном концептуалном скалом вредности⁴⁵¹, путем које је могуће измерити "количину" вредности неке норме или балансирати између формалне правде и материјалне правичности, којом се судије требају руководити приликом доношења пресуда али и законодавац приликом уређивања друштвених односа. Сама правна сигурност се овде градира, па тако постоје *формална, фактичка и супстанцијална правна извесност*, при чему последња представља највиши степен самог принципа, али истовремено и најстрожију забрану повратног дејства закона и других правних аката.

Принцип правне сигурности, сам по себи, има много аспеката примене и тумачења своје садржине. Као најважнији намеће се, како је то Суд објаснио у једној својој одлуци *ECR 5041(Ireland v. Commission, Case 325/85, из 1987. године)*⁴⁵², да "европско законодавство мора бити познато и његова примена очигледна за све субјекте на које се односи". Исти став је поновљен и у још неким одлукама овог Суда⁴⁵³. У другом случају, *Defrenna vs. Sabena*, уочено је да се "применом принципа правне сигурности не може оправдати ограничавање временских ефеката овог правила", што се може тумачити двојако. Са једне стране, ова констатација дозвољава увођење ретроактивности на „мала врата“, те су одлуку, са оваквом аргументацијом неки правници практичари назвали "порицањем правде"⁴⁵⁴. Са друге стране, иста може послужити као основ за забрану темпоралних закона, управо због временске ограничености њихове примене.

⁴⁵¹ Више о томе- *Juha Raitio: "The principle of Legal Certainty in EC Law", Kluwer Academic Publishers, July 2003, pg.100.*

⁴⁵² Izvor: *Anthony Arnall: "The European Union and Its Court of Justice", Oxford EC Law Library, 1999, str. 192-194 ; Juha Raitio, наведено дело*

⁴⁵³ *Npr. Commission vs. Italy из 1989 године Anthony Arnall, наведено дело; Juha Raitio, наведено дело.*

⁴⁵⁴ *Juha Raitio: "The principle of Legal Certainty in EC Law", pg.101.*

Право Европске Уније разликује, посматрано са аспекта фактора времена у праву, познаје два степена законодавне функције:

а) Временске операције законодавца (*temporal operation of legislation*), што обухвата време потребно за спровођење законодавног поступка, објаву и ступање на снагу закона.

б) Временска примена права- могућа примена донетог акта на догађаје или трансакције које су завршене или започете пре објављивања закона. У питању је, дакле, ретроактивно дејство прописа, које је могуће једино ако је то експлицитно дозвољено и не повређује Повељу о људским правима.

У даљем раду ће бити више речи о самом принципу правне сигурности и принципу легитимних очекивања, јер је једино путем разматрања тих појмова могуће доћи до појма стечених права и ретроактивности закона, те до заштите стечених права и забране ретроактивности, у контексту теме којом се бавимо у раду.

6.4. Принцип правне сигурности (legal certainty)

Принцип правне сигурности је један од најраспрострањенијих принципа али и најшире конципиран. Повезан је са принципима легитимних очекивања и неретроактивности⁴⁵⁵. Извор првог од наведених принципа је немачко право, а тумачи се у смислу да комунитарно право не сме у одсуству преовладавајућег значаја јавног интереса да повреди легитимна очекивања адресата било које норме. Неретроактивност налаже да се, ниједно правило не може примењивати пре него што буде објављено. Овај концепт је први пут коришћен у случају *R. v. Kirk*, који је

⁴⁵⁵ Constantine Stephanou : GOOD GOVERNANCE AND ADMINISTRATIVE DISCRETION, http://www.unece.org/trade/workshop/OSCE_0304/presentations.npucmyн сајту : септембар 2009. године

покренут због ретроактивног дејства казних одредаба, проистеклог из регулатива Уније⁴⁵⁶.

Сам принцип правне сигурности значи да индивидуе могу да се ослоне на јасно значење прописа који регулишу њихово понашање, да би били у позицији да могу да предвиде правне последице коју могу услед поштовања или непоштовања тог правила да проистекну.⁴⁵⁷ Јер, ипак само пуно познавање права обезбеђује функционисање права.⁴⁵⁸

Као ствар тумачења, комунитарни правни акти су, како Суд правде претпоставља, увек неретроактивни. Чак и ако је ретроактивност јасно изражена, такав акт и његова валидност могу касније бити доведени у сумњу. Принцип правне извесности управо говори о важењу мере комунитарног права у тренутку пре њеног формалног ступања на снагу.

Схватање правне сигурности зависи од правне културе. Термин се често користи у формалном смислу, када представља идеју о предвиђању правних последица за адресате. Као један од кључних принципа, не може се једноставно објаснити. Општи правни принципи, па и принцип правне сигурности су често подобни за процес одмеравања и балансирања.⁴⁵⁹ Тако, у круговима аналитичке јуриспруденције, концепт правне сигурности се користи у домену доношења судских пресуда.

Суштина правне сигурности је у томе да сваки грађанин може да очекује правну заштиту у погледу својих активности, како будућих тако и оних које су већ реализоване. Са друге стране, посматрано са аспекта примене права од стране државних органа, значи избегавање арбитрности у

⁴⁵⁶ *Constantine Stephanou, наведено дело.*

⁴⁵⁷ CLAUDIO FRANCHINI EUROPEAN PRINCIPLES GOVERNING NATIONAL ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS 68 *Law & Contemp. Probs.* 183, доступно на <http://www.law.duke.edu/journals/lcp/articles/lcp68dwinter2004p183.htm>

⁴⁵⁸ Љиљана Миланковић-Васовић: "Познавање права", Правни информатор, 3/2004.

⁴⁵⁹ Што је базирано на Дворкиновим теоријским поставкама о димензији важности принципа. *Juha Raitio: The Principle of Legal certainty in EC Law, Dordrecht, Boston, London, Kluwer Academic Publishers, 2003, str.364-368.*

поступку одлучивања (*формална сигурност*), као и да саме одлуке морају бити одговарајуће ситуацији и правно прихватљиве (*субстантивна сигурност*). Прва се брани обавезом државних органа да се понашају у складу са прописима те да омогуће грађанима планирање својих будућих активности на рационалној основи. Ако се потенцира органска одвојеност права од морала и других садржаја неправне природе, онда овако представљен двојни концепт правне сигурности није одржив.

Треба истаћи да је присутна тенденције критиковања горе изложеног двојног концепта правне сигурности, посебно од стране оних који се залажу за органску одвојеност права од морала и других садржаја неправне природе.⁴⁶⁰

Даље, прихватљивост права је повезана са његовом валидношћу⁴⁶¹. Неки аутори заступају мишљење да постоје *системска, фактичка и аксиолошка валидност права* и да су све три димензије важне при дефинисању концепта правне сигурности. Системска димензија би, ако класификацију пренесемо на терен права, означавала формалне изворе права, фактичка-оперативност права у перакси, на терену, а аксиолошка-прихватљивост права у светлу друштвених и моралних вредности, са посебним упливом на правни позитивизам, правни реализам и природно правну теорију.⁴⁶² Димензија оперативности права би заправо представљала прецедентно право. Из тога следи да би и правна сигурност имала сличне димензије:

1. формална правна сигурност (предвидљивост права)
2. фактичка правна сигурност (стабилност, континуитет)
3. субстантивна правна сигурност (прихватљивост)

Може се закључити да је правна сигурност више повезана са концептуалном скалом за одмеравање и равнотежу интереса између

⁴⁶⁰ Више о томе: Ханс Келзен: Чиста теорија права, ЦИД, 2003.

⁴⁶¹ Ibid.

⁴⁶² Ibid.

предвидљивости и прихватљивости, или формалне правде и материјалне правичности.

Принцип правне сигурности може имати и нешто другачије конципиране димензије:

1. *субстантивна правна сигурност*- државни органи заиста поштују стечена права лица и постоји лимит у погледу начина, обима и потребе установљавања ретроактивног дејства.

2. *Процесуална правна сигурност*- поступак доношења одлука, као и саме одлуке су јасни и дефинитивни.

3. *правна очекивања*- извесно је да сходно постојећим правилима, се гарантују нека права и њихово стицање. С тим у вези је и обавеза државних органа да поштују правила поступка предвиђена за издавање дозвола, решења и сл. Адресати норми спрам стања у законодавству имају извесна очекивања како ће се државни органи понашати, које предуслове требају да испуне за реализацију својих права, колико дуго могу да очекују да ће трајати поступак, итд.⁴⁶³ Правна сигурност је повезана крају, и са једнакошћу, као вредношћу, али и са једнообразношћу права и обавеза⁴⁶⁴. Приметно је да се овде користи исти термин као што га је користио и Савињи, при чему се овде користи у суженом смислу. Наиме, овде се говори о „очекиваном понашању државних органа у поступцима који се воде пред њима“, што обухвата како обим активности који је и иначе предвиђен за поступање у неком случају законом или одговарајућим правилником, тако и оне активности које у свом уобичајеном раду примењују државни органи.

⁴⁶³ *Gio ten Berge, Rob Widdershoven: The principle of legitimate expectation in dutch constitutional and administrative law.*

⁴⁶⁴ *Jannet A. Pontier, Edvige Burg: EU Principles on Jurisdiction and Recognition and Enforcement of Judgement in Civil and Commercial Matters, Cambridge University Press, 2003, str 69-73*

6.5. Принцип заштите стечених права у праву ЕУ

Принцип заштите стечених права има дугу традицију у Западној Европи. Да би се наведено могло спроводити, потребно је обезбедити правну извесност (шире постављена у овом правном систему него „класична“ сигурност)-стабилност правног система и предвидљивост истог. Свако лице, које претендује да буде учесник у правним односима, мора познавати своју потенцијалну правну позицију, коју не треба да мења било која каснија промена унутар система

Комунитарно право је, како смо раније утврдили, постављено као неретроактивно право. У супротном, потреба за ретроактивним дејством неког комунитарног прописа у целини или делимично мора бити изричито наглашена и оправдана, у циљу пружања заштите раније стеченим и реализованим правима. Или чак и правима чија је реализација започета, али није довршена за време важења претходног прописа. Законодавац увек то мора да оправда посебним јавним интересом. Даље, у случају да јасних одредаба о могућој ретроактивности нема, сматра се да се пропис има примењивати *pro futuro*⁴⁶⁵, јер ће у супротном бити повређена или угрожена права стечена или реализована за време важења претходног прописа и тако угрожена и правна сигурност.

6.6. Правна очекивања и њихова заштита

Сам концепт правних или легитимних очекивања ствара проблеме на два различита нивоа. Као прво, исто је често истакнуто као основ одбране против одлуке да било који општи правни акт добије ретроактивну снагу. Са друге стране, могуће су и ситуације у којима

⁴⁶⁵ *K.P.E. Lasok, D.Lasok*, наведено дело, стр.189.

позивом на правна очекивања и принцип њихове заштите, аргуентује као корисно и добро установљавање одложеног дејства неког општег правног акта, уместо тренутно након истека *vacatio legis*-а.

Ако се основ за стицање, као општи, налази у закону за сва лица или само за неку категорију, тада се у погледу њих може примењивати нови закон ,иако су настала за време режима старог закона.Наведена права представљају експектативе(правне наде, очекивања), које су подложне ретроактивности из разлога што објект поводом кога ће она настати још није настао. Њихову заштиту гарантује децидно једино пракса,тј пресуде Европског суда правде.

7. Подручје англосаксонског правног система

Англосаксонски правни систем, као специфичан правни систем, базиран више на судским одлукама, путем којих се ствара право, него на "стабилном" законодавном процесу, у примени је у државама енглеског говорног подручја: Велика Британија, САД, Аустралија, Нови Зеланд. Овде је судија у позицији да, у случају да не постоји правно правило којим се решава неки спор, сам „одигра“ улогу законодавца , и установи својом пресудом ново правило.То ново правило ће бити општеобавезујуће за све остале сличне случајеве,а његова непримена доводи до могућности побијања пресуде.У питању је овлашћење суда шире у односу на овлашћење , које поседују судови европско-континенталног система, да доношењем пресуда само примењују закон.

Интерпретација норми се у англо-саксонском правном систему посматра кроз визуру судије појединца,који тумачећи пропис,у интерпретацију уноси и сопствени став о неком питању.

Углавном је и овде на снази принцип забране ретроактивности. Устав САД изричито забрањује доношење закона и других правних аката

са повратним дејством на оба нивоа- федералном и држава чланица. Наведено су прихватиле,и већина држава чланица у својим уставима,посебно у области кривичног права. Наиме,и правно и етички је потпуно погрешно нарушити начело *nulla poena,nullum crimen sine lege*,из било којег разлога(чак и "задовољења правде"). Међутим, законодавац није у потпуности искључио могућност установљавања повратног дејства,већ предвиђа да поједини амандмани, могу добити такво дејство, у изузетним ситуацијама. Ретроактивност представља опасност по људске, општедруштвене, политичке и друге односе, поготово када се не појављује у изузетним приликама. Као таква утиче на правне последице које су стране у неком правном односу већ раније договориле и које нису узимане у обзир приликом закључивања неког уговора,јер једнставно нису ни постојале.

Неке америчке државе нпр.Мичиген,примењују у сваком појединачном случају тзв. **тест ретроактивности**⁴⁶⁶:

- а) Разматра се сврха новог закона, као и колики је степен измене у односу на стари пропис.
- б) Могућа примена старог закона, ако је степен промена толики да је стари закон повољнији за странку у поступку. Наведено се сматра веома битним при решавању дилеме који закон-нови или стари-треба применити на случајеве који су већ отворени, тј. који су у току. На овај начин се штите, као у немачкој правној теорији, правна очекивања, али се и суд ослобађа одговорности за практичне последице које могу произвести нови прецеденти, тј. одлуке које из корена мењају познати садржај права.
- в) Разматрају се ефекти ретроактивне примене новог закона,првенствено мерење степена корисности и праведности примене једног или другог решења.

⁴⁶⁶ *Buwe o tome: Timothy A. Baughman: "Justice Moody's Lament Unanswered: Michigan's Unprincipled Retroactivity Jurisprudence"*,преузето са сајта:<http://www.michbar.org/journal/article>

Овакав "тест" нема неку посебну вредност, већ представља оправдање у конкретном случају зашто је донет или примењен ретроактивни закон, као и у супротној ситуацији. *Тест ретроактивности* је генерално забрањен општом федералном нормом, али га поред Мичигена примењују и неке друге државе. Куриозитет везан за ову државу је и постојање тзв. *принципијелне ретроактивне јуриспруденције*, која је настала из праксе судова различитих инстанци, приликом интерпретирања федералних и статута своје државе.

Америчка правна теорија разликује два степена ретроактивности⁴⁶⁷:

1. *strongly retroactive laws* - важећи и пре него што су формално ступили на снагу. Захватају како последице дела које су се десиле у прошлости, тако и непосредне факте из којих је наведена последица проистекла.

2. *weakly retroactive laws*/ мењају правне последице дела који су се десили у прошлости. Иако их теоретичари сматрају ретроактивношћу мањег интензитета, ово је заправо класичан пример повреде стечених права, која су раније остварена према тада важећим законима.

Управо због свих наведених специфичности у оквиру овог правног система, посебно америчкој и енглеској правној теорији ће бити посвећен следећи одељак.

7.1. Англоамеричка доктрина о заштити стечених права

7.1.1. Уводне напомене

Англоамеричка правна традиција је традиција судских преседана, инспирисана непрекидним и веома будним радом судске

⁴⁶⁷ *Timothy A. Baughman*, наведено дело.

номенклатуре, у свим временским раздобљима, у току постојања, а посебно у САД. Законодавна функција се овде доживљава скоро као пролазна или узредна функција једне од власти у оквиру поделе власти, јер судска власт и саме судије, као носиоци тумачења истих тих норми, имају далеко одговорнију функцију⁴⁶⁸. Њихов посао се процесом тумачења правних норми започиње, и неретко то тумачење прераста у ново правило, у зависности од виђења и унутрашњих осећаја правде и морала самих судија. Иако се у јавности често цитира фикција да су судови и овде као и у европскоконтиненталном правном систему пуки тумачи позитивног права и судије упорно тврде да су њихове пресуде интерпретативног карактера, пракса говори управо супротно⁴⁶⁹.

Р. Паунд је на интересантан начин, кроз анализу развоја фаза права, дошао до закључка о утмељењу – сигурности уопште. Паунд је, на име, сматрао да је друга фаза развоја права - *стриктно право*⁴⁷⁰, где право превасходно има функцију регулисања односа у друштву а држава је орган друштвене контроле. Правна правила су овде високо формализована, нееластична и нефлексибилна. Но управо овакав концепт права нам доноси као значајне идеје извесности (сигурности) и униформности. Даље, фаза *либерализације права* као фаза природног права или једнакости има као кључну реч уместо извесности - *моралност*

⁴⁶⁸ Истиче се да судије и јесу на изванредан начин изнад законодавца, јер оцењују уставност закона и својим одлукама могу зауставити важења неког закона, или захтевати његову измену. Но англосаксонско право управо због система прецедената је ту улогу иповећало. Више о томе: *R.C. van Caenegem: Judge and Lawgiver in Anglo-American history, European review, Vol 11. Nr. 3, стр. 325-339.*

⁴⁶⁹ У прилог овој тези наводимо теоријску расправу Лона Фулера о фиктивном случају истраживача пећина, који су се, нашавши се заробљени у пећини, одали канибализму да би преживели. Пет судија, измишљеног града Њугарта, има 5 различитих мишљења о овом случају. Видети: *THE CASE OF THE SPELUNCEAN EXPLORERS by Lon L. Fuller, Harvard Law Review Vol. 62, No. 4, February 1949*; на сајту

<http://www.nullapoena.de/stud/explorers.html>, приступ сајту: 1.11.2010.

⁴⁷⁰ *Rosco Pound, The Spirit of Law, 1921.*

или неки други вид етичког инпута, као што су једнакост или савест. Допринос ове фазе је у правној еволуцији и дефинисању концепта добре вере и моралног понашања која се може постићи кроз разум, етичке солуције тј решења контроверзи и сукоба дужности.

Следећи ниво је, сматра даље Паунд, ниво *зрелости права*, у коме се на извештан начин „згушњава“ процес стварања права, а кључне речи су безбедност и једнакост, што се делимично деривира из два извора, један је инсистирање стриктног права да се исти правни лек треба увек применити у истој ситуацији (што јесте сегмент правне сигурности), а делом и из инсистирања на једнакости или природном праву у погледу третирања свих људских бића као и правних лица, и под условом признавања пуног капацитета права. “Зрелост“ права, дакле, инсистира и на сигурности и у овом смислу је потребно извршити поређење ове фазе са фазом стриктног права. Акцент у обе фазе је био управо на обезбеђењу сигурности, а што произлази из инсистирања на својини и уговору као фундаменталним идејама америчког права. **Сигурност је, дакле, добијала своју гаранцију једино кроз обезбеђивање несметаног уживања права својине и могућности закључења уговора.**

Скоро 100 година касније, ситуација на овом плану се није битније променила. Савремена јуриспруденција англоамеричке провинијенције се и даље ослања више на такве судске пресуде, које имају креаторски значај, него на саме прописе⁴⁷¹. Прописи, као што су уставни, било федерални или држава чланица, статутни и др., представљају полазиште

⁴⁷¹ Идеја о праву не може настати после извесног броја посебних одлука, и прави извор права је усмена традиција: *R-Floyd Clarck, The Science of Law and Lawmaking (Being an Introduction to law - a general view of law of its forms and substance, and a discussion of the question of codification), 1898* стр. 20. У томе и јесте кључна разлика између схватања права и примене права између англосаксонског и европско-континенталног система, у првом се тумачење, схватање и примена врше од појединачног ка општем а у другом - од општег ка појединачном.

за сва даља разматрања и толико потребно прецизирање најопштијих постулата у једној држави. Стога и сама англоамеричка правна теорија и пракса, будући да имају различита полазишта у односу на европско континентално правно усмерење, имају и другачије исходе. Устави како федерације тако и федералних јединица у САД имају генерално ограничења да не смеју да угрожавају или нарушавају уговорна права, тј права која проистичу из било којих закључених уговора. Но судови ретко користе дату им могућност стварања апсолутне забране против угрожавања ове врсте, већ се правдају оправданим интересом који установи држава. Судови у овом смислу користе *двостепену анализу* да би одлучили да ли је ретроактивна примена прописа дозвољена и не иде ли на штету стечених уговорних права. Ако је ретроактивност у овом случају могућа, даље се врши провера да ли је угрожавање уговорних права суштинске природе, да ли је држава исказала значајан и легитиман друштвени циљ дозвољавањем овакве могућности и да ли је прилагођавање права и обавеза из уговора базирано на разумним условима да ли одговара циљевима због којих је усвојен нови закон. Оваквој провери се приступа са посебном пажњом ,кад је једна од уговорних страна сама држава⁴⁷².

Ипак, не треба пренебрегнути и чињеницу да нису овде само судије једнако креатори позитивног права као и сам законодавац. Наиме, то често чине и значајнији правни писци, додуше посредно, јер њихова правна становишта цитирају судије у својим образложењима, посебно ако изражавају *dissent*, тј. свој глас издвајају из већине приликом гласања за доношење јединствене пресуде. Правнотеоријске дебате, као што је Харт-Девлин дебата о моралној садржини права, трају и неколико година или деценија, са крајње неизвесним и непредвидивим исходом. Оштрини

⁴⁷² Више о томе :Deborah K. McKnight; *Legal Analysis, Minnesota House of Representatives, Research Departement Revised, June 2005.*

таквих дебата погодује и крајње либерална клима у самим судовима, јер судије, доносећи и образлажући своје пресуде, укључују исте те правнотеоријске ставове као основе за одређене судске исходе.

Неретко додајући и сопствене исте или сличне аргументе у прилог једном од постојећих правнотеоријских становишта о некој ствари, судије посебно у САД стају и на страну не само законодавца, већ и научника, јер од снаге њихове теоријске аргументације зависи и дужина трајања њиховог преседана. У супротном, исти може оспорен. Овде се не оспорава само једна пресуда (и враћа претходној инстанци на поновно суђење), већ се руши цео један систем сигурности, заснован на таквој пресуди, цео систем очекиваних понашања суда, тужилаца, странака, заступника. У европскоконтиненталном правном систему овакви случајеви су веома чести, јер другостепени судови пребацују терет назад на првостепени суд и враћају му на суђење цео предмет из почетка. У САД „рушење“ преседана и стварање новог је прилично тешко, јер се руши и институција преседана, и институција судије као лица које установљава правила за убудуће слично законодавцу и нестаје сигурност грађана.

Оригиналисти су тежили да помало и ограниче судску интерпретативну дискрецију,⁴⁷³ те би их ограничили, тако што би тражили од њих(судија) да погледају све до тада завршене случајеве, почев од конгресних статута, и да прихвате оно што је већински став, а не да имају своје мишљење. Неки аутори су истакли став, да циљ управо овакве превенције рада судија, да се претерано ангажују у вољном али и арбитрарном пресуђивању, је недовољан, да оправда основу

⁴⁷³*Bernadette Meyler: TOWARDS A COMMON LAW ORIGINALISM, Stanford Law Review, December 2006, vol 59, str.551-571.*

оригинализма. Прихватање било каквог, унапред одређеног интерпретативног метода, спречава судије да се управо тако и ангажују.⁴⁷⁴

Иако је постојао посебан акценат на неким доктринама *common law*-а и њиховој већој применљивости, *common law* је и тада у освиту 18. века и током целог 18. века било далеко од сопствене унификације у сваком смислу. Чак су и Едвард Коук и Метју Хејл говорили о потребној отворености *common law*⁴⁷⁵ система према променама сходно друштвеним кретањима, а неки су ишли дотле да кажу да « разумевање једног оригиналног текста у овом смислу подразумева посебно и очекивања о будућем процесу интерпретације тог текста саме по себи». Дворкин је овде говорио о две врсте оригинализма. Један види оригинализма је *семантички*, где би посебно норме о стварању права биле тумачене на онај начин и у оном смислу како је творац тих норми хтео да оне буду тумачене (што би одговарало статичком тумачењу). Други тип је *очекивани оригинализам*, под којим је подразумевао да се тумаче у светлу оних последица које је нормотворац очекивао да ће те норме услед своје примене имати (што би одговарало еволуционистичком тумачењу).

⁴⁷⁴ Keith E. Whittington, *Constitutional Interpretation, Textual meaning Original intent, and Judicial review*, 39(1999).

⁴⁷⁵ *Common law* прихвата она правила грађанског понашања која проистичу из *common wisdom* и искуства друштва, која су устоличена у временом установљеним обичајима, а која су финално добила судску санкцију и афирмацију. Вербални израз *Common law*-а је у правним максимама, дефиницијама, судским одлукама, које су сачуване и доступне свима у говорима великих правника и извештајима судских одлука, преузето из *W.C. Robinson: Elementary law, and Elements of American Jurisprudence*, наведено у: *Frederic W. Maitland and Francis C. Montague, A Sketch of English Legal History, 1915, str 213.*

7.1.2. Место доктрине(заштите) стечених права у правном систему и однос према правној сигурности

Значајна фаза у конституисању ограничења, базираним на идеји вишег закона примењује се у оквиру законодавних овлашћења у америчком уставном праву, и чини је доктрина стечених права. Постоје извесна ограничења, која се сматрају битнима приликом испољавања политичког ауторитета. С тим у вези је и захтев за поштовањем приватне својине, што је принцип познат још од средњег века

„Политички ауторитет“ и посебно ауторитет апсолутистичке државе је развио теорију о омнипотенцији тј. свемогућности законодавца који је могао да одузме приватну својину, ако је у питању јавни интерес. Индивидуалистичка теорија 18. века и природноправна филозофија подржали су мисао да таква државна акција, која би нарушила светост приватне својине, треба добро да се оправда, али и да се одузета имовина правично, најчешће материјално надокнади.. Након што је федерални устав САД почео са применом, ово становиште је поновио и судија Патерсон, инсистирајући управо на томе да је право на стицање и поседовање имовине и њене заштите једно од природних и неотуђивих права човека. Њихово очување је стога примарни циљ друштвене заједнице.

Тако је потврдио и Врховни суд федералне државе Каролине у једној својој судској пресуди- **доктрину да нови закон не може повредити стечена права и закључени уговор**⁴⁷⁶. Али кад је превагнула супротна доктрина, **неколико судова је поводом става да се у случају сумње ниједном закону не сме придати повратно дејство, поставило као основну доктрину тј. обавезу да ни у једном случају закон који се тумачи у процесу примене не дође у**

⁴⁷⁶ Keith E. Whittington, наведено дело.

конфликт са стеченим правима. Иако теоријски добро осмишљено, у пракси није било често поштовано.

Сама америчка доктрина уставног права, како је дефинисао Џон Маршал, устав и обавезе које он намеће, ставља на највиши ниво поштовања⁴⁷⁷. Свако понашање, и оле контра уставним начелима, треба сматрати неважећим. Судије су посебно дужне поштовати уставна начела у свом раду* јер *ustav se neposredno primenjuje* (, а имају сва овлашћења да користећи сопствено мишљење и правно схватање доносе пресуде које ће бити потпуно правно заштићене. Но, то мишљење судија варира, као ни у једној другој сфери друштвеног живота, јер они „лутају“ између либерализма и конзервативизма, између Сциле и Харибде правног света.

Оно што је извесно јесте постојање различитих појмовних и вредносних концепата пре Маршала⁴⁷⁸, који су се изграђивали током 17. и 18. века. Како данас неки савремени аутори тврде, тадашњи правни теоретичари али и практичари су веома вешто трансформисали политичка питања у питања искључиво правне природе. У неким случајевима је било изузетно тешко направити недвосмислену везу између судских пресуда донетих још у колонијално доба са постреволуционарном судском реториком. Но, то им је успело, јер су многа политичка питања добила своја правна утемељења.

Постоје три проблема од историјског значаја, која је дефинисала сама америчка револуција у праву: питање правне сигурности, судске независности и простора за слободно судско одлучивање. Овде се суочавамо са веома озбиљном проблематиком, у смислу да када право није познато, односно извесно судијама и/или им недостаје потпуна независност у раду, обични грађани онда почињу самостално да делују те заузимају самовољно простор остављен судијама да раде, за простор у

⁴⁷⁷ *R.C. van Caenegem, наведено дело.*

⁴⁷⁸ *Shannon C. Simson: The American Revolution in the Law: Anglo-American Jurisprudence before John Marshall, Princeton University Press, 1990, str. 44.*

коме ће они сами одлучивати у појединим случајевима и сами спроводити казне. Кад се правна сигурност и судска независност осигурају, простор за одлучивање се максимално сужава и није могућ улазак у њега обичним грађанима, већ само квалификованим –судијама.

У том смислу, неки аутори говоре о *нивоу предвидљивости од 0,5*⁴⁷⁹, што значи да у целом систему постоји бар један случај у којем се не може одлучити на већ познат и уобичајен начин, већ се мора приступити успостављању новог преседана. Тако, ако постоји више од једног оптималног решења за неки правни проблем, судија може да одабере оно правно решење које највише одговара његовом унутрашњем осећају правде. То аутоматски имплицира странкама у поступку неизвесност, јер не могу очекивати тачно одређено решење свог проблема, а судија у оквиру својих широких дискреционих овлашћења као једино мерило има - сопствено мишљење које не мора нужно бити- и исправно, правилно или задовољавајуће за странке у спору.

Неодређеност само по себи може имати извор у „отвореном садржају језика аката и самих пресуда“.⁴⁸⁰ Било које екстензивно стварање права од стране судства би представљало узурпацију овлашћења народних представника, али би са друге стране била блокирана институција правосуђа.

Временом су развијени механизми за смањење правне неодређености, као што су⁴⁸¹ :

⁴⁷⁹ Правна неодређеност расте, што се примена неког правила приближава нивоу 0,5. Још комплекснији однос постоји у случају кад се предвиђање смањује од 0,5 до 0. Испод 0,5 правна сигурност расте, будући да су сва правила су повезана са неким другим сродним правилима. Ако се пак приближава 0,5, то максимизира правну неизвесност, јер не може се предвидети која страна има веће изгледе да успе у спору. *Anthony D'Amato: Legal Uncertainty, California Law Review, Vol 71, No1, January 1983.*

⁴⁸⁰ *Ken Kress, Legal Indeterminacy, California Law Review, vol 77, 1989, str.283*

⁴⁸¹ *Ken Kress, наведено дело.*

1. *делегализација*-стављање неких прописа ван снаге и да се зато не узимају у обзир приликом планирања будућих активности

2. *Non rule* доношење одлука-нпр. компјутеризована процедура која користи регресивну анализу свих претходних случајева

3. *усклађивање правила са природним правом*. Сам Џон Финис је описао многа правила из природног права као правила која одговарају савременом смислу за практичку разумност. Ту ће свакако постојати јаз који се може превазићи на следеће начине:

а) стварањем новог законодавног тела- Комисија за ревизију случајева, која би својом активношћу попуњавала празнину између судова и легислативе, јер законодавац регулише *pro futuro* а судство гледа уназад и консултује се са већ донетим прописима и преседанима.

б) ревидирати учење о праву у смислу промене популарних ставова о садржају права. Највећа очекивања су управо од стране правних теоретичара, као слободних стваралаца правних ставова, које често консултују саме судије.

Новија правна теорија разматра још два, на изврстан начин слична проблема, која се односе на прецизирање корпуса позитивног права. Наиме, ***шта се дешава са актима ниже правне снаге, који су временом промењени, а донети су на основу аката више правне снаге, који се нису мењали, и шта са оним актима, опет ниже правне снаге, који су остали непромењени али је виши правни акт, који је послужио као правни основ за доношење истих, - промењен?***⁴⁸² Канадска правна теорија али и сами правници практичари, суочени са бројним проблемима које им намећу наведене ситуације, нису могле заузети јединствено становиште.⁴⁸³

⁴⁸² Robert A Dupperon, *Interpretation Acts-Impediments to Legal certainty and Access to Law, Statute Law review*, 26/2005, str. 64-68

⁴⁸³ О самој аргументацији више у делу који обрађује друге правне системе у оквиру англосаксонске провенијенције.

Англоамеричка теорија говори и о *access to law*-приступ праву, у смислу да се доносе закони сходно друштвеним променама, да они буду разумљиви и њихови захтеви реално остварљиви већини адресата. Но потребно је да и сами грађани могу јасно да утврде које право се односи на њих, тј које право улази у корпус-позитивног.

Стога,и само разматрање англоамеричке правне теорије има у овом раду другачији приступ и свакако другачије исходе,неочекиваније и доследније него у иједној другој области права.

7.1.3. Појам стечених права у америчкој правној теорији и пракси

Доктрина стечених права представља,по мишљењу неких америчких теоретичара, прво велико постигнуће судова након установљавања судске ревизије. У овој доктрини је садржана матрица али и суштина свих уставних ограничења⁴⁸⁴. Заправо представља могућност, или пре,обавезу судске заштите свим појединцима,чија права стечена за време важења једног прописа, другим прописом буду повређена или укинута. У питању је захтев,ког се морају придржавати законодавци,ако својим прописом утичу на права на живот, слободу и имовину.У практичној примени ова доктрина је добила на ефикасности,повезивањем са принципом поделе власти и пребацивањем терета доказивања на правосуђе.

Сам термин „стечених права“,као и бројни други термини,током целог свог постојања,био предмет различитих расправа и теоретичара и практичара.Оно што је приметно је да је сваки покушај дефинисања почињао и завршавао се -у имовинској сфери, тачније сфери поседовања права и земљишта. У том смислу је значајно становиште судије Патерсона

⁴⁸⁴ Edward s.Corwin: A Basic Doctrine of American constitutional Law, Michigan Law Review, February 1914. Видети и у чланку истог аутора: The Extension of Judicial review in New York 1783-1905, Michigan Law Review, February 1914.

из 1795⁴⁸⁵. године да је“ евидентно, да је право људи да стичу имовину и да је штите-природно и неотуђиво право човека.“ Законодавац нема стога право да икоме оно што је једном стечено, посебно земљиште, одузима и да га преноси другом без воље и знања њеног сопственика, а без правичне компензације. То није у складу са миром и благостањем човечанства, противно је принципима друштвеног заједништва и свакој слободној владавини и на крају противно је духу и писму самог устава⁴⁸⁶.

Стечена права се дефинишу и као права која је стекла индивидуа по закону, који је гарантовао да се учине неки акти ,да би се стекла одређена права. Права се сматрају стеченима када право на њихово уживање, садашње или будуће, припада појединцу као његово власништво. Исправно је примећено да идеја,да судови ове ставове дефинишу,је више социолошке и политичке,него правне и чак и практичне природе⁴⁸⁷.

Можемо говорити о тенденцији насталој после 1850. године за заштиту стечених права, а против тада нарастајуће тенденције законских аката да се та иста права, посебно имовинска, повређују. У случају *Regents of the University of Maryland v. Williams*, 9 Gill&J. 365,408, 409 (1838), наведено је, да постоји основни принцип права и правде који је у складу са природом и духом друштвеног утицаја. Заштита највећих људских вредности-живота, слободе и имовине, је принцип који се издиже и изнад законодавне делатности као такве и успоставља битна ограничења у том смислу. Сви појавни облици реализације ових

⁴⁸⁵ Потпун текст пресуде доступан на: http://nesara.org/court_summaries/van_hornes_1_essee_v_dorrance.htm

⁴⁸⁶ Иста пресуда, као у фусноти 380.

⁴⁸⁷ Ибид.

вредности једнако потпадају под режим заштите, било да су то права сама по себи, способности, привилегије или имунитети⁴⁸⁸.

Врховни судија Маршал је показао приврженост овој доктрини још 1803. године, кад је приметио да је владавина Америке дефинисана као владавина закона а не владавина људи⁴⁸⁹. То ће сигурно довести до тога да ова ситуација добије овако високу заштиту, посебно ако право не обезбеђује правни лек за заштиту стечених права. Касније је исти овај судија истакао, да законодавни акт Џорџије, где се гарантује право својине на земљи, треба тумачити као да је у питању стечено право, и да је то заправо уговор који не може да угрози ниједан други сличан акт. У истом случају је судија Џонсон изјавио да држава не поседује право да опозове све што је дотада гарантовала, но доноси пресуду на основу општих принципа, разума и природе саме ствари у питању.

Чак и пре ове одлуке, водећи експоненти федералистичке политике као што су Џејмс Вилсон, Александар Хамилтон и Џон Маршал су све ово дефинисали као део теорије о заштити стечених права у погледу имовине и уговора, али која су могућа да се ограниче путем устава⁴⁹⁰. Они су били заступници независног судства, чија дужност је да сачува основе права и да проверава све области⁴⁹¹. Из наведеног се може закључити да је сама доктрина заштите стечених права своје корене имала у најранијим почецима америчке правне теорије, али више посредно, као механизам заштите приватне својине, посебно права на поседовање земљишта.

⁴⁸⁸ *Bryant Smith, Retroactive Laws and Vested Rights, Texas Law Review, April 1927, No 3, pg.212.*

⁴⁸⁹ *Bryant Smith*, наведено дело.

⁴⁹⁰ *Edward s. Corwin*, наведено дело.

⁴⁹¹ Ово је један од значајних принципа федералистичке идеологије у Америци која је наставила живот и након пропасти федералистичке странке.

7.1.4. Опречни ставови и судске пресуде које су их формирале

Једну од најпознатијих дефиниција и самих стечених права и принципа заштите стечених права изнео је судија Чејс у случају *Calder v. Bull*, 3 Dall. 386 (1798)⁴⁹²., касније проглашеним за „водећи случај“ (*leading case*) у погледу уставне инструкције против примене ретроактивних закона. Држава Конектикат је, наиме, усвојила пропис којим је стављен ван снаге судски декрет, којим је одбијен захтев за преиспитивање подобности тестатора да сачини тестамент. У обраћању Врховном суду, тужилац је истицао да је тај пропис установио *ex post facto* закон. У коначној судској одлуци (*final decision*), судија Семјуел Чејс је тврдио да иако су сви *ex post facto* закони нужно и ретроактивни, нису истовремено и сви ретроактивни закони који утичу на грађанска права, истовремено и *ex post facto* закони.

Забрана за касније установљавање дела, важи за кривичне законе али не по њему и за грађанске спорове. *Ex post facto* закон подразумева будуће казне које нису ни постојале, односно нису биле казне за случајеве који нису ни били оглашени кривичним делима јер у време чињења то нису били, или дело чине тежим него што јесте или предвиђају тежи облик или казну касније, или се мењају процедурална правила доказивања у циљу повећања шанси за осуду. Сам случај је битан у уставној теорији јер је затворио *ex post facto* законима врата и у грађанским стварима, а отворио још многа питања и формирао нову доктрину стечених права.

Судија Чејс је даље тврдио, да **човек не може бити натеран да ради оно што закони не захтевају од њега, или да се уздржава од нечег што није забрањено.** Он је ову доктрину заштите стечених права

⁴⁹² Потпун текст пресуде доступан на <http://www.constitution.org/ussc/003-386.htm>

„извукао“ из вишег права и основа, као што је то урадио и судија Патерсон 1795. године при дефинисању појма стечених права.

Узимајући као основу саму природу америчке слободне републиканске владавине и прве велике принципе друштвеног заједништва, Чејс је утврдио да законодавна власт чак и ако није изричито утврђено писаним уставом, не сме да повреди права претходника, приватни уговор или право приватне својине. Супротна тврдња била би „политичка јерес“, толико „неприхватљива генију и духу и позитивног и природноправног система, да би била аутоматски сматрана ништавом“⁴⁹³. У том смислу, ни држава не сме да одузме било ком појединцу личну слободу, сигурност, имовину, и да то оправда заштитом начина владавине који је установљен.

Закон који кажњава грађанина за дозвољену радњу или боље речено за радњу која није учињена или која кад буде учињена није у супротности са било којим важећим прописом, закон који поништава или повређује законито закључене приватне уговоре и који човека чини судијом у његовој личној ствари, то је све против разлога правде⁴⁹⁴ и нема основа да грађани дају ни законодавству ни правосуђу овлашћења да могу поступати и другачије. Забрана таквих аката законодавства свакако постоје у уставу али то забрањују и разлози разума.

Посебно је у америчкој правној теорији и пракси разматрано питање *ex post facto* закона, тј. закона који регулишу неку ситуацију након њеног наступања. У овом смислу, могу се разликовати две ситуације: да закон регулише неки друштвени однос и ситуацију која се дешавала у прошлости, али да се дејство тог закона простире само *pro futuro*, или да се дејство закона иде и уназад, тј ретроактивно. Акти помиловања или

⁴⁹³ Пресуда у случају *Calder v. Bull*, 3 Dall. 386(1798)

⁴⁹⁴ Из пресуде поводом случаја *Calder v. Bull*, 3 Dall. 386(1798)

опроста, како је тврдио судија Чејс⁴⁹⁵, имају основа за своје постојање, јер је њихово доношење инспирисано постизањем посебне користи и правде за поједница или друштво. Али *ex post facto* законом могу се сматрати само они закони којима се постојећа казна поштрава, уводи се нова казна или се уводи ново кривично дело. Једино такви закони могу се сматрати ретроактивнима, јер се не поштује установљено правило *nulla poena, nullum crimen sine lege*.⁴⁹⁶ Овакви и њима слични закони су неправедни. **Сваки закон који штети стеченим правима, а овде се посебно потенцирају (стечено)право на живот и слободу и сва друга права и слободе које проистичу из њих, је опште неправедан и аутоматски ништаван.**

Даље је наведено да се сваки закон који оправдава постојеће неправне акте треба сматрати-ретроактивним (иако је њихово постојање понекад крајње потребно). Треба имати у виду велику разлику између „позакоњења нелегалног“ и „чињења невиног кривим“ као и кажњавања неке радње као да је кривично дело, а да то није била у време када је чињена. Јер да јесте, вероватно не би ни била почињена.

Већ унутар самог судског већа у случају *Calder*, супротно и издвојено мишљење у овом смислу је изразио судија Иредел⁴⁹⁷. Судија Џемс Иредел је тврдио да идеја природне правде није регулисана фиксним стандардима, већ се дешава да најспособнији и најчеститији људи управо мисле различито о истим стварима, и једино што суд може рећи у сличном случају јесте да је законодавац усвојио акт који је супротан апстрактном принципу природне правде. Иредел је био веома скептичан

⁴⁹⁵ Ibid.

⁴⁹⁶ У својој богатој пракси, енглески судови су својим пресудама утицали на дефинисање нових кривичних дела, која нису раније постојала, нпр. хуљење на бога је ретроактивно установљено 1676. године, фалсификовање јавних исправа 1727. године, итд. Извор: *James Popple: The Right to Protection from Retroactive criminal Law, Criminal Law Journal, Vol 13, No4, 1989, стр. 251-262.*

⁴⁹⁷ Видети пресуду на: <http://www.constitution.org/ussc/003-386.htm>

по питању постојања природних права и могућности правосуђа да правилно приступи садржају природног права, те је самим тим подвргнуо сумњи и постојање самих стечених права, те и њихову заштиту..

У једногласно донетој пресуди⁴⁹⁸, Врховни суд САД, пред већем којим је председавао судија Чејс, је утврдио да законодавац у датом случају није донео *ex post facto* закон и **да стога није повређен чл. 1. устава који каже да ниједна држава неће ући у било какав уговор, савез или конфедерацију путем ретроактивних закона или закона који повређују обавезе преузете по основу раније закључених уговора или гаранцију било ког права.**

7.1.5. Повезаност са ретроактивношћу прописа и принципом правне сигурности

У правној теорији САД одувек је било присутно порицање и постојања и значаја природноправне теорије и права. Доктрина природног права се прихватала као нешто што има већи научни него практични значај. Неки аутори, ипак придају јој велики значај у периоду формирања америчког уставног права, али да се временом ова област толико развила да је природном праву место једино у "музеју правних реликвија"⁴⁹⁹, а неки су ишли и дотле, да га оглашавају „једним од већих поглавља у историји људских грешака“⁵⁰⁰. Следећи уобичајену праксу енглеских правних ауторитета, да омаловажавају значај природног права, амерички правни писци још у најранијем периоду у САД инсистирају на истом том ставу, тј. да ове теорије немају значај у развоју америчког права.

⁴⁹⁸ Ibid.

⁴⁹⁹ Manley O. Hudson, "Advisory Opinions of National and International Courts," *Harvard Law Review*, XXXVII (June, 1924), 970, 971

⁵⁰⁰ John W. Salmond: "The Law of Nature," *Law Quarterly Review*, XI (April, 1895), 121.

Изузев незаобилазне примене принципа разумности у *common law* систему, природноправне теорије после почетног ентузијазма који их прати од револуционарних догађања у 18. веку, често су заобилажене у судским пресудама, посебно у оним случајевима где се расправљало о важности закона. Ортодоксно правило које је важило и још увек важи, јесте да судије ни у једном случају не треба да огласе неки акт неважећим искључиво с позивом на природно право, већ зато што „нису у складу са позитивним правом“⁵⁰¹. Стечена права су према томе изван домена природног права, те је одлучивање са позивом на њихово поштовање дозвољено.

Но, судија Врховног суда Кент је своје мишљење о судској заштити стечених права извео управо из радова европских правника природноправне оријентације, као што су Гроцијус и Пуфендорф. Кент је наиме, сматрао да се законом неком лицу може одузети раније стечена имовина, ако то захтева јавни интерес и ако ће појединцу бити правично исплаћена накнада те одузете имовине.. Овакво становиште потиче из „најдубљег осећаја универзалне правде“⁵⁰², коју ниједно позитивно право не може правилно да уобличи и примени.

Каква је повезаност стечених права са ретроактивним прописима? Прво треба разјаснити саму природу ретроактивног закона и последице његовог деловања⁵⁰³. ***Закон је ретроактиван ако се претпостави да даје снагу прошлом догађају у намери да креира ново право или обавезу.*** У питању је догађај који се десио пре ступања на снагу прописа, а могуће је, да та обавеза, коју креира тај нови пропис, се налази само у том пропису, или да та обавеза иде уназад у односу на догађај од чијег постојања и његово постојање зависи. ***Тим новим***

⁵⁰¹ Robert P. Reeder "Constitutional and Extra-Constitutional Restraints," Univ. of Penna. Law Rev., LXI (May, 1913), 441, 446

⁵⁰² Robert P. Reeder, наведено дело, 442.

⁵⁰³ Robert P. Reeder, наведено дело, 441.

законом даје се правни значај некој ствари, радњи, активности или способности која раније није постојала или није била потребна за стицање неког права или реализовање неке обавезе, нити се могло оправдано очекивати да ће имати одговарајући значај у неком будућем периоду.

У америчкој правној теорији, најчешће је цитирана следећа дефиниција судије Сторија⁵⁰⁴: **сваки пропис који одузима или повређује права стечена под режимом постојећих прописа или ствара нову обавезу, или додаје нову способност за испуњење неких обавеза или трансакција које су већ учињене, има се сматрати ретроактивним.** Сличну дефиницију налазимо и у пресуди *Pittsley v. State fund*, да је **ретроактивни закон онај који укида права стечена под постојећим законима или ствара нову обавезу, или установљава неспособност за стицање већ стечених права или обављених трансакција.**

Но и овде наилазимо на опречна мишљења, као што је оно истакнуто 1822. године, да је веома могуће да неки ретроактивни закон својим постојањем и дејством уопште не утиче на стечена права, тј не повређује их нити укида. У том случају ни та ретроактивност није лоша правна ни друштвена појава.

Са друге стране, ретроактивност и њену суштину можемо посматрати и као изазов не само упућен законодавцу и држави, већ и - самој логици. Ако би ипак установили правило које тражи да особа обликује на нови начин своје прошло понашање то би значило регулисање парадокса и апсурдности, да се гарантује нешто што је немогуће и да је једино извесно у целом правном систему - неизвесност истог. У том смислу, неприхватљиво је мишљење да је боље имати ретроактиван закон, него

⁵⁰⁴*Wilkinson v Leland*, 2 Pet 627, 658 (1829) ; пресуда доступна на <http://supreme.justia.com/us/27/627/case.html>

немати никакав закон, јер иако је веома могуће да се таквим законом никоме неће начинити штета, улазимо у домен оборивих претпоставки и са истом вероватноћом се може утврдити и супротно, тј чињење веће штете него користи постојањем таквог прописа.

Следеће питање које су америчке судије оправдано поставиле је, шта је то што један ретроактиван закон може да легализује а шта не? Можда они који су генерално у сагласности са принципом вечне правде су валидни или могу бити валидни а остали не? Многи покушаји у прецизирању граница дозвољеног ретроактивног законодавства нису имали пуно успеха. Чак, чини се, да су још више повећали конфузију у теорији и пракси. Неки даље тврде, да ако је „дефект“ судске природе, не може се излечити, а ако није, онда је још могуће извршити исправку⁵⁰⁵.

Шта чинити даље са законом који конвалидира оно што је правно манљиво? Постоје прилично опречна мишљења, али свакако да постоји право особе која је раније стекла неко право или интерес да исти остају сигурни у погледу сваког акта од стране законодавца.

7.1.6. Доктрина о суштинским легитимним очекивањима

Амерички судови су прихватили правило да процедурална заштита може бити гарантована онда када појединац има легитимно очекивање о судској заштити неког свог права, без обзира да ли је у питању право на тужбу или жалбу, или је у питању само очекивани след догађаја и радњи које треба државни

⁵⁰⁵ Под *дефектом судске природе* овде се подразумева облик и суштина испољавања судијске воље и мишљења. Дакле, могуће би било исправити проблем процесне природе, ако неки корак током доношења пресуде није поштован, али је немогуће исправити мишљење судије, будући да је управо то његово мишљење јединствени печат тој пресуди и као такво је неизменљиво.

орган да предузме⁵⁰⁶(нпр.заказивање рочишта,доношење пресуде, саслушање странака, итд). Следећи Кантов начин размишљања, можемо рећи да нереализовање оваквих очекивања, тачније очекиваних радњи доводи до нестабилности и деморалисаности, у цео систем. Са друге стране,и Чарлс Фрид истиче прво моралну важност испуњавања обећања, а да не говоримо о значају поштовања прописа од стране државних органа, који управо треба својим понашањем да буду пример понашању појединаца.⁵⁰⁷

Неки аутори су се изјаснили против ове доктрине, јер сматрају да би она тако наметнула несразмеран терет на леђа извршне власти, која би можда морала да промени начин свог пословања, јер једноставно не може више да функционише на стари начин, а нови начин није онај који јавност очекује од њих јер су на њега навикли. Они поседују дискрециону власт, на основу које могу да коригују своје поступање без посебних образложења зашто то чине, сем разлога целисходности, и не могу бити потпуно везани овом доктрином . Но увек можемо посегнути за принципом *due process*, који није утилитарне природе, већ је уперен на постизање високог степена друштвене посвећености циљу.

Овде треба имати у виду и принцип правне сигурности, који је као такав веома значајан и препознат у ЕУ, а доктрина о легитимним очекивањима се базира управо на овом принципу правне сигурности. Овај принцип диктира да ако се службеници неког органа управе обавезу да ће обављати своје послове на одређени начин, онда појединац може оправдано да очекује такво понашање. Тамо где је дато обећање од стране органа власти,треба тежити сходно *принципу добре администрације* да се то понашање реализује и да орган власти делује

⁵⁰⁶ *Melanie Roberts: Public Law Representations and Substantive Legitimate Expectations, Modern Law Review, 2001, str 112.*

⁵⁰⁷ *Daphne Barak Erez: The Doctrine of Legitimate Expectation and the Distinction between reliance and Expectation Interests, European Public Law, Vol.11, issue 4, pg 583-601.*

правично и да испуни то своје обећање, па барем да се понаша на одређени начин, како се од њега и очекује. У том смислу, у последњих неколико година се може констатовати и повећани степен свести о *принципу суштинске правичности у поступању администрације*.

Иако је концепт легитимних очекивања настао у праву приватних уговора⁵⁰⁸, сад је повезан и са принципом конзистентности. Сам термин се често користи у америчким правним случајевима и коментарима, као један од аргумената за доношење пресуда. Временом је ово проширено и на област јавног права. ***Принцип конзистентности значи да сваки грађанин има легитимна очекивања да ће се државни органи понашати на одређени начин како то предвиђа закон.*** У супротном, грађанин има право да тужи државни орган зато што није испунио његова легитимна очекивања у претходно наведеном смислу.

Говор о овој доктрини је почео у 80-им и 90-им годинама прошлог века. Тужиоци, који су се позивали на ову доктрину, иако су истицали да је у питању британски концепт, напомињали су да ситуације у којима повређено право на правичност у суђењу јесте ситуација у којој се треба регаовати са управо овим концептом. Прилично конфузна примена овог концепта у Канади значи да се исти не може тако олако применити нити трансплантирати у канадско административно право, већ је потребно извршити одговарајуће измене и прилогођавања. Неки чак сматрају да се овај концепт треба разрадити коа нека врста изузетка, или један од изузетака.

Легитимно очекивање постоји сваки пут када је природа неког интереса таква да лице има право да очекује наставак одређене привилегије или права, као што је код лиценци, али је у сваком случају потребно извршити својеврсно саслушање или

⁵⁰⁸ L. Harold Levinson, *The legitimate Expectation that Public officials will act Consistently*, *American Journal of Comparative Law*, 1998.

истрагу у случају да се таква привилегија жели одузети и то мора бити из крајње оправданих разлога⁵⁰⁹. Даље, ако је доносилац одлуке одлучио да ће се поштовати у неком случају одређена процедура то се свакако мора поштовати. Ако постоји већ уобичајена пракса у погледу начина и времена одржавања процедуре или саслушања, та пракса се свакако треба поштовати. И на крају, ако је одређено, да једна одлука треба да буде донета након испуњена одређених услова или да се неки одређени критеријуми требају поштовати, државни орган је у обавези да тако и поступи, сходно начелу природне правде у погледу особе.

У овом смислу, наводимо један скорији случај у коме је примењен управо овај принцип:

“*Aliens Order* из 1953⁵¹⁰ године је установио правило које је омогућавало странцима који студирају на признатим државним институцијама дозволу да живе у Великој Британији за то време. Деведесетих година прошлог века је двоје студената уписало *Hubbard College of Scientology* и добили су дозволу да остану у држави извесно време, колико трају њихове студије. Међутим, министар просвете Велике Британије, забринут за последице таквог начина учења која проистичу из сајентологије, донео је одлуку да се овај колеџ више не може налазити у категорији признатих образовних установа. Тако је ускраћено продужење дозволе боравка студентима, који су хтели да упишу наредну годину студија на овом колеџу. Они су се обратили суду позивајући се на прекршај природне правде будући да им није омогућен одговарајући поступак који претходи укидању дозволе боравка. Лорд Денинг, судија који је учествовао у доношењу ове одлуке, навео је да сви странци добијају дозволу за боравак у земљи на основу одобрења Круне. Додао је да одбрана у овом смислу зависи од тога да ли тужиоци имају неки интерес или право, или

⁵⁰⁹ *David Wright, Rethinking the Doctrine of Legitimate Expectations in Canadian administrative Law, Osgood Hall Law Journal, vol 35 br 1, 1997, str 140 do 160*

⁵¹⁰ *David Wright, наведено дело*

одређено легитимно очекивање због чега им се не сме ускратити право да имају саслушање или одређени поступак, те да тако буду спречени да кажу оно што сматрају да треба да кажу. Стао је на становиште да су они могли имати овакав поступак, да су затражили продужетак својих боравишних дозвола у време док оне још нису истекле. Дакле, у случају да је нека лиценца или дозвола повучена пре истека периода на које су издате у том случају је очекивање легитимно”.⁵¹¹

Аргументација овог случаја је наведена управо због јасноће дефинисања легитимних очекивања, која се поклапа са теоријски установљеним обликом легитимних очекивања, као таквих.

7.1.7. Ставови савремених правника

До средине 20 века, *common law* систем у САД је функционисао на принципу да је право природно, а да судије само “проналазе” право. Али развој правног реализма и јачање законодавним путем донетог права је довело до тога да су судови прешли на улогу тумача права а не да више “проналазе” (*find law*) природно право⁵¹². Судија је до тада давао снагу, не само својој скали вредности, већ оној скали која му се «открила» у његовом «читању» друштвеног ума и свести.⁵¹³

Ставови савремених правника поводом раније изнетих питања су веома различити. Од тога да "не постоји општа морална обавеза да се право поштује само зато што је право"⁵¹⁴, већ да постоје неки "контекстуално основани разлози који обавезују неке појединце", до

⁵¹¹ Ibid.

⁵¹² A.L. Goodhart, *What is the Common Law; The Law Quarterly Review*. Vol 76, 1960, pp 45-56

⁵¹³ Benjamin Cardozo, *The Paradoxes of Legal Science*, Columbia University Press, 1960, str.55.

⁵¹⁴ Ken Kress, *Legal Indeterminacy*, *California Law Review*, vol 77, 1989, str.283,

отворене критике и супротстављања⁵¹⁵ најчешће и најшире цитираним случајевима као што су *Calder v. Bull*, 3 *Dall.* 386 (1798), *Van Horne's Lessee v. Dorance*, 2 *U.S. (Dallas)* 304 (1795), и други.

Правна сигурност је принцип који треба да надмаши време.

Но насупрот томе, стоји све већа тежња законодавца, да правила и принципи који се установљавају, постају све неодређенији, јер тако се оставља шири простор за примену.

Радбрух⁵¹⁶ у свом четвртм минуту посвећеном филозофији права каже да јавни интерес заједно са правдом, јесте основни циљ права. И да само право поседује своју вредност, а то је да само себе обезбеди од несигурности. Ипак, због људске несавршености, али и немогућности да се у потпуности предвиде друштвене промене, три главне вредности права – јавни интерес, правна сигурност и правда нису увек у хармоничном односу и размишљамо да ли је боље имати важеће лоше, штетне и неправедне законе, због разлога правне сигурности, да ти закони какви год да су, да постоје. Треба свакако имати у виду да неки закони понекад могу бити толико штетни и толико неправедни да и њихово важење и њихов правни карактер им се морају оспорити.

7.1.8. Ретроактивна примена судских пресуда

Забрана ретроактивности је почела доношењем америчке Декларације о независности 1776. године, где је у чл. 3 наведен принцип *nulla poena sine lege*. И Џеферсон је био против таквих закона уопштено, али остале федералне државе, као и сам устав су имали изричиту забрану само против кривичне ретроактивности. Иако је Медисон

⁵¹⁵ *Paul Craig Roberts, How the Law was Lost, Cardozo Law Review, Vol 20, 1999, str. 853*

⁵¹⁶ *Gustav Radbruch: Five Minutes of Legal Philosophy (1945), reprinted in Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 26, No1, 2006, pp. 13-15.*

поставио ово питање током бројних конституционалних дебата, тек је накнадна консултација Блекстоуна нагласила да његова лична дефиниција ретроактивности, на коју су се „Очеви оснивачи“⁵¹⁷ и позивали при састављању уставних текстова, подразумева само кривичне законе. То су децидирано потврдили и судије Чејс и Патерсон у случају *Calder v. Bull*⁵¹⁸

Ретроактивна примена судских пресуда и поред бројних препрека је остала као норма. Проблем често настаје када суд разматра примену неког правила које изгледа као ново у неком смислу⁵¹⁹. Проблем је заправо у поверењу, јер једна или обе странке су се ослањале на старо право и испада некоректно и неправедно применити ново право према њима. Препознајући све ово као проблем, **судови су почели да размишљају да ли и колико екстензивно та нова правила треба да се примењују и да ли треба да се примене на будуће случајеве, тј. на све догађаје који су се десили после дана установљавања прецедента или само на такве будуће случајеве и странке који су прецедент у том случају.**

Овај „експеримент“ са проспективношћу је достигао свој врхунац 60-их и 70-их година 20. века, кад је Врховни суд САД применио различите форме проспективности у извесним кривичним и грађанским случајевима, и то са великим успехом⁵²⁰. Суд се наиме прихватио чврстог правила ретроактивне примене у кривичним стварима на директној основи, исто тако је поступио и у цивилној сфери. Ипак, контроверзна јуриспруденција новог права је далеко од тога да је потпуно уређена. Врховни суд још увек

⁵¹⁷ *Founding Fathers*-политички лидери који су учествовали у стварању америчке државе и нације, почев од потписивања Декларације независности 1776. године до доношења Устава САД : Б.Френклин, Џ.Вашингтон, Џ.Адамс, Т.Џеферсон, Џ.Џеј, Џ.Медисон и Александар Хамилтон.

⁵¹⁸ *Greg Bailey, From Revolution to Reconstruction - a Biography of William Blackstone (1723-1780), London, 1960., pg 27.*

⁵¹⁹ *Bradley Scott Shannon, The retroactive and Prospective Application of Judicial Decisions, Harvard Journal of Law and Public Policy, vol 26, 2003, pg 213.*

⁵²⁰ *Bradley Scott Shannon, наведено дело.*

није дефинитивно решио циљ примене ретроактивности у грађанским случајевима на директној бази.

У случају *US v. Schooner Peggy*⁵²¹, забележен је следећи став председника суда Маршала: "ако пре доношења пресуде апелационог суда право⁵²² интервенише у некој области и позитивно промени правило које нешто регулише, право се онда свакако мора поштовати, или се његова обавезност пориче. Суд мора да одлучи сходно постојећем праву и да ако је нужно остави по страни пресуду, но у случају повреде било ког права таква се пресуда мора поништити". Тако је у случају *Vandenbark v. Owens-Illinois Glass Co*⁵²³, који се решавао 140 год после овог, суд поново афирмисао становиште, **да судови своје одлуке треба да прилагоде праву које је и кад је ступило на снагу**. Такође у исто често цитираном случају *Cooper v. Watson*⁵²⁴, Врховни суд Минесоте је **ретроактивност дефинисао као придавање такве снаге неком закону који онда одузима или повређује права стечена под претходним законом, ствара нову обавезу или дужност или ствара немогућим ситуацију да се раније преузете обавезе изврше**. У овом случају се даље спомиње и да је **ретроактиван онај закон "који је усмерен да утиче на постојеће трансакције или постојећа права, и то пре него што је закон ступио на снагу и да им придаје ефекте који иначе нису својствени њиховој природи, гледано са аспекта закона за време чијег важења су се десили**. У овој пресуди су чак наведени и типични ретроактивни закони, тј "они који утичу на процедурална права у смислу да продужавају или скраћују период за предузимање неких радњи у поступку, као и онај закон који се примењује на последице радњи које су

⁵²¹ 5 U.S.1. Cranch 103103*1801(<http://supreme.justia.com/us/5/103>, приступ сајту: 1.11.2010.

⁵²² У овом смислу-законодавни орган.

⁵²³ Текст пресуде доступан на : <http://supreme.justia.com/us/311/538/case.html>, *нпустун сајту*: 1.11.2010

⁵²⁴ Текст пресуде доступан на : www.caselaw.findlaw.com/mn-court-of-appeals

настале пре него што је нови закон ступио на снагу". Но нису ни сви закони који утичу на ситуације настале пре њиховог ступања на снагу нужно ретроактивни, већ је потребно да је испуњен услов да такав закон мора да утиче на право или обавезу који су стечени пре ступања на снагу новог закона.⁵²⁵

Интересантно је напоменути да је Врховни Суд САД у једном случају био спреман да примени ретроактивни прецедент ако буду испуњени следећи услови:

1. да се одлуком, која ће се ретроактивно применити, установљава ново правило, да ли тако што ће надвладати тј поништити претходни прецедент на који су се странке у спору могле ослонити или одлучивањем на основу *првог утиска* чије решење није још јасно предвиђено неким другим правилом.

2.разлози „за“ и „против“ увођења ретроактивности требају се одмерити у сваком случају ,као и неједнакост коју ствара ретроактивна примена.

Наведена теоријска и практичка утемељења указују на веома развијену свест о потреби брижљивог и опрезног коришћења ретроактивности, управо због повећане бојазни повређивања или угрожавања стечених права. Неки аутори сматрају да сва стечена права, будући да и формално и садржински потичу од стране државе, нису једно и заувек стечена, тј. да човек нема претходно право на та и таква права , јер држава је та која слободно одређује услове под којима се права стичу

⁵²⁵ Тако је у случају *Halper v. Halper* суд одлучио да није ретроактивно применити нови правилник о издржавању детета у случају кад је брак родитеља окончан пре ступања на снагу тог правилника, јер право да се добије судска одлука о издржавању детета није било могуће пре доношења одлуке о разводу брака. *Deborah K. McKnight; Legal Analysis, Minnesota House of Representatives, Research Departement Revised, June 2005.str.2.*

или губе.⁵²⁶ Премда, сходно начелу правне сигурности, није дозвољено, морално прихватљиво и легитимно поништавати већ раније стечена права. Америчка правна теорија је, како је већ наведено, чврсто стала на становиште очувања оваквих стечених права, без обзира на могућност легалног и легитимног укидања ових права.

7.2. Енглеска правна теорија

У оквиру енглеске правне теорије влада стална борба између правне сигурности и једнакости која је стара колико и само право. **Сигурност је дефинисана као „јавни интерес да се јасним и предвидљивим нормама каже грађанима како да се понашају да би избегли конфликт са правним нормама или да се предвиде њихове шансе да добију неки спор“⁵²⁷.** Са друге стране је једнакост, што значи одлучивање у појединачним случајевима на адекватан начин, дајући тежину и узимајући у обзир сваки случај и његове околности посебно.

Још је члан 39. Велике повеље о слободама(*Magna Carta Libertatum*)⁵²⁸ гласи да ниједан слободан човек неће бити ухапшен нити затворен у тамницу нити лишен поседа, стављен ван права, изгнан, нити на било који други начин оштећен или ће се било шта против њега покретати, осим по правно заснованој пресуди енглеских перова или сагласно важећем праву. *Magna Carta* је донела са собом идеју о супрематији права која ће постати конститутивни елемент доктрине *common law* система. Укорененост средњовековне идеје о супрематији

⁵²⁶ Војин Димитријевић, Милан Пауновић, Владимир Ђерић: "О људским правима", Београдски центар за људска права, Београд, 1997, стр.12-15.

⁵²⁷ Paul Heinrich Neuhaus: *Legal Certainty versus Equity in The Conflict of Laws*, Law and Contemporary Problems, Vol. 28, No. 4, *New Trends in the Conflict of Laws (Autumn, 1963)*, Duke University School of Law, pp. 795-807.

⁵²⁸ Текст доступан на : www.constitution.org/org/magnacar/htm, приступ сајту 1.11.2010.

права неки савремени аутори су пробали објаснити непостојањем јачег утицаја природног права у Енглеској.⁵²⁹

Током истраживања енглеског права, Радбрух је дошао до појма права уопште и дотакао суштину права, а то је циљ права. При том је истраживао све врсте односа који су могући у праву. Свако правно правило по Радбруху, треба да одговори на три циља, да гарантује правду, промовише опште добро и створи извесност права. Правна правила могу да се разликују спрам тога колико пажње обраћају на сваки циљ свог постојања. Но овде се не мисли на сигурност правног система или казни, већ на сигурност права уопште. То значи две ствари : 1) да право није ствар мишљења појединца, и 2.) да треба имати такав квалитет права да се позитивно право недвосмислено познаје као извесно, као већ познато и препознато.

Индикативна је доминација принципа правне сигурности кроз целу енглеску историју. Сир Хенри Самер Мејн⁵³⁰ је покушао да објасни парадоксалну фикцију у средишту *case law* система, који претпоставља да је право које важи већ довољно развијено и поштује се, чак и кад се ново право доноси. Но, у стварности постоји јаз у праву, и третира се као јаз који постоји у „уознавању“ самог права. Енглеска правна теорија је предложила извесна решења овог проблема, од којих сматрамо битним за навођење само једно, због своје логичке кохерентности.

Према енглеском систему прецедената, одредба утврђена или изведена из случаја А обвезујућа је у случају Б ако је :

- (1) то одредба о праву;
- (2) представља део разлога одлуке (*ratio decidendi*) случаја А;

⁵²⁹ Lidija R. Basta, *Politika u granicama prava-studija o anglosaksonskom konstitucionalizmu*, Istraživačko izdavački centar SSO Srbije I Institut za uporedno pravo, Beograd, 1984, str.4-7. Такође и : John E. Keeler, "Survival of the Theory of Natural Rights in Juridical Decisions," *Yale Law Jour.*, V (October, 1895), *cmp.*14

⁵³⁰ Даљи подаци према чланку: Paul Heinrich Neuhaus: *Legal Certanty versus Equity in The Conflict of Laws*, pp. 795-807.

(3) случај А је пресуђен у суду чије су одлуке обвезујуће за суд који одлучује у случају Б и

(4) не постоји релевантна разлика између случајева А и Б, која омогућава процес разликовања случаја А од случаја Б.

Другим речима, судија, суочен с прецедентом који му се не допада, има више излазних могућности⁵³¹ у тзв. процесу *разликовања случаја* о коме одлучује, и случаја на који се односи прецедент. Речју, енглески систем прецедената тежи да успостави равнотежу између опште користи од доследности у примени прецедената, правне сигурности и захтева правичности у индивидуалним случајевима

Са доношењем нове одлуке или прописа, цео концепт се мења. Нова одлука сада постаје део судски створеног права који више нема корен у прошлости већ је нова креација, и преузима нормативни карактер за будуће. У ствари, право се у потпуности променило а фикција је да је остало онакво какво је одувек било.

Сама правна сигурност „плаћа“, на извешан начин, цену својој ригидности. Да би се ублажило деловање *common law*, направљена је јуриспруденција названа *једнакост* која се базира на *ius aequi et bono*. Будући да се његова природа развија од индивидуалних случајева, ове одлуке нису имале намеру да се развију као обавезујући случајеви за будућност. Но у међувремену *equity* се трансформисао у други извор прецедената поред *case law* система.

Улога коју има потреба за правном сигурношћу у енглеском *case law* систему се огледа у енглеској правној мисли. Енглески правни теоретичари се могу поделити у две групе, они који верују у разум и природу као основу свега па и права, и они који све приписују неком другом ауторитету.

⁵³¹ R. Cross – J. W. Harris, *Precedent in English Law*, Oxford 1991, 70–72; Smith, Bailey – Gunn, *Modern English Legal System*, Sweet & Maxwell, London 20024, 477–479.

У првој групи су Едвард Коук⁵³² и Вилијем Блекстон, у другој Бентам, Хобс и Остин, који су се залагали за безрезервно прихватање позитивног права, као основе права, дакле, без уплива природноправних теорија.

Коук, на први поглед, је био природноправни правник са својом карактеристичном поставком, да ништа што је супротно разуму не може бити дозвољено. Предлагао је додавање снаге неважећем позитивном праву, и то као елементу разума⁵³³. Разум није ту да порази већ да потврди позитивно право, па тврди да је разум цео живот права и да је само *common law* ништа више сем самог разума. Кад је спомињао "разум", под тим је подразумевао *колективни разум* енглеских магистрата који се мора разумети као „перфекција постигнута кроз дуготрајне студије, посматрање и искуство а не као природни разум сваког судије понаособ“⁵³⁴. Јер, ако сав разум који се шири међу толико различитих поједница се „скупил у једну главу“, она неће моћи да произведе енглеско право какво је и какво треба да буде, зато што се континуирано пречишћавало услед доприноса теоретичара и практичара. У његовом закључку овим поводом комбиновани су и рационализам и позитивизам⁵³⁵ : **"да нико не може да жели да буде паметнији од права, да ниједан човек са својим резонавањем не може имати више знања него цело право"**. Сматрао је такође да ниједан позитивиста не би боље могао да служи идеалније идеји сигурности у праву, нити верније од рационалисте јер он сваком задатку приступа са становишта разума..

⁵³² Коук је иначе сматран конзервативним бранитељем старог *common law* система: Jason S. Crye, *Ancient Constitutionalism, Sir Edward Coke's Contribution to the Angloamerican legal Tradition, The Journal Jurisprudence*, 3/2009, str 235-266

⁵³³ R.C. van Caenegem: *Judge and Lawgiver in Anglo-American History*, str.329. Разум је наравно био садржан у традицији и *common law* принципима, који су проистекли из те традиције. Но, 1803 године је Врховни суд доноси пресуду у случају *Marbury v. Madison*, одлучио да судови могу одбацити и све остале законе који су супротни уставу (који није оригинарни део *common law* –а)

⁵³⁴ Paul Heinrich Neuhaus, *ibid.*

⁵³⁵ *Ibid.*

Коук је посебно истицао да краљ не може путем наредбе да учини нешто што није прекршај, јер би тако у низу битних питања могао да мења право и стално да конвалидира своје погрешне или незаконите одлуке⁵³⁶, издижући прерогативе круне изнад позитивног права. Правни спорови који се тичу живота, наслеђа, добара или имања краљевих поданика се не могу пресуђивати на основу природног разума већ на основу стеченог разума и правичног расуђивања које захтева дуго изучавања и искуство. Разум је живот права, ни *common law* није ништа друго него право, али га треба разумети као стечено савршенство разума. Ниједан човек не може, на основу свог личног разума, да буде мудрији од права које представља разум доведен до савршенства.⁵³⁷

Френсис Бекон је био његов наследник, посебно у погледу суштине извесности права, тј познавања права. У делу *Augmentis scientiarum*⁵³⁸, оправдава атрибут сигурности као најзначајнији, јер без тога право не може бити правично. Бекон више инсистира на установљавању обавезујуће снаге права, и да право мора бити базирано на реду као вредности, а као додатну аргументацију, користи и Сенекин цитат, да право заповеда а не расправља ни са ким. На овај начин је Бекон покушао да теоријски и практично образложи краљеве захтеве за јачањем прерогатива и учвршћење његовог апсолутизма⁵³⁹. У још једном свом делу *О правосуђу* истакао је, опет у циљу оправдавања краљевих захтева, да је *дужност судија да тумаче закон, а не да га стварају, или да под изговором старине уводе новину*⁵⁴⁰.

Но оваквом концепту је озбиљно приговорио Хобс у делу под називом *Дијалог између филозофа и студента енглеског common law*

⁵³⁶ Lidija R. Basta, наведено дело, стр.47

⁵³⁷ Theodore F.T. Plucknett, *A Concise History of Common Law*, Butterworth and Co. Ltd, 1980, str.342.

⁵³⁸ <http://plato.stanford.edu/entries/francis-bacon>

⁵³⁹ Lidija R. Basta, наведено дело, стр.10.

⁵⁴⁰ Lidija R. Basta, наведено дело, стр.47.

а.⁵⁴¹ Ако је право базирано на разуму, то може бити потенцијално опасно , јер тај исти разум који се користи да се данас објасни позитивно право, може се једног дана окренути против истог права. Као ни за једног другог правног филозофа, за Хобса су сигурност и мир основни предуслови за друштвену кохезију. Неминован је зато прелазак друштва у грађанско стање у којем се мир и сигурност сваког појединца могу обезбедити само по цену њихове апсолутне потчињености правно неограниченој власти суверена.⁵⁴²

Развијајући даље своју аргументацију против Коуковог мишљења, навео је даље, да, ако се право базира на мудрости или разумности, онда се може критиковати било које право зато што је неразумно, и то ствара основ за непоштовање тог права. Непотребно је трагати, за тим шта је мање или више разумно, већ једноставно треба се покоравати том и таквом праву. Зато је боље да се валидност права базира на ауторитету суверене власти него на неком разумном садржају. По Хобсу, циљ државе је нарочита сигурност, тј. држава је “бранитељ мира” и овлашћена да у том смислу предузме све потребне кораке да би то обезбедила.

Значајно је споменути и Бентамово виђење овог проблема⁵⁴³. Негирање важности права, чији садржај не задовољава људе је добар аргумент за побуну против неправичног и штетног права. Но једнако је штетан, јер прилично збуњује адресате, како да са понашају. Ствар је успостављања баланса са различитим вредностима, посебно кад се са једне стране налази опште добро, а са друге стране је правна сигурност. Бавећи се принципима грађанског законика, Бентам је поставио сигурност

⁵⁴¹ Подаци према делу Л.Баста: *Politika u granicama prava-studija o anglosaksonskom konstitucionalizmu*, стр.49-52

⁵⁴² *Lidija R.Basta*, наведено дело, стр.48.

⁵⁴³ Л.Баста: *Politika u granicama prava-studija o anglosaksonskom konstitucionalizmu*, стр

изнад свих осталих принципа и циљева права, дефинишући **сигурност као гаранцију могућност предвиђања будућности**.

На крају, Дајсијева анализа владавине права је заокружен теоријски резултат једног трајнијег и веома озбиљног покушаја да се традиционална идеја *common law* о неповредивости основних права и слобода усклади са одређујућим начелом британског устава о суверености Парламента⁵⁴⁴. Ова анализа је "обојена" индивидуализмом, и владавину права или њену супрематију овде одређује као сигурност, коју према енглеском уставу имају сва права, која појединци могу слободно стицати. Овде не постоји арбитрерно одлучивање органа власти, већ влада начело правне једнакости да су сви исто потчињени закону. Владавина права значи и правну сигурност, која у систему прецедентног права има видно различито значење него у континенталном, које притом има захтев за предвидљивошћу исхода правних радњи.

Фридрих Хајек је Дајсијев⁵⁴⁵ следбеник. Његова дефиниција владавине права обухвата три темељна начела: начело општости закона, начело правне сигурности и начело правне једнакости. Начело општости закона, значи да закон не може садржати "никакве посебне референце за конкретна лица, места или објекте". **Начело правне сигурности састоји се у предвидљивости могуће судске одлуке у одређеној правној ствари**. Начело правне једнакости представља помирење политичке владавине и слободе, јер се правна правила примењују подједнако на све, укључујући и оне који владају. Сигурност, као "извесност законите слободе" је повезана и са принципом поштовања стечених права и противи се ретроактивности, као свом пандану..

⁵⁴⁴ Jovičić M.: *O ustavu, "Savremena administracija", Beograd, 1997, cmp.123.*

⁵⁴⁵ Jovičić M.: *O ustavu, "Savremena administracija", Beograd, 1997, cmp.124*

Британски устав јесте прецедентни устав⁵⁴⁶, кроз који "струји" нераскидива веза између средства за заштиту једног права и самог права које треба заштитити а које почива на снази *judge-made-law*-а. Делотворно обезбеђење правне сигурности Дајси је видео у обрнутом поретку уставних ствари, у чињеници да уставне норме у *common law* систему не представљају основ, већ последицу индивидуалних права и слобода које им претходе.

Хајек је даље сматрао ***„да начело општости закона у материјалном смислу значи⁵⁴⁷ дугорочно утврђивање мера закона, да се исте односе на још непознате случајеве и да ме садрже никакве посебне референце за конкретна лица, места или објекте. Такви закони никако не смеју да се примењују ретроактивно. Начело правне сигурности састоји се овде у предвидљивости судске одлуке у одређеној правној ствари*** (што нас донекле враћа на скалу предвидљивости судског исхода, који је створила америчка правна теорија). Степен примене овог начела мери се по броју оних случајева које суд не разматра, зато што је исход његове одлуке предвидљив извесношћу правне ситуације која је у питању.

Можемо констатовати да је конституционална мисао у Великој Британији у основи остала верна либералистичком схватању владавине права, уз прилагођавање теорији и пракси државе благостања. Самим тим, њени домети су увек ишли у корист очувања стечених права и против повратног дејства закона.

⁵⁴⁶ Gary Slapper & David Kelly, *English Legal system*, Cavendish Publishing Limited, 1993, pg.14

⁵⁴⁷ Lidija R. Basta, *наведено дело*, стр.105-'106.

7.2.1. Концепт легитимних очекивања у енглеском праву

У енглеском праву концепт легитимних очекивања потиче из административног права. Када се примењује у судским поступцима, подразумева припрему принципа правичности и разумности у ситуацији кад је нека особа имала извесна очекивања или интерес да државни орган настави поступање како то већ ради. Установљен је и тест ирационалности, познатији и као *wednesbury* тест неразумност, сходно случају *Associated provincial picture Houses Ltd.v. Wednesbury corp*⁵⁴⁸, где је наведено да би права одлука била неразумна, ако се дође до тога да ниједна разумна власт то не би могла да уради. Али, ако су судови ту да установе оправдање за неки више интервенционистички приступ, ирационалност таквог приступа ће увек бити побијена ако одређена одлука има довољан квалитет за разумност, односно да неће бити толико ирационална, ако преферира постизање добра свих на штету интереса мањине.

Али ни суочавање са захтевом легитимног очекивања није једноставно. Судови су почели да захтевају од државних службеника у целокупном свом поступању, прихвате исти приступ као кад доносе одлуке које утичу на статус људских права, која се сада формално штите путем *Human Rights Acta* из 1998. године⁵⁴⁹ који је инкорпорирао и европску доктрину о легитимним очекивањима. На тај начин се ефикасније штити јавни интерес, и осигурава конзистентност и сигурност кроз тест пропорционалности.

⁵⁴⁸ <http://www.iustus.com/data-coverage/icrl-s4821028.aspx>

⁵⁴⁹ www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/contents

7.3. Право других држава у оквиру англосаксонског правног система

Све је ,чини се,почело са грчком *isonomiot*, која између осталог подразумева и сигурност да ће се према некоме понашати према постојећим прописима. Грци су сматрали непожељним промене у праву јер би се тако подрио њихов морални ауторитет: велика пажња је придата едукативној вредности права⁵⁵⁰. Вековима касније,судија Коук је био на становишту да је моћ *common law* толика да може да надвлада било коју одлуку парламента која је немогућа за извршење, што се иначе до тада базирало на тврдњи да парламентарна сувереност је увек лимитирана са способношћу парламента да изрази своје законодавне намере са довољно прецизности и јасноћом⁵⁵¹.

И поред бројних забрана што у позитивном праву, што у међународним ратификованим документима, ни канадска правна пракса није остала на потпуно јасним позицијама, кад је у питању савремено схватање и примена ретроактивности закона. Та сумња је јасно изражена у Канадској повељи о правима и слободама из 1982, Новозеландском закону о правима из 1990, као и у британском Закону о људским правима из 1998. године. Чак и члан 11. Канадског устава говори о томе да се неко може казнити за кривично дело ако је оно признато као такво позитивним правом, међународном правом или општим принципима права у заједници нација у време кад је почињен.

Управо распрострањена употреба презумпције против ретроактивних прописа, може довести до закључка да постоји јасна и недвосмислена дефиниција ретроактивности. Но то није тако,јер постоји велика несагласност у томе како се она дефинише,чак у погледу начина

⁵⁵⁰ *Geoffrey de Q.Walker:The Rule of Law: Foundation of Constitutional Democracy, Melbourn University Press, 1988,p.93*

⁵⁵¹ Douglas E.Edin, *Rule Britannia*, 2002

дефинисања, тј. да ли ће се то учинити афирмативним или негативним приступом. Овде посебно истичемо дефиницију, или покушај дефинисања ретроактивности од стране Дениса Пирса: "закон је ретроактиван ако дотиче тј угрожава постојеће право или обавезу".⁵⁵² Неки аутори даље расправљају о томе да ли су прописи ретроактивни ако проширују или додају још нешто постојећим правима и обавезама. Но то дефиницију чини проблематичном јер имплицира да управо такви прописи не могу бити ретроактивни јер и неки који су већ сада ретроактивни, следећи овај пример, не би били ретроактивни.

Канадски теоретичар Дригер⁵⁵³ две веома широке категорије ретроспективног права: 1.ретроактивно право, које оперише са временом пре него што је ступило на снагу,

2.ретроспективно у ужем смислу, које оперише са временом и сопственим важењем само за убудуће.У питању је дакле проспективно дејство, али даје нове резултате са обзиром на прошле догађаје.

Овај други вид се дели на:

- 1.законе који имају небитне последице по претходне свршене догађаје,
- 2.законе који имају штетне последице,
- 3.законе који предвиђају казну за особу у прошлости али казна није директна последица прошлог догађаја.

⁵⁵²Д.С.Pearce,Statutory Interpretation in Australia,Butterworth,Sydney,1981.Интересантно је, да је ова дефиниција била наведена у другом издању Пирсове књиге а да је иста нестала из трећег издања, те произилази да сопствену дефиницију више не подржава.

⁵⁵³ Elmer A.Drieger,Statutes:Retroactive Retrospective Reflectiones,Canadian Bar Review, 56/1978,pp.1202.

Разликовање на ретроактивно и ретроспективно има мали нормативни и практични значај, јер не оцртава праве ефекте, будући да су мање више исти код обе групе закона.

Фиш⁵⁵⁴ тврди да је ова разлика (ретрактивно-ретроспективно)аналитички некохерентна. **Грец**⁵⁵⁵ тврди да је то због тога што све промене у праву, било да су номинално ретроактивне или проспективне, ће имати извешан економски утицај на вредност постојећих добара или очекивања,но те разлике су више илузија. Обе врсте закона имају једну заједничку ствар, а то је да додају нове последице догађају који се десио пре него што је тај пропис ступио на снагу. Битно је скренути пажњу на то,да ретроспективно право може отклонити очекиване последице, али и да предвиди последице .Зато се ретроактивни закони могу дефинисати и као они који мењају будуће правне последице прошлих радњи и догађаја⁵⁵⁶.

Правни текст који је требао да одреди правне последице те радње у будућности није исти као кад су радње чињене у прошлости. Између те две радње створен је нови текст и он замењује претходни текст или се додаје текстовима који су дотад важали⁵⁵⁷. Правне последице радњи се могу променити текстом који је фактички проспективан, дакле требало би да важи за будућност, али има повратно дејство на исти начин као и са потпуно ретроактивним законом. Ова дефиниција у потпуности обухвата предтеоријски концепт деловања ретроспективних закона, да особа која потпуно правилно и законито поступа једног дана,већ следећег дана бива

⁵⁵⁴ *Jill E.Fisch, Retroactivity and Legal Change:An Equilibrium Approach, Harvard Law Review, 110/1996-1997,pp.267-290.*

⁵⁵⁵ *Michale J.Graetz:Retroactivity Revisited, Harvard Law Review, 98/1984-1985.pp1820-1822.*

⁵⁵⁶ *Michale J.Graetz,наведено дело, стр.1822*

⁵⁵⁷ *Elmer A.Drieger,наведено дело, стр.1200.*

санкционисана за радње које је чинило сходно раније важећим прописима.

Дригер прави разлику и између случаја где право придаје нове правне последице прошлим догађајима или радњама⁵⁵⁸, где право даје нове последице карактеристикама које су настале у прошлости. Но ова разлика није увек тако јасна.

Не прихватају, ипак, сви ову идеју "ретроспективе уопште као континуума", јер се тај исти континуум не односи на оне који желе да кажу да су сви ретроспективни закони лоши. Фиш⁵⁵⁹ такође каже, да ако се ретроспективност постави као ствар степена истог, то претвара евалуацију ретроактивног стварања правила од "бинарног питања у квантитативну анализу". Правилно је поставити питање, који ниво ретроспективног утицаја је адекватан. Дакле, нормативно питање се не тиче оправдања ретроспективности већ који ниво истог је потребан и довољан, да би истовремено удовољио захтеву државе која укида нека раније стечена права или их на одређени начин повређује и захтеву титулара права.

Канадска правна теорија разматра и посебне случајеве измене нижих правних аката, иако су виши правни акти на основу којих су ти нижи правни акти донети, остали непромењени, као и случај да је виши правни акт измењен и да постоји могућност да раније донети нижи правни акти треба да престану да важе, али не престају, већ још увек важе. У ту сврху се користи добар пример *Interpretation Acta*, последњи пут ревидираног 1985. године⁵⁶⁰. Наиме, члан 44 овог прописа установљава правило, да акти донети за време важења претходног вишег правног акта пре него што је

⁵⁵⁸ *Elmer A. Drieger, ibid.*

⁵⁵⁹ *Jill Fisch, navedeno delo.*

⁵⁶⁰ Последње измене овог акта су ила 2005. године, www.canlii.org/en

промењен, остају и даље важећи, сем ако нису у међувремену постали супротни том непосредно вишем или неком другом вишем правном акту. На први поглед, проблема и нема, но постаје ствар субјективног тумачења шта је постало супротно позитивном праву, посебно ако узмемо у обзир веома широко дискерционо тумачење судова у примени неких одредби.

Из овог произилази и још значајнији проблем. Прописи не постају, дакле, потпуно сигурни изласком из парламента, већ тек онда постају подложни оцени усклађености, законитости и уставности са другим вишим актима. Тако је на федералном нивоу у Канади, нарочито у провинцији Квебек, број подзаконских аката одавно премашио број закона. То је било незамисливо 1883. године када је иницијално овај *Interpretation Act* и био донет. Делегирање законодавне власти извршној власти је са позиције изузетка прешло на позицију- чврстог правила, те слично решење, да *пропис наставља да важи ако није противан позитивном праву (иако је основ за његово доношење престао да постоји или је још горе исти оглашен неуставним)*, постоји у већини закона у свим деловима Канаде⁵⁶¹.

Још један куриозитет из аустралијског савременог права. Године 1983-1984 аустралијски парламент је донео амандмане на *Commonwealth Electoral Act* из 1918. године⁵⁶² за регистрацију политичких партија, Пажњу је привукао податак, да су за прва три месеца након ступања на снагу тих амандмана, само партије са најмање једним представником у савезном парламенту могле да се региструју. Они који су задовољавали алтернативни критеријум да имају једног државног или

⁵⁶¹ *Robert A Dupperon*, наведено дело-Правна сигурност и у овом смислу најбољи преглед позитивног и историјског права пружа провинција Онтарио, која редовно на службеним вебсајтовима објављује табеле донетих, промењених и неважећих закона.

⁵⁶² Доступно на сајту: www.austlii.edu.au/legis/cth/consol-act/cea1918.233; приступ сајту 1.11.2010.

само на територији посланика, или 500 бирача као чланова, морају да чекају да тај период прође. Будући да су имена партија била резервисана за оне који први дођу, то је промовисало легитиман јавни циљ превенирања малих група да региструју име као што је Либерална партија и сл.на рачун већих и боље организованих група које су већ биле препознатљиве. Ово је оглашена као чиста-ретроспективна операција, јер је створено ново законско право на основу активности које су већ биле - завршене.

Треба споменути и ***pipeline doctrine***, која својом садржином гарантује ограничену ретроактивну примену, такву да не долази до повређивања права⁵⁶³. Ово је веома незгодан процес, који захтева стриктну примену правила, посебно о чувању доказа, за све случајеве који су у поступку. Када Врховни суд створи неку доктрину, односно мишљење која подразумева потпуно ново схватање права, суд такође периодично мора да установи смернице, како ће се то одражавати на процесе и жалбе који су у току. У једном случају из 1995 године, суд је разматрао начине новог поступања поротника приликом идентификације сведока. Утврђено је да ово правило важи на оне жалбене поступке и друге случајеве који се започну после објављивања овог мишљења, што значи да је овом мишљењу дато- *pipeline* значење⁵⁶⁴.

У случају *State v. Walker*, 905 S.W.2d 554 ⁵⁶⁵, наведено је да правило које је установљено у том случају може деловати само убудуће, те се примењивати само у погледу случајева и предмета који се започну после датума када је објављено ово мишљење, као и у случајевима и жалбеним поступцима у којима је ово питање, које је решено наведеним случајем већ

⁵⁶³ David Raybin, Appellate Retroactivity Rules: The Pipeline Doctrine, <http://www.hwylaw.com/CM/Articles/Appellate%20Retroactivity%20Rules.pdf>

⁵⁶⁴ Које, стриктно посматрано говори о примени позитивног права.

⁵⁶⁵ Доступно на сајту: www.tsc.state.tn.us/opinions/tcca/pdf/071/westjamesdopn.pdf.; приступ сајту 1.11.2010.

покренуто, те би ово мишљење представљало решавање претходног питања.

7.4. Закључне напомене

Англосаксонски правни систем и у погледу примене принципа заштите стечених права, начела могуће ретроактивности закона, као и у погледу међусобног односа оба, има специфичан став. Близу потпуно јасног и недвосмисленог става, који би требао да буде присутан у свим временима развоја права, права држава у оквиру англосаксонског правног система су дедуктивним путем изводила и све остале принципе из појединачних случајева. Судијска креација права и често «лутање» између природноправног и позитивноправног приступа и законодавца и самих судија је спорадично ову материју доводило или на маргине разматрања или у епицентар дешавања. Но, везивање принципа заштите стечених права за имовину, тј. својину је ипак чешће изводило принцип стечених права на «светло дана».

Америчка, и уз њу, енглеска правна теорија су развиле највећи број механизма заштите стечених права. Веома ретке повреде стечених права од стране ретроактивности су, са друге стране, биле довољне да уздрмају један од основних темеља владавине права, а то је правна сигурност. Апсолутна правна сигурност, под коју овде можемо супсумирати и принцип заштите стечених права и (не)ретроактивности, како тврде научници и практичари англосаксонске провенијенције, је могућа, али тешко изводљива. Но, ретко самостално и децидно изјашњавање управо о заштити стечених права и забрани ретроактивности, и чешће спомињање истих у оквиру владавине права чине англосаксонску правну теорију интересантном за даља теоријска проучавања.

8. Руска правна теорија о стеченим правима и ретроактивности

8.1. Уводне напомене

Руска правна теорија је недовољно простора посветила овом значајном питању. Сем неколицине аутора који су се циљано бавили овом тематиком, остали су материју ретроактивности проучавали спорадично, сходно потребама правне области којом се иначе баве. Сам термин и проблем заштите стечених права је још мање обрађиван, и налазимо га тек у радовима аутора пред крај 20. века и то више као споредно питање које је разматрано у оквиру неке од оригинерних правних области. Систематизоване студије, чланака или озбиљнијег рада на ову тему нема, али је евидентан помак, и теоријски и практични на овом пољу. У прилог том и тако позиционираном интересовању за стечена права и ретроактивност иду и процеси демократизације коју су захватили Русију и све присутнији говор о људским правима, њено распадање на Заједницу независних држава и уопште трусна политичка ситуација на целом подручју, као и постхладноратовско помирење са САД.

Уџбеници *Теорије државе и права* у првим деценијама након Другог светског рата су препуни општих социјалистичких флоскула, оправдања одређеног социјалистичког државног уређења и користима које руско друштво, као прилично херметично, може да има. Идеолошки оквир је био прилично моћан те тако налазимо само сумарно спомињање принципа права (који су заправо ништа друго него принципи правне државе). Међу њима се наводе принцип неретроактивности закона, као последњи у низу, после општеобавезности закона, непротивуречности законских решења (којих је посебно у социјалистичким правним системима, било

доста и чак и после посебно истакнуте потребе тј обавезе хуманости кажњавања.⁵⁶⁶

Највећу пажњу су у својим уџбеницима овој материји придали Шершеневич и Тиле, први у првој деценији 20 века, други у последњој деценији 20. века, и то у оквиру разматрања односа права и времена. Наиме, већ је познато да је однос права и времена двојак, да се може разликовати време у праву и право у времену. Време у праву се ,како је констатовао Шершеневич, не исцрпљује само институтом рока, чије се разматрање, по природи ствари и повезаности са застарелашћу и одржајем аутоматски пребацује у област грађанског права, већ је битно и временско важење права. Сваки закон ,наиме, мора имати свој почетни и крајњи моменат деловања, те су самим тим, као питања специјалне природе, битна управо питања почетка примене и престанка примене закона, као и питање шта треба чинити у случају “преклапања” дејства два закона и њихове истовремене важности, или у случају придавања повратне снаге неком пропису.

Тиле, са друге стране, већу пажњу посвећује управо теоријском утемељењу целог проблема и трага, кроз стотине година промишљања, за адекватним теоријским решењем, које би једнако било применљиво и у пракси.

Иначе први радови о тематици односа права и времена су се у руској правној теорији појавили у другој половини 19. века, што је последица недовољне развијености теорије права као самосталне науке у овом периоду. Ако имамо у виду да САД бележи прве овакве пресуде већ крајем 18. века и почетком 19. века, те да је са друге стране и сама српска

⁵⁶⁶ Л.С.Явич:“Общая теория права“,Издательство Ленинградского Университета, Ленинград, 1967, стр 156.

правна теорија тек у скоро последњој декади 19.века имала прво циљано дело Гершића о овој тематици, можемо констатовати да руску правну теорију бар прати константни развој, без падова, као што је случај у другим правима.Евидентно је буђење правне науке и посебно теорије у другој половини 19.века, при чему једино Русију не захвата талас револуционарних дешавања, будући да је апсолутистичка монархија била доминантна све до 1917.године. Најстарији рад о овом специфичном односу, уопштено узев датира из 1868.године⁵⁶⁷, аутора Пахмана. Следе радови А.Д. Градовског из 1873 године⁵⁶⁸,А.М.Коркуновог из 1897. године,А.А. Рождественског, и Шершеневича из 1910.године.⁵⁶⁹ Приметан је двоструки приступ самој тематици: да се посматра као део материје о примени права или као извор права. Видно је да су приступи битно другачији, а самим тим је и различит ниво значаја који се даје материји односа времена и права уопште. Тако су Коркунов и Хвостов посматрали ову проблематику у контексту материје примене права, док се Рождественски први од њих бавио ширим питањима:односом између старог и новог закона, деловањем права у времену уопште као правном појавом, престанком дејства закона, као и опстанком права која су стечена за време важења старог закона.

⁵⁶⁷ Подаци о историјату развоја руског и касније совјетског , те опет након распада СССР-руског права у овој области су преузети из студије:Н.М.Юрашевич: Еволуција научног знања по проблеме права и времени, Правоведение, бр 2/2009, стр.154-172.

⁵⁶⁸ Ово је иначе прва системска студија не само о времену и праву, него и о повратном дејству општих правних аката. Долази у приближно време када и Гершићева студија(1888. године), те након увида у сажетак студије Градовског, констатујемо да им је инспирација била иста.

⁵⁶⁹ Интересантно је споменути историјски миље у времену настанка ових дела.Године 1868, неколико месеци пре објављивања Пахмановог дела, је извршен атентат на Александра II Романова, кога је наследио Александар III.Коркуновљево дело се појављује у зениту владавине цара Александра III,када се земља суочава први пут са озбиљним економским проблемима и социјалним немирима, док 1910.године,када излази Шершеневичево дело, почињу припреме за аграрну реформу , по аустријском моделу.

Нешто озбиљнији радови долазе тек после Другог светског рата, Б.П.Кравцова 1946. године, и Ј.А.Соколова 1949.године⁵⁷⁰. Други рад је неупоредиво значајнији јер садржи размишљање аутора о односу ретроактивности и права стечених за време важења претходног закона .Аутор, Соколов је стао на становиште да се основ стицања таквих права мора разматрати у сваком случају, те да није могућ њихов опстанак ако су стечена супротно прописима која важе сада.тј у моменту писања ових књига. Период после Другог светског рата је обележило још једно двојство размишљања о материји односа времена и права. Са научне стране, однос времена и права је посматран је искључиво у оквиру примене права, док га је уџбеничка литература посматрала као један од бројних правних феномена, самим тим не придајући му неки посебни значај..

Тиле је учинио пионирски помак у изучавању темпоралнед имензије права,померивши границе прво својим самосталним делом,а касније коауторским делом са М.И.Блумом (1969.)⁵⁷¹,које се бавило питањем темпоралног важења кривичних закона ,и у вези са тим начелом легалитета. Оба аутора су стала на становиште, да је придавање повратне снаге законима понекад могуће, али је у случају кривичних закона апсолутно противуречно начелу законитости, и нарушава субјективна права. Остало је додуше нејасно, на чија субјективна права су алудирали, будући да исто није прецизирано. Наиме, треба имати у виду ,да кривични закони и остали јавноправни закони немају идентичан однос у основи као приватноправни закони. Код кривичних закона је, као ни у једној другој области,посебно изражена репресивна функција државних органа. Субјективна права би се у смислу раније наведене поставке, могла тумачити као субјективна права, не државе,већ починилаца кривичних дела. Починиоци кривичних дела *би могли имати субјективна права у*

⁵⁷⁰ Н.М.Юрашевич,наведено дело, стр.160.

⁵⁷¹ Н.М.Юрашевич,наведено дело, стр.167.

смислу очекивања раније запређених казни и примене према њима закона који је био на снази онда када је кривично дело почињено, али не би могли да имају и право да се према њима обавезно примени блажи закон у смислу закона који предвиђа блажу казну за почињено кривично дело. Дакле, примена блажег кривичног закона је постављена као могућност, не као обавеза (са чиме би се свакако сложили и неки наши домаћи аутори).

Седамдесетих година 20. века следи својеврсно затишје инспирисано учвршћивањем основа социјалистичког права. Наизглед исте флоскуле, које су се базирале на подели рада и заједничкој, тј друштвеној имовини, управљање имовином и људима путем комсомола и других облика друштвеног и политичког организовања, обликовале су и право и области бављења самог права. Материја темпоралног важења закона се више од деценије не спомиње ни у уџбеницима, а тек крај 80-их година доноси ревитализацију мишљења о томе. Појављују се радови Г.И. Петрова, који теорију државе и права сматра управо најпозванијом науком да кристалише ставове о важењу права у времену и простору. Посебно је значајно нагласити и његово спомињање ретроактивног дејства прописа, прво после неколико деценија ћутања руске правне теорије (иако је пракса познавала случајеве додељивања ретроактивног дејства законима и другим општим правним актима).

Петровљеве идеје је 90-их година наставио Рабинович⁵⁷², сматрајући време, које је чиста филозофско-правна категорија, основном категоријом, најопштијег карактера, која припада само теорији државе и права. Но и поред импозантне библиографије руских аутора, који су се, како је раније наведено, спорадично бавили темпоралном димензијом

⁵⁷² Рабинович П.М.: Время в правовом регулировании, философско-юридические аспекты, Правоведение, 3/1990, стр.19.

права, једина систематска дела су дела Шершеневича и Тилеа. Због тога следи и приказ теорија ове двојице иначе мало познатих руских аутора.

8.2. Шершеневичев легализам

Прво издање Шершеневичеве књиге је изашло из штампе између 1910 и 1912. године. У периоду превирања и припреме аграрне реформе, за време владавине последњег руског цара Николаја II Романова, Шершеневич⁵⁷³ је у свом делу стао на легалистичко становиште, у смислу потпуног оправдања постојећег законодавног стања и свих постојећих решења. Налет својеврсне германизације, путем рецепције решења разних правних и економских проблема из немачког и аустријског права (које су и тада биле међу најразвијенијим државама) је присутан и у овом делу, уз веома рудиментарно спомињање и вредних и значајних решења из француског права.

Приликом разматрања почетног момента важења неког закона, Шершеневич наводи као круцијелни проблем огромну државну територију, повезану са понегде слабом насељеношћу. Основни закон Русије од 23. априла 1906. године је предвидео немогућност ступања закона на снагу пре објављивања, те је тако већ у старту умањена могућност повратног дејства закона (чл. 91 овог закона). После објављивања закона, исти ступа на снагу и то од момента када је објављен. Но иако важи на територији целе Русије, не може се захтевати његова примена у оним губернијама у којима тај службени допис, са објављеним законом није стигао, јер се сматра да онда та губернија није ни обавештена о новом пропису.

⁵⁷³ Шершеневич Г.Ф : Общая теория права, Том 2, Юридический колледж МГУ, Москва, 1995, стр.363. У питању је репринт књиге.

Иако је Шершеневич критиковао раније у истој овој књизи идентичан начин ступања на снагу прописа у Француској⁵⁷⁴,у концентричним круговима,овде у Русији је, назван “*системом постепеног ступања на снагу*” поставио као једини могући и правилан. Оправдање је било- велика територија државе.Свакако да извесне сумње и у овом систему постоје,као што су: шта ако тај пропис *никада* не стигне у неку губернију; шта ако пропис прими лице које није овлашћено за пријем таквих писмена - да ли ће се онда цела губернија оправдати својим незнањем ако не поступи по том пропису, као и какве санкције се могу применити према лицу које је несавесно обавило овај део свог посла.

Но,*vacatio legis* је као период у ком је обавезно упознавање адресата са садржином прописа, и овде неизбежан. Оцена је, да је грађанима некад потребно више времена да се потпуно припреме за суштинске измене у свом правном систему, те да треба дозволити и изузетке у смислу постављања дужег рока за упознавање садржине закона, иако је сам закон већ ступио на снагу. Шершеневич даље разликује три врсте закона:

1.“чврсти закони”- време њиховог трајања није временски орочено,дакле трају неограничено док их законодавац не измени или замени потпуно новим прописом. Иако се тежи што дужем и ефикаснијем трајању свих прописа, то је управо услед променљивих друштвених околности немогуће. Нови израз воље законодавца може бити управљен непосредно на суспензију неког прописа који се показао нецелисходним,

⁵⁷⁴ Шершеневич, наведено дело, стр.362. Приликом анализирања француске законодавне праксе, посебна пажња је била посвећена управо забрани ретроактивности, утврђеној Уставом од 24.јуна 1789.године.Наиме , тамо је наведено да законодавац мора "сам себе да убеди да законима не придаје повратно дејство", јер би тако чинио највећи злочин против и себе као институције и против друштва.

или су једноставно измењен друштвене прилике које ус диктирале доношење неког прописа.

Наводи се интересантан случај Кривичног законика Русије из 1903. године⁵⁷⁵ који је објављен у одговарајућем службеном гласилу, али никад није ступио на снагу. И у том случају је било потребно приликом доношења новог кривичног законика констатовати престанак важења Законика из 1903, јер у супротном би се нашли у парадоксалном ситуацији да имамо два прописа који су оба постојећа, каснији је ступио на снагу, ранији није, али будући да није званично дерогиран, ранији пропис може увек ступити накнадно на снагу те дерогирати-каснији.

2. *прописи чије је трајање временски орочено*- који носе у себи “клицу смрти”⁵⁷⁶ и користе се да “премосте” ситуацију у којој неки односи нису још потпуно разрешени, а њихов значај је такав да свако даље одлагања наноси штету. У овом периоду је била изражена пракса доношења одредби и уредби, која су се односила на речавање питања о којима се иначе расправљало у законодавном поступку и тај законодавни поступак још није окончан.

3. *прелазни прописи*- имају за циљ да олакшају оштру измену у правном систему и отклоне недоумице у погледу тога, који пропис се треба примењивати до доношења или ступања на снагу новог прописа. Специфичност ових закона је у томе што њихово дејство престаје постепено, са мером ликвидације тих односа које су они регулисали.

Сам принцип неретроактивног дејства прописа, који је најнепосредније повезан колико материјалноправно са садржином прописа, толико и са моментом почетка важења неког прописа, може, како

⁵⁷⁵ Шершеневич, наведено дело. стр.214.

⁵⁷⁶ Шершеневич, наведено дело. стр.213.

сматра Шершеневич⁵⁷⁷, бити "наручен" од стране законодавца једино у случају одбране целисходности. Воља законодавца је,наиме,најјача и највише позиционирана, и једина има капацитет да се избори са проблемима посебно фактичке природе, увођења повратне снаге. Тако, под фактичком немогућношћу увођења повратне снаге подразумева се нестанак услова, али и последица потребе, да се уведе само повратно дејство, нпр. ако умре преступник, чије је раније почињено дело означено новим законом као преступ.У том случају се ни преступник не може казнити.

Са друге стране, постоји и проблем *фактичке нецелисходности увођења повратне снаге*. Ако је државна власт решена да створи један стабилан систем, успостави поверење грађана у међусобним односима и у систем као такав, ***онда се не сме упуштати у авантуру прихватања повратног дејства и њеног увођења, изузев ако је у питању заштита друштвеног интереса.***⁵⁷⁸ Руски закони су у овом периоду стриктно признавали *pro futuro* важење прописима, изузев ако сам закон није одредио нешто друго. Овде је постављено и једно интересантно питање. Органи управе, судови или администрација не могу дати по свом нахођењу неком пропису повратно дејство,чак и кад би то било целисходно. Придавање повратног дејства је искључиво у оквиру моћи законодавног органа. ***Права која су стечена по ранијем закону остају недирнута и након доношења новог закона,док се једино проста очекивања(чија реализација није ни започета за време важења***

⁵⁷⁷ Шершеневич, наведено дело, стр 24.

⁵⁷⁸ Само одмеравање и утврђивање друштвеног, општег или јавног интереса може бити коришћено као средство за заштиту и нелегитимног система, или остваривање појединачних интереса.Стога је правилно утврђивање друштвеног интереса, као интереса народа или интереса већине, од круцијалног значаја.

старог закона) налазе под “ударом новог закона” и њихова реализација постаје могућа само под новим условима⁵⁷⁹.

Шершеневич је ипак оправдано сумњато у исправност и правичност принципа стечених права и њихове заштите.. Концепт стечених права је упоредив са концептом природних права, опште заступљеним у филозофији права. Спор је видљив прво на терминолошком нивоу, јер природна права се називају и правима стеченим рођењем, па их је могуће назвати “рођеним” правима, правима у погледу којих постоји нераскидива веза између њих и њиховог адресата. Онда сходно томе, можемо говорити и о “нерођеним” правима, правима која стичемо у току живота, чији начин стицања може бити прилично променљив (као и начин губитка, уосталом). Шершеневич говори овде о својеврсној дискриминацији и придавању приоритета заштите природним правима, док се остала права која се стичу током живота, а која он сматра једнако вредним и значајним правима, остављају у другом плану и често се чак и онемогућава њихово стицање⁵⁸⁰.

Овде се спомиње и један мало познат принцип, *lex benignor retro agit*, тј да се закон који је повољнији за грађане може примењивати ретроактивно, по самој природи ствари. Наведено је инспирисано изузетком у примени ретроактивних прописа, која се оцртава у примени кривичног закона који је блажи за починиоца. Број изузетака се у овом случају проширује, јер је могуће и прећутним путем установити ретроактивност, када је видљиво по самој садржини норме да јој треба придати повратну снагу.

⁵⁷⁹ Шершеневич. наведено дело, стр.215.

⁵⁸⁰ Шершеневич. наведено дело, стр.216

Као веома интересно питање, издваја се повратна снага интерпретативних закона. Велики број теоретичара је, констатује Шершеневич,устал против оваквог тумачења, сматрајући да објашњавање претходно донете норме јесте њен нови облик а самим тим је у питању и нов закон који је садржи. Ако бисмо хтели да иједна таква норма добије повратну снагу,потребно је да јој законодавац посебним указом прида повратну снагу, а то овде не чини. Наравно, доста теоретичара сматра да у овом случају постоји јединство са раније донетим прописом, и да никаква ретроактивност не долази у обзир. Значајно је споменути да интерпретативни закон, сходно тумачењу Градовског а које цитира и сам Шершеневич," не мора нужно да води ревизији постојећих завршених стања и односа⁵⁸¹".

8.3. Тилеов идеалистички поглед

Овај идеализам је у случају Тилеа скоро чисте природноправне основе. Према њему,идеја повратног дејства закона се јавља у стварности више као идеја која осветљава утицај воље законодавца у сфери личне слободе и одговорности човека . Управо зато је овај принцип недопустив, јер се у приватну сферу грађана,посебно у онај део који им припада по самом рођењу, не може дирати⁵⁸².У друштву, човек јесте и мора остати слободним. Чак и преступник кога кажњавају,посматра се као независно и слободно биће. До чињења престапа је стигао својом вољом, јер је "калкулишући" између нечињења и казне која му је запрећена у случају да буде ухваћен, одлучио да поступи као у другом случају.-потчинио се последицама са чијим наступањем је био упознат одраније.

⁵⁸¹ Шершеневич,стр.42.

⁵⁸² А. А. Тилле: Время, пространство, закон. Действие советского закона во времени и пространстве. М., Издательство "Юридическая литература", Москва,1965,стр.12.

Чак и кад законодавац предвиђа у закону решење за питања која се могу јавити у вези са деловањем новог закона, ипак се не могу регулисати све ситуације. Примера ради, приликом ступања на снагу Основа грађанског законодавства, био је издат детаљан прелазни закон- Указ Президијума Врховног Совјета СССР од 10.4.1962. године. Садржао је решења за више од 50 различитих случајева, који су сматрали највероватнијима да ће се десити у прелазном периоду док нови закон у потпуности не ступи на снагу. Но и поред тога су у примени констатовани бројни недостаци, који су потпадали било под непосредну примену закона или надживљавање старог закона, а неретки су управо били случајеви ретроактивне примене неких одредаба закона који је био сматран најзаштићенијим управо од –ретроактивности.

Тиле разликује три врсте закона: законе који директно ступају на снагу и важе од момента ступања на снагу убудуће, законе са повратном снагом, као и ситуацију надживљавања старог закона. Посебно је интересантно навести како Тиле објашњава термин *надживљавања старог закона*.

Тиле овде стаје на становиште да је *надживљавање старог закона*, ради односа који су започети за време његовог трајања, крајње неприродно, нелогично и бесмислено, јер како тврди “над прошлим се не може владати”.⁵⁸³ Деловање на прошле акте је немогуће, јер они су се већ десили и њихов ток као ни последице није могуће променити нити избрисати. Ако је нпр. закон донет 1. јануара једне године предвиђа своје ступање на снагу 1. јануара године која претходи години свог доношења, то према Тилеу је све, само не правни нити логички приступ. Из овога би произашло, да је закон био у обавези да се примењује и пре него што је

⁵⁸³А. А. Тилле, наведено дело, стр.28-30

заправо био донет иако је важио стари закон. Дакле, Тиле не прихвата ни могућност установљивања ове фикције. Сечена права али и обавезе, који су сечени по режиму старог закона, се како је то раније примећено налазе “ у процепу”, и треба их заштити.

Тиле познаје два модалитета придавања повратног дејства законима: изричито и прећутно⁵⁸⁴. У другом случају, будући да изричита заповест законодавца изостаје, ретроактивност се установљава на основу тумачења самог текста , или по природи саме материје која је у питању. Тиле оправдано сматра прећутно установљавање ретроактивности-лошим, јер оставља простор за различите злоупотребе , као и за накнадно установљавање ретроактивности од стране тумача закона, иако то није била оригинерна интенција законодавца приликом доношења закона.

И Тиле истиче принцип примене кривичног закона који је блажи за починиоца. Он сматра да забрана повратне снаге у глобалу противуречи ретроактивности самој која ублажава казну или је чак и укида⁵⁸⁵. И немачки правник Биндинг, наводи Тиле даље, је истакао слично мишљење, посебно апострофирајући познавање околности које могу довести до осуђујуће пресуде за неко лице. Без тога, свака особа може живети у константном страху од будућих прописа, који могу најправилније и најбоље понашање огласити-прекршајем у неком будућем моменту. Сама примена блажег закона се може посматрати са аспекта личности преступника, али и са аспекта општег интереса. У првом случају је конституисана *тзв.теорија милосрђа*, која није имала неког већег успеха ,јер се онда милосрђе и захтевани константни хумани однос према свим

⁵⁸⁴ А. А. Тилле, наведено дело, стр.40.

⁵⁸⁵ А. А. Тилле, ибид.

починиоцима почео сматрати стеченим правом свих починилаца кривичних дела, чак и оних који су починили најтежа кривична дела. Наравно, примена једнако или благих или строгих казни се може посматрати као пренаглашавање “бездушности или благонаклоности државе у превенцији и кажњавању криминалитета”⁵⁸⁶. Но треба свакако имати у виду да доношење строжијег закона није нехумани акт, него држава оцењује да је повећана друштвена опасност тог дела у датом тренутку и да овим жели спречити даљи пораст криминалитета те врсте. Стечена права овде не постоје, нити постоји потреба за њиховом заштитом, јер онда и само построжавање санкције губи смисао.

9. Post Factum стање

Тврдња је да су политике посткомунистичких држава тежиле императиву очувања прошлости, бележећи све неправде које су претходни режими начинили, и приближавајући их још више суђењу будућим генерацијама, чије наслеђе неминовно постају. Није постојао политички договор или консензус у Централној Европи⁵⁸⁷ који би гарантовао некажњивост бившим комунистичким лидерима или запосленима, али се говори активно о некој политици помирења. Ова политика помирења је показала да је у много случајева скоро неизводљива и технички неприхватљива, првенствено због институционалних промашаја и недовољно снаге самих судија и јавних тужилаца да суде претходним злочинима, који, дакле, у време када су чињени, просто нису били злочини већ легитимно средство одржавања једне класе на власти. Оваква ситуација, набијена политичким и моралним фрустрирајућим набојем је

⁵⁸⁶ Tile, str.35.

⁵⁸⁷ Jiří Příbáň: *Constitutionality and Retroactivity in Central Europe*, доступно на <http://www.pfdovezeni.cz/download/pdf/static/chapter3/pdf.>, приступ сајму октобар 2010. године

посебно промовисала идеју примене ретроактивних правила у циљу суђења бившим политичким кривичним делима.

Један од *ratia* саме уставне (правне) државе јесте и принцип да нико није изван права и да свакоме треба да се суди за злочин који почини. Лон Фулер⁵⁸⁸ је тврдио да је ретроактивно законодавство неконзистентно са принципима уставне државе. У исто време, ипак, је признао да могу постојати различити случајеви *политичког дисконтинуитета* у којима онда овакви закони у ствари подржавају принципе уставне државе⁵⁸⁹. Метафорички је узео случај нацистичке Немачке да би доказао да примена специфичних моралних принципа права не може да игнорише друштвени и политички контекст. Према њему, ***ретроактивно законодавство генерално противуречи принципима функције права***⁵⁹⁰ ***,која лежи у људском покоравању правилима.*** У неким историјским околностима, ова функција се успоставља на начин да ретроактивна правда постаје толерантна чак и веома пожељна, ако то води враћању оригиналне функције права. Људи се не могу покоравати правилима којих нема.

Ситуације политичког дисконтинуитета захтевају већу инвентивност у примени правних принципа. У моменту самог дисконтинуитета, будућа оријентација, тј правац кретања новог законодавства је просто немогуће предвидети, без узимања у обзир историјске правде. Стриктна примена и опсервација принципа правног континуитета и посебно принципа забране ретроактивности, су посебно штетни јер легитимизују претходни правни систем и могу резултирати спонтаним актима политичке освете и насиља.

⁵⁸⁸Цитат према: *Jiří Příbáň : Constitutionality and Retroactivity in Central Europe...*

⁵⁸⁹ Ibid.

⁵⁹⁰ Ibid.

Слично су и Келзен и Харт сматрали , да свака револуција укључује у себи и елемент политичког и правног дисконитетета⁵⁹¹. Нови устав обично гарантује другачији правни оквир који се мање или више разликује од претходног режима. Природа и обим правног дисконтинуитета може да варира и може ићи од револуционарне деструкције свега до тада познатог, до мирне трансформације, током које се нови елементи правног система постепено имплементирају у постојећи систем⁵⁹².

Ако се прихвати као аргумент да је међусобно политичко поверење између грађана и власти потребно за примену ретроактивног законодавства,у смислу да грађани довољно верују систему да неће ретроактивност употребити ни у коју другу сврху сем у сврху процесуирања претходних диктаторских потеза, јасно је, да је такво поверење немогуће у тиранијама и тоталитарним режимима који су навикли на арбитрарну примену политичког насиља и терора.

У посттоталитарним државама,стриктно искључење од ретроактивног права и то посебно кривичног ,одлаже утицај и ефекте претходног политичког терора и насиља иако је дошао нови политички естаблишмент. Основни ефекат ретроактивног законодавства у демократском друштву може бити јачање политичког поверења, као и постизање пуног интегритета и стабилности у оквиру кновог конституционалног режима.

⁵⁹¹ Ibid.

⁵⁹² Зависи да ли говоримо о реформаторским променама или револуционарним у стриктно државнотеоријском смислу.

Мађарски уставни суд је установио чврсту доктрину правног континуитета на основу тзв. *Zeteny-Takacs act of 1991*⁵⁹³ који је омогућавао да се суди за озбиљне злочине који су почињени у периоду од 21 децембра 1944 год до 2 маја 1990 године. **Суд је одлучио да је тај акт неуставан јер би пролонгирао, тј увео би ретроактивно законодавство. Утврдили су да нема суштинске разлике између правних правила која су настала током комунистичког режима и након доношења новог устава.** Не могу због тога, дакле, постојати "дупли стандарди" када се посматра уставност правних правила. Устав и други основни закони су донети слободни од било каквих формалних дефеката и чак су у складу са правилима претходног режима и налазе своје упориште управо у њима. легалан начин, те да не постоји потреба за таквим законом.

Немачка је применила нешто што се зове **"Повератком Радбрухове формуле"**. Прва пресуда применом ове формула је донета у Окружном суду 2.9. 1991. године и односила се на случај пуцњаве на граници⁵⁹⁴. Теодор Зајдел, председавајући судија, применио је Радбрухову формулу када је изнео закључак, **да се неко не може у потпуности поуздати у законе који су у оштрој супротстављености са принципима уставне државе и донета од стране државе која није имала легитимитет.** У том смислу је окривљени ослобођен оптужбе, будући да је правило по коме је он оптужен био донет од стране нелегитимне државе.

⁵⁹³ Anikó Raisz: *The "lawfully condemned" – Forgotten aspect of the 1956 revolution in Hungary Reflections on history, human rights, reconciliation and justice, Miskolc Journal of International Law, VOL. 3. (2006) "1956 HUNGARY" No. 3. pp. 41-45.* Такође и у : *Dealing with the past part 1*, текст доступан на <http://comitatostudigeopolitici.wordpress.com> 2009/05/06/

⁵⁹⁴ Jiří Příbáň, наведено дело.

Савезни суд правде се критички односио према позитивистичком, моралном и политичком аргументу изреченом у овој пресуди, иако је исти прихватио. У суштини, прихваћено је мишљење, да појединци који су морали да поступају по наредбама својих надређених не могу сами по себи да бране или оправдавају акте, који би, сами по себи, могли да буду сматрани криминалним актима⁵⁹⁵. Уставни суд је наведеном пресудом говорио о легитимном поверењу грађана у систем у коме су живели, тврдећи да исто може да постоји само кад су ови закони формулисани на начин да су у складу са демократским правилима. Обичај поштовања постојећег права није истовремено и доказ сигурности и заштите против кривичног гоњења. Стечена права нису могла бити постављена као принцип који би омогућио заштиту представницима претходног режима.

Чешка Република је након дисолуције са Словачком, 1993 године донела "Закон о незаконитости комунистичког режима и отпора пружаног комунизму"⁵⁹⁶, који је по свим мерилима установио јединствену ситуацију, налик оној у Немачкој: претходни режим је оглашен нелегалним а сва лица која су га подржавала на било који начин су оглашени прекршиоцима, посебно ако су учествовали у неким злочинима, и дужна су да снесу колективну одговорност. Овај закон је предвидео и суспензију закона који су предвиђали процесуирање кривичних дела која су почињена за време владавине комунистичког режима али њихово процесуирање није започето, или су започети или окнчани поступци за своју основу имали политичка кривична дела.

Иако ово поглавље носи наслов *Post factum* стање, јасно је да заправо говори о савременим условима схватања и ретроактивности и

⁵⁹⁵ Што јесте, ништа друго него-командна одговорност.

⁵⁹⁶ *Dealing with the past part 1.*, текст доступан на <http://comitatostudigeopolitici.wordpress.com/2009/05/06/>

принципа стечених права, те о веома крупним и значајним питањима која ова два супротстављена принципа требају да реше. Ово не значи да сви до сада наведени случајеви нису били вредни спомињања и разматрања са теоријскоправног аспекта, већ да је примена ових принципа имала свој најзахтевнији појавни и употребни облик. Процесуирање претходних режима, представника и симпатизера истог, јесте својеврсни "двосекли" мач, који се сходно флоскули да револуција прво једе своју децу а онда туђу-може окренути управо против -самих егзекутора. Стога наведени примери нису наведени као примери-добре праксе, него као најпроминентнији случајеви где је искључива примена једног од принципа-ретроактивности или стечених права-доносила, ако ништа друго, оно барем-моралну сатисфакцију и осећај задовољавања историјске правде. Но сумња свакако остаје, и могућност за преиспитивање од стране опонената режима, који је применио крајње репресивно неки од ова два принципа.

10. Закључак

Постоје разлози зашто нам је потребно право, а то су разлози који објашњавају основне функције права у друштву, нпр потреба да постоје ауторитативна правила понашања, потреба да се реше конфликти у друштву, заштите и створе друштвена добра и вредности које је као такве установило и прихватило једно друштво.⁵⁹⁷ У потпуности се испуњава она Русоова мисао о ограничавању зарад слободе, јер је све ван тога-анархија, мање или више организована. Постојање друштвене

⁵⁹⁷*Andrei Marmor, Law in the Age of Pluralism, Oxford University Press, 2007, str 172.* У овом контексту издавајемо само ове функције права, при чему истичемо да не дајемо самим тим мањи значај другим функцијама права.

свести о томе о томе шта треба да чини право у једној држави, тачније- кристализовање такве мисли и организовано поступање у циљу и физичког стварања таквих правила, јесте први корак у разликовању организоване од неорганизоване заједнице у строгом смислу речи. Само су друштвене околности, способност главних актера у оквиру једног друштва да се носе са њима и предупредити могуће негативне последице, оно што разликује боље организоване заједнице од лоше организованих. И на крају, само доследна законодавна политика, и примена основних принципа у потпуности и у свакој ситуацији, (као што су управо принцип поштовања стечених права и принцип забране ретроактивности којима смо се бавили у овом раду), издвајају најбоље међу бољим порецима.

Историја права бележи стагнацију његовог развоја онда кад је била потенцирана идеја императивности. Право је живело и развијало се кроз разнолику правничку активност, а неретко су главну реч водили управо-теоретичари. Либерализовано идејама природног права, правде, разума, корисности, право је без изричитог спомињања силе или команде добијало већи легитимитет и самим тим и сопствену применљивост. Зашто је тако? *Сматра се, да се људи не рађају са већ креираним принципима*⁵⁹⁸ *или осећањем истих тих принципа*. Креирање нових као и прихватање постојећих принципа, и прилагођавање понашања управо тим принципима јесте мисаона делатност, која се учи.

У том долазимо до појма позитивног права. Позитивно право је оно које се врши, тј примењује. Али то, како је Тасић исправно приметио, јесте *"...тавтологија, јер какво би право било, које се не врши"*⁵⁹⁹. Ово обележавање права као позитивног има смисла, када исто супротставимо природном праву, јер се позитивно и ефективно мора примењивати, а

⁵⁹⁸Roscoe Pound: Justice According to Law, *The Mid-West Quarterly*, 1:3 (April 1914), pp. 223–235

⁵⁹⁹ Ђорђе Тасић, Увод у правне науке, друго издање, Београд, 1935, стр.45

природно право обавезује само морално, али се не врши увек у довољној мери.⁶⁰⁰ Да би се повећала ефективност примене природног права, потребно је да позитивно право препозна природно право као неопходно за сопствено постојање, те и да призна истом- својство важења на нешто нижем нивоу од ранијег.

Према томе, појам права као позитивног строго логички зависи од тога постоји ли природно право. Потребно је утврдити да право не изражава верно свест и мишљење друштва, али да са друге стране државна власт не успева да своју улогу тј законе спроведе. Отуд треба позитивно право везивати не буквално за државу као неку апсолутну власт, него као за установу која се налази слободна у друштвеној атмосфери. Позитивно право није увек готов и перфектно нити потпуно дефинисано, јер се константно ствара и мења. Даље, присутан је изван ниво нејасноће, непотпуности и неизвесности, без обзира на то колико законодавац тежио употпуњавању слике права о друштву у којем треба да се примењује. То је поготово случај када законодавци преузимају прописе из других правних система, некад и са недовољно разумевања.⁶⁰¹

Блекстонова дефиниција права, да је то "правило понашања написано од стране највише власти у држави, која одређује шта је добро и забрањује чињење онога што је лоше"⁶⁰², је означила пут кретања нашег рада. Тај људски разум, како је Монтескје назвао право⁶⁰³, своју највишу инстанцу развоја достиже управо у фази позитивног права, које

⁶⁰⁰ Ибид..

⁶⁰¹ Алан Вотсон: Право у књигама, закону и стварности, Анали Правног факултета у Београду, 2/2007, стр.5-17.

⁶⁰² *Adolph J. Rodenbeck, The Anatomy of Law, a logical Presentation of the Parts of the Body of the Law, New York, 1925, 25 do 55 str.* Сам Роденбек је дефинисао право као "врсту заповести политички супериорне класе коју издаје политички инфериорној класи, али има и правила која нису на овакав начин настала, као што су етика, морал, обичај итд". Ибид, стр.23.

⁶⁰³ Ibid.

поновићемо,јесте већ деценијама производ - компромиса⁶⁰⁴. И Диги је већ тврдио да је закон израз воље људи који га доносе⁶⁰⁵,а да је све остало фикција. Самим тим, сукоб који смо истраживали у овом раду, или ако није био сукоб, онда увек присутна тензија између ретроактивности и стечених права, излази из домена фикције и постаје-повод за преговоре..

На почетку рада је национални критеријум поделе приликом истраживања деловао помало необичан. На крају рада делује-веома практичан и прилагодљивији за рад, управо због специфичности националних система. Наиме,говоримо о довољно јаким, познатим и дуготрајним правним системима и правнотеоријским становиштима, да бисмо их могли раздвојити управо по том основу. Немачку правну теорију је, примера ради, доста обликовала историјскоправна школа, са својим становиштима дијаметрално супротним француској правној традицији. Са друге стране, придавање великог значаја управо националној правотеоријској историји разматрања сукоба ретроактивности и стечених права јесте својеврстан и дуг националном осећају аутора али и потреба промоције помало заборављених српских писаца и њиховог доприноса управо савременој правној теорији. Али и пракси .

Чини се да ништа новије савремена теорија права о овој проблематици и не доноси, осим већ познатих флоскула Слободана Јовановића, Живојина Перића, Ђорђа Тасића и других српских правних великана, али и оних мање познатих, који су се можда бавили само преводилачким радом, као што је Ј.М.Лешјанин, или су аутори монографија, као што је Жарко Миладиновић. Допринос сваког од њих је довољно вредан спомена;чинећи правно и културно наслеђе народа коме су припадали по својој националности или убеђењу, учинили су својим

⁶⁰⁴ Jürgen Habermas: „Three Normative Models of Democracy“, *Constelations*, Vol. 1. Nr. 1, April 1994, str. 1-10

⁶⁰⁵ Леон Диги , Преображаји јавног права, Плато, 1997,стр .62.

деловањем популаризацију тема којим су се бавили. Стога, на први поглед хрестоматски изглед рада је обogaћен критичким освртом на историјске, друштвене, политичке и друге околности у којима су сви споменути ствараоци, било домаћи, било инострани, стварали, чиме је учињен покушај делимичног осветљивања сваке оријентације и аргументације.

Подједнаку "тежину" овој проблематици и начину разматрања истог дају, по ауторовом мишљењу, поглавља посвећена савременом европском и америчком правном систему и њиховом поимању наведене материје. Грађени на потпуно другачијим основама, и европско право, као и америчко, су лишени јасне националне компоненте у смислу у ком је имају немачко или француско или на крају крајева и српско право. Наднационални дух не може увек адекватно да замени *Volkgeist*, како је то пре век и по констатовао Савињи, због непостојања или недовољно израженог осећаја припадности заједничкој историји и развоју.

Дилема- да ли је право као институција у кризи или је једноставно, последњих деценија у току велика потрага и коначно установљавање сопственог, једнозначног и у свим временима и на свим просторима применљивог и прихватљивог идентитета права⁶⁰⁶, присутна је у скоро свим правним системима, било да их посматрамо по националном „кључу“, или по неком другом критеријуму. И управо су ретроактивност и стечена права „репери“ стања у правним системима, посебно онима који су већ признати или претендују да буду признати као демократски инспирисани. Начини стицања, одржавања и (не)одузимања права су тестови на којима најчешће и најчвршће установљени системи државни режими „падају“. **Познато је да признавање нечијег права није истовремено и остваривање тог истог права.** Међутим, када је неко

⁶⁰⁶ Нпр: Е.Л. Поцелуев: Современное состояние теории государства и права: кризис или поиск собственной идентичности?, Правоведение, 2/2004, стр. 154-165.

лице већ ушло у поступак реализовања признатог и постојећег права, праведност налаже реализацију тог права под истим условима и на начин како је већ започето. То је и суштина правне сигурности као такве. *Иако је Радбрух сигурности одредио неко „чудно место између сврсисходности и правде“*⁶⁰⁷

„Људска душа познаје другачија осећања од осећања законодавца и самог закона“⁶⁰⁸. Зато ће борба између сигурности и правичности увек претезати на једну или другу страну. Ретроактивна правда никад није довољно спора, достижна нити боље дочекана, када тежина учињеног (не)дела надмашује потребу поштовања правне сигурности-овде би то било својеврсно легализовање почињеног дела. Но, у највећем броју случајева говоримо о обичном човеку који правду за себе посматра управо кроз поштовање сигурности у сваком сегменту свог живота, који, дакле, изједначава правичност и сигурност, јер му обе обезбеђују адекватан стандард и квалитет живота. **Забрана ретроактивности са једне стране и поштовање већ „освојених“ права и слобода су ту да би „...човеку који егзистира у времену и простору обезбедили одређени степен сигурности његовог правног положаја, па и оног који представља прошлост његовог живота “.**⁶⁰⁹

⁶⁰⁷ Густав Радбрух, наведено дело, стр 113.

⁶⁰⁸ Платон : Закони, Дерета, 1996, стр. 48; исто и код Норберта Бобиа, наведено дело, стр. 87.

⁶⁰⁹ *Mailher de Chassat: “ Traite de la retroactivite des lois”, Paris, 1845, - преузет цитат из : Слободан Перовић: “Ретроактивност закона.....”, стр. 49.*

ЛИТЕРАТУРА

Aristotel, "Метафизика", Загреб, 1988

Anthony Arnall: The European Union and its Court of Justice, Oxford EC Law Library, 1999

D'Amato Anthony: Legal Uncertainty, California Law Review, Vol 71, No1, January 1983

Barak Erez Daphne: The Doctrine of Legitimate Expectation and the Distinction between reliance and Expectation Interests, European Public Law, Vol.11, issue 4, pg 583-601

Белкин Л.Л.: "Оглашение законов (новое и старое в закод годинеателъстве)", Правоведение, №2 /1995

Бартош Милан: "Проблеми стечених права у међународном приватном праву", Архив за правне и друштвене науке, 1/1930.

Баста, Данило Н.: "Петнаест минута о природи Радбрухове формуле", Билтен судске праксе Врховног суда Србије, 4/2002.

Баста Данило: "Божидар Грујовић или рођење грађанина у Србији", у збирци огледа „Право и Слобода“, Издавачка књижарница Зорана Стојановића, Сремски Карловци, 1994

Vaughman Timothy A.: "Justice Moody's Lament Unanswered: Michigan's Unprincipled Retroactivity Jurisprudence", преузето са сајта:

<http://www.michbar.org/journal/article>

Бељански Слободан: "Право и Кафкин унутрашњи свет", у збирци есеја: „Поетика права-политика филозофије“, Издавачка књижарница Зорана Стојановића, Сремски Карловци, Нови Сад, 1999

Bailey Greg, From Revolution to Reconstruction - a Biography of William Blackstone (1723-1780), London, 1960

Basta Lidija R.,Politika u granicama prava-studija o angloskaskonskom konstitucionalizmu, Istraživačko izdavački centar SSO Srbije I Institut za uporedno pravo, Beograd, 1984

Bernstein Eduard:| "Ferdinand Lassalle as a social reformer- CHAPTER IV The System Of Acquired Rights, and other minor works.(1860-1861) as the introduction to Ferdinand Lassalles Gesammelte Reden und Schriften", vol.1, Berlin 1893.

Bobio Norberto:Liberalizam i demokratija,Novi Liber, Zagreb, 1992

Василев Никифор:"Повратна снага новог закона", Социалистическо право, 1969, 3, стр. 14-23., Страни Правни живот , Београд, 1970

Висковић Никола: "Појам права-прилог интегралној теорији права",Логос, Сплит,1981

Вукадиновић Гордана, Радивој Степанов:"Теорија права", Нови Сад, 2001

Вуковић М. ,Вуковић Ђ: "Знаност о изradi правних прописа (Номотехника)", Загреб, 1981

Васић Радмила: "Реформа правосуђа у СРЈ (како независно судство подржава преображај ауторитарне власти у поредак владавине права)" <http://www.cedet.org.yu>

Вотсон Алан:Право у књигама, закону и стварности, Анали Правног факултета у Београду, 2/2007

Гершић Глигорије: "Теорија о повратној сили закона, Правничка студија", Гласник српског ученог друштва, књига 54, Београд, 1883

ROBERT E. GOODI: POLITICAL THEORY AND PUBLIC POLICY Ch. 4 (University of Chicago Press,1982

A.L.Goodhart, What is the Common Law; The Law Quarterly Review. Vol 76, 1960

Golding Martin P:Retroactive legislation and restoration of the Rule of Law, Annual Review of Law and Ethics, Vol 1,1993

Cardozo Benjamin, The Paradoxes of Legal Science, Columbia University Press, 1960

С.А.Голунски, М.С.Строгович: “Теорија државе и права“, Издање одбора за објављивање предавања на Правном факултету у Београду, 1946

Gurr, Ted Polity II: Political Structures and Regime Change, 1800-1986 (Boulder, CO: Center for Comparative Politics [producer], 1989

Graetz Michale J.:Retroactivity Revisited, Harward Law Review, 98/1984-1985

Drieger Elmer A.,Statutes:Retroactive Retrospective Reflectiones,Canadian Bar Review, 56/1978,

Дајовић Горан: „Правна обавезност и важење права“, Службени гласник, Београд, 2008

Делибашић Томица: "Примена блажег закона" , Номос, Београд, 1995

Диги Леон: “Преображаји јавног права“, Плато, 1997

Дворкин: Роналд "Суштина индивидуалних права", или у оригиналу Taking Rights Seriously, ЦИД, Подгорица, 1998

Ст.Добријевић: “Ко има право да мења допуњава и објашњава законе у снази“ , Бранич,бр 9-18, 1900

Ulrich Drobniг: General Principles of European Contract Law, у књизи Petar Sarcevic & Paul Volken eds., International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures, Oceana (1986), Ch. 9,

Dumont Etienne: Bentham's Theory of Legislation, Charles Milner Atkinson, Trans. 1914

Димитријевић Војин,Милан Пауновић,Владимир Ђерић: “О људским правима“, Београдски центар за људска права, Београд, 1997

Edin Douglas E., Rule Britannia, 2002

Dupperon Robert A,Interpretation Acts-Impediments to Legal certainty and Access to Law,Statute Law review,26/2005,

Ђорђевић Андра: „Систем приватног (грађанског) права“, едиција Класици југословенског права, Београд, 1995

Ђудиче Пасквал де: „Енциклопедија права“, Бранич бр 5/1901 Elefteriadis Pavlos: Legal Rights, Oxford University Press, 2008, ppg 214.

Европска Комисија за демократију путем закона (Венецијанска комисија) "Смјернице у погледу спровођења избора", Венеција, 4 јули 2002

Eriksen, Erik O; John E. Fossum, Agustín J. Menéndez: European Union-constitution making and democratic legitimacy, Paper presented on the Arena conference on Democracy and Democratic Governance, Oslo, 2002

Живановић Тома: „Систем синтетичке правне филозофије“, Београд, 1959

Живановић Тома: „Да ли је препоручљиво да судија може за једну радњу која изрично не улази у законску норму да казни и да је сматра противправном“, Правосуђе, бр. 3/1937

Живановић Тома: “Времено важење кривичног, грађанског и осталог процесуалног права (транзиторно процесуално право)“, Полиција, бр.1-2/1935

Живановић Тома: „Основи кривичног права – Општи део“, стр. 156., Издавачка књижарница Геце Кона, Београд 1922. године

Зборник грађанских законика старе Југославије, приредио Михајло Ступар, Графички завод Титоград, 1960

Закључак усвојен на саветовању Савезног суда, Врховног војног суда, Врховног суда Србије, Врховног суда Црне Горе и Вишег привредног суда од 24. 25. и 26. септембра 1996 .године у Суботици

„Закон о високом образложењу Службени гласник Републике Србије“, број 76/05

ЗАШТИТНИК ГРАЂАНА, Препорука Број 070-251-534/08-2, доступна на: <http://www.ombudsman.rs/index.php/lang-sr/misljenja-preporuke-i-stavovi/392-2009-03-11-10-16-01>.

Јовановић Драгослав: "Доношење закона", Издавачка књижарница Геце Кона, 1912. година Јовановић М.: "Ретроактивност кривичних закона", Архив за правне и друштвене науке, 1920

Јовичић Миодраг: "Закон и законитост", Београд, 1977,

Cabanellas Guillermo: "Encyclopedic Dictionary De Usual Derecho", Heliasta, VOLUME 5, Buenos Aires, 1996

Јовановић Михаило П.: "Ретроактивност кривичних закона", Архив за правне и друштвене науке, бр 1/1920

Jovičić Миодраг.: О уставу, "Savremena administracija", Beograd, 1997

Keeler John E, "Survival of the Theory of Natural Rights in Juridical Decisions," Yale Law Jour., V (October, 1895),

R. Cross – J. W. Harris, Precedent in English Law, Oxford 1999.

Crye Jason S, Ancient Constitutionalism, Sir Edward Coke's Contribution to the Angloamerican legal Tradition, The Journal Jurisprudence, 3/2009

Капустина М.А. „Действие законов во времени – Историографический обзор „, Правоведение, Москва, № 1 од 01.02. 1996.

Келзен Ханс: "О суштини и вредности демократије", Службени гласник, Београд, 2003

Kyriakou Tania: The impact of the EU Charter of Fundamental Rights on the EU system of protection of rights: much ado about nothing? THE DURHAM RESEARCH POSTGRADUATE CONFERENCE - JULY 2001 ,Web Journal of Current Legal Issues in association with Blackstone Press 2/2001

Caenegem R.C.van: Judge and Lawgiver in Anglo-American history,European review,Vol 11.Nr.3,

Келзен Ханс: Чиста теорија права,ЦИД, 2003.

Clarck, R-Floyd: The Science of Law and Lawmaking(Being an Introduction to law -a general view of law of its forms and substance,and a discussion of the question of codification), 1898

Констан Бенжамен: "Принципи политике и други списи", Завод за уџбенике и наставна средства, Београд, 2002

Кошутић Будимир: "Измене у пречишћеном тексту закона", Правни живот, бр.12/1980

R.C.van Caenegem: Judge and Lawgiver in Anglo-American History, European review, Vol 11.Nr.3, Михаило Константиновић: "Означавање закона", Архив за правне и друштвене науке, бр 5-6/1925

Corwin Edward s: A Basic Doctrine of American constitutional Law, Michigan Law Review, February 1914

Corwin Edward: The Extension of Judicial review in New York 1783-1905, Michigan Law Review, February 1914.

Kress Ken, Legal Indeterminacy, California Law Review, vol 77, 1989

Kühnhardt Ludger: "Budućnost demokratizacije", u izdanju: Karl Kaiser/Hans-Peter Schwarz (Hrsg.), Svjetska politika u novom stoljeću (Savezna centrala za političko obrazovanje 364) Bonn 2000.

Кнежевић Урош: „Закон је највиша воља“, уводни текст, Правда, 1/1869.

Leawoods, Heather: Gustav Radbruch: An Extraordinary Philosopher, JOurnal of Law and Policy, vol2, 2000.

Лазаревић Адам: "Теорија тумачења закона и судска пракса", Архив за правне и друштвене науке, 4/1934

Ласки, Харолд: "Политичка граматика", Издавачка књижарница Геце Кона, 1934

Lane Jan Erik: The Substance of EU law, доступно на <http://www.spp.nus.edu.sg/docs/wp/wp22.pdf>

Legislative acts, procedures and sources, general principles of EC law, University of London External Programme, доступан на сајту <http://www.londonexternal.ac.uk>

Llewelyn Karl: The Common Law tradition, Deciding Appeals, London, 1960

Lassale Ferdinand: "Gesamelte Reden und Schriften", druck von Oscar Brandstetter, Leipzig, 1920.

Лукић Радомир: "Систем филозофије права", Савремена администрација, Београд, 1992

Лукић Р., Митровић Д., Б. Кошутећ: "Увод у право", Савремена администрација, 2000. стр. 143.

Лукић Радомир: "Право као идеална (идеелна) појава", Legal Culture, Report on the 34th Conference of German Legal Historians in Würzburg, 8th – 12th September 2002, German Law Journal No. 3 (1 March 2003) –

Levinson L. Harold, The legitimate Expectation that Public officials will act Consistently, American Journal of Comparative Law, 1998.

Љушић Радош: Државно-друштвена и генерацијска периодизација нововековне Србије (1804-1918), зборник радова под насловом Србија 19. века, Војна књига, Београд, 1998

Љушић Радош: Тумачења српске револуције (у историографији 19. и 20. века), Српска књижевна задруга, Београд, 1992

MacCormick, Neil: Institutions of Law An Essay in Legal Theory, Oxford University press, 2007

Марковић Чедомир: "Уводна реч за крај 1904. године", Глас права, судства и администрације, 1/1905

McKnight Deborah K.; Legal Analysis, Minnesota House of Representatives, Research Departement Revised, June 2005

Meyler Bernadette: TOWARDS A COMMON LAW ORIGINALISM, Stanford Law Review, December 2006, vol 59

Миланковић-Васовић Љиљана: "Познавање права", Правни информатор, 3/2004

Mandić Oleg: "Sistem i interpretacija prava", Narodne Novine, Zagreb, 1971, str 156.

Марковић Лаза: "Грађанско право", I књига, Београд, 1912

Марковић Чедомир: "Суд има право да цени уставност закона", Архив за правне и друштвене науке, 5/1908

Марковић Чедомир: "Наше законодавство", Глас права, судства и администрације, 1/1905

Marmor Andrei, Law in the Age of Pluralism, Oxford University Press, 2007

D.C.Pearce, Statutory Interpretation in Australia, Butterworth, Sydney, 1981.

Миладиновић Жарко: "Стечена права- iura quaesita", монографија, Књижара Геце Кона, Београд, 1926

Мурлон: "Стечена права", Правда. Бр. 23 од 20. августа 1869. године

Мурлон: "На које се време простира нов закон", Правда, 2/1870.

Митровић, Драган М.: "Може ли право да се сазна: „Шта је право?“" (стр. 85--108) Анали Правног факултета у Београду, Година X, бр. 1–2, јануар–јун 2002

Митровић, Драган М.: "Пут права. Холистичка парадигма света и права у светлу теорије хаоса и правне теорије", Службени гласник, Београд, 2000

Митровић Драган М.: "Начело законитости-појам, садржина, облици", Правни факултет у Београду 1996

Ненадић Боса: Vacatio legis и право грађана да се у примереном року упознају са законима и другим прописима, Правни информатор, 2005

Ненадић Боса: "Објављивање и ступање на снагу закона и других прописа у правном систему СРЈ", Право - теорија и пракса, бр. 7-9, 1994

Николић Павле: " Прилог питању карактера аутентичног тумачења закона", Правни живот, 11/1982

Neuhaus, Paul Heinrich: Legal Certainty versus Equity in the Conflict of Laws, Law and Contemporary Problems, Vol. 28, No. 4, New Trends in the Conflict of Laws (Autumn, 1963)

Новаковић Стојан: "Уставно питање и закони Карађорђева времена-студија о постању и развићу врховне и средишње власти у Србији 1805-1811," Нова штампарија Давидовић, Београд, 1907

Одлуке и решења савезног уставног суда за 1998. годину, Савезни уставни суд, 1999

Обавјештење о неким појавама од интереса за остваривање уставности и законитости, Бања Лука, 1. новембар 2005

Paund Rosco, The Spirit of Law, 1921

Pontier Jannet A, Edvige Burg: EU Principles on Jurisdiction and Recognition and Enforcement of Judgement in Civil and Commercial Matters, Cambridge University Press, 2003

Перић Живојин: "Принцип стечених права и социјализација добара", Архив за правне и друштвене науке, 1/1930.

Перић Живојин: "Принцип стечених права и социјализација добара", Архив за правне и друштвене науке, 1/1926.

Перић Живојин: "О језику у законима, Поводом кодификације нашега права", Издавачка књижарница Гене Кона, 1915

Перић Живојин: "О стеченим правилима инвалида", Архив за правне и друштвене науке, бр. 5/1932

Перић Живојин М.: "Неколика правна саопштења", Мјесечник правничкога друштва у Загребу, XXXII/1905

Поповић Милијан: „Појам субјективног права“, Завод за научноистраживачки рад Нови Сад, Правни факултет у Новом Саду, 1974

Перовић Слободан: "Правнофилозофске расправе", Службени гласник, Београд, 1996.

Перовић Слободан: Оглед о стеченим правима, Правни живот 1/1984

Перовић Слободан: „Ретроактивност закона и других општих правних аката- теорија сукоба закона у времену“, ИРО Светозар Марковић, Београд, 1984.

Перовић Слободан: "Улога права, правна свест и правна сигурност",
Правни живот, 4-5/1986

Пусић Еуген: "Друштвене регулација",
Повеља о људским и мањинским правима и грађанским слободама

Полић Л: "Закон и Санкција", Мјесечник, 1903

Поповић Ђура: "Сила и право", Архив за правне и друштвене науке,
1932.

Перовић Слободан: "Право на толеранцију", Правни зборник, Удружења
правника Црне Горе, бр. 12 1999/2000

Перовић Слободан: "Повратно дејство интерпретативних закона", Анали
Правног факултета у Београду, 3-4/1985

Перић Нинко: "Основи грађанског права", Београд, 1992.

Подгорац Тодор: "Правна празнина и аналогија уопште, и посебно, у
схватању Ђорђа Тасића", Архив за правне и друштвене науке, 4/1993

Подгорац Тодор: "Основни појмови о праву и правословној науци и о
грађанским законима уопште према „Објаснењу“ Димитрија Матића“, у
оквиру зборника: "Огледи о праву-филозофија права, теорија права и
социологија права", Крагујевац, 1998

Pople James: The Right to Protection from Retroactive criminal Law,
Criminal Law Journal, Vol 13, No4, 1989

Plucknett Theodore F.T, A Concise History of Common Law, Batterworth and
Co.Ltd, 1980

Příbáň Jiri: Constitutionality and Retroactivity in Central Europe, dostupno na
<http://www.pfdovezeni.cz/download/pdf/static/chapter3/pdf>

Pound Roscoe: Justice According to Law, The Mid-West Quarterly, 1:3 (April
1914)

Е.Л.Поцелуев: Современное состояние теории государства и
права: кризис или поиск собственной идентичности, Правоведение,
2/2004

Adolph J. Rodenbeck, *The Anatomy of Law, a logical Presentation of the Parts of the Body of the Law*, New York, 1925

David Raybin, *Appellate Retroactivity Rules: The Pipeline Doctrine*,
<http://www.hwylaw.com/CM/Articles/Appellate%20Retroactivity%20Rules.pdf>

Рабинович П.М.: *Время в правовом регулировании, философско-юридические аспекты*, *Правоведение*, 3/1990

Raisz Anikó: *The "lawfully condemned" – Forgotten aspect of the 1956 revolution in Hungary Reflections on history, human rights, reconciliation and justice*, *Miskolc Journal of International Law*, Vol. 3. (2006) "1956 Hungary" No. 3.

Radbruch Gustav: *Five Minutes of Legal Philosophy* (1945), reprinted in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, No1, 2006

Roberts Paul Craig, *How the Law was Lost*, *Cardozo Law Review*, Vol 20, 1999
Reeder Robert P. "Constitutional and Extra-Constitutional Restraints," *Univ. of Penna. Law Rev.*, LXI (May, 1913)

Robinson W.C: *Elementary law, and Elements of American Jurisprudence*, наведено у: *Frederic W. Maitland and Francis C. Montague, A Sketch of English Legal History*, 1915,

Melanie Roberts: *Public Law Representations and Substantive Legitimate Expectations*, *Modern Law Review*, 2001

Raitio Juha: *Legal Certainty, Non-Retroactivity and Period of Limitation in EU Law*, *Legisprudence*, Vol.2., Nr1, 2008

Raitio Juha: *"The principle of Legal Certainty in EC Law"*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, Boston, London July 2003

Raitio Juha: *On Legal Certainty*, *IVR Encyclopedia of Jurisprudence, Legal Theory and Philosophy of Law*, доступно на www.ivr-enc.info

Родин Сениша: *"Демократско-плуралистичка критика института тзв. вјеродостојног тумачења"*

,доступно:www.eu.pravo.hr/fileadmin/europsko/dokumenti/tekst/informator_klasicna_vjerodostojno_tumacenje.doc

Радбрух Густав: "Филозофија права", Нолит, Београд, 1972.

Рашић Војислав В: "Део науке о праву, студија", Глас права, судства и администрације, 1/1905,

Русо Жан-Жак: "Друштвени уговор" Филип Вишњић, Београд, 1995

Joseph Raz: Between Authority and Interpretation, On the Theory of Law and Practical Reason, Oxford University Press, 2009

Милован Ристић: "Народне скупштине у Првом српском устанку", Просвета, Београд, 1995

Savigny, Carl Friedrich von: System des heutigen romischen Recht, Veit und Comp., Berlin, 1840

Sartori Ђовани, Demokratija šta je to?, CID Podgorica, 2001,

Simson Shannon C.: The American Revolution in the Law: Anglo-American Jurisprudence before John Marshal, Princeton University Press, 1990

Salmond John W.: "The Law of Nature," Law Quarterly Review., XI (April, 1895), 121.

Smith Bryant, Retroactive Laws and Vested Rights, Texas Law Review, April 1927, No 3

Smets Thierry, "Les sources du Droit",

<http://users.skynet.be/sky19192/lessourc.htm>

Sources d'Europe, Centre d'Information sur l'Europe, "Droit communautaire",

<http://www.info-europe.fr/europe.web/document.dir/fich.dir/QR001038.htm>

Stephanou Constantine: GOOD GOVERNANCE AND ADMINISTRATIVE DISCRETION,

http://www.unece.org/trade/workshop/OSCE_0304/presentations

Становчић Војислав: "Демократија и владавина права", Анали Правног факултета у Београду, бр. 2/ 2005

Smith, Bailey – Gunn, Modern English Legal System, Sweet & Maxwell, London 2002

Gary Slapper & David Kelly, English Legal system, Cavendish Publishing Limited, 1993

Scott Bradley, The retroactive and Prospective Application of Judicial Decisions, Harvard Journal of Law and Public Policy, vol 26, 2003, pg 213.

Стојановић Драгољуб: "Улога правне теорије у стварању правних принципа", Правни живот 10/87

Стојановић Драгољуб: приказ дела Слободана Перовића "Ретроактивност закона и других општих аката", Правни живот, 1/1984

Суботић Милан: "Срицање слободе- студије о почецима либералне политичке мисли у Србији XIX века", Градина, Ниш, 1992

Тодић Љубомир: "Филозофија права", Загреб, 1983

Тарановски Теодор: "Енциклопедија права", Геца Кон, 1934

Тасић Ђорђе: "Ignorantia iuris nocet", Архив за правне и друштвене науке, 2/1920

Тасић Ђорђе: "Да ли суд има права да испитује уставност постанка (формалне моменте) закона,"

Тасић Ђорђе: "Проблем оправдања државе", Службени лист СРЈ, Београд, 1995

Тасић Ђорђе: "Зашто право обавезује", Архив за правне и друштвене науке, 4/1936, стр 12.

Тасић Ђорђе: "Да ли обичај може укинути закон-кроз најновију науку", Архив за правне и друштвене науке, 3/1937

Тасић Ђорђе: "Закон нема повратне силе" Архив за правне и друштвене науке, бр 6/1932

Архив за правне и друштвене науке, 4/1925

Тасић Ђорђе, Права и дужности грађана, Шта је правна и демократска држава. Права у дужности грађана, Нови сад, 1925,

Тасић Ђорђе: „Увод у правне науке-енциклопедија права“, Едиција класици југословенског права, Службени лист СРЈ, Београд, 1995

Тасић Ђорђе: “Разлика субјективног јавног права и интереса- субјективни и објективни спор“, Архив за правне и друштвене науке, бр. 4/1932,

Тасић Ђорђе: „О природи интерпретативних закона“, Анали Правног факултета у Београду, 5/1920

Ђорђе Тасић, Увод у правне науке, друго издање, Београд, 1935,

A.Javier Trevino, Talcott Parsons on Law and Legal System, Cambridge Scholars Publishing, 2008,

А. А. Тилле: Время, пространство, закон. Действие советского закона во времени и пространстве. М., Издательство "Юридическая литература", Москва, 1965

Tridimas Takis: General Principles of EC Law, , Oxford, 1999

Ђорић Драгана: "Келзеново схватање демократије", Право теорија и пракса, 5-6/2009,

Ђорић Драгана: “Време у праву“, Издавачки центар Правног факултета у Новом Саду, 2007

Ђорић Драгана: Теорија стечених права Фердинанда Ласала, Free Law Journal, vol.2.Nr 3, 18July 2006

Устав ФНРЈ од 31.јануара 1946 године, Службени лист ФНРЈ,

Fiúza Ricardo, Thin Mária: "Vacatio legis", *Intelligentia Juridica*, № 23/ 2002

Jill E.Fisch, Retroactivity and Legal Change:An Equilibrium Approach, *Harvard Law Review*, 110/1996-1997, pp.267-290.

FRANCHINI CLAUDIO:EUROPEAN PRINCIPLES GOVERNING NATIONAL ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS 68 Law & Contemp. Probs. 183, dostupno na <http://www.law.duke.edu/journals/lcp/articles/lcp68dwinter2004p183.htm>

Фулер Лон: “Моралност права“, ЦИД, Подгорица, 2002

Шершеневич Г. Ф.: "Общая теория права", Том 2, Юридический Колледж МГУ, Москва, 1995,

Habermas Jürgen: „Three Normative Models of Democracy“, Constelations, Vol. 1. Nr. 1, April 1994

Hayek Friedrich August von: Put u ropstvo (Edicija sloboda izbora) , Global Book, Novi Sad, 1997

Харашевић Жаклина, Вилма Булат Пезељ: "Теорија права у часопису „Мјесечник“, 1875-1945. године“, Зборник Правног факултета у Сплиту, 3-4/2006

Hudson Manley O., "Advisory Opinions of National and International Courts," Harvard Law Reveiw, XXXVII (June, 1924), 970, 971

Holms Oliver Wendell: Theory of Legal Interpretation, Harward law review, Vol XII, 1899

Чејовић Бора: "Основни принципи кривичног законодавства Србије и Црне Горе", у зборнику: „Казнено законодавство: Прогресивна или регресивна рјешења“, XVII Семинар права, Будва 2005

Чубински Михаило, Научни и практични коментар Кривичног законика Краљевине Југославије, од 27 јануара 1929. године, изд. књиж. Геце Кона , 1930

Шершеневич Г.Ф.: Общая теория права, Том 2, Юридический колледж МГУ, Москва, 1995,

Л.С. явич: "Общая теория права", Издательство Ленинградского Университета, Ленинград, 196

Н.М. Юрашевич: Эволюция научного знания по проблеме права и времени, Правоведение, бр 2/2009

Whittington Keith E: Constitutional Interpretation, Textual meaning Original intent, and Judicial review, 39(1999).

David Wright, Rethinking the Doctrine of Legitimate Expectations in Canadian administrative Law, Osgood Hall Law Journal, vol 35 br 1, 1997

Walker Geoffrey de Q: The Rule of Law: Foundation of Constitutional
Democracy, Melbourn University Press, 1988, p.93

<http://www.autonomija.info/janko-kubinjec-kakav-ustav-treba-svakome.html>

<http://www.sudije.org.yu/Members/marko/resenjeussuda>

http://nesara.org/court_summaries/van_hornes_lessee_v_dorrance.htm

<http://www.constitution.org/ussc/003-386.htm>

<http://supreme.justia.com/us/27/627/case.html>

<http://comitatostudigeopolitici.wordpress.com/2009/05/06/>