

eudaimonia

Revija za pravnu, političku i
socijalnu teoriju i filozofiju

Vol. 7 No. 1 • 2023.

Izdavač

IVR **SRBIJA**

Srpsko udruženje za pravnu
i socijalnu filozofiju

PRAVNE PRAZNINE KAO ANOMALIJA
PRAVNOG SISTEMA – RAZMATRANJE
POJMA I PRIRODE PRAVNIH PRAZNINA

Mina Čeperković

Strane: 151–176

Mina Čeperković*

PRAVNE PRAZNINE KAO ANOMALIJA
PRAVNOG SISTEMA – RAZMATRANJE POJMA
I PRIRODE PRAVNIH PRAZNINA

Razvojem ljudskog društva nastaju nove društvene situacije kojima pravo često ostaje nedoraslo te se, stoga, javlja i potreba njihovog normiranja. Druga mogućnost je da je zakonodavac nevest, da se prilikom normiranja određenih odnosa služio neodređenim izrazima ili da je, iz različitih razloga, propustio da te odnose normira. Tako u pravu nastaju pravne praznine, koje treba analizirati i popuniti, naročito zbog toga što se od prava očekuje da normira one odnose koji omogućavaju i olakšavaju društveno funkcionisanje. Neophodno je, dakle, izložiti celovit teorijski pristup problematici postojanja pravnih praznina sa stanovišta pravne teorije. Posebnu pažnju treba posvetiti i popunjavanju pravnih praznina. Međutim, kako to nije predmet ovog rada, naglasićemo samo nužnost rešavanja tog pitanja.

Ključne reči: Pravne praznine, tumačenje prava, pravna teorija, popunjavanje pravnih praznina, filozofija prava

1. UVOD

„Pravnih praznina mora biti jer je život uvek složeniji od prava, a naročito zato što se on uvek brže razvija i menja nego pravo. Pravo po pravilu tapka za životom.”

Radomir Lukić

Radi potpunijeg razumevanja značaja teme koja se u radu razmatra, treba već na početku objasniti pravo i njegovu ulogu u društvu. Ne samo pravnicima, već i laicima, jasno je da pravo teži regulaciji svih

* Autorka rada je studentkinja druge godine osnovnih akademskih studija Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: minaceperkovic@gmail.com.

segmenata društvenog života. Ipak, neretko se dešava da, iz različitih razloga, pravo ne uspe u tome. Primera radi, odnosi za koje se pretpostavlja da bi ih bolje uredili subjekti kojih se oni tiču prepušteni su slobodnom regulisanju tih subjekata, a pravo ih reguliše supsidijarno. Kako je već napomenuto, nije retkost da i oni odnosi koje bi pravo trebalo da reguliše primarno ne budu regulisani uopšte ili budu regulisani delimično. Naime, iako „pravo ili, tačnije rečeno, pravna sfera predstavlja jednu od najvažnijih i najsloženijih sfera društvenog života civilizovanih političkih zajednica” (Stanković 2001, 240), ono nije onipotentno. Pravo neretko propušta da reguliše sve društvene situacije koje bi trebalo da uredi jer „iluzija je smatrati da kodifikovana pravila ne sadrže praznine i da je život i važeće pravo samo ono što je u zakonu napisano” (Spaić 2020b, 197). Tako, upravo zbog „neizbežnog lakunoznog karaktera pravnog poretka” (Spaić 2020b, 199) nastaju „anomalije”¹ pravnog sistema koje se u pravnoj nauci i pravnoj praksi nazivaju pravnim prazninama. Njihovo postojanje u pravnom sistemu ima negativne posledice pa ćemo, upravo zato, insistirati na neophodnosti njihovog popunjavanja kako bi se eliminisale iz pravnog sistema.

One, pre svega, izazivaju pravnu nesigurnost. Značaj konstatovanog problema najlakše je shvatiti ako razmotrimo šta norme pravnog sistema znače za subjekte prava. Karl Luelin (Karl Llewellyn) zagovara stanovište da svaka društvena grupa ima svoje osnovne potrebe koje pravni sistem reguliše, osiguravajući na taj način da ta grupa opstane, s jedne strane, i obezbeđujući rešenja za potencijalne sukobe koji bi u takvoj grupi potencijalno nastali, s druge strane. Smatra da je uloga prava i da, osim što obezbeđuje način rešavanja tih sukoba, istovremeno omogućava konstituisanje i priznavanje autoriteta u pomenutoj grupi (primerice Ustav) (Harris 2007, 3–4). Robert Samers (Robert Summers) definiše pet mogućih načina kojima se, putem prava, implementiraju socijalne politike: upotreba prava sa ciljem eliminisanja sukoba među članovima društva, kao mehanizma kojim se zabranjuju i procesuiraju nepoželjna ponašanja, kao načina da se propagiraju određena njime definisana ponašanja, upotreba prava sa ciljem upravljanja raznovrsnim javnim dobrima i, konačno, radi pružanja potpore određenim odnosima među članovima društva (Harris 2007, 4). Imajući sada na umu ta dva gledišta i činjenicu da subjekti prava u najvećem broju slučajeva postupaju onako kako norme pravnog sistema

¹ Anomalija je termin korišćen u: Nenadić, Bosa, Agneš Kartag-Odri, Katarina Manojlović-Andrić 2008, 669–691.

nalažu, sasvim je jasno da je postojanje pravne praznine veoma važan problem. Samo postojanje praznina, dakle, ima direktne posledice na, u ovom slučaju neregulisanje pojedinih društvenih odnosa. Primerice, „današnja Srbija ima aljkavije uređeno građansko pravo od devetnaestovekovne Srbije, pa tako postoje neke pravne oblasti koje ni danas nisu uređene propisom donetim posle oktobra 1946. godine, pre svega u oblasti stvarnog prava” (Živković 2014, 182). Naime, u XXI veku u Srbiji na lične službenosti se primenjuju odredbe Srpskog građanskog zakonika, od čijeg je donošenja prošlo čak 178 godina. Iako ta pravila i sada u izvesnom smislu odgovaraju potrebama modernog društva, nesporno je da bi kodifikacija kojom bi, bez praznina, bile detaljnije uređene lične službenosti nesumnjivo uticala na povećanje pravne sigurnosti.

Nastanak pravnih praznina teorija i filozofija najčešće objašnjavaju dinamičnošću društvenog života. Odnosi koji su bili normirani iščekavaju, a istovremeno se javlja potreba da se regulišu novi društveni problemi i situacije, pa tako društvene promene uslovljavaju promenu zakona i podzakonskih akata. *Exempli causa*, u pravnoj teoriji je prvo vladalo mišljenje da su subjekti prava fizička lica, a onda se razvilo mišljenje da se status subjekta prava priznaje i organizacijama koje nisu fizička lica, ali su sastavljene od njih. Krug subjekata prava se širi i danas, te su određena prava priznata i životinjama, samo se vodi polemika o njihovom obimu.

Ta podela subjekata prava dugo je bila dominantna i činila se dovoljnom. Međutim, u ovom veku razmatra se i četvrta kategorija subjekata prava – virtuelni lik (Mitrović, Trajković 2011, 28–42). Razmatranja dosad nepoznatih entiteta kao potencijalnih subjekata prava uslovljena su informaciono-tehnološkim razvojem. Radi unapređivanja poslovnog saobraćaja, koji se sada odvija i u računarskoj stvarnosti, značajni su postali virtuelni likovi koji proizvode pravne posledice i u virtuelnoj i u realnoj stvarnosti. Zbog toga se i javila praktička potreba definisanja njihove pravne prirode.

Drugi primer koji odražava dinamičnost društvenog života u odnosu na statičnost pravnog poretka jeste situacija iz osamdesetih godina prošlog veka, kada se proširila primena ljudskog embriona, koji se od tada koristi ne samo u svrhu veštačke inseminacije već i u medicinskim istraživanjima. Zbog toga su otvorena mnoga etička i pravna pitanja, a najznačajnije se ticalo dozvoljenosti takvih oglada na čovečjem embrionu. Dilema je sledeća – da li se prema embrionu treba odnositi

kao prema stvari ili kao prema ljudskom biću? Dilema o kojoj govorimo uzrokovala je izgradnju zasebnog zakonodavstva o veštačkom oplođenju žena u razvijenijim zemljama (Radišić 1992, 221–238). To su samo neka od mnogih pitanja iz pravnog života čija je regulacija bila neophodna usled nastanka novih društvenih okolnosti te neminovnog postojanja praznina u tadašnjem zakonodavstvu.

Klaudija Irti (Claudia Irti) u svom radu „The Problem of Legal Gaps” (Irti 2014, 157–179) klasifikovala je mnoge probleme koji su se javljali povodom pitanja pravnih praznina: „tipološki problem”, koji se odnosi na potrebu definisanja pojma pravne praznine, „ontološki problem”, odnosno različita mišljenja o kompletnosti pravnog sistema sa ciljem da potvrde ili ospore postojanje pravnih praznina, „metodološki problem”, povodom kojeg se razmatraju metode koje tumač prava koristi sa ciljem njihove integracije, i „fenomenološki problem”, u kojem se praznine posmatraju kao varijable zavisne od načina tumačenja.

U ovom radu ćemo: 1. objasniti pojam pravnih praznina i razmotriti pitanje njihovog postojanja; 2. izložiti klasifikacije pravnih praznina prisutnih u našoj i inostranoj literaturi; 3. kritički razmotriti različite klasifikacije pravnih praznina da bismo konačno 4. izložili perspektivu iz koje smatramo da treba razmatrati problem pravnih praznina.

2. POJAM PRAVNE PRAZNINE

Kada tumači pravo, tumač pretpostavlja da je tvorac norme „idealna”, odnosno da savršeno poznaje društvo i njegove potrebe, mogućnosti prava u regulisanju društvenih odnosa i ostvarivanju društvenih interesa, zatim ceo postojeći sistem prava, tehniku njegovog stvaranja i primene, te da pritom potpuno pravilno logički razmišlja. Ta pretpostavka u izvesnom smislu znači i savršenost prava koje je takav normotvorac stvorio. Ipak, ova konstatacija ne odgovara stvarnosti. Tvorac pravne norme nije savršen, te su stoga nedostaci, greške pa i praznine sasvim izvesni (Lukić 1979, 125).

Ipak, o pitanju postojanja pravnih praznina u literaturi postoje oprečna mišljenja, te je nužno, pre svega, objasniti postoje li one uopšte. Naime, iako su zamisliva i druga gledišta o toj dilemi, razmotrićemo samo dva osnovna, od kojih jedno negira njihovo postojanje, dok drugo zauzima stav da je sasvim izvesno da će one postojati.

2.1. Šta pravne praznine nisu?

Od pravnih praznina treba razlikovati društvene odnose o kojima pravo sa namerom „ćuti“, za koje koristimo termin pravno slobodan prostor. To su slučajevi kada treba proceniti da li je za društvo korisnije da konkretan društveni odnos ne bude regulisan opštom ili pojedinačnom normom (Mitrović 2010, 472). Odnosno, situacije za koje zakonodavac proceni da ne treba da ih normira. Razlika postoji i između pravnih praznina i pravnih standarda, odnosno pojmova „koji menjaju svoju konkretnu sadržinu zavisno od svakog konkretnog slučaja“ (Vasić, Jovanović, Dajović 2021, 221). Kako nije moguće unapred predvideti ponašanje koje će se zahtevati u svakom pojedinačnom slučaju, od odnosnog subjekta se zahteva da se ponaša saobrazno ponašanju prosečnog čoveka. Nadležni organ će proceniti koje je to ponašanje koje se zahteva imajući u vidu pojedinosti konkretnog slučaja. *Ergo*, konkretna obaveza koja se zahteva nije određena pravnim standardom ali je određiva.

Iako se u domaćoj literaturi javljaju gledišta da su pravni standardi jedna vrsta pravnih praznina, sa takvim mišljenjem se nije moguće složiti. Ne bi bilo ispravno reći ni da pripadaju pravno slobodnom prostoru jer pravo određeni odnos na izvestan način njima ipak reguliše. Pravnicima je možda najpoznatiji primer „dobrog domaćina“. Zavisno od stvari koja je dobrom domaćinu ostavljena na čuvanje, on će postupati drugačije. Nešto složenija sintagma sadržana je u normi u Zakonu o javnom redu i miru Republike Srbije: „ko se bavi vraćanjem, proricanjem, tumačenjem snova ili *sličnim obmanjivanjem na način koji uznemirava građane ili narušava javni red i mir – kazniće se...*“² (istakla M. Č.). Kako vidimo, nije precizno određeno na koja ponašanja se odnosi sintagma „slično obmanjivanje“, koji je to „način koji uznemirava građane“ i „narušava javni red i mir“. To će proceniti sudije saobrazno konkretnim okolnostima slučaja koji imaju da reše. Odnosno, državni organi u ovom slučaju procenjuju da li osoba svojom radnjom narušava javni red i mir i koje se ponašanje može kvalifikovati kao obmanjivanje građana. Drugim rečima, pravni standardi su namerno neodređene jezičke formulacije kojima zakonodavac ostavlja prostor za donošenje odluke na osnovu diskrecione ocene nadležnog državnog organa. Zbog toga društvene odnose na koje se te formulacije odnose ne možemo smatrati pravnim prazninama.

² Zakon o javnom redu i miru, *Službeni glasnik RS* 6/2016 i 24/2018, čl. 15. st. 1.

2.2. Šta pravne praznine jesu?

U domaćoj literaturi autori najčešće polaze od definicije pravnih praznina Radomira Lukića da one predstavljaju „društvene odnose koji nisu regulisani pravom iako bi zbog društvenog interesa trebalo da jesu” (prema Mitrović 2010, 472). Kako građansko pravo u Republici Srbiji nije kodifikovano, kao ilustraciju definicije možemo uzeti bilo koji od mnogobrojnih primera iz pravnog života. Naime, u slučaju građenja na tuđem zemljištu, Zakonom o osnovama svojinskopравnih odnosa (u daljem tekstu ZOSPO) regulisane su tri situacije: kada je gradilac nesavestan a vlasnik zemljišta savestan, kada je vlasnik zemljišta nesavestan a gradilac savestan i kada su obojica savesni. Ipak, ZOSPO propušta da reguliše situaciju kada su i gradilac i vlasnik zemljišta nesavesni. Tu pravnu prazninu je moguće popuniti analognom primenom rešenja situacije kada su obojica savesni, ali treba imati u vidu da je nesavesnost gradioca uzročna, dok je nesavesnost vlasnika zemljišta posledična pa je, tako, rešenje privremeno i neadekvatno.

Neki od društvenih odnosa „koji pravom nisu regulisani ali bi zbog društvenog interesa trebalo da budu” ne predstavljaju nužno problem jer je sudska praksa našla rešenja primenom analogije, što ne znači da te odnose nije neophodno regulisati. *Exempli causa*, srpsko pozitivno pravo ne sadrži odredbe o tome koja deca će se smatrati vanbračnom. Primenom *argumentum a contrario* sa normama o bračnom očinstvu, vanbračna deca su ona koja nisu rođena u braku svojih roditelja ili u roku od 300 dana od dana prestanka tog braka smrću muža majke. Ili, pravo na tužbu radi osporavanja bračnog očinstva ne prelazi na naslednike, ali naslednici mogu da nastave spor pokrenut tužbom sa ciljem da se utvrdi da je postojao osnov za osporavanje bračnog očinstva. Problem proizilazi iz toga što nije precizirano da li je to pravo priznato samo zakonskim ili i testamentalnim naslednicima.

2.3. Postoje li uopšte pravne praznine?

Iako je danas teško zamisliti pravni sistem koji nema praznina, sredinom XIX veka bilo je dominantno gledište o zaokruženosti pravnog sistema. Naime, dve pravne škole – pojmovne jurisprudencije i zakonskog pozitivizma – zastupale su stanovište o zatvorenom sistemu normi, ustanova i pojmova. Zadatak sudije je da supsumpcijom iz norme izvede rešenje.

Rešenje konkretnog slučaja sadržano je, dakle, u pravnom sistemu, pravnih praznina nema, nema ni vanpravnih kategorija poput, recimo, morala i, što je još važnije, sudija ne stvara pravo. Zadatak nauke je, pre svega, da iz postojećih principa, pojmova i pravila izvede nove i da ih poveže u sistem te da njihovom jasnoćom isključi samovolju sudije (Stanković, Vodinelić 2007, 275). Herman Kantorovič (Hermann Kantorowicz), nemački pravnik i oponent takvog načina rasuđivanja, ipak kaže sledeće: „Samo se jurisprudencija, sasvim sama, usled svoje tobože sistematske potpunosti, pouzdaje u to da može da reši svaki stvarni i svaki zamišljeni problem, pa tu sposobnost zahteva čak i od poslednjeg od svojih pristalica” (Kantorovič 2006, 15–16). Kantorovič nastavlja ironično, označavajući nadržilekara i dogmatskog pravnika kao „fatalne pobratime”.

Među domaćim pravnim teoretičarima, istaknuti pripadnik škole pojmovne jurisprudencije bio je Živojin Perić. Povodom ovog pitanja zauzima jasan stav: „Sudija, za jedno kraće ili duže vreme po kodifikaciji, nije ništa drugo do jedan običan posrednik između zakonodavca i pojedinca (parničara), kojima ima, kao neki fonograf, samo da ponovi reči zakonodavčeve” (Simić 1979, 319). U ovom slučaju se samo nameće pitanje: šta kada zakonodavčevih „reči” nema? Odgovor na pitanje izostaje jer Perić negira ne samo postojanje pravnih praznina *ab initio* već i onih koje bi kasnije nastale. Smatrajući da je zakonodavac nepogrešiv, branio je fikciju o zakonodavcu kao nekom višem, savršenom biću. On ne samo da poznaje i normira sve odnose u društvu već njegova volja determiniše postojeće pa i one buduće odnose zato što je zakonodavac „biće koje prozire u budućnost”, odnosno ima „moć vidovitosti” (Simić 1979, 331). Govori o opštim principima i duhu zakona koji su „ključ” rešenja situacija u kojima zakonodavac „čuti”. Dakle, posao sudije je jednostavan, on ne stvara pravo nego sprovodi volju zakonodavca, praznina nema već „samo treba umeti tražiti i umeti naći”. U zakonskom tekstu se nalaze odgovori na sve potencijalne dileme. Grigorije Geršić zauzima isto stanovište.

Ipak, stanovišta o potpunosti pravnog sistema, vidovitom zakonodavcu i sudiji koji mehanički presuđuje ubrzo su napuštena. Pravna misao nastavlja da se razvija u drugom pravcu. Rudolf Jering (Rudolf Ihering) bio je prvi čija su se gledišta kosila sa mišljenjima pripadnika škole pojmovne jurisprudencije. Zatim, osamdesetih godina XIX veka, Bedan (Charles Beudant), Bifnoar (Bufnoir), Labe (Labbé) i Salej (Raymond Saleilles) zastupaju stanovište o neminovnom postojanju

pravnih praznina jer je društveni život nemoguće potpuno regulisati pravnim normama. U to vreme, 1899. godine, objavljeno je delo Francois Ženija (Francois Gény) „Načini tumačenja i izvori u pozitivnom privatnom pravu”, kojim je otpočela nova era u pravnoj nauci. Ženi je oborio teoriju o zatvorenosti i samodovoljnosti formalnog poretka, ukazao na zabludu o svemoći zakonodavca i naglasio da je neophodno da pravo izađe iz svojih okvira (Simić 1975, 139–145).

Kao reakcija na školu pojmovne jurisprudencije, u Nemačkoj se razvijaju škola interesne jurisprudencije i pokret slobodnog prava. Pripadnici tih škola smatraju da sudija ne može da reši sporni slučaj supsumpcijom već ispitujući cilj norme i rekonstruišući zakonodavčevo vrednovanje koje je izvršio. Rešenje sporne situacije može da sprovede i uprkos „slovu zakona” ako je pravna norma preuska ili ima nedostataka. Pojmovi su često neodređeni, a pravnu normu posmatraju kao proizvod interesa koji su u sukobu (Stanković, Vodinelić 2007, 276). Kantorovič (Kantorovič 2006, 7), osnivač škole slobodnog prava, pravnik i pripadnik škole pojmovne jurisprudencije predstavlja krajnje ironično: „Viši državni činovnik sa akademskim obrazovanjem sedi u svojoj sobici naoružan samo jednom mašinom za mišljenje, naravno, jednom od najizvršnijih. Jedini nameštaj te sobice jeste jedan zeleni sto na kojem pred njim leži državni zakonik. Čovek mu daje kakav bilo slučaj, stvarni ili samo izmišljeni, i shodno svojoj dužnosti on će biti kadar da pomoću čisto logičkih operacija i jedne tajne tehnike, samo njemu shvatljive, s apsolutnom egzaktnošću pokaže rešenje koje je zakonodavac prethodno odredio u zakoniku.” Pripadnici tog pokreta insistiraju na postojanju pravnih praznina u zakonskim tekstovima, ističući da je pravo nepotpuno, odnosno da „nema manje praznina nego reči”. Smatrali su i da dogma o nepostojanju praznina ugrožava pravnu sigurnost jer omogućava „sudijama da potajno unesu u svoje odluke subjektivne vrednosne sudove” (Tucak 2019, 693).

Hans Kelzen (Hans Kelsen), austrijski pravnik i pravni filozof, ipak negira postojanja pravnih praznina. Kelzen (Kelzen 2007, 69) smatra da pravne praznine pretpostavljaju postojanje spora koji se ne može rešiti usled nedostatka pravne norme koja bi taj odnos regulisala. On, međutim, smatra da takav spor ne postoji. Naime, u pravnom sporu postoje dve stranke, od kojih jedna nešto traži od druge, međutim, ako se od jedne stranke primerice zahteva neko ponašanje koje nije normirano, onda sledi da ta stranka ima „pravom zajemčenu slobodu” da se ne ponaša na način na koji se od nje zahteva; tada govorimo o

„negativnoj normi koja se primenjuje u odluci kojom se odbija zahtev usmeren na ponašanje koje nije učinjeno obavezom”. Da pojednostavimo, „sve što nije izričito zabranjeno, dozvoljeno je”, odnosno, što pravo misli ono to i kaže. Do istog zaključka dolazi i Gustav Radbruch (Gustav Radbruch). Recimo da neko lice neovlašćeno ulazi u komšijsko dvorište, iako mu je komšija izričito rekao da to ne radi. Tada između njih dvojice nastaje spor u kome komšija čije je imanje zahteva nečinjenje. U slučaju da u važećem pravu ne postoji norma koja takvo ponašanje zabranjuje, odnosno ne obavezuje drugog komšiju na nečinjenje, u skladu sa Kelzenovim gledištem opravdano možemo zaključiti da je takvo ponašanje komšije implicitno dozvoljeno, pa je na taj način zaista moguće rešiti eventualne sporove koji bi nastali. Ipak, takvo gledište se čini pojednostavljenim. Kako pravne praznine podrazumevaju potrebu rešavanja pitanja u nastalim sporovima povodom kojih, usled prirode neregulisanog pitanja, nije moguće samo ne postupiti kako se zahteva jer se često ne zahteva ništa te je regulacija datog pitanja neophodna.

Exempli causa, Osnovnim zakonom o braku iz 1946. godine bilo je dozvoljeno sklapanje braka osobama mlađim od 18 godina, ali nije bila propisana najniža starosna granica maloletnih lica koja žele da sklope brak (Draškić 2019, 38). Iako se čini malo verovatnim da će sudija koji odlučuje o zahtevu za sklapanje braka podnetom od maloletnog lica smatrati da je moguće uzeti u obzir svako godište koje podrazumeva u izvesnoj meri razvijenu sposobnost rasuđivanja, sledeći prethodno izložena gledišta, čini se da bi sudija koji ne dozvoli brak mlađem maloletniku delovao *contra legem*. Neophodno je, ipak, naročito zbog toga što su u pitanju maloletna lica, kao što to današnja zakonodavstva čine, propisati najnižu starosnu granicu maloletnika koji pre punoletstva želi da sklopi brak.

Razmotrimo i sledeću situaciju: prema istom Osnovnom zakonu o braku (čl. 56. st. 2), pravo na tužbu za razvod braka ima ona strana čijom krivicom nisu nastali poremećeni bračni odnosi. Kako supružnik čijom su krivicom poremećeni bračni odnosi nastali nije mogao da zatraži razvod braka, a drugi supružnik iz različitih razloga tu mogućnost nije želeo da koristi, to je u praksi imalo za posledicu da su brakovi *de iure* i dalje postojali i nisu mogli da se razvedu, ali nisu postojali *de facto* zbog potpunog prekida bračnog odnosa supružnika, te su onda jedan ili oba supružnika živeli sa drugim partnerom u vanbračnoj zajednici. Takvi brakovi, usled njihovog sve većeg broja, nazvani su mrtvim brakovima, a ujedno se javila potreba normiranja tog

odnosa tako da i krivom bračnom drugu bude omogućeno pravo na tužbu za razvod braka (Draškić 2019, 40).

U radu se staje na stranu stanovišta koje je u pravnoj teoriji preovladalo – da pravne praznine svakako postoje i polazi od, već pomenute, Lukićeve definicije. Reč je, dakle, o društvenim odnosima koji pravom nisu regulisani iako postoji društvena potreba za njihovim normiranjem.³

2.4. Pravne praznine u krivičnom pravu

Pre nego što razmotrimo argumente oba ova stanovišta, treba napomenuti da je dominantan stav da se o postojanju pravnih praznina uopšte ne raspravlja u krivičnom pravu, zbog čega je potrebno, doduše kratko, objasniti (ne)mogućnost njihovog pojavljivanja.

Krivičnim pravom su propisana krivična dela i sankcije za njih kojima se štite najznačajnije vrednosti jednog društva. Međutim, kako su krivične sankcije najteže sankcije svakog pravnog sistema, javlja se potreba da se zakonom, koliko je to moguće, precizno regulišu granice kažnjavanja kako bi se osigurala pravna sigurnost odnosnih subjekata datog pravnog sistema. To se postiglo uvođenjem načela zakonitosti, koje je poznatije i kao načelo *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*. To načelo znači da niko ne može da bude kažnjen za delo koje, pre nego što je učinjeno, nije bilo propisano zakonom kao krivično delo i za koje nije bila propisana odgovarajuća kazna. Ergo, subjekti prava mogu biti kažnjeni samo za ono delo koje je kao kažnjivo bilo propisano zakonom u vreme kada je učinjeno. Na taj način, pravni poredak štiti građane krivičnim pravom, ali i od krivičnog prava. Građani se štite od arbitrarnog ponašanja sudskih organa, a onemogućava se i kažnjavanje na osnovu retroaktivnog, nedovoljno određenog ili nepostojećeg zakona (Simović, Simović 2013, 23–41).

Ipak, i pored svega prethodno rečenog, valja se zadržati na stanovištu da u krivičnom pravu nema pravnih praznina. Govoreći o pretpostavci njihovog nepostojanja, Đorđe Tasić (1938, 58) svoje gledište iznosi na jednostavnom primeru. Konstatujući da je tadašnji krivični

³ Ipak, treba napomenuti i da je nemoguće braniti tvrdnju da one postoje u odnosu na celokupan pravni sistem. Predviđajući mehanizme njihovog popunjavanja, pravni sistemi država praktično isključuju mogućnost nedostatka norme. To ne znači da pravne praznine ne postoje u odnosu na određeni deo tog sistema kao što je zakon, podzakonski akt ili ustav. Videti Stefanović 2013.

zakonik normirao krađu čaše kao delikt koji je bio kažnjavan odgovarajućom sankcijom, napominje da se bacanje te iste tuđe čaše u vodu nije tretiralo kao delikt a jasno je da on to svakako jeste. Neregulisanje tog delikta, dakako, jeste pravna praznina. Onda čitaocu predočava dilemu: ako praznine u krivičnom pravu ne postoje, da li to onda znači da je bacanje tuđe čaše u vodu dozvoljeno iako je očigledno da je u pitanju delikt?

Tasić na netipičnom primeru iznosi poentu ove celine rada. Kako nije moguće predvideti sve buduće situacije koje će biti potrebno normirati, nužno je prihvatiti postojanje praznina i u ovoj grani prava. Praznine su neminovne u pravnom sistemu jer, kao što je mnogo puta ponovljeno, društveni život nije statičan, a njegovim razvijanjem nastaju i novi *neregulisani* problemi koje zakonodavac treba da prepozna i normira.

Društveni odnosi su u toj meri kompleksni da, čak i sada u XXI veku, kada su pravni sistemi izgrađeni, iskrsavaju novi odnosi. Pa tako, u „digitalnom dobu” tehnologija nam pruža širok dijapazon mogućnosti koje nam olakšavaju život, ali, isto tako, ona povećava rizik od pojave novih krivičnih dela izvršenih putem tehnologije. Tako se pojavila osvetnička pornografija.⁴ Problem se javlja jer Krivičnim zakonikom ona nije normirana, kao doskoro ni krivično delo proganjanja. U takvim slučajevima u krivičnom pravu se primenjuje analogija, pa se tako žrtva može pozvati na čl. 144. (neovlašćeno fotografisanje) i čl. 145. (neovlašćeno objavljivanje i prikazivanje tuđeg spisa, portreta i snimka), odnosno članove koji se odnose na krivična dela protiv imovine. Načelno, osvetničku pornografiju je moguće podvesti pod pomenute norme, ali je priroda tog dela drugačija. Kao vid digitalnog nasilja, ona je u porastu, a pažnju javnosti je privukla nakon otkrivanja Telegram grupa.⁵ Potreba za posebnim normiranjem u vidu krivičnog dela, kao što je slučaj u nekim drugim državama, sasvim je izvesna, ali je prethodno neophodno ustanoviti da pravna praznina postoji i da treba da bude popunjena radi sankcionisanja nasilnika i pružanja adekvatne zaštite žrtvi.

⁴ „Osvetnička pornografija je svako neovlašćeno snimanje, ali i neovlašćeno deljenje, kao i pretnje deljenja eksplicitnog sadržaja sa seksualnim karakterom za koje je data saglasnost za snimanje ali ne i za distribuciju istog.” BBC. 2021. Digitalno nasilje i Telegram: Osvetnička pornografija i zloupotreba intimnih snimaka – i kako se zaštititi. <https://www.bbc.com/serbian/lat/srbija-56383660>, poslednji pristup 17. jula 2022.

⁵ Opširnije o pojmu videti na: B92. 2021. Nova „Telegram” grupa sa slikama nagih žena uznemirila je javnost. <https://www.b92.net/video/zivot/nova-telegram-grupa-sa-slikama-nagih-zena-uznemirila-je-javnost-1853771>, poslednji pristup 19. avgusta 2022.

Pomirenjem dva zahteva, od kojih je jedan potreba sankcionisanja situacija sličnih ovim koje smo razmotrili, a drugi je poštovanje načela zakonitosti, u krivičnom pravu je u slučaju pojave praznina ipak dozvoljena analogija, uz opreznost i poštovanje propisanih pravila njene primene.

3. KLASIFIKACIJE PRAVNIH PRAZNINA

Pre izlaganja o klasifikacijama pravnih praznina koje su zastupljene u teoriji prava, treba napomenuti da se klasifikacije ne isključuju međusobno. Naime, neki primeri pravnih praznina mogu biti klasifikovani u više grupa, koje će biti objašnjene.

3.1. Početne i naknadne pravne praznine

Osnovna podela pravnih praznina koju najčešće srećemo u pravnoj teoriji jeste prema vremenu nastanka – na početne i naknadne.⁶ *Početne praznine* nastaju u trenutku stvaranja pravne norme zbog previda njenog tvorca. Prilikom regulisanja postupka prekida trudnoće u zdravstvenim ustanovama, srpski zakonodavac propisuje da se prekid trudnoće bremenite žene starije od 16 godina obavlja samo na njen zahtev, a ako je bremenita žena mlađa od 16 godina, osim njenog zahteva, kumulativno je neophodna i pismena saglasnost njenog zakonskog zastupnika (Vuković 2015, 229–241). Kada bi zakonodavac propustio da reguliše taj uslov, susreli bismo se sa početnom pravnom prazninom.

Nakon donošenja pravne norme, a usled nastajanja društvenih odnosa koje normotvorac u trenutku stvaranja norme nije mogao da predvidi, nastaju *naknadne pravne praznine*. Pitanje koje se otvorilo u građanskom pravu povodom ljudskih leševa poslužiće nam za razjašnjavanje te vrste praznina. Naime, napretkom medicine, pojavila se dilema da li se i pod kojim uslovima leš i delovi čovečjeg tela mogu smatrati stvarju u građanskopravnom smislu. Odgovor na to pitanje je pozitivan ako postoji punovažan pravni osnov za njihovo prisvajanje. Dalje, u pogledu prisvajanja leša kao celine, omogućeno je da njime testamentarno raspolaže umrli za vreme svog života ili članovi njegove

⁶ U literaturi srećemo i podelu na primarne i sekundarne pravne praznine. Tvorac te podele je Đorđe Tasić, a ona suštinski odgovara podeli na početne i naknadne.

porodice ako se umrli nije tome protivio tokom svog života. Međutim, zakonodavac nije propisao uslove pod kojima je članovima porodice omogućeno takvo raspolaganje i kojim redosledom, koji je značajan naročito ako se neki od članova porodice protivi, dok je drugi recimo saglasan.⁷

3.2. Zakonske i ustavne pravne praznine

S obzirom na materiju neregulisanog društvenog odnosa, pravne praznine delimo na *zakonske* i *ustavne*.⁸ Treba odmah napomenuti da praznine o kojima će nakon ove podele biti reči takođe mogu biti u zakonu, pa su u izvesnom smislu one ujedno i zakonske pravne praznine.

U pogledu *zakonskih pravnih praznina*, razmotrićemo u pravnoj teoriji sve češće nedoumice u vezi sa zaveštanjem sačinjenim putem video-zapisa. Naime, savremeni svet odlikuju ubrzan razvoj informacionih tehnologija i sve veći broj tehničkih dostignuća, pa se javila dilema da li zaveštanje putem video-zapisa treba da bude poseban oblik zaveštanja (Kaščelan 2011, 255–272), imajući u vidu da se do sada koristio samo kao dodatak postojećim punovažnim formama. Takvi stavovi se potkrepljuju argumentima da video-zapis testatoru pruža mogućnost da objasni određene reči ili fraze korišćene u testamentu i na taj način izbegne da ih sudija pogrešno protumači. Ipak, takav način testamernog raspolaganja omogućava i različite vrste zloupotreba i malverzacija, ali je izvesno da će se u praksi sve više javljati slučajevi korišćenja video-zapisa prilikom sačinjavanja testamenta, pa deluje da je pitanje vremena kada će zakonom biti regulisano kao samostalna forma.

Treba naglasiti da je pojava *ustavnih pravnih praznina* pogubnija za pravni poredak zbog prirode materije koja se tim aktom reguliše. Prvo naglašavamo da se u Ustavu javljaju članovi koji određeno pitanje ne regulišu u Ustavu već upućuju na zakon. U skladu sa Lukićevom definicijom, od koje se u radu polazi, njih ne smatramo prazninama naprosto zato što norma postoji, samo upućuje na zakon. Shodno tome, korektnom smatramo sledeću definiciju ustavnih praznina: ustavne

⁷ Zakon o zdravstvenoj zaštiti, *Službeni glasnik RS* 25/2019, čl. 210. st. 1. i 3.

⁸ Podela na zakonske i ustavne pravne praznine nekada se određuje kao podele pravnih praznina na „osnovu akta u kom se nalaze”. Međutim, ako sledimo definiciju koju smo prihvatili u radu, da su pravne praznine društveni odnosi, jasno je da se, u strogom smislu, pravna praznina ne može „naći” u pravnom aktu. Moguće je samo da se pravnim aktom reguliše ili ne reguliše neki društveni odnos.

praznine su društveni odnosi koji se smatraju ustavnom materijom, a koji nisu regulisani ustavom.

Ergo, sada već ne govorimo o bilo kom društvenom odnosu već o ustavnom odnosu uspostavljenom između ustavnih institucija. U slučaju kada taj odnos nije regulisan zakonom, a u Ustavu se na zakon upućuje, govorimo o zakonskim pravnim prazninama. U Ustavu Republike Srbije ima više primera te vrste „praznina”: „O Narodnoj skupštini donosi se zakon” ili „O predsedniku Republike donosi se zakon”.⁹ Prosto, kada govorimo o normiranju Ustavom, zahvalnije je normirati okvirno, a onda određene odnose u pojedinostima normirati zakonom. Primerice, u Ustavu Švajcarske su postojale norme kojima se reguliše prekrivanje lica, sada te norme nisu u Ustavu, ali to smatramo adekvatnim primerom odnosa koje Ustav ni ne treba da normira. Baš zato mislimo da je u izvesnom smislu i neizbežna pojava određenih praznina, delom zbog ovakvog načina normiranja, a delom i zato što sam ustavotvorac ne može da predvidi sve potencijalne situacije koje se mogu javiti (naravno, jedna od mogućnosti je i da je sam ustavotvorac nevest, ali u to nećemo dalje zalaziti).

3.3. Prave i neprave pravne praznine

Prave pravne praznine nastaju usled regulisanja složenog društvenog odnosa i istovremenog propuštanja da se neki njegov sastavni deo reguliše. Recimo, Zakonom o nasleđivanju Srbije iz 1961. godine regulišu se način i uslovi pod kojima se sastavlja vojnički testament (Babić 1994, 388–404). Međutim, Zakon se tu zaustavlja i ne predviđa način postupanja sa testamentom sastavljenim na taj način. U tom slučaju, mogu se primenjivati odredbe koje se odnose na čuvanje redovnog testameta, ali treba imati u vidu da je taj oblik poslednje izjave volje sastavljen u neredovnim okolnostima, naročito imajući u vidu da se vojnik u ratu može suočiti sa nepredviđenim okolnostima te je, stoga, sasvim izvesno da pitanje njegovog deponovanja pravom treba zasebno regulisati.

Nešto noviji primer tog tipa pravnih praznina nalazimo u Zakonu o izmenama i dopunama Zakona o matičnim knjigama, koji je Narodna skupština Republike Srbije usvojila 2018. godine (Draškić 2019, 89–90). Naime, u postojeći tekst zakona uneta je odredba kojom je omogućeno da se u matičnu knjigu rođenih nadalje upisuje podatak o promeni pola na osnovu rešenja opštinske/gradske uprave u či-

⁹ Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS* 98/2006 i 115/2021, čl. 110. i 121.

joj je nadležnosti vođenje matičnih knjiga. Međutim, osim pomenute norme, ne postoji druga norma koja bi na potreban način detaljnije regulisala to pitanje, recimo, kakve uslove treba da ispuni osoba koja želi da promeni pol, kakve su pravne posledice te promene, kakva je medicinska dokumentacija neophodna, postoje li pravne prepreke koje bi osobi koja želi da promeni pol onemogućile da to učini... Zbog toga su lokalni upravni organi u obavezi da ta i slična pitanja rešavaju snalazeći se i procenjujući posebno svaki slučaj koji se pred njima pojavi.

Neprave pravne praznine nastaju neregulisanjem čitave jedne oblasti društvenih odnosa opštim normama. U literaturi, mnogi pisci takve slučajeve ne priznaju za pravne praznine, pa se one zato i zovu neprave pravne praznine. Međutim, u radu se zauzima stanovište pojedinih kritičara da su one moguće i da bi trebalo da budu priznate kao praznine (Lukić 1961, 148). Mogući razlog nastajanja tog tipa praznina je nepotpunost pravnih sistema koji su još u razvoju, a koje Lukić naziva „mlada prava”. Ipak, taj vid praznine se može javiti i iz drugačijih razloga. Primerice, jedna od opcija u regulisanju začeca je i voljna sterilizacija. Prednosti tog vida kontracepcije su nemerljive (Rašević 2002, 15–33), ipak u Srbiji ne postoji zakonska regulativa te pojave, iako se ona sprovodi u ginekološkim klinikama (Milošević 2021, 159). Zato je neophodno zakonski regulisati takav vid kontracepcije, propisivanjem procedure za izvođenje postupka, njene cene i uslova koje lice koje želi da ona bude sprovedena mora da ispunjava. Naročito ako imamo u vidu da je pitanje voljne sterilizacije ne samo regulisano u uporednom pravu već da ona predstavlja i kontraceptivni metod broj jedan u svetu (Rašević 2002, 15–33).

3.4. Normativne, tehničke i vrednosne pravne praznine

Moguća je i podela pravnih praznina zavisno od toga koji deo norme nedostaje. Tako možemo govoriti o tehničkim i vrednosnim prazninama. *Tehničke* pravne praznine javljaju se u dva slučaja, kada nedostaju dispozicija ili sankcija norme ili, u drugom slučaju, zbog neodređenosti i nejasnosti pojmova u dispoziciji ili sankciji (recimo, prilikom korišćenja pravnih standarda – najbolji interes, očigledna nepravda, znatno uvećanje vrednosti, opšta podobnost i njima slični).

Vrednosne praznine su rezultat ličnog suda jednog ili više pravnih subjekata da pravni sistem tom normom određeni odnos uređuje na nepravedan način te da normu treba uskladiti sa vrednosnim poimanjem subjekata. Te praznine objašnjava i Kelzen, ali ih svodi na tehničke,

objašnjavajući ih na sledeći način: izraz praznina navodi na obmanu da odluka logički nije moguća već da je reč o situaciji kada arbitar koji na konkretan slučaj treba da primeni zakon već postojeću normu zamenjuje novom. To su slučajevi za koje smatra da bi zakonodavac, da je na taj slučaj rezonovao, postupio drugačije nego što kaže slovo zakona. „Prema tome, takozvana 'praznina' nije ništa drugo nego razlika između pozitivnog prava i jednog poretka koji se smatra boljim, pravednijim, ispravnijim” (Kelzen 2007, 69), odnosno tehnička praznina je „razlika između pozitivnog prava i poželjnog prava” (Kelzen 2007, 70).

Međutim, smatramo da je pogrešno vrednosne „praznine” smatrati pravnim prazninama jer one to nisu. Sa tim stanovištem se slažu i domaći teoretičari, koji smatraju da se u slučaju vrednosnih „praznina” radi o pravno-političkom stavu koji negativno vrednuje pravnu normu, a ne pravnu prazninu (Nenadić, Kartag, Andrić 2008, 675). Ovde ćemo to objasniti ovako – pre svega, ranije smo objasnili šta pravne praznine znače, a ova vrsta „praznina” se ne uklapa u definiciju datu u radu jer norma kojom je dati odnos regulisan postoji, a sasvim je drugo pitanje da li način na koji je taj odnos regulisan odnosno subjekti smatraju adekvatnim. Dalje, kada bismo rezonovali na taj način, sigurnost koju pravni poredak jemči bila bi dovedena u pitanje jer bismo na taj način, načelno, svako rešenje određenog pitanja koje pravo ponudi mogli da osporavamo i krojimo shodno subjektivnoj proceni.

Navešćemo i primer vrednosne „praznine”. Ranije se u srpskoj nauci krivičnog prava nije prihvatila mogućnost da maloletno lice da krivičnopravno relevantan pristanak na povredu ne samo ličnog već bilo kog pravnog dobra. Intuitivno se možemo složiti da bi mnogima takvo zakonsko rešenje moglo delovati nepravedno iako je ono tada bilo odraz shvatanja da se samo od roditelja odnosno državnog organa može očekivati da adekvatno procenjuju interes maloletnika (Vuković 2015, 229–241).¹⁰ Još jedan primer te vrste praznina nalazimo u slučaju *Riggs vs. Palmer*. Naime, pre više od jednog veka u SAD, podignuta je tužba protiv testamentarnog naslednika Elmera (Vasić, Jovanović, Dajović 2021, 356), koji je istovremeno bio i ubica zaveštaoca, svog dede Frensis. Tužilje su bile pokojnikove ćerke, koje su smatrale da ubica ne bi trebalo da nasledi svoju žrtvu, te su zahtevale da se Elmer liši nasledstva. Tadašnji Zakon o nasleđivanju države Njujork sadržao je normu prema

¹⁰ Kasnije su se probili stavovi da lekar ne može da zanemari volju maloletnog lica, koji su usloveli promenu vladajućeg narativa, pa sada dominiraju shvatanja koja maloletnom licu dopuštaju da da krivičnopravno relevantan pristanak.

kojoj se nečija „poslednja volja” može izmeniti samo u slučajevima propisanim zakonom, među kojima se nije nalazio onaj na kome su tužilje zasnovala svoju tužbu. Elmer je ipak lišen nasleđstva, ali se u radu staje na stanovište sudije Greja koji je dao izdvojeno mišljenje u izreci presude. Naime, mislimo da sudija ispravno primećuje da je takav način presuđivanja direktno odstupanje od zakona, čije slovo, makar načelno, treba poštovati, naročito kada je određeno pitanje normirano institutom *numerus clausus*. Iako se može braniti stanovište da zakonsko rešenje nije u skladu sa pravičnošću, ne treba izgubiti iz vida da je takav način rešavanja sporova pretnja po stabilnost koju pravni poredak pruža.¹¹

Rikardo Gvastini (Riccardo Guastini) takođe govori o tehničkim i vrednosnim pravnim prazninama, ali navodi da postoje i normativne pravne praznine. *Normativne praznine* nastaju kada zakonodavac, iako je uredio niz činjeničnih stanja, ipak propusti da uredi jednu ili pak više njihovih mogućih kombinacija (Gvastini 2019, 367–371). Radi jednostavnijeg objašnjenja, navešćemo kao primer tri hipotetičke norme pomoću kojih Gvastini objašnjava koncept normativnih praznina.

N1: Državljeni su dužni da plate porez na dohodak.

N2: Porez na dohodak nije dužan da plati onaj ko nema prebivalište na teritoriji države.

N3: Porez na dohodak nije dužan da plati onaj ko nema posao.

Na primeru možemo da uočimo da te tri norme uređuju određena činjenična stanja, međutim, kombinacijom tih činjeničnih stanja dobijamo činjenična stanja koja nisu normirana. Samo neka od njih su: nezaposleni državljanin sa prebivalištem, zaposleni državljanin sa prebivalištem, nezaposleni državljanin bez prebivališta, zaposleni državljanin bez prebivališta i sl.

3.5. Praznine nedovoljnosti, praznine nekonzistentnosti, praznine neodređenosti

Pojedini autori podelu prave na praznine koje se javljaju u važećem pravu ili one u skupu normi prilikom tumačenja važećeg prava nekom od tradicionalnih metoda tumačenja (Peczenik 2008, 18). Prva

¹¹ Sa takvim gledištem slaže se i Radbruch, prema čijem mišljenju bi pravna sigurnost bila približna nuli kada bi svako mogao da porekne validnost zakona samo zato što mu ne deluje ispravno u poređenju sa njegovim moralnim uverenjima. Smatrajući da, u tom slučaju, pozitivno pravo ne bi postojalo, Radbruch zaključuje da pozitivno pravo ima prednost u odnosu na pravdu, odnosno da zakone moramo da poštujemo i po cenu toga da nam se doimaju nepravednim (Somek 2021, 60).

grupa pravnih praznina se dalje deli na četiri potkategorije: one koje nastaju u slučajevima kada zakon propusti da određeni odnos reguliše (praznine nedovoljnosti, *insufficiency gap*), kada pravo određeni slučaj normira na logički nedosledan način (praznine nekonzistentnosti, *inconsistency gap*), kada je određeni slučaj regulisan na nejasno ili dvosmisleno (praznine neodređenosti, *indeterminacy gap*) i kada je određeni slučaj regulisan na moralno neprihvatljiv način (aksiološke praznine, *axiological gaps*¹²). Kao primer za prvu grupu praznina uzećemo Buliginov (Eugenio Bulygin) i Akauronov (Achaurren) hipotetički slučaj (Peczenik 2008, 19) – zamislimo da je (1) normom propisano da je vraćanje imovine obavezno ako je sticalac savestan, prenos se vrši uz naknadu a prenosilac je nesavestan, (2) povraćaj imovine je obavezan ako se vrši bez naknade. Sada ćemo pretpostaviti da je prenosilac savestan, prenos je izvršen uz naknadu, ali je sticalac nesavestan. U tom slučaju se nameće pitanje da li je restitucija imovine obavezna. Posebna vrsta prve grupe normi su tzv. istinske ili prave praznine (*genuine gaps*), koje će takođe biti objašnjene na hipotetičkom primeru. Recimo da je zakonom propisano da sudije moraju biti izabrane, ali zakon ne kaže ko ih bira i na koji način. U domaćoj literaturi ta vrsta praznina bi bila klasifikovana kao prave pravne praznine, o kojima je već bilo reči. Primer za drugu grupu praznina (*inconsistency gap*) ujedno je i razlog obraćanja poverenika za informacije od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti ministarki pravde kako bi ministarstvo preuzelo adekvatne mere radi otklanjanja nekonzistentnih normi u pojedinim zakonima u vezi sa zaštitom podataka o ličnosti.¹³ Naime, prema Zakonu o zaštiti podataka o ličnosti, zdravstveni podaci spadaju u kategoriju podataka koji se mogu obrađivati samo na osnovu slobodno datog pristanka ili ako je to zakonom izričito propisano. Dalje, Zakonom o pravima pacijenata jemči se pravo na poverljivost ličnih podataka i propisuje obaveza njihovog čuvanja, od koje oslobađa odluka suda ili pristanak pacijenta. Međutim, Zakonikom o krivičnom postupku propisano je generalno ovlašćenje za prikupljanje podataka koje tužilac može da prikupi sam ili posredstvom policije. Postavlja se pitanje da

¹² U domaćoj literaturi, o čemu je već raspravljano u radu, nazivaju se vrednosnim prazninama.

¹³ Poverenik za informacije od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti. 2017. Poverenik traži da Ministarstvo pravde preduzme mere za otklanjanje kontradiktornih zakonskih rešenja. <https://www.poverenik.rs/sr-yu/saopstenja/2677-poverenik-tra%C5%BEi-da-ministarstvo-pravde-preduzme-mere-za-otklanjanje-kontradiktornih-zakon-re%C5%A1enja.html>, poslednji pristup 1. avgusta 2022.

li podatke o ličnosti medicinski radnici daju na zahtev tužilaštva ili ih mogu dati samo uz pristanak pacijenta/na osnovu odluke suda.

Najzad, u pogledu treće grupe pravnih praznina (*indeterminacy gap*), određeni autori postavljaju pitanje da li se one mogu uopšte smatrati prazninama, budući da normiraju određeni odnos. Stanovište tih autora bi se moglo braniti sledećim argumentom: pošto zakonodavac nije u stanju da predvidi sve potencijalne osobenosti konkretnih slučajeva, odnose mora da normira na način na koji je to tim normama urađeno, često koristeći pravne standarde ili služeći se neodređenošću jezika. Navedimo i primer: Zakon o bezbednosti saobraćaja na putevima sadrži normu (čl. 21): „Vozač je dužan da... vozilo drži na takvom odstojanju i rastojanju od drugih vozila, odnosno učesnika u saobraćaju, da ne izaziva opasnost i ne ometa druge učesnike u saobraćaju”.¹⁴ U istom zakonu (čl. 22. st. 1) kaže se da „predmet, odnosno materija koja može da ugrozi, odnosno ometa bezbednost saobraćaja, ne sme se nalaziti na putu”.¹⁵ Iz takve zakonske formulacije nije jasno o kakvim predmetima je reč, na koji način taj predmet ne sme da ometa saobraćaj i koji je intenzitet ometanja saobraćaja koji bi bio sankcionisan. Nije jasna ni zakonska formulacija člana 21, upravo zato što nije moguće unapred odrediti rastojanje koje neće predstavljati opasnost za druge učesnike u saobraćaju. Na sva ta pitanja, u slučaju spora, odgovaraju sudije procenjujući osobenost svakog konkretnog slučaja. Još jedan primer te vrste praznina nalazi se u Zakonu o Vojsci Srbije i glasi: „Na službu u Vojsci Srbije u svojstvu profesionalnog vojnog lica mogu se, ukoliko *potrebe službe zahtevaju* (istakla M. Č.), bez javnog konkursa primiti civilno lice na službi u Vojsci Srbije i državni službenik i nameštenik zaposleni u Ministarstvu odbrane”.¹⁶ Iz norme je jasno da je moguće primiti lice u službu u svojstvu profesionalnog vojnika bez javnog konkursa, ali je sintagma „*potrebe službe*” potpuno neodređena. Zakonodavac pribegava takvom načinu normiranja jer prosto nije

¹⁴ Zakon o bezbednosti saobraćaja na putevima, *Službeni glasnik RS* 41/2009, 53/2010, 101/2011, 32/2013 – odluka US, 55/2014, 96/2015 – dr. zakon, 9/2016 – odluka US, 24/2018, 41/2018, 41/2018 – dr. zakon, 87/2018, 23/2019 i 128/2020 – dr. zakon, čl. 21.

¹⁵ Zakon o bezbednosti saobraćaja na putevima, *Službeni glasnik RS* 41/2009, 53/2010, 101/2011, 32/2013 – odluka US, 55/2014, 96/2015 – dr. zakon, 9/2016 – odluka US, 24/2018, 41/2018, 41/2018 – dr. zakon, 87/2018, 23/2019 i 128/2020 – dr. zakon, čl. 22. st. 1.

¹⁶ Zakon o Vojsci Srbije, *Službeni glasnik RS* 116/2007, 88/2009, 101/2010 – dr. zakon, 10/2015, 88/2015 – odluka US, 36/2018, 94/2019 i 74/2021 – odluka US, čl. 45. st. 1.

jasno koje će sve situacije zahtevati takav način primanja u službu, pa je bolje da postoji norma, makar i neodređena, jer se, s jedne strane, na taj način izbegava naknadna praznina, dok se, s druge strane, otvara mogućnost da se pod normu podvede veliki broj situacija za koje se proceni da ih „potrebe službe” zahtevaju. Dakle, upravo iz razloga što zakonodavac nije u stanju da predvidi sve potencijalne osobenosti konkretnih slučajeva, odnosno šta će oni zahtevati, odnose mora da normira na način na koji je to tim normama urađeno.

4. KRITIČKI POGLED NA KLASIFIKACIJE PRAVNIH PRAZNINA

Sa ciljem što kompletnijeg izlaganja problematike pravnih praznina, u delu o klasifikaciji pravnih praznina navedene su i praznine koje nastaju kada je norma nedovoljno jasna ili kada su dve norme (ili više njih) u sukobu. Međutim, u radu se zauzima stanovište da su pravne praznine oni društveni odnosi koji pravom uopšte nisu regulisani i oni koji na izvestan način jesu regulisani, ali delimično. Smatramo, takođe, da treba napraviti razliku između neodređenog/nejasnog regulisanja nekog odnosa i njegovog delimičnog regulisanja. Stoga zauzimamo stav, različit od navedenih podela, da odnosi regulisani na neodređen način nisu pravne praznine. Najčešće su to norme koje odnose normiraju na opšti način, te se slažemo da zato i nisu jasne i da je njihovo rešavanje pitanje koje se tiče tumačenja prava. Takav način regulisanja može predstavljati problem, ali onaj koji izaziva zakonodavac iz različitih razloga. Međutim, dotični odnos ipak jeste regulisan. Nije, dakle, isto kada zakon „kaže” da je moguće promeniti pol u izvodu iz matične knjige rođenih, ali ne „kaže” pod kojim uslovima ili na koji način, ili kada, recimo, pravni poredak ostavi sudiji da proceni da li bi izdržavanje punoletnog lica od roditelja koji vrše roditeljsko pravo i posle navršanih 18 godina života predstavljalo „očiglednu nepravdu za roditelje”.

Kako je do sada više puta ponovljeno, zakonodavac ne može da predvidi sve buduće slučajeve povodom kojih će nastati sporovi, sa svim njihovim pojedinostima. Zakon mora u izvesnom smislu da bude neodređen upravo zato što opšti pravni akt i treba da se odnosi na neodređen broj slučajeva, a da opet ostavi prostora za sve njihove pojedinosti. Zakonodavci su i ranije pokušavali da normiraju sve pojedinačne slučajeve sa ciljem ograničavanja diskrecione vlasti sudije, a ti pokušaji pokazali su se neuspešnim i kolokvijalno rečeno „na duže

staze” neodrživim. Primerice, nemački Građanski zakonik je pokušao da uredi sve zamislive slučajeve sa svim njihovim pojedinostima. Iako, *prima facie*, takav način normiranja deluje zahvalnije jer smanjuje broj nedoumica prilikom tumačenja u praksi, ipak u budućnosti, kada se pravne praznine neminovno pojave, sudije ih teže popunjavaju takvim normiranjem jer ne postoji pravilo kojim bi se rešio sporni odnos niti zajedničko više pravilo. Kako je kazuistika neminovno uvek nepotpuna, zakonodavac je prilikom izrade tog zakonika ipak morao da uvede izvestan broj generalnih klauzula koje bi se primenjivale u rešavanju konkretnih slučajeva, baš iz razloga što se u praksi pokazalo da je slovo zakona nedovoljno (Stanković, Vodinelić 2007, 26). Stoga je moguće reći da je neodređenost u izvesnom smislu neophodnost kojoj zakonodavac mora da pribegne.

Exempli causa, razmotrićemo normiranje sticanja službenosti na osnovu sudske odluke. Većina stranih građanskih zakonika omogućava sudu da ustanovljava službenosti, ali sudije istovremeno vezuje predviđanjem slučajeve van kojih se one ne mogu ustanoviti sudskom odlukom. Takvo rešenje može da bude zadovoljavajuće pod uslovom da zakonodavac može da pruži sveobuhvatnu listu slučajeva koji zahtevaju ustanovljavanje službenosti nezavisno od volje vlasnika poslužnog dobra. To, međutim, nije moguće jer je život dinamičniji od prava, društvo napreduje i menja se, a kako zakonodavac nije u stanju da predvidi slučajeve koji će iskrsnuti, rešenje nije adekvatno, a sudija ne može da ga ispravi jer je ograničen zakonom pa bi svako njegovo delovanje suprotno pravnoj normi bilo *contra legem*, naročito zbog toga što je u pitanju normiranje *numerus clausus*-om. Adekvatnije rešenje pruža Zakon o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima SFRJ: „Odlukom suda ili drugog državnog organa stvarna službenost ustanovljava se kada vlasnik povlasnog dobra u celini ili delimično ne može koristiti to dobro bez odgovarajućeg korišćenja poslužnog dobra, kao i u drugim slučajevima određenim zakonom.” Takvim normiranjem zakonodavac je omogućio opštost zakona u toj meri da se može primeniti na sve buduće slučajeve, nije ograničio sudiju, a sama norma sadrži smernice na osnovu kojih sud može da proceni postoji li realna potreba koja nalaže ustanovljavanje takve vrste službenosti (Stanković, Orlić 2014, 196–197). Na taj način su izbegnute i naknadne pravne praznine koje bi neminovno nastale iskrsavanjem novih društvenih situacija. Drugim rečima, iako takvo normiranje smatramo prazninom u datom trenutku, mnogo je značajnije to što svojom opštošću omogućava fleksibilnost i slobodu procenjivanja shodno pojedinostima spornih slučajeva.

Ergo, smatramo da ako bi se takvi slučajevi klasifikovali kao praznine, zahvalnije bi bilo nazvati ih *nužnim pravnim prazninama*, upravo zbog toga što je neophodno da postoje.

Treba imati na umu i da brojni autori smatraju da je predstava o pravnoj egzaktnosti zasnovana na pogrešnom shvatanju prava (Frank 1949, 6). Naime, američki pravni teoretičar Džerom Frenk (Jerome Frank) govori o tome da je pravni sistem bio, jeste i biće neodređen i promenljiv upravo zato što normira ljudske odnose u njihovim najkomplikovanijim aspektima. Zastupa stanovište da, čak i u društvu koje je relativno statično, ljudi nikada nisu uspeli da formiraju set pravila koji bi bio takav da su njime unapred predviđeni svi potencijalni pravni sporovi i rešenja za njih. Tvrdnja je neosporna jer, iako je pokušavano, zakonodavac nije u stanju da predvidi sve moguće kombinacije događaja, pa je neminovno da će se pojaviti situacije koje uopšte nisu razmatrane u trenutku donošenja pravila. „Kada se ljudski odnosi svakodnevno menjaju, pravni odnosi ne mogu biti izraženi u trajnijoj formi” (Frank 1949, 6). Upravo konstantno razvijanje i usložavanje društvenih odnosa zahtevaju određenu fleksibilnost pravnog sistema – „znatan deo zakonske nejasnosti nije nesrećna okolnost: već je od ogromne društvene vrednosti” (Frank 1949, 7).

Zato smatramo da je najkorektnija Lukićeva definicija o pravnim prazninama data na početku, dakle, da su to društveni odnosi koji pravom nisu regulisani, ali postoji društvena potreba za njihovim regulisanjem. Smatramo da su mnogobrojne klasifikacije pravnih praznina rezultat različitih percepcija o tome šta pravna praznina jeste. Pritom, o tome nije ni moguće raspravljati sve dok se pravna teorija ne usaglasi o zajedničkim kriterijumima za klasifikovanje pravnih praznina jer je jedina rasprava koja će imati smisla ona koja polazi od barem elementarnog saglasja o osnovnim karakteristikama pojma koji se pokušava teorijski objasniti. Kako je to Dworkin rekao, „mi možemo diskutovati o tome koliko knjiga ja imam na polici jedino ako se, makar okvirno, složimo oko toga šta knjiga jeste” (Dworkin 1986, 45).

5. ZAKLJUČAK

U prethodnim redovima smo videli da ne postoji saglasnost o najvećem broju pitanja u vezi s pravnim prazninama. Teoretičari se ne slažu u tome zašto pravne praznine nastaju, koje vrste pravnih praznina postoje, kako pravne praznine treba popunjavati i dr.

Najznačajnije pitanje koje nam, čini se, može pomoći i u rešavanju ostalih problema u vezi s pravnim prazninama jeste pitanje razloga zbog kojih pravne praznine nastaju. U ovom radu se ne možemo podrobnije baviti tim problemom, ali možemo naznačiti smer za dalja razmatranja.

Postoji više razloga zbog kojih pravne praznine nastaju. Naime, moguće je da je zakonodavac nevest, kada se prilikom normiranja društvenih odnosa neka situacija „zaboravi”, pa je u tom slučaju „moguće zamisliti redaktora koji će da uzvikne nešto kao ‘uff’ kada mu se ukaže na previd” (Fuller 2001, 101), ili u slučajevima kada zakonodavac određeni društveni odnos nije regulisao jer nije mogao da ga predvidi.

Osim toga, jedan od mogućih razloga nastajanja pravnih praznina je i promenljivost odnosa koje pravo treba da normira. Stvarnost nije i ne može da bude statična, ona se neprekidno menja pa objektivno pravo predstavlja njenu osiromašenu sliku (Stanković, Vodinić 2007, 36). Pravo nije potpuni omnipotentni sistem sa odgovorom na svaki spor koji nastane. Kako reče Obren Stanković, „laici tako i zamišljaju pravo i primenu prava, pomalo kao zbirku rešenih zadataka iz matematike koju treba dobro naučiti, kao nekakvu kartoteku u kojoj izvežbani činovnik ima samo da pronađe listić sa gotovim odgovorom” (Stanković, Vodinić 2007, 36).

Konstatovanje da pravne praznine postoje, a onda i njihovo klasifikovanje, veoma je značajno, ali nam sama činjenica da praznine postoje nameće dodatno pitanje. Naime, ako pravne praznine postoje i tako su česte u pravnom sistemu, postoji li način da se izbegnu ili su one datost sistema te ih treba popuniti? Opet, ako ih nije moguće izbeći, ko je ovlašćen i na koji način da ih popuni?

U pogledu tog pitanja, slažemo se sa Gvastinijem (Guastini 2019, 370), koji staje na stanovište da pravne praznine slede tumačenje a ne prethode mu. *Ergo*, ako tumačenje u izvesnim slučajevima proizvodi pravne praznine, ono dakako može i da ih izbegne. U tom slučaju, pred sudijom su, načelno, dve mogućnosti. Odlučiće da činjenično stanje spada u područje primene neke određene norme i u tom slučaju praznine nema ili će zaključiti da ne postoji norma koju je moguće primeniti na dato činjenično stanje, a to znači da praznine svakako ima. Za nas je naročito značajan slučaj kada se postojanje praznine konstatuje, a ne može se izbeći, ne zato što je stvorena tumačenjem već zbog neizbežne nepotpunosti pravnog poretka. Da zaključimo, u

takvim slučajevima, neophodno je upotpuniti pravo ili, kako je to Guastini rekao (Guastini 2019, 372), stvoriti novo pravo. Stvaranje novog prava povodom određenih društvenih odnosa je, i time završavamo, pojmovno različito od tumačenja prava jer u tom slučaju govorimo o pravnom konstruisanju. Ipak, svaka dalja razrada te teme prevazišla bi granice ovog rada, pa ćemo je izbegnuti.

LITERATURA

1. Babić, Ilija. 3–4/1994. Vojnički testament. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 42: 388–404.
2. Vasić, Radmila, Miodrag Jovanović, Goran Dajović. 2021. *Uvod u pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
3. Vuković, Igor. 9/2015. Nedozvoljen prekid trudnoće (član 120 Krivičnog Zakonika) i pristanak maloletnog lica. *Pravni život* 28: 229–241.
4. Guastini, Riccardo. 2019. *Sintaksa prava*. 3. izdanje. Zagreb: Naklada Breza.
5. Dworkin, Ronald. 1986. *Law's Empire*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
6. Draškić, Marija. 2019. *Porodično pravo i prava deteta*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
7. Živković, Miloš. 2014. Srpski građanski zakonik – 170 godina. 181–194. *Uređenje ličnih službenosti u Srpskom građanskom zakoniku* (ur. Polojac, Mirković, Đurđević). Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
8. Irti, Claudia. 29/2014. A Short Introduction to „The Problem of Legal Gaps”. *Tulane European and Civil Law Forum*: 157–179.
9. Kaščelan, Balša. 1/2011. Nedoumice u vezi sa zaveštanjem sačinjenim putem video zapisa. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 59: 255–272.
10. Kantorovič, Herman. 2006. *Borba za pravnu nauku*. Beograd: Dosije.
11. Kelzen, Hans. 2007. *Čista teorija prava*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
12. Lukić, Radomir. 1961. *Tumačenje prava*. Beograd: Savremena administracija.
13. Lukić, Radomir. 1979. *Metodologija prava*. 2. izdanje. Beograd: Naučna knjiga.
14. Milošević, Olgica. 2021. *Pravna zaštita reproduktivnog zdravlja kao ličnog dobra*. Doktorska disertacija. Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu.

15. Mitrović, Dragan, Marko Trajković. 2/2011. Može li virtuelni lik da bude subjekt prava? *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 59: 28–42.
16. Mitrović, Dragan. 2010. *Teorija države i prava*. Beograd: Dosije studio.
17. Nenadić, Bosa, Agneš Kartag-Odri, Katarina Manojlović-Andrić. 14/2008. Problematika pravnih praznina u ustavnoj jurisprudenciji; primer Republike Srbije. *Pravni život* 57: 669–691.
18. Radišić, Jakov. 4/1992. Eksperimenti na čovečjem embrionu koji je stvoren *in vitro* – granice dopuštenog. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 40: 221–238.
19. Rašević, Mirjana. 1–4/2002. Voljna sterilizacija u Srbiji: Nazadovoljena potreba? *Stanovništvo* 40: 15–33.
20. Spaić, Bojan. 2020a. *Priroda i determinante sudijskog tumačenja prava*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
21. Spaić, Bojan. 2020b. *Tumačenje prava u okviru hermeneutike Emilija Betti-ja*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
22. Stanković, Obren, Miodrag Orlić. 2014. *Stvarno pravo*. Beograd: Nomos.
23. Stanković, Obren, Vladimir Vodinelić. 2007. *Uvod u građansko pravo*. Beograd: Nomos.
24. Somek, Alexander. 2021. *Knowing What the Law Is*. Oxford: Hart Publishing.
25. Stanković, Vladeta. 1–4/2001. Integralna misao o pravu i državi. *Anali Pravnog fakulteta* 49: 239–254.
26. Simić, Miroljub. 15/1975. Uloga sudije u tumačenju prava (neka pitanja teorije tumačenja prava). *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*: 139–145.
27. Simić, Miroljub. 19/1979. Teorija tumačenja prava Živojina M. Perića. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*: 319–337.
28. Simović, Miodrag, Simović Vladimir. 2014. Pojam i značenje načela legaliteta u krivičnom pravu. Zbornik radova sa Međunarodne naučne konferencije „Javni i privatni aspekti nužnih pravnih reformi u BiH: Koliko daleko možemo ići?": 23–41.
29. Stefanović, Zlatko. 1/2013. Identifikacija pravnih praznina. *Pravni zapisi* 4: 5–26.
30. Tasić, Đorđe. 1938. *Uvod u pravne nauke – Enciklopedija prava*. Beograd: SOKO.
31. Tucak, Ivana. 5–6/2019. Pravna misao Hermanna U. Kantorovicza i vrijeme nacionalsocijalizma. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu* 69: 681–714.
32. Fuller, Lon. 2001. *Moralnost prava*. Beograd: Dosije.
33. Frank, Jerome. 1949. *Law and the modern mind*. London: Stevens & sons limited.

34. Peczenik, Aleksander. 2008. *On Law and Reason. Volume 8*. Berlin: Springer.
35. Phil, Harris. 2007. *An Introduction to Law. Volume 7*. Cambridge [etc.]: Cambridge University Press.

LEGAL GAPS AS AN ANOMALY OF THE LEGAL SYSTEM – CONSIDERATION OF THE TERM AND NATURE OF LEGAL GAPS

Summary

With the development of human society, new social situations arise in which the law often needs to be revised, and, therefore, the need to regulate legal gaps arises. Another possibility is that the legislator is unskilled, that he used vague terms when standardizing certain relations, or that, for various reasons, he failed to standardize those relations. Thus, legal gaps arise in law, which need to be analyzed and filled, especially since the law is expected to regulate those relationships that enable and facilitate social functioning. Therefore, it is necessary to present a thorough theoretical approach to the problem of the existence of legal gaps from the point of view of legal theory. Particular attention should be paid to filling legal gaps; however, as this is not the subject of this paper, we will only emphasize the necessity of solving this issue.

Key words: *Legal gaps, Legal interpretation, Legal theory, Filling legal gaps, Philosophy of law*