

## SUDSKA PRAKSA KAO IZVOR PRAVA

**Milija Rašović**

In the first part of the paper, the author deals with the theoretical frame of the concept of case law as a legislative source. He further analyses different views of case law through diachrony. The author does not treat English law since the complexity of that topic surpasses the scope of this paper. Finally, the author attempts to analyse case law in the context of European-continental legal system.

*Sudske odluke otkrivaju iz dana u dan nove potrebe društva (...) otkrivanjem novih formula otkrivaju se i novi izvori prava, poput otkrivanja novih izvora svjetlosti<sup>1</sup>.*

Sudska praksa je ljudska djelatnost, koja je sadržinski kompleksan i jedinstven angažman sudija, koje posjeduju jedinstveno pravno obrazovanje i sudske pravne prakse. Tradicionalno se u domaćoj literaturi sudska praksa definiše kao primjena zakonskih propisa (koji čine korpus pravnih akata) i

---

<sup>1</sup> Ovo su riječi francuskoga ministra pravde kojima je pozdravio prisutne 1904. godine na proslavi stogodišnjice od donošenja francuskoga Građanskog zakona (Navedeno prema: Coudert, Frederic: *Certainty and Justice*, D. Appleton and Co, New York, 1913, 17).

donošenje odluka u skladu sa propisima. Stvaralački karakter sudskih odluka je u kontinentalnom pravnom sistemu već duži period zanemarivan i tretiran kao teorijska, ali ne i faktička izvornopravna mogućnost. Sociološki momenat koji je naznačen u tome da sudske odluke otkrivaju potrebe društva se opravdavao kroz tvrdnje da je sudski sistem morao biti uređen principima pravne nauke, i da izvor prava mora biti zakon. Ukoliko sudsku praksu podrazumijevamo samo kao *primjenu zakonskih propisa na konkretne slučajeve od strane sudova*<sup>2</sup>, onda ona ne posjeduje stvaralački karakter koji joj obezbjeđuje karakter izvora prava.

Priroda zakona je definisana prospektivno, ali je nemoguće negirati sociološke potrebe i promjene koje utiču na perspektivu zakonskih propisa. Pozicioniranje pravnog propisa kao uvijek-već-propisanoga za buduća djela je izrodilo odveć dobro poznat princip *nulla poena sine lege*. Ovim principom se obezbjeđuje zaštita od donošenja sudskih odluka u nedostatku zakona za konkretno opisan slučaj. *Nulla poena sine lege* je princip koji nam predočava još jedan značajan aspekt sudskoga angažmana, a to je da ukoliko se prepozna čin protivan opštem interesu koji nije definisan (regulisan) zakonom da se mora iznaći način za inicijativno pokretanje angažmana koji će zakonom nepredviđeni akt uokviriti u zakonski korpus. Ukoliko sudski angažman prepoznaje potrebu da se definiše novi propis koji će postati zakonom i to učini možemo govoriti o sudskoj praksi koja postaje izvorom prava.

Izvor prava je višesmislen termin koji samo jednim svojim dijelom podrazumijeva opšti pravni akt<sup>3</sup>. Izvor prava

---

<sup>2</sup> Vulićević, Vojislav: „Sudska praksa kao izvor prava“ u *Glasnik advokatske komore u AP Vojvodine*, god. XV, br. 7, Novi Sad, 1966, 7.

<sup>3</sup> Vidi: Košutić, Budimr P: *Uvod u jurisprudenciju*, CID, Podgorica, 2008, 155.

prvenstveno podrazumijeva materijalni, zatim vrijednosni, ali i formalni izvor prava. Materijalni izvor prava podrazumijeva društvenu činjenicu iz koje izvire pravo<sup>4</sup>, ali i prenošenje (materijalizaciju) određenog pravila u „snagu“ zakona (društvenog regulativa), koje podrazumijeva definisanje onih socioloških sredstava koja će omogućiti materijalni status prava<sup>5</sup>. Primarna distinkcija između izvora prava je dihotomna i podrazumijeva nasuprot materijalnome izvoru prava i formalni, mada je primjena ove podjele u praksi skoro pa nemoguća. Ovako dihotomno shvaćena izvornost prava kako se definiše u engleskoj jurisprudenciji<sup>6</sup>, uprkos primjeni u praksi, se održala u teorijskome pogledu do danas. Salmond materijalne izvore prava nadalje dijeli na istorijske i zakonske<sup>7</sup>. Nedostatke podjele izvora prava nam pokazuje i tvrdnja da je vrijednosni (idejni) izvor prava odijeljen od samog materijalnog izvora prava. Vrijednosni izvor prava podrazumijeva da iz društvene vrijednosti „izvire“ pravo odveć kao društvena činjenica i može biti i materijalni izvor prava. Nadalje, istorijski izvor prava kao materijalni izvor prava se ostvaruje kroz idejnu revidaciju i selekciju istorijskog izvora koji treba da postane društvena vrijednost. U literaturi vrijednosni izvor prava se takođe nalazi dihotomno određen uz silu kao izvor prava. Nasuprot vrijednosnome izvoru, gdje se sociološki prepoznaje afirmativni odnos prema izvoru prava, sa druge strane ondje gdje je taj odnos obojen neodobravanjem, govorimo o sili kao izvoru prava. Pravni poredak koji se temelji na nuždi, sili itd. nije

---

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> Up. Parry, Clive: *The Sources And Evidences of International Law*, Manchester University Press, Manchester, 1965, 1.

<sup>6</sup> Grant, John i Barker, Craig (ur.): *Encyclopedic Dictionary of International Law*, Oxford University Press, 2009, 369.

<sup>7</sup> Navedeno prema: Parry, Clive: op. cit.

vrijednosni izvor prava. Paradoksalno je da totalitarni politički režimi koji definišu vrijednosno izvor prava često zađu u suprotnost pa sila postane izvor prava. Treće značenje koje izvor prava podrazumijeva je formalno koje, kako smo već naveli, odgovara kao dihotomno određenje materijalnog izvoru prava. Formalni izvor prava podrazumijeva da je izvor prava opšti pravni akt i često se označava kao fundamentalni izvor prava. Fundamentalnost formalnoga izvora prava opravdavamo time što je opšti pravni akt zajedničko sredstvo izvornosti različitim pogledima na izvor prava, tj. opšti pravni akt je *sredstvo pomoću kojega se izražava materijalni i vrijednosni izvor prava*<sup>8</sup>. Sa stanovišta izvora prava, sudska praksa je posredno formalni izvor prava kao i precedenti<sup>9</sup>. Na precedent se prvenstveno gledalo kao na dokaz o postojanju izvora prava, zatim i kao na sami izvor prava<sup>10</sup>. Naime, ukoliko se pred sudom nađe spor koji nije definisan zakonom, nadležni državni organ ne smije odbiti rješavanje tog slučaja bez obzira što taj slučaj predstavlja pravnu prazninu. Pojedinačnim aktom koji se stvara za takav slučaj sudija ili drugo službeno lice rješava izvorno nastali spor i u tom pogledu nalazi se u sličnom položaju kao i tvorac opšteg pravnog akta<sup>11</sup>. Opisanim stvaranjem pravnog akta sudska praksa postaje izvor prava. Za problematiku sudske prakse kao izvora prava će upravo francuski *Grđanski zakon* biti okosnica koja će u kontinentalnom pravu pokrenuti preispitivanja tradicionalnih stavova o sudskoj praksi. Francuski pravni teoretičari će dovesti u sumnju tradicionalno gledište na sudsku praksu i negirati mehanicistički pogled na sudiju. Naime, oni

---

<sup>8</sup> Košutić, Budimir P.: op. cit.

<sup>9</sup> Up. Košutić, Budimir P.: op. cit., 159.

<sup>10</sup> Vidi: Parisi, F. i Depoorter, B.: „Legal precedents and judicial discretion“ u *Encyclopedia of public choice*, Kluwer, Amsterdam, 2003, 341–343.

<sup>11</sup> Vidi. Košutić, Budimir P.: op. cit., 160.

smatraju da definisanje sudske prakse zavisi od samoga opsega pojma izvora prava. Pogled francuskih teoretičara na izvor prava je širok i dodjeljuju mu opsežnost, pa tako shvaćen izvor prava *nesporno definiše sudsku praksu kao autonomni izvor prava*<sup>12</sup>. Sudska praksa ne može biti samo puko donošenje odluka, jer čak i taj proces podrazumijeva svjesni angažman sudija koji uključuje i tumačenje i prosuđivanje itd, već svaka sudska odluka otkriva sociološku situaciju i njen odnos sa pravnim sistemom. Sudska odluka otkriva izvore prava i u materijalnom i u formalnom i u vrijednosnom poimanju izvora prava, jer je sudska odluka svjedočanstvo postojanja prava. Francuski ministar pravde je metaforički poredi sa svjetlošću jer presuđivanjem (odlukom) rasvjetljava pojedine aspekte društvenih potreba za regulativom.

### *Sudska praksa kao izvor prava (teorijski okvir)*

Izvor prava, prateći tvrdnje Korbeta<sup>13</sup> koji je nastojao definisati izvore internacionalnog prava, možemo skicirati u odgovorima na pitanje uzroka nastajanja prava. Na ovo pitanje Korbet daje odgovor da je uzrok prava sociološke prirode. Naime, želja država da imaju međusobne odnose sa drugim državama, ali i da regulišu svoje unutrašnje stvari, sociološki je motivisana. Uzrok nastajanja („izviranja“) prava je formulisao i kao društveno neophodan čin, koji se vodi principom najviše moguće racionalnosti i jednoobraznosti. Nadalje, preispitujući izvor prava moramo odgovoriti na pitanje fundamentalnog činioca prava, jer bez fundamentalnog oblikovanja prava ono ne može ni nastati. Osnovu (fundament) zakona čini sistem i sistem

---

<sup>12</sup> Košutić, Budimir P.: op. cit., 185.

<sup>13</sup> Corbett: „The Consent of States and the Sources of the Law of Nations“, u *British Year Book of International Law*, VI, 1925, 29-30.

pravila (pravo) koji se realizuju kao društvena činjenica. Pojedini autori porijeklo zakona definišu samo kao izvor prava, ali se ovakvim gledištem negira stvaralačka priroda sudske prakse, osim ako je zakon donešen neposrednom sudskom praksom. Izvor prava se smatra najproblematičnijim pojmom u pravnoj terminologiji<sup>14</sup>. Većina autora u njemu vidi problematiku definisanja nastajanja prava i smatra da je njegovo jasno definisanje nemoguće u različitim pogledima na pravo *per se*. Izvor prava podrazumijeva razmatranje razloga za donošenje odluka ili sprovođenje radnji koje su činile polazište za novo zakonsko uokvirivanje, ali i njihovo zakonsko opravdavanje, uobličavanje i zakonsku osnovanost. Dijahronisti za odgonetanje pojma izvora prava tragaju kroz istoriju prava, te istorija kao takva sa svojim specifičnostima nudi odgovor na pitanje izvora prava. Izvor zakona ne smije se poistovjetiti sa izvorom prava, izvor zakona zavisno od vremena i sistema nije identičan izvoru prava, ali zakon može biti (i jeste) izvor prava, mada ne i jedini. Sinhronijski pogled na izvor prava traga za ovim odgovorom u vremenu razmatranja, ne služeći se nepostojećim sistemima i istorijom prava kao izvorom istraživanja. Sinhronijski pogled na izvor prava skicira sadašnje uzroke, razloge, poređenja, usklađivanja, izvora prava. Nekritički sinhronijski pogled na izvor prava se svodi na deskriptivni pogled koji ima za cilj samo da opiše nastalo pravo ali ne i da preispita uzroke njegovog nastajanja. Ovdje nam se otkriva pitanje kauzaliteta, koji su to vanpravni okviri koji se mogu dovesti u vezu sa samim izvorom prava. Odgovor na to pitanje je višestruko i vremenski obojen. Korbet i drugi teoretičari diferenciraju porijeklo i izvor prava – porijeklo prava je obojeno dijahronijskom problematikom i prepoznatljiv je kauzalni poredak u geneologiji prava. Izvor prava se može

---

<sup>14</sup> Up. Parry, Clive: op. cit., 2.

pratiti i kroz porijeklo prava, ali je izvor prava kompleksnije pitanje i ne podliježe isključivo vremenskoj determinaciji. Dokumenti i akti koji imaju djelovanje u okviru pravne regulative, tj. za posljedicu imaju uređenje i regulativu jednoga ili više fenomena društva su izvori ali i dokazi postojanja prava. Značaj ne samo sudske, već i cjelokupne pravne prakse, se ogleda i u tome što bi bez prakse svi pravni akti bili puko slovo na papiru. Bez primjene (dokazivanja da pravo postoji) nema ni potvrde pravnoga značaja, što većinskim dijelom sudsku praksu čini izvorom prava.

Sudska praksa je determinisana zakonskim propisima<sup>15</sup> i odvija se u okvirima zakonskih propisa. Praksa sudija je uvijek vezana za konkretne slučajeve (ne može se za buduće pretpostavke suditi<sup>16</sup>) i van institucija suda (danas) sudska praksa ne postoji, ali van zakonodavnih institucija, u užem smislu, postoje izvori prava. Donošenje zakona može biti dvojako vremenski određeno – naime, postoje pravni sistemi (anglosaksonski) koji nakon događaja definišu presudu sa obrazloženjem koja će se nadalje koristiti kao model sudskoga odlučivanja, ali u pravnim sistemima gdje zakon ima primat u definisanju izvora prava zakon se donosi unaprijed i odnosi se na događaje koji će se tek dogoditi<sup>17</sup>. U kontinentalnome pravu, uređeni tok odlučivanja o pitanjima prava je postao izvor prava. Nasuprot tome, u anglosaksonskom pravnom sistemu sudska odluka je oblik zakona<sup>18</sup>. Jedinstvena je vremenska odrednica prema problematičnom događaju u odlučivanju, ukoliko ne

---

<sup>15</sup> Zakonski propisi koje sudovi primjenjuju su zakoni i podzakonski akti (uredbe, naredbe, statuti, pravilnici, raspisi, uputstva, odluke, rješenja, ukazi itd).

<sup>16</sup> Sudija uvijek mora biti vođen principom *lex de futuro, iudex de preterito*.

<sup>17</sup> Vidi: Košutić, Budimir P.: op. cit., 183.

<sup>18</sup> Up. Pound, Roscoe: *An Introduction to the Philosophy of Law*, Yale University Press, London, 1922.

postoji zakon kojim se definiše određeni akt on se ne može ni primijeniti u sudskom odlučivanju, ali ni ukoliko ne postoji sudska odluka koja definiše način presuđivanja, a ne prepoznaje se potreba za donošenjem iste, ne može se prema njoj odrediti sudska odluka. Nadalje, može se uočiti da je danas veoma prisutna *zabrana retroaktivne primjene zakona* ponikla na istim načelima kao i opisano sudsko odnošenje prema slučajevima koji nijesu definisani zakonima, ukoliko se zakon i donese ne može se primjeniti na događaje koji su se dogodili prije donošenja. Nesumnjivo se uočava da je djelovanje zakona uvijek usmjereno prema budućim događajima, a da razloge svoga donošenja opravdava prošlim događajima, fundament zadobija zakonskim oblikovanjem, porijeklo razloga za donošenje zakona (odluka) može biti u sociološko-istorijskoj specifičnosti, ali i u nedostatnosti zakonskih propisa. U evropsko-kontinentalnom pravnom sistemu (grčko-romansko-germanskoj porodici prava) sudska presuda nema status pravnoga izvorišta, naime, ona obavezuje samo učesnike u sporu, presuda se odnosi samo na jedan opisani događaj ali ne i na druge događaje u budućnosti, zakon je taj koji je usmjeren na regulisanje događaja, a ne sudska odluka. Kako se sudska odluka tiče samo stranaka u sporu i jednog konkretnog slučaja, sudska odluka je dokaz postojanja zakona, a ne izvor prava. Obrazloženje je zajednički dio sudske odluke i u evropsko-kontinentalnom pravnom sistemu i u anglosaksonskom pravnom sistemu, ali su dejstva ovih odluka kao i obrazloženja drugačija. Naime, obrazloženje u odluci suda evropsko-kontinentalnog prava je obrazloženje primjene zakona na konkretni događaj i tumačenje zakona. Obrazloženje, sa druge strane, u anglosaksonskom pravnom sistemu nije pojašnjenje primjene zakona već obrazloženje sadrži upute za buduće odlučivanje ne samo za konkretni presuđeni događaj i učesnike spora, već i za druge slučajeve. Jasno se uviđa da sudska odluka



suda evropsko-kontinentalnog prava presuđujući problematičnu stvar donosi pravo isključivo između stranaka (*res iudicata ius facit inter partes*). Zbog ovakvoga pogleda na sudske odluke, kao rađanje prava koje nastaje presuđivanjem stvari isključivo između stranaka, su pozitivisti XIX vijeka presude uvijek lišavali normativne snage sa izuzetkom slučaja u kojem je donijeta<sup>19</sup>. Pravni sistemi ne samo da se razlikuju prema sudskoj praksi, već je njihov različit pogled na sudsku praksu uslovio različito definisanje izvora prava kao takvoga. Porijeklo prava je za oba pravna sistema jedinstveno, ono se traži u dijahronijskoj ravni pravne tradicije, skicira početak pravnog sistema, bilježi početke pojedinih pravnih praksi, ali pogled na izvor prava je uvijek obojen jednim specifičnim teorijskim pogledom. Jedno se sa sigurnošću može tvrditi – pravna zbilja generalizovano svjedoči sudsku praksu kao izvor prava, svaki stav koji negira ovo svjedočanstvo protivrječi ne samo mogućnostima sudske presude već i opsegu pojma „izvor prava“. Grčko-romansko-germanska porodica prava za osnovni izvor prava uzima zakon, dok *sudsku praksu definiše kao supsidijarni izvor prava*<sup>20</sup>, nasuprot tome u *anglosaksonskom pravu priznaje se mogućnost da određena sudska presuda bude izvor prava (sudski precedent)*<sup>21</sup>. Neophodno je istaći da karakteristiku sudskoga precedentu imaju i vremenom stiču sudske presude viših sudova anglosaksonskoga pravnoga sistema, za englesko pravo to su presude Višega suda pravde u Londonu koje definišu budući rad nižih sudova<sup>22</sup>. Da bi sudovi primjenjivali zakonske propise na

---

<sup>19</sup> Vidi: Košutić, Budimr P.: op. cit., 183.

<sup>20</sup> Vulićević, Vojislav: op. cit., 12.

<sup>21</sup> Košutić, Budimr P.: op. cit., 183.

<sup>22</sup> *Precedent podrazumijeva presudu viših sudova koja obavezuje i niže sudove da ubuduće donose istovjetne presude po uzoru na donijetu presudu višega suda.* (Ibid)

konkretne slučajeve (čime stvaraju sudsku praksu) u evropsko-kontinentalnim pravnim sistemima posežu za tumačenjem zakonskih propisa. Ovo tumačenje, kao i kvalitet tumačenja definiše kvalitet sudske prakse. Da to nije lak posao govori i to da sudije tumačeći zakone moraju pronaći zakonski propis koji odgovara konkretnom slučaju koji se rješava<sup>23</sup>. Kako je apstraktnost jedna od karakteristika zakona, a slučaj koji treba suditi konkretan, sličnosti i razlike koje se prepliću između slučajeva na posredan način čine sudiju sprovoditeljem i kreatorom prava. Sudija ne primjenjuje zakon samo formalno, niti mehaničkim čitanjem zakona pronalazi pravni osnov, već tumačenjem pronalazi pravnu volju zakonodavca (duh zakona), dakle stvaralački se odnosi prema datom slučaju. Nadalje, sudija ne može da primjeni nepostojeći zakon, ali takođe ne može ni da ne primjeni jedan zakonski propis ako isti postoji, jer bi time kršio zakonitost. Teorija evropskokontinentalnoga sistema prava priznaje sudsku praksu kao izvor prava samo kao ustaljenu sudsku praksu, tvrdi Vulićević<sup>24</sup>. Ustaljena sudska praksa stvara jedan sudski običaj, koji nije obavezujući za sudove, ali se sudije odnose prema ovom sudskom običaju kao prema praksi koju je potrebno primjenjivati. Ukoliko je nemoguće pronaći odgovarajući zakonski propis koji je primjenjiv na konkretan slučaj, a sa druge strane nema ni običajnoga prava, sudija treba da presudi kao zakonodavac. Ovim stavljanjem u ulogu zakonodavca sudija stvara novu sudsku praksu koja je izvor prava<sup>25</sup>. Osnovna logička operacija kojom se sudije evropskokontinentalnoga pravnoga sistema koriste je dedukcija, jer se uvijek deduktivnim putem od zakona koji su opšti donose konkretna rješenja, tj. presude.

---

<sup>23</sup> Vidi: Vulićević, Vojislav: op. cit., 8.

<sup>24</sup> Vidi: Vulićević, Vojislav: op. cit., 8.

<sup>25</sup> Vidi: Vulićević, Vojislav: op. cit., 9.

Kao što smo već naznačili razlike između anglosaksonškoga i evropskokontinentalnoga sistema prava se nalaze u sudskoj praksi kao i u karakteru same presude koju sud donosi. Naime, obrazloženje je centralni dio presude viših sudova anglosaksonškoga sistema. Obrazloženje nije vezano za zakonski akt već je opsežno, detaljno, nezaobilazno definisanje presude ali i uobličavanje buduće prakse nižih sudova. U obrazloženju se nalaze razlozi za izrečenu presudu, definisanje daljega postupanja nižih sudova, odluke koje nijesu samo obavezujuće za stranke u sporu već se opseg obaveznosti širi i ustaljuje. Obrazloženje, nadalje, definiše princip: *taj princip dat u obrazloženju presude predstavlja opštu pravnu normu nastalu toku rješavanja konkretnoga slučaja, a ne unaprijed donijetu od strane zakonodavca*<sup>26</sup>. Ovakav pogled na izvore prava i na sudsku presudu, je definisalo u engleskome pravu i srodnim pravnim sistemima centralni dio presude – *ratio decidendi* (razlog odluke), uz koji se propisuje obavezna norma *stare decisis* (pridržavati se već donijetih odluka i ne narušavati već riješeno pitanje). Za razliku od sudija iz evropskokontinentalnih sistema prava, sudije iz anglosaksonskih sistema do svojih odluka dolaze putem induktivnog rasuđivanja.<sup>27</sup> Uvažavanjem presuđenih slučajeva, kojom se u velikoj mjeri postiže izvjesnost sudske prakse, uvažava se i pravni stvaralački karakter sudija. Utemeljenost sudske prakse u zakonu je ne negira kao izvor prava, jer i presude viših sudova u anglosaksonskome sistemu prava moraju biti definisane zakonom, ukidanje precedenta nižih sudova je moguće samo poštovanjem propisa. Kontinentalni sistem prava kod tradicionalista za izvor prava isključivo ima zakon, mada se uviđa neodrživost takvoga stava, zakon jeste primarni izvor

<sup>26</sup> Košutić, Budimr P.: op. cit., 184.

<sup>27</sup> Ibid.

prava ali ne i jedini, značaj sudske prakse u ovome sistemu prava nije mali.

Cilj nam je preispitati kako se sudska praksa razvijala kroz dijahroniju, skicirati moguće izvore prava karakteristične za pojedine sisteme prava i pojedine pravne poretke u prošlosti. Načini postuliranja izvora prava kroz vrijeme su se nasljeđivali, preuzimali, preoblikovali, asimilovali ili zasebnim teorijskim pristupom na posve specifičan način mijenjali. Sudska praksa je nosila specifikum vremena u kojem se sprovodila, uzori ali i sociološke prilike su imali snažan uticaj na poglede na izvore prava ali i na samu sudsku praksu.

### *Sudska praksa kao izvor prava u Mesopotamiji i antici*

Neminovno se može tvrditi da je suđenje kao postupak (praksa) nastao ponicanjem prvih društvenih zajednica usljed potrebe da se regulišu odnosi u zajednici, da se održi mir, ali i da se riješe pojedini konflikti prvobitna zajednica je formirala suđenja koja su tada bila više sprovođenje određenih običaja, vjerovanja, navika. Prvobitne zajednice čiji svjetonazor obiluje mitološkim, legendarnim, iracionalnim je sudsku praksu često sprovodio kao čin prezentovanje volje bogova, prirode, duhova itd. U prvobitnoj zajednici vlada binarizacija koju je Klod Levi-Stros ponajbliže pojasnio istraživanjem primitivnih plemenskih zajednica. Binarizacija se sprovodila principom *šta se smije, a šta ne smije činiti*<sup>28</sup>. Tako su presude binarno određene na život ili smrt, a ova binarizacija se dalje sprovodi na osude na prokletstvo i progon. Najveća kazna suda primarne zajednice je smrt, ali i progon koji je bio jednak smrti. Prvobitne zajednice ne sude racionalitetom, pisanim zakonom koji je određen uzročnopsljudično već predanjem, objavom i ukazanjem.

---

<sup>28</sup> Jokić, Ljiljana: *Opšta istorija države i prava*, Obod, Podgorica, 1997, 16.

Konačna odluka, kad je starješine nijesu mogle donijeti, se prepuštala članovima zajednice koji su ostvarivali kontakt sa izvanrealnim. Ovakva praksa je nesvjesni čin, te se ne može smatrati svjesnim pogledom na izvor prava. S druge strane čitav život je regulisan običajima koje je sam život stvarao, i Ljiljana Jokić tvrdi da su ih *svjesnije poštovali nego što je to danas slučaj sa zakonima*<sup>29</sup>. Izvor prava kod starješine je bio oblikovan običajima prvobitne zajednice, te svaka zajednica sa svojim specifikumom definiše svoje običaje i u pojedinim međuljudskim odnosima, ali i u propisivanju kazne. Mitološko, proročko presuđivanje je oblik višega sudskoga čina, te se može reći da su hramovi prvobitnih zajednica bili kvazi viši sudovi.

Robovlasnički stari vijek je iz običaja razvio običajno pravo, a vladar (robovlasnik) se uključuje u sudski proces samo onda kada običajno pravo ne definiše određeni slučaj, običaj kao primarni izvor prava je daljim učvršćivanjem definisao i izvore običajnoga prava staroga vijeka. U sudskoj praksi koja je za osnovni izvor prava imala običajno pravo je vladao strogi formalizam koji je *podrazumijevao strogo utvrđen postupak uz izgovaranje strogo utvrđenih riječi*<sup>30</sup>. Nepoštovanje najmanjega aspekta propisane forme je imalo za posljedicu proglašenje ništavosti pravnoga posla. Oblici ponašanja koji su se kroz istoriju ponavljali i postajali svojevrsna karakteristika jedne zajednice pa zatim i običaj, vremenom se formulišu bez preispitivanja uzroka takvoga ponašanja jer je vladala svijest o obaveznosti ponavljanja obrazaca ponašanja iz prošlosti. Običajno pravo nije uvijek zapisano, jer je praksa uvijek bila usmena.

Izvori prava na Istoku su ili religijski ili laički zakonic, koji obiluju ili religijskim ili klasnim svjetonazorom. Sudski postupak u orijentalnim despotijama ne diferencira građanski i

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> Ibid.

krivični postupak, javna tužba ne postoji (osim ako su povrijeđeni interesi uprave). Brojna su iracionalna sredstva u dokaznome postupku i priznanje krivice (dobrovoljno ili iznuđeno) je bilo najvjerodostojniji dokaz. Naime, za praćenje razvoja misli o izvorima prava je važan *Hamurabijev zakonik* koji nam svjedoči da je vladar u Mesopotamiji kao i u ostalim orijentalnim despotijama, vrhovni sudija, zakonodavac, upravitelj. Tako da vladar čija je samovolja vremenom ograničavana pisanjem zakonika, zamjenjivan sljedećim izvorima prava: sudskom praksom, običajnim pravom, naredbama upravnih organa. Sudska praksa je prije predominacije zakona nad običajnim pravom bila bitan izvor prava, naime sudije su presuđivale slučajeve služeći se analogijom, kojom su obezbjeđivali pravnu istinitost presude. Vremenom razvojem i pisanjem zakona sudska praksa postaje izvor prava samo u slučajevima kada se nije moglo suditi prema običajnom pravu ili zakonu<sup>31</sup>.

*Hamurabijev zakonik* kao prezentni primjer starog zakonskoga oblikovanja i uređivanja jednoga klasnoga društva u svega par članova pominje postojanje sudija. Prvi član koji definiše smrtnu kaznu za lažno izvođenje pred sud drugoga, ili izvođenje drugoga pred sud bez dokaza<sup>32</sup> nam svjedoči o postojanju suda u Hamurabijevom vremenu. Nadalje, čl. 5 *Hamurabijevoga zakonika* nam svjedoči o postojanju propisa za odštetu ukoliko sudija pogriješi u odlučivanju. Ovaj član definiše dvanaestostruku kaznu, ali i javno istjerivanje sa sudijske stolice i nemogućnost sudije da se vrati svome pozivu. Postojanje sudijske stolice nam ukazuje da je vladar bio taj koji nije omogućavao odvajanje sudske i upravne vlasti, već da je sudija imao samo

---

<sup>31</sup> Ibid.

<sup>32</sup> Vidi: Višić, Marko (prir.): *Zakonici drevne Mesopotamije*, CID, Podgorica, 2003. Svi navedeni članovi iz Hamurabijevoga zakonika su navedeni prema Višićevom prevodu.

praksu koja podrazumijeva sprovođenje zakona donijetih od strane zakonodavca. Čl. 9 *Hamurabijevoga zakonika* nam svjedoči o postojanju svjedoka, kao i zakletve kao potvrde istinitosti iskaza svjedoka. Čl. 132 nam otkriva problematiku koju prepoznajemo i u prvobitnim sudskim institucijama, a to je pojam *božjega suda*, koji nejasno definisan upućuje da se *bacanje u vodu* koje je naznačeno kao kazna za preljubu može zamijeniti božjim sudom. Organizacija nije jasno definisana, sudija nema stvaralačku praksu već je samo sproveditelj zakonodavčeve volje na zemlji. Uprkos tome što se u *Hamurabijevom zakoniku* u nekim članovima definiše sud, nema bližih odredbi o organizaciji sudova kao i o njihovoj nadležnosti<sup>33</sup>. Suđenje je najvjerovatnije proisteklo iz prvobitnih zajednica, ali se teško može potvrditi njegov stvaralački karakter, štaviše lakše ga je negirati.

Sa druge strane antički sudovi i njihova tadašnja praksa je bila usko vezana za upravu<sup>34</sup>, Aristotel tvrdi da su antički sudovi bili osnovno regulativno sredstvo uprave<sup>35</sup>. U početku sudstvo nije bilo moguće odvojiti od uprave jer sudovi nemaju autonomiju kakvu danas poznajemo, niti je sud mogao postojati kao zasebno tijelo<sup>36</sup>. Naime, isti organ vlasti koji je vršio upravne funkcije je presuđivao u sporovima, jer se pogled na sudski angažman stapao sa pogledom na upravu. Upravljački angažman tadašnjih tijela je sudski angažman posmatrao kao upravni akt, sa druge strane svojim angažovanjem u sudskim procesima prezentovao sebe kao izvor vlasti, moći i prava.

---

<sup>33</sup> Vajs, Albert i Kandić, Ljubica: *Opšta istorija države i prava*, IPŠ „Savremena administracija“, Beograd, 1968, 42.

<sup>34</sup> Vidi: Aristotel: *Ustav atinski*, Plato, Beograd, 1997, 55.

<sup>35</sup> Ibid.

<sup>36</sup> Vajs, Albert i Kandić, Ljubica: op. cit., 41.

Broj članova u sudnicama Atine kretao se i do nekoliko stotina članova<sup>37</sup> koji su se nazivali *helieji*, a bili su svojevrsni porotnici i birali su se žrijebanjem<sup>38</sup>. Najviši sud u antičkoj Grčkoj se nazivao *Helieja*, a njegove presude su bile konačne. Atina je prva u svijetu ozbiljno utemeljila porotno suđenje, princip višestepenosti sudova, podređenost izvršnih organa vlasti skupštini i sudovima i čuveno pravilo *ne bis in idem*.<sup>39</sup> Drugi atinski sudovi su na početku imali pravo presuditi i smrtnu kaznu<sup>40</sup>, oglobiti i uhapsiti građane Atine, ali se vremenom njihova moć umanjivala i postavlja se obaveza da se iako je izrečena presuda (*tesmoteti*) ona mora ostaviti na razmatranje sudu i tek kad se izglasa navedena presuda ona će biti pravosnažna<sup>41</sup>. Ukida se i mogućnost suda da odbije suđenje građana nižih klasa koji su tužbom tražili globu za povredu prava od strane činovnika. Javne tužbe se predaju *Tesmotetima* koji će o njima odlučivati, dok će o privatnim slučajevima odlučivati lokalni sudija<sup>42</sup>. U Antičkoj Grčkoj se vremenom razvilo i pravilo preispitivanja osnovanosti tužbe, ali se ona može vratiti na ponovno preispitivanje većinom članova. Državni organi pokreću postupke samo od državnog interesa ili gdje je država direktno izložena opasnosti<sup>43</sup>, u ostalim

---

<sup>37</sup> Aristotel: op. cit., 60.

<sup>38</sup> Aristotel: op. cit., 82.

<sup>39</sup> Jokić, Ljiljana: op. cit., 66.

<sup>40</sup> Smrtna kazna je u Drakonovim zakonima česta, Solonovom reformom rezervisana samo za delikt ubistva, vremenom postaje rezervisana samo za delikte protiv države i religije.

<sup>41</sup> Ibid.

<sup>42</sup> Vidi: Monroe Harris, Edward i Rubinstein, Lene: *The Law and the Courts in Ancient Greece*, Gerald Duckworth and Co., London, 2004.

<sup>43</sup> Npr. u Atini država svojom inicijativom pokreće postupka protiv činioca javnoga delikta izdaje.



slučajevima postupak ne pokreće država već stranke koje traže od suda da presudi o datom slučaju. Demokratizacija sudskog aparata vremenom je u antičkoj Grčkoj dovela do jednog sociološkoga fenomena, jedne specifične sudostrasnosti. Prvenstveno Atinjani uvjereni u sud većine, su često tražili suđenja za koje i nije bilo čvrstog pravnoga osnova, ili su težili da i najmanji aspekt svoga života preispitaju na sudu.

Odluke antičkih sudova se prvobitno ne oslanjaju na zakon. Prvenstveno odredba kojom otpočinje proces počinje pozivom kralju da donese presudu (*dikazein*) ali i sudiji da odluči o sporu (*diagnōnai*). U vrijeme Antifona konačna presuda u slučaju ubistva je na odlučivanju ostavljena sudijama dok se vladarima postepeno ograničava nadležnost u presuđivanju. Prvenstveni sudski angažman je bio usmjeren samo u podnošenju prijedloga za pokretanje tužbe, a dalje odlučivanje je bilo vezano za vladarevo odlučivanje, dok se vremenom uobličava predominacija sudskog odlučivanja naspram vladarevih odluka<sup>44</sup>, što neće dovesti do konačne podijeljenosti upravne i sudske prakse. Od primarnoga sudskoga odlučivanja vladari u Antici postaju samo proglašivači odluke, tj. svojim proglašenjem daju i svjedočanstvo da i upravna vlast stoji iza presude suda. Ono što posebice čini antički sud jedinstvenim i razlikuje ga od drugih primarnih sudova jeste to što se od sudija nije očekivalo da mehanički uvezuju slučajeve sa odredbama. Poziv sudija na odlučivanje je obavezivao i obrazlaganje presude<sup>45</sup>, nuđenje jedinstvenoga tzv. automatskoga dokaza bez obrazlaganja i šire perspektive nije uzimano kao mogućnost za mehaničko donošenje presude. Za razliku od drugih tadašnjih pravnih praksi koje su propisane zakletve, svjedoke i sakletvenike uzimali kao dokaze od

---

<sup>44</sup> Carawan, Edwin: *Rhetoric and the Law of Draco*, Clarendon Press, Oxford, 1998, 49.

<sup>45</sup> Carawan, Edwin: op. cit., 24.

prvenstvenog značaja, antički sud je stavljao akcenat na zahtjeve zakona, garancije presude, a zakletva je opet kao pitanje časti razmatrana u skladu sa zahtjevima zakona. Religijusko, mitološko, običajno u zakletvama postepeno prestaje da bude motivisano metafizičkim strahom i postaje pitanje moralnosti. Strah od prokletstva, zamjenjuje se pitanjem časti i moralnosti pojedinca. Pojedini autori tvrde da se iz istorijske građe može zaključiti da je vremenom antički sud sve manje mario za materijalne dokaze koji im se podnesu i da vremenom diskurs suda biva jedini bitan aspekt, tj. sudije počinju suditi samo na osnovu datih izjava i prezentovane optužbe i odbrane u sudu<sup>46</sup>. Argument postaje izvor istinitosti i u pravnom diskursu, razlog za ovakvo gledište stoji u pogledu Starih Grka u samom zakonu koji je, sudeći prema Platonovom *Kratilu*, predstavljao apstraktni izvor autoriteta nezavisan čak i od božanskih odredbi i superioran u odnosu na trenutnu volju naroda.

Sudska praksa, koja je bila isključivo usmena trpjela je jednu specifičnu provizornost u tumačenju zakona od strane antičke elite. Tome na kraj staje Drakon koji tvoreći prvi po strogoći prepoznatljivi zakonik 621. godine p. n. e. u Antici stvara prvi pisani izvor prava. Strogi Drakonovi zakoni nam otkrivaju još jedan specifični fenomen sudske prakse. Naime, prestrogi zakoni rijetko zažive u praksi jer sudije odbijaju da ih primijeni pošto podrazumijevaju smrtnu presudu i za najmanji prestup. Ovakvo stanje, ali i stalna kontrola vijeća, koja se ogleda u praćenju rada sudija, su stvorili svojevrsnu reformatorsku težnju. Solonova reforma je ubrzo preoblikovala Drakonski zakonik, zadržavajući odrednice vezane za ubistvo. Solon je u preoblikovanju Drakonskoga zakonika omogućio svakome građaninu da zatraži sudsko odlučivanje.<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> Carawan, Edwin: op. cit., 25.

<sup>47</sup> Ibid.

Sumirajući opšte karakteristike antičke sudske prakse možemo uvidjeti sledeće specifičnosti. Ukoliko je vladar antičkih država vrhovni sudija, što mu omogućava jedinstvo upravnog i sudskoga tijela države, to ga je ujedno činilo i zakonodavcem i sudijom. Vrhovni sudija (vladar) prije ustanovljavanja pisanih zakona je mogao da uobliči sudske odluke prema svojoj volji. Antički vladar je izvor i zakona i prava, a njegova upravna praksa nerazdvojena od sudske ga čini centralnom tačkom koja nam pojašnjava da je izvor prava njegova praksa. *Hamurabijev* pogled je sličan, on je zakonodavac koji predstavlja oličenje Boga (koji je „zakonodavac na nebu“), pa samim tim i izvor (zakona), tj. prava, samo što on sudsku praksu ne sprovodi direktno, ili makar o tome nemamo svjedočanstva. Višestepenost sudova je veoma stara tradicija, i negdje se javlja ranije negdje kasnije, ali potreba za ovakvim uređenjem sudova je očigledna jer čak i Stari Istok uređuje svoje sudove na niže i više<sup>48</sup>. Vrhovni sudija (vladar) je uzimao učešće u odlučivanju, ali i u određivanju nadležnosti svih sudova, često mijenjajući i/ili poništavajući sudske presude, oblikujući ih po volji upravnika zemlje. Vrhovni sudija vrši i formiranje posebnih sudova ali i izriče pomilovanja. O pravnoj volji kao volji koja treba da proizilazi iz presuda ne možemo govoriti jer sudska procedura ali i sudski postupci nijesu izdiferencirani. U današnje vrijeme kada pravo karakteriše izdiferencirani sudski postupak govorimo o induktivnom i deduktivnom putu u donošenju odluka, u antičko vrijeme govorimo o analogiji. Moderno pravo prepoznaje značaj blaže kazne i popravljivanja, *Hamurabijev zakonik* karakteriše princip *oko za oko, zub za zub*<sup>49</sup>, *Drakonov zakonik* za sve prestupe propisuje jedinstvenu kaznu (strogu kaznu). Akcenat je na analogiji, da se ostvari nadomješćivanje izgubljene stvari

---

<sup>48</sup> Up. Vajs, Albert i Kandić, Ljubica: op. cit., 42.

<sup>49</sup> Vidi čl. 196 *Hamurabijevog zakonika* (Višić, Marko (prir.): op. cit.)

gubitkom stvari kod okrivljenoga, i da se strahom sankcioniše svaka moguća želja za prestupom. Prvenstveno se u ulozi sudije mogao naći sveštenik. Kako opada značaj mitološkoga u sudskoj praksi, tako se nastoji racionalizovati sudski postupak, ali i razvojem aparata vlasti sveštenici gube ovu društvenu funkciju. Dodjela sudske pozicije svešteniku je postala sinonim za nerazvijeni državni aparat vlasti i vremenom se prvenstveno razvijaju teritorijalni sudovi<sup>50</sup> ali i kolegijalni sudovi koji su dominantna karakteristika antičkih sudova. Inokosni sudovi su fenomen koji se javlja i na istoku i na zapadu u antičko vrijeme, iako se zborni sudovi mogu vidjeti kao princip želje da se umanjí mogućnost pogrešne presude, primarni uzrok je više praktičan i ogleda se u religijskom pogledu na sud. Želja da se vijećem uspostavi autoritativni poredak suda, da se praksa u presuđenim stvarima analogizuje i da se demantuje princip *jedno mišljenje kao nijedno*. Ukoliko je stvar o kojoj se sudi veoma bitna, a pred sudom su se vremenom nalazili i činovnici, da bi sudska presuda imala značaja potrebno je bilo zaobići moguće negiranje presude argumentom *jedan kao nijedan*. Ovaj princip je važio i za sakletvenike i svjedoke, pa je veoma prisutan u praksi tadašnjih sudova. Iako će religijski svjetonazor ostati dominantan duže vrijeme u antici na različitim prostorima, sudstvo se brže razvija na mjestima gdje nema despotije bez obzira na prisustvo religijskoga. Organizacija sudova je moguća i bez jasnog teritorijalnoga pozicioniranja, tako da se razvijaju i putujući sudovi koji putuju direktno na mjesto gdje je potrebno suditi, a tamo ne postoji utvrđen teritorijalni sud. Teritorijalni sudovi su bili pod direktnim uticajem upravne vlasti i teško su mogli pristupiti izmjeni ili promjeni sudske volje vladara, dok su putujući sudovi svojim angažmanom bili lako potkupljivi, i često

---

<sup>50</sup> Vremenom se razvila i mogućnost da se protiv većine presuda nižih teritorijalnih sudova uloži žalba višem sudu.

su donosili odluke koje se nijesu ni morale sprovesti, osim ako se radi o velikim upravnim pitanjima. U Staroj Grčkoj ali i u Mesopotamiji, pravo je po svom karakteru isključivo klasno<sup>51</sup>, što se najbolje prepoznaje u praksi inokosnih sudova<sup>52</sup>. Razlozi za ovu tvrdnju su brojni, najupečatljiviji su kriterijum za odabir sudija ali i potreba za Drakonovom reformom. Pripadnici viših društvenih klasa uvijek bivaju birani za sudije, na početku svaku tužbu koja dolazi od pripadnika niže klase a stavlja nekoga činovnika na mjesto optuženoga odbacuju bez dalje rasprave. Razlozi za Drakonovu reformu se ogledaju u potrebi da se ukine elitistički pravni poredak koji je primarni uzrok klasnoga karaktera grčkoga prava. Osim što je sudski postupak klasno određen, njega karakteriše i usmenost koja je primarno uslovlila pojavu besjednika u službi advokata, jer kao što smo već naveli u jednom periodu antičke sudove u donošenju odluka usmjeravaju samo izjave i načini na koji su one prezentovane, gdje se ogleda veliki značaj retoričkim umijeća. Sudski postupak je javan, što je uslovljeno strukturom tadašnjih sudova, ali i potrebom da se obezbijedi dokaz moći primarno vladara a onda i zakona (koji je nepisani). Poslije Drakonove reforme se uviđa potreba za razvojem raznih pismenih saopštenja, tako da podnesci, presude i odluke vremenom postaju pisani. Neophodno je napomenuti da razvojem pisanja podnesaka sudu, sud izričito zabranjuje upotrebu istih u samom sudskome postupku jer je smatrao da podnosilac podneska mora znati sadržaj podneska<sup>53</sup>. Ovim se obezbijevala i prividna ravnopravnost između pismenih i nepismenih. Javni delikti koji su se tretirali

---

<sup>51</sup> Up. Vajs, Albert i Kandić, Ljubica: op. cit., 42.

<sup>52</sup> Naime, u inokosnim sudovima zasijedaju uvijek najbogatiji pripadnici više klase. Vremenom i reformama se ovaj elitistički oblik sudova mijenja i preoblikuje.

<sup>53</sup> Up. Monroe Harris, Edward i Rubinstein, Lene: op. cit., 84.

pokretanjem postupka od strane države su uglavnom za Stare Grke oni koji su usmjereni protiv dva najznačajnija konstituenta njihove stvarnosti, religije i države. Ostali delikti (pogotovo imovinski) su se tretirali pojedinačnim pokretanjem postupka od strane (obično) oštećene stranke, i za njih se propisivala *atimija*<sup>54</sup>. Razvojem se primarno nerazlikovanje krivičnoga i građanskoga postupka počinje prepoznavati i to kada postupak postaje pisani, kada se sredstva racionalizuju, i kada dođe do detaljnog utvrđenja procedure. U državama Stare Grčke sudstvo (time i pravo) se razvijalo simultano sa ekonomskim razvojem i izraz je potrebe da se uredi trgovački odnosi, ali i da se zaštiti stečeno bogatstvo što je bio osnovni sociološki motiv koji je podsticao razvoj prava. Reprezentni primjer takvog usklađenoga razvoja ekonomije i prava je Sparta, a direktan pravni napredak vezan za ekonomski se ogleda u definisanim zakonima o razmjeni dobara. Važno je napomenuti da je razvoj razmjene dobara smanjio strogost u formalnostima prilikom podnošenja tužbi<sup>55</sup>. Sa druge strane, pogledi na pojedine prestupe su se sa ekonomskim razvojem mijenjali tako da se u Sparti, koja doživljava ekonomski razvoj, na krađu nije gledalo kao na naročiti delikt nego više kao na nepoželjno ponašanje koje ponekad nije ni kažnjavano<sup>56</sup>. Albert Vajs i Ljubica Kandić na ovakav pogled na delikt krađe gledaju kao na nerazvijenost krivičnoga prava u Sparti, dok drugi autori smatraju da su sredstva dokazivanja u krađi uglavnom iracionalna. Najlogičniji stav koji je pažnji pravnih teoretičara često izmicao je svjedočanstvo Plutarha da je *igra krađe* bila sastavni dio vaspitanja mladih Spartanaca<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> *Atimija* je kazna kojom su se gubila građanska prava. Ovom kaznom se sprovodilo i sociološko izopštavanje i izolacija prestupnika.

<sup>55</sup> Vajs, Albert i Kandić, Ljubica: op. cit., 54.

<sup>56</sup> Up. Vajs, Albert i Kandić, Ljubica: op. cit., 51.

<sup>57</sup> Navedeno prema: H. Michell: *Sparta*, Cambridge University Press, London, 1964, 175.

Naime specifičnost spartanskoga vaspitanja je spremnost za ratne pohode, te da bi se mladi Spartanci osposobili za preživljavanje morali su ovladati vještinom pronalaženja (pa i krađe) hrane. Iracionalna dokazna sredstva korišćena u suđenju za delikt krađe su bile masovne zakletve. Naime, ukoliko i dođe do toga da se neko od Spartanaca izvede pred sud zbog krađe, braća po oružju bi se odmah kao ugledni građani našli na mjestu sakletvenika<sup>58</sup> koji bi tvrdili suprotno. U antici su prisutna i racionalna i iracionalna sredstva kojima se potvrđuje vjerodostojnost iskaza. Iako diferencijacija dokaznih sredstava nije posve jasna, a racionalna sredstva prvenstveno bivaju manjeg značaja a potom im se daje primat, za iracionalnim sredstvima se češće posezalo u praksi. Iako u konačnici iracionalna sredstva postaju dokaznim sredstvima samo kad racionalnih (pisanih isprava, priznanja) nema ili je njihova vjerodostojnost upitna postoje faktori koji utiču na dokazna sredstva. Naime na iracionalna dokazna sredstva (božiji sudovi, sudski dvoboji, zakletve) utiču i religijski i sociološki faktori. Božiji sudovi su sprovedeni zbog dominantne religijske svijesti koju smo prethodno skicirali. *Sudski dvoboji su jedna vrsta božjeg suda, gdje se smatralo da će nevinou strani pomoći Bog*<sup>59</sup>. Zakletva kao iracionalno dokazno sredstvo u Starou Grčkoj se veoma cijenila, i sa današnje tačke gledišta iako je u potpunosti iracionalna za Grke je bila odveć racionalno sredstvo da se potvrdi vjerodostojnost iskaza (potvrda vjerodostojnosti se ponekad sprovodila i na neke posve neugodne načine npr. hvatanjem usijanog željeza). Zakletvu je pratio strah od prokletstva koje se moglo navući na sebe davanjem lažnoga

---

<sup>58</sup> *Sakletvenici nijesu bili svjedoci nego su svojim iskazom potvrđivali iskaz strane na koju su se zakleli. Brojnost, pripadnost društvenou klasi su bili bitni faktori za sudijskou odlučivanje.* (Vajs, Albert i Kandić, Ljubica: op. cit., 42)

<sup>59</sup> Vidi: Vajs, Albert i Kandić, Ljubica: op. cit., 42.

iskaza i zakletve. Zaključujemo da su sva iracionalna sredstva bila uokvirena jednim religijskim pogledom na svijet. Zakletva je značajna i za same sudije koji su prilikom preuzimanja svojih obaveza takođe polagale zakletvu da će časno obavljati svoj posao. Strah od onostranoga je osnovni mjerodavni faktor istinitosti iskaza.

Iako do potpunog odvajanja sudstva od uprave nije došlo, sudijske funkcije se u priličnoj mjeri odvajaju od upravnih, diferencira se institucija tužbe (*dike*). Atinsko pravo prepoznaje tužbe građanskopravnih poslova i krivične tužbe definisane krivičnim djelom. Tužbe su imale preciznu, određenu i obavezu formu, te ako nije bilo određene forme tužbe postupak nije bilo moguće pokrenuti<sup>60</sup> što je bio uzrok da se vremenom broj i vrste tužbi (*dike*) povećava a da se njihova rigidnost u formalnostima smanjuje. Tužbom se po pravilu tražila odšteta, i morala je biti podnijeta isključivo od strane zainteresovanih stranaka ili njihovih pravnih nasljednika<sup>61</sup>. Slabljenjem uticaja članova sudova, ali i reformama, razvijaju se i *grafe*<sup>62</sup> koje su predstavljale tužbu sa elementima javne tužbe. Grafe je mogao podnijeti bilo koji građanin bez obzira što ne predstavlja zaštitu njegovoga ličnoga interesa i *nijesu podlijegala vremenskim ograničenjima*<sup>63</sup>, tj. rokovima. *Grafe* za razliku od *dike* nema za posljedicu plaćanje odštete već kažnjavanje krivca. Elementi koji su *grafe* činili javnom su obavezivali sudije da ospore mogućnost da se *grafe* povuče, jer je rješavala stvar od javnoga značaja<sup>64</sup>. *Većina*

---

<sup>60</sup> Vidi: Vajs, Albert i Kandić, Ljubica: op. cit., 54.

<sup>61</sup> Ibid.

<sup>62</sup> *Grafe* se podnose u slučaju: neplaćanja poreza, nesavjesnog starateljstva, nezakonitog i nesavjesnog korišćenja državne imovine itd.

<sup>63</sup> Cohen, Edward E.: *Ancient Athenian Maritime Courts*, The Lawbook Exchange, Clark, 2005, 185.

<sup>64</sup> Ibid.



*klasifikacija tretira grafe kao tesmotete, a ne dike*<sup>65</sup>. Za razliku od primarnoga stanja kada je država pokretala javni postupak samoinicijativno, sada država pokreće javnu tužbu i na inicijativu građana, a u slučaju da se dokaže da optuženi nije kriv troškove postupka bi snosila država<sup>66</sup>. Kako država prepoznaje značaj tužbe *grafe* za osnovane tužbe dodjeljuje nagradu, te se u Atini pojavljuju prvi začeci advokature iako angažman nije bio u potpunosti profesionalan. Pokloni advokatima nijesu zabranjivani, a i svaki građanin koji pretenduje na javne funkcije je takvim angažmanom podizao svoju popularnost i ugled<sup>67</sup>. Sa druge strane se pojavljuju i profesionalni denuncijanti koji su tragajući za glasinama i dokazima za podnošenje *grafe* živjeli od nagrade koja im je sljedovala. *Grafe* na početku nije bilo moguće podnijeti protiv bilo kojega pojedinca, tek Solonovim reformama *grafe* postaje tužba koju je moguće podnijeti protiv svakoga pojedinca koji radi protivno javnom interesu<sup>68</sup>, pa se nadalje njen opseg sve više i više širi.

U formiranju sudskih postupaka prepoznajemo dominantan uticaj mitološkoga i religioznoga pogleda na svijet, koji je direktno uticao na oblikovanje sudske prakse. Sudska praksa u antičkoj Grčkoj je imala podjednak značaj kao i običajno pravo koje u odnosu na zakonske akte i zakone ima veći značaj. Kako običajno pravo uzima primat, jer zakon nije konkretizovana forma po kojoj se sudi nego apstraktni pojam i univezalizovan princip, sudska praksa postaje izvorom prava paralelno sa običajnim pravom. Akti upravne vlasti koji nastaju iz

---

<sup>65</sup> Ibid.

<sup>66</sup> Vidi: Vajs, Albert i Kandić, Ljubica: op. cit., 54.

<sup>67</sup> Vidi: Vajs, Albert i Kandić, Ljubica: op. cit., 55.

<sup>68</sup> Paul Cartledge et al.: *Nomos: Essays in Athenian Law, Politics and Society*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990, 124.

običajnoga prava skupa sa sudskom praksom su osnovni izvori prava u grčkim robovlasničkim državama<sup>69</sup>. Vremenom u poznoj antici, značaj sudske prakse i akata upravne vlasti sve više slabi, a običajno pravo ostaje dosljedni izvor prava. Ovo je imalo za posljedicu uspostavljanje jedne u razvoju pravnoga sistema Evrope, kontinentalno pravo će primat zakona kao izvora prava potvrditi i svojim kasnijim razvojem.

### *Sudska praksa kao izvor prava u Rimu*

Rimska sudska praksa prepoznaje primarno primjenu običaja (koji vremenom prerastaju u običajno pravo) kao osnovnog izvora prava. Običaji se prenose vremenom i primjenjuju kao osnov za presuđivanje u slučajevima<sup>70</sup>. Neminovno se može uvidjeti da je rimsko pravo trpjelo uticaje helenske kulture. Iako se razvijaju na različitim osnovama i sa drugačijim odrednicama jasno se mogu sagledati njihovi međusobni uticaji. Kada rimsko pravo preuzima razvojni primat ono vrši uticaj na helensko pravo, ali se zato mogu skicirati i posljedice helenizacije rimskoga prava<sup>71</sup>. Fedor Taranovski<sup>72</sup> je bio pri ubjeđenju da je sam izraz *izvor prava* potekao od Tita Livija koji je *Zakon dvanaest tablica* nazvao *izvor cjelokupnog javnog i privatnoga prava*<sup>73</sup>. Naime, Rimljani za razliku od Starih Grka ne nastoje reformama koje podrazumijevaju ukidanje starih zakona i donošenje novih definisati cjelokupni pravni sistem. Rimljani se

---

<sup>69</sup> Vajs, Albert i Kandić, Ljubica: op. cit., 51.

<sup>70</sup> Stein, Peter: *Roman Law in European History*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, 3.

<sup>71</sup> Vidi: Jokić, Ljiljana: op. cit., 68.

<sup>72</sup> Vidi: Taranovski, Fedor: *Enciklopedija prava*, Gece Kona, Beograd, 1923.

<sup>73</sup> Košutić, Budimir P.: op. cit., 160.

*napisanoga* (staroga) zakona drže bez ustupka, tretirajući ga kao osnovno sredstvo prava. Zakon je osnovni izvor prava u Rimu, i njegova autonomija i uslovna nesmjjenjivost je tolika da se stvaralački prema već donešenom zakonu može odnositi samo pojašnjavanjem i objašnjavanjem šta je to *ius*<sup>74</sup>. Država je pasivna u odlučujućim fazama postupka<sup>75</sup>, ona se pita samo za formu, istu ustanovljava, pojašnjava i definiše mogućnosti vođenja spora<sup>76</sup>. Republikansko uređenje je dovelo do jačanja liberalističkog shvatanja države u Rimu, što je za posljedicu imalo da se upravni i sudski postupci prepuste publikantima i starješinama. Liberalizacija prava tokom perioda republike velikim dijelom je progresivno ograničenje *ius civilea* i produžetak *ius gentiuma*<sup>77</sup>. Rimskome pravu ne izmiče iracionalna osnovanost u vjerodostojnost zakona, u porijeklo istoga, sa jednim pomjeranjem sa mitološkoga na legendarno<sup>78</sup>. Legenda obavlja i nastanak samoga izvora cjelokupnog javnog i privatnoga prava, tj. *Zakona dvanaest tablica*. Čak i poimanje kralja, kao vladara (upravika) države je legendarno shvaćeno, jer vladari *više vole da ih nazivaju kraljevima-imenom koje pripada Jupiteru Najboljem*<sup>79</sup>.

Narodno nasljeđe Rimljana je sačinjavao fundament nepisanih pravila (običaja), koji su bili izvor prava u tek nastalom nemonarhičnom Rimu. Običajno pravo je determinisano građanskom pripadnošću; tj. moglo se primjenjivati isključivo na građane Rima. Primarno rimsko sudstvo preuzima tradiciju

<sup>74</sup> Stein, Peter: op. cit., 4.

<sup>75</sup> Dovođenje prestupnika na sud i izvršenja.

<sup>76</sup> Vidi: Stanojević, Obrad: op. cit., 196

<sup>77</sup> Hadley, James: *Introduction to Roman Law*, D. Appleton and Co., New York, 1902, 78.

<sup>78</sup> Up. Ciceron: *Država*, Plato, Beograd, 2002, 99.

<sup>79</sup> Ciceron: op. cit., 99.

podjele sudova na niže i više, vrhovno sudstvo je umiješano u rad nižih sudova onda kada se nije mogla donijeti sudska presuda na osnovu ustaljenih pravila i praksi. U Rimu vlada sudski elitizam, dvočlana struktura građana je uslovila da se samo patricijama može povjeriti praksa odlučivanja. Helenizacija rimskoga prava se ogleda i u odlučujućem postupku Rimljana da 451. godine svoje običajno pravo zapišu, oblikovanje u pisanu formu je sprovedeno po ugledu na Solonovu reformu<sup>80</sup>. *Zakon dvanaest tablica* je nastao 451. godine i predstavljao je jedan posve specifičan demokratski čin. Naime, zapisivači ovog zakonika su ga prezentovali narodu koji ga je odobrio. Donosilac prvog zakonika nije vladar (kralj)<sup>81</sup> već običaj i slobodna narodna volja<sup>82</sup>. Dvanaest tablica označava početak rimskog prava, kakvo danas poznajemo, a njegove odredbe su obuhvatale sve oblasti prava, uključujući i javni zakon kao i sakralne zakone.

Kako je procedura donošenja novih propisa bila glomazna, oni se nijesu olako mijenjali i donosili već se nastojalo da se pretorovim angažmanom nadomjesti eventualno nepostojanje propisa za određeni slučaj. Pretori nijesu bili u pravom smislu zakonodavci, jer su njihova primarna zaduženja bila sprovođenje *ius civilea* i *ius gentiuma*. Međutim, preko pretorskih edikata se reguliše primjena *iusa*. Norme, kao i akcije nijesu su se mogle ukinuti, ali su se moglo zabraniti, ili im se mogla promijeniti forma. Edikti su se, ipak, najčešće koristili za popunjavanje pravnih praznina. Naime, *ukoliko iz izlaganja stranaka pretor zaključí da za sporni slučaj ne postoji*

---

<sup>80</sup> Stein, Peter: op. cit., 3.

<sup>81</sup> Jer, *Svi oni u čijoj ruci leži vlast nad i životom i smrću naroda predstavljaju tirane.* (Ciceron: op. cit., 99).

<sup>82</sup> Jer, *Kada narod zadobije najveću moć i kada svime upravlja po svojemuhodnjenju, to se naziva slobodom.* (Ibid.)

*odgovarajuća tužba u ediktu*<sup>83</sup>, a stvaranje neopravdane *ad hoc* nove tužbe bi pretorov autoritet dovelo u pitanje kao i postojanje tužiočevog prava, pretor je morao na osnovu ustaljenih praksi iznalaziti rješenje za novonastalu situaciju. Tehnički, pretor nije mogao da mijenja zakon, ali je on kontrolisao pravne sudove, i mogao je postaviti u svom ediktu da u situacijama kada građansko pravo propisuje *actio*, on isti i zabrani ili obrnuto, u situaciji kada ne postoji *actio* on bi oblikovao neki pravni lijek<sup>84</sup>. Od fundamentalnog značaja su bili edikti magistrata. Svi viši magistrati su izdavali edikte, u sferi svoje kompetentnosti, u kojima su označavali kako su zamislili svoje dužnosti. Za nas su najbitniji edikti od gradskog pretora i peregrinskog pretora. Značaj edikta je bio neprocjenjiv, jer je uticao na sve grane privatnoga prava, a u nekim (nasljedno pravo) je bio odgovoran za razvoj samog zakona<sup>85</sup>. Mandat pretora je trajao godinu dana i njegov edikt nije obavezivao sljedbenika. Najčešće bi sljedeći pretor preuzeo pravila svog prethodnika ukoliko su se u praksi pokazala kao dobra, ispravio bi njihove nedostatke i dopunio ih<sup>86</sup>. Kriterijum kojim se pretor rukovodi prilikom stvaranja edikta je načelo pravičnosti (*aequitas*) što će dovesti do sve većega uvažavanja načela *bona fidesa*. Stranke oslanjajući se na *bona fides* sve češće sklapaju poslove ne poštujući formu. Porastom ovakve prakse raste i potreba za pravnom zaštitom koju pruža pretor. *Bez formalnog suprotstavljanja starim zakonima, pretor je često mijenjao i poništavao djelovanje zakona*<sup>87</sup>. Ukoliko

<sup>83</sup> Bujuklić, Žika: *Rimsko privatno pravo*, CII Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2011, 195

<sup>84</sup> Vidi: Watson, Alan: *Roman Law & Comparative Law*, The University of Georgia Press, London, 1991, 19.

<sup>85</sup> Vidi: Watson, Alan: op. cit., 19.

<sup>86</sup> Up. Hadley, James: op. cit., 60.

<sup>87</sup> Hadley, James: op. cit., 78.

stranke pred pretorom opravdaju svoje razloge za pokretanje procesa koji nije unaprijed definisan nekim propisom, on će iznaći način i ustanoviti postupak da bi se zadovoljila potreba za rješavanjem propisom neopisanoga slučaja<sup>88</sup>. Pretor je morao *da se snalazi, tj. da nalazi način da im da pravo na tužbu, tako je od zastarelog ius civilea stvarao nove mogućnosti za vođenje sporova, zato se kaže da se rimsko pravo razvijalo putem postupka, da u njemu actio stvara obligatio*<sup>89</sup>. Pretorski angažman koji je bio usmjeren na iznalaženje načina da se postupa u slučajevima koji nijesu definisani prethodnim propisima može smatrati jednim specifičnim izvorom prava. Pojedine prakse, kao i pretorova praksa, su stvarale pojedine prvobitne pravne institucije, pa se sa razlogom tvrdi da su u Rimu neki instituti stvarnog prava prvenstveno nastali u praksi. Sextus Pomponius u svom kratkom pregledu istorije rimskoga prava tvrdi da *Zakon dvanaest tablica* predstavlja osnovni izvor znanja o rimskome pravu, posebno o formama i procedurama, tj. o *legis actiones*. Usmene procedure nemaju imena, dok za pisane imaju određenu formulu i uvijek su imenovane, svaki podnesak je uobličen prema tzv. *legis actionesu*<sup>90</sup>. *Legis actiones* se uvijek odnosio na rimske građane, ukoliko se neki stranac nađe pred rimskim sudom pretor bi odluke vezane za strance prepuštao arbitru na odlučivanje<sup>91</sup>. Presuda (*sententia*) može biti ili oslobađajuća ili optužujuća.

---

<sup>88</sup> Npr. Ukoliko je testament vjerodostojan, ali nije sačinjen poštujući formu, pretor je dozvoljavao imenovanom nasljedniku da dobije imovinu, ali ne kao nasljednik već kao faktički držalac stvari, što donosi ista prava kao da je nasljednik. (Vidi: Hadley, James: op. cit., 78.)

<sup>89</sup> Stanojević, Obrad: op. cit., 198.

<sup>90</sup> Hunter, William: *Introduction to Roman Law*, William Maxwell and Son, London, 1887, 178-179.

<sup>91</sup> Hunter, William: op. cit., 181.

U rimskom pravu ne postoji generalna tužba, vlada jedan strogi formalizam i tužbe su nominalno (imenom) određene. Tužbe u Rimu nijesu mogle biti univerzalne i anonimne. Tužbe su dobijale ime ili po stvarima (npr. u svojinskome sporu *rei vindicatio*), ili po određenom postupku (*manus iniectio*).<sup>92</sup> Slučaj za koji nije predviđena tužba (nije definisana zakonom) ne može se pojaviti pred sudom, što je protivno Celzovoj tvrdnji da je tužba *mogućnost da putem suda zahtijevamo ono pravo koje nam pripada*<sup>93</sup>. Formalizam koji vlada u Rimu zakonodavcu je predviđao samo primjenu već postojećih zakona i formula tužbi, teško su se donosili novi zakoni i formule za tužbe, ali se vremenom i to mijenja. Osnovni izvor prava za Rimljane je zakon kao takav, preciznije znanje o zakonu (ili tužbi) koja bi omogućila traženje prava pred sudom. Osnovna podjela tužbi je na: *actiones in rem*<sup>94</sup>, *actiones in personam*<sup>95</sup>. *Actiones* (tužbe) su takođe izdiferencirane prema svome nastanku tako da *actiones civiles*<sup>96</sup> su tužbe koje su predviđene u Zakonu dvanaest tablica, a *actiones honorariae*<sup>97</sup> su tužbe koje su nastale radom pretora. Sa druge strane, postoje i druge vrste grupisanja, npr. *actiones utiles* su civilne tužbe čiju je primjenu pretor proširio i na druge slične slučajeve *iz razloga*

---

<sup>92</sup> Stanojević, Obrad: op. cit.,197.

<sup>93</sup> Ibid.

<sup>94</sup> *Actiones in rem* štiti neko apsolutno pravo (stvarno, nasljedno) i djeluju prema svima.

<sup>95</sup> *Actiones in personam* štite obligaciona, relativna prava i djeluju prema određenom licu.

<sup>96</sup> U koje su ulazile: *Rei vindicatio*, *actio negatoria*, *actio confessoria*, *actio familie erciscundae*, *actio noholix* i druge.

<sup>97</sup> U koje su ulazile: *actiones utiles*, *actiones ficticiae*, *actiones per transpositionem*, *actiones in factum*.

*potrebe i korisnosti (utilis cousing)*<sup>98</sup>. *Actiones ficticiae* (tužbe u kojima je postojala fikcija), su tužbe gdje je pretor predlagao sudiji da se sudi iako određeni predmet nedostaje (tj. da se sudi njegovo fiktivno postojanje uz opravdanje potrebnosti te fiktivnosti), cilj pretora je bio da omogući primjenu tužbe iz *ius civilea*<sup>99</sup>. Nasuprot, *actiones in factum* su se ticale faktičke stvari i najmanje su se oslanjale na *ius civile*, i kao što smo vidjeli u prethodnim slučajevima pretor je polazio od postojeće tužbe *ius civilea* koje je prilagođavao novim potrebama slučaja i nastupao kao tumač zakona. Nadalje, *Actiones per transpositionem* ili „tužbe sa promjenjenim subjektima“<sup>100</sup> su bile i *actiones adiecticiae qualitatis* kod kojih se tuži lice *alieni iuris* sa kojim se zaključio posao, ali je osuđivan *pater familias*<sup>101</sup>. Vremenom pretor nije samo tumač postojećih propisa, već i stvaralac prava. Ugledni pretori počinju da, vodeći se bogatom praksom, oblikuju tužbe čak i bez jasnih osnova u *ius civileu*. Za slučaj stranaca pretor je davao tužbe bez pozivanja na *ius civile*, već je svoje tužbe temeljio na činjenicama (*factumima*)<sup>102</sup>. Tužbe koje pretor nije zasnovao na pravu, se još nazivaju *in factum conceptae*. Prema principu da li je osnovanost tužbe *strogeno po zakonu* ili, pak, nije, izdiferencirale su se i tužbe *actiones stricti iuris* i *actiones bonae fidei*. *Actiones stricti iuris* su tužbe „strogeno po zakonu“, tj.

---

<sup>98</sup> Tako je pretor za naknadu štete prema Akvilijevom zakonu proširio i na naknadu vrijednosti plodova i tako je nastala *actio legis Aquiliae utilis*. (Stanojević, Obrad: op. cit., 198)

<sup>99</sup> Tako je fikcijom prošao rok za održaj od *rei vindicatio* (svojsinske tužbe po *ius civileu*) nastala *actio publiciana*. (Stanojević, Obrad: op. cit., 199.)

<sup>100</sup> U ovim tužbama se navodi prvo tuženi (prvo ime), a na kraju tužbe stoji ime onoga ko će biti dužan da plati dosuđeni iznos (drugo ime).

<sup>101</sup> Stanojević, Obrad: op. cit., 199.

<sup>102</sup> Ibid.



striktnoga prava i pretor u oblikovanju ovakvih tužbi nije imao stvaralački karakter, npr. prigovor se mogao postaviti samo dok su stranke pred pretorom, prije nego što je sastavljena formula koja će biti upućena sudiji<sup>103</sup>. Sa druge strane u postupku *bonae fidei* sudija je manje vezan onim što piše u formuli, on uzima u obzir i prigovore kojih se stranke naknadno sjete<sup>104</sup>. *Actiones rei persecutoriae* (penalne tužbe) su posebne tužbe kojima se zahtijeva samo stvar (*rei persecutio*) i svaka presuda važi na sumu novca, imale su kazneni karakter i primjenjivali su se na deliktne obligacije<sup>105</sup>. Rimsko pravo se vremenom razvilo i tužbe imaju mješoviti karakter (*actiones mixtae*), ovaj mješoviti karakter se uglavnog ogledao u tome što se jedinstvenom tužbom tražila i stvar (odnosno njena vrijednost) i kazna. *Vremenom legis actiones potiskuje upotreba formulae*<sup>106</sup>.

Vremenom su tužbe (*actiones*) postale nedovoljno sredstvo za zaštitu svih legitimnih interesa. Razvijaju se posebna procesna sredstva koja su određene varijante tužbi, nastaju pretorovim angažmanom, ali i kao posljedica ustanovljivanja novih zakona. Takva posebna procesna sredstva su: *condictio*<sup>107</sup>, *querela*<sup>108</sup>,

---

<sup>103</sup> Stranka je gubila spor u ovakvim tužbama zbog većega zahtjeva (*plus petitio*).

<sup>104</sup> Stanojević, Obrad: op. cit., 199.

<sup>105</sup> Ibid.

<sup>106</sup> Hunter, William: op. cit., 181.

<sup>107</sup> *Condictio* su nastale iz *legis actio per dictione* i služile su za pokretanje postupka koji nijesu određeni *actiom*, ali samo u slučaju kada tužilac traži povraćaj tužene stvari (*certa res, certa pecunia*) koja se nalazi u imovini tuženog. Kondikcijama se najčešće traži povraćaj onoga što je dato u zabludi ili na osnovu nevaljanog pravnog posla. (Stojčević, Dragomir: *Rimsko privatno pravo*, IPŠ „Savremena administracija“, Beograd, 1985, 87).

<sup>108</sup> *Querela* je sredstvo stvoreno u kasnom klasičnom pravu, kojim se takođe mogao pokrenuti postupak. Za razliku od ostalih, postupak pokrenut

*interdictum*<sup>109</sup>, *exceptio*<sup>110</sup>, *restitutio in integrum*<sup>111</sup>.

Pretorov angažman posebno u postupku *restitutio in integrum* je bio neosporno značajan jer je ispunjavao princip *bone fides*. Pretorove naredbe koje postaju procesno sredstvo, kakav je slučaj bio sa *interdictuom*, je takođe odlika značaja njegovoga angažmana. U navedena dva slučaja pretor (njegova praksa) postaje specifičnim izvorom prava. Pretor, ispravljajući nepravde nastale rigidnim i striktnim primjenama *ius civilea* je omogućavao da njegova praksa vođena idejom pravičnosti postane izvorom prava. Princepsova praksa je postajala sve značajnija preuzimajući sve više vlast od senata i magistrata.

---

*quarelom* nema za cilj da ustanovi postojanje ili nepostojanje nekog prava, nego da jedino ustanovi postojanje ili nepostojanje neke činjenice. Npr. *querela non numeratae pecuniae* ima za cilj samo da se utvrdi da dužnik iz stipulacije nije primio od povjerioca ono sa čime se stipulacijom obavezao, *querela officiosi testamenti* ima za cilj da se utvrdi da je testament nevažeći. (Stojčević, Dragomir: op. cit., 87).

<sup>109</sup> *Interdictum* se u početku nazivala pretorova naredba, a kasnije i procesno sredstvo kojom se pokretao postupak i provocirala pretorova naredba, ima za cilj jedino da ponovo uspostavi narušeni faktički odnos i da stranku koja smatra da ima pravo da postojeći odnos promijeni, prisili da prethodno to svoje pravo dokaže u redovnom postupku pokrenutim tužbom ili *condictiom*. (Ibid)

<sup>110</sup> *Exceptio* (prigovor na tužbu) ne pokreće postupak, nego se upotrebljava tek onda kada je suprotna stranka pokrenula postupak, često se pojavljuje kao jedini put za zaštitu prava zasnovanih na ugovoru, ali u tim slučajevima ima značaj tužbe. (Ibid)

<sup>111</sup> *Restitutio in integrum* je povraćaj u pređašnje stanje (vanredno sredstvo), kojim je pretor (najčešće) ispravljao nepravde do kojih je dovodila striktna primjena *ius civilea*, poništavao pravno dejstvo nekih pravnih poslova koji su bili saglasni sa *ius civileom*, ali protivni rimskom shvatanju pravičnosti i poštenja. (Stojčević, Dragomir: op. cit., 88)

Princeps je počeo stvarati pravna pravila i time svoj novi pravni sistem. Još u Avgustovo vrijeme su stranke mogle iznijeti princepsu na regulisanje slučaj za koji nije postojalo pravilo ili su usljed zastarelosti pravila mogli pretrpjeti nepopravljivu štetu<sup>112</sup>. Oštećene strane vremenom mogu i direktno da se obrate princepsu sa zahtjevom za rješavanje, ali je taj direktni (reskripcioni postupak) bio rezervisan, kao privilegija, samo za ljude iz njegove neposredne okoline, što je u praksi značilo izuzimanje iz redovnoga sudskoga postupka i primjene opštih pravnih pravila. Naime, princeps je odlučivanje povjeravao svojim službenicima koji su držeći se datih uputstava raspravljali slučajeve po principu sličnosti, tako da su se stranke često poučene primjerom prethodnika obraćale za rješavanje. Ekstraordinarni postupak vođen ispred službenika ili princepsa nije bio javan. Princeps se u slučajevima navedenih odlučivanja pojavljivao ne kao arbitar i ne kao sudski organ, nego kao vlast koja stvara pravna pravila i koja naređuje<sup>113</sup>. Pored navedenih primjera gdje prepoznajemo da se sudska praksa na određeni način preoblikovala u izvor prava, Vulićević tvrdi da je moguće ustanoviti sudsku praksu kao izvor prava i u odlukama *Senata Consulta* koje su sudovi bili obavezni da primjenjuju<sup>114</sup>. Značaj izučavanja izvora prava i izvora jurisdikcije se ogleda i u Azovim tvrdnjama da je istražujući izvore jurisdikcije magistrata došao do odgovora fundamenta čitave zajednice (*universitas*)<sup>115</sup>. Pojedine tvrdnje o izvorima prava, ali i o

---

<sup>112</sup> Vidi: Stojčević, Dragomir: op. cit., 98.

<sup>113</sup> Ibid.

<sup>114</sup> Naime, Vulićević tvrdi da je *sudska praksa po teoriji izvor prava kad su sudovi po zakonu obavezni da sudsku praksu primjenjuju. Takav je slučaj bio u rimskome pravu sa senatski odlukama Senatu Konsultu, koje su sudovi bili dužni da primjenjuju.* (Vulićević, Vojislav: op. cit., 9.)

<sup>115</sup> Navedeno prema: Stein, Peter: op. cit., 60.

izvorima same sudske prakse su obojene specifičnim demokratskim argumentima, pa se tako za osnov izvora sveg rimskoga prava uzima narod (sa svojim običajima), ali je tranzit zakonodavne moći sa naroda na sudsku praksu jednom razgraničio vezu između naroda i suda kao izvora prava<sup>116</sup>. Izvor prava se sa običajnoga prava postepeno premješta na vladara koji u imperijalnome gledištu postaje izvor prava sa snagom *lexa*<sup>117</sup>. Rimsko pravo zna za opšta pravna načela, naročito u zakonima. *Naredbe magistrata, tzv. edikti, i rješenja do kojih je dolazila pravna nauka bavili su se slučajevima prakse*<sup>118</sup>, što sudsku praksu čini u rimskome pravu izvorom prava. Priznavanje sudskoj praksi stvaralačkog karaktera u rimskome pravu proističe iz činjenice da su mnogi pravni instituti nastali i djelatnošću pretora.

### *Sudska praksa kao izvor prava u feudalizmu*

Religijski svjetonazor se sve više učvršćuje razvojem država kroz istoriju. Feudalizam kao društveno-ekonomska formacija koja ima svoje pravne specifičnosti, vremenom se preoblikuje i od partikularnoga sistema kroz nastojanje da se ujednači i unificira razvija se pravni sistem feudalizma koji će prvenstveno biti naslijeđeni, običajni (plemenski), religijski itd.

Najsnažniji uticaj na pravni sistem se prepoznaje u ranome feudalizmu, gdje je pravni sistem oblikovan religijskim kanonikom i gdje je zakonodavac premješten na metafizičku ravan, dok su stvarni donosioci zakona bili religijski hijerarhijski visokopozicionirani pojedinci kojima je religijski

---

<sup>116</sup> Ibid.

<sup>117</sup> Stein, Peter: op. cit., 32.

<sup>118</sup> Stanojević, Obrad: „Značaj rimskog prava“, u *Pravne teme*, Čigoja, Beograd, 2002, 124.

svjetonazor primarna odrednica prava. Tako je npr. vizantijska sudska praksa asimilovala sudsku praksu Rima, sa novim hrišćanskim svjetonazorom Istoka<sup>119</sup>. Asimilacija rimskoga pravnoga sistema (pa i sudske prakse) je sprovedena na temeljima rimskoga prava u sređenoj formi, objavljenoj u velikoj Justinijanovoj kodifikaciji<sup>120</sup>. Razlike koje prepoznajemo u odnosu na Rim u Vizantiji su pooštrena načela istražnoga postupka u krivičnim sporovima, a *počinje da se primjenjuje mučenje i ne uzimaju se u obzir pismene izjave svjedoka*<sup>121</sup>. Vizantija u kojoj je crkva jedinstvena politička snaga i moć, na svom čelu ima cara kojem pridaje božanska svojstva. Iako se kraljevi zakoni i kanoni razlikuju i pri tome predstavljaju i dvije odijeljene institucije, kralj i dalje predstavlja božanski kult zbog uticaja crkvenoga svjetonazora na poimanje kralja. Vizantija primarno za izvor prava ima Justinijanov *Corpus iuris civilis* koji je svjedočanstvo asimilacije rimske sudske prakse. Prevaga hrišćanske kanonike u formiranju pravnoga sistema se prepoznaje u periodu vladavine ikonoboraca, gdje su *Ekloga* i *Zemljoradnički zakon* predstavljali izvor prava, *Ekloga* je i dalje svjedočanstvo produžetka rimske pravne tradicije u Vizantiji. *Zemljoradnički zakon* (poznatiji kao „slovenski zakon“) je produkt običajnoga prava, ali uobličen vizantijskom pravnom tradicijom i dijelom zakona. Važno je napomenuti da je običaj dominantniji pravni izvor, pa se kraljev zakon mora prilagoditi običajnim normama, makar se radilo i o običajima pokorenih naroda<sup>122</sup>. Prepoznatljiv razvoj vizantijskoga prava se ogleda u makedonskome zakonodavstvu, koje je sistematizovalo

<sup>119</sup> Vidi: Vajs, Albert i Kandić, Ljubica: op. cit., 82.

<sup>120</sup> Up. Jokić, Ljiljana: op. cit., 96.

<sup>121</sup> Jokić, Ljiljana: op. cit., 99.

<sup>122</sup> Up. Jokić, Ljiljana: op. cit., 88.

Justinijanove zakone, ukinulo pojedine zastarjele zakone, oblikovalo svetovno i crkveno pravo sistematizovano po normama institucija. Pored *Vasilike*, *Prohirona*, *Eponogoga*, *Šestoknjižja* vizantijsko pravo ima za izvore i nomokanone i povelje koji su takođe reprezentanti sinergije crkvenoga i svjetovnoga zakona.<sup>123</sup>

Za razliku od analogije kojom se služe u antici, religijski uobličeni pravni sistemi dedukuju pravne norme iz religijske kanonike. Paralelno sa religijskim pravnim sistemom, razvija se jedna specifična heterogenost pravnih sistema poteklih od običajnoga prava, koja je posljedica velikih migracija i raznorodnih narodnosti koji ostvaruju kontakte i formiraju zajednice<sup>124</sup>. Nadalje, kako feudalizam doživljava svoje promjene i prilagodbe ova heterogenost prava se sve više unificira.

Ranofeudalna Franačka je transparentan primjer heterogenosti pravnih sistema. U njoj se javljaju sljedeći pravni sistemi: rimski, hrišćanski i pravni sistemi germanskih plemena. Zbog ovakve heterogene situacije nije bilo moguće govoriti o franačkome sistemu prava, jer pravni sistemi u Franačkoj toga doba su jasno podijeljeni<sup>125</sup>. Izvori običajnoga prava se obličavaju u *Leges barbarorum*, koji su specifični reprezent tzv. plemenske pravne norme, sa druge strane uviđamo da se rimsko pravo specifična konstanta koja se oblikuje u slovu zakona *Leges romana barbarorum*, dok se upravni feudalni specifikum ogleda u kraljevim zakonima. Odnos običaja, plemenskih zakona, tradicije, asimilacije rimskog uticaja sa institucijom suda je formirao jedan specifičan odnos sudija prema zakonu, ali i donio određene poteškoće sudske prakse. Običaj je još uvijek dominantan izvor prava, sud se usmjerava i prema

---

<sup>123</sup> Jokić, Ljiljana: op. cit., 97.

<sup>124</sup> Vidi: Jokić, Ljiljana: op. cit., 72.

<sup>125</sup> Vidi: Jokić, Ljiljana: op. cit., 87.

unutrašnjim odrednicama, ali i spoljašnje sociološke su dovoljno dominantne da utiču na njegov sud. Tamo gdje je heterogenost prava prisutna, tu su formalne odrednice strožije. Formalno uobličivanje prava je rigidno jer je to jedina unitarna osobina svih ovih različitih podsistema. U krivičnom pravu u Franačkoj se razvija stepenovanje u ocjenjivanju odgovornosti (*umišljaj, pokušaj, nehat*) što je dovelo i do razvrstavanja kazni, tako da pored novčanih kazni i kazni u naturi susrijećemo i tjelesne kazne. Krivično pravo ranog feudalizma razlikuje javne<sup>126</sup> i privatne krivične delikte, naslanjajući se na antičku tradiciju. Pored navedenog diferenciranja, krivični delikti se u ranom feudalizmu obično klasifikuju u sljedeće grupe: delikti protiv države, protiv tjelesnog integriteta i časti, protiv imovine, protiv crkve i religije<sup>127</sup>. Heterogenost pravnih sistema je podrazumijevala razvoj specifičnih sudskih praksi i sudova. Naime, vremenom se pojavljuju kraljevi sudovi, crkveni sudovi, a teritorijalni sudovi se razvijaju tek ekonomskim razvojem i centralizacijom vlasti. Kraljevi sudovi su prvobitno putujući sudovi, dok su crkveni sudovi držeći se slova *nomokanona* sudili sveštenstvu ili stanovništvu na crkvenim posjedima kao i u pojedinim specifičnim sporovima za crkvu bitnim (npr. brak). Vremenom će se razvijati i jedan specifičan izvor prava i sudske prakse, a to je konkordat<sup>128</sup>. Sudovi su se postepeno diferencirali jer je mnogostrukost pravnih sistema dovela do

---

<sup>126</sup> U početku javni delikt je bila samo izdaja koja je podrazumijevala nevršenje feudalnih obaveza, a kasnije se broj povećava, kazne za ove delikte su bile: smrtna kazna, konfiskacija imovine itd. (Vajs, Albert i Kandić, Ljubica: op. cit., 86.)

<sup>127</sup> Kazne za ovakve delikte su najčešće bile imovinske, dok su se tjelesne primjenjivale prema zavisnome stanovništvu. (Ibid.)

<sup>128</sup> Konkordat predstavlja ugovor između crkve i svetovne vlasti o međusobnim odnosima i obavezuje ih na obostranu primjenu.

raznih problema u sudskoj praksi. Naime, sud je morao poznavati mnoga prava, jer se na građane primjenjivalo pravo države ili plemena čiji su pripadnici, ili crkve na čijem su posjedu. U ranofeudalnim državama je zbog predominacije običaja i zbog specifične heterogenosti socioloških struktura, od velike važnosti imao narod u donošenju sudskih odluka. Kako je narod uzimao učešće u sudskom procesu, sama praksa suđenja koja je donosila presude po volji naroda je bila stvaralačka. Vremenom se ovakav postupak mijenja, i narod sve manje učestvuje u suđenjima kao aktivni akter presuđivanja. Sudski postupak karakteriše strogoća, formalnost, pokreće se na zahtjev tužioca, mada rani feudalizam prepoznaje i pokretanje tužbe po službenoj dužnosti. Sud razvija mehanizme kako da obezbijedi prisustvo stranaka u sudu jer mu na raspolaganju stoji primarno prijetnja globom ili drugim kaznama<sup>129</sup>. U ranofeudalnom sudskom postupku prepoznajemo prevagu formalnog nad materijalnim, tako da sud u dokaznom postupku ne nastoji utvrditi materijalnu istinu, već formalnu. Dokazna sredstva koja se prezentuju u potrebi za utvrđivanjem formalne istine su i racionalna i iracionalna, a cjelokupni postupak se pokreće formalnim zahtjevima tužioca. Specifikum često korišćenih iracionalnih dokaznih sredstava su božiji sudovi<sup>130</sup>, koji su dokaz dominacije religijskoga svjetonazora u sudskome dokaznome postupku. Izvršenje sudske presude primarno je ostavljeno stranci koja je dobila spor, što je dovelo do pojave jedne specifične prakse, naime ukoliko bi krivac bio uhvaćen na

---

<sup>129</sup> Vajs, Albert i Kandić, Ljubica: op. cit., 87.

<sup>130</sup> Božiji sudovi su iracionalna dokazna sredstva koja su mogla biti jednostrana (odnositi se na jednu stranu) ili dvostrana (odnositi se i na krivicu okrivljenoga i na istinitost svjedočanstva tužioca). Pored božijih sudova i druga već poznata iracionalna dokazna sredstva se nasljeđuju iz prethodne sudske tradicije.



djelu nije se išlo na sud, nego se na licu mjesta obrazovao sud od mještana<sup>131</sup>, koji je izricao i izvršavao presudu na licu mjesta. Vremenom se izvršenje sudske presude povjerava organima suda.

Monteskje tvrdi da su se feudalni zakoni iznenada pojavili i proširili po cijeloj Evropi, i da ih ne treba razmatrati iz perspektive tradicije pređašnjih pravnih sistema<sup>132</sup>. Izvori pojedinih zakona jesu plemena i njihovi običaji, rasprostranjenost po Evropi je neminovna, ali se ne može negirati da su prethodni pravni sistemi već uticali i nastavili da postoje preoblikovani na sebi svojstven način. Karakteristika koja ostaje dominantna kroz sve do sada obrađene etape razvoja jeste isprepletanost centralnih i lokalnih upravnih organa. Sistem ne prepoznaje potpuno odvajanje upravnih od sudskih organa. Ove isprepletanosti će dovesti do paralelnoga postojanja i uzajamnoga dejstva opšteg i pratikularnoga prava što se odražava na specifičan način i na sudstvo u razvijenom feudalizmu. I razvijeni feudalizam karakteriše heterogenost pravnih sistema, sa jednim bitnim aspektom razlikovanja jasne teze o potrebi unificiranja zakona. Značaj kraljevskih sudova raste jačanjem i centralizacijom moći, u početku su feudalni sudovi bili nadležni za presuđivanje većine delikata i sporova, razvojem centralne vlasti nadležnost prelazi sa feudalnih na kraljevske sudove<sup>133</sup>. Razvojem centralizovane vlasti, gradovi stiču samoupravnost, što će za posljedicu imati i razvoj gradskih sudova, koji će biti nadležni za sporove i krivice stanovnika grada. Kao što su se Rimljani susretali sa problemom kako riješiti sporove sa strancima i razvijali regule usmjerene na ovaj

---

<sup>131</sup> Vidi: Vajs, Albert i Kandić, Ljubica: op. cit., 87.

<sup>132</sup> Navedeno prema: Guizot, François: *The History of Civilization in Europe*, Penguin, London, 1997, 19.

<sup>133</sup> Vajs, Albert i Kandić, Ljubica: op. cit., 124.

problem, u ranom feudalizmu se ovim problemom bave posebni sudovi za razne kategorije stranaca. Nadalje se razvijaju i pojedini vjerski sudovi, ali i sudovi koji se bave etničkim manjinama<sup>134</sup>. Zbog određenih geopolitičkih situacija, ali i ostvarivanja kontakata između određenih naroda pojavljuju se i mješoviti međunarodni sudovi<sup>135</sup>. Sudski postupak je sličan kao u ranom feudalizmu, prvobitno je usmen i javan, međutim od XIII vijeka počinju se voditi sudski zapisnici, a stranke podnose pismene tužbe i žalbe. Odluke koje donose crkveni velikodostojnici, rješavajući određene slučajeve koji su njima dati na odlučivanje, predstavljaju još jedan važan izvor kanonskoga prava<sup>136</sup>. Iracionalna dokazna sredstava su slična kao u ranom feudalizmu, mada se rjeđe upotrebljavaju, negdje se pojedina i zabranjuju. Racionalna dokazna sredstva preuzimaju primat i prepoznaje se postepena smjena formalizma. Francuska u razvijenome feudalizmu takođe poznaje heterogenizaciju pravnih sistema. U ranom feudalizmu u Francuskoj vlada *leges barbarorum* koji je u razvijenom feudalizmu zamijenjen nepisanim običajnim pravom na sjeveru zemlje, a na jugu, pak, kao posljedicu romanizacije za izvor prava imamo pisano pravo koje je rimsko a koje je pratila paralelna primjena običajnoga prava. Sudije su sve više isticale potrebu zapisivanja običajnoga prava i vremenom se ta praksa sprovođa u vidu pojedinih zbornika<sup>137</sup>. Rimsko pravo se u

---

<sup>134</sup> Etničkim manjinama je priznata izvjesna autonomija u rješavanju unutrašnjih pitanja njihove zajednice. (Ibid.)

<sup>135</sup> Mješoviti sudovi su pesuđivali sporove dviju država, ti su sudovi sastavljeni od predstavnika obiju zemalja. (Ibid.)

<sup>136</sup> Brundage, James A.: *The Medieval Origins of the Legal Profession: Canonists, Civilians and Courts*, The University of Chicago Press, London, 2008.

<sup>137</sup> Jedan od takvih zbornika je i *Vrlo stari običaji Bretanje* iz XIV vijeka.

razvoju francuskoga feudalnog pravnog sistema u razvijenom feudalizmu počinje koristiti i kao pomoćni izvor prava, posebice u slučajevima kada običajno pravo ne prepoznaje dati slučaj sa kojim se susreće sudska praksa. Spona između razvoja pravnoga sistema je velikim dijelom činila i kanonika kao osnov crkvenoga prava. Da u Francuskoj značaj ovoga prava nije bio mali vidi se i iz zakonske odredbe o zabrani uzimanja interesa koja je ometala razvitak trgovine<sup>138</sup>. Kralj u Francuskoj za izvor prava uzima običajno pravo čijim jedinstvenim uvođenjem će se označiti razvoj apsolutne monarhije. Kraljevi sudovi da bi prevazišli česte i velike praznine u zakonodavstvu, su parlamentu povjeravali odluke u tim situacijama. Tako da je na pitanja: kako suditi i šta uzimati za izvor prava, *parlament izdavao uputstva i naredbe (arrêts des règlements) nižim sudovima koji su ih obavezivali. Njihove odluke može ukinuti samo kralj.*<sup>139</sup> Od svih evropskih zemalja Njemačka je bila najbrojnija sa svojom heterogenošću feudalnih pravnih sistema, što je proces unifikacije prava učinili sporim.<sup>140</sup> Karakteristika italijanskoga prava u feudalnome periodu je rana recepcija rimskoga prava.

Cjelokupni opšti<sup>141</sup> izvori srednjovjekovnoga prava se mogu podijeliti na četiri osnovna izvora i to: običajno pravo, vladarsko pravo, recipirano rimsko pravo, religiozno pravo. Opšti izvori prava i određenije diferencijacije prava se javljaju u kasnom feudalizmu, ali ne u potpunosti. Sudovi u kasnom feudalizmu su se vladarevim težnjama da unificira sudsku praksu

<sup>138</sup> Vidi: Jokić, Ljiljana: op. cit., 109.

<sup>139</sup> Samardžić, Đorđo: *Opšta istorija države i prava II: feudalni period*, Univerzitet u Sarajevu, Sarajevo, 1964, 120.

<sup>140</sup> Vidi: Jokić, Ljiljana: op. cit., 115.

<sup>141</sup> Sa druge strane, postoje i izvori partikularnoga prava koji su bili: gradsko pravo, partikularno običajno pravo i privilegije.

suprotstavljali insistiranjem na svojim tradicijama i ulozi stvaralaca pravnih normi kroz praksu svojih odluka. Vladarski sudovi suzbijaju nadležnost ostalih sudova, koji su uglavnom bili kolegijalni ali je bilo i pojedinačnih, u čemu postepeno i uspijevaju. Pojavljuju se i posebni i stalni organi<sup>142</sup> javne optužbe u krivičnom kontekstu, što će dovesti do pojave advokature<sup>143</sup>. Sudski postupak postepeno diferencira i konačno odvaja građanski<sup>144</sup> i krivični postupak. Sud ne traži materijalnu istinu već se zadovoljava dokaznim sredstvima koje stranke podnose i na osnovu njih donosi odluke<sup>145</sup>. Iako se crkvenim sudovima nadležnost smanjuje samo na delikte koji su narušavali crkveni red i disciplinu, razvija se najrigidniji postupak inkvizicije.

Inkvizitorski postupak je specifikum srednjovjekovnoga prava, jačanjem crkvenih pogleda na pravo mučenje (tortura) biva opravdano sredstvo za obezbjeđivanje dokaza u sudskome postupku. Inkvizitorski sistem krivičnog postupka<sup>146</sup> za razliku od akuzatorskoga je imao jednostavnu formu. Podnesak za pokretanje postupka je službeni i okrivljeni ima pravo na branioca ali su njegova ovlašćenja umnogome ograničena, istraga je vođena tajno, priznavanje krivice je *kraljica*

---

<sup>142</sup> Državni tužioci i prokurori su organi stalne optužbe.

<sup>143</sup> Advokati se mogu svrstati u dvije glavne vrste: advokati koji zastupaju pred sudom i advokati koji samo daju pravne savjete i sastavljaju isprave za stranke.

<sup>144</sup> Građanski postupak je pretežno pismen i odvija se podnošenjem pisanih podnesaka od stranaka. Mogli su se redati po više puta (replike i duplike). (Vajs, Albert i Kandić, Ljubica: op. cit., 155.)

<sup>145</sup> Vajs, Albert i Kandić, Ljubica: op. cit., 156.

<sup>146</sup> Inkvizitorski postupak je dobio naziv po tome što je istraga bila u rukama istražitelja (*inkvirenta*) koji je bio centralna faza ovoga postupka.

*dokaza*<sup>147</sup>, ovaj postupak se posebno pokretao protiv jeretika i profesionalnih kriminalaca. Okrivljenom su bila oduzeta sva prava, naime, *imao je ona prava koja mu da sud po vlastitom osjećaju pravičnosti*<sup>148</sup>. Osnovne karakteristike postupka su i kulminacija krivičnoprocesnih funkcija (optužbe, odbrane, suđenja) a kako je sve u rukama inkvirenta, negira se i postojanje stranaka. Inkvizitorski postupak se rađa u Italiji i širi se na cijelu Evropu (izuzev Engleske) i označava predominaciju crkvenoga prava. Karakteristike ovoga postupka su objašnjavane kao dio pokajanja i spasenja duše (tj. sa crkvenim uvjerenjima). U kasnom feudalizmu sudska praksa u svim zemljama Evrope, osim Engleske, postaje od drugorazrednog značaja, ali je ipak znatno uticala na samu primjenu prava.

### *Sudska praksa kao izvor prava u novom vijeku*

Novi vijek će postulirati političke ideologije koje će promovisati osnovna načela: ravnopravnost svih ljudi pred zakonom, državni suverenitet, ukidanje sile kao sredstva eksploatacije, zabrana torture, razvoj državnih institucija i strukturno diferenciranje vlasti. Sudska vlast je izdiferencirana od zakonodavne i izvršne. Liberalizam koji prvenstveno državu tretira kao izvor prava<sup>149</sup> sudsku praksu ne vidi kao izvor prava, ali je i ne negira. Naime, liberalizam sa svojim osnovnim težnjama koje nasljeđuje iz revolucionarnih svjetonazora donosi građanske slobode, formalnu jednakost u pravu, ustavnost i

---

<sup>147</sup> Radulović, Drago: *Krivično procesno pravo*, Pravni fakultet u Podgorici, Podgorica, 2015, 58.

<sup>148</sup> Radulović, Drago: op. cit., 58.

<sup>149</sup> Vidi: Hallowell, John H.: *The Decline of Liberalism as an Ideology*, Routledge, Oxford, 2007.

suverenitet<sup>150</sup>. Ispitivanje ustavnosti je sudski postupak koji je dao sudskoj praksi poziciju izvora prava. Nepriznavanje sudske prakse kao izvora prava je karakteristika prava kontinentalnog pravnog sistema, *gdje se načelno smatralo da sudovi ne stvaraju pravo već ga samo primjenjuju*<sup>151</sup>. Sa druge strane, višestepenost sudova je sudsku praksu viših sudova, čije odluke dobijaju obavezni karakter za niže sudove, faktički učinila izvorom prava. Karakter tih obavezivanja nije uvijek formalan tako da su presude viših sudova jedan specifičan izvor prava. Iako je zakonodavna vlast ta koja propisuje zakone, sudska vlast u svom prvobitnome postupku ispunjavajući obavezu preispitivanja odluka nižih sudova postaje izvor prava. *U zemljama gdje se primjenjuje anglosaksonsko pravo presude i druge odluke sudova zadržale su i dalje svoj precedentsni značaj i karakter samostalnog pravnog izvora sa velikim autoritetom*<sup>152</sup>. Odluke viših i najviših sudova zbog presudnoga značaja za dalju sudsku praksu se publikuju da bi bili dostupni javnosti i čine izvor prava *per se*. Liberalizam je donio kroz jasnu izdiferenciranost vlasti jedinstveni pogled u vidu pitanja izvora prava kao takvoga. Zakonodavna vlast koja je izvor zakona, jeste dominantni izvor prava u kontinentalnome pravnom sistemu, ali postupak ustavnosti, kao i višestepenost sudova je omogućila sudskoj praksi stvaralački karakter.

Imperijalizam sa druge strane sa sobom nosi sebi svojstvenu ideologiju, koja će oblikovati ustavnu monarhiju kao najtipičniji oblik vladavine. Glavni izvori prava se preuzimaju iz liberalnog perioda, sa manjim preoblikovanjima pojedinačnih zakonskih normi. Sistem i struktura izvora prava ostaje ista. Zakoni ostaju i dalje dominantan izvor prava u evropskokontinentalnome

---

<sup>150</sup> Up. Jokić, Ljiljana: op. cit., 128.

<sup>151</sup> Vajs, Albert i Kandić, Ljubica: op. cit., 210.

<sup>152</sup> Ibid.

pravnom sistemu, ali se u imperijalizmu njihov značaj smanjuje i drugi akti koje donose upravni organi dobijaju na značaju. U anglosaksonskome pravu imamo drugačiju situaciju, odluke suda i sudska praksa kao izvor prava sada i zakon prepoznaju kao izvor prava i njegov značaj jača. *Sudska praksa u kontinentalnom pravu i dalje nije formalni izvor prava, iako je se sudovi pridržavaju*<sup>153</sup> dok je sudska praksa zajedno sa običajnim pravom u anglosaksonskom pravu izvor prava. Ovaj period za razvoj prava je veoma bitan zbog pojave međunarodnoga prava, privatnog i javnog<sup>154</sup>. Na kraju kapitalizam nije donio bitno drugačije poglede na izvore prava i na sudsku praksu, kao i na sudsku praksu kao izvor prava u dva navedena sistema prava.

### *Zaključak*

Razvoj zakonskih sistema, zakona *per se*, uobličavanje običaja u pravo, nadalje, običajnoga prava kao osnovnoga postulata za izvor prava, pretorove naredbe, razvoj heterogenih pravnih sistema u Evropi je kroz vrijeme različito posmatralo izvor prava, i sudsku praksu kao njen mogući izvor. Sudska praksa od prvobitnih zajednica koji sude prema običaju, je bila jedini izvor prava jer je običaj postuliran tim primarnim „sudskim“ postupkom. Sudska praksa u feudalizmu je od velike važnosti jer i dalje običaj kroz običajno pravo oblikuje praksu, i praksa suđenja oblikuje običaj do prava. Razvojem centralizovanih vlasti, sudska praksa ima različit tretman u različitim predjelima Evrope, Engleska kao feudalna država koja prva uspostavlja centralizovanu vlast je prednjačila u oblikovanju stvaralačke sudske prakse. Značaj porote je

---

<sup>153</sup> Vajs, Albert i Kandić, Ljubica: op. cit., 278.

<sup>154</sup> Jokić, Ljiljana: op. cit., 135.

prepoznat u feudalnom poretku u Engleskoj, dok druge zemlje Evrope nastoje oblikovati zakon kao jedini mogući izvor prava. Sudska praksa je od presudnoga značaja za održavanje svih mogućih aspekata pravnoga poretka u Rimu. Pretorov angažman je primarna potvrda sudske prakse kao izvora prava u Rimu. Novi vijek otvarajući nove horizonte nauke i napretka postulira liberalističku ideologiju, koja dovodi do unifikacije osnovnih načela u Evropi, gdje se sudska praksa u evropskome kontekstu tretira dvojako, u Engleskoj kao jedini izvor prava, u ostatku kontinenta kao sudska vlast. Liberalizam je na sudsku praksu gledao kao na potvrdu prava, a izvornost prava je rezervisao za zakonodavnu vlast. Borba za ustavnošću se nadalje oblikovala i u imperijalizmu i kapitalizmu koji postulira višestепенost sudova, ali i odredbe sudske prakse koje će je učiniti specifičnim izvorom prava u evropskokontinentalnom sistemu prava.

U prvobitnim zajednicama samo postuliranje suda, omogućavanje suđenja kao običajnoga procesa je takvu primitivnu sudsku praksu činilo izvorom prava jer se način presuđivanja analogijom usvajao ali su se primjenjivali različiti običaji po kojima se sudilo i po kojima se oblikovala ličnost tog prvobitnoga sudije. U rimskoj tradiciji pretorovi edikti su bili jedinstvena praksa sa sudskim karakteristikama, po njima se sudilo i u njima se rješavala sva manjkavost rigidnosti i formalnosti rimskih zakona. Rimski sudska praksa je najbliža engleskom pravnom obliku koji priznaje sudskoj praksi stvaralački angažman. Feudalizam su prvenstveno obilježili sveštenici koji su umjeli čitati i pisati pa samim tim i sprovesti suđenja. Sveštenici i crkveni velikodostojnici nijesu samo primjenjivali crkveno pravo već i civilno, u kojem su svojom jedinstvenom praksom ostavili neizbrisiv pečat. Usmenost



procesa nije obezbjeđivala jednakost pred sudom kakva se ostvaruje u pisanim procesima, ali sa druge strane sudija koji je presuđivao za vrijeme usmenoga zakona je bio veći stvaralac prava nego onaj u periodu pisanoga zakona. U nedostatku propisa se za rješavanje određenih slučajeva formirala sudska praksa utemeljena u običajnom pravu i ona predstavlja specifičan izvor prava. Heteronomičnost pravnih sistema, ali i partikuliranje pojedinih prava se smjanjuje centralizacijom vlasti. Centralizacija vlasti će označiti razvoj jedinstvenoga i unitarnoga prava, koji će kasnije u novome vijeku biti stavljen pred pitanje ustavnosti. Kraljevi kao donosioci jednoga centralizovanoga izvora prava pred pitanjem ustavnosti doživljavaju smjenu ili preoblikovanje pojavom liberalizma. Sudska praksa u novom vijeku postaje dominantan izvor prava posebno u anglosaksonskome pravnome sistemu i sudije postaju stvaraoci prava.

Englesku karakteriše to što nije razvila inkvizitorski postupak, što je heteronomičnost feudalnih zakona brzo prevazišla i ostvarila centralizaciju vlasti, ali i veoma rano uvela porotu kao dio sudske prakse što je sve skupa omogućilo da sudija svojim angažmanom, uz instrumente suda, i svojim obrazloženjem u presudi čini jedan specifičan izvor prava (posebice viši sudovi). Značaj sudske prakse kao izvora prava se u novom vijeku smjenjivao, primarno ga evropskokontinentalni sistem prava kategorički negira, a anglosaksonski sistem prava ga vidi kao jedini izvor prava. Sudija u jednome predstavlja poznavaoa prava koji pravo tumači i deduktivno primjenjuje, a u drugome sudija predstavlja poznavaoa sličnih slučajeva koji induktivno tumači slučajeve i donosi obrazloženje. Vremenom ovaj polaritet postaje manji, pa se u anglosaksonskome sistemu prava prepoznaje i značaj zakona kao izvora prava ali sa

drugostepenim značajem, dok se u evropskokontinentalnome pravnome sistemu sudska praksa počinje razmatrati kao pomoćni izvor prava. Borba ustavnosti koju je obilježio liberalizam je ustanovio tri vrste vlasti sa jasnom odijeljenošću, ali samo preispitivanje ustavnosti je potvrdilo sudsku praksu kao izvor prava. Sudska praksa u sistemima gdje je zakon primarni izvor prava je moguća u skladu sa višestepenošću sudova, dok postoje presude koje obavezuju niže sudove ne može se negirati stvaralački značaj sudske prakse. Sudije viših i najviših sudova svojom jedinstvenom praksom i preispitivanjem presuda nižih sudova postaju stvaraoci određenoga izvora prava. I na kraju pojedini zakoni kao što je francuski *Građanski zakonik* (čl. 4 CC) koji je zabranio sudiji da odbije rješavanje određenog slučaja zbog nepostojanja zakonske norme, čine sudsku praksu izvorom prava. Takav je slučaj i sa *Građanskim zakonikom Švajcarske* (čl. 1 a tačka ŠGZ), koji sudiju ovlašćuje da riješi slučaj koji predstavlja pravnu prazninu, gdje se sudija stavlja u ulogu zakonodavca. Sudska praksa je značajan izvor prava, njen stvaralački karakter se ne može negirati. Zavisno od sistema ona je negdje primarni a negdje supsidijarni izvor prava.

U teorijskome okviru se vremenom smjenjivao pogled na sudsku praksu kao izvor prava, pozitivisti su na sudsku praksu gledali kao na mehanički postupak koji nema stvaralački karakter. Definirati sudsku praksu u teorijskome okviru a obezbijediti jedinstven i univerzalan odgovor je teško, mada je samo definisanje u pravu, kako to i rimski pravnik Javolen upozorava, ponekada i opasno. Zakon je dominantan izvor prava, ali ne i jedini jer je nemoguće negirati stvaralački karakter svake pravne prakse. Pitanje koje teorijski okvir otkriva jeste posrednost tih stvaralačkih aktivnosti, pitanje države kao izvora prava je sa aspekta posrednosti opravdano, dok pojedini

autori tvrde da je država samo uzrok prava. Sudska praksa je potvrda prava, u svojoj potvrdi ona je i uzrok pravne primjene pa je posredno neosporiv izvor prava. U neposrednom definisanju sudska praksa biva odruogojačen izvor prava, ali njeni pojedini postupci nam jasno definišu njen stvaralački karakter. Profesor Gams tvrdi da i sudska praksa na našim prostorima ima kreativan, stvaralački karakter, iako nije direktan i jedinstven izvor prava njoj se ne može negirati ovaj status. Teorijski okviri su dugo negirali sudsku praksu kao izvor prava, ali se tradicionalističko gledište vremenom mijenja i sve više se negira Monteskijeov stav da sudija treba samo mehanički da ponavlja riječi zakona. Pozitivizam koji je Monteskijeov stav afirmisao u pravnoj teoriji danas sve više biva marginalizovan po pitanju pogleda na sudsku praksu kao izvor prava. Teorija priznaje da sudovi kod nas primjenjuju sudsku praksu kao izvor prava i da je ona faktički izvor prava ali negiraju jedinstvenu izvornost prava, jer ona i nije moguća. U teorijskim okvirima tradicionalističko negiranje izvornosti prava sudske prakse je zamjenjeno tvrdnjama, posebno germanskih teoretičara, da sudska praksa ne stvara norme. Nasuprot germanskim tradicionalno obojenim teorijskim pogledima na sudsku praksu, francuski teoretičari svoje tvrdnje temelje na konkretnim pogledima na sudsku praksu bez apstraktnih odredbi zakona. Značaj sudske prakse je veliki u stvaralačkome poduhvatu, jer se ne može negirati da su kroz dijahroniju pojedine pravne institucije nastale upravo iz sudske prakse. I u najtradicionalnijim pravima, sudije stvaraju jedan običajni (iako on nije obavezujući) pravni poredak, koji je proizvod čiste sudske prakse. Sa druge strane se može i samo tumačenje zakona dovesti u vezu sa izvorom prava. Pravo kao apstraktna odredba, kao opšte načelo ukoliko nema svoje tumačenje koje

ga povezuje sa praksom, sa slučajem, sa određenom situacijom, ostaje apstraktno i neprimjenjivo. Sudijino tumačenje i razumijevanje zakona definiše njegovu vezu sa konkretnim slučajem pa samim tim sudija omogućava vezu apstraktnoga i konkretnoga što ga čini stvaraoцем veze između svijeta zakona i svijeta slučaja. Odluke, rješenja, obrazloženja sudskih presuda direktno utiču na samo poimanje zakona, vremenom ga preoblikuju, pokazuju njegovu primjenjivost, prezentuju njegova ograničenja i opseg i čine zakon mogućim. Primjenjivost i neprimjenjivost zakona odvaja sudsku praksu kao izvor prava. Svaka odluka koja implicira zastarjelost ili neprimjenjivost zakona će vremenom u gomilanju postati centar interesovanja i zakonodavne vlasti pa time sudske odluke svoje ili drugih zemalja učiniti osnovom reformi zakonskoga sistema, što sudsku praksu čini posrednim izvorom prava.

Sudska praksa bez obzira na teorijski tretman i pravni sistem će uvijek imati faktički ili formalni status izvora prava koji se ne može negirati. Dijahronija nam je pokazala koliko je značajan pogled na sudsku praksu u formiranju pravnoga sistema kroz istoriju. Sudska praksa je u dijahroniji odgovorna za nastanak određenih institucija i izvora prava. Ukoliko se ustali da se određena pravna stvar tretira pred sudom na određeni način to sudsku praksu čini jedinstvenim i neospornim izvorom prava. Ograničenje zakona, kao što smo vidjeli na primjeru rimskoga prava, se uvijek prevazilazi sudskom praksom koja postaje stvaralačka. Onaj pravni sistem koji ima savršene zakone, koji se odnose na svaki konkretni slučaj može negirati sudsku praksu kao izvor prava. Kako takav ne postoji sudska praksa će ostati specifičan izvor prava. Teorijski okvir izvornosti sudske prakse čak i pozitivističkim negiranjem nam nudi više potvrda da je sudska praksa stvaralačka. Nemogućnost da se oduzme

kreativni karakter sudske prakse je potvrda pravilnoga angažmana sudija u jednome pravnome sistemu. Ondje gdje se ne prepoznaje potreba da se sudskom praksom prevaziđe zastarjelost zakona, riješi određena zakonom neopisana situacija (slučaj), tamo govorimo o oduzimanju stvaralačkoga karaktera sudskoj praksi. Posao sudije nije mehaničko izgovaranje riječi zakona, sudija je stvaralac jednoga totaliteta odluka, tumačenja, primjena, koji čine totalitet izvornosti prava.

### **Literatura:**

- Aristotel: *Ustav atinski*, Plato, Beograd, 1997.
- Austin, John: *Province of Jurisprodence*, John Murray, London, 1832.
- Brundage, James A.: *The Medieval Origins of the Legal Profession: Canonists, Civilians and Courts*, The University of Chicago Press, London, 2008.
- Bujuklić, Žika: *Rimsko privatno pravo*, CII Univerzitetat u Beogradu, Beograd, 2011.
- Carawan, Edwin: *Rhetoric and the Law of Draco*, Clarendon Press, Oxford, 1998.
- Ciceron: *Država*, Plato, Beograd, 2002.
- Cohen, Edward E.: *Ancient Athenian Maritime Courts*, The Lawbook Exchange, Clark, 2005.
- Corbett: „The Consent of States and the Sources of the Law of Nations“, u *British Year Book of International Law*, VI, 1925, 29-30.

- Coudert, Frederic: *Certainty and Justice*, D. Appleton and co., New York, 1913.
- Grant, John i Barker, Craig (ur.): *Encyclopaedic Dictionary of International Law*, Oxford University Press, 2009.
- Glenn, H. Patrick: *Legal Traditions of the World*, Oxford University Press, Oxford, 2000.
- Guizot, François: *The History of Civilization in Europe*, Penguin, London, 1997.
- H. Michell: *Sparta*, Cambridge University Press, London, 1964.
- Hadley, James: *Introduction to Roman Law*, D. Appleton and co., New York, 1902.
- Hallowell, John H.: *The Decline of Liberalism as an Ideology*, Routledge, Oxford, 2007.
- Hart, Herbert L. A.: *The Concept of Law*, Calarendon Press, Oxford, 1994.
- Hunter, William: *Introduction to Roman Law*, William Maxwell and Son, London, 1887.
- Jokić, Ljiljana: *Opšta istorija države i prava*, Obod, Podorica, 1997.
- Košutić, Budimir P.: *Uvod u jurisprudenciju*, CID, Podgorica, 2008.
- Krečo, Milenko: *Međunarodno javno pravo*, CII Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010.
- Lukić, Radomir B. i Košutić, Budimir P.: *Uvod u pravo*, „Službeni glasnik“ Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2008.
- Markesinis, Basil i Fedtke, Jorg: *Judicial Recourse to Foreign Law: A New Source of Inspiration?*, Routledge, London, 2007.
- Monroe Harris, Edward i Rubinstein, Lene: *The Law and the Courts in Ancient Greece*, Gerald Duckworth and Co., London, 2004.
- Parisi, F. i Depoorter, B.: „Legal precedents and judicial discretion“ u *Encyclopedia of public choice*, Kluwer, Amsterdam, 2003, 341–343.

- Parry, Clive : *The Sources And Evidences of International Law*, Manchester University Press, Manchester, 1965.
- Paul Cartledge et al.: *Nomos: Essays in Athenian Law, Politics and Society*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990.
- Pound, Roscoe: *An Introduction to the Philosophy of Law*, Yale University Press, London, 1922.
- Radulović, Drago: *Krivično procesno pravo*, Pravni fakultet u Podgorici, Podgorica, 20015.
- Reilly, S. A.: *Our Legal Heritage; The first thousand years: 600 - 1600*, Chicago, 1999.
- Roscoe Pound: *Jurisprudence*, The Lawbook Exchange, LTD, Clark, 2008.
- Samardžić, Đorđo: *Opšta istorija države i prava II: feudalni period*, Univerzitet u Sarajevu, Sarajevo, 1964.
- Slapper, Gary i Kelly, David: *The English Legal System*, Routledge, London, 2012.
- Stanojević, Obrad: „Značaj rimskog prava“, u *Pravne teme*, Čigoja, Beograd, 2002, 115-125.
- Stanojević, Obrad: *Rimsko pravo*, Dosije, Beograd, 2007.
- Stein, Peter: *Roman Law in European History*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
- Stojčević, Dragomir: *Rimsko privatno pravo*, IPŠ „Savremena administracija“, Beograd, 1985.
- Taranovski, Fedor: *Enciklopedija prava*, Gece Kona, Beograd, 1923.
- Vajs, Albert i Kandić, Ljubica: *Opšta istorija države i prava*, IPŠ „Savremena administracija“, Beograd, 1968.
- Vajs, Albert i Kandić, Ljubica: *Opšta istorija države i prava: feudalni period*, IPŠ „Savremena administracija“, Beograd, 1999.
- Višić, Marko (pri.): *Zakonici drevne Mesopotamije*, CID, Podgorica, 2003.

---

- Vulićević, Vojislav: „Sudska praksa kao izvor prava“ u *Glasnik advokatske komore* u AP Vojvodine, god. XV, br. 7, Novi Sad, 1966 (7-12).

- Wacks, Raymond: *Understanding Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

- Watson, Alan: *Roman Law & Comparative Law*, The University of Georgia Press, London, 1991.