

Коста Чавошки

О ПРАВДИ И ПРАВИЧНОСТИ

SERBIAN ACADEMY OF SCIENCES AND ARTS

MONOGRAPHS

Volume DCLXXXVII

DEPARTMENT OF SOCIAL SCIENCES

Book 108

Kosta Čavoški

ON JUSTICE
AND EQUITY

Accepted at the 7th Meeting of the Department of Social Sciences, September 12, 2017,
on the basis autoreviewers presented by *Kosta Čavoški*, full member of Academy

Editor

Full member of Academy
DIMITRIJE STEFANOVIĆ

BELGRADE 2017

СРПСКА АКАДЕМИЈА НАУКА И УМЕТНОСТИ

ПО СЕБНА ИЗДАЊА

Књига DCLXXXVII

ОДЕЉЕЊЕ ДРУШТВЕНИХ НАУКА

Књига 108

Коста Чавошки

О ПРАВДИ И ПРАВИЧНОСТИ

Примљено на VII скупу Одељења друштвених наука од 12. IX 2017. године,
на основу аутореферата академика *Косџе Чавошкої*

Уредник

академик

ДИМИТРИЈЕ СТЕФАНОВИЋ

БЕОГРАД 2017

Издаје
Српска академија наука и уметности
Кнеза Михаила 35, Београд

Лектор и коректор
Тања Рончевић

Технички уредник
Мира Зебић

Тираж 300 примерака

Штампа
Службени гласник

САДРЖАЈ

CONTENTS

ПРЕДГОВОР.....	VII
АРИСТОТЕЛОВА ИДЕЈА ПРАВДЕ	
Неодређеност појма правде.....	2
Неправда као похлепа.....	4
Разлика између Аристотелове и Платонове идеје правде.....	8
Политичка правда.....	11
Правда као једнакост.....	13
Природна и конвенционална (законска) правда.....	18
Правичност.....	22
Дистрибутивна правда.....	32
Корективна правда.....	35
Правда као средина између двеју крајности.....	38
ЕНГЛЕСКО ПРАВО ПРАВИЧНОСТИ	
Особеност енглеског права познатијег као <i>common law</i>	41
Првобитна улога канцелара пре успостављања пресуђивања по правичности.....	46
Бректоново разумевање природе права, правде и правичности.....	52
Успостављање Суда правичности.....	56
Поступак у Суду правичности.....	65

Рани случајеви пресуђивања по правичности	70
Битна новина коју је представљало право правичности	75
Прва енглеска теорија права и правичности	78
Правичност као средство тумачења закона	95
Од успостављања до надмоћи Суда правичности у односу на судове <i>common law</i> -а	109
Трећа енглеска теорија правичности	116
Сукоб између судија <i>common law</i> -а и Суда правичности и његово разрешење	128
Коначно устаљивање права правичности као прецедентног права	134
Сукоб између слободе и прерогативе, правне сигурности и правичности	152
<i>Trust</i>	160
Превара	166
Начела правичности	175
Појам правичности	181
Закључак	191

ПРАВДА И ПРАВИЧНОСТ У НАШЕМ ЈЕЗИКУ, ТЕОРИЈИ И СУДСКОЈ ПРАКСИ

Нејасно и недоследно разликовање правде и правичности у српском књижевном језику	197
Улога српских правника у дефинисању и двојењу појмова правде и правичности	220
Теорија правде и правичности Божићара С. Марковића	231
Правда и правичност у законодавству и судској пракси после Другог светског рата	247

ПРЕДГОВОР

Људе од пера у поодмаклим годинама мање брине неумитни крај, а више губитак способности темељите анализе, дубљег промишљања, складног развијања, жаришне идеје и јасног и разветног писања. То ме је у седамдесет и трећој години живота навело да изнова опробам своју способност писања монографија, које се у мојој струци сматрају најтежим подухватом.

За предмет таквог истраживања и проучавања одабрао сам енглеско право правичности, о којем у нас још нико није писао. Реч је о особеном праву које се од XIV века стварало и развијало упоредо с *common law*-ом. Пошто је руководно начело овог права била правда, отеловљена у Божјем или природном праву, уму или духу *common law*-а, његов изворни смисао био је морализовање права. Енглески правници, додуше, нису били склони дубљем промишљању и опсежнијем развијању идеје правде, него пре казуистичком расуђивању приликом решавања појединачних случајева. Али ми је ипак пошло за руком да, поред Бректона из XIII века, откријем три правна мислиоца из XVI века, од којих су двојица и правни филозофи, чија се дела помињу само у књигама најугледнијих правних историчара.

Сам појам правде и правичности енглески правни мислиоци су највећма преузели од Аристотела, а у неколико и од Томе Аквинског, а били су упућени и у римске и канонске замисли правде и правичности. То је био разлог што сам уводни део ове књиге посветио Аристотеловој идеји правде.

Напослетку нисам одолео а да се не позабавим јадним стањем у којем се налазе наше савремено законодавство, судска пракса и каква-таква правна мисао, што је укључивало и скромна истраживања значења правде и правичности у нашем језику. Запажања до којих сам притом дошао умногоме су разочаравајућа.

Цео овај подухват не би био изводљив без помоћи мојих пријатеља. Леон Коен, који је, поред осталог, и врстан зналац античке филозофије, упутио ме је у неколико најбољих књига о Аристотеловој етици, а потом ми помогао да подробније означим изводе из Аристотелове *Никомахове етике*. Такође је прочитао први део посвећен Аристотеловој идеји правде, означио поједине нејасноће у преводима Аристотелових дела на српски језик, саветовао ми да погледам и преводе на енглески језик и упутио предлоге како да исправим поједина запажања и закључке.

Владимир В. Водинелић, који је по свој прилици наш најбољи зналац грађанског права, ставио ми је на располагање 103 одлуке Уставног суда Србије и пресуде других редовних судова у којима се помиње реч правичност. А потом ми је, на основу увида у рукопис, упутио већи број напомена, примедба и предлога, који су ми били од велике помоћи, нарочито приликом коначног уобличавања трећег дела ове књиге.

Највеће изненађење за мене је био исход релативно опсежног прегледа различитих значења речи „правда“, „правичност“ и „правица“ у нашем језику. То не бих могао да учиним да ми наш познати филолог Рада Стијовић није ставила на располагање све исписе о тим речима, на основу којих ће сарадници Института за српски језик САНУ сачинити одговарајуће одреднице у *Речнику српско-хрватској књижевној и народној језика САНУ*. Поред тога, она је обезбедила и дешифровање скраћених ознака о томе одакле ти изводи потичу и ко је њихов аутор.

Чак и површни зналци енглеске правне историје одмах ће разабрати да се ова књига није могла написати без коришћења неке старије и веће универзитетске библиотеке у Великој Британији и одговарајућих књига и чланака у електронском облику, који су, уз накнаду, доступни наставницима појединих универзитета. Библиотека САНУ и Универзитет у Београду таквим могућностима, нажалост, не располажу.

Ову књигу писао сам и у нади да ћу њоме наше правнике, а нарочито универзитетске наставнике и судије, навести да бар унеколико измене своје, по мојем суду, погрешно разумевање правде и правичности.

1. септембра 2017. године

АРИСТОТЕЛОВА ИДЕЈА ПРАВДЕ

*Ићи судији значи ићи ѿ правди, јер судија
жели да буде оличење ѿ праведности¹*

Ако поред „права“ и „закона“ постоји још неки појам без којег се правни поредак и наше расуђивање о њему тешко могу замислити, онда је то „правда“, чија је светлост, међу осталим врлинама, толико јака, да јој, према познатој Аристотеловој слици, „ни Вечерњаче ни Зорњаче није раван сјај“.² Многи је сматрају врховном вредношћу и највећом врлином без које се уопште не може живети, што језгровито казује и позната латинска изрека *Fiat justitia pereat mundus* (Нека правда буде задовољена па макар свет и пропао).³ За разлику од уобичајених тумачења по којима се овом изреком поставља питање да ли би наш живот још увек био вредан живљења у свету који је лишен правде, Имануел Кант је смело објавио да ова позната пословица у преводу гласи: нека правда победи па макар пропали сви ниткови света.⁴ „То је одважно правно начело, које стаје одлучно на пут кривудањима лукавства и насиља“, а „свет неће никако пропасти“ – закључује Кант – „ако у њему буде мање рђавих људи.“⁵

¹ Никомахова еѿтика, V, 1132a 20–21.

² Стих из изгубљене Еурипидове трагедије *Melopirre* који наводи Аристотел у *Никомаховој еѿици*, V, 1129b 15.

³ Претпоставља се да је творац ове изреке из XVI века Фердинанд I, наследник Карла V.

⁴ Имануел Кант, „Вечни мир“, *Ум и слобода. Сѿиси из филозофије историје, ѿ права и државе*, избор и редакција превода Данила Басте, Београд, „Идеје“, 1974, стр. 162.

⁵ *Op cit.*, стр. 162–163.

НЕОДРЕЂЕНОСТ ПОЈМА ПРАВДЕ

Замисао да право треба да буде прожето правдом као својом врховном вредношћу толико је дубоко усађена у нашу свест да једва да изазива било какво критичко испитивање. Но, ако се тај однос између права и правде озбиљније размотри, врло брзо ће се доћи до закључка да је он нејасан и неодређен. Док је важеће право увек познато и одређено, идеје о томе шта правда јесте веома се разликују тако да учесталост позивања на правду не подразумева и потпуну одређеност њеног значења у сваком појединачном случају. Уверљив пример који то потврђује јесте појам правде у *Стиаром завешћу*.

За ту сврху обично се узима Соломоново расуђивање које је било *ad hoc* пресуђивање, у чему наравно није било ничега спорног. Тако он вели:

„Не помаже неправедно благо, него правда избавља од смрти.“⁶

„На путу правде живот је, и куда иде стаза њезина нема смрти.“⁷

„Гадно је царевима чинити неправду, јер се правдом потврђује пријесто.“⁸

„Цар правдом подиже земљу; а ко узима мито, сатире је.“⁹

А у књигама пророка Исаије и Авакума налазимо слично упозорење:

„Тешко онима који постављају законе неправедне и који пишу неправду!“¹⁰

„Тешко ономе који гради град крвљу и оснива град неправдом!“¹¹

Ма колико ови искази заслуживали свако уважавање, они су ипак казуистичко расуђивање. И што је још важније, иако су писци ових књига по свој прилици полазили од одговарајуће замисли шта правда односно неправда уистину јесу, нису сматрали потребним да те кључне појмове права и морала подробније разјасне и дефинишу. Још мање су томе били склони обични људи који једино могу да праве разлику између правде и неправде. Или како је то Хераклит приметио: „За име правде људи не би знали да нема неправде.“¹² А како је у тим древним временима било, изгледа да је тако и данас. Већина наших савременика, укључујући и правнике,

⁶ *Приче Соломунове*, X, 2.

⁷ *Приче Соломунове*, XII, 28.

⁸ *Приче Соломунове*, XVI, 12.

⁹ *Приче Соломунове*, XXIX, 4.

¹⁰ *Књига пророка Исаије*, X, 1.

¹¹ *Књига пророка Авакума*, II, 12.

¹² Хераклит, фрг. 23,

врло лако пресуђује шта је у датом тренутку праведно, а шта неправедно, а да није у стању да формулише колико-толико јасну, развијену и постојану дефиницију правде и неправде, од којих притом полази. У сваком случају, узвишеност правде, коју сви поштују и славе, није сасвим у складу с јасноћом и одређеношћу овог појма.

Тек је великим хеленским филозофима, најпре Платону а потом и Аристотелу, пошло за руком да домисле и изложе свеобухватан и кохерентан појам правде. У овој расправи превасходна пажња биће посвећена Аристотеловој идеји правде, пошто је она много примеренија расуђивању правника, а садржи и развијену замисао правичности, која ће бити главни предмет овог рада.

Аристотелова идеја правде саставни је део његове етике која је највећма изложена у *Никомаховој еџици*. Друга два списка, који се ређе разматрају и наводе, јесу *Еудајмонова еџика* и *Велика еџика (Magna moralia)*. То, додуше, по стилу и језику, нису књиге изузетне уметничке вредности, какве су Платонове, пошто је Аристотелова проза, због своје аналитичности, унеколико сувопарна, али баш због тога јасна, разговетна и одређена, што такође говори о његовом списатељском умећу. Аристотел је веровао да управо таква филозофија не доноси само највеће и право знање, него „представља и чудесно уживање, чисто и постојано, па је стога природно што људи који већ поседују велико и право знање проводе пријатнији живот него они који то знање тек траже“.¹³ Уз то „човек треба, колико год је то у његовој моћи, да себе учини бесмртним и да све чини да би живео у сагласности са оним што је најбоље у њему“.¹⁴ А оно што је у човеку бесмртно, а тиме и божанско, то је живот саобразан уму. Једва да треба рећи да је својим филозофским и другим списима Аристотел стекао бесмртност за сва времена.

Већ је речено да је *Никомахова еџика* спис у којем је поглавито изложено Аристотелово учење о правди. То је учињено у чувеној петој књизи која има једанаест поглавља. У првом се прави разлика између правде као савршене, потпуне врлине, која је у одговарајућем односу са законима, и посебне правде. У другом се, поред законитости, правда своди и на једнакост, да би се потом приказале две врсте једнакости, од којих је једна примерена дистрибутивној а друга корективној правди. Треће и четврто поглавље садрже разматрања о аритметичкој и геометријској сразмери као особеним врстама једнакости, док је пето посвећено одговарајућој сразмери у размени роба и услуга. У шестом поглављу прави се разлика између чињења неправде и неправедног човека, да би се потом показало шта значи праведност у држави. У седмом поглављу се најпре показује у чему је разлика између природног и позитивног права и природне и законске правде, а затим се

¹³ *Никомахова еџика*, X, 1177a 25–27.

¹⁴ *Никомахова еџика*, X, 1177b 33–34.

разматра разлика између неправедне радње и неправедног уопште, с једне, и између праведне радње и праведног уопште, с друге стране. Осмо поглавље садржи разматрање о виности – вољном или невољном поступању – као услову да се нека радња квалификује као праведна или неправедна. У деветом поглављу Аристотел одговара на следећа питања о правди: Да ли је заиста могућно да неко добровољно трпи неправду или правду? Да ли је у сваком случају кад неко претрпи неправду над тим човеком извршена неправда? Ко чини неправду у неправедној расподели? Уз то Аристотел разјашњава и три погрешне представе о правди. Десето поглавље је за правнике најважније и у њему се разматра појам правичности. Једанаесто поглавље садржи одговоре на два додатна питања: Да ли човек може да сам себи нанесе неправду? Да ли је горе чинити или претрпети неправду?

Како ни наши најугледнији филозофи, а потом ни правници нису увек налазили одговарајуће српске речи за старогрчке изразе, што ће касније бити показано, слободни смо да назначимо које изразе на српском језику треба користити за одговарајуће филозофске и правне појмове. Реч *dikaiosune* значи правда (на латинском *iustitia*), *dikaios* праведан (човек), а *dikaion* праведна (радња); *adikia* је неправда, а *adikos* неправедан (човек), а *adikon* неправедна радња.¹⁵ Невоља је, међутим, у томе што се у нашим преводима уместо речи „правда“ и „праведно“, користе речи „правичност“ и „правично“. Ове потоње речи морали би искључиво користити за старогрчку реч *epieikeia*, чији је пандан на латинском реч *aequitas*. Пошто не само на старогрчком и латинском него и на српском језику постоји битна појмовна разлика између правде и правичности, те две речи не би се смеле користити као синоними.

НЕПРАВДА КАО ПОХЛЕПА

У духу свог дијалектичког, антитетичког начина расуђивања Хераклит је, како је то већ наведено, приметио: „За име правде људи не би знали да нема неправде.“¹⁶ Тиме је ставио до знања да се значење сложенијих појмова лакше може одредити ако се притом има на уму њихова супротност. Пошто је неправда антитеза правди, Аристотел се протрудио да и тај појам подробније прикаже и разјасни.

У својој *Реторици* он најпре наводи побуде људи који чине неправду. То су процена да се такво дело може извршити, а да неће бити откривено; да и ако се открије, неће бити кажњено; да ће казна, уколико буде изречена,

¹⁵ У скоро свакој књизи или чланку на енглеском језику, који су коришћени у овом раду, налазе се ови изрази на старогрчком и објашњење њиховог значења.

¹⁶ Хераклит, фрг. 23.

бити мања од добити која ће се из тога извући, за себе или своје ближње.¹⁷ Потом подробније описује четрнаест типова људи који су склони неправди и седамнаест врста људи који су најчешће изложени неправди.¹⁸ Није чак пропустио да помене према којим људима се лако, а према којима радо и угодно наноси неправда.¹⁹

Детаљније објашњење самог појма неправде налазимо у *Никомаховој еџици* у којој Аристотел примећује да се изрази правда и неправда користе у више значења, па тако рећи неправда има бар три значења. Неправедним се сматра онај ко крши закон; затим похлепан и пристрасан човек.²⁰ То је шире значење неправде, док је у ужем смислу неправедан човек онај који је похлепан (*pleonektes ho adikos*).²¹

Кључна одредба овако схваћене посебне неправде јесте *pleonexia* која означава похлепу, лакомост, жељу да се има више, да се има више од других. Аристотел није међутим први који је у похлепи открио страст која доводи до највећих неправди. То је пре њега учинио Тукидид. Када се поставило питање који су то пориви који доводе до нарушавања крхке равнотеже у људској природи и превласти онога што је најпогубније и најгоре у човеку, то су, по Тукидиду, похлепа (*pleonexia*) и честољубље (*philotimia*), које се пре или после преобраћа у користољубље и жељу за господарењем над другима. Нарочито је опасна *pleonexia*, која представља страсну жељу да се има више од онога што би могао бити частан и праведан удео у добрима којима дата политичка заједница обилује. А када су похлепа и честољубље довољно јаки, они доводе не само до ниподаштавања правде и било каквих моралних обзира, него и дрског и надменог вршења власти.

Да би ближе одредио похлепу као посебну и изразиту неправду, Аристотел прави разлику између обичних порока из страсти и оних из користољубља. „Кад неко поступа саобразно неком другом пороку, он додуше неправедно поступа, али се притом нимало не користи на туђ рачун, на пример онај ко одбаци штит [у боју] или из кукавичлука, или у љутини другога (изгрди) или из тврдичлука одрекне новчану помоћ. Али кад неко израбљује другога у своју корист, он то често не ради из неког од ових порока, нити зато што је оптерећен свим пороцима заједно, али ипак његов поступак је последица неког порока [јер најзад ми га кудимо], и то неправедности.“²² Тај порок је *pleonexia*.

¹⁷ *Реторика* 1, 1372а.

¹⁸ *Реторика* 1, 1372а 1372б 1373а.

¹⁹ *Реторика* 1, 1373а 4–5.

²⁰ *Никомахова еџика*, V, 1129а 31–33.

²¹ *Никомахова еџика*, V, 1129б 1–2.

²² *Никомахова еџика*, V, 1130а 16–22.

Овај порок се испољава у различитим областима и треба га разликовати од других порока који наводе на истоврсна недела. Кад се неко одаје разврату ради неког добитка и за то бива плаћен, а други то чини из страсти, притом губи новац и за то бива кажњен, онда се за другог може рећи да је пре чулно необуздан него похлепан (*pleonektes*), док је први неправедан, а није распустан, зато што стиче неку материјалну корист. На сличан начин се и све остале неправде могу приписати некој врсти изопачености карактера: развратност необузданости чула, бекство из бојног поретка кукавичлуку, повређивање другог гневу. Ако, међутим, неко нешто чини из користољубља, томе није узрок никаква друга мана карактера осим неправедности.²³ Тиме је Аристотел наговестио и разлику између неправедног дела и неправедног карактера.²⁴

У свим овим случајевима неправедан човек настоји да повећа свој удео у ономе што представља част, новац или чулност. Уверљив пример који то потврђује јесте напуштање бојног поретка кад се нема ни најмањег страха, него се то чини зарад сигурности. Тада се то недела квалификује као неправда у ужем смислу, пошто је *pleonexia* његова побуда – жеља да се има већи удео од других у ономе што му по праву припада.

На сличан начин се може рећи да је честољубив човек онај који полаже право на част за коју зна да је не заслужује. Оно што он жели чињењем такве неправде није новац него добро мишљење других о њему самом. Он је, дакле, љубитељ части, баш као што је онај који се одаје разврату због користи а не задовољства среброљубац, а онај који у рату напушта бојни поредак, поклоник је веће сигурности него што је други имају.

Аристотел чак допушта да се неправда у ужем смислу, то јест *pleonexia*, изражава и у жељи да се има мање. „Неправедан неће увек изабрати веће: кад је у питању уопште узевши рђаво, он ће изабрати мање. Само како мање зло у неку руку испада ипак добро, а лакомост је управљена на добра, то ће се он ипак сматрати лакомим.“²⁵ Уколико, пак, неко настоји да прекор и покуду превали са себе на друге, он у исти мах хоће да има и мање и више – мање срама а више угледа.

На темељу свих ових Аристотелових примера, *pleonexia* се изнова може дефинисати. По једном тумачењу, она је „*ирејшерана* жеља да се има више, а не пука посесивност као таква, зависно од тога како се 'посесивност' разуме, и тиче се природног или нужног да се добије више“.²⁶

²³ Никомахова еџика, V, 1130a 31–32.

²⁴ Bernard Williams, „Justice as a Virtue“, *The Sense of the Past. Essay in the History of Philosophy*, Edited by Males Buryeat, Princenton and Oxford, Princenton University Press, 2006, p. 208.

²⁵ Никомахова еџика, V, 1129b 6–10.

²⁶ Ryan Bolot, *Greed and Injustice in Classical Athens*, Princenton N. Y: Princenton University Press, 2001, p. 28, n. 16.

По другом тумачењу, *pleonexia* је у исти мах и похлепа и склоност ка надметању и супарништву (competitiveness)²⁷ А по трећем, *pleonexia* је посебан порок јер прећутно подразумева да укључује и жељу да се има више *на рачун других*,²⁸ што значи да *pleonexia*, за разлику од свих других порока, представља поступање *на њуђ рачун*.²⁹ Стога неправедан човек не жели само нека добра као што су новац, част или сигурност, нити га забрињава што ће његова похлепа друге упропастити. Он чак ужива у томе што добија на рачун других.

Примера ради, човек који се одаје разврату ради користи не чини то само због новца, већ и да би био срећан и задовољан што другима наноси неправду. Исто тако је и онај појединац, који безобзирно напушта бојни предак, задовољан што ће други поднети већи терет у борби, баш као што је и онај који полаже право на незаслужену част, срећан што је другима ускратио оно што им припада. Све су то разлози због којих похлепан човек, у Аристотеловом смислу, пати од јединственог чувственог поремећаја, који није само претерана жеља да се ужива у новцу, части и сигурности. Њега опседа погубна жеља да има више – жеља да има више на рачун других.³⁰

Такву жељу Аристотел открива и у пристрасним судијама. Ако такав судија, знајући шта налаже важећи закон или природно право, неправедно досуди, он тиме лично учествује у неправди и већој добити, било да се она огледа у чињењу услуге оној страни којој је наклоњен или у освети према другој страни. Јер у том случају судија који је неправедно досудио, рецимо њиву, није добио земљу, али је добио новац за своју неправедну пресуду.³¹

Када се Аристотелу, поврх тога, приписује и помисао да *pleonexia* подразумева и жељу да се ужива у туђој патњи, поставља се питање да ли је људска природа склона и таквим изопаченостима. Аристотел одговара потврдно о чему сведочи и његово казивање да је непријатељима *угодно* наносити неправду.³² Изгледа да је склоност да се радо наноси зло другима била својствена ондашњим Хеленима, на шта наводи израз за злобу *epichairekakia*, који дословно значи „уживање у злу“. Другим речима, људска природа је таква да је склона задовољству не само због властите среће и добитка него и због туђе несреће и губитка.

²⁷ Bernard Williams, *op. cit.*, 217.

²⁸ Richard Kraut, *op. cit.*, p. 138.

²⁹ Никомахова еџика, V, 1130a 10–22.

³⁰ Richard Kraut, *op. cit.*, p. 138.

³¹ Никомахова еџика, V, 1136b 34–1137a 7.

³² Реторика 1, 1373a 4–5.

РАЗЛИКА ИЗМЕЂУ АРИСТОТЕЛОВЕ И ПЛАТОНОВЕ ИДЕЈЕ ПРАВДЕ

Пре него што се подробније прикаже и размотри Аристотелова идеја правде, треба бар навестити у чему се она разликује од Платоновог великог и непролазног узора. За Платона, правда је јединствени психолошки феномен који је у својој основи однос према самој себи. Њега најпотпуније могу да изразе и отелове филозофи, а најбоље се може разумети у оквиру поретка идеалне државе. Тако схваћена правда подразумева складан однос између различитих делова душе (пожуде, воље и разума), који се постиже тако што виши делови управљају нижим (воља пожудом а разум вољом).

Овако замишљен унутрашњи склад индивидуалне душе Платон је потом учинио узором за исправан поредак политичке заједнице. Стога се, по његовом мишљењу, правда састоји у томе да свако ради само своје, то јест да извршава задатке који природно припадају сваком делу душе и сваком друштвеном реду.³³ Овако промишљена правда представља врлину која усклађује и управља поступањем како појединаца, тако и њихових скупина, одређујући свакој способности или енергији њихов сопствени правац и њихове границе. Отуда је правда једна врста сразмерности између различитих способности и делатности које чине једну органску целину. Како, пак, сваки део ове више целине може имати особену врлину (мудрост, снагу или умереност), правда их не само мири и доводи у ред, већ им даје одговарајући унутрашњи склад који њу саму изједначава с хармонијом, савршенством и лепотом.

Таква врста унутрашњег склада у људској души, која се не види споља, заиста је природна – вели Платон. „Човек у овом случају не дозвољава да делови његове душе врше неке дужности, које им не одговарају или раде неке различите ствари. Он ради оно што му приличи, влада над самим собом, уређује своју душу, ствара између ње и себе пријатељство и сједињује њена три дела баш као три тона једног акорда, најнижи, највиши и средњи, са још могућним међутоновима, а све то повезује једном везом и тако се од мноштва ствара јединство, оно постаје разборито и хармонично и врши своје дело, било да је то зарађивање новца, или неговање тела, било да су то државни послови или приватне ствари.“³⁴ Оно пак што усмерава човека да буде праведан и чини праведна дела, јесте мудрост, а оно што наводи људе да чине неправедна и непоштена дела, јесте неразборитост па и лудост.

Платон је правду учинио стожерном идејом своје *Државе* пошто она има посебан статус међу осталим врлинама. Она није једно добро поред осталих добрих својстава, него највиша и потпуна врлина. Наговештај

³³ *Држава*, IV, 439c–444a.

³⁴ *Држава*, IV, 443.

оваквог појма правде налазимо и у Аристотела, за којег је правда такође „савршена [потпуна] врлина, мада не у апсолутном него у односу према некоме“.³⁵ „Овако схваћена праведност, дакле, није део врлине него цела [потпуна] врлина, нити је њој супротстављена неправда као део порока него потпун порок.“³⁶ Једина разлика између врлине уопште и правде у њеној општости јесте у начину њиховог испољавања. Врлина је само морално стање појединца, док се правда увек испољава у односу према другом.

Да би се боље разумела интерсубјективност правде у Аристотеловом смислу, могу се навести и следећи примери. За човека који сурово поступа са својим дететом не каже се да је неправедан, већ да је зао. Уколико отац за исти преступ једно дете строже кажњава од остале своје деце, онда се за њега може рећи да је неправедан. На сличан начин се и за закон који обавезује родитеље да своју децу шаљу у школу каже да је добар закон, док се закон који забрањује критиковање оних који су на власти обично сврстава у лоше законе. Праведан је, међутим, закон који пореске терете расподељује сразмерно богатству, док би неправедан био закон који припадницима одређене расе, вероисповести или етничке скупине ускраћује поједина права која остали грађани иначе уживају.³⁷

Правда се, дакле, не тиче издвојеног појединца већ одговарајуће врсте људи и њихових међусобних односа, а нарочито начина на који су међу њима подељена права и дужности, терети и погодности. Утолико правда, по Аристотелу, има битно *друшћивену њрироду* и као мерило исправности појављује се само тамо где се сусрећу радње и захтеви више субјеката, са особеном улогом да међу њима повуче границу и утврди хармоничну сразмеру.³⁸ „Праведност једина од свих врлина представља и добро других [објективно добро]“ – вели Аристотел – „јер је непосредно управљена на друго: другоме користи њено упражњавање – било владару, било заједници ... Зато није најбољи онај ко примењује врлину према себи него онај који то чини према другоме јер *џо* је тешко.“³⁹ Праведник је, дакле, онај појединац који другима чини оно што се очекује од њега, а то је правда.

Платонова замисао правде не тиче се, међутим, односа са другим људима унутар дате политичке заједнице, него узајамног склада између различитих делова људске душе, па отуда подразумева хармоничан однос и уравнотеженост унутар саме личности која тежи да буде праведна.

³⁵ Никомахова *еџика*, V, 1129b 25–27.

³⁶ Никомахова *еџика*, V, 1130a 8–10.

³⁷ Тако Н. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford: at the Clarendon Press, 1981, p. 154.

³⁸ Ђорђо дел Векио, *Право, њравда и држава*, превели с италијанског Т. Ристић и др Ђорђе Тасић, Београд, Издавачко предузеће Геца Кон, а.д., 1940, стр. 17.

³⁹ Никомахова *еџика*, V, 1130a 3–8.

Стога је праведан само онај појединац који је пре свега праведан према себи самом, а то је онај у којем воља управља појудом, а разум вољом.

Иако Аристотел нигде у петој књизи *Никомахове еџике*, која је посвећена појму правде, не помиње Платона, нити с њим полемише, он се на познат начин ипак осврнуо на његову замисао правде као унутрашње хармоније унутар појединца као таквог. На самом крају пете књиге Аристотел примећује да се само у пренесеном смислу може говорити о томе да је неко праведан или неправедан према себи самом. Притом има на уму однос између разумног и неразумног дела душе и могућност да један њен део претрпи неправду од стране њеног другог дела, што је противно њиховим утврђеним тежњама и што може довести до тога да човек нанесе неправду самоме себи, баш као што господар може бити неправедан према робу, а отац према својој деци. У том смислу, изгледа да између разума и чулности постоји неки однос праведности, баш као између владара и поданика.⁴⁰ Но, и поред ове аналогије, Аристотел није био склон Платоновој замисли да је правда у издвојеном појединцу пресудан, а међу људима само изведен појам.

Из ове разлике између индивидуалне и друштвене природе правде проистекло је још једно несагласје између Платона и Аристотела. Платонова замисао правде доводила је до закључка да филозофи само у изузетним околностима треба да се упусте у јавни живот свога града. Иначе, праведност своје душе треба да чувају тако што ће се клонити свакидашњег живота који је склон кварењу и пропадању, а у којем се у најбољем случају могу постићи само мала побољшања која нису вредна њиховог труда. Зато преданост филозофији не допушта бављење малим помацима у текућем политичком животу и крпљење и поправљање важећег законодавства. Штавише, уобичајен политички живот је затрован изопаченостима људске природе све док је она склона користољубљу, незаслуженом честољубљу и господарењем над другима. Другим речима, ако уман и праведан човек не може да учествује у идеалној држави или у поретку који јој је веома близак, једино што му преостаје јесте неучествовање у свакидашњем политичком животу, што не значи да тиме престаје да буде узор праведности. Довољно је да се клони чињења неправде па да остане и буде праведник.

Аристотел је, међутим, истицао да се и у државама какве оне јесу могу наћи примери добрих закона, попут оних који наређују да се не напушта своје место у бојном поретку, да се не бежи и не одбацује оружје и да се не чини прељуба и насиље.⁴¹ Уз то се праведност душе мора испољавати и чињењем праведних дела, то јест поступањем с другима на начин који је праведан.

Конечно, Аристотел се разликује од Платона и по томе како је замишљао и постављао улогу филозофа у датом друштвеном животу. То

⁴⁰ *Никомахова еџика*, V, 1138b 5–13.

⁴¹ *Никомахова еџика*, V, 1129b 19–22.

нарочито потврђује његова *Полиџика* у којој се не бави само најбољим политичким поретком, како је то чинио Платон у својој *Држави*, него са свим његовим постојећим облицима, да би утврдио „који су закони најбољи и који одговарају сваком поједином државном уређењу“.⁴² Уз то његова замисао правде у петој књизи *Никомахове еџике* почива на уверењу да правда налаже делотворно учешће у јавним пословима дате политичке заједнице, чак и кад та држава пружа релативно ограничене могућности за своје преобликовање и унапређење. Зато је живот саобразан моралу неизбежно друштвени живот, који се прилагођава важећим обичајима и законима, који су далеко од савршенства. Утолико и правда није само складан однос између различитих делова људске душе, него је превасходно политичка правда која захтева исправно поступање с властитим грађанима, најчешће у сагласности с важећим законима. А праведан човек није само филозоф који дубоко промишља вечни поредак апстрактних облика и предмета, већ и зналац уставних и политичких поредака, кога искуство учи да и лоши државни облици могу бити још гори, па стога има дужност да чини све што је у његовој моћи да и у датим околностима унапреди живот својих суграђана.

Све су то били разлози који су навели Аристотела да етику и политику сматра предметом јединственог истраживања које увек има практички циљ – достизање и унапређење људске среће.⁴³ Док се математичари и физичари баве чињеницама које не могу да мењају, задатак етичара и државника није да само разуме човека и прозре његову природу, него и да га образује и мења бољим правним и политичким установама. И то је један од разлога што је његова политичка филозофија била и практичка, па у својој *Никомаховој еџици* и *Полиџици* није само демонстрирао своју практичку разборитост као једну врсту промишљања, него ју је користио не би ли своје саговорнике уверио у потребу практичког политичког подухвата. Отуда су за њега практичка разборитост (*phronesis*) и политика (*politike*) били делови јединствене целине, који нису само предмет наставе у Академији односно Лицеју, него и самосвест мудрог човека и морално одговорног политичког делатника, нарочито у држави.

ПОЛИТИЧКА ПРАВДА

У свом уобичајеном значењу, од којег Аристотел полази у својим разматрањима, правда означава онај морални став на основу којег су људи

⁴² *Полиџика*, IV, 1289a.

⁴³ D. J. Allan, *The Philosophy of Aristotle*, Second edition, London, Oxford, New York: Oxford University Press, 1970, p. 23.

спремни да чине оно што је праведно и стварно желе да то чине.⁴⁴ После овог здраворазумског, Аристотел поступно развија филозофски појам правде који има више значења, будући да „поред праведности која подразумева моралну исправност уопште, постоји још једна праведност“.⁴⁵ У том смислу правда је синоним за врлину, а праведан човек је честит и морално исправан, а тиме и обдарен врлинама.

Појам правде Аристотел подробније одређује и као супротност неправди, која поред свог најширег значења постоји и у једном ужем, посебном смислу. И једна и друга врста неправде испољавају се у односима човека према човеку, само што је код једне реч о части, новцу, животној сигурности и жељи за добитком, док је код друге реч о свему ономе што испољава исправан морални став.⁴⁶

Под претпоставком да је свака врста морала која се тиче односа према другима одговарајући предмет важећег права, Аристотелов појам правде укључује три битна елемента: 1) једнакост коју подразумева поштење, 2) однос према другима, то јест друштвени карактер правде и 3) подвргавање тог односа правном уређивању путем утврђивања појединачних права и дужности. Но, како је и у Аристотелово доба шири појам правде био пример усињеног и прешироког значења ове речи, он се много не задржава на њему него се углавном бави ужим, то јест посебним значењима речи „правда“.

Тако, по његовом мишљењу, поред праведног уопште постоји и праведно у држави, то јест политичка правда, која подразумева делатно учешће у јавним пословима и управљање државом. Природа даје мерила о томе који појединци треба да имају такво делатно учешће и дарује им способности које су за то неопходне. Да би у томе били успешни, они се ослањају на узајамно процењивање ваљаности и исправности тог учешћа, што чине захваљујући својој практичкој разборитости, али им природа не даје и коначна мерила за такво процењивање.

Политичка правда је могућна само у заједници слободних и једнаких грађана – заједници која је самодовољна и под владавином закона. Они који тај грађански статус немају не могу имати удела у политичкој правди. Тако, по Аристотелу, право господара над робовима и оца над децом није подложно процени да ли се оно врши на праведан или неправедан начин, пошто нико не може чинити неправду ономе који је његова апсолутна својина. „Роб [као својина] и дете докле год не одрасте да буде самостално, у неку руку су део господара и оца, а нико нема намеру да самом себи шкоди. Зато и не постоји неправедност према самом себи.“⁴⁷ Оно што робовима и деци

⁴⁴ Никомахова еџика, V, 1129a 6–9.

⁴⁵ Никомахова еџика, V, 1130b 6–7.

⁴⁶ Никомахова еџика, V, 1130a 14 – 1130b 5.

⁴⁷ Никомахова еџика, V, 1134b 9–13.

недостаје, то су политичко искуство и исправност и зрелост расуђивања и промишљања, нужан услов без којег се не може бити одговоран субјект моралности.⁴⁸ За разлику од робова и малолетне деце, однос између мужа и жене унеколико се приближава политичкој правди, зато што су жене једнаке мужевима, иако не учествују у вршењу власти. Њихов међусобни однос је уређен породичним правом које се разликује од државног.⁴⁹

Уз то политичка правда претпоставља једнакост, па Аристотел вели да је правда једнакост, а једнакост правда.⁵⁰ У том погледу она је нешто сасвим друго у односу на одређеног појединца, стање духа или врлину. У том смислу она је начело, правило или морална вредност,⁵¹ па се појављује као кључно обележје јавног права.⁵² Чак би се могло рећи да *Magna Moralia* садржи уверење да је правда само јавна правда (*to politikon dikaion*)⁵³ – оно што политичку заједницу држи на окупу,⁵⁴ под условом да представља заједницу једнаких грађана. Другим речима, грађани морају бити једни другима равни у правима, части и достојанству, иако у свему осталом различити. Таква једнакост се пре свега обезбеђује ваљаним законима.

ПРАВДА КАО ЈЕДНАКОСТ

Тиме је и Аристотел добрим делом политичку праву свео на законитост. „Праведно у држави“ – вели Аристотел – „налази примену тамо где се изван број слободних и једнаких људи – једнаких било у пропорционалном било у нумеричком смислу удружио у животну заједницу да би образовао целину довољну себи. Оне друштвене заједнице код којих то није случај, код њих, истина не постоји за међусобне односе друштвено (*politikon*) право, али и код њих важи извесно право и то у сличном значењу: јер право постоји тамо где постоји међусобно признати закон; закон постоји тамо где постоји могућност неправде.“⁵⁵ Тако се Аристотел суочио с вечним питањем односа правде и важећих закона који је и данас двосмислен и споран. По једном мишљењу, које заступају позитивисти,

⁴⁸ Никомахова еџика, I, 1095a 2–10.

⁴⁹ Никомахова еџика, V, 1134a 26–30.

⁵⁰ *Magna Moralia*, 1193b 33. У филозофији и филологији нема јединственог одговора на питање да ли је ово дели написао Аристотел.

⁵¹ Max Salomon Shellens, „Aristotle on Natural Law“, Notre Dame Law School, NDLScholarship, 1-1-1959, pp. 94–95.

⁵² *Magna Moralia*, 1194b 9.

⁵³ *Magna Moralia*, 1194b 8.

⁵⁴ *Magna Moralia*, 1194b 18.

⁵⁵ Никомахова еџика, V, 1134a 26–32.

правда се „састоји у саобразности неком закону: али, с друге стране, тврди се такође да закон има да буде саобразан правди“.⁵⁶

Аристотелов одговор на ово питање није, међутим, једнозначан. Најпре, он поистовећује правду са законитошћу, па вели да је праведан онај човек који поштује законе и поступа по њима, док је неправедан онај који крши законе.⁵⁷ Или како је то одмах потом објаснио: „Пошто је онај ко крши закон неправедан, а онај ко га поштује праведан, јасно је да је све оно што је законито у извесном смислу и праведно. Све што је законодавством одређено јесте законито, а за сваку такву законску одредбу ми тврдимо да је праведна.“⁵⁸

Да је остао само при оваквом поимању правде, Аристотел би вероватно био један од претеча савременог правног позитивизма. За Аристотела је то, међутим, био само један вид правде који је нераздвојно здружен с његовим поимањем природе закона као таквих, који се не могу поистоветити с оним што ми данас подразумевамо по законима. Грчки израз *nomos*, који учестало користи Аристотел, данас се преводи речју „закон“, што није сасвим истоветно. Реч *nomos* не означава само опште акте законодавца већ и обичаје, норме и неписана правила дате политичке заједнице.⁵⁹

Именица *nomos* је истог порекла као и глагол *neteîn*, чије је једно од значења „веровати“. Отуда све оно што нека политичка заједница сматра примереним – одговарајућим и уобичајеном начином поступања – представља њене *nomoi* (множина од речи *nomos*). Зато и нема *nomoi* у које нико не верује, јер да би *nomos* постојао, дата политичка заједница мора да га признаје и уважава.⁶⁰ Стога кад Аристотел каже да је праведан човек *potinos*, он има на уму његов однос према законима, нормама и обичајима које његова политичка заједница прихвата и поступа по њима. И обрнуто. Неправедан човек није само онај који крши писане законе већ и сва друга правила која прихвата полис у којем живи.

⁵⁶ Ђорђо дел Векио, *op. cit.*, стр. 1.

⁵⁷ Никомахова *еџика*, V, 1129a 32–34.

⁵⁸ Никомахова *еџика*, V, 1129b 11–14.

⁵⁹ То је управо имао на уму Аристотел када је рекао да су “закони који се заснивају на обичајима важнији и тичу се важнијих ствари него писани закони. Стога је човек као владар поузданији него писани закони, али није поузданији од закона који почивају на обичајима.“ *Полиџика*, III, 1284b. А Роџер А. Шајнер (Roger A. Shiner) је овако појмио ово Аристотелово казивање: „... *Nomos* не означава искључиво ‘озакоњено’ или ‘писано’ право, то јест ‘позитивно’ право у смислу модерног правног позитивизма. Он обухвата како обичаје тако и формално озакоњено право.“ – Roger A. Shiner, „Aristotle’s Theory of Equity“, *Digital Commons at Loyola Marymount University and Loyola Law School*, 6-1-1994, p. 1262.

⁶⁰ Richard Kraut, *Aristotle: Political Philosophy*, Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 105.

У још једном погледу се Аристотелов *nomos* не може свести на данашњи закон. Он је правио оштру разлику између *nomoi*, као општих правних аката, и *psephismata* који се најчешће преводе као декрети. А *psephisma* је заправо била *lex individualis*, закон који је једино по форми општи а по садржини појединачни акт, који се примењује само у једном случају који одступа од општег правила. Забележен пример који то потврђује био је Периклов ванбрачни син. Када је Перикле изгубио и последњег законитог сина Парала, да му се не би угасило име и затрла лоза, атински демос донео је *psephismu* којом му је допустио да свог ванбрачног сина упише у своју фратрију и да му своје име. То је онај исти стратег кога ће доцније, пошто буде победио Пелопонежане код Аргинуса, Атињани осудити на смрт заједно с осталим командантима.⁶¹ А разлог за овако страшну казну била је чињеница да им, због буре која је наступила, није пошло за руком да покупе бродоломнике.

Psephisma у Аристотеловом смислу те речи обухвата правило које *demos* доноси за појединачан и издвојен случај без примереног разматрања и потпуног утврђивања да ли ће оно имати општу примену. А таква правила која се тичу само једног случаја не могу бити правила правде.⁶² У *Никомаховој еџици* Аристотел наводи случајеве „специјалних законских одлука“, као на пример, декрет о жртвовању Брасиди као народном хероју или одредбе које носе карактер народних одлука.⁶³

Овакав начин владања појединачним декретима уместо законима био је, по Аристотелу, својствен не само тиранији и олигархији него и изопаченој демократији. То је пета врста демократије у којој врховна власт припада маси, а не закону, па пресудну снагу имају појединачне народне одлуке. „То проузрокују демагози. Јер у оним демократијама у којима влада закон нема демагога, већ су најбољи између грађана на челу државе. Али демагози се јављају тамо где закон нема врховну власт.“⁶⁴ Они који владају у изопаченим облицима политичког поретка не воде рачуна о доследности приликом решавања мање-више истих случајева, него сматрају да оно што су одлучили данас може већ сутра бити промењено.

Аристотел није без ваљаног разлога сматрао да је праведност као законитост могућна само под општим и постојаним правним правилима, будући да свака ваљана политичка заједница почива на устаљеним обичајима и нормама и кохерентним законима који нису подложни учесталим, лакомисленим и непредвидљивим изменама. Једино под таквим важећим законима правда у ширем смислу подразумева саображеност

⁶¹ Плутарх, *Перикле*, 37.

⁶² Max Salomon Shellens, *op. cit.*, pp. 86–87.

⁶³ *Никомахова еџика*, V, 1134b 23–24.

⁶⁴ *Полиџика*, IV, 1292a.

законима. Притом није довољно да се зна какви су закони и обичаји у датој политичкој заједници, нити је потребна нека нарочита мудрост да би се знало шта је праведно а шта неправедно, пошто није тешко разумети како закони гласе.⁶⁵ Поврх тога потребна је и практичка разборитост без које се тешко може достићи врлина. Ово је посебно важно, пошто онај који је праведан у ширем смислу те речи, такође ће располагати врлином правде у њеном ужем смислу схваћеном као једнакост.

Након разликовања ширег и ужег појма правде, Аристотел сажето наговештава идеју да се неправда у ужем смислу огледа у похлепи, то јест у жељи да се има више него што представља праведан удео. Потом на следећи начин разјашњава идеју правде као саображеност с важећим законима:

1) „Пошто је онај ко крши закон неправедан, а онај који га поштује праведан, јасно је да све оно што је законито у извесном смислу и праведно.“⁶⁶

2) „Све што је законодавством (*nomothetike*) одређено јесте законито, а за сваку такву законску одредбу ми тврдимо да је праведна.“⁶⁷

Иако први од ових двају исказа изгледа веома споран, Аристотелова досадашња разматрања могла би се свести на исказ да све што важећи закони захтевају јесте законито, а тиме и праведно. Он, међутим, приказује да је понеки закон „непромишљено састављен“,⁶⁸ док у *Полијици* упозорава да „исто онако као и државна уређења, и закони морају да буду рђави или добри, праведни, или неправедни“.⁶⁹ А који је то закон за који се може рећи да је ваљан и праведан? То је само онај закон који је прописан имајући на уму врлину схваћену као целина,⁷⁰ што се већ претпоставља у другом поменутом исказу да је законито једино оно што је умеће састављања закона (*nomothetike*) као такво утврдило. Притом је *nomothetike*, као једна врста практичке разборитости (*phronesis*), „највиша

⁶⁵ Никомахова *еџика*, V, 1137a 9–11.

⁶⁶ Никомахова *еџика*, V, 1129b 11–12,

⁶⁷ Никомахова *еџика*, V, 1129b 12–14.

⁶⁸ Никомахова *еџика*, V, 1129b 25.

⁶⁹ *Полијица*, III, 1282b. Као пример неправедног закона о прерасподели имовине мањине богатих, Аристотел наводи следећи хипотетички случај: „Ако би сиромаси, зато што их има више разделили имања богаташа, онда то не би била неправда, јер, тако ми Дива, врховна власт сматра да је то праведно. Шта онда у крајњој линији треба сматрати неправдом? И ако би, опет, већина целокупног становништва поделила имања мањине, јасно је да би то упропастило државу. Врлина, међутим, не упропашћује онога који је има нити праведност делује разорно на државу, па је, према томе, јасно да тај закон не може да буде праведан.“ – *Полијица*, III, 1281a 15–25.

⁷⁰ Никомахова *еџика*, V, 1130b 22–24.

мудрост законодавства⁷¹; која садржину закона саображава онеме што представља исправно разумевање људске добробити и дате политичке стварности. Стога су, по Аристотелу, законити, а тиме и праведни, само они акти, прописани законима, које су саставили врсни зналци политике, и само такви закони су без недостатака и мана. Утолико се Аристотелово казивање „да је све оно што је законито у извесном смислу и праведно“⁷² мора подвести под претходно објашњење и ограничење.⁷³

Но и поред тога, Аристотелов исказ – да је све што је законито у *извесном смислу* и праведно – захтева допунско објашњење. Ово утолико пре што ни садржину свих важећих закона није одредила највиша мудрост законодавства, а постоји приличан број закона који имају мање или веће недостатке и мане, што наводи на закључак да све што је законито није и у сваком појединачном случају праведно.

У ствари, кад Аристотел вели да је правда саображеност с важећим законима, он нема на уму само добро састављене, па и идеалне законе који омогућавају да се са свим грађанима поступа праведно и да свако добије оно што заслужује и што му по правди припада. Јер, „закони узимају реч у свим могућим случајевима, заступајући притом или опште добро или само интересе аристократа и моћних. Стога су закони састављени према врлини или према неком другом таквом мерилу. И зато ми у једном другом смислу називамо праведним све оно што ствара и одржава срећу уопште и оно што је ствара у државној заједници.“⁷⁴ То само значи да важећи закони могу бити не само опште *нейрисџрасно* правило које се подједнако примењује на све грађане, већ и *ирисџрасно* правило које погодује само једном и то мањем делу дате политичке заједнице. Стога се поставља питање како и такви закони могу бити праведни када нису ни савршени ни идеални.

Аристотелов одговор на ово питање је једноставан. Сви правни поници, па чак и они који имају значајне недостатке и мане, у извесном смислу су праведни, пошто у извесној мери стварају и одржавају срећу у датој политичкој заједници. Да би то показао, наводи законе који забрањују да се напушта своје место у бојном поретку, бежи и одбацује оружје, што налаже храброст, и да се не чини прељуба и насиље, ударају и грде други, што се очекује од умереног и разборитог човека.

То, међутим, не значи да све што се нареди, може бити законито пошто постоје извесна дела која се не смеју починити нити икада могу бити законита. Или како је то сам Аристотел упозорио, „има и таквих ствари на које нико не сме допустити да буде присиљен, ни по цену смрти у најстраш-

⁷¹ Никомахова *еџика*, V, 1141b 25.

⁷² Никомахова *еџика*, V, 1129b 11–12.

⁷³ Тако Richard Kraut, *op. cit.*, p 112.

⁷⁴ Никомахова *еџика*, V, 1129b 14–19.

нијим мукама“.⁷⁵ Исто тако „незаконито је подвластити некога не само у оправданом него и у неоправданом случају, а држати некога под својом влашћу свакако је још и неправедно“.⁷⁶ Такође се ни за наредбе оних који тирански владају не може рећи да су законите, јер је минимални услов уљудности да закон одржава срећу и све што је ствара и одржава у политичкој заједници.

ПРИРОДНА И КОНВЕНЦИОНАЛНА (ЗАКОНСКА) ПРАВДА

Указивањем на чињеницу да поред уобичајене неправде постоји и оно апсолутно неприхватљиво, што се ни по коју цену не може допустити, Аристотел се сучио с питањем на основу којих мерила просуђујемо шта је у важећем, позитивном праву добро и исправно и тиме праведно, а шта је апсолутно недопустиво и тиме неправедно. То мерило је замисао природног права. Њено порекло је у оној прастарој људској тежњи, израженој још у Софокловој *Антијони*, ка вечној и непроменљивој правди – правди коју људска власт изражава, или треба да изрази, али не ствара; и коју властодршци могу да погазе, а да то плате умањењем или губитком власти којом располажу. Управо такву врсту правде имала је на уму и Антигона када се, правдајући се што је покопала брата Полиника противно Креонтовом закону, позвала на неписане природне законе:

„Од данас нису они, нити од јуче, свакако,
Но вечно важе, нико не зна од кад су ...“⁷⁷

Ова вечна и непроменљива правда била је замишљена као виши или врховни закон који проистиче из природе универзума или људског ума и који обавезује и самог законодавца.⁷⁸ Радикалнији мислиоци ишли су корак даље па су закључили да је позитивни закон, ма колико поткрепљен надмоћном државном силом, неважећи и ништав ако је противан вишем природном праву.

Ово супротстављање природног права, као постојаног и једнаког за све људе, и позитивног права, које је разнородно и променљиво од једне до друге политичке заједнице, почива на још дубљој разлици између природе и конвенције. Васколико позитивно право је *конвенционално*, што значи

⁷⁵ *Никомахова еџика*, III, 1110a 26–27.

⁷⁶ *Полиџика*, VII, 1324b 22–27.

⁷⁷ Ове Софоклове стихове наводи Аристотел у својој *Реторици* 1, 1373b и 1375b 1–2.

⁷⁸ Ernest Barker, *Tradition of Civility*, London: Cambridge University Press, 1948, pp. 310–312,

да је ствар слободног, понекад и самовољног избора, те да стога постоји велика различитост између важећих закона и обичаја различитих држава и народа. Ту слободу избора, из које проистичу веће или мање разлике између изабраних законских решења, и те како осећају и данашњи законодавци када приликом доношења закона бирају између више могућних алтернатива. Природно право се не ствара, већ открива; оно није ствар слободног избора, већ истинског знања о томе шта је добро за човека и политичку заједницу.

Међу онима који су на овај начин повукли јасну разлику између природног и позитивног права, а тиме и природне и конвенционалне (законске) правде био је и Аристотел. У својој *Рейџорици* он вели: „Закон може бити посебан и општи. Под посебним подразумева писани [позитивни] закон по којем се у држави влада, а под општим, она начела и норме које, иако неписане, како изгледа, признају сви људи.“⁷⁹ А у *Никомаховој еџици* још додаје: „Државно право (*politikon*) је двојако: природно (*physikon*) и позитивно (*nomikon*). Природно је оно које свуда има исту важност, а не зависи од тога да ли је усвојено или није. Позитивно је оно право за које је првобитно било споредно да ли је гласило овако или онако, али то више није откако је законски установљено. На пример, закон да утврђена откупнина за ратног заробљеника износи једну мину или одредба да треба жртвовати једну козу а не две овце.“⁸⁰ Посреди је, дакле, важеће право чији се доносилац не руководи његовом унутрашњом вредношћу, па се оно што је по његовом мишљењу праведно или неправедно пре одређује пуком и произвољном сагласношћу него ваљаним просуђивањем. За разлику од таквог позитивног права, природно право проистиче из нашег суда о томе шта је праведно у свим стварима према којима духовно зрели и релативно разборити људи не могу бити равнодушни.⁸¹

На сличан начин је Аристотел и у својој *Рейџорици* изнова повукао разлику између природног и писаног (позитивног) закона. „Под законима, с једне стране, подразумевам посебне, а с друге, опште. Под посебним подразумевам законе које су поједини народи према себи и ради себе донели, а деле се на писане [позитивне] и неписане. Општим називам природне законе. И доиста постоји неко опште поимање праведног и неправедног у складу с природом што признају сви народи, па све да међу њима не постоји никакав додир, нити у погледу тога било какав споразум.“⁸²

⁷⁹ *Рейџорика* 1, 1368b.

⁸⁰ *Никомахова еџика*, V, 1134b 18–23.

⁸¹ Bernard Yack, “Natural Right and Aristotle’s Understanding of Justice“, *Political Theory*, Vol. 18, No 2, May 1990, p. 220.

⁸² *Рейџорика* 1, 1373b.

Позитивно право, а тиме и законска правда која је њиме одређена, не само што су подложни повременим изменама, него се разликују од полиса до полиса. И као што мере за вино и жито нису свуда исте, „исто тако и правне одредбе које нису од природе дате, него су од људи нађене, нису свуда исте, јер ни државна уређења нису свуда иста, него би свуда било најбоље само једно право, оно које би било од природе дато“.⁸³

Тако схваћена, законска правда има два обележја. Да би постојала, треба да је призна и практикује нека политичка заједница. Како се уз то заснива на важећим законима и обичајима, који су ствар слободног избора, увек садржи у себи и један елемент произвољности. Утолико је законска правда у исти мах и конвенционална правда, која приликом настанка може бити оваква или онаква, али кад се једном устали, постаје правно обавезујућа.

Природно право, а тиме и природна правда, нису ствар ничијег избора него се заснивају на самој природи ствари или, још тачније, на самој природи човека.⁸⁴ Отуда када је неки закон по својој природи праведан, његова правда је инхерентна њему самом и не зависи од тога да ли је прихваћен као скуп правила који се практично примењује. Многи, додуше, мисле – вели Аристотел – „да је целокупно право ове врсте [то јест позитивно], јер веле они, све што је од природе не може да се мења и свуда има исту моћ, као што ватра гори исто тако добро као и у Персији, док у позитивном праву уопште виде нешто што може [према искуству] да се мења“.⁸⁵ Стога, по расуђивању ових неверника у постојање природне правде, ако су неке ствари и поступци по природи праведни, као што би била владавина и по знању и врлини најбољих, онда би таква врста владавине била универзално прихваћена. Могуће је приметити да у пракси није заживела владавина најбољих, по знању и врлини.

Аристотел одмах узвраћа да ствар ипак не стоји тако или бар не сасвим тако, те да се не може рећи да је природна правда свуда иста, као што ватра гори на исти начин и у Хелад и у Персији. „Код нас, људи, напротив, мада додуше постоји оно што је од природе, ипак је *све* променљиво.“⁸⁶ Тако је и природна правда променљива, додуше не на исти начин како се

⁸³ Никомахова еџика, V, 1135a 3–5.

⁸⁴ Установа ропства је једна од оних које, по Аристотелу, нису ствар конвенције него природе, чиме је дао обол добу у којем је живео. Тако он објашњава: „Па и природа жели да тела слободних људи и робова начини различитим, те су тела робова снажна за обављање свакодневних послова, а тела слободних људи су усправна и неспособна за такве послове, али су способна за живот у држави који се дели на службу у рату и службу у миру... Према томе, јасно је да су једни људи по природи слободни, а други робови и да је за робове и корисно и праведно да робују.“ – Полиџика, I, 1254b 15–25; 1255a 1–2.

⁸⁵ Никомахова еџика, V, 1134b 24–27.

⁸⁶ Никомахова еџика, V, 1134b 29–30.

учестало мења конвенционална, то јест законска правда. Аристотел то показује примером који је сличан и многим другим случајевима. Код већине људи десна рука је по природи јача, што ипак не искључује могућност да се вежбом ојача и лева рука, па да се обе руке добро користе.

Та могућност да се оно што је по природи праведно мења или, још тачније, прилагођава датим околностима, не доводи у питање сама начела на којима правда почива. Са становишта природног права, које отеловљује природну правду, закон треба да обезбеди опште добро политичке заједнице и то је оно што се сматра праведним. Но, ако је праведно истоветно општем добру, право и правда не могу бити ствар конвенције, пошто природа ствари, а не самовољан избор одређује шта је у сваком појединачном случају добро и праведно. А то само значи да се оно што је по природи праведно може разликовати од полиса до полиса и од једног до другог временског периода. Стога је различитост праведних решења не само у складу с темељним начелима правде већ и њихова очекивана последица, уколико је праведно истоветно општем добру. И као што лекар, имајући на уму потпуно оздрављење, прописује различите лекове зависно од врсте болести и општег стања болесника, тако и мудри управљачи државе доносе особене законе на основу знања шта је у датим приликама добро и праведно. Другим речима, природно право и правда, коју оно отеловљује, не само да не искључују већ управо налажу одговарајуће саображавање општих начела правде особеним приликама дате политичке заједнице.

Аристотел, додуше, није у петој књизи *Никомахове еџике* објаснио зашто би требало прихватити постојање природне правде, која је независна од људског избора и онога у шта људи у датом тренутку верују. Али је одговор на ово питање наговестио када је рекао да „би свуда било најбоље само једно право, оно које би било по природи дато“.⁸⁷ Том напоменом Аристотел упућује читаоца на своја разматрања у седмој књизи *Полиџике*, у којима сажето излаже како би изгледао најбољи облик политичког поретка, који је у сагласју с идејом природне правде. „Јасно је“ – вели Аристотел – „да најбоље државно уређење мора да буде оно у чијем поретку сваки грађанин, ма ко он био, може да дела у складу с врлином и да живи срећно.“⁸⁸ А убрзо потом излаже следећу замисао идеалног поретка који је веома близак Платоновој аристократији:

„Најбоље државно уређење које тренутно испитујемо јесте оно које у највећој мери обезбеђује држави срећу, а срећа, како смо раније рекли, не може да се одвоји од врлине. Јасно је, према томе, да у држави с најбољим уређењем, у којем су људи апсолутно а не само релативно праведни, грађани не треба да се баве мануелним радом нити трговином, јер такав живот нема у себи ничег племенитог и противан је врлини. Они не треба

⁸⁷ *Никомахова еџика*, V, 1135a 5.

⁸⁸ *Полиџика*, VII, 1324a.

да се баве ни земљорадњом, јер за неговање врлине и за државне послове потребно је доста слободног времена.⁸⁹

У овим наводима Аристотел се није бавио постојећим прописима и њиховим унутрашњим поретком који одређује шта је законита, односно конвенционална правда. Јер, питање природне правде јесте питање како би полисима требало управљати, а не како се у датом тренутку њима стварно управља. Зато у Аристотеловој замисли између природне правде и по природи најбољег устава постоји неразлучива веза: сви закони, који су по природи праведни, морали би се наћи у идеалној држави. А да би се природна правда на ваљан начин промишљала, мора се расуђивати изван онога што законска правда у овом или оном случају представља.⁹⁰

Аристотелово разликовање природе и конвенције, *physisa* и *nomosa*, имало је изузетно велику улогу у грчкој правној и политичкој филозофији, а преко стоика је извршило велики утицај на римску правну мисао. Оно је најпре моћно средство за критику постојећих правних и политичких установа. Тако је Алкидамант саветовао Спартанцима да Месејане пусте на слободу. „Бог је све људе пустио слободне; природа никога није учинила робом.“ А потом је ово разликовање постало стожер правне теорије на којој почива *Corpus Iuris Civilis*. Универзалном важењу тог кодификованог римског права била је примерена и Паулусова изрека да када правом називамо оно што је увек добро и правично, тада говоримо о природном праву.⁹¹

ПРАВИЧНОСТ

Законска правда је нужан, али не и довољан услов за праведност у сваком појединачном, а нарочито особеном случају. Отуда владавина закона, ма колико пожељна и благотворна, има озбиљне слабости, које је међу првима, а пре Аристотела, запазио Платон. Разлог је у томе „што закон никада неће

⁸⁹ *Полиџика*, VII, 1328b–1329a 1.

⁹⁰ Има, наравно, мишљења која релативизују значај Аристотелове замисли природног права. Тако по Бернаруду Цеку, нема доказа да је Аристотел сматрао да је природно право више и апсолутно исправно мерило правде, нити је тврдио да неписани закони, као више мерило правде, нужно укидају писане законе. Стога природно право не представља више мерило правде, чију представу настојимо, у мери у којој је то могућно, да остваримо у нашим законима. Иако нас природа, по Аристотелу, води приликом изрицања политичких судова о истинској правди или неправди наших делатности, она нам не пружа коначно мерило по којем процењујемо ове судове. Аргумент о истинским изврсностима наших делатности, аргумент који никада не може да буде коначно одређен позивом на ауторитативно природно мерило, за Аристотела је средишњи и неизбежни елемент политичког живота. – Bernard Yack, *op. cit.*, pp. 226, 234.

⁹¹ *Dig.*, I. 1. 11.

моћи у један мах обухватити оно што је најбоље и најправедније за све, па наређивати оно што је најприкладније⁹². Неједнакост међу људима и њиховим делима – вели даље Платон – као и чињеница да никада ни једна ствар не мирује, не допуштају да се ниједна вештина изрази као једноставно правило које би важило за све случајеве и за свако време. Другим речима, „немогуће је, дакле, да оно што кроз све време остаје једноставно [*οἰσίν*е законско правило], буде прикладно за оно што никада није једноставно“⁹³. А „закон баш смера само на то правило као предузетан и неук човек који не допушта да ико ишта ради против његове одредбе нити га ико пита, па ни онда када се пружа нешто ново што би за некога било боље него налог који је дао“⁹⁴.

Невоља је, дакле, у томе што се законом прописују општа правила која одговарају многима и у многим случајевима,⁹⁵ али не могу бити праведна баш у сваком, нарочито особеном и изузетном случају који законодавац није могао да предвиди. Тако је Платон на јасан и разложен начин показао да је највећа вредност закона – његова општост – уједно и његова битна слабост.

После њега то је учинио и Аристотел, по којем праведност самог закона није, међутим, довољно јемство да ће и у сваком појединачном случају бити остварена правда. Аристотел има на уму *οἰσίν*ости закона, која је колико год била његова врлина јер обезбеђује предвидљивост и једнакост, истовремено и његова велика мана будући да општи појмови, које закон садржи, не могу унапред да обухвате свеколику различитост појединачних случајева до којих се у будућности може доћи. „То је зато“ – вели Аристотел – „што је сваки закон једна општа одредба, а има много појединачних случајева који не могу бити третирани праведно према једној таквој уопштеној одредби. У таквим случајевима, које је нужно сврстати под неку општу законску одредбу, а општа одредба не може се тачно применити на све појединачне случајеве [сличнога типа], закон прибегава решењу које би задовољило већину случајева знајући добро у чему је пропуст.“⁹⁶

Аристотел заправо каже да се опште законске норме граде према *ἰσίν*ичним случајевима, те да нису у стању да обухвате и оне ретке појединачне случајеве који се знатно разликују од онога што је уобичајено и очекивано, а да је то мана сваке општости коју законодавац не може избећи. Такво његово расуђивање проистиче из његовог полазног става на самом почетку *Никомахове еџике*, да се приликом разматрања општих појмова и извођења закључака истина може оцртати само у општим цр-

⁹² *Државник*, 294а в.

⁹³ *Државник*, 294с.

⁹⁴ *Државник*, 294б.

⁹⁵ *Државник*, 295а.

⁹⁶ *Никомахова еџика*, V, 1137b 12–16.

тама. Стога када се изводе закључци из премиса, које су својим највећим делом истините, морамо бити задовољни са закључцима који су само у највећем броју случајева исправни,⁹⁷ Тако, по Аристотелу „етичка истина је сувише сложена да би била обухваћена било којим коначним усаглашеним скупом начела“.⁹⁸ То је заправо било и упозорење судијама и поротницима који примењују опште законске норме на појединачне случајеве.

Општост закона јесте, дакле, разлог што законска правда, чак и кад су закони добри, не може баш у сваком појединачном случају бити и апсолутна правда. Јер, како су сви закони по својој природи општи, њихова примена ће нужно, у неким ретким и изузетним случајевима, довести до неправедног исхода. Уз то се повремено појављују и пропусти у писаном закону, који понекад могу бити намерни а каткад и ненамерни; нехотимични су кад законодавцу неки случај умакне пажњи; хотимични су кад неки изузетан случај не може да се уопшти, па прописује општу одредбу која се не може примењивати на све, него само на већину случајева. Ту спадају сви они случајеви који због своје превелике неодређености измичу јасном и поузданом дефинисању.

Када неки случај, који би општом нормом требало уредити, измакне законодавчевој пажњи, онда би то, по уобичајеном становишту, била правна празнина, на коју Аристотел указује речју *elleipein* и другим изразима истог порекла,⁹⁹ који су налик нашој замисли „елипсе“ или „елиптичан“, док је неки превод изразом „празнина“. Сама идеја правде изван закона појављује се у Аристотела кадгод природну правду супротставља закону, а неписано природно право писаном позитивном праву. Аристотел, међутим, нема на уму правну празнину коју би ваљало попунити да би се остварила правда, него случај када норма која садржи *elleipein* не досеже до средине између двају порока као крајности – онога што је превише или премало.¹⁰⁰ Утолико изрази „не досезати“ и „пресезати“ означавају линеарно одступање од средње мере. Стога кад Аристотел користи реч *elleipsis*, он у оквиру расправе о правичности (*epieikeia*) има на уму да писани закон не досеже праву меру, па да институт правичности треба да исправи мањкавост тог закона чије су формулације опште и апсолутне.¹⁰¹

⁹⁷ Никомахова еџика, I, 1194b 19–22.

⁹⁸ Allan Beaver, “Aristotle on Equity, Law and Justice”, *Legal Theory*, Volume 10, Issue 01, March 2004, p. 15.

⁹⁹ Реторика I, 1374a 26 (*ellemma*) и Никомахова еџика, V, 1137b 22 (*elleiphthen*). Ово тумачење преузето је од Rogera A. Shiner, „Aristotle’s Theory of Equity“, *Digital Commons at Loyola Marymount University and Loyola Law School*, 6-1-1994, p. 1247.

¹⁰⁰ Врлина, по Аристотелу, је „средина између два рђава смера: претеривања и заостајања за мером“.- Никомахова еџика, II, 1106b 3 – 1107a 2.

¹⁰¹ Roger A. Shiner, *op. cit.*, pp. 1254–1255.

Уверљив пример који по Аристотелу потврђује превелику неодређеност опште законске норме била је одредба која забрањује наношење повреде гвозденим предметом, а не одређује тачно величину и облик тог предмета.¹⁰² Уколико би се пак догодило да неко гвозденим прстеном на руци некога удари, он би, ако би се поменута одредба строго примењивала, извршио кажњиво дело, док према стварном стању ствари није учинио неправду, па би на његов случај требало применити институт правичности. Тако долазимо до закључка да закони не могу бити потпуно одређени нити треба да се бескрајно разрађују до сваке појединости, него је довољно да буду одређени и разрађени колико дата природа ствари омогућује. Ово је став који смо могли очекивати од Аристотела као мудрог човека који је свестан људских слабости и погрешивости судија.¹⁰³

Тиме је Аристотел отворио једно од најтежих питања с којим се суочава сваки законодавац – питање до које мере формулације законских одредаба, због једнакости њихове примене, могу бити уопштене, а у којој мери треба да буду и довољно одређене, због правде у што већем броју разноликих појединачних случајева. По Аристотелу, добро састављени закони треба, колико је то могуће, да буду довољно одређени, како би сâми дали тумачење свих случајева, а да што мање препусте нахођењу судија. Такав свој суд поткрепио је двама разлозима. Први је да је лакше пронаћи једнога или неколицину, него мноштво разборитих и, за доношење закона и изрицање судова, способних људи. Други је још важнији: закони се доносе после дугог разматрања и промишљања, док се пресуде изричу исхитрено, без дубљег разматрања, тако да је онима који их доносе тешко да ваљано утврде шта је праведно и корисно. Од свега је најважније што непристрасан законодавац има на уму све могуће будуће случајеве, док судија одлучује о датом случају, па се том приликом често руководи пријатељском наклоношћу или мржњом, па и властитим интересом који помрачује разборитост и непристрасност. Зато дискреционој власти судије треба препустити што мање случајева, и то само оне које законодавац није могао да предвиди.¹⁰⁴

Општост закона, која је његова велика врлина, а у ретким, унапред непредвидљивим случајевима и озбиљна мана, заслужује додатно објашњење. Аристотел нас упозорава да су закони по својој природи општи у погледу свога домаћаја; они су уопштавање онога што се у стварности догађа и управо у томе је њихова вредност. Али ова њихова велика предност носи у себи и одређене мањкавости и открива изузетке који нису обухваћени њиховим општим формулацијама, а који у одређеним околностима могу бити

¹⁰² *Рейторика* 1, 1374a 25–36.

¹⁰³ Тако W. F. R. Hardie, *Aristotle's Ethical Theory*, Oxford: Clarendon Press, 1999, p. 210.

¹⁰⁴ *Рейторика* 1, 1354a 1354b.

релевантни. „Закони нису само општи; они су неминовно *сувише* општи.“¹⁰⁵ То је њихова неизбежна мана, пошто су појединости, захваљујући којима би закони обухватили све могуће изузетке, унапред непредвидљиве.

Има законодаваца који су у стању да проникну у будућност боље од других и формулишу правила којима ће ређе бити потребна измена или допуна. Али ће и најбољи међу њима повремено доносити законе чија ће се мана открити тек кад њихови прекршиоци буду изведени пред суд. Дobar судија свакако треба да се држи законâ, и то је његова велика врлина. Али она не допушта превиђање онога што су у закону недостатак и мана и његово механичко примењивање у погледу свега што он налаже. Јер, „правда се не састоји у послушности баш сваком закону, већ само у подржавању правног поретка као целине“.¹⁰⁶ То је, дакле, покорност сваком закону и поступање по њему, али не и по оном закону који је у погледу неке неочекиване и унапред непредвидљиве појединости мањкав.

После Аристотела, ову велику али неизбежну ману сваког општег закона запазили су многи проницљиви правни мислиоци. Општи закони су наравно неопходни, или како је то закључио Херберт Харт: „У свакој великој групи општа правила, стандарди и начела морају да буду главно средство друштвене контроле, а не посебне смернице које се дају сваком појединцу понаособ.“¹⁰⁷ Али су друштвено усмерене норме скоро увек апстракција која се примењује на конкретан скуп чињеница па се стога између општих правила и конкретних појединости никада не може постићи потпуна истоветност. И у томе је неизбежна тешкоћа. Добро промишљена и ваљано формулисана друштвено усмерена правила углавном ће обухватити све скупове чињеница које треба да уреде и скоро ни један такав скуп који не треба да регулишу. Може се рећи да би савршено формулисана правила могла да обухвате баш све случајеве које треба да уреде; али такав подухват, без божанске промисли, скоро увек измиче људском умећу. „Изражен на овај начин, вечан проблем друштвено усмерених правила и индивидуалног скупа чињеница један је од оних који су последица људске погрешивости.“¹⁰⁸

Занимљиво је да је наш угледни професор Божидар С. Марковић, који се једини од наших претходника озбиљније бавио институтом правичности, отишао још даље у анализи скривених мана општости правне норме. Таква норма, која оличава формалну правду, значи да се на стварно једнаке случајеве има применити исти поступак. Општа правна

¹⁰⁵ Richard Kraut, *op. cit.*, p. 108.

¹⁰⁶ *Op. cit.*, p. 109.

¹⁰⁷ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, At the Clarendon Press, p. 121.

¹⁰⁸ Raymond B. Marcin, „*Epieikeia*, Equitable Lawmaking in the Construction of Statutes”, *Conn. Law Review*, 1977–1978, p. 378.

формула, која није у стању да води довољно рачуна о свим особеностима различитих случајева – упозорава Божидар С. Марковић – представља, међутим, препреку остварењу такве правде. „Јер, кад под једно опште правило падају разноврсни и не по свему једнаки конкретни случајеви, онда општост правила ипак има за последицу неједнако третирање, пошто се на исти начин поступа с *неједнаким* стварима. И уопштавање само по себи већ значи занемаривање разлика које стварно постоје између појединих ситуација, а што је једно правило општије, оно те разлике тим више занемарује.“¹⁰⁹ Отуда – закључује Божидар С. Марковић – општој формули којој право прибегава не одговара ништа стварно, пошто у збиљи постоје само конкретни случајеви за које се тражи одређени суд и конкретна правда, „једина жива и истинска која није конструисана формула него дати однос личности, не апстрактна, него стварна једнакост...“¹¹⁰

Да би се због ових неизбежних мана сваке опште правне норме избегла неправда у неком изузетно различитом, нетипичном случају, по Аристотелу треба применити институт правичности (*epieikeia*) који је раван праведном, „али је правично оно што у погледу праведног премашује писани закон“.¹¹¹ Отуда и разлика између праведности и правичности. Правично и праведно су, дакле, једно исто и мада и једном и другом припада ознака 'добро', ипак је правично боље. Оно што притом представља тешкоћу, то је околност да правично стварно јесте исто што и праведно, али не у смислу позитивног [писаног] закона, него као корекција важећег права.¹¹² Правичност, дакле, представља „исправљање“ опште законске одредбе онако како би то учинио и сам законодавац да је могао да предвиди дотични случај. „Стога је правично истовремено и праведно, и то боље него извесна врста праведног, али не боље него апсолутно праведно, већ само боље од законског права које пропушта понешто због своје уопштене формулације. То је, дакле, суштина правичног да исправља закон тамо где је он због своје уопштености непотпун.“¹¹³ Јер, како то објашњава Аристотел, има много ствари које се не могу обухватити општом законском нормом, па се у таквим случајевима зарад правде, мора прибећи појединачним одлукама за сваки од њих. У таквим случајевима „правичност испуњава празнину између законске и апсолутне правде“.¹¹⁴

¹⁰⁹ Божидар С. Марковић, „Правичност као извор права“, *О љавди и љравичности*, приредио Милош Кнежевић, Београд, Дом културе „Студентски град“, 1995, стр. 22.

¹¹⁰ *Ibidem.*

¹¹¹ *Рейторика* I, 1374а.

¹¹² *Никомахова еџика*, V, 1137b 10–13.

¹¹³ *Никомахова еџика*, V, 1137b 24–27.

¹¹⁴ Allan Beever, *op. cit.*, p. 35.

Правичност је, дакле, средство којим се служе судије да би исправи-ле недостатке и мањкавости које законодавци тешко могу избећи. На једну врсту такве мањкавости указао је и сам Аристотел. Говорећи о повредама жељезом, он вели да законодавцу не би био довољан ни цео људски век да поброји све различите могућности такве повреде.¹¹⁵ Другим речима, због своје општости, законска одредба не може да обухвати у себи и све могуће појединости које ће се појавити у будућности.

Тај проблем се наравно мора решавати од случаја до случаја, а оно што би судијама могло бити од помоћи, то су дух, односно смисао писаног закона и вредности које он отеловљује и штити. На такав начин, по правилу, расуђују данашње судије у вери да тиме неће нарушити писани закон. То, међутим, није била последња Аристотелова реч, пошто у изузетним случајевима, оно што је „незаконито“, још увек може бити „правично“, па се уместо самих речи закона морају следити намере законодавца.¹¹⁶

Како су у Атини пресуђивали поротни судови састављени од великог броја поротника, смисао тадашњег судског беседништва је мање било доказивање, а знатно више убеђивање и уверавање. Зато Аристотел и каже „да се задатак реторике састоји у изналажењу стварно уверљивог и привидно уверљивог, управо онако као што је дијалектички задатак да открива истински и привидни силогизам“.¹¹⁷ Такву врсту убеђивања Аристотел показује управо на примеру оспоравања писаног закона зарад примене правичности. „Очигледно је“ – вели Аристотел – „да, уколико писани закон противречи нашем случају, треба прибегавати општем [неписаном, природном] закону који је сагласнији с правичношћу и правдом, са образложењем да судска формула, – *судити њо својем разумевању* значи да се не ваља искључиво придржавати писаних закона, – да правично постоји вечно и никада се не мења као ни општи закон (који је заснован на природи), док се писани закони често мењају.“¹¹⁸

Тиме се изнова суочавамо с неизбежним, мада ретким ограничењима и мањкавостима законске правде, која оличава правду у највећем броју, али не и у свим могућим случајевима, пошто се понекад мора прибећи *ad hoc* процењивању и пресуђивању, каквом се у модерном времену прибегава у арбитражним судовима. Највећи број правника, нарочито у нас, сматра да правда налаже доследну и беспоговорну примену закона у свим случајевима без икаквог разликовања. По Аристотелу постоји, међутим, притисак и у супротном правцу. Закон пре свега налаже да правда, садр-

¹¹⁵ *Реторика* 1, 1374a 33.

¹¹⁶ Max Salomon Shellens, „Aristotle on Natural Law“, Notre Dame Law School, *NDLScholarship*, 1-1-1959, p. 77.

¹¹⁷ *Реторика* 1, 1355b.

¹¹⁸ *Реторика* 1, 1375a.

жана у њему, има општу примену, а тај притисак правда понекад сматра дубоко неугодим па се стога буни против њега. Управо је правичност побуна правде против закона.¹¹⁹

Одмах се поставља питање ко ће у ретким и изузетно особеним случајевима примењивати институт правичности. Имајући на уму атински политички поредак, Аристотел вели да постоје власти, какав је рецимо судија, које имају право да решавају понеке случајеве које закон не може да реши. Како постоје извесне ствари које могу да буду обухваћене законима, а друге не могу, поставља се питање да ли је боље да влада најбољи закон или најбољи човек. У овим другим случајевима одлуку треба препустити човеку, односно судији који је одгојен и образован у духу закона да суди добро.¹²⁰ Такав судија наравно мора бити „оличење праведности“.¹²¹ То претпоставља *нейрисџрасносџ* судије, што се најлакше постиже ако се судије држе средине између двеју крајности. Једва да треба рећи да непристрасност судије подразумева и његову *независносџ*. И само такав судија може ваљано примењивати праведан закон и његове опште норме понекад „исправљати“ зарад постизања правичности у оним појединачним случајевима које законодавац није могао имати на уму.

Поставља се одмах питање на који начин судија то чини и чиме се притом руководи. Да би исправно пресудио спорни случај, судија се мора руководити практичном разборитошћу. Како случај који је пред њим може али и не мора сасвим одговарати општој формулацији писаног закона, правичност се састоји у исправној пресуди у посебном случају, имајући при том на уму да нема универзалне истине.¹²² „Ако је закон двосмислен па га је могуће тумачити и њиме се користити овако или онако, тада треба видети који би вид интерпретације више одговарао правди и корисности и тек се тада таквим законом послужити.“¹²³ У таквим случајевима судије треба да пресуђују сходно свом најдубљем разумевању правде која би у закону, као врховна вредност, требало да буде садржана.

Приликом суочавања са оваквом улогом судије такође треба разјаснити докле она досеже. Тешко је, наиме, не рећи да судије, кад год применом института правичности исправљају важећи писани закон, заправо преузимају на себе улогу законодавца. Или како је то закључио Рејмонд Б. Марцин: „Проблем друштвено усмереног правила и индивидуализованог скупа чињеница се изглађује средством правичне творбе закона од стране

¹¹⁹ John Gardner, “The Virtue of Justice and the Character of Law“, 53 *Current Legal Problems* 1, 2000, p. 18.

¹²⁰ *Политџика*, III, 1287b.

¹²¹ *Никомахова еџика*, V, 1132a 21–22,

¹²² Roger A. Shiner, *op. cit.*, p. 1258.

¹²³ *Реџорика* 1, 1375b.

судија.¹²⁴ То је добрим делом наговестио и Платон када је запазио да законодавци нису увек кадри да на ваљан начин и за све могуће случајеве озаконе идеју правде, па су стога државни управљачи „присиљени против писаних закона и уобичајеног права радити друго нешто и то праведније, боље и лепше него по пријашњим законима“.¹²⁵ Стога ће „прави државник у многим случајевима радити по умећу, не обазирући се нимало у свом деловању на писана правила кад год му се нешто друго учини бољим од онога што је сам прописао и наредио некима за време своје одсутности“.¹²⁶ Једина разлика између Платона и Аристотела јесте у томе што је Платон допуштао и државницима да исправљају важеће законе, док је Аристотел сматрао да то једино могу да чине судије.

Пошто су у демократској Атини судску власт вршили судови састављени од великог броја поротника, Аристотелов правични поротник има задатак да заштити појединца од мањкавости које закони неизбежно имају. Он, наравно, мора бити човек који поштује закон, а његово правично пресуђивање је законито, јер правни поредак чини бољи него што би иначе био кад би судије слепо следиле и примењивале закон. Уз то ће и свеколико право деловати боље када законодавци знају да њихови пропусти и грешке неће нужно произвести неправду, пошто ће умне и правичне судије препознати изузетке које је законодавац превидео приликом доношења закона. Стога законодавац не треба ни да покушава да предвиди баш сваки могући изузетак од општег правила које доноси, пошто је његово потоње пресуђивање задатак правичног судије, који у том погледу није противник него савезник и пријатељ законодавца.¹²⁷

Судија, односно атински поротник, тако поступа не због тога што му се не допада важећи закон. По свом положају у државном поретку он је подређен законодавцима па мора примењивати чак и оне законе које би он изменио или укинуо да је за то надлежан. Оно што он заправо чини када примењује институт правичности, то је примењивање онога што би и сам законодавац учинио да је био кадар да предвиди и општом нормом обухвати и оне изузетно ретке, унапред непредвидљиве, случајеве. Утолико правичан судија подржава и отеловљује у својој пресуди намеру и замисао самог законодавца, а не своје лично становиште које се лако извргне у самовољу, чиме не подрива него само учвршћује правни поредак. Све су то разлози због којих се и за правичног судију може и мора рећи да је човек од закона и да су његове одлуке законите, чак и кад нису

¹²⁴ Raymond V. Marcin, *op. cit.*, p. 380.

¹²⁵ *Државник*, 296d.

¹²⁶ *Државник*, 300cd.

¹²⁷ Richard Kraut, *op. cit.*, p. 110.

у складу с оним што закон изричито налаже или захтева. „Парадоксално је да законитост понекад може захтевати кршење закона“.¹²⁸

То, међутим, не значи да правичност оправдава кршење закона само зато што га неко сматра неправедним те да због тога никада није ни требало да буде донет. Напротив, по Аристотелу, једино судија може да одбије да примени закон када закључи да намера законодавца није била да се он примени у датом изузетно особеном и унапред непредвидљивом случају. Стога онај који одбија да поступи по закону који сматра неправедним, чини себе супарником оног органа који располаже влашћу да доноси законе, чиме нарушава па и разара цео државни и правни поредак.

На темељу римског и нововековног правног искуства Божидар С. Марковић је на сличан начин појмио и одредио улогу судије. По његовом мишљењу, што је закон општији, то је улога судије већа. „Пошто материјалну правду коју захтева сваки посебан спор није могао да оживотвори сам законодавац, њено остварење има да падне на онога ко се налази пред одређеним случајевима и који решава *cognita causa*, а то је судија; њему значи, треба омогућити да текст либералним тумачењем прилагођава конкретним околностима. Појам правичности, поред разликовања, претпоставља, дакле, широку дискрециону власт судије.“¹²⁹

Да би судија применом института правичности изрекао правду у особеном појединачном случају, он фактичко питање мора проширивати на рачун правног. Тиме се омогућава конкретизација и индивидуализација правног поретка, што је одувек било моћно средство правичности, па се и у Риму говорило *aequare ius facto*.¹³⁰

То, међутим, није довољно, него и сам судија мора бити правичан, па знати како да поступи по закону и обезбеди одговарајућу једнакост, а да у исто време не робује крутим и нефлексибилним законским формулацијама, пошто се правда не може увек и у потпуности остварити само доследном применом праведних закона. Поред тога, потребно је знати када у датом случају треба занемарити слово али не и дух закона и примити мање од онога што се заслужује. То, по Аристотелу, може само правичан човек, „онај ко свесно тражи и спроводи правично и ко у својим законским потраживањима не тера мак на конач макар и на штету другог, него је склон да попусти мало и тамо где би имао закон на својој страни. Таква одлука зове се правичност.“¹³¹

У својој *Реторици* Аристотел је подробније одредио појам правичног човека (*epieikes*), што пре свих треба да буде судија. То је онај појединач

¹²⁸ *Ibidem*.

¹²⁹ Божидар С. Марковић, *op. cit.*, стр. 23.

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ Никомахова етика, V, 1137b 34 – 1138a 3.

који је благ према људским слабостима и обазире се не на закон, већ на законодавца и не на слово закона, већ на законодавчеву намеру. „Правичан човек нема на уму дело него намеру, не део него целину и не гледа какав је ко у датом тренутку, већ какав је био током целог или већег дела живота. Радије се сећа добара које је примио, него зала што их је претрпео; радије добротинстава што их је примио, него оних што их је другима учинио. Правичан човек стрпљиво подноси нанету неправду и настоји да до правде дође радије споразумом него парницом.“¹³² Напоследку је Аристотел показао да је примена установе правичности пре примерена изабраном него редовном судији. То је разлог што правичан човек радије препушта решење спора изабраном него редовном судији, пошто први гледа оно што је правично, док други искључиво закон.¹³³

Правичан судија има наравно већу одговорност од правичног човека. Он мора располагати способношћу да препозна мањкавости закона и обезбеди да тужени у спору не сноси њихове последице. Уз то мора бити и добар и исправан човек кога красе моралне и друге врлине.

Тиме је Аристотел поступно изложио и објаснио свеколику сложеност односа између права и правде. Његово разматрање започиње поистовећивањем правде и важећег закона у појму *законске љравде*. Потом казује да поистовећивање закона и правде никада није унапред зајемчено и да су могући неправедни и изопачени закони. Уз то је показао да се исправност и ваљаност позитивног права може процењивати и са становишта једног вишег, природног, права. Коначно, чак ни најбољи закони, због несавршености *ојшћих* формулација, никада не могу у својој практичној примени довести до правде у сваком појединачном случају, па је због тога неопходна установа правичности, то јест „исправљање“ опште законске одредбе од стране непристрасног и независног судије.

ДИСТРИБУТИВНА ПРАВДА

Поред општег појма правде Аристотел разматра и њена два посебна вида – дистрибутивну и корективну правду. Оба се тичу једнакости и једино је питање каква је једнакост посреди. Неправедан човек је онај који крши законе и који је похлепан (*pleonektes*), а тиме и пристрасан.¹³⁴ Он увек настоји да више од других стекне она добра од којих зависи срећа или несрећа човекова. Зато ће неправедан човек увек изабрати веће. Но,

¹³² *Реторика* 1, 1374b.

¹³³ *Реторика* 1, 1374b.

¹³⁴ *Никомахова етика*, V, 1129a 32–33.

ако је предмет избора нешто друго што је рђаво, он ће изабрати мање.¹³⁵ У оба случаја нарушава једнакост, која може бити двоврсна.

Прва се постиже дистрибутивном правдом (*dianemetikon dikaion*) која се тиче расподеле добити и погодности, права и дужности, пореза и терета, добара и могућности за њихово стицање. Реч је, дакле, о ономе што као заједничко добро припада свима, али је према неком мерилу дељиво између припадника државе, односно политичке заједнице. Зависно од мерила које се притом примењује, може се догодити да један добије исто колико и други или да добије неједнако. Свађе и међусобна оптуживања углавном настају када једнаки не добијају једнако или кад неједнаки добијају једнако. Све се своди на разумевање природне једнакости, што се најпре показује када се расподела врши према заслуги и врлини. „Сви се, наиме, слажу у томе да се праведност у расподели (земље, новаца и тако даље) мора саобразити некој заслуги и врлини. Само што под заслугом не подразумевају сви исту ствар, него они демократски настројени подразумевају под тим просто личну слободу, олигархијски настројени богатство, многи опет племенито порекло, а аристократски настројени личну изврсност.“¹³⁶ На сличан начин се расподељују и обавезе и терети. Само расподељивање врши се према, како то математичари кажу, геометријској пропорцији. „Праведно је, дакле, пропорционално [сразмерно], а неправедно оно што се огрешује о пропорцију.“¹³⁷

Како ова математичка сразмера ништа не казује о самој садржини дистрибутивне правде, одговор на ово питање треба потражити у Аристотеловој *Полијици* у којој истражује и разматра политичку правду, која тежи највишем добру, а тиме и срећи свих грађана.¹³⁸ Аристотел, међутим, признаје да се људи разликују у погледу садржине општег добра и среће, као битне садржине политике, што је, по његовом мишљењу последица разлика и сукоба у погледу облика политичког поретка. Примера ради, наводи разлику у погледу тога шта је правда с гледишта олигархије, а шта с гледишта демократије, пошто сви тврде да се држе неке правде и кажу да није све што је праведно апсолутно праведно. „Тако ... изгледа да је једнакост праведна – и јесте, али не за све, него само за једнаке; исто тако се неједнакост чини праведном али не свима него само неједнакима.“¹³⁹ Невоља је међутим у томе што они који овако расуђују, која је једнакост

¹³⁵ Никомахова еџика, V, 1129b, 6–8.

¹³⁶ Никомахова еџика, V, 1131a 24–29. У овом преводу поједини изрази преузети су из превода Davida Rossa, *The Nicomachean Ethics*, Oxford: University Press, 1998, pp. 112–113.

¹³⁷ Никомахова еџика, V, 1131b 10–12.

¹³⁸ Allan Beever, *op. cit.*, p. 44.

¹³⁹ *Полијица*, III, 12180a.

праведна, губе из вида о коме суде и зато лоше суде. Они заправо суде о себи самима, а тада је мало ко добар судија.

Све ове разлике указују да закон који расподељује добити, права, терете и дужности припада јавном праву и да као такав изражава и расподељује ону правду која је отеловљена у уставу. Стога, иако сама дистрибутивна правда не може, као таква, да произведе неку одређену садржину, она то може здружена с уставом, то јест с одређеном врстом политичког поретка. Тако ће у демократском поретку, какав је био атински, важећи закон расподељивати демократску правду по којој су сви јавни положаји у држави доступни свима, независно од припадности овом или оном друштвеном сталежу. Такав закон је наравно праведан, али не и апсолутно праведан, па зато и демократска дистрибутивна правда може бити и јесте унеколико и неправедна. Прави државник треба да утврди који су закони најбољи и који одговарају сваком поједином облику политичког поретка. Јер законе треба доносити сагласно уставу, а не обрнуто.¹⁴⁰ Па чак и кад је устав неправедан, дистрибутивни закон је у извесном смислу праведан, зато што отеловљује дистрибутивну правду садржану у таквом уставу.

Поред недовољно одређене садржине дистрибутивне правде, која није само правда него и превасходно политичко питање, Аристотелу је промакла могућност да је понекад предмет расподеле само једно добро, а да постоји неколико могућних прималаца истих врлина и достојанства. У таквом случају не може се применити геометријска сразмера, него један добија цело добро, а други ништа иако имају скоро исте заслуге. Аристотел се тиме није бавио него се углавном посветио расподели јавних положаја у држави у којој више грађана на њих полаже право. Па чак и кад је број тих јавних звања мали, као у случају стратега у демократској Атини, они који су најспособнији за вођење рата имају прилику да такво звање стекну приликом неког потоњег избора.

Кључно мерило расподеле биле су за Аристотела врлина и заслуга, а не прека потреба сиромашних и егзистенцијално угрожених грађана. Било је, додуше, логично да храна и друге потрепштине такође буду предмет дистрибутивне правде. У Аристотелово доба полис међутим није био социјална држава, односно држава благостања у данашњем смислу те речи, па зато глад и крајња беда нису биле озбиљно јавно питање. То је био разлог што је Аристотел превасходну пажњу посветио расподели јавних звања од великог утицаја и моћи у држави. Једина невоља била је у томе што се за њихову расподелу примењују различита мерила, зависно од облика политичког поретка. Пошто у демократији сви слободни грађани имају мање-више исто достојанство, скоро сви јавни положаји, изузев звања стратега, додељивали су се жребом као најправеднијим начином избора. У олигар-

¹⁴⁰ *Политика*, IV, 1289а.

хији је пресудну улогу имало богатство, док у аристократији племенито порекло и врлина, односно способност за обављање државних послова.

Одмах се поставља питање које је мерило расподеле јавних положаја за државу најбоље. Одговор на то питање Аристотел не даје у *Никомаховој еџици* него у *Полиџици*. Било би наравно најбоље да то буде врлина, баш као у аристократији, пошто „држава која се с правом тако зове, а не само по имену, треба да води рачуна о врлини...“¹⁴¹ Но, како постоје и други облици политичког поретка, јавне положаје би требало да заузимају они појединци који су кадри да успоставе и одржавају најбоље услове за развијање интелектуалних, духовних и политичких способности свих слободних грађана без икакве разлике. А то су они појединци који располажу поштењем и врсном практичком разборитошћу.

КОРЕКТИВНА ПРАВДА

Друга врста посебне правде јесте корективна¹⁴² или синалагматска правда (*diorthotikon dikaion*). Она исправља или поравнава неједнакости које се појављују у пословним и другим односима (*synallagmata*) између појединаца. Њоме се уређују пословни и други приватни односи међу људима, било да су добровољни или недобровољни. Добровољни су облигациони односи настали по слободној вољи, попут купопродаје, најма, залогне или оставе. А недобровољни су они који су настали из неког грађанског или кривичног деликта, као што су крађа, убиство, прељуба, подвођење, лажно сведочење, физичко злостављање, плачка и клевета. Основна сврха коју Аристотел притом има на уму јесте отклањање неправде и васпостављање правде поравнањем, односно изједначавањем. А то се постиже повраћајем у пређашње стање (реституцијом), накнадом штете или казном за зло које је нането.

За разлику од дистрибутивне правде која се приликом расподеле руководи геометријском пропорцијом, корективна правда изједначаје сходно аритметичкој пропорцији, па је неправедно оно што нарушава ову пропорцију. Када се наруши једнакост између странака, задатак судије је да ту једнакост поново успостави. А сама једнакост је средина између добитка и губитка,¹⁴³ односно средња вредност између превеликог и премалог.¹⁴⁴ „Судија поново успоставља једнакост као кад би од већег дела

¹⁴¹ *Полиџика*, III, 1280b.

¹⁴² Тома Аквински је унеколико померио значење корективне правде и за њу изумео нови израз: комутативна (*commutatio*) правда.

¹⁴³ *Никомахова еџика*, V, 1132a 17–19.

¹⁴⁴ *Никомахова еџика*, V, 1132a 14–15, 29–30.

дужи пресечене на неједнаке делове одузео онолико за колико је тај део већи од половине и додао га мањем делу.¹⁴⁵

Постоји, међутим, битна разлика између поравнања у грађанском и кривичном праву. У грађанском праву на делу је права аритметичка сразмера, тако да је досуђена накнада по својој вредности истоветна причињеној штети. У кривичном праву успостављање такве математичке једнакости није могућно. Ако је неком нанета телесна повреда, а други ју је нанео, или ако је један убио, а други био жртва убиства, онда је, по Аристотелу, између онога ко је виновник и онога ко је жртва настао однос неједнаке поделе, па судија настоји да помоћу казне успостави једнакост на тај начин што оној страни која има вишак добитка тај вишак одузима. Аристотел, међутим, одмах додаје да изрази „добитак“ и „губитак“ у кривичном праву сасвим не одговарају, тако да се израз „добитак“ не би могао употребити за онога ко удара некога, нити реч „губитак“ за онога ко подноси ударце.¹⁴⁶

Додуше, потпуна аритметичка сразмера била би могућна ако би се у кривичном праву примењивао *lex talionis* сходно изреци „око за око, зуб за зуб“. Аристотел, међутим, не допушта одмазду (враћање милог за драго) као доношење виновнику оног истог зла које је он нанео жртви, пошто такав начин узвраћања није у складу ни с појмом корективне ни с појмом дистрибутивне правде.¹⁴⁷

За разлику од дистрибутивне правде, која је по својој природи политичка и чија је садржина одређена важећим уставом, корективна правда је по својој природи аполитична, па стога није политички спорна. „Јер ту је сасвим споредно да ли је честит човек рђавог или рђав честитог оштетио, или да ли је честит или неваљао човек починио прељубу. Овде закон пази само на разлику у причињеној штети, а лица посматра као једнака – важно је само да се утврди да један неправду трпи, а други је наноси, да је један оштетио, а други на штети.“¹⁴⁸ Корективна правда, дакле, не прави разлику у погледу припадности овом или оном друштвеном сталежу, како то чини дистрибутивна правда, нити узима у обзир ко је какав у погледу честитости и способности, него једино има у виду зло које је нането и средство којим би се могло успоставити пређашње стање. Утолико је корективна правда аполитична и не зависи од устава.¹⁴⁹

Из тога проистиче још једна разлика у односу на дистрибутивну правду. У случају спора судије, односно поротници имају на уму само аритметичку једнакост, док дистрибутивна правда претпоставља поређење

¹⁴⁵ Никомахова еџика, V, 1132a 24–27.

¹⁴⁶ Никомахова еџика, V, 1132a 10–14.

¹⁴⁷ Никомахова еџика, V, 1132b 21–30.

¹⁴⁸ Никомахова еџика, V, 1132a 2–6.

¹⁴⁹ Allan Beever, *op. cit.*, p. 46.

прималаца правде с другима у погледу врлине и заслуга. Када се суд суочи с питањем да ли је неко нешто украо и какву му казну треба изрећи ако се утврди да је то тачно, он не прави никакво поређење између тужиоца и туженог на некој скали вредности, него су за њега обе странке једнаке.

Одмах се поставља питање зашто је ова једнакост, по Аристотелу, нужна, пошто би се могло догодити да је лопов бољи човек од покраденог, па би судија могао доћи на помисао да он заслужује да задржи украдену ствар као награду за своју већу врлину. Аристотел би одговорио да закон који тако нешто допушта подрива саме темеље на којима дата политичка заједница почива, јер би оне, који имају повољно мишљење о властитој врлини, охрабривао да отимају својину од оних које сматрају лошијим по вредности. И никакав постојан политички поредак не би био могућан, ако би закон допуштао појединцима да на такав начин врше прераспodelу богатства.¹⁵⁰ Зато Аристотел и вели: „Људи желе или да врате зло – а ако то није могуће, онда се то сматра ропством [то јест кад није могуће вратити учињено зло] – или желе да узврате добро и ако до тога не дође, онда ни до враћања не долази.“¹⁵¹ То је управо оно што једну заједницу одржава, пошто сврху правде изражавају само она правна правила која одржавају и унапређују добро целе заједнице.

Још је важније што се кажњавањем кривде одржава не само правна једнакост грађана, него и једнакост у части и достојанству. Уколико полис не би обезбеђивао кажњавање оних који чине неделу, грађани не само да не би више били једнаки пред законом, него би починиоци неправде имали виши статус у односу на све остале, па би могли да чине што им је воља. Стога, дакле, да се не би успоставило природно стање у Хобсовом (Thomas Hobbes) смислу те речи у којем нема заједничког судије, држава мора једнако поступати са свим грађанима и кажњавати оне који крше важеће законе. И што је недело веће, то и казна мора бити тежа. Ако се за велике преступе изричу мале казне, то подстиче осине, зле и користољубиве људе да друге чине својим жртвама и тиме их деградирају на понижавајући статус. У таквим околностима полис се дели на безобзирне злочинце и њихове жртве – тиране и поданике – и није више заједница грађана једнаких пред законом.¹⁵² Све су то разлози због којих је правни поредак у којем се зло узвраћа злом, то јест казном, могућан само у држави која се подједнако стара о добру сваког појединца и не прави међу грађанима никакву разлику у правима и достојанству.

Ако реципрочна правда није дозвољена у кривичном праву, јер би значила пуку одмазду, она је не само допуштена него и пожељна у облига-

¹⁵⁰ Richard Kraut, *op. cit.*, p. 148.

¹⁵¹ Никомахова еџика, V, 1132b 34 – 1133a 1.

¹⁵² Richard Kraut, *op. cit.*, p. 149.

ционом праву које уређује размену роба и услуга. Та размена је добровољна, а оно што се размењује мора бити једнаке вредности. Да би показао како се та размена врши, Аристотел наводи пример грађевинара и обућара. Грађевинару је потребно оно што обућар производи и зато мора да уступи оно што сам производи. Притом ништа не мари што производи једнога (кућа) далеко премашују по вредности производ другог (ципеле). Јер то је управо оно што треба изједначити,¹⁵³ пошто једна кућа може вредети и по неколико хиљада пари ципела. Оваква размена била је умногоме олакшана увођењем новца, па се више не мора цењкати о праведној сразмери између једне куће и неколико хиљада пари ципела, пошто за сваки производ постоји на тржишту одговарајућа цена у новцу. Новац је, дакле, јемство да ће праведна размена бити извршена, пошто новац све ствари чини самерљивим другима.

Корективна правда и у кривичном и у грађанском праву само је део правде као такве, баш као што је то и дистрибутивна правда. Иако су обе врсте посебне правде уређене законом, понекад могу доћи у сукоб.

Потоњи тумачи Аристотелове етике углавном су наводили три врсте правде: једна је општа (или законска), док су друге две посебне (дистрибутивна и комутативна).¹⁵⁴ То је уједно била и прилика да се у Аристотелово поимање правде тумачењем унесе унутрашњи склад који подсећа на доследно изведену симетрију. Према овом тумачењу, три врсте правде одговарају трима врстама односа унутар „целине“: делова према целини, целине према деловима и делова међусобно. Законска правда је прва врста јер грађане доводи у везу с државом. Дистрибутивна правда је друга врста и тиче се односа државе према грађанима. Комутативна правда је трећа врста, будући да уређује међусобне односе грађана.¹⁵⁵

ПРАВДА КАО СРЕДИНА ИЗМЕЂУ ДВЕЈУ КРАЈНОСТИ

На самом почетку пете књиге своје *Никомахове еџике* Аристотел поставља питање шта је правда а шта неправда, да би одговорио да је праведно оно што је средина између двеју крајности.¹⁵⁶ То је заправо његов начелан став шта врлина као појмовна врста јесте. Како се у свакој дељивој величини може разликовати превише и премало, претерано и недовољно, сваки разборит и искусан човек „избегава оно што је сувишно и оно што

¹⁵³ *Никомахова еџика*, V, 1133a 19–25.

¹⁵⁴ Тома Аквински, *Summa Theologica*, питање 61. чланак 1.

¹⁵⁵ Thomas de Vio Cajeton, *Commentaria in Secundae Divi Thomae Aquino (1518)*, у II-II, питање 61, чланак 1.

¹⁵⁶ *Никомахова еџика*, V, 1129a 1–3.

је недовољно, и тражи средину и за њу се одлучује – и то не за [апсолутну] средину – за ствари – него за релативну – у односу на нас.¹⁵⁷

Ову златну средину, како би се то рекло у духу наше усмене традиције, Аристотел илуструје бројним примерима. Тако је храброст средина између плашљивости и луде смелости. Претераност, односно прекорачење ове средње мере настаје кад неко уопште не зна за страх или, пак, претерује у смелости и самоуверености, док је претеривање у супротном смеру страшљивост, односно одсуство и најмање смелости.¹⁵⁸ Слично је и с давањем и узимањем новца. Права средња мера је великодушност, док су њено прекорачење и недостатак – расипништво и шкртост. „Расипник претерује у трошењу а премало стиче; тврдица претерује у стицању а премало троши.“¹⁵⁹

Правда је такође средина између вршења неправде и трпљења неправде. Прво значи имати више од онога што се заслужује, а друго значи добити мање од онога на шта се има право. „Праведност је, дакле, одржавање средине, али не на исти начин као остале врлине, него на тај начин што ствара средину, а неправда представља екстреме.“¹⁶⁰ Тиме Аристотел није потврдио него је заправо оспорио да се примена средње мере на појам правде врши на исти начин као и у случају других врлина.¹⁶¹

На питање шта је права средина између двеју крајности, Аристотел одговара да је то једнакост.¹⁶² Отуда је неправда у ужем смислу кад неко добија мање него што му припада, док други узима више од онога што заслужује. А оно што другог наводи да чини неправду јесте *pleonexia*. Праведан човек, међутим, сваком додељује оно што треба да има, ни мање ни више, и тиме избегава крајности. За разлику од такве правде, неправда је истовремено и „сувишност и недовољност“ – сувишност онога што је корисно, а недовољност онога што је штетно. Иначе што се тиче крајности, „*йремало* значи трпљење неправде, а *йревише* значи чињење неправде“.¹⁶³

Правда је на још један начин различита врста средине у односу на остале врлине. Да би се то објаснило, ваља имати на уму да је идеја средине удвојена. Она не подразумева само да је акт врлине средина између двеју крајности, него и да је стање духа врлог човека средина између двају расположења. Као што је то већ показано, храброст је средина између плашљивости и луде смелости. Плашљив човек је обузет превеликим страхом, док лудо

¹⁵⁷ Никомахова еџика, II, 1106b 5–7.

¹⁵⁸ Никомахова еџика, II, 1107a 34 – 1107b 4.

¹⁵⁹ Никомахова еџика, II, 1107b 11–14.

¹⁶⁰ Никомахова еџика, V, 1133b 32 – 1134a 1.

¹⁶¹ Тако W. F. R. Hardie, *op. cit.*, p. 182.

¹⁶² Никомахова еџика, V, 1131a 11–13.

¹⁶³ Никомахова еџика, V, 1134 12–13.

храбар нема нимало страха. Насупрот томе, Аристотел показује да је неправда у исти мах и сувишност и недовољност,¹⁶⁴ па се реч „неправда“ користи како у случају оног који је добио мање тако и за оног који је добио више. Они су један другом супротстављени, пошто један тежи да добије сувише, што доводи до тога да други добије премало. Али супротност међу њима није налик на ону која постоји између страшљивца и лудо храброг. У овом потоњем случају је супротност између двају порока. Када, међутим, један чини неправду, а други је трпи, то нису супротстављени пороци, него је само прво чињење порока. Утолико се правда, иако је средина између два стања духа – разликује од других врлина, пошто није средина између два порока.¹⁶⁵

* * *

Оно што је за наше расуђивање о праву и правди и њиховим међусобним односима у Аристотеловом делу најважније, то је његово запажање да су морална питања предмет практичке разборитости која не допушта потпуну одређеност и геометријску правилност у закључивању. То, наравно, важи и за појмове добра и правде. „О појмовима доброг и праведног, чијим се испитивањем бави наука о држави, постоји толико различитих гледишта и колебања да се стиче утисак да они постоје само по конвенцији а не и по природи... Стога се, приликом разматрања оваквих појмова, као и приликом извођења закључака, мора задовољити тиме да се истина оцрта само у најгрубљим, општим потезима...“¹⁶⁶ Или још одређеније, уместо строге и бесоговорне правилности и безусловне, аподиктичке форме казивања, треба задржати истраживачку сумњу и отвореност, нарочито када се разматра природа права и правде.

Једно је, међутим, сигурно: између права и правде постоји одговарајућа напетост па и супротност, никада потпуно поистовећивање. Стога се позитивно право само мање или више приближава (ако се већ не удаљава) свом идеалном обрасцу – идеји правде. А трансцендентални елемент, који појам правде са собом носи, образује последње мерило исправности и ваљаности позитивног права и идеални узор који оно треба да достигне. Отуда без правде, емфатично закључује Ђорђо дел Векио, „ни живот не би био могућан, нити би, и кад би био могућан, било вредно живети. За њу, кроз сва времена, умирали су, без икаквог двоумљења, најодабранији духови, којима људска историја дугује највишу отменост.“¹⁶⁷

¹⁶⁴ Никомахова еџика, V, 1134a 8–9.

¹⁶⁵ Richard Kraut, *op. cit.*, p. 159.

¹⁶⁶ Никомахова еџика, II, 1094b 14–22. И у овом преводу поједини изрази су преузети из превода Davida Rossa, *op. cit.*, p. 3.

¹⁶⁷ Ђорђо дел Векио, *op. cit.*, стр. 72.

ЕНГЛЕСКО ПРАВО ПРАВИЧНОСТИ

Постјуици људи су толико различити и неодређени да није могуће донети неки одређени закон који може практично да одговори захтевима свакој појединачној особи, а да не омане у неким околностима¹

Правичност није дошла да разори право него да га испуни.²

ОСОБЕНОСТ ЕНГЛЕСКОГ ПРАВА ПОЗНАТИЈЕГ КАО COMMON LAW

Иако је било бројних покушаја да се разоткрије право Енглеске у добу од одласка Римљана до доласка Нормана, они никада нису били довољно успешни због недостатка писаних извора. То је разлог што се о енглеском праву може говорити тек после битке код Хестингса 1066. године и запоседања већег дела Енглеске од стране Нормана, захваљујући којима су латински, а понекад и француски, постали службени језици енглеског законодавства и правосуђа.³

¹ Изрека лорда Елсмира (Ellesmere) у Earl of Oxford case, 1.W&T. at p. 615; 1 Ch. Rep. 1.

² F. W. Maitland, *Equity aslo the Forms of Action at Common law. Two Courses of Lectures*, Edited by A. H. Chaytor and W. J. Whittaker, Cambridge: at the University Press, 1916, p. 17.

³ Записи (records) о судским случајевима водили су се на латинском све до 1731. године, када је одговарајућим законом (Statute 4 Geo. II, c. 26) енглески уведен као службени језик.

Као вешт освајач који је своје људе и сународнике распоредио и устоличио као нову аристократију, Виљем Освајач се веома трудио да покаже како се у Енглеској, сем смене на власти, ништа битно није променило. Зато је више пута обећао да ће сачувати древна правила и обичаје земље којом влада. Тога ради он се представио као непосредни наследник Едварда Исповедника, чиме је игнорисао Харолдову кратку владавину, кога је сматрао узурпатором. Зато је следећим речима обећао својим новим поданицима да ће сачувати „законе Едварда“:

„Наређујем и желим да сви имате и држите се закона краља Едварда у погледу земље (земљишних поседа) и свих других ствари, додајући оне које сам одредио за добро енглеског народа.“

Притом се не би смело претпоставити да „закони Краља Едварда“ представљају неки посебни законик који је он донео. Далеко од тога. То је био само мит. Право значење овог обећања најбоље изражава следећа повеља Виљема Освајача грађанима Лондона:

„Хоћу да вас двоје (француски као и енглески грађани) знате да сте достојни свих закона којих сте били достојни у данима краља Едварда.“

Другим речима, није било прекида енглеске правне историје, јер су древни обичаји земље и даље били на снази.⁴

То међутим не значи да освајање Енглеске од стране Нормана није имало темељит утицај на енглеско право. Оно је по пореклу и даље било енглеско. Но, како се у појединим елементима разликовало од једне до друге области краљевства, требало га је уједначити и учинити делотворним. Да би се то постигло, краљ је успоставио не само средишње судове у Лондону, него су те исте судије, као „путујуће судије“ (*justices in eyre*), редовно, два пута годишње, обилазиле шире, најчешће уз помоћ помесних великаша, и доносиле правду пред врата краљевих поданика.⁵ Ове судије су биле непосредни лични заступници краља, који су ширили и примењивали његово право и изрицали његову правду. При том је наравно било и знатних новина норманског порекла. Тако је уместо Божјег суда

⁴ *Stephen's Commentaries on the Laws of England*, Twentieth Edition, Volume I, London: Butterworth & Co. (Publishers), Ltd, 1938, p. 6.

⁵ Поред ових краљевих „путујућих судија“, од раније су постојали и месни судови, о којима Вилијам Блекстон вели: „Политика нашег древног устава, онаквог каквог га је уредио и успоставио велики Алберт, била је да доведе правду у дом пред врата сваког човека стварањем онолико судова правосућа колико има племићких имања и градова; где су се на лак и брз начин исправљале повреде гласањем суседа и пријатеља. Sir William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Edited by George Chase, Second Edition, New York: Banks & Brothers, Law Publishers, 1884, p. 632.

(ordel – стављање руке у ватру или врелу воду) и прочишћујуће заклетве (purgation oath), уведено суђење путем пороте, која је убрзо потом постала понос и дика Енглеза и грудобран индивидуалне слободе.⁶

Кључан проблем у том раном добу настанка *common law*-а била је неуједначеност, па и различитост обичаја у истом краљевству. Једна од могућности унификавања енглеског права била је рецепција римског права, које је у том добу свуда у Европи било *lex animata*, право које је, као највиша мудрост коју је Рим оставио за собом, покретало и надањивало западни свет. Тадашње краљеве судије, често клирици, биле су под снажним утицајем римског права, иако је Црква нерадо гледала на ону своју децу која су, уместо канонског, проучавала секуларно право. Постојала је, дакле, стварна опасност да те судије одбаце обећање Виљема Освајача и његових наследника, па уместо примитивних обичаја Енглеске успоставе римско право као важеће право, као што се то тада и касније збило у другим европским земљама, укључујући и Шкотску. Судије су, међутим, одолеле том искушењу, па су у Вестминстеру, после обиласка шира и пресуђивања на лицу места, настојале да усагласе различитости и бројне обичаје преобрате у јединствено право које ће бити *common law*,⁷ једнообразно и свеопште право за све у целом енглеском краљевству. У првом тренутку у томе се није потпуно успело, па су остале мале разлике, попут баштине (*gavelkind*) у Кенту, коју наследници деле на једнаке делове после смрти оставиоца, који је умро без завештања или тестамена, или особених градских обичаја у Кенту и другим градовима тога времена.⁸

Common law је највећма засновано за владе Хенриха II (од 1154. до 1189. године), када су постојећи судови коначно постали познати као судови *common law*-а. Порекло тог права је у прастарим обичајима, које су признавали, примењивали, па и помало мењали краљеви судови, који су се разликовали од затечених судова по ширама и стотинама и феудалних судова части и по племићким имањима (the Courts of the Honor and Manor). Напослетку су за владе Хенриха III (од 1216. до 1272. године) краљеви судови, после надметања са затеченим обичајним судовима, коначно успоставили своју супрематију.⁹ То су заправо била три одељења: King's Bench, Common Pleas and Exchequer.¹⁰ Поред ових краљевих судова

⁶ *Op. cit.*, p. 7.

⁷ Ова синтагма позајмљена је од канониста који су изразом *jus commune* означавали опште право Католичке цркве.

⁸ *Op. cit.*, p. 8.

⁹ Harold Potter, *An Introduction to the History of Equity and Its Courts*, London: Swet & Maxwell, Limited, 1931, pp. 1–2.

¹⁰ Ови изрази се тешко могу превести. Common Pleas је био суд надлежан за грађанско право, Exchequer је било државно управно одељење за контролу финансија, док је King's Bench био надлежан за све остале спорове, нарочито кривичне.

у Вестминстеру постојали су и следећи месни судови: *county, sheriff's torne* и *court-baron*, као и *piepowders* (судови на сваком вашару и пијаци).

Од самог свог почетка *common law* је било прецедентно право – право које творе судије (*judge-made law*), па се као такво разликовало од статутарног или кодификованог права. Та творачка улога судије почивала је на вери да судије знају шта је право, то јест *ga* представљају „чуваре законâ“ (*depositories of the laws*) и њихова „жива пророштва“ (*living oracles*).¹¹ И што још важније, не само да га *стварно знају* него га *само* оне знају.¹² При том су судије једино биле везане ранијим прецедентима и Одредбама Оксфорда (*Provisions of Oxford*) од 1258. године, које нису допуштале канцелару да, по свом нахођењу, даје нова правна средства (*writ*). Такву обавезајућу снагу ранијих прецедената сигурно је имао на уму Бректон (Henry de Bracton) када је у својој бележници (*Note Book*) сакупио близу 2000 случајева.

Поред овог прецедентног својства, дуго времена се *common law* означавало и као *lex non scripta* или неписано право, које садржи не само опште обичаје, што му је било примерено као таквом, него и посебне обичаје појединих делова краљевства. То што је *common law* неписано право не значи, међутим, да су се древни обичаји преносили усменим предањем. Тачно је да су се, због опште неписмености, сви закони памтили и чували у сећању које се преносило на нове генерације. Али у времену успостављања *common law*-а већ није било тако, него су се докази о постајању и садржини важећих обичаја налазили у сачуваним пресудама и судским архивама, као и у годишњацима у којима су се сабирале и објављивале судске пресуде. *Common law* се ипак и даље називало неписаним правом зато што његов изворни ауторитет, на којем је почивало, није био записан као у случају закона Парламента, него је његова обавезност проистицала из дуготрајне примене од незапамћених времена и његовог свеопштер прихватања у целом краљевству.¹³

Како зналци континенталног система права, какав је наш, нису довољно упућени у англосаксонско прецедентно право, ваља рећи да енглеске судије не обавезују сви претходни прецеденти, него само они чувени случајеви у којима се налази добро изложен *ratio decidendi* на којем почива пресуда. А и ти прецеденти не обавезују потоње судије зато што су их пресудили њихови велики претходници, већ због тога што представљају доказ о томе какво је право. Управо је то имао на уму Вилијам Блекстон када је рекао да *право (common law)* и *мишљење судије* нису заменљиви

¹¹ William Blackstone *op. cit.*, p. 35.

¹² Edward S. Corwin, *The Doctrine of Judicial Review*, Princeton, Princeton University Press, 1914, pp. 63–64.

¹³ William Blackstone, *op. cit.*, pp. 29–30.

изрази или једна те иста ствар, пошто се понекад може догодити да судија *īōrēши* шта је право. У целини узевши, могло би се прихватити опште правило „да су одлуке судова правде доказ о томе какво је *common law*“.¹⁴

Ово је уједно и прилика да се разјасне дедуктивни и индуктивни метод којим се судије служе приликом пресуђивања. Први метод се примењује у кодификованом систему у којем су све гране права уређене посебним законима или неколиким законцима који уређују читаве области права. Када се судија суочи са спором који треба да пресуди, он се пре свега труди да за своју одлуку нађе упориште у некој општој законској норми, чији смисао и домашај он притом и лично тумачи. То је својеврсна дедукција којом се општа норма примењује на дати појединачни случај. Суд, додуше није везан дедукцијама других судија, али се од њега, због уједначавања судске праксе, очекује да их уважава у истим или сличним случајевима. Отуда овај систем не само да не искључује већ и препоручује аналогiju. Но и поред тога, у начелу се не доводи у питање, нити се ограничава дискрециона власт судије у квалификовању датог спора, налажењу одговарајућег општег правила под којим ће се дати случај подвести и изрицању правде како то он сам сматра да је најбоље.

Други метод, који примењују англосаксонске судије, такође започиње налажењем општег правила које би требало применити у датом случају. Али се то правило пре свега налази у неком претходном чувеном случају, то јест у ономе што је његов *ratio decidendi*. Па чак и кад је посреди општа норма неког закона или конвенције, судија је не примењује непосредно већ сходно ономе како је она протумачена и примењена у неком ранијем чувеном случају, тако да се чак и примена таквих општих правних норми у судској пракси преобраћа у својеврсно прецедентно право, какав је, рецимо, случај са применом Европске конвенције за заштиту људских слобода и права у Европском суду за људска права у Стразбуру. Судија, дакле, увек расуђује индуктивно и везан је пресудом истих судова у истим или сличним случајевима.¹⁵

Овакав тип расуђивања почива на начелу *stare decisis* – нека одлука стоји! – којег се приликом пресуђивања држе англосаксонске судије на којем се заснива *common law*. На његов значај сликовито је указао Бенца-

¹⁴ *Op. cit.*, p. 37.

¹⁵ Крајем XIX века Алберт Вен Дајси је овако објаснио преобраћање прецедентног права у утврђена правила, која имају дејство закона: „Све оно што треба да забележимо јесте да приањање судија уз прецедент, то јест њихов обичај пресуђивања једног случаја сагласно начелу, или претпостављеном начелу, којим је уређен претходни случај, неизбежно води поступном стварању од стране суда утврђених правила за пресуђивање, која су по свом дејству закони.“ – A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Indianapolis, 1982, p. 18.

мин Кардозо (Benjamin Cardozo). „У животу духа, као и у животу уопште, постоји склоност ка репродукцији врсте. Свака пресуда има моћ рађања. Она рађа по својој слици и прилици. Свака пресуда, по речима Редлиха (Redlich), има директивну снагу за будуће случајеве који имају исту или сличну природу.“¹⁶ Иако не постоји потпуна сагласност о природи и домањају обавезности начела *stare decisis*, сигурно је да оно битно ограничава слободу судије, чак и онда када га судије преузимају као радну хипотезу чије резултате треба непрекидно проверавати. На темељу енглеске судске праксе у XIX веку Алф Рос (Alf Ross) је закључио да се доктрина *stare decisis* може свести на следећа правила.

„1) Суд је везан одлукама виших судова, а у Британији Дом лордова и Апелациони суд везани су сопственим одлукама.

2) Свака релевантна одлука изречена од било ког суда представља снажан аргумент који се мора с поштовањем узети у обзир.

3) Одлука везује само у погледу свог *ratio decidendi*.

4) Прецедент не застарева, али врло стари прецеденти у модерним околностима по правилу се неће примјењивати.“¹⁷

ПРВОБИТНА УЛОГА КАНЦЕЛАРА ПРЕ УСПОСТАВЉАЊА ПРЕСУЂИВАЊА ПО ПРАВИЧНОСТИ

Први енглески краљеви после норманског освајања највероватније су и лично изрицали правду у случајевима који су пред њих долазили. На то их је, поред осталог, обавезивала како заклетва коју су полагали тако и уверење да су Божји намесници на земљи. Пошто ипак нису могли да решавају све спорове, од њих се очекивало да изаберу мудре људе који ће, у страху од Бога и његове казне, у краљево име изрицати правду. Па чак и кад су установљени прави краљеви судови са сталним судијама, од њих се очекивало да буду у краљевој пратњи зарад давања правних савета кад он то затражи, о чему сведочи следећа одредба Закона (28 Ed. I., Stat. 3, cap. 5) из 1300. године: „Краљ жели да га канцелар и судије његовог суда прате, тако да у свако доба може у својој близини да има мудре правне савете, који ће бити кадри да ваљано уреде све ствари како оне буду долазиле пред суд у време када то буде потребно.“¹⁸

¹⁶ Benjamin Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, Yale University Press, 1964, pp. 21–22.

¹⁷ Алф Рос, *Право и њавга*, Подгорица, CID, 1996. стр. 110.

¹⁸ Alfred Henry Marsh, *History of the Court of and of the Rise and Development of the Doctrines of Equity*, 1, 1890, Provided by HeinOnline, pp. 4–5. Ова књига представља

У ствари, прва три суда, који су стварали *common law*, проистекли су из краљевог суда (*Curia Regis*) који је био феудализовани облик *Witenagemot*-а из англосаксонског доба пре битке код Хестингса. Први нормански краљеви управљали су земљом уз помоћ одабраних и верних саветника, који су располагали мудрошћу и искуством у различитим огранцима власти. С времена на време број ових саветника не само да се мењао него је и поступно био распоређиван у више посебних савета. Током тог доба *Curia Regis* укључивала је бар четири следећа савета:

- 1) *Consilium Privatum*,
- 2) *Consilium Ordinarium*,
- 3) *Magnum Consilium* и
- 4) *Commune Consilium*.

Consilium Privatum, састојао се од одабраних и заклетих племића и високих званичника, који су саветовали краља у стварима које су се тичале државе и владе. У модерном времену тај савет и даље постоји као *Privy Council*.

Consilium Ordinarium чинила су следећа лица које је краљ именовао:

- 1) по правилу сви чланови Приватног савета;
- 2) високи званичници и министри државе, као што су канцелар, ризничар, лорд управник имања, лорд адмирал, лорд машал, чувар приватног печата, коморници имања, канцелар надлештва за контролу финансија (*Exchequer*) и војводства (*Duchy*), који су најчешће били чланови Приватног савета;

- 3) господар дворске гардеробе, благајник и надзорник домаћинства и коморник надлештва за контролу финансија;

- 4) судије оба суда, барони надлештва за контролу финансија, различити управници Канцеларије, краљев правник и врховни тужилац;

- 5) понекад су биле придодате ниже судије, господар годишњака (*Master of the Rolls*) и други људи који располажу мудрошћу, способношћу и искуством у привредној делатности од значаја.

Magnum Consilium, који је у модерном времену Дом лордова у Парламенту, сазиван је у два облицима, као *Magnum Consilium* изван Парламента и као *Magnum Consilium* у Парламенту. Понекад је Велики савет изван Парламента доносио ординансе које су касније обично потврђиване у Парламенту.

Commune Consilium био је заправо краљ у Парламенту кога су чинили и Горњи и Доњи дом, па је као такав био и врховни суд Енглеске. Тај савет имао је како законодавну тако и извршну и судску власт.¹⁹

скуп извода из дела најпознатијих енглеских историчара права. Како Марш није наводио све неопходне библиографске податке о њима, само понекад ће они бити наведени, док ће у највећем броју случаја бити наведене странице ове збирке цитата.

¹⁹ Alfred Henry Marsh, *op. cit.*, pp. 6–10.

Краљ је, наравно, непосредно надзирао не само све државне послове него и изрицање правде. То је у његово име чињено у његовом Савету и Парламенту, док су спорови који су заслуживали његову највећу милост задржавани за њега самог.²⁰ Изгледа да је у оквиру своје прерогативе краљ пресуђивао и случајеве који су се тицали преваре, обмане и нечасног поступања, који нису били толико важни да би били у надлежности суда *common law*-а, како грађанског тако и кривичног.²¹ На основу расположивих података може се закључити да је и за владе Едварда I (1272–1307) још увек постојала блиска повезаност између краљевог Савета и краљевог суда.²²

Кључни званичник који је, поред краља, учествовао у разматрању свих државних послова и озбиљнијих политичких питања и повременом решавању притужби поданика, био је канцелар,²³ (*Chancellor*) а његов уред, који је касније постао Суд правичности, називан је Канцеларијом (*Curia Cancellariae* или *Chancery*). Сер Едвард Коук (Edward Coke) вели да канцелар постоји још од најранијих времена,²⁴ а свакако је постојао и пре норманског освајања. Вилијам Блекстон је отишао и корак даље у прошлост када је рекао да је назив канцелара, ма каквог да је порекла, сигурно био познат на дворовима римских царева, где је изворно означавао главног писара или канцелара који је касније добио неколико судских овлашћења и врховни надзор над другим званичницима. Од Римског Царства ово звање прешло је у Римску цркву, у којој је сваки бискуп имао свог канцелара, који је уједно био и главни судија духовног суда. А када су на развалинама Римског Царства успостављене нове европске краљевине, скоро свака држава је задржала канцелара, са различитом надлежношћу и достојанством, зависно од унутрашњег уређења. Изгледа да су сви они имали надзор над свим повељама и другим актима круне које су оверавали на најсвечанији начин. А када су почели да се користе печати, они су увек били чувари краљевог великог печата. У Енглеској се то звање стицало преузимањем тог печата.²⁵

Као чувар великог печата, канцелар је био краљев први министар и секретар свих државних надлештава. У том својству примао је све представке (*petitions*) које су упућиване и краљу и његовом Савету и одређивао како ће се по њима поступати, укључујући и налоге судовима да поводом

²⁰ Maitland, *Selected Essays*, Edited by H. D. Hazeltine, G. Lapsley, and P. H. Winfield, Combridge: at the University Press, 1936. p. 52.

²¹ Alfred Henry Marsh, *op. cit.*, p. 24.

²² Maitland, *Selected Essays*, p. 61.

²³ Ова реч потиче од латинске речи *cancelli*, која је означавала ограду или решетку иза које су краљеви службеници обављали државне послове. Отуда и назив „канцеларија“.

²⁴ 4. *Inst.* 78.

²⁵ William Blackstone, *op. cit.*, pp. 640–641.

њих поведу одговарајући поступак. Временом су те представке упућиване њему самом,²⁶ што је био почетак и његове издвојене судске надлежности. А када се тај обичај непосредног обраћања канцелару усталио, он је 1349. године и формално потврђен уредбом Едварда III. У том погледу власт канцелара проистицала је из краљеве прерогативе, па је отуда располагао и великом дискреционом влашћу приликом одлучивања како ће поводом приспелих представки поступити.

У раном добу после норманског освајања канцелар је увек био црквени великостојник – бискуп или надбискуп. На различите начине он се старао о пресуђивању и изрицању правде, било да је реч о краљу или његовом савету или о судовима *common law*-а. У времену када су писменост и ученост били ретки, велики утицај канцелара у краљевом Савету заснивао се на његовом познавању не само *common law*-а него и канонског и римског права. А како се овај Савет бавио и правним питањима, мишљење канцелара је често било пресудно.

Утицај канцелара на судове *common law*-а заслужује, међутим, посебну пажњу. Од тренутка када су ови судови, као краљеви судови за разлику од затечених феудалних и помесних судова, почели да пресуђују скоро све важније спорове, канцелар је на захтев оштећене странке, након плаћања одговарајуће таксе, издавао писмени налог (*original writ*) на основу којег се могла поднети тужба суду *common law*-а. Тај налог, оверен великим печатом, упућиван је шерифу одговарајућег округа (*county*) са обавештењем због чега се тужилац обраћа суду и захтевом да шериф нареди туженоме да учини оно на шта тужилац полаже право, или да се појави пред једним од судова *common law*-а и одговара за неиспуњење своје обавезе. Ове налоге издавали су његови службеници, који су касније стекли назив присудника (*Masters of Chancery*). Њихов задатак је био да саслушају притужбе странака које хоће да се обрате краљевим судовима и да им дају одговарајући налог (*writ*), којим ће стећи право да поднесу тужбу суду.

Својевремено је Фредерик Вилијам Меитленд (*Frederic William Maitland*), један од најпознатијих правних историчара, објавио чланак у којем је изложио историју регистра извршних налога (*Registrum Brevium, Register of Original Writs*), који је представљао једну од најпознатијих средњовековних правних књига. У њој је заправо садржан сажетак енглеског *Corpusa Jurisa*, па стога заузима јединствено место у Енглеској правној историји. На почетку је то била књижица која је временом постала велика књига, као органски устројена целина. Током три века она се двадесет, а можда и педесет пута увећала. Али нова материја није механички додавана, него је

²⁶ Најраније опште упућивање на представке канцелару налазимо у Закону из 1279. године, за владе Едварда I, али их је по свој прилици канцелар примао током дужег времена које је томе претходило.

била саображена са затеченом грађом, тако да старо и ново представљају у себи усклађену, јединствену целину.²⁷

Овај Регистар садржавао је различите врсте налога, захваљујући којима се могла поднети тужба и покренути поступак пред судовима *common law*-а. То су чиниле странке које су у краљевим судовима тражиле правду или оно што је, по њиховом суду, било исправно. Притом су ови судови самостално одлучивали, па су могли да одбаце санкцију канцелара, а да он сам није био властан да просуђује да ли је суд исправно поступио. Временом су форме изворног налога (*original writ*) биле устаљене, па су судије *common law*-а могле да одбаце измењене или нове налоге који су потекли од канцелара.

Том успостављању строге форме нарочито су допринеле Одредбе Оксфорда (*Provisions of Oxford*) од 1258. године, које су забрањивале канцелару да, по властитом нахођењу, даје нова правна средства (*writ*). Тридесет година касније та строгост форме је само делимично ублажена следећом одредбом Другог вестминстерског закона (*Statute of Westminster the Second*, 13 Ed. 1 cap. 24):

„Кадгод се од сада догоди у Канцеларији (*Chancery*) да се у једном случају нађе налог (*writ*), а да се у сличном случају (*consimili casu*), који потпада под слично право (*law*) и који захтева слично правно средство (*remedy*), такав налог не налази, службеници Канцеларије ће се сагласити да издају налог или да тужиоци одложе до следећег Парламента; и нека случајеви у којима се они не могу сагласити буду записани и нека их они упуте следећем Парламенту, да би, сагласношћу учених правника, био дат налог, да се не би догодило после тога да суд за дуже време пропусти да тужиоцима изрекне правду.“²⁸

Овако ублажена форма, која је дозвољавала издавање налога и у сличним случајевима, допуштала је слободније тумачење, које је касније омогућило и испуњење сврхе Суда правичности, изузев откривања чињеница саслушањем оптуженог под заклетвом. Тако је Други вестминстерски закон омогућио давање правних средстава у бројним случајевима, које је *common law* искључивало, а који су се у новим околностима појављивали. Уколико, пак, широко тумачење ове недовољно одређене и прилагодљиве законске одредбе није било довољно, преостала је могућност коришћења краљеве прерогативе у особеним случајевима.²⁹

Као припадник краљевог суда (*Curia Regis*), канцелар не само што је давањем налога (*writ*) учествовао у обликовању *common law*-а, него је

²⁷ 3 *Harvard Law Review*, 97; наведено према: Alfred Henry Marsh, *op. cit.*, pp. 18–19.

²⁸ Превод са енглеског а не са изворног латинског језика.

²⁹ Alfred Henry Marsh, *op. cit.*, pp. 21–22.

повремено по њему и пресуђивао. То је била латинска страна у његовом суду, која је укључивала и укидање краљевих повластица (*letters patent*), као и саслушање поднесака (*petitions*) против Круне или њених званичника. И тек за владе Едварда I (1272–1307), који се сматра енглеским Јустинијаном, појавили су се недвосмислени знаци изузетне надлежности канцелара у области грађанског права. Овај монарх је уобичајио да поднеске, којима су се захтевала изузетна правна средства, упућује под приватним печатом канцелару или његовом господару годишњака (*Master of the Rolls*), са захтевом да у оквиру пренете краљеве прерогативе дају такво правно средство које би требало да изгледа да је у складу с поштењем (*honestati*).³⁰

То је, међутим, још увек било доба у којем није било озбиљног сукоба између правичности (*aequitas*) и строгости права или закона (*rigor iuris*). Нормански владари су од самог почетка сматрали да краљеви судови нису толико строго везани важећим правилима, да не би могли да осујете оне који злоупотребљавају правну форму зарад шикане. То је такође подразумевало да су судије унеколико слободне да размотре околности датог случаја и да средства прилагоде циљу. За владе Хенриха II (1154–1189) и Хенриха III (1216–1272) краљеви судови су вршили дискрециону власт, којом нису располагали нижи судови, а коришћење ове власти било је очитовање правичности. Често се у деловодницима наводи да је нека наредба донета „саветом суда“ (*de consilio curiae*). Таква наредба не би се могла тражити да је ствар строгог права нити је *rigor iuris* налаже, већ се доноси да би се без „заобилажења тужбе“ остварила суштинска сврха права. Тада се још није осећала потреба за посебним судом правичности, пошто су тада краљеви судови, још неспутани мноштвом закона или пажљиво формулисаним „прецедентним правом“ могли да примењују правичност.³¹

³⁰ Много година касније сер Френсис Мур (Francis Moore) је овако саветовао бискупа Џона Вилијамса, који је 1621. године постао лорд чувар печата:

„Канцеларија (*Chancery*) има две надлежности: једна је редовна и не треба да се мења. То је овлашћење јурисдикције коју Канцелар патентима и налозима врши над свим другим судовима и стога се назива *officina justitiae*, и надлежан је за грађанску парницу од парница на латинској страни, које се не разликују од начела *common law*-а. Због тога његово господство (*Lordship*) не намерава да се разликује од правила и начела који се у том праву користе.

Друга је овлашћење јурисдикције сходно правичности и савести, које оптерећује његово господство и које он преузима и врши. Али та савест је краљева савест коју он поверава канцелару. Уколико канцелар хоће да у својој приватној савести има другачије мишљење од оног за које је уверен да га краљ има, он треба да пресуђује сходно краљевој савести а не према властитој, и тих правила он намерава увек да се држи.“ – *Lord Nottingham's „Manual of Chancery Practice“ and „Prolegomena of Chancery and Equity*, Edited by D. E. C. Yale, Cambridge: at the University Press, 1965, p. 78.

³¹ Carleton Kemp Allen, *Law in the Making* Oxford: at thearendon Press, 1927, pp. 213–214.

БРЕКТОНОВО РАЗУМЕВАЊЕ ПРИРОДЕ ПРАВА, ПРАВДЕ И ПРАВИЧНОСТИ

Пре приказа како је, поред судова *common law*-а, успостављен и посебан Суд правичности, Бректоново (Henry de Bracton) разумевање природе права, правде и правичности заслужује посебну пажњу. Енглеска је врло рано имала неколико великих правника који су битно утицали на укоренивање и обликовање *common law*-а. Први је био учени судија Ранулфус де Гланвила (Ranulphus de Glanvilla), за кога се говорило да је с краљем Ричардом I отишао у Свету земљу и скончао свој живот у једном приморском палестинском граду. Други је био Хенри де Бректон (1210–1268) који је живео за владе Хенриха III (1216–1272), а за кога Џон Додеридџ (John Doderidge) вели да је био најученији судија Енглеске.³²

Својим монументалним делом *De Legibus et Consuetudinibus Angliae* (О законима и обичајима Енглеске) он је у том почетном добу успостављања *common law*-а оставио најдубљи и најблиставији траг. Посреди је систематско дело у којем су подробно биле изложене све гране и правне установе ондашњег енглеског права, тако да је током дужег времена служило не само као приручник на основу којег су судије пресуђивале, него као и уџбеник који су помно проучавали ондашњи правници и почетници. То је био разлог што је сачувано више десетина преписа, од којих се три сматрају најближим изворнику, који није сачуван, па је на основу њих реконструисан изворни текст и дат нови превод на енглески језик.³³

Кључан појам од којег Бректон полази јесте појам правде, који представља смисао и сврху права и захваљујући којем је касније успостављено потоње право правичности. Из правде као извора – вели Бректон – потичу сва права, а оно што правда налаже, право (*jus*) обезбеђује. Отуда без поступања по ономе што је *jus* и што су његова правила, а што су заправо важеће право и обичаји, не може се бити праведан нити се могу изрицати праведне пресуде у споровима између људи.

Када је требало дефинисати сам појам правде, Бректон се послужио Улпијановом дефиницијом да је правда стална и непрекидна воља да свако добије оно што му по праву припада. (*Est autem iustitia constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens*). Бректон, међутим, одмах потом придаје и хришћанско поимање правде по којем она почива или у Творцу или у створеном. Ако је у Творцу онда је у Богу, пошто Бог у свим стварима

³² John Doderidge, *The English Lawyer Describing a Method for the Managing of the Lawes of This Land*, London: Printed by the Assignes of J. More Esq., 1631, p. 41.

³³ Breton, *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, Edited by George E. Woodline, Translated, with revisions and notes by Saumel E. Thorne, Volume two, Cambridge, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press, 1968.

исправно наређује и праведно располаже, па сваком човеку даје оно што заслужује. Притом Бог није склон променама нити је непостојан у својим налозима и вољи, него је постојан и непогрешив, јер нема ни свој почетак нити ће икада имати свој крај. Ова дефиниција се може разумети и на други начин – да је правда у створеном, то јест у праведном човеку, да има вољу да сваком да оно на шта има право, што се назива правдом. Он ће свакоме уважити његово право према ономе што је намеравано, а не према ономе што је учињено.³⁴

Право (*jus*) се, по себи, изводи из правде и користи се у више различитих значења. Понекад се употребљава као по себи *ars boni et aequi* (умеће доброг и правичног), што је заправо дефиниција чувеног римског правника Целзуса,³⁵ или као ознака за писано право (*jus*). Назива се умећем о ономе што је часно и праведно, што по заслуги означавамо као духовнике, будући да обожавамо правду и извршавамо света права. *Jus* се понекад користи и за природно право које је увек часно и исправно; каткад само за грађанско право; неки пут само за преторско право; понекад за оно што проистиче из пресуде, пошто се каже да претор чини право чак и кад га неправедно врши, захваљујући чему се та реч не односи на оно што он стварно чини, него на оно како би требало да чини. Коначно, *jus* неки пут означава право у свој његовој строгости, кад год правимо разлику између права и правичности, чиме је Бректон ставио до знања да се чак и у његово доба могло ублажавати строгост важећег *common law*-а, иако још увек није било посебног Суда правичности.³⁶

Правна наука односно мудрост је знање о људским и божанским стварима, наука о праведном и неправедном (*Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*).³⁷ Много пре Бректона то је имао на уму Јустинијан када је у громогласној објави изјавио да ни један предмет није вреднији проучавања од ауторитета законâ који управљају стварима божанским и људским и затиру кривду. У ствари, Јустинијаново свечано обећање да ће подићи храм правде и тврђаву права само је сажетак много шире формулације о правди и праву (*De Iustitia et Jure*) на почетку *Digesta* која потиче од Улпијана.³⁸ Његово одређење правне науке Бректон је дословно преузео, што још једном потврђује да је био добро упућен у римско право, сабрано у Јустинијановој кодификацији, коју су у то време глосатори већ помно проучавали.

³⁴ *Op. cit.*, pp. 22–23.

³⁵ *Dig.* I, 1.1.

³⁶ Bracton, *op. cit.*, pp. 23–24.

³⁷ *Op. cit.*, p. 25.

³⁸ *Dig.*, I. 1.10.

Своје познавање римског права Бректон је осведочио и навођењем правила на којима право (*jus*) треба да почива.³⁹ То су такође Улпијанова следећа морална начела: *Honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (честито живети, другог не вређати, свакоме своје дати).⁴⁰ Тиме је Бректон ставио до знања да право не почива само на правди већ и на јавном моралу.

За предмет разматрања у овој расправи најважније је Бректоново поимање правичности, која се, по њему највећма своди на једнакост. Правичност је збирање свих ствари, оних који налажу слично право у сличним случајевима и доводе све сличне ствари до једнакости. Утолико правичност представља једнообразност и тиче се чињеничких ствари, то јест људских речи и дела. Правда, с друге стране, почива у духовима праведника. Стога, ако хоћемо да исправно говоримо, пресуду ћемо означити као правичну, никако као праведну, а за човека рећи да је праведан, а не правичан. Уколико пак ове изразе неисправно користимо, рећи ћемо да је човек правичан а пресуда праведна. Зато се јуриспруденција⁴¹ на много начина разликује од правде. Јер, јуриспруденција распознаје и разликује, док правда сваком даје оно што му припада. Правда је врлина, јуриспруденција је наука. Правда је одређени *summum bonum*, јуриспуденција је *medium*.⁴²

Иако Бректон није био довољно јасан и одређен у свом поимању правичности, он је ипак наговестио оно што ће већ у XIV веку бити право правичности. Правичност је заправо *medium* посредством којег се у свету чињеница остварује правда у појединачном случају. Правда као врлина је својство људског духа, а правичност је њено саображавање датим појединачним околностима с којима је праведан судија суочен. Како је Бректон право понекад поимао и у свој његовој строгости када га је разликовао од правичности, тиме је наговестио ублажавање, па је исправљање те строгости извршено путем правичности.

Напослетку ваља нешто рећи о ограничењу краљеве прерогативе, из које су у почетку све судије, а потом и канцелар, изводили право пресуђивања. У Бректоново доба већ је била на снази *Magna Charta Libertatum*, коју је, под притиском својих грофова и барона, 1215. године озваничио Џон Без Земље. Њоме су постављена каква-таква правна ограничења краљеве прерогативе, захваљујући којима су поданици уживали слободу, под којом је Бректон подразумевао природну моћ сваког човека да чини што год му је воља, док то није забрањено правом или силом.⁴³

³⁹ Bracton, *op. cit.*, p. 25.

⁴⁰ *Dig. I, 1.10.1. Ulpianus libro primo regularum.*

⁴¹ Тај израз је у Енглеској означавао и правну науку и правосудну праксу.

⁴² Bracton, *op. cit.*, p. 25.

⁴³ *Op. cit.*, p. 29.

Бректон је уложио много труда да покаже како и чиме је краљ правно ограничен. Њему у краљевству нико није раван. Али упркос томе, „краљ не сме бити под човеком него под Богом и законом, пошто га закон чини краљем (*Ipse autem rex non debet esse sub homine sed sub deo et sub lege, quia lex facit regem*), [Нека он стога препусти закону оно што закон дарује њему, наиме владавину и моћ], јер нема никаквог *rex*-а тамо где уместо *lex*-а влада воља (*Non est enim rex ubi dominatur voluntas et non lex*)“.⁴⁴ Другим речима, како закон ствара краља, а не обрнуто, краљ престаје да буде краљ, ако влада његова воља а не закон.

Ограничење краљеве власти потврђује и заклетва коју он приликом крунисања полаже. Он ће најпре свим својим силама обезбедити одржавање мира зарад Божје цркве и целокупног хришћанског народа по целом краљевству. Потом ће забранити грабљивост свих својих поданика, независно од сталежа којима припадају. Напокон ће настојати да се све пресуде изричу с милошћу и правичношћу да би он сам показао милост као свој удео у Божјој милости, како би захваљујући његовој правди сви људи могли да уживају непрекидан мир.⁴⁵

Пресудан разлог због којег је, по Бректону, краљ створен и изабран јесте чињење правде свим људима и подржавање и одржавање онога што је исправно пресуђено. Јер, ако никог нема ко би чинио правду, мир би лако могао бити нарушен. Уз то доношење закона нема сврхе ако их нико не извршава. Као Божји намесник на земљи, краљ мора разликовати *jus* од *injuria*-е, правичност од неправичности, како би сви његови поданици живели исправно без повређивања других и сваком додељивали оно што му припада.⁴⁶

Отуда, све док краљ врши правду, он је намесник оног Вечног краља. У противном, преобраћа се у ђавољег слугу када скреће у неправду. Да се не би преобратио у тиранина, нужно је да његова власт буде умерена и обуздана законом, који је оглав (узда) његове власти. Нема ничега примеренијег суверену него да живи по законима, нити веће суверености од владавине сходно закону. Притом није довољно да краљ буде опремљен оружјем и законом, него је нужно да располаже и мудрошћу да би могао да чини и извршава правду. Владавина мудрог је чврста и постојана. Уколико краљ нема мудрости, он ће ојадити поданике, пошто поквареност главе на врху силази на поданике и њих квари и изопачује. Уз то краљ мора бити не само мудар него и милосрдан, да би његова правда била умерена мудрошћу и милошћу.⁴⁷

⁴⁴ *Op. cit.*, p. 33.

⁴⁵ *Op. cit.*, p. 304.

⁴⁶ *Op. cit.*, p. 305.

⁴⁷ *Op. cit.*, pp. 305–306.

УСПОСТАВЉАЊЕ СУДА ПРАВИЧНОСТИ

Са развојем *common law*-а и раздвајањем појединих огранака власти у оквиру номинално јединствене краљеве прерогативе, поступно се појављивала потреба да посебан краљев суд, изван већ устаљених судова *common law*-а, пресуђује по правичности. У XIII веку та потреба још увек није била тако очигледна и делотворна. Поступак и техничка правила *common law*-а су већ били релативно строги, па их судови нису могли игнорисати, а да то не буде санкционисано. Али су судови настојали да нађу увек различити компромис између супстанцијалне правде и одговарајућег уважавања правне форме. И мада се јурисдикција *common law*-а развијала захваљујући скупу налога (*writ*) за покретање поступка, које је давао канцелар, чак и у оквиру таквог релативно крутог система није било мало делотворних правних средстава, која су касније сматрана типичним за право правичности. Тако се у сачуваним изворима може наићи на установу *trust*-а⁴⁸ над покретном имовином, као што је стадо, залагање предмета својине са накнадом залогодавцу, које подсећа на откуп заложене својине (*redemption*) у праву правичности, као и особено принудно извршавање уговорних обавеза, које је очигледно *in personam*, а не *in rem*, како би се то очекивало у *common law*-у.⁴⁹

Упечатљив пример својеврсне потпоре и правичног ублажавања строгости правног правила представља следећи случај с почетка XIV века, који није измакао пажњи Фредерика Вилијама Меитленда. Један човек се обавезао да плати одређену суму ако не уручи одређени документ тачно одређеног дана. Пошто је био тужен, није оспоравао да је хтео да поменути документ преда баш тог дана. Али се извињавао да је био преко мора, те да је оставио својој жени тај документ с налогом да га уручи. И што је још важније, тврдио је да тужилац због неуручења није претрпео никакву штету. Тужилац се позивао на изричите речи на обвезници, што је 1309 или коју годину пре или после тога било довољно да тужилац рутински добије спор. Али на велико изненађење судија Берефорд (Bereford C. J.), после напомене да оно што се тражи није, исправно говорећи, враћање дуга (*purement dette*) већ плаћање казне (*une peine*), узвикнуо: „Каква би то правичност била да ти се додели дуг када је документ понуђен, а ти не можеш да покажеш да си оштећен његовим задржавањем?“ Напоследку је тужиоцу речено да ће седам година чекати на судијину пресуду. У овом случају суочени смо с правним средством против казне, а оно је додељено у име правичности, мада је било у незграпној форми временски неодређеног одлагања пресуде, коју је налагала строгост важећег права.⁵⁰

⁴⁸ Она ће касније бити разјашњена.

⁴⁹ Carleton Kemp Allen, *op. cit.*, p. 214.

⁵⁰ *Op. cit.*, p. 215.

То су биле те нове идеје, укључујући и замисао правичности, које је по свој прилици уводио у судску праксу канцелар у позном добу средњег века. Ово, поред осталог, потврђује и краљева правда коју су у његово име изрицале судије приликом обиласка шира. Тада су им се обраћали веома сиромашни људи, а да за њих нису важила строга процесна правила, него је било довољно да напишу оно што траже или да неко други то учини уместо њих. Такође нема доказа да је од њих тражена било каква такса за подношење тужбе, нити да су плаћали накнаду за добијање налога (*writ*) од канцелара, што само значи да је пут до краљеве правде био лак и једноставан. Све је то почивало на древној вери да су краљу инхерентни право и моћ да отклања сва недела, независно од *common law*-а и статутарног (законског) права, чак и кад та недела штити строгост правног правила и форме.

Краљеви судови су, дакле, у том преломном добу на почетку XIV века имали и власт и ауторитет не само да примењују *common law* него и да исправе његову строгост и крутост не би ли у особеним и изузетним случајевима пресудили по правичности. А то су могли чинити пре свега захваљујући својој дискреционој власти, која их је чинила прилагодљивим новим и неочекиваним случајевима. С појавом Парламента и учвршћењем његовог ауторитета током XIV века, ова дискрециона власт судова је практично укинута. Најпре су томе погодувале одредбе Нортхемптонског закона (*the Statute of Northampton*) од 1328. године, као и потоњи несрећни догађај из 1340. године.⁵¹ Све је то навело „судове да прихвате нешто од крутог приклањања дословном тумачењу постојећих правила и буду подстакнути да избегавају конструисање нових правних средстава“⁵²

У таквим околностима током XIV и XV века судови *common law*-а попримили су крутост, која им раније није била својствена, што је довело до учвршћења строгости поступка како у *King's Bench*-у тако и у *Common Pleas*-у. Уз то, све док су судије ових судова биле биране из редова клирика,

⁵¹ Посреди је био озбиљан сукоб између Едварда III и архиепископа кентербериског Џона Стратфорда, због финансијских тешкоћа у које је Енглеска запала и била пред банкротством. После победе у бици код Салаја 24. јуна 1340. године, у којој је остварена једна од највећих поморских победа и потпуно уништена француска флота, по повратку у Лондон Едвард III оптужио је Џона Стратфорда за финансијске проблеме и изазивање незадовољства у војсци, издају и покушај убиства краља. Тим поводом мета његовог напада били су Стратфордов брат Роберт и још неки његови блиски рођаци, као и други финансијски службеници и судије, који су похапшени, смењени и оптуживани за финансијске проблеме државе и корупцију. Овакво насиље над појединим судијама сигурно је утицало и на све остале судије. – Michael Prestwich, *Plantagenet England 1225–1360*, Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 275–277.

⁵² W. J. Jones, *The Elizabethan Court of Chancery*, Oxford: Clarendon Press, 1967, p. 10.

није било никаквих запрека да оне пресуђују и по *common law*-у и по правичности. С развојем правничке професије, која је у Енглеској увек имала изузетну улогу, и избором судија из редова професионалних правника, улога судије се све више сужавала на оно што је дотадашњим прецедентима било утврђено. Сматрало се да судије треба да примењују само постојеће право, а да препусте Парламенту и краљевом Савету да попуњавају правне празнине и исправљају мањкавост важећег права, тако да је значајна група повређених и оштећених лица остала без правне заштите.⁵³

Како, дакле, због укрућивања правне форме судови *common law*-а нису више могли да одговоре свим захтевима, које је изрицање правде у изузетним, унапред непредвидљивим и општим нормама и неуређеним случајевима, постављало, та обавеза је преваљена на краљев Савет, а потом и на канцелара. И док је за владе Едварда I (1272–1307) већина представки пролазила кроз канцеларове руке, иако није била њему непосредно упућена, убрзо је дошло до битне промене. За владе Едварда III (1327–1377) многе представке су биле насловљене на самог канцелара као водећег члана Савета, од кога се очекивала милост по његовом властитом праву. Притом су то биле притужбе и жалбе изван домашаја судова *common law*-а. Све је то довело до тога да је у другој половини XV века канцелар постао посебна институција (*Chancery*), коју су сви други признавали као Суд правичности по властитом праву.

Две су, дакле, околности довеле до тога да се поред краљевих судова успостави посебан Суд правичности оличен у канцелару. Прва је била затирање гипкости *common law*-а, која је довела до његове крутости; друга је и даље појављивање изузетних, унапред непредвидљивих случајева који се нису могли решити подвођењем под општа правила *common law*-а.

Прва поменута околност наводи на занимљиво поређење између раста правичности у римском и енглеском праву. Постоје најпре видне сличности у погледу метода који је до одређеног тренутка коришћен и исхода који је тим развојем достигнут. Али и међусобне разлике нису ништа мање упадљиве. У римском правосуђу никакав посебан суд није био неопходан, пошто су римске судије биле спремне да чине оно што су судије *common law*-а одбијале – да унапређују и надзиру укупан развој права како су то новонастале потребе добро уређене римске државе захтевале. И док су енглеске судије *common law*-а одбацивале сваку новину држећи се устаљених форми, римске судије су саме доводиле важеће право у склад с новонасталим потребама. Захваљујући томе, у Енглеској је успостављање посебног Суда правичности било неизбежно, док је у Риму претор вршио нужна прилагођавања новонасталим приликама, чувајући

⁵³ G.W. Keeton, *An Introduction to Equity*, London: Sir Isaac Pitman & Sons, Ltd, Fifth Edition, 1960, p. 16.

јединство правног поретка, које у Енглеској никада није било постигнуто. Претор је то чинио увођењем нових тужби које су подсећале на старе и уношењем идеје правичности (*aequitas*) у судско законодавство. Енглеске судије нису биле спремне да на такав начин затечено прецедентно право мењају и прилагођавају новонасталим околностима, због чега је ту улогу преузео канцелар.⁵⁴

На основу увида у порекло и поступно устаљивање права правичности у Енглеској, и судија Стори (Story) је запазио како се оно природно развијало на исти начин и под истим околностима као и правична јурисдикција римских претора. Обе те надлежности настале су под присилом практичког пресуђивања у случајевима мањкавости позитивног права (*lex scripta*) или због непримерености расположивих правних средстава у прописаној форми, која би одговарала преким потребама датог случаја. То није узурпација власти, него благотворно уплитање зарад исправљања големе неправде и отклањања отежавајућих и неподношљивих невоља и мука.⁵⁵ Једина је разлика била у томе што претор није био изузетно него устаљено звање, док је у Енглеској то био посебан суд изван редовног правосудног система.

Успостављање тог посебног суда било је, међутим, поступно. Или како је то Медокс (Madox) приметио: „Канцеларство је од малих почетака временом постало уред великог достојанства и надмоћи.“⁵⁶ Најпре је било неопходно да странке, које због крутости правне форме нису могле да се обрате судовима *common law*-а и у њима остваре правду, почну да се непосредно обраћају канцелару уместо краљу и његовом Савету. Према досадашњем сазнању, не може се сасвим поуздано утврдити када је канцелар почео да пресуђује независно од Савета. Вилијам Пели Беилдон (William Paley Baildon) процењује да је канцелар почео то да чини за владе Ричарда II (1377–1399), али допушта да је самостално пресуђивао још за владе Едварда III (1327–1377).⁵⁷ Судија Стори вели да је назависна јуриспуденција канцелара успостављена и била у потпуности делатна тек у доба Ричарда II, што се, по његовом мишљењу, може закључити на основу указивања у представкама (*Remonstrances*) и другим записницима Парламента, који сведоче о његовој суревњивости и настојањима да се спута и ограничи краљев ауторитет. Круна га је, упркос томе, постојано подржавала.⁵⁸

⁵⁴ Alfred Henry Marsh, *op. cit.*, pp. 130–132.

⁵⁵ Justice Story, *Commentaries on Equity Jurisprudence*, Third English Edition by A. E. Randall, London: Sweet and Maxwell, Limited, 1920, p. 25.

⁵⁶ Alfred Henry Marsh, *op. cit.*, p. 33.

⁵⁷ William Paley Baildon, „Introduction“, *Select Cases in Chancery ad. 1364–1471*, London: Bernard Quaritch, 1896, pp. XVI–XVII.

⁵⁸ Justice Story, *op. cit.*, p. 22.

Изгледа, међутим, да је самостално пресуђивање канцелар започео још за владе Едварда III, иако се можда оно тада још није усталило. Главна сврха оваквог канцеларевог поступања било је решавање случајева у којима нису била могућна редовна правна средства. У духу традиције и поимања природе краљеве прерогативе, такве случајеве требало је и даље да решава краљ. Но, како он то, због преоптерећености послом, више није могао, 1349. године Едвард III је налогом своје уредбе (*Writ of Ordinance*) све случајеве, који су били у делокругу његове милости, препустио канцелару или чувару приватног печата. Она овако гласи:

„Краљ поздравља шерифа Лондона. Како смо веома и свакодневно заузети у различитим пословима који се тичу нас и државе нашег краљевства Енглеске, желимо да било какав посао, који се тиче како *common law*-а нашег краљевства тако и наше посебне милости, који се може пред вама сазнати, од сада буде решаван на следећи начин: посао *common law*-а, одабран пред архиепископом кентерберијским, нашим канцеларом, да он решава; а друге ствари, преношљиве нашом посебном милошћу, да буду решаване пред нашим реченим канцеларом или нашим прикладно вољеним службеником, чуварем приватног печата, или тако да они, или један од њих, пренесу на нас такве представке (*petitions*) о пословима које без консултовања с нама они не могу да реше, заједно са својим саветом о њима, без икаквог даљег решавања пред нама зарад истог“.

Ова наредба најпре потврђује да је канцелар постао посебна институција која се издвојила из ранијег целовитог краљевог суда (*Curia Regis*), па поступа и пресуђује по властитом праву. Није наравно сасвим јасно како је до тог издвајања дошло. Сам краљ објашњава да је због преоптерећености другим пословима радо препустио канцелару да сам доноси одлуку у случајевима који су њему упућени. Било како било, до велике промене је дошло, што је навело Дајсија (A.V. Dicey) да закључи, да је „пре смрти Едварда III канцелар својом властитом влашћу одлучивао о стварима које су се тичале правичности и помогао онима који су били спречени да помоћ добију у редовном правном поступку.⁵⁹ А тачан датум тог успостављања посебног Суда правичности јесте вероватно тренутак када је 1349. године Едвард III издао наведену уредбу, којом је ствари које се тичу његове милости препустио канцелару.⁶⁰

Унеколико другачије објашњење порекла и настанка канцеларове издвојене јурисдикције дао је Јорк (Yorke који је касније постао лорд Hardwicke) у својим разматрањима у случају *Rex v. Hare*.⁶¹ „Јурисдикцију

⁵⁹ Наведено према: William Paley Baildon, *op. cit.*, p. XVIII.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ 1 Strange, 150.

овог Суда, као што је суд правичности, вероватно је најтеже од свих утврдити, како у погледу њене основе тако и у погледу времена када је настала. Али ја мислим да је било веома великих мишљења и склон сам да верујем да строго истраживање прошлости може потпомоћи да се покаже да се ова јурисдикција такође уздигла из великог печата.“

Јорк, додуше, признаје да је канцелар давао налоге (*writ*) за све судске поступке и да је сам решавао неке случајеве, али одмах додаје да је притом био везан правилима *common law*-а, па је могао да даје само оне налоге које је *common law* допуштало. Стога када су пред њега долазили случајеви, као што су *trust*, превара или неочекивани догађај (*accident*), који су у надлежности правичности, канцелар није могао да тужиоцу додели одговарајући налог, пошто *common law* није давало никакво правно средство. Како је онда уопште дошло до успостављања Суда правичности? По Јорку, није немогуће да је канцелар, који је обично прелат и као такав по очекивању човек од савести, био суочен с већим бројем случајева у којима су стране могле бити оштећене противно праву и савести, па како није могао допустити да странка оде из краљевог суда без икакве помоћи и потпоре, позвао би странке и наложио савести преступника да учини оно што је право.⁶²

Већ је поменуто да Парламент не само да није прихватио канцеларово самостално пресуђивање по правичности, него је настојао да га бар ограничи ако већ није био кадар да га потпуно осујети. О томе сведоче бар три представке Доњег дома: за владе Ричарда II 1389. и 1393/94. године, што значи да је Суд правичности већ био устаљен, као и за владе Хенрика V 1421. године.

Ове представке имале су само делимичан успех. Тако је 1394. године Парламент донео закон (*Statute*) којим је прописао (сар. 6): „Пошто су људи присиљени да дођу пред Краљев савет и у Канцеларију (*Chancery*) на основу налога заснованих на нетачним наговештајима, након што су такви наговештаји ваљано утврђени и доказани као неистинити, онај који је канцелар у том тренутку биће овлашћен да по својој дискреционој оцени одреди и додели одштету ономе ко је неисправно доведен у невољу, како је раније речено.“

Овом законском одредбом канцелар је овлашћен да спречи несавесне појединце да злоупотребљавају његову надлежност, али је у исти мах добио од Парламента признање легитимности те своје надлежности. Она је потом 1437. године, за владе Хенриха VI, Законом (сар. 4) допуњена и учињена обавезујућом. Након помињања да су појединци били веома узнемирени и ојађени налозима *subpoena*,⁶³ којима се подрива и омета *common law*, овај Закон прописује „да се од сад ниједан налог *subpoena* не

⁶² Alfred Henry Marsh, *op. cit.*, pp. 32–33.

⁶³ Наређење под претњом казне, о чему ће касније бити речи.

додељује док се са сигурношћу не утврди да задовољава странку, која је била тако ојађена и узнемирена својом штетом и трошковима, ако је тако да се ствар, која је садржана у тужби, не може учинити добром“.

Један од доказа који потврђују да се Канцеларија (*Chancery*) издвојила и почела да пресуђује као посебан Суд правичности, јесу и синтагме „одлуком канцелара и Суда Канцеларије“ (*by the Chancellor and the Court of Chancery*) и „одлуком канцелара и влашћу Суда и Канцеларије“ (*by the Chancellor and by the authority of the Court of Chancery*), које налазимо у појединим пресудама. Све су то разлози који наводе на закључак да је у другој половини XV века спорове који су се тicali правичности решавао канцелар, иако је наравно било и изузетака.

Године 1488. донет је Закон којим је коначно направљена разлика између Суда канцелара и Савета у погледу измене кривичног права. Одељком 1 овог Закона поједини преступи пренети су у надлежност Савета, што значи да су били изузети из надлежности канцелара. То су подмићивање судија, прекршај шерифа, примање мита од стране поротника, велики немири и незаконито окупљање. Пошто је Савет престао да врши јурисдикцију у погледу правичности, а задржао надлежност у области кривичног права, дошло је и до промене његовог назива. Као посебан кривични суд он је постао познат као „лордови Савета који седе у звезданој соби“ или, скраћено, као „Суд звездане собе“ (*Camera Stellata*), који је касније изашао на рђав глас, па је укинут Законом од 1641. године, на почетку Револуције и грађанског рата.⁶⁴

До потпуног одвајања Суда правичности од судова *common law*-а дошло је знатно раније. На основу сабраних података предговору годишњаца⁶⁵ из дванаесте и тринаесте године владавине Едварда III (1339. и 1340), Пајк (L. O. Pike) је извео закључак да „све до владавине Хенриха V⁶⁶ није било разлике, која је касније призната, између редовне или *common law* јурисдикције, с једне, и изузетне или по праву правичности јурисдикције Суда правичности, с друге стране“.⁶⁷

Са одвајањем канцелара, односно Суда правичности од краљевог Савета и судова *common law*-а, дошло је и до поделе у самом том Суду. Од тада је канцелар са приспелим представкама (*petitions*) поступао на два различита начина. Када је повод тих представки било наводно насиље или корупција, он је позивао осумњичене да чује њихово оправдање, ако га уопште било. Уколико су биле спорне чињенице, упућивао их је пороти

⁶⁴ William Paley Baildon, *op. cit.*, pp. XX–XXI.

⁶⁵ Годишњаци (Year Books) су представљали једногодишњу збирку судских пресуда.

⁶⁶ До 1413. године.

⁶⁷ Наведено према: William Paley Baildon, *op. cit.*, p. 21.

најважнијег суда *common law*-а (Court of King's Bench), да би по пријему извештаја досуђивао егземпларну казну, ако би се показало да је преступ стварно био извршен. Пресуђивање канцелара у оваквим случајевима била је „латинска“ страна његове јурисдикције и представљала је опасно, а тиме и озлоглашено уплитање у правосудни поступак. Већина таквих случајева прешла је у надлежност Суда звездане собе (*Star Chamber*) тако да је „латинска“ страна Суда правичности изгубила ранији значај.

Много је важнија „енглеска“ страна канцеларовог Суда која означава пресуђивање по правичности. Тој страни су упућиване оне представке и притужбе за које није било правног лека у судовима *common law*-а, а посреди су биле несумњиве невоље и муке. Међу врстама предмета које су доспевале у канцеларов Суд биле су и оне правне установе које је он сам изумео. То су били случајеви који су се тицали коришћења (*use*) непокретности и *trusta*⁶⁸ над њима.⁶⁹

У том раном добу пресуђивања по правичности, којим се ублажавала или исправљала строгост *common law*-а, и поступања по савести зарад обезбеђења правде у изузетним, унапред непредвидљивим случајевима који се нису могли подвести под опште правне норме, кључну улогу одиграла је чињеница да су канцелари по правилу били високи црквени великодостојници, духовници и прелати. Вилијам Пели Беилдон уврстио је у своју књигу листу канцелара од 1363. до 1467. године. Од 32 канцелара 26 су били прелати, од којих је 7 архиепископа и 19 бискупа.⁷⁰ А по казивању једног глосографера (писца белешки на маргинама) 160 духовника уздизано је до тог достојанства, док су до 1535. године сви господари годишњака (*Masters of the Rolls*) били црквени људи.⁷¹ Такви канцелари су најпре имали велику осетљивост за *trust*, пошто је током првог века од његовог успостављања поглавито коришћен у корист Цркве, па је зато био и добро заштићен. Потом су не само као непосредни заступници краљеве савести и милости, него и као добри зналци канонског па унеколико и римског права, били позвани да морализују право у оним случајевима у којима укрућеност правне форме то није допуштала судовима *common law*-а. Томе је наравно допринела и велика дискрециона власт којом су канцелари располагали.

Ово је уједно и прилика да се припомене колики је био стварни утицај римског права на пресуђивање канцелара и због чега оно у Енглеској није реципирано. Томе је погодновало више историјских разлога. Од норманског освајања па до Едварда III било је уобичајено да краљеви Енглеске

⁶⁸ О *trustu* ће касније бити речи.

⁶⁹ *Stephens's Commentaries on the Laws of England*, p. 41.

⁷⁰ William Paley Baildon, *op. cit.*, p. XLVI.

⁷¹ Alfred Henry Marssh, *op. cit.*, pp. 77–78.

плаћају одређени данак Светој столици. Повремено тај данак није редовно уплаћиван, па је Рим предузимао одговарајуће казнене мере, што је међу лаицима свих сталежа изазивало велико огорчење. А како је римско право довођено у везу с папским Римом, за владе Ричарда II барони су протестовали и тврдили да никада неће дозволити да се Енглеском влада по римском праву, па је судовима *common law*-а било забрањено да у својим пресудама цитирају римско право и позивају се на њега.⁷²

Кад је посреди утицај који је римско право вршило на пресуђивање канцелара, мишљења о томе нису потпуно уједначена. Пошто су скоро сви ранији канцелари били прелати, а по образовану склони римском праву, из тога се изводио закључак да су га они користили зарад отклањања мана и ублажавања крутости *common law*-а. Чак се наводи да су поједине установе права правичности преузете из римског права.⁷³ Насупрот томе, Фредерик Вилијам Меитленд, један од највећих енглеских правних историчара, следећим речима одбацује овај закључак:

„Сваку помисао да је Канцеларија (*Chancery*) била романизујућа институција, да је учење судија (*Masters*) било учење цивилиста, регистар (пресуда прецедената) силно оповргава. Какво год да су академско упућивање у римско и канонско право судије имале, оне су биле енглески правници, дневно укључене у проматрање енглеског права у енглеским судовима, у читање годишњака (*Year Books*) и у 'писање' одлука на маргинама својих регистара.“⁷⁴

Унеколико другачије мишљење изнео је чувени судија Стори када је рекао да је права срећа што су чак и у том раном добу црквени великостојници преузели из римског права знање о правди и правичности, јер им је то омогућило да их примењују с последњијом дискреционом влашћу него што би то иначе чинили. А од тренутка када је канцелар усталио правила на основу којих је пресуђивао, римско право му је пружало обиље начела на основу којих је могао да развије прецедентно право, које би било прилагођено људским потребама и обогаћено древном мудрошћу, искуством и ученошћу. Зато када се каже да су канцелари много тога преузели из богате баштине римског права, тиме се само одаје највеће признање канцеларовом расуђивању, његовој радиности и исправном вршењу његове дужности. Била би стога незаслужена замерка тим ученим канцеларима, ако би се рекло да нису уважавали максиме древне правничке мудрости или су их занемаривали из незнања, гордости и равнодушности.⁷⁵

⁷² Alfred Henry Marsh, *op. cit.*, pp. 68–69.

⁷³ *Op. cit.*, pp. 69–70.

⁷⁴ 3 *Harvard Law Review* 104–5. наведено према: Alfred Henry Marsh, *op. cit.*, p. 72.

⁷⁵ Justice Story, *op. cit.*, p. 15.

Изгледа ипак да је Меитленд у праву када тврди да права и потпуна рецепција римског права у Енглеској никада није била извршена. То уосталом ни судија Стори изричито не тврди. Он само каже да су се канцелари позивали на општа правна начела која су срочили римски правници, попут оних која се тичу правде и правичности, на која се и Бректон позива. А за то се не може рећи да је била рецепција. Извесне недоумице изазива, међутим, Сторијево позивање на навод Вилијама Блекстона,⁷⁶ по којем је правило *common law*-а о могућности развргавања сусвојине, у сагласју с начелом римског права, да заиста нико не може против своје воље бити присиљен да буде у заједници (*Nemo enim invitus compellitur ad communionem*).⁷⁷ Оваква сличност није довољна да би се могло говорити о рецепцији римског права. Напротив, у Енглеској својина вековима није била римска него подељена феудална својина, на чијем врху је био *dominium eminens*, док је наследно право било особено енглеско обичајно право.

ПОСТУПАК У СУДУ ПРАВИЧНОСТИ

Већ је речено да су се канцелару, као Суду правичности, непосредно обраћале странке које нису могле да остваре своје право редовним правним средствима, па су биле принуђене да траже изузетни правни лек.⁷⁸ Уверљив пример који то потврђује јесте представка из доба Ричарда II, која започиње на следећи начин: „Његовом веома милостивом лорду канцелару Енглеске – преклињу вас ваши понизни говорници, Thomas Swan и Johan, његова жена негдашња жена Roberta Sprunta из Оксфорда.“ Странке се, дакле, не позивају на важеће право (*common law*), већ призивају милост краљевог великодостојника, која је очигледно била могућна само у оквирима његове дискреционе власти. Посреди је, иначе, било тестаментарно располагање непокретном и покретном имовином у корист поменуте жене и њене деце. Захваљујући фалсификованом тестаменту, који је сачинио парох једне цркве у Оксфорду, ова жена је лишена целокупне непокретне и покретне имовине у вредности од неколико стотина фунти. Нарочито је важан завршни део ове представке који гласи: „Због тога, зарад Бога и дела милосрђа, они моле правни лек, пошто сматрају да немају другог правног средства за поништење горе реченог кривотвореног тестаamenta, ако то није тражење ваше милостиве помоћи.“ Другим речима, кад год важеће

⁷⁶ William Blackstone, *Commentaries...*, Vol. III, p. 185, note (c); наведено према Story, *op. cit.*, p. 275.

⁷⁷ Dig. Lib. 12, tit. 6, f. 26, § 4.

⁷⁸ F. W. Maitland, *The Constitutional History of England. A. Course of Lectures Delivered*, Cambridge: at the Univerity Press, 1908, p. 222.

право не пружа делотворно правно средство за отклањање очигледног недела, као заступник краљеве правде и милости канцелар је властан да такав правни лек обезбеди.

Тај делотворни правни лек била је *subpoena*,⁷⁹ наредба под претњом казне, која се у пракси Суда правичности појавила за владе Ричарда II.⁸⁰ Најранији њени примери су из 1388. и 1394. године. Иако је њено порекло непознато, она се приписује Џону Волтхему (John Waltham), салисберијском бискупу, који је од 1381. до 1386. године био господар годишњака (Master of the Rolls) и судија у Канцеларији (*Master in Chancery*), а пре тога службеник Канцеларије. Ако је ово казивање тачно, та наредба мора да је уведена раније, пошто је пре 1381. године била позната као судски налог. По једном другом извору, још 1364. године Пелгрејв (*Palgrave*) је издао налог *subpoena* након пријема тужбе упућене краљу и Савету.⁸¹

Том наредбом је канцелар у име краља налагао оптуженом да се појави пред Судом правичности и одговори на тужбу, под претњом да ће му бити изречена казна у случају непослушности. Уколико оптужени не би поступио по наредби, раније је шерифу бивало налагано да узапти његову имовину зарад наплате казне, док је касније оптужени притваран и кажњаван по дискреционој одлуци Суда. Овакве судске наредбе често су изазивале гнев простог света, па се дешавало да њихови извршиоци буду изложени прекору и насиљу.⁸²

Посебно треба истаћи да је, с брзим увећањем свог утицаја, Суд правичности почео да врши превентивну јурисдикцију тако што је, посредством забрана, унапред предупређивао могућна недела, било чињењем или нечињењем. И то је била велика разлика у односу на судове *common law*-а, који су једино могли, након већ извршеног преступа да досуђују накнаду штете, која је понекад била непоправљива.⁸³

⁷⁹ Пун назив овог правног средства био је *subpoena ad respondendum*. Поред овог основног постојало је и више издвојених облика овог правног средства. *Subpoena ad audiendum iudicium* користила се за припрему туженог зарад његовог саслушања. *Subpoena ad reiungendum* је позив туженом да изложи свој одговор у уобичајеном року од седам дана. *Subpoena ad testificandum* била је позив сведоцима, док је *subpoena ducem tecum* представљала налог да се доставе документи и поднесу докази. *Certiorari* је био налог који је виши суд упућивао нижем да обустави поступак. Уколико због личних тешкоћа, тужени под одређеним околностима није могао да дође у Суд, *dedimus potestatem* је било средство којим је захтевао да га посебна комисија саслуша у његовом селу. – W. J. Jones, *The Elizabethan Court of Chancery*, Oxford; Clarendon Press, 1967, pp. 182, 187.

⁸⁰ Alfred Henry Marsh, *op. cit.*, pp. 42–43.

⁸¹ William Paley Baildon, *op. cit.*, p. XIV.

⁸² Alfred Henry Marsh, *op. cit.*, pp. 45–46.

⁸³ *Op. cit.*, pp. 46–47.

Иако су временом устаљени одговарајући, махом протоколарни обрасци у уводном и завршном делу представке канцелару, за њу није била прописана никаква посебна, подробно одређена форма, нити је било потребно позивање на тачно одређено правно правило, које је тужени наводно прекршио, тако да је „једноставност тог налога била и његова највећа снага“.⁸⁴ За покретање поступка пред канцеларом и његовим Судом правичности било је довољно, да за отклањање извршеног недела у *common law*-у није било одговарајућег правног средства.⁸⁵ Чак тужилац није био дужан да тачно наведе какво правно средство тражи од канцелара, а понекад је било и очигледно, нарочито у ранијим случајевима, да тужилац уопште и не зна шта би могао да тражи, па је избор у потпуности препуштао канцеларовој вишој мудрости и доброј милости. Тако у једном случају из времена Хенриха IV тужилац тражи од канцелара „такво правно средство (*writ*) које ће њему [канцелару] у овом случају изгледати разумно“.⁸⁶

Нарочито је важно што тужилац по правилу у својој представци није наводио ниједну важећу правну норму, било закона или *common law*-а, која је прекршена и по којој би требало досудити одговарајућу накнаду или неко друго исправљање неправде. Уместо тога, у старијим представкама тужиоци су скоро увек користили израз *pur Dieu et en ouvre de charite* (зарад Бога и дела милосрђа), што је требало да упути канцелара на божанско право и краљеву милост коју он представља. Било је наравно и одступања од ове синтагме, попут „за име Бога“, „зарад љубави према Богу“ и „у част Бога“.⁸⁷

Сам поступак пред канцеларом и његовим Судом правичности започиње достављањем представке тужиоца, поводом које је туженоме преко помесног шерифа упућивана наредба (*subpoena*) под претњом казне да се одређеног дана *venire facias* појави у Вестминстеру. Није било тако ретко да је тужилац тражио и хапшење туженог. Уколико оптужени не би поступио по наредби, могао је бити ухапшен или му је изрицана казна запрећена у наредби. По доласку у Суд тужени је одговарао на поднету тужбу, али дуго времена његов одговор није остајао забележен. Том приликом је подврган и унакрсном испитивању поводом оптужбе која је против њега била упућена. Он је морао да објасни зашто је напао или тукао тужиоца,

⁸⁴ W. J. Jones, *op. cit.*, p. 178.

⁸⁵ William Paley Baildon, *op. cit.*, p. XXIV.

⁸⁶ *Op. cit.*, p. XV.

⁸⁷ *Op. cit.*, p. XXV. Крајем XIX века судски налог (*injunction*) је укинут и замењен судском одлуком којом се налаже једној странци да нешто одређено учини или да одустане од неког чињења (*Rules of the Supreme Court, 1883. O. 50. r. 11*). Сврха овог правног средства најчешће је била спречавање да се нешто учини што би било недела, а потом заштита угрожене странке. – Justice Story, *op. cit.*, p. 363.

због чега је прелазео преко његове земље или зашто је узаптио стадо које припада тужиоцу. Другим речима, он је био дужан да одговара на реченицу по реченицу, које су биле наведене у тужби. Овај поступак је више био налик поступку у црквеним судовима сходно канонском праву него у старим енглеским судовима. И што је још важније, то није било угледање на редовни поступак у црквеним судовима, него на сажети поступак који је уведен зарад спречавања и сузбијања јереси.⁸⁸

Битна разлика у односу на поступак пред судовима *common law*-а била је могућност испитивања туженог под заклетвом, како би на такав начин његова одбрана била потврђена и доказана. У временима док су људи још увек веровали да ће их Бог казнити на оном свету због кривоклетства на овом свету, заклетва је била делотворно доказно средство. То је био разлог што је *common law* забрањивао да било који човек сведочи под заклетвом у властитом случају, да не би био изложен искушењу кривоклетства или био принуђен да призна недело које се кажњава.⁸⁹ Штавише, у судовима *common law*-а све до 1851. године тужени није био присиљаван да даје доказе.

Насупрот томе, Суд правичности је скоро од самог почетка присиљавао туженог да своју одбрану под заклетвом потврди и докаже, а допуштао је тужиоцу да туженог подвргне унакрсном испитивању, док тужиоцу није било дозвољено да на сличан начин испитује и проверава савест тужиоца. Уколико је тужени ипак желео да од тужиоца прибави доказе о његовом сведочењу под заклетвом, морао је да поднесе крсну тужбу (*Cross Bill*) против тужиоца, чиме би у том поступку тужилац постао тужени. А као такав могао је бити подвргнут провери своје савести сходно уобичајеној пракси овог Суда.⁹⁰

Поред туженог, у поступку пред овим Судом испитивани су и сведоци. Они се помињу у неколико раних случајева, а има и примера да је и за њих захтевана наредба *subpoena* да би се присилили да дођу на суђење.

Све те ране тужбе су без икакве сумње састављали тадашњи правни саветници. Они се први пут помињу у случају број 95 од 1401. године у којем се наводи „да су разлоге, изузетке, тврдње и одговоре приликом саслушања износили саветници на обема странама“.⁹¹ У прво време адвокати нису потписивали представке, али су то почели да чине за владе Едварда IV (1461–1470; 1471–1483). Тако су професионални правници постали учесници у поступку пред овим Судом, што изгледа може да на-

⁸⁸ F. W. Maitland, *Equity Also the Forms of Action at Common law. Two Courses of Lectures*, Cambridge: at the University Press, 1916, p. 5.

⁸⁹ Alfred Henry Marsh, *op. cit.*, p. 50.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ William Paley Baildon, *op. cit.*, p. 89.

веде на закључак да су се начела правичности утврдила раније него што се то понекад претпоставља.⁹²

Уз то Суд правичности није правио разлику између правних и чињеничких питања, како су то чинили судови *common law*-а. То је био разлог што у овом Суду није сазивана порота, која је у судовима *common law*-а одлучивала о спорним чињеницама.⁹³

Врло рано Суд правичности је почео да утврђује и висину трошкова странака у спору и одређивао која странка треба да их сноси. Законима од 1394. (сар. 6) и 1437. (сар. 4) било је одређено да тужилац, пре изрицања наредбе *subroena*, положи одговарајуће обезбеђење да ће туженоме надокнадити штету, ако се покаже да су наводи у његовој тужби лажни. За владе краљице Елизабете устаљена је пракса да Суд у свим случајевима додељује трошкове поступка.⁹⁴

Између Суда правичности и судова *common law*-а постојала је још једна разлика. У поступку пред судовима *common law*-а, почев од покретања парнице или кривичног спора, преко расправе и извођења доказа, до саме пресуде, скоро искључиво је коришћен латински језик. Како пак поступак пред канцеларом није имао неку већу строгост форме, било је логично да се води на вернакулару – говорном језику странака које су се појављивале у овом Суду. Додуше, након норманског освајања Виљем I је укинуо тадашњи вернакулар и увео француски као службени језик, да би учврстио тековине своје победе. То је био разлог што је и поступак у судовима био на француском језику, док су деца у школама прво учила француски, а потом латински. Фортеску је навео још један разлог због којег је уведен француски. Како су Нормани постали господари земље и барони већине грофовија, сматрали су да неће бити обмањивани у погледу висине својих прихода ако користе француски језик.⁹⁵

Није, међутим, сасвим јасно када је француски престао да буде службени језик у судовима. Према једном казивању, француски је коришћен све до владавине Едварда III, који је потчинио круну Француске, па је сматрао да достојанство победника налаже да се више не користи језик покорене земље. Стога је Законом од 1363. године прописано да ће се убудуће сви спорови и расправа у њима водити на енглеском језику, али да ће они отпочињати и бити уписивани у регистар на латинском језику.⁹⁶ По једном другом објашњењу, све до владавине Хенриха V, то јест до 1413. године, сви поднесци суду су били на француском језику, да би потом поднесци на

⁹² Harold Potter, *op. cit.*, p. 40.

⁹³ Justice Story, *op. cit.*, pp. 17–18.

⁹⁴ Alfred Henry Marsh, *op. cit.*, p. 44.

⁹⁵ *Op. cit.*, p. 35.

⁹⁶ *Ibidem.*

енглеском језику постали правило, а француски је убрзо ишчезао. Да је ово објашњење поузданије, потврђује и чињеница да се 1393/4. године Доњи дом обраћао представком на француском језику, а да је то исто учинио и 1421. године за владе Хенриха V.⁹⁷ Треба ипак имати на уму да је Парламент чинила аристократија, највећма норманског порекла, а да су се Суду правичности махом обраћали обични људи који су говорили енглески, па је стога тај језик вероватно раније постао службени језик у овом Суду.

У судовима *common law*-а правнички латински језик је и даље коришћен све до Револуције и Оливера Кромвела (Oliver Cromwell), који је укинуо латински и увео енглески. После Рестаурације та новина је одбачена, пошто су се правници правдали да врло тешко могу да се сажето, јасно и одређено изразе на неком другом језику који није латински.⁹⁸ Тек 1731. године за владе Џорџа II донет је Закон (cap. 26) којим се утврђује да се судски поступак, уместо на латинском, води на енглеском. Изгледа да је тадашњим правницима увођење енглеског као службеног језика била опаснија новина, него што би било укидање Дома лордова или монархије.⁹⁹

Напослетку треба истаћи још једну разлику између судова *common law*-а и Суда правичности у ранијем добу њихових судовања. За разлику од *common law*-а, римско право није уважавало обавезујућу снагу претходећих прецедената, него је давало предност дедукцији из општих начела, независно од било какве глосе прецедентног права. Сличну слободу задржали су за себе и први канцелари који су били високи црквени великостојници. То је, по Меитленду, био разлог што Суд правичности није имао годишњаке (*Year Books*), који су иначе редовно издавани за судове *common law*-а, чак и у време док обавезујућа снага прецедента још није била призната.¹⁰⁰

РАНИ СЛУЧАЈЕВИ ПРЕСУЂИВАЊА ПО ПРАВИЧНОСТИ

У својој већ цитираној књизи Вилијам Пели Беилдон је сабрао близу 150 најранијих случајева из праксе Суда правичности, који потичу из доба од 1364. до 1471. године. Нажалост, сачуване су само представке

⁹⁷ William Paley Baildon, *op. cit.*, pp. XVII, XXIV.

⁹⁸ Још пре Револуције Џон Додериџ је правдао употребу латинског језика у правосуђу чињеницом да су најученије расправе у енглеском праву, почев од списа Гланвила и Бректона, биле на латинском језику. Уз то су све врсте поднесака судовима биле на латинском, тако да се од странака, а нарочито од њихових пуномоћника, очекивало добро знање тог језика. – John Doderidge, *op. cit.*, pp. 41–43.

⁹⁹ Alfred Henry Marsh, *op. cit.*, pp. 35–36.

¹⁰⁰ G. W. Keeton, *An Introduction to Equity*, London: Sir Isaac Pitman & Sons, Ltd, Fifth Edition, 1960, pp. 35–36.

тужилаца, док нема ниједне целовите пресуде, сем неколико напомена да је тужба одбачена, нити иједне речи о томе како су се тужени бранили. Но и поред тога, на основу онога што је проистекло из тог времена, може се с приличном сигурношћу закључити како и због чега су се странке обраћале Суду правичности, на шта су се притом позивале и шта су од канцелара очекивале. А када је већа учесталост истих разлога због којих су странке подносиле тужбу, прилична је вероватноћа да је канцелар у својим пресудама те разлоге и уважавао.

По начину како су се странке обраћале канцелару и молиле га да им отклони нанету неправду, може се закључити да су њихове представке по правилу састављали професионални адвокати, који су у то доба већ постали веома угледна служба. То најпре потврђују уводне и завршне речи у свакој од ових представки. Уколико је канцелар био лаик,¹⁰¹ странка му се обраћала једноставним речима „канцелару нашег господара краља“, или га је ословљавала са свим могућним уважавањем: „најчаснијем, најмилостивијем и најпоштованијем лорду, канцелару Енглеске“. Уколико је, пак, канцелар био високи црквени великодостојник, он је ословљаван речима: „најпоштованијем, пуном благослова и најмилостивијем оцу у Христу, архиепископу Јорка и канцелару Енглеске“. У случају да канцелар још није био потпуно издвојен из Савета, додаване су и речи: „најмудријим лордовима Савета нашег најстрашнијег господара краља“. А на самом крају ових представки странке су се позивале на Бога и дела милосрђа, изражавајући на тај начин своја очекивања да ће канцелар изрећи правду на основу божанског права и по краљевој милости.

Најважнији су разлози због којих су странке, уместо обраћања редовним судовима *common law*-а, тражиле правду од краљевог канцелара. Странке су најчешће наводиле да за њихову невољу нема одговарајућег правног лека у *common law*-у. Тако у случају број 4 у књизи Вилијама Пелија Беилдона¹⁰² од 1388. године тужиоци веле да нису имали правног средства у *common law*-у, пошто је закупљено имање, с којег су отерани, под имунитетом који ужива архиепископ од Јорка,¹⁰³ а и он сам је уплетен у недела које су претрпели тужиоци. У другим случајевима под бројем 21, 26 и 29 из 1397. године тужиоци једноставно кажу да нису смели да поднесу тужбу суду *common law*-а. А у недатираном случају под бројем 67, који има за предмет насилан упад на имање и избацивање његовог корисника, тужилац објашњава да у *common law*-у нема правног средства које брзо доводи до повољног исхода. Такође су наведена и два случаја у којима тужилац у

¹⁰¹ У периоду од 1368. до 1464. године од 32 канцелара само су шесторица били лаици.

¹⁰² Сви потоњи случајеви наведени под бројем јесу из ове књиге.

¹⁰³ Световни судови тада нису били надлежни за клерике.

датим околностима није био у стању да поднесе тужбу суду *common law*-а. У првом под бројем 94 тужилац је учествовао у одбрани земље, највероватније у рату, док је у другом случају (*cal. I. XIX*) био у затвору.

Уверљив пример који потврђује да су се странке обраћале Суду правичности кад год нису могле да остваре правду у суду *common law*-а или у црквеном суду, јесте недатирани случај број 123 из XV века у којем подносилац представке овако закључује:

„Тако је најваженији лорде да поменути понизни молилац не може да има било какво правно средство у овој ствари на основу права Свете Цркве [јер није тестаментарна ствар], нити по праву *common law*-а земље. Може ли се у част Бога и зарад исправности, замолити ваше најмилостивије Господство да да налоге који ће навести поменутог Волтера (*Walter*) и Региналда (*Reginald*) да дођу пред вас у Краљевој канцеларији, која је Суд правичности, и ту одговарају како ум и савест налажу, пошто ће у супротном понизни молилац бити без правног средства које Бог наговештава.“

Посебно важан разлог за обраћање Суду правичности били су сиромаштво и јадно стање тужиоца. Упечатљив пример који то потврђује јесте случај број 37 од 1397. године у којем је понизни молилац, који се обраћа Суду правичности, био изложен великом сиромаштву и слабости, па га је један насилник протерао с његовог имања и довео га у изнудицу да мора да га тужи по правилима *common law*-а, знајући унапред да је поменути понизни молилац тако сиромашан, да нема ни од чега да живи а камоли да га тужи суду. На сличан начин у случају број 43 из времена Ричарда II тужилац наводи да су га тројица насилника, снажном руком и без ваљаног поступка, протерали с имања, а да је он тако сиромашан да не би било мудро да их тужи по правилима *common law*-а. А у једном случају (*cal. I. XXX*), приближно у времену од 1432. до 1443. године, тужиља наводи да је 22 године била лишена свог дела имања који јој је као удовици остао од мужа, па је толико сиромашна да не може тужбом да се обрати суду *common law*-а.

Прилично учестао разлог за обраћање Суду правичности били су надмоћни положај, неодржив утицај, па и насиље туженог. У случају број 24 од 1307. године, тужиља која је била удовица наводи да је хтела да тужи отимача њене земље краљевом суду у Линколну, али да због његове злобе није могла да нађе ниједног адвоката који би имао смелости да је заступа. И то је био разлог што није могла да по правилима *common law*-а оствари своје право и повраћај своје имовине. Ово је, иначе, био један од ретких случајева који садрже и потврду да је ова тужба прихваћена. Сам доказни поступак вођен је пред судом у Линколну и поротом из тог округа (*county*), па је сведочењем утврђено да је 1393. године тужилац заиста

протерао поменуто удовицу са њеног имања. У случају број 31 од 1397. године тужилац вели да је тужени, нажалост, тако богат и, захваљујући својим пријатељима, толико моћан, да се обештећење није могло добити по правилима *common law*-а.

Још подробнији опис насиља садржан је у случају број 35 из 1398. године. Тужени наводи да су четворица насилника и многи други незнанци, наоружани мачевима, штитовима, луковима и стрелама, претили поротницима сабраним по налогу шерифа од Глочестера, па они нису смели да учествују у суђењу. А и самом тужиоцу је забрањено, уколико настави с овим поступком, да је боље да не буде толико храбар да живи у властитој кући, пошто би могао бити убијен. А у случају број 44 из времена Ричарда II тужилац вели да му је тужени дан за даном претио смрћу, па стога не сме ни да се приближи својој земљи нити да насилника тужи по правилима *common law*-а.

Највећу пажњу заслужује превара која је често била повод за обраћање Суду правичности. У случају из времена Хенриха VI покојни муж тужиље је поверио туженом да му састави тестамент. Овај је, међутим, на превару уврстио своје име као извршиоца тестамена, па је у том својству лишио тужиљу њених добара и доказа о њима. Напоследку тужиља моли да јој све ствари буду враћене.

Коначно, још један од ретких доказа да је Суд правичности не само примао представке него и пресуђивао по њима јесте случај број 10 из 1393. године. Том приликом је тужилац ставио на терет једном витезу да је послао своје злу склоне слуге да га ухапсе без ваљаног разлога и одговарајућег правног поступка. Затим су га држали у затвору све док није платио глобу и откупнину, па више није смео, у страху од смрти, да пребива у датом округу (*county*). Овај случај истраживале су краљеве судије у Екстеру пред поротом коју су сазвале и утврдиле да је ова тужба била узалудна и лажна.

Један од показатеља, садржан у свим овим раним случајевима, да је канцелар пресуђивао по правичности којом је исправљао строгост *common law*-а или попуњавао његове празнине, јесте чињеница да су се странке учестало позивале на савест и очекивале да ће канцелар користити своју дискрециону власт. Тако је у једном случају (*cal. I LXVII*) од 1463. године тужилац тражио повраћај одређене земље коју је туженоме дао у залогу, тврдећи да је свој дуг у потпуности исплатио. Тужба је, међутим, била одбачена пошто тужилац није успео да докаже своје наводе, док је тужени показао довољан основ (*title*) „у праву и савести“. И заиста, Суд правичности никада није допуштао, чак и у случају злоупотребе права, да странке поступају противно савести, под којом је подразумевао савест исправног, честитог и угледног човека.

Коначно, ови рани случајеви показују да се канцелар, приликом пресуђивања није сматрао везаним важећим правилима *common law*-а, него је користио и своју релативно широку дискрециону власт. На то су указивале и странке које су му се обраћале. Тако у случају број 39 од 1398. године странка моли канцелара да учини оно што „правда, право и добра вера захтевају“ (*right, law and good faith demand*). Уз то, у више случајева, странке моле канцелара да својом „најмудријом дискреционом влашћу“ (*most wise discretion*) одреди одговарајући правни лек, док понекад наводе и „најплеменитију дискрециону власт“. То само значи да је у добру из којег потичу ови рани случајеви не само стручна него и шира јавност већ увелико знала да канцелар приликом пресуђивања располаже великом слободом одлуке.

Ови рани сачувани случајеви потврђују да је надлежност канцелара да пресуђује по правичности, мимо важећих правила *common law*-а, већ била устаљена. О томе најпре сведочи сама форма сачуваних представки. Поред протоколарног обраћања канцелару и завршне молбе да додели одговарајуће правно средство по правди Бога и милости краља, сам језик ових представки и сажет и вешто срочен приказ чињеница на којима се захтев заснива, потврђују да су их састављали професионални адвокати. А они то не би чинили уколико не би било извесно да ће их канцелар узети у разматрање и донети пресуду сагласно својој већ устаљеној пракси.

Како је кључни разлог за обраћање канцелару био непостојање делотворног правног средства у *common law*-у, то је такође сведочанство да је ово право изгубило гипкост и прилагодљивост новим околностима, будући да су се судије придржавале правила *dura lex sed lex* (строг закон, али закон), с тим да овде није био на делу закон, којих је тада било веома мало, него ранији прецеденти. Та укрућеност форме и крутост правила присиљавале су оштећене странке да се обраћају најпре краљу и његовом Савету, а потом непосредно канцелару.

Међу сачуваним случајевима било је, међутим, и оних који су се могли ваљано пресудити и пред судовима *common law*-а, али из ванправних разлога то није било могуће. То је најпре било разобручено насиље, које је застрашивало не само тешко оштећено лице него и саме поротнике, од којих се више није могло очекивати да ће бити непристрасни. А по бројности оваквих случајева рекло би се да је такво насиље било учестало и оно се најчешће огледало у протеривању оштећеног са његовог имања или поседа који је држао у закупу.

Сличан разлог је и високи и утицајан положај виновника. Припадници тадашњег племства били су не само моћни и утицајни него понекад дрски и безобзирни, па им није било тешко да утичу на помесне шерифе, судије и поротнике. У таквим околностима, малом и незаштићеном појединцу, који је требало да тужи неког високог угледника, није преостало ништа друго него да се обрати канцелару.

Коначно, канцелар је постао једини суд којим су се могли обратити они, који због великог сиромаштва нису могли да плате све трошкове поступка пред судовима *common law*-а, пошто тада није постојало сиромашко право. Вероватно су били ослобођени плаћања сваке таксе, али је нејасно ко је сносио трошкове састављања тужбе јер су, по начину како су писане, несумњиво биле дело професионалних адвоката.

На основу свега изложеног може се закључити да је канцелар пресуђивао по правичности не само кад је требало да ублажи крутост форме и исправи строгост *common law*-а, него и кад, због ванправних, околности (насиља, утицаја моћних угледника и сиромаштва) обичном, простом појединцу, правда редовних судова није била доступна. Био је то почетак стварања и изграђивања посебног правног система (*law of equity*), чија је главна сврха била упорно настојање да се право учини праведним и морално исправним.

БИТНА НОВИНА КОЈУ ЈЕ ПРЕДСТАВЉАЛО ПРАВО ПРАВИЧНОСТИ

Док су у XIII веку, као што је то већ показано, судови *common law*-а располагали приличном слободом одлуке, што им је омогућавало да приликом пресуђивања поступају и по правичности, у XIV веку постали су веома конзервативни у смислу да су чували оно што се затекло, а били против новотарија. То је био разлог што су одбацивали тужбе које су се у погледу материје разликовале од оних које су већ биле у употреби.¹⁰⁴ У таквим околностима, незадовољним странкама није преостало ништа друго него да се обрате канцелару, који том строгошћу форме и неприлагодљивошћу *common law*-а није био везан. „Ја не мислим“ – вели Меитленд – „да су у XIV веку канцелари сматрали да они треба да примењују неки скуп супстанцијалних правила, која се разликују од уобичајеног права земље. Они су примењивали право у случајевима који су измакли замкама редовних судова.“¹⁰⁵ Странке које су им се обраћале по правилу су наводиле преступе и недела које су редовни судови могли да исправе или поправе. Али због овог или оног разлога таква недела нису пресуђивана у судовима *common law*-а. Најчешћи разлог је био да је оштећена страна била сиромашна, а њен супарник богат и утицајан – сувише богат и сувише утицајан да би спор био препуштен тромом поступку старих судова и пресуди поротника.¹⁰⁶

¹⁰⁴ F. W. Maitland, *Equity...*, p. 5.

¹⁰⁵ *Op. cit.*, p. 6.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

На сличан начин је судија Стори објашњавао настанак права правичности. Оно је заправо требало да отклони мане у пресуђивању судова *common law*-а. Стога је канцелар вршио своју јурисдикцију на истој основи која је представљала разлог за његово уплитање. „Наиме, недело је извршено, за које нема једноставног, одговарајућег и потпуног правног средства у судовима *common law*-а. И на тај начин велика снага је придодата мишљењима лорда Хела (Hale) и лорда Хардвика (Hardwicke) да је његова (канцеларова) јурисдикција у стварности била *residium* (остатак) оног *Commune Concilium*-а или *Aula-e Regis*, која није дата другим судовима, а који је нужно вршио краљ као део своје дужности и прерогативе да досуђује правду и правичност.¹⁰⁷

Та битна новина коју је у енглеско право и правосуђе увео канцелар као Суд правичности, било је пресуђивања не само по важећем праву него и по савести. Реч је, дакле, о унутрашњем елементу у самом човеку који је супростављен спољном чину недела, који је био мерило квалификовања и пресуђивања по *common law*-у. Тај елемент је непрестано упућивао на моралност у самим представкама канцелару, као што је то учињено у случају број 123 приближно из времена од 1422. до 1426. године, који је већ наведен: „Може ли се замолити ваше најмилостивије Господство да, у част Бога и зарад праведности, изда налоге који би навели поменутог Волтера и Региналда да дођу пред вас у краљеву Канцеларију, која је Суд савести, и ту одговоре све што разум (*reason*) и савест захтевају јер у противном поменути понизни молилац јесте и биће без правног средства које Бог обезбеђује.“ То је једина сачувана преставка из тог времена у којој се канцелар ословљава као Суд савести.¹⁰⁸

Ту рану улогу канцелара као Суда правичности можда је најбоље изразило следеће објашњење у судском годишњаку из доба Едварда IV:

„У Канцеларији (*Chancery*) човек не може унапред да буде осуђен погрешним вођењем ствари на суду или због мањкавости форме, него ће му се судити сходно истини његовог случаја; и ми морамо да пресуђујемо по савести, а не према стварима које наводе странке. У Канцеларији постоје два облика овлашћења и поступка – редовно и апсолутно овлашћење. Редовно овлашћење је оно овлашћење у којем се по одређеном поретку поступа, као што се поступа и у позитивном праву; али закон природе нема одређени поредак, него делује било којим средством којим се истина може сазнати, па се стога његов поступак може назвати апсолутним.“¹⁰⁹

¹⁰⁷ Justice Story, *op. cit.*, p. 24.

¹⁰⁸ Harold Potter, *op. cit.*, p. 37.

¹⁰⁹ G. W. Keeton, *op. cit.*, p. 7.

Канцелар, дакле, не пресуђује само по правилима *common law*-а (то је његова редовна надлежност), него и по начелима природног права (то је његова апсолутна надлежност) која се откривају исправним умом, а интериоризују у моралној самосвести, односно савести. Стога пресуђивање канцелара у случајевима у којима није било одговарајућег или делотворног правног средства у *common law*-у, почивало је на начелима на која упућују изрази „савест“, „добра вера“, „разум“ и знатно ређе „правичност“ (*equity*). Један од ових или сличних израза појављује се у скоро свакој раној представци канцелару. Најређа је била реч „правичност“. Ње додуше нема у збирци случајева коју је саставио Вилијан Пели Беилдон, али се налази у налогу Хенриха V канцелару од 1419. године (cal. I. 16), којим се он упућује како на право тако и на правичност. Знатно касније актом Едварда IV од 1467/68. године чувар печата (канцелар) се усмерава да делује сходно правичности и доброј савести (cal. I. 84).¹¹⁰

Реч „савест“ која изражава настојање да се право учини не само праведним него и морално исправним, појављује се чешће и учесталије. Поред већ поменутог израза „Суд савести“, који се налази у недатираном случају број 123, у том времену наилазимо на изразе „савест и право“ (случај број 138), „право савести“ (случај број 143), „право и савест“ (случајеви број 121 и 126), „право и исправно (*right*)“ (случај број 8) и „разум (*reason*) и добра вера“ (случај број 72).¹¹¹ Сви ови изрази показују да су канцелар и они који су му се обраћали сматрали да се важеће право мора исправити и допунити оним што је садржано у моралној савести.

Све су то били разлози који су довели до успостављања посебне надлежности Суда правичности, упоредо са затеченом надлежношћу судова *common law*-а. Она се временом мењала, али је, како је то сер Едвард Коук (Edward Coke) истицао, увек обухватала правну установу *trusta*, превару и непредвидљив случај (*accident*). Д. М. Керли (Kerley), међутим, сматра да овако утврђена јурисдикција није примерена, па је предложио да се следећи случајеви сматрају доменом Суда правичности:

- а) када се правно средство *common law*-а не може добити;
- б) када се у поступку *common law*-а користи насиље или превара;
- в) када кривотворење или принуда образују основу за тужбу;
- г) када *common law* нема у виду никакво правно средство и
- д) случајеви који су посебице у надлежности канцелара.¹¹²

То, наравно, не значи да се поступак у неким од ових случајева није могао водити и пред судовима *common law*-а. Далеко од тога. Али све

¹¹⁰ William P. Baildon, *op.cit.*, pp. XXIX–XXX

¹¹¹ *Op. cit.*, p. XXX.

¹¹² D. M. Kerley, *op. cit.*, p. 70.

до XVIII века ти судови нису могли да изричу превентивне мере, попут повраћаја новца који је туженом исплаћен под околностима које то не оправдавају.¹¹³

Иако највећи број писаца оправдава увођење посебног Суда правичности, било је и оних који су на следећи начин оспоравали улогу ранијих канцелара: „Нико други изузев удостојених духовника никада не би ни помислио да установи Суд, који у ствари чини један човек, за исправљање закона, када постоји законодавно тело које чине краљ, лордови и представници простог народа (*commons*), који су у правом тренутку укључени у измене закона и обезбеђење његове одговарајуће примене.“¹¹⁴

ПРВА ЕНГЛЕСКА ТЕОРИЈА ПРАВА И ПРАВИЧНОСТИ

Енглеска је у свету права позната не само по особеном прецедентном праву, које траје вековима, већ и по раном уобличавању теорије правичности, чиме се не може похвалити ни једна европска земља. Творац те теорије био је Кристофер Сент Жермен (Christopher St. German),¹¹⁵ беристер адвокатске канцеларије Inner Temple, за кога се не зна када се родио,¹¹⁶ али постоје подаци да је умро у дубокој старости 1540. или 1539. године. Он је написао два дијалога између доктора богословља и znalца закона Енглеске, који су први пут објављени 1523. године, у првој половини владавине Хенриха VIII, и двадесет додатака (поглавља) другом дијалогу.¹¹⁷ Ова књига је најпре објављена на латинском језику под насловом *Dialogus de fundamentis Legum Angliae & Conscientia* и имала је неколико издања. Потом ју је њен писац превео на енглески, што се може закључити на основу уједначености стила и језика, с тим да је додао неколико нових поглавља, а у уводу у другом делу ових дијалога навео разлоге због којих их није писао на латинском. Прво издање ове књиге на енглеском се изгледа појавило 1531. године, да би до 1761. године доживела чак шеснаест издања,¹¹⁸ што,

¹¹³ *Op. cit.*, p. 74.

¹¹⁴ Alfred Henry Marsh, *op. cit.*, p. 77.

¹¹⁵ Постоји неколико варијација његовог имена. Сер Едвард Коук у *Calvin's Case* (REP. 7. 13. b.) наводи St. Germin, Dr. Fuller St. German, Wood и после њега бискуп Карласлиа Seintgerman.

¹¹⁶ Stephen A. Siegel наводи да је Сент Жермен рођен 1460. године. – „The Aristotelian Basis of English Law“, 56 *N.Y.U.L. Rev.* 18, 1981, p. 22, downloaded from *HeinOnline*.

¹¹⁷ Поменути додаци су први пут објављени 1531. године.

¹¹⁸ На енглеском наслов ове књиге гласи: *The Doctor and Student or Dialogues Between A Doctor of Divinity, and A Student in the Laws of England; Containing the*

поред осталог, сведочи и о силном утицају који је ова књига извршила на енглеску правничку јавност.

У предговору својој књизи Сент Жермен вели да је њена сврха истраживање основа и разлога *common law*-а Енглеске, да би се показало (ма колико то на први поглед изгледало изненађујуће) да је свако од његових правила у сагласју с исправним умом и добром савешћу. Кључан појам који је притом имао на уму, а који је пресудно утицао и на пресуђивање канцелара, био је филозофски и теолошки појам савести. У XIII и XIV веку и у пресудама судова *common law*-а повремено се сусрећу изрази „савест“, „добра вера“, „ум“ (*reason*), „савест и право“, „право и савест“, „закон (*law*) и право (*right*)“, „закон (*law*), право (*right*) и добра савест“, „право (*right*) и ум (*reason*)“ и „ум (*reason*) и добра вера“, док се израз „правичност“ ретко помиње. У пресудама Канцеларије, када се она одвојила од судова *common law*-а, знатно чешће се помиње „савест“, у настојању, које је само делимично било успешно, да се разјасни њено филозофско, а тиме и морално значење. Управо је Сент Жермен, у овом свом запаженом и утицајном делу, настојао да целокупно право Енглеске промисли са становишта моралне филозофије.¹¹⁹

Додуше, у тој својој филозофији права Сент Жермен није био без претеча на које се угледао. Поред Аристотела и Аурелија Августина, које изричито помиње, он је, по казивању Пола Виноградова (Paul Vinogradoff), од Џона Герсона (John Gerson, 1363–1429), канцелара Париског универзитета, преузео не само метод расуђивања, него и многе идеје из његових двеју чувених књига: *Doctor Christianissimus* и *Doctor Consolatorius*.¹²⁰ Захваљујући томе, он је, у добу када се устаљивала судска надлежност

Grounds of those Laws, together with Questions and Cases concerning the Equity and Conscience thereof, The Thirteenth Edition, London: Printed by S. Richardson and C. Lintot, 1761. После ове своје чувене и изузетно утицајне књиге, Сент Жермен је у добу од 1530. до 1532. године написао и расправу *A Little Treatise on Writs of Subpoena*, који је објавио J. A. Guy под насловом *Christopher St. German on Chancery and Statute*, London, 1985.

¹¹⁹ Carleton Kemp Allen, *op. cit.*, pp. 219–220.

¹²⁰ У свом првом дијалогу Сент Жермен наводи још два дела Џона Герсона: *De vitâ spirituali animae* и *De unitate ecclesiastica, consideratione secunda, Quod communis error facit jus*. – St. Germain, *op. cit.*, I, 26, pp. 74.

Џон Герсон се наравно није бавио пресуђивањем по савести на шта су полагали право енглески канцелари. За Герсона *epieikeia* је била начело од практичког значаја, захваљујући којем се у ванредним околностима могао сазвати општи концил Католичке цркве без папиног одобрења, што је предмет разматрања у његовим књигама *De Unitate Ecclesiae* (1409) и *De Potestate Ecclesiastica* (1417). Герсон се позвао на *epieikeia*-у да покаже да би у случају Велике шизме западне Цркве (1378–1418) законско право допустило такав изузетак.

78. У Додацима Другом дијалогу, који су први пут објављени 1531, Сент Жермен додаје још два Герсонова дела: *Spiritual Life of the Soul* и *Contracts*.

канцелара, развијао доктрине које потичу из канонског права, а које су биле веома благотворне за пресуђивање по правичности. Стога Сент Жерменова књига није само извршила значајан утицај, него је била и сведочанство тежње од великог значаја за енглеско право правичности – тежње правника *common law*-а да се придруже црквеним великодостојницима на положају канцелара у примени права правичности, која је била снажно прожета начелима и изврсношћу канонског права.¹²¹ А то је било средњовековно право у којем је право ума трансцендирало људско право и служило му не само као коректив него и као идеал.¹²²

Полазећи од те замисли права, Сент Жермен је најпре развио филозофију целокупног енглеског права, која по својим полазним основама није била оригинална, али је представљала занимљив и плодан покушај да се кључне установе *common law*-а доведу у склад с том филозофијом. Већ у уводу првом дијалогу, полазећи од учења Томе Аквинског,¹²³ Сент Жермен вели да постоје четири врсте закона: вечни закон, закон природе који се у Енглеској означава и као закон ума, закон Бога и закон човека.

Вечни закон је, у духу учења Аурелија Августина и Томе Аквинског, творевина Бога. Јер ум је мудрост Божја која све ствари открива и усмерава ка добром циљу, па стога представља ум закона и означава се као вечни закон, или како је то Августин рекао у својој књизи *О слободном одлучивању*: „Свако разуман мора увидети да је закон који се назива највишим умом непроменљив и вечан.“¹²⁴ Одмах се, међутим, поставља питање како се овај вечни закон може сазнати. Као што људи не знају шта је у човеку, осим човековог духа који живи у њему, тако нико не зна шта је у Богу осим Духа Божијега;¹²⁵ то је разлог што нико од људи не зна шта је тај закон по себи, осим благословених душа које виде Бога лицем у лице.¹²⁶ Али свемогући Бог у својој доброты открива и другим људима оно што је за њих неопходно и то чини на три начина: најпре светлошћу природног ума, затим божанским откривењем и напослетку наредбом владара или било ког другог другостепеног управљача, који има власт да своје поданике везује законом.¹²⁷

¹²¹ Carleton Kemp Allen, *op. cit.*, pp. 221–222.

¹²² George W. Keeton and L.A. Sheridan, *Equity*, Third Edition, Barry Rose Books, A Part of Kluwer Law Publishers, 1987, p. 38.

¹²³ У 91. питању своје *Summa-e Theologica-e* Томе Аквински наводи вечни, природни, људски и божански закон.

¹²⁴ Сент Жермен никад не наводи извор када неког писца цитира. Овде је реч о Августиновом делу *De libero arbitrio*.

¹²⁵ *Коринћанима њосланица прва* Светог апостола Павла, II, 11.

¹²⁶ Сент Жермен има на уму Мојсија када му је Бог на Гори Синајској издао десет заповести.

¹²⁷ St. German, *Doctor and Student*, Thirteenth Edition, London, 1761, I, 1, pp. 3–4.

Када разумна створења светлошћу природног ума сазнају вечни закон или вољу Божју, такав закон се назива законом ума. Уколико се показује људима божанским откривењем, онда је то Божји закон. Ако се, пак, изражава наредбом владара или било ког другог другостепеног управљача, који располаже влашћу да поданике обавезе законом, тада је на делу људски закон. За њега важи изрека *per me reges regnant, & leges conditores justa discernunt* (мноме владају краљеви, а доносиоци закона распознају истину).¹²⁸

Закон природе је, по Сент Жермену, двоврстан. Општи природни закон тиче се свих створења, и разумних и неразумних, док посебан закон природе уређује понашање само разумних бића и назива се законом ума. Овај закон треба да се одржава како међу Јеврејима тако и међу многобошцима, као и међу хришћанима. Он је увек добар и исправан и подстиче људе да теже добру, а ужасавају се зла. У погледу уређивања људских поступака, он има предност у односу на закон Божји, јер је уписан у срце сваког човека и учи га шта треба да чини, а чега да се клони. А како је уписан у срца људи, он се не може уклонити нити је подложен променама због различитих места и времена, па стога пропис, закон и обичај не могу да га надвладају. Уколико су ови други општи акти противни природном закону, они су ништави и у сукобу с правдом. Стога су сви други закони, како закони Божји тако и људски, као и било који други, засновани на природном закону.¹²⁹

Но, одмах се поставља питање: ако је закон ума уписан у срце сваког човека, па га још учи шта треба да чини, а чега да се клони, и пошто се из људског срца не може уклонити, зашто је уопште потребан било који други закон који би уређивао поступке и дела људи? Сент Жермен одговара да је закон ума највећма осујећен и заслепљен рђавим обичајима и бројним људским гресима, поред нашег изворног, прародитељског греха. Стога је неопходно да, зарад доброг поретка народа, црква и секундарни владари придодају закону ума многе ствари које одговарају земљи и понашању једног народа.

Закон ума нас, иначе, поучава да волимо добро, а да се клонимо зла и да другима чинимо оно што очекујемо да други учине нама. Уз то ништа не треба да чинимо против истине, а да у миру живимо с другима. Уколико се тај мир наруши, човек има право да се силом супротстави сили и да законито брани себе и своја добра од незаконитог напада.¹³⁰

Закон Бога је онај закон до којег разумна створења долазе божанским откривењем и он им показује шта треба, а шта не треба да чине да

¹²⁸ *Op. cit.*, I, 1, p. 4. Реч „правда“ Сент Жермен је превео енглеском речју „истина“.

¹²⁹ *Op. cit.*, I, 2, p. 5.

¹³⁰ *Op. cit.*, I, 2, pp. 6–7.

би постигла вечно блаженство.¹³¹ По речима Џона Герсона, које се наводе у овом поглављу, постоје четири разлога због којих, поред закона ума и човека, треба да постоји и закон Бога. Први је разлог што Божји закон има за циљ човеково вечно блаженство, док други закони смерају људској срећи на овом свету. Други је чињеница да људи често следе различите судове различитих људи и поступају по различитим законима, док закон Божји без икакве двојбе налаже човеку шта треба да чини. Трећи је човекова ограничена способност да доноси законе који се тичу само спољашњих ствари, док закон Божји уређује како оно што је изван човека тако и оно што је унутар њега самог. Коначно, како то вели Августин, човеков закон не може да казни све врсте преступа, док закон Божји то може.¹³²

Завршни део ове уводне филозофије права јесте разматрање о људском закону,¹³³ који се понекад назива и позитивним правом. Он би требао да следи закон ума и закон Божји и утолико га је тешко разликовати од тих двају закона. Но, да би човеков закон био исправан и праведан, две ствари су нужне: мудрост и ауторитет. Под мудрошћу Сент Жермен у ствари подразумева практичку разборитост, којом процењујемо шта треба учинити за политичку заједницу да би се одржала у миру. Ауторитет је пак власт за доношење закона. Сам закон може бити добар само уколико поседује одговарајућа својства: да је поштен, добро промишљен, по себи могућан, сагласан обичајима земље, прикладан на датом месту и времену и, што је нарочито важно, јасан и одређен.¹³⁴ А из поставке да све оно што је исправно у човековом исправно је и у Божјем закону, Сент Жермен је извео далекосежан закључак да закони владара, наредбе прелата, закони држава и уредбе цркве нису ни исправни ни обавезујући ако нису сагласни закону Божјем.¹³⁵ Једино је пропустио да наведе ауторитет који ће пресуђивати да ли су људски закони у складу с божанским законом или нису. Напоследку

¹³¹ *Op. cit.*, I, 3, pp. 7–8.

¹³² *Op. cit.*, I, 3, pp. 7–8; 9–10.

¹³³ Сент Жермен сматра да реч „закон“ потиче од речи *ligare*, што значи „везивати“. Ово објашњење преузео је од Томе Аквинског, по коме реч *lex* потиче од речи *ligando* (везивање), јер обавезује на деловање. Исидор, међутим, у својој *Етимологији* сматра да реч *lex* потиче од речи *legendo* (читајући), јер је написан.

¹³⁴ На енглеске правнике могао је утицати и познати постглосатор из XIV века Лукас де Пена (*Lucas de Penna*) који је у свом деу *Tres Libri Codicis* писао да начела, којима се треба руководити приликом састављања закона, морају бити једноставност и развојност стила, сажетост језика, коришћење недвосмислених израза и избегавање сувишних речи – *Walter Ullmann, The Medieval Idea of Law as Presented by Lucas de Penna. A Study in Fourteenth – Century Legal Scholarship*, London: Methuen & Co. Ltd, 1946, p. 57.

¹³⁵ *Op. cit.*, I, 4, pp. 10–11.

се Сент Жермен позвао на Аристотела¹³⁶ и његову поставку да је намера законодавна да људе учини добрима и да их доведе до врлине.¹³⁷

После ових разматрања о природи права као таквог и његовим различитим врстама, Сент Жермен подробно излаже шест начелних основа енглеског права. Прва је право ума за које у Енглеској није уобичајено да се назива и природним правом. Притом се у Енглеској прави разлика између двају степена права ума – примарног и секундарног. Примарно право ума у енглеском праву забрањује убиство, кривоклетство, превару, нарушавање мира и многа друга недела. И по истом праву законито је да се човек брани од неправедне силе, под условом да то чини у одговарајућим околностима. Такође, свако обећање које се тиче тела ништаво је по законима Енглеске.

Секундарно право ума је двоврсно – опште и посебно. Опште се заснива на општем праву или општем обичају својине, захваљујући којем су покретне и непокретне ствари у нечијој својини, тако да сваки човек зна која је ствар његова. Ово право забрањује отимање имања, противзаконито прелажење преко туђе земље, насилно ослобођење, крађу, незаконито држање туђих добара и друга недела. Тим истим правом налаже се да се мора дати одговарајућа накнада за противзаконит прелаз преко туђег поседа, вратити ствар која припада другом, исплатити дуг који доспева и извршити закључени уговор.

Право ума које је секундарно и партикуларно изводи се из општих и посебних обичаја и различитих изрека и закона енглеског краљевства. Оно се означава као секундарно и партикуларно зато што важи само у Енглеској и ни у једном другом краљевству. Као пример таквог права Сент Жермен наводи енглески обичај по којем се законито може узаптити туђа ствар док се дуг не исплати.¹³⁸

Друга основа енглеског права јесте закон Божји. Али се одмах поставља питање шта је његова садржина. Сент Жермен наводи случај тајног или на други начин изражавања уверења противног католичкој вери, што се обично квалификује као јерес. Други је давање милостиње онима којима није неопходна, јер могу да раде, што је било забрањено још 1361. године Законом Едварда III, који је кажњавао давање милостиње онима којима није неопходна, ако су у стању да раде. То је, по Сент Жермену, био добар закон који је уважавао наум закона Божјег.¹³⁹

¹³⁶ Пошто је у средњем веку после Томе Аквинског Аристотелова филозофија постала узор филозофије као такве, Сент Жермен уместо Аристотеловог имена користи реч „филозоф“.

¹³⁷ *Op. cit.*, I, 4, p. 12.

¹³⁸ *Op. cit.*, I, 5, pp. 13–15.

¹³⁹ *Op. cit.*, I, 6, pp. 16–17.

Трећа основа права Енглеске јесу различити обичаји из древних времена који се примењују у целом краљевству, а које прихватају краљ као суверени господар и сви његови поданици. Уз то је важно да ти обичаји нису противни ни закону Божјем ни закону ума, него су увек благородни и неопходни у држави целог краљевства. Такви обичаји се називају *common law*, под условом да судије, а не дванаесточлана порота, утврде да ли су то општи обичаји или нису. Заједно с одређеним правним начелима (*maxims*) они чине највећи део енглеског права. И то је разлог што се приликом крунисања краљ свечано заклиње да ће верно поштовати све обичаје свога краљевства.¹⁴⁰

Чињеница је, међутим, да под општим обичајима који се подводе под *common law*, Сент Жермен подразумева и судове у Вестминстеру (*Chancery, King's Bench, Common Pleas* и *Exchequer*), који су својевремено настали издвајањем из краљевог Савета; али се за помесне судове сигурно може рећи да су се уобичајили као такви. Древним обичајима краљевства, које је Велика повеља о слободама од 1215. године само потврдила, сматра и одредбу да ниједан слободан човек неће бити ухапшен или утамничен или лишен поседа, или стављен ван закона, или изгнан или на било који други начин оштећен, сем по законској пресуди његових перова или сагласно закону земље.¹⁴¹ Потом наводи већи број важећих правила, нарочито из области наследног и земљишног права, за које такође каже да су заправо стари обичаји.

Посебну пажњу изазива тврдња да има веома много закона Енглеске за које се не би могло рећи да имају законску снагу само захваљујући уму. Упечатљив пример који то потврђује било је правило по којем само најстарији син наслеђује оца, док млађи синови остају без игде ичега. Исто се може речи и за правило да муж располаже целокупном женином имовином, а она само трећином свога мираза, док у случају његове смрти извршиоци располажу његовом имовином, а не његова удовица. За овакве одредбе тешко би се могло речи да их ум једино оправдава и да управља да такве треба да буду и никако другачије да би биле разумне. Стога се писани закон (*statute*), који је противан таквим обичајима, мора поштовати, пошто се за њих не може рећи да су и закон ума.¹⁴² Да је подробније проучио *Никомахову еџику*, коју је читао и помињао, Сент Жермен би вероватно дошао до закључка да су поменути обичаји по својој природи конвенционални, то јест да су некада били ствар слободног а тиме и произвољног избора те да стога не могу бити природни закон односно закон ума.

¹⁴⁰ *Op. cit.*, I, 7, p. 19.

¹⁴¹ *Op. cit.*, I, 7, pp. 19–20.

¹⁴² *Op. cit.*, I, 7, p. 25.

Четврта основа права Енглеске су различита начела која се називају правним максимама, које су увек сматране правом енглеског краљевства. Њих нико ко је учен не може законито да оспорава, пошто је свака од тих максима, које су заправо руководно начело у тумачењу и примени права, довољан ауторитет себи самој. Притом судије, а не дванаест поротника, одређују које су то максиме, чиме је Сент Жермен ставио до знања да у Енглеској судије одлучују о правним, а порота о фактичким питањима. Чак, по његовом мишљењу, уопште није неопходно утврђивање када су први пут прихваћене као максиме, пошто је довољно што нису противне закону ума и Божјем закону, па су се увек сматрале правом. Стога имају исту законску снагу као и писани закони (*statutes*).¹⁴³

Сент Жермен потом наводи 25 оваквих максима, које заправо чине топику енглеског права. Примера ради, то су следеће максиме:

У случају земље застарелост не ствара право.

У случају ренте и добити од земље застарелост ствара право.

Уопште узев, границе застарелости су време које не противречи сећању било којег човека.

Услов за поништење својине (*freehold*) не може се заступати пред судом без правног документа с печатом (тапије), док се то може без таквог документа у случају поклона или покретне имовине (стада).

Ако човек украде добра чија је вредност дванаест пенија и више, то је тежак злочин (*felony*) за који ће се изрећи смртна казна. Уколико украдена добра вреде мање од дванаест пенија, то је ситна крађа (*petit larceny*) за коју се не изриче смртна казна, него ће кривац бити кажњен сходно дискреционој одлуци судије, сем уколико се ствар не узима од лица. Јер, ако се ствари узимају од човека (мисли се на отимање), ма колико биле мале вредности, то је разбојништво (*robbery*) за које се изриче смртна казна.

Земља сваког човека је по закону одвојена од земље других, чак и кад се налази на отвореном пољу, па ако неко преко ње пређе, тужба против њега биће *quare clausum fregit*.

Краљева екселенција је тако узвишена у закону, да никаква својина не може бити дата краљу и од њега добијена, сем ако није предмет исправе.¹⁴⁴

Ако се пажљивије размотре ове изреке, лако ће се утврдити да су то заправо уобичајена правила грађанског и кривичног права, а не максиме које се у државама, које су реципирале римско право, користе приликом тумачења и примене писаног права, попут изреке *ex iniuria ius non oritur* (из неправда – деликта не може настати право), или *argumentum a maiori ad minus* (ко може више, може и мање). По свој прилици, ове максиме, које наводи Сент Жермен, већ су биле основа на којој је почивало *common*

¹⁴³ *Op. cit.*, I, 8, p. 26.

¹⁴⁴ *Op. cit.*, I, 8, pp. 27–30.

law, па су као такве биле садржане у оним деловима прецедената који се означавају као *ratio decidendi*.

У следећем поглављу Сент Жермен наводи максиме за које није сигуран да ли су максиме важећег права или су засноване на закону ума. Примерице, то су следеће максиме:

По праву Енглеске је утврђено да ако неки човек другоме нареди да пређе преко туђе земље, сматра се да је наредбодавац кривац.

Исто тако, саучесник неће одговарати пре него што одговара главни починилац.

Такође је по праву да ако игуман купи неку ствар за употребу у кући па умре, његов наследник ће бити дужан да плати дуг који је из ове куповине проистекао.

Онај који поседује земљу има, иако је она отета, право против свих људи (ми бисмо данас рекли *erga omnes*), изузев према ономе ко има право својине.

Ако земља и рента која се од те земље добија дођу у руке човека сличног имања и сличног права (*right*), рента се укида.¹⁴⁵

Ако два титулуса (*titles*) један другом конкуришу, предност ће се дати старијем титулусу.

Сваки човек је обавезан да надокнади штету коју његова стока почини у житном пољу или на ливади његовог суседа, иако није знао да се она ту налази.

За ова правила, која су била важеће право Енглеске тога времена, пре би се могло рећи да су унеколико и правне максиме у ширем смислу тих речи. То има на уму и Сент Жермен када каже да је врло тешко утврдити да ли су те максиме засноване на закону Енглеске или на закону ума. Многе од ових максима и обичаја толико су познати, да за њих није потребан никакав писани закон. Јер, како то истиче Сент Жермен, зар је потребан писани закон да најстарији син наслеђује оца, да уколико нема сина све кћери наслеђују оца као један наследник, да муж располаже непокретном и покретном имовином своје жене коју она има у тренутку венчања или после тога, да копиле не може бити наследник или да извршиоци располажу свим добрима тестатора? Како ипак има правила која нису свима позната, она се могу сазнати делом захваљујући закону ума, а делом у књигама о законима Енглеске и збиркама судских пресуда.¹⁴⁶

Пета основа права Енглеске јесу партикуларни обичаји који се примењују у појединим областима, градовима, варошима и лордовинама. Они додуше нису противни закону ума ни Божјем закону, али су у несагласју с општим обичајима краљевства или правним максимама. У случају сумње

¹⁴⁵ Ова максима подсећа на правну установу *confusio* у римском праву.

¹⁴⁶ *Op. cit.*, I, 10, pp. 31–33.

да ли уопште има таквих обичаја, одлуку доноси дванаест поротника, сем уколико нису забележени у записницима истог суда. Већ сама необичност тих партикуларних обичаја јесте ваљан разлог да се бар неки од њих наведу.

У Кенту је постојао обичај *Gavelkind* по којем сва браћа и све сестре заједно наслеђују покојног оца сходно *common law*-у, управо онако како је то уобичајено у савременом наследном праву.

У Нотингему се примењивао изузетно чудан обичај *Burgh-English*, по којем млађи син наслеђује пре најстаријег.

Лондон је био познат по обичају да слободни људи тестаментом могу да завештају своју земљу коме год хоће, изузев мртвој руци; уколико су и грађани и слободни људи могу да завештају и мртвој руди.¹⁴⁷

Обичај *Gavelkind* такође прописује да син може да наследи оца који је обешен, сходно изреци „отац је грана, а син је плуг“.

У неким областима жена ће имати половину мужевљеве земље на име свог мираза, уколико живи сама.

Такође у некој области муж ће добити половину наслеђа своје жене, иако с њом нема ни једног потомка.

Шеста основа права Енглеске су различити закони које су доносили суверени господар и краљ и његови преци, духовно и световно племство и обичан народ (пук за разлику од племства) у различитим парламентама, кад год закон ума, Божји закон, обичај или било која друга основа права изгледа да нису били довољни да казне зло и награде добре људе. Сент Жермен вели да се не сећа да поред ових шест постоји још нека основа енглеског права. Уз то примећује да се често две или више основа енглеског права морају здружити или да тужилац може да отвори и декларише своје право, као што то показује следећи случај. Ако неко силом уђе у туђу земљу и од ње направи феуд зарад издржавања, да би осујетио тужиоца да поднесе тужбу, у таквом случају изгледа да је незаконит улазак забрањен законом ума. Али ће тужилац повратити утростручену штету сходно закону донетом осме године (1430) владавине Хенриха VI (сар. 9), с тим да ће према обичају краљевства дванаест поротника проценити висину штете.¹⁴⁸

После овог теоријског објашњења природе енглеског права и основа на којима оно почива, Сент Жермен започиње своје разматрање правичности и савести, која је њено руководно начело. Да би показао како је

¹⁴⁷ Мртва рука означава власника феудалног имања и баштине које он не сме да отуђи, чиме се штити породица као таква и њени потомци. Мртва рука је такође корпорација (правно лице), која непрекидно постоји, па се земља која јој је дата не може вратити круни или дародавцу.

¹⁴⁸ *Op. cit.*, I, 11, p. 35.

савест пресудна приликом исправљања формалне строгости закона, он наводи следећи хипотетички пример. Неки човек је био дужан да исплати неку суму новца. Он то учини, али не узме признаницу или је заборави у некој крчми. У таквом случају он би по законима Енглеске био дужан да дуг поново исплати.

По Сент Жермену, закон који то налаже био би противан уму и савести. Но, иако је тако, ипак је потребан доказ да је дуг исплаћен да би се избегле грдне невоље које могу задесити многе људе. Стога се опште норме граде према ономе што је добро за многе, а не за једног јединог појединца. Уколико пак неки појединац изгуби признаницу да је дуг плаћен, он нема никакво правно средство пред судовима *common law*-а, али се може обратити канцелару (*Chancery*) и тражити од њега да се изда *subpoena*. А то може учинити и у многим другим случајевима уколико је савест на његовој страни. Како је, међутим, тешко рећи кад савест може а када не може бити од помоћи човеку, треба најпре знати шта савест јесте.¹⁴⁹

Да би објаснио овај изузетно важан појам за пресуђивање по правичности, Сент Жермен сматра да га треба размотрити упоредо с два сродна појма. То су *sinderesis* и ум (*reason*). *Sinderesis* је природна моћ душе која се налази у њеном највишем делу и која подстиче на чињење добра и ужасавање од зла. И то је разлог што *sinderesis* никада није склона греху нити грешти. Њу је Бог усадио у човека у намери да се поредак ствари одржава, и она није у потпуности утуљена ни у једном човеку, па ни у проклетим душама. Но, упркос томе, њено коришћење може бити ометено мраком незнања или неразборитим уживањем или мучнином својеглавости. Уколико је замрачена незнањем, *sinderesis* неће гунђати против зла, јер верује да је зло добро, као што је случај с јеретицима који умиру због бездушности свога греха, иако верују да умиру за истину своје вере. Ако је преоптерећена неразборитим уживањем, тада нема гриже савести. Уколико је пак ометена мучнином својеглавости, може да буде упорна у злу и да никад не буде склона добру. И мада је у том случају утуљена у проклетим душама, ипак се не може рећи да је у потпуности угашена у свим својим намерама.¹⁵⁰ Нема никакве сумње да је у Сент Жерменовој филозофији права *sinderesis* пре била теолошки него филозофски појам.

Следећи појам који је сродан савести јесте ум (*reason*), који је човек добио од Бога и за који би се могло рећи да има удвојено око: једно спољашње којим опажа видљиве ствари и препознаје своје непријатеље; друго унутрашње којим разазнаје своје духовне непријатеље који се боре против његове душе, да би се од њих чувао. Међу свим поклонима којима је Бог обдарио човека, ум је најузвишенији, захваљујући којем човек надилази

¹⁴⁹ *Op. cit.*, I, 12, pp. 36–37.

¹⁵⁰ *Op. cit.*, I, 13, pp. 38–39.

све звери и по достојанству се приближава анђелима, тако што разликује истину од лажи и добро од зла.

Сент Жермен ум дели на два дела. Виши и нижи. Виши део скрива божанске и вечне ствари и промишља посредством небеских закона и небеског ума шта треба, а шта не треба чинити, шта Бог наређује, а шта забрањује. Уз то се виши део ума не бави пролазним и световним стварима, али понекад, такорећи у форми савета, призива небески ум да би добро уредио овоземаљске ствари. Нижи део ума највећма управља световним стварима и темељи своје разлоге на законима човека и његовом уму, на основу чега закључује шта треба чинити, шта је поштено и корисно за државу, а шта не треба.¹⁵¹

Најважнији појам за пресуђивање по правичности јесте савест, за коју Сент Жермен даје занимљиво етимолошко објашњење. На латинском је савест (*consciencia*) састављена од двеју речи: предлога *cum* (са) и именице *sciencia* (знање, наука). Отуда је савест знање које здружује једну ствар с другом, па није ништа друго него примена неке науке или знања на неки посебан чин човека. А Едвард Коук је још додао: *Ubi non est sciencia non est consciencia* (где нема знања нема ни савести).

Сент Жермен наводи три значења која доктори теологије придају савести. По једном, она је закон наше разборитости (*understanding*); по другом, она је стање духа који разликује добро од зла, по трећем, савест је пресуђивање ума који суди о посебним делима човека. Сви се они ипак слажу да је савест стварна примена било какве оштроумности знања на такве ствари које треба да буду учињене.¹⁵²

За Сент Жермена савест је била главни ослонац и руководно начело приликом тумачења и примене опште правне норме на појединачан, а нарочито изузетан случај. По његовом учењу, у интерпретацији Керија: „Савест се никада не опире закону нити га допуњава, него само када је закон по себи непосредно против закона Божјег или закона ума, док у свим другим стварима *equitas sequitur legem* (правичност следи закон).“¹⁵³

Самој правичности Сер Жермен је посветио изузетну пажњу. „Правичност је најмудрије право (*right*) које разматра све посебне околности дела, а које је ублажено најдражим милосрђем. У сваком закону и у сваком општем правилу увек се мора придржавали правичности као такве. То је добро знао онај који је овако рекао: *Закони жуде да буду уређени њравичношћу*.¹⁵⁴ А мудар човек каже: *Не буди њревише мудар с њравом (right); јер*

¹⁵¹ *Op. cit.*, I, 14, pp. 39–41.

¹⁵² *Op. cit.*, I, 15, p. 41.

¹⁵³ *Cary's Reports (21 English Reports)*, 11. – Наведено према: W. J. Jones, *op. cit.*, p. 427.

¹⁵⁴ Сент Жермен, нажалост, не наводи име аутора.

најстроже право је највећа неправда;¹⁵⁵ и који каже: Ако узмеш све што ти речи закона дају, онда ћеш поступити против закона.¹⁵⁶

Иако Сент Жермен није навео на кога се приликом дефинисања правичности угледао, очигледно је да је следио десето поглавље пете књиге Аристотелове *Никомахове еџике*, било да је читао њен превод на латински¹⁵⁷ или дело неког потоњег Аристотеловог интерпретатора. Кључан је став да најстроже право доводи до највеће неправде, те да се због тога строгост закона мора ублажавати најдражим милосрђем, под којим је Сент Жермен подразумевао милост Суда правичности (*Chancery*). Посреди је, дакле, ублажавање па и исправљање строгости опште законске норме зарад правде у неком изузетно особеном случају.

То је управо имао на уму Сент Жермен када је рекао „да није могућно формулисати било које опште правило закона које неће оманути у неком случају; стога доносиоци закона обраћају пажњу на оне ствари које се често догађају, а не на сваки особен случај, јер они, и кад би то хтели, не би могли. Стога следити речи закона било би у неком случају и против правде и против државе. Зато је у неким случајевима нужно да се напусте речи закона и следи оно што ум и правда захтевају. И тога ради сврха правичности је постављена, а то је да ублажава и смањује строгост закона. Неки људи¹⁵⁸ то такође означавају као *epieikeia*, што није ништа друго доли изузетак од закона Божјег или закона ума, од општих правила човека кад би се, због њихове општости, у неком особеном случају просуђивало да су против закона Божјег или закона ума – изузетак који се тајно подразумева у сваком општем правилу сваког позитивног права. Тако произилази да правичност не одузима само право (*right*) него једино оно које изгледа да је право (*right*) на основу општих речи закона.“¹⁵⁹

У овом одељку Сент Жермен је уверљиво и подробно изложио све битне елементе Аристотеловог поимања правичности. То је најпре уверење да се опште правне норме граде према типичним случајевима, а да њихов творац није у стању да њима обухвати и оне ретке и изузетне случајеве, који су унапред непредвидљиви. Како би, дакле, примена опште норме у таквим случајевима била неуспешна и разочаравајућа, пошто не би остварила праву сврху права, судије су дужне да се не држе слова закона, него да следе оно што ум и правда захтевају. И што је најважније, такви изузетни

¹⁵⁵ То је превод латинске изреке *summum ius summa iniuria*.

¹⁵⁶ *Op. cit.*, I, 16, pp. 44–45. Сент Жермен изнова не наводи име аутора.

¹⁵⁷ Није искључено да је знао и старогрчки, пошто учестало наводи израз *epieikeia*.

¹⁵⁸ Очигледно има на уму Аристотела.

¹⁵⁹ *Op. cit.*, I, 16, p. 45.

случајеви се не могу избећи, па стога правичност налаже ублажавање и смањивање строгости закона зарад правде у оваквим случајевима.

Да би показао какви могу бити такви изузеци, Сент Жермен наводи случај човека који се заветовао да никада неће јести бело месо. После тога се обрео на месту где није било неког другог меса, па је био присиљен да прекрши дати завет, јер је такав особен случај правичношћу (*epieikeia*) изузет од његовог општег завета. Други пример, преузет из античких извора, још је уверљивији. У неком утврђеном граду постојао је закон да се, под претњом смртне казне, не смеју отворати градске капије пре изласка сунца. Међутим, уколико грађани беже од непријатеља и пре тог часа дођу пред градске капије, па их један грађанин, ради њиховог спасења, отвори пре времена утврђеног законом, он није прекршио закон, пошто је правичношћу овај случај изузет од поменутог општег закона. „Тако се показује“ закључује Сент Жермен – „да правичност пре следи сврху закона него његове речи.“¹⁶⁰ Касније још додаје да треба применити циљно тумачење, то јест следити сврху због које је закон донет, а не његове изричите речи.¹⁶¹

Поред ових ретких и необичних случајева, Сент Жермен наводи и примере примене правичности којом се отклања дејство општих одредаба енглеских закона. Тако је по законима Енглеске забрањен улазак на туђу непокретност, сем уколико то допусти сам власник или важећи закон. Ако човек путем гони своју стоку, па се она ослободи и крене у житно поље његовог суседа, он ће бити присиљен да уђе у то поље и истера је, а да тиме не прекрши закон. Други пример тиче се закона који је донет у четрнаестој години владавине Едварда III (1341), који под претњом казне затвора забрањује давање милостиње крепком просјаку који је у стању да ради. Па ипак, ако човек сретне крепког просјака по хладном времену, а овај је оскудно одевен, онда он неће бити кадар да стигне до неког града као уточишта, него ће успут умрети. У том случају, давање милостиње зарад спасења просјаковог живота биће изузето од примене поменутог Закона.¹⁶²

Сент Жермен се није зауставио само на приказу могућних случајева у којима се пресуђује по правичности, него је навео и суд којем се странке у таквим случајевима обраћају и поступак који се пред овим судом води. Понекад се догађа – вели Сент Жермен – да човек може бити изузет од строгости једне правне максиме другом правном максимом, кадкад од строгости писаног закона (*statute*) законом ума, а неки пут намером доносиоца тог закона. Но, да би се нешто изузело од дејства општих обичаја или максима закона краљевства или закона ума, странка мора да има своје

¹⁶⁰ *Op. cit.*, I, 16, p. 46.

¹⁶¹ *Op. cit.*, I, 28, p. 84.

¹⁶² *Op. cit.*, I, 16, pp. 46–47.

правно средство – налог који се зове *subpoena*, ако је примерен датом случају. Сент Жермен, међутим, не објашњава у којим случајевима се ово правно средство може употребити, него само каже да се оно увек мора тицати савести странке. Када се изда такав налог одмах се прекида сваки поступак пред судом *common law*-а, да би краљева Канцеларија (*Chancery*) утврдила да ли тужилац има или нема правни основ (*title*) у савести.¹⁶³

Тим поводом поставља се питање да ли се правичност игде помиње у праву Енглеске. Она се, додуше, нигде не наводи, али се много пута примењивала на поједине писане законе (*statutes*) и често у праву Енглеске. У таквим случајевима канцелар мора да упути своју савест на правила и основе права краљевства, па ће издати налог под претњом казне (*subpoena*) и наредбу (*injunction*) као седму основу права Енглеске.¹⁶⁴

То је могао бити повод да се наведу и анализирају поједине пресуде Суда правичности, у којима је била стављена на пробу како савест странака тако и савест канцелара. У XV веку таквих је прецедената, како је то већ показано, у већем броју било. Уместо тога, Сент Жермен наводи поједине хипотетичке примере који су могли бити и стварни.¹⁶⁵ Такав је сусвојина двојице власника над једном шумом. Један од њих је посече, прода дрва и сав новац задржи за себе. У таквом случају други сувласник по тада важећем праву није располагао никаквим правним средством. Будући да су један другом поклонили поверење (*trust*) и били вољни да шуму заједно поседују, право им је допуштало да добит од ње деле сходно поверењу које су један другом дали. Ако пак један од њих узме целу добит, његова савест га обавезује да половину преда свом ортаку.¹⁶⁶

Због начина на који Сент Жермен здружује важеће право са савешћу као основом за пресуђивање по правичности, занимљив је пример различитих обичаја наслеђивања о којима је већ било речи. По једном од тих обичаја имовину оца наслеђује најстарији син, по другом најмлађи, а по трећем сви синови. Пошто у свим овим случајевима постоји различитост наследног права, исто тако, по Сент Жермену, постоји и различитост савести.¹⁶⁷

У оквиру својих разматрања о правичности Сент Жермен наводи и две правне максиме, које очигледно нису део важећег права, него руководно начело за његово тумачење и примену. Прва је изрека да, када два титулуса (*titles*) упоредо постоје, предност се даје старијем.¹⁶⁸ Друго је на-

¹⁶³ *Op. cit.*, I, 17, p. 49.

¹⁶⁴ *Op. cit.*, I, 17, p. 50.

¹⁶⁵ Највероватније да су ти случајеви из XV века били заборављени, а да нико није прегледао и анализирао прашњаве судске архиве.

¹⁶⁶ *Op. cit.*, I, 19, pp. 54–55.

¹⁶⁷ *Op. cit.*, I, 20, pp. 57–58.

¹⁶⁸ *Op. cit.*, I, 22, p. 63.

чело да непознавање онога што је учињено – оправдава, док непознавање права – не извињава. Стога се од лаика очекује да пита учене људе какво је право, па ако му они одговоре да ово или оно може да чини законито, то ће га оправдати у његовој савести, али не и у важећем праву.¹⁶⁹ Јер, сваки човек је дужан да на своју одговорност сазна какво је право краљевства, било да је реч о статутарном праву или о *common law*-у.¹⁷⁰

Напоследку ваља нешто рећи и о сукобу између енглеског краља и Парламента, с једне, и римског папе и Католичке цркве, с друге стране. Иако овај сукоб није био у непосредној вези с теоријом енглеског права и установом правичности, Сент Жермен је 1531. године своју чувену књигу, познату у широј јавности под насловом *Доктор и сџуденџи*, допунио с тринаест поглавља посвећеним надлежности Парламента над духовним и црквеним стварима. То је учинио уочи коначног раскида Хенриха VIII са римским папом 1533. године, чиме је унеколико учествовао у стварању расположења тадашње јавности за тако пресудан потез, који је битно изменио дотадашњи ток енглеске историје.

Почетни предмет његових разматрања била је свештеникова накнада за помен покојнику (*mortuary*), која се до тада сматрала искључивом надлежношћу црквене власти. До битне промене дошло је 1530. године када је под владавином Хенриха VIII донет закон који је уређивао ову материју. Притом ова накнада није обухватала само помен покојнику, него и његов превоз до гробља, богослужење и употребу свећица и бакљи. Сент Жермен, додуше, ставља у уста доктору богословља претпоставку да Парламент није био овлашћен да уређује ове ствари, будући да су оне биле под духовном влашћу у коју световна власт не може да задре. И што је још важније, како је духовна власт виша, нижа власт не може бити надмоћна над њом. Али одмах потом овај зналац закона Енглеске напушта дубоко укорењену доктрину о природи ових двеју власту, да би закључио да је Парламент имао ваљану надлежност за доношење поменутог закона. Чак је додао да се духовним судовима може забранити да пресуђују у стварима које су уређене краљевим законом.¹⁷¹

Следеће је било питање да ли су светиње (цркве, капеле и др.) у Енглеској, као и места у којима се налазе клерици, под влашћу и надлежношћу Парламента. Иако се у теологији сматрало да су под духовном влашћу, Сент Жермен одговара да, сходно старим обичајима и максимама краљевства, краљеве судије одлучују где ће људи имати светилишта, опатије и манастире. Уколико пак бискупи одлучују о упућивању клерика

¹⁶⁹ *Op. cit.*, I, 26, p. 78.

¹⁷⁰ *Op. cit.*, II, 44, p. 250.

¹⁷¹ *Op. cit.*, II, Additions, ch. 1, pp. 307–310.

у затворе, то чине ауторитетом краљевих закона, а не властитим ауторитетом. И што је још важније, у енглеском краљевству ни сам папа не може да начини светилиште, него само здружен с краљем.¹⁷²

У овом оспоравању ауторитета Католичке цркве Сент Жермен је ишао толико далеко да је поставио питање ко ће одлучивати који је папа прави, ако се појави шизма у папству. У таквом случају краљ у Парламенту, као суверен, доноси одлуку ко ће бити папа у енглеском краљевству. А као преседан Сент Жермен наводи Закон од 1379, донет за владе Ричарда II, којим је у парламенту одлучено да је папа Урбан законито изабран папа.¹⁷³ Једва да су прошле две године од ових Сент Жерменових разматрања, а енглески Парламент је на скоро исти начин законом одлучио о прекиду свих канонских и других веза с римским папом и о устоличењу енглеског краља, Хенриха VIII, као поглавара новоуспостављене Англиканске цркве.

Особеност енглеског средњовековног права није била само у његовом самосвојном развоју без рецепције римског права, него и у особеној правној теорији, а унеколико и филозофији којом је то право кохерентном мишљу разјашњено и уобличено. У том мисаоном подухвату Сент Жермену припада истакнута, а у погледу правичности и водећа улога. Његова правна теорија, додуше, није оригинална, пошто је скоро некритички следио правну филозофију Томе Аквинског, а унеколико и Аурелија Августина. Али је његово разврставање шест основа енглеског права и пресуђивања Суда правичности као седмог основа, оригинално теоријско уобличење енглеског права, које у том добу нико није надмашио.

Велика заслуга Сент Жермена је његово поимање правичности као ублажавања, па и исправљања строгости опште законске норме, зарад правде у неком изузетно особеном случају, који није могао бити унапред обухваћен општом правном нормом. У томе је он следио Аристотела – десето поглавље пете књиге његове *Никомахове еџике*. Али је отишао знатно даље тако што је у пресуђивање по правичности увео појам савести, што је превасходно хришћански, а не хеленски појам. И заиста, сви канцелари, а нарочито они велики који су уобличавали пресуђивање по правичности, непрестано су истицали да је савест обеју странака у спору пресудна чињеница за његово решавање, а да канцелар не суди само по важећем праву већ пре свега по властитој савести, која је морала бити сагласна моралној самосвести угледнијег дела тадашњег енглеског друштва.

Права је штета што је Сент Жермен наводио само хипотетичке случајеве, а не стварне прецеденте Суда правичности, којих је већ увелико било. Вероватно је сматрао да учени правници његовог доба праксу тог Суда добро знају, пошто су као заступници странака морали донети одлу-

¹⁷² *Op. cit.*, II, Additions, ch. IV, pp. 315–316.

¹⁷³ *Op. cit.*, II, Additions, ch. 8, p. 323.

ку да ли ће тужбу или неку другу представку поднети неком суду *common law*-а или Суду правичности. Уколико би се определили за ову другу могућност, то су чинили на основу процене да није било неког другог делотворнијег правног средства осим *subpoena*, која се упућивала канцелару. Но и поред тога, Сент Жермен је развио поуздану теоријску основу за даље пресуђивање канцелара, и тиме утврдио пут за поступно успостављање знаменитог права правичности које не постоји нигде у Европи.

ПРАВИЧНОСТ КАО СРЕДСТВО ТУМАЧЕЊА ЗАКОНА

После Сент Жермена који је изградио општу теорију свеколиког енглеског права, за владе династије Тјудор велики утицај на потоњи развитак идеје правичности имао је Едмунд Пловден (Edmund Plowden), један од најугледнијих правника и правних мислилаца тога времена. Рођен је 1518. године. Школовао се на Кембриџу, али није окончао студије него се 1538. године посветио проучавању права у Middle Temple-у, једној од најугледнијих правничких установа. Потом је наставио студије на Оксфорду, да би 1552. године стекао звање хирурга и лекара. Право је, међутим, било и остало главни предмет његовог проучавања.

Његов политички успон под краљицом Елизабетом, који је својим изузетним способностима свакако заслуживао, био је осуђен чињеницом да је по вероисповести био католик, што је изазивало велико подозрење код ондашњих чланова Приватног савета. У једном тренутку краљица Елизабета је пожелела да га именује за канцелара, али је он то одбио, пошто је осуђивао прогон католика који се тада проводио. Чак је као правник бранио припаднике своје вероисповести, укључујући и Роберта Хорна (Robert Horne), винчестерског бискупа. А 1565. године с Вилијамом Лавлејсом (William Lovelace) и Кристофером Врејом (Christopher Wray) бранио је Едмунда Бонера (Edmund Boner). Умро је 6. фебруара 1585. године у Лондону.

Његово главно дело, захваљујући којем се и данас помиње у радовима из енглеске правне историје, јесу *Les comentaries ou les reports de Edmund Plowden* из 1571. године, писани на старофранцуском језику који су користили Нормани. Приближно 1597. године Вилијам Фритвуд (William Freetwood) је превео ово дело на енглески, а данас се користи његово издање из 1770. године.¹⁷⁴

¹⁷⁴ *The Commentaries or Reports of Edmund Plowden*, to which are added *The Quaeries of Mr. Plowden*, London, 1770. Такође је доступно и издање из 1792. године, објављено у Даблину.

Друго Пловденово дело јесу *Quares del Monsieur Plowden*, а треће *A Treatise on Succession*, којим је покушао да докаже да вољом Хенриха VIII, Мери, краљица Шкотске, није била лишена енглеског престола.

Но пре него што се изложе релативно различите замисли правичности као средства за тумачење писаних закона (*statutes*), које је доносио Парламент, ваља нешто рећи о промењеним околностима у којима је Едмунд Пловден писао своје *Коментарије* у односу на доба у којем је расуђивао и стварао Сент Жермен. Како је то већ раније показано, Сент Жермен се бавио канцеларовим пресуђивањем по правичности, које је било руковођено правдом као највишом вредношћу, док је строго тумачење важећег права од стране судова *common law*-а смерало очувању његове унутрашње усаглашености, јасности и предвидљивости. Сент Жермен је настојао да на институционалном плану омогући рационално усклађивање ових вредности, које се међусобно надмећу и узајамно оспоравају.

У трећој четвртини XVI века још једна вредност је постала предмет озбиљног разматрања – вредност законодавне суверености, коју је Алберт Вен Дајси касније подвео под сувереност Парламента. Захваљујући томе енглеска теорија правичности и правичног тумачења и пресуђивања суочила се с новим задатком посредовања између вредности правде и законодавне суверености, чије су међусобно усклађивање и помирење требало да изведу тадашњи енглески правозаступници и судије. Како је за владе Хенриха VIII Парламент донео већи број закона, дошло је до видне напетости па и неусклађености између новог статутарног права (*statutory law*) и старог *common law*-а, између Парламента и краљевих судија. Уз то су ти нови закони по први пут у енглеској историји садржавали и делотворне санкције, што је судије суочило са значајним новинама у њиховом тумачењу.¹⁷⁵

У својој теорији правичности Сент Жермен је настојао да објасни однос између права и савести, између правде коју изричу судови *common law*-а и правде коју је одмеравао Суд правичности, док је у другој половини XVI века жариште енглеске јуриспруденције постало тумачење писаних закона, што је био и основни предмет разматрања у Пловденовим *Коментаријима*. Они, додуше, нису ни целовита расправа ни пука хроника онога што се збивало у краљевим судовима, већ представљају анализу начина расуђивања и сучељавања различитих правних разлога и доказа приликом решавања појединачних случајева. Или како је то лорд Кемпбел (Campbell) закључио, Пловденови *Коментарији* „садрже изванредно судско расуђивање и задовољавајуће решење најважнијих питања која су се икада појављивала у историји *common law*-а Енглеске“.¹⁷⁶ То је унеколико наговестио и сам

¹⁷⁵ Georg Behrens, „Equity in the Commentaries of Edmund Plowden“, *The Journal of Legal History*, 20:3, 25–50, DOI: 10.1080/01440362008539596, p. 28.

¹⁷⁶ Lord Campbell, *Lives of Chancellors*, 5th Ed., Vol. II, p. 344.

Пловден када је рекао да његови извештаји „надмашују било коју ранију збирку (*book*) извештаја у погледу поузданости и ауторитета“, пошто се ови потоњи „извештаји“ углавном састоје од изненадних (*sudden*) казивања судија поводом предлога правозаступника и адвоката“, док су сви ранији случајеви о којима он извештава правна питања која су судије проучиле, размотриле и пресудиле „после великог и зрелог промишљања“.¹⁷⁷

Утолико Пловденови *Коментари* нису пука хроника, али нису ни развијена и целовита правна расправа. Они обавештавају читаоца у вери да мишљења судија која решавају стварне спорове и аргументи које износе адвокати, који заступају различите интересе у њима, имају већу важност и ауторитет од погледа проистеклих из учених расуђивања. Додуше, на почетку свог обраћања студентима *common law*-а, а нарочито својим ортацима у *Middle Temple*-у, Пловден вели да ће „посветити брижљиву пажњу аргументима оних који су били људи од највећег угледа и доброг гласа по својој учености“.¹⁷⁸ А то су управо правозаступници и судије који су разматрали и пресуђивали правна питања поводом приговора или одлука пороте.¹⁷⁹

Кључно правно питање Пловденовог времена било је тумачење смисла и домашаја писаних закона (*statutory law*), које је, по њему, требало вршити сходно правичности. Да би то показао одабрао је 93 случаја који су се често окончавали пред највишим судовима. Уверљив пример који то потврђује био је случај *Reninger v. Fogossa* из 1551. године, који је разматрала и пресудила *Exchequer Chamber*, један од трију највиших енглеских судова. У њему се најпре наводе три врсте закона у Енглеској: општи закон (*law general* што је у ствари *common law*), обичај и статутарно право (*statute law* што су писани закони). А потом се, поред осталог, разматра и питање како треба тумачити изричите речи појединих писаних закона.

Atkins, правник почетник у овом спору, сматрао је да се оне морају строго примењивати, пошто ће „оштрина (*rigour*) олује оправдати строгост (*rigour*) закона (р. 10). На то је Сендерс (*Saunders*), један од краљевих правозаступника, узвратио да закон, иако је кривични, треба тумачити сходно општем разуму (*common reason*), смислу самог закона (*intendmet*) и мишљењима (*minds*) његових твораца, пошто је „увек био став законодавца да његова намера треба да се уважава приликом тумачења закона.“ (р. 10). А то је наводило на закључак да у односу на изричите речи закона увек треба дати предност његовом смислу и сврси, то јест намери његових твораца.

Сендерс то уверљиво показује на примеру *ојшћих* појмова садржаних у закону. По њему, „где су речи закона опште, као што су оне у нашем

¹⁷⁷ *The Commentaries of Reports of Edmund Plowden*, р. XI.

¹⁷⁸ *Op. cit.*, р. V.

¹⁷⁹ *Op. cit.*, р. XI.

случају, све ствари које су у оквиру општих речи не сматрају се одредбеним делом (*purview*) закона, него само такве ствари које су творци закона подразумевали“ (р. 10). Уз то законе треба тумачити сходно уму (*reason*), односно духу *common law*-а. Када се потом поставило питање смисла и домашаја једне одредбе Другог вестминстерског закона из 1285. године, архивар Роберт Брук (*Robert Brook*) је упозорио да би дошло до великих неугодности уколико би се овај закон тумачио и примењивао према његовим дословним речима, те би га требало тумачити „сходно правичности и разуму“ (*according to equity and reason*), иако то речи не допуштају него изгледа да су против тога (р. 13).

Најважније је што кршење дословних речи закона не мора да буде и кажњив прекршај. Или како је то правозаступник Полард (*Pollard*) објаснио, „у сваком закону има неких ствари које кад се догоде човек може да прекрши речи закона, а да ипак не прекрши сам закон; и такве ствари су изузете од казне закона, а закон их изузима иако су потчињене против његовог слова, пошто кршење речи закона није кршење закона, уколико намера закона није прекршена. Стога речи природног закона, закона овог краљевства и других краљевстава и закона Божјег такође ће узмаћи и отворити пут за нека дела и ствари који су против тих истих закона, а то је, где се њихове речи крше да би се избегле веће неугодности или у нужди или под присилом или због невољног незнања.“ (р. 18).

Напослетку Полард допушта да нужда може бити ваљано извињење за непоштовање свих закона и да ће сви закони устукнути пред нужношћу. Јер, општа је пословица *necessitat non habet legem* (нужда нема закона);¹⁸⁰ Па ће стога нужда бити добар изговор не само у енглеском него и у сваком другом праву. Тако право не допушта доцњу, јер је то непоштовање суда. Но, ако позвани не може да дође без опасности по властити живот, таква околност га извињава. Такође је и Божјим законом било забрањено да се једе свети хлеб, *panem propositionis*, али је Давид, присиљен глађу, то учинио,¹⁸¹ чиме није прекршио овај закон, иако је прекршио његове речи (рр. 18-19).

Већ у овом случају јасно је стављено до знања да тумачење значења речи, а нарочито општих појмова садржаних у писаном закону, није довољно, него да увек треба дати предност намери самог законодавца. Уз то као руководно начело приликом тумачења закона треба користити ум (*reason*), односно дух *common law*-а и замисао правичности, што је била последица дубоко укорењеног уверења енглеских правника да *common law*, као готово умно право које се изграђивало вековима, по својој вредности надилази писане законе који су *ad hoc* решења, која судским тумачењем тек треба да се устале и саобразе разноврсним околностима, од којих

¹⁸⁰ Код нас је уобичајена изрека „нужда мења закон“.

¹⁸¹ *Јеванђеље по Маџеју*, XII, 3, 4.

неке законодавац није ни могао имати на уму. Отуда и замисао да писане законе треба тумачити сходно „правичности и разуму“.

Можда најбољи увод у расуђивање енглеских врховних судова у трећој четвртини XVI века¹⁸² представља случај *Eyston v. Studd*, који је 1573. године разматран у суду *Common Bench*. Овај случај је важан не само због тога што је правичност представљала основу за одлуку овог суда, већ и због тога што је Пловден приложио опсежно разматрање о тој надасве значајној правној установи.

Повод за овај судски спор била је непокретност – једна парцела обрадиве земље коју је поседовала Маргарита (*Margaret in free-tail*) (феудално добро које наслеђују само извесни наследници – они из праве линије). Она се потом удала за Вилијама Летона (*Willian Latton*), па су ту земљу, по Маргаретином праву, заједно поседовали. Да би ојачали Вилијамов интерес за ову земљу, они су је дали у закуп, а пренос својине¹⁸³ је извршен одлуком суда. Својину су пренели Ричарду Александру (*Richard Allexander*), а овај ју је одмах поклонио Вилијаму и Маргарити и њиховим потомцима, с тим да после њиховог уследи посед Маргаритиних потомака. Вилијам и Маргарита имали су сина Џона Летона, који је требало да наследи ово имање после њихове смрти.

После смрти Вилијама Летона Маргарета се удала за Ричарда Александра и у том браку родила још троје деце – Пола (*Paul*), Хенрија (*Henry*) и Августина (*Augustin*). Да би повластили ову своју децу на штету Џона Летона, Маргарита и Ричард су изнова пренели својину на Џона Кетла (*John Kettle*) и Џона Волкера (*John Walker*) и Кетлове наследнике, а потом су ти нови власници Ричарду и Маргарити дали ову својину на доживотно уживање, потом на уживање Ричарду и његовим извршиоцима за 60 година, затим на уживање Пола Александра и тако редом, да би тек после навођења све троје деце из Маргаретиног другог брака, корисник могао бити и Џон Летон. Овако уговорен редослед очигледно је смерао да Џон Летон никада не наследи ову имовину.

Ричард и Маргарита су спорну парцели дали у закуп Ричарду Студу (*Ricard Studd*). Тврдећи да су овим другим давањем у закуп Ричард и Маргарита изгубили право својине по Закону (*cap. 20*) из 1495. године донетом за владе Хенриха VII,¹⁸⁴ Џон Летон је ушао у посед ове парцеле и дао је у закуп Томасу Ајстону (*Thomas Eyston*). Студ је изнова ушао у посед и избацио Ајстона, па га је Ајстон тужио да је силом и оружјем ушао у његов посед, избацио га и нарушио мир краљице Елизабете.

¹⁸² Тако Georg Behrens, *op. cit.*, p. 29.

¹⁸³ Тадашњи закуп имао је скоро све елементе својинског права.

¹⁸⁴ То је био закон против повраћаја и прекида континуитета које врше закупци мираза и удовичког удела у оставштини.

Да би решио овај спор, суд је најпре морао да утврди ко има *titulus* на својину. Одговор на питање да ли је Студ крив за улазак у туђе имање зависио од тог да ли је Студ, а не Ајстон, законит закупац те својине. Одговор на ово друго питање зависио је, пак, од тога да ли је Џон Летон, а не Ричард и Маргарита Александер, био законит закупац. Џон Летон је то био једино ако су по Закону (сар. 20) донетом 1495. године за владе Хенриха VII Ричард и Маргарита Александер били лишени *titulusa* на својину, те да је она прешла у руке Џона Летона. Тако је суд био суочен с питањем да ли су другим давањем у закуп Ричард и Маргарита по овом Закону изгубили право на својину.

Одељак 20 овог Закона прописивао је да уколико жена има заједничку својину с мужем који ју је стекао наслеђем или куповином, па она закључи недозвољени споразум (*covin*) на штету његовог наследника, овај може ући у посед те својине. Током расправе у суду нико није оспоравао да су се приликом другог преноса својине Ричард Александар и Маргарита упустили у недозвољен посао (*covin*) на штету њеног сина са Вилијамом Летоном, пошто је другим преносом својине он лишен својинског интереса коју је стекао првим преносом, док су другим правним послом та својинска права пренета на Маргаритину децу с Ричардом. Спорно питање је било да ли је ову земљу Вилијам Летон стекао наслеђем или куповином. Џон Летон је тврдио да је првим преносом својине, то јест „куповином“ његов отац постао власник (pp. 463–464).

Ричард и Маргарита Александер су истицали да по овом Закону они нису изгубили својину, јер иако је овај спор у оквиру значења његових изричитих речи, ипак није унутар његове сврхе. Циљ овог Закона је да заштити наследнике умрлог мужа од недозвољеног посла (*covin*) његове жене, уколико је дата својина изворно припадала мужу. У овом спору, међутим, својина над земљом је изворно припадала Маргарити а не Вилијаму Летоноу, па је до доживотног уживања дошло захваљујући Маргарити, а не обрнуто. Стога, иако је слово закона поштовано, јер је у правнотехничком погледу то била „куповина“ од стране Вилијама, сврха самог Закона није испуњена, па би било противно и уму и сврси закона ако би се Маргарита спречила да својим наслеђем располаже како то она жели.

Суд је прихватио ово становиште Ричарда и Маргарите, пошто је дао предност сврси самог Закона у односу на његове изричите речи, које су их изгледа лишавале својине. Закључио је да „намеру законâ треба више уважавати и следити него тачно значење њиховог слова, пошто су често ствари које су унутар речи законâ изван њиховог одредбеног дела (*purview*), који се не шири даље од намере твораца тог закона, па је најбољи начин тумачења акта Парламента онај који је пре сагласно сврси него речима. А намера Закона 11Н.⁷¹⁸⁵ била је да спречи жене с доживотним уживањем,

¹⁸⁵ Закон је донесен једанаесте године владавине Хенриха VII.

које изворно потиче од њихових мужева или предака њихових мужева, да разбаштине или нанесу неко друго недело наследницима својих мужева. Стога човек не треба да се ослања на слово закона, нити да мисли да када има слово на својој страни, да у свим случајевима има и закон на својој страни“ (р. 464).

Тако је суд закључио да закон треба примењивати пре сходно његовој сврси него дословно значењу његових речи, а да се приликом његовог тумачења треба руководити правичношћу. Јер оно што чини закон „нису речи закона већ његов унутрашњи смисао, па се наш закон (као и сви други закони) састоји из два дела, наиме тела и душе; слово закона је тело закона, а смисао и ум (*reason*) закона су душа закона, *quia ratio legis est anima legis* (пошто је *ratio legis* душа закона)... Често се догађа да кад знате слово не знате смисао, пошто је понекад смисао суженији и скученији него слово, а понекад шири и обухватнији. А правичност, која се на латинском означава речју *equitas*, проширује или сужава слово према његовој дискреционој оцени“ (р. 465).

Пловден потом разликује две врсте правичности. Првом се „опште речи закона исправљају и сажимају“ (р. 465), па се њоме „праве изузеци од... општих речи [законског] текста“ (р. 466). Њу такође користе мудре судије када су речи закона строге, па их правичношћу ублажавају и тиме закон чине подношљивијим (р. 467). Другом врстом правичности значење закона се аналогично проширује: „Тако да када речи закона озакоњују једну ствар, оне озакоњују и све друге ствари које су истог положаја“ (р. 467). Ова замисао правичности која проширује значење речи закона налази се и у Бректоном делу, а била је позната енглеским правницима још у средњем веку. „А из тога следи велика различитост између ових двеју правичности, јер једна сажима слово [закона], а друга га проширује, једна га смањује, друга га повећава, једна узима од слова [закона], друга му додаје“ (р. 467).

Одмах се поставља питање како се одређује смисао закона и на који начин се може утврдити када се овај смисао поклапа с речима закона, а када је ужи или шири од њих. Да би се одговорило на ово питање треба, по Пловдену, истражити намеру твораца закона, што захтева имагинацију самог судије. „Зарад доношења исправног суда када се слово закона по правичности сужава, а када проширује, приликом брижљивог проучавања закона (*statute*) добро је претпоставити да је творац закона присутан, па га треба питати оно што желиш да знаш, а што се тиче правичности; па тада ти мораш дати тај одговор онако како замишљаш да би он то учинио да је био присутан“ (р. 467). Да би се то постигло, „добро је да се постави питање и самом себи дају одговори на онај исти начин као да стварно разговараш с творцем таквог закона, па ћеш на тај начин лако открити шта је правичност у овим случајевима“ (р. 467). Ако би законодавац следио правичност, упркос

речима закона, и ти можеш поуздано чинити то исто. Како, дакле, у таквом случају ти не чиниш ништа више него што би и сам творац закона учинио, не поступаш супротно закону него у складу са њим. То су, по Пловдену, учинили судије у овом случају следећи правичност (р. 467).

Пловден је такође показао да се у његово време правичност примењивала приликом тумачења не само грађанских него и кривичних закона. Пример који то потврђује био је Закон (сар. 12) који је донет прве године (1547) владавине Едварда VI, по којем се духовници коју украду коње изузимају из надлежности краљевих судова. Иако овај Закон помиње крађу коња у множини, на основу правичности (која има у виду намеру законодавца) треба подразумевати и само једног коња, и то у потпуности као да је речено „коњи или коњ“ (р. 467). Зато је Пловден могао да закључи да правичност не прави разлику између кривичних и других закона, пошто намера твораца закона треба да се следи и узима као закон, како у кривичним тако и у свим другим законима (р. 468), што се, по Пловдену, опсежно разматра у случају *Stradling v. Morgan* (pp. 199–209).

У овим својим разматрањима Пловден неколико пута помиње и цитира на латинском Аристотела и углавном преузима његово одређење правичности. Напослетку је сажето дефинисао правичност и објаснио због чега настаје потреба да се она примењује. „Искусство нам показује“ – вели Пловден – „да ниједан законодавац не може да предвиди све ствари које се могу догодити, те стога ... ако настане било каква мањкавост у закону, она треба да буде уређена правичношћу, која није део закона, али је морална врлина која исправља закон (*Eyston v. Studd*, р. 466). Тиме је Пловден ставио до знања да је правда врховна правна вредност, а правичност средство тумачења којом се исправља строгост и свака друга мањкавост писаног закона.

Остаје још тешко решиво питање како се утврђује намера законодавца да би се, у духу правичности, сузило или проширило значење речи писаног закона. Пловден, додуше, не допушта потпуну слободу тумача, него само ону која се руководи рационалним ограничењима. Нажалост, он није јасно рекао која то ограничења има на уму и како се она примењују. Када данас судије, применом историјског тумачења, утврђују шта је била намера законодавца, оне обично проучавају записе са заседања на којима је разматран и донет неки закон. Како је у Пловденово време таквих записа било врло мало, вероватније је да се од тумача очекивало да замисли шта би законодавац рекао да је присутан. У таквом случају би истраживање законодавчеве намере било нормативно, а замисао његовог стварног расуђивања пука фикција. Уколико тумач треба да замисли шта би законодавац рекао да је присутан пресуђивању неког случаја, Пловден не каже да ли је то оно што би он стварно рекао или је то оно што би требало да каже. Изгледа да Пловден заступа мешовито становиште када саветује: „...Дај

исти одговор који би, по твојој замисли дао [законодавац] да је исправан и разуман човек...!“ (р. 467). Пошто се у овом случају има на уму стварни законодавац који је одговоран за доношење одређеног закона, то је већ фактичко ограничење судског промишљања; а како се при том полази од претпоставке да је законодавац морално исправан и разуман, то такође представља нормативно ограничење.¹⁸⁶

Тако у случају *Eyston v. Studd* Пловден наводи на помисао да постоје и фактичка и нормативна ограничења судије приликом утврђивања законодавчеве намере, али не даје никакве смернице како та ограничења треба примењивати. Да би отклонио овај пропуст Пловден се тиме изнова позабавио у случају *Nicholas v. Nicholas* (pp. 477–489).

Лорд Френсис Ловел (Francis Lovel) имао је својину над земљом ослобођену плаћања данка (*fee simple*). Он је ту земљу дао у доживотни закуп Томасу Врајту (Thomas Wright), под условом да ако Френсис умре без потомака земља остаје Томасова својина. Потом је 1542. године за владе Хенриха VIII донет Закон (Act of Attainder) о губитку свих грађанских и часних права и одузимању имовине због велеиздаје (*high treason*), на основу којег је одузимања од велеиздајника целокупна имовина која је одмах постајала краљева својина. А да би краљ постао власник одузете имовине, морало се предходно утврдити којом је земљом располагао велеиздајник. Франсис је осуђен за велеиздају и лишен своје земље у корист краља. Потом је умро без наследника, па се после његове смрти у суду поставило питање да ли земља, која је била дата Томасу у закуп, припада Томасу или краљу.

Закон о одузимању свих грађанских и часних права и имовине због велеиздаје (Act of Attainder) садржавао је и оградну (*saving*) клаузулу, која је изузимала од права краља на имовину свако „право, власништво (*title*), тужбу¹⁸⁷ или интерес“ трећих лица која нису наследници велеиздајника. Томас Врајт је био то треће лице, па је стога одговор на питање да ли би и даље требало да буде у поседу земље, коју му је Френсис Ловел дао у доживотни закуп, зависно од тога да ли он има било какво „право, власништво, тужбу или интерес“ на тој земљи.

Краљев заступник у овом спору тврдио је да Томас нема ништа што је предвиђено поменутом оградном клаузулом, па да стога не може да ужива оно што му она обезбеђује. Као један од аргумената у прилог свог става изнео је своје тумачење израза „право“ (*right*) које је одговарало краљевом интересу. „Четири су основа за изузимање странцима, који су овде садржана у четирима речима. Прва је право, а то је када лице А дође у посед ствари која је отимањем, избацивањем или на сличан начин неправедно одузета од лица Б; ово полагање права које лице Б има на тој

¹⁸⁶ Georg Behrens, *op. cit.*, p. 33.

¹⁸⁷ Мисли се на право да се поднесе тужба ради заштите властитих интереса.

ствари означава се као право (*right*); а то овде није случај закупца Врајта, пошто ништа од њега није одузето“ (р. 484).

У свом осврту Пловден је оспорио ово тумачење и тврдио да се случај Врајта може подвести под оградну клаузулу која заштићује право треће стране.¹⁸⁸ Након постављања питања да ли је одлука о одузимању имовине због издаје ретроактивна (р. 485) и разјашњења шта значи реч *forfeit* (губитак права због извршеног преступа), Пловден је изложио правила тумачења која је већ описао у случају *Eyston v. Studd*. Он најпре показује да је реч право (*right*) општи појам чије се значење може веома проширити, тако да обухвати *jus recuperandi*, *jus inrandi*, *jus habendi*, *jus retinendi*, *jus percipiendi* и *jus possidendi*. Како реч право у оградној клаузули може, дакле, да обухвати свако од поменутих права, поставља се питање како би законодавац протумачио њено значење да је био присутан на овом суђењу.

По Пловдену, „очување права странца, који није починио никакав преступ, у складу је с умом и правдом, па би његово одузимање било супротно уму и правди. Из тог разлога сваки разуман човек прошириће значење речи право да обухвати сваку ствар коју неко има или може да има, у земљи или изван ње. И да је творцима Закона о одузимању грађанских и часних права и имовине постављено питање: Да ли сте намеравали да сачувате стање [имовно] закупца Врајта, који је невин у случају злочина издаје или да му га одузмете?, они би сигурно одговорили да Бог забрањује да му одузмемо то [право]. И ако би били упитани: Да ли сте намеравали да га сачувате у речи (право)?, они би потврдно одговорили. Стога ако се ослања на строгу дефиницију речи, а она упућује на право које преостаје после отимачине или неког другог недела, то би ми изгледало да је очигледно неправедно; *nam qui haeret in litera, haeret in cortice*, онај који се држи слова држи се онога што је изван закона, па не може ући у његов унутрашњи смисао и дух“ (рр. 487–488).

Пловден је то разјаснио и једним сликовитим примером. Онај који није у стању да уђе у унутрашњи смисао и дух закона, пошто не примењује ум (*reason*), тај је у скоро истом положају као и онај појединац који споља куца на врата куће, а не може да уђе у њу јер нема кључ. Тако је и с тумачењем закона, за које је потребан ум који као кључ прозира и отвара смисао нејасних речи (р. 488).

Поставља се одмах питање, каквим ограничењима је подвргнут онај који овако тумачи смисао и домашај појединих речи у писаном закону. То су пре нормативна него фактичка ограничења, пошто је одговарајуће тумачење значење речи „право“ само оно које је у сагласју с умом и правдом. То је тумачење које би сваки разуман човек прихватио. Отуда, уколико би такав човек био суочен с тумачењем које је изнео краљев заступник,

¹⁸⁸ *Op. cit.*, р. 34.

он би одговорио „Бог то забрањује“ пошто би у томе видео неправду. Пловден није вршио никакво истраживање стања духа законодаваца који су изгласали Закон о одузимању часних и грађанских права и имовине због велеиздаје, нити је домишљао шта би они рекли да су присуствовали суђењу. Уместо тога, он је сматрао да претпостављена сврха законодавца не може бити ништа друго доли правда.¹⁸⁹

То међутим не значи да је Пловден једино саветовао утврђивање праве намере законодавца и препоручивао искључиву примену правичности приликом тумачења смисла и домашаја писаног закона. Далеко од тога. У случају *Patridge v. Strange and Croker* из 1553. године, суд Common Bench напомиње да тумачење закона укључује како „разјашњење речи“ тако и „правично објашњење“ смисла закона (р. 86). Али се одмах поставља питање када се треба држати језичког значења, а у којим случајевима превагу треба дати правичности као средству тумачења.

Језичко значење је ствар лингвистичких конвенција и уобичајене употребе речи. Оно ипак није довољно, па сâмо разумевање речи закона треба да буде руковођено не само „умом *common law*-а приликом тумачења закона“, него и „намером твораца поменутог закона“.¹⁹⁰ Захваљујућим таквим средствима тумачења, значење употребљених речи може не само да се прошири или сузи, него и да се занемари у корист утврђеног смисла закона. Другим речима, „разјашњење речи“ закона је ограничено лингвистичким конвенцијама, док је тумачење руковођено правичношћу много слободније, те може проширити, сузити па у датом случају и потпуно одбацити значење речи закона, или како је то раних седамдесетих година XVI века објаснио Томас Егертон (Thomas Egerton, потоњи лорд Елсмир):

„За даље тумачење закона (*statute*) било би добро да се размотре речи, реченица и њихово значење, пошто их понекад треба протумачити строго – то јест према датим речима и ништа даље од тога. Некад се правичношћу речи протежу на сличне случајеве. А понекад се на основу закона догађају случајеви за које нема речи у њему, па се тумачење врши сходно *common law*-у.“¹⁹¹

Ни Егертон ни други тадашњи правници, који су се позивали на Пловденове *Коменџаре*, нису поставили општа правила тумачења, која би одређивала када треба дословно следити значење речи, а када тумачити закон сходно правичности. Изгледа да су тадашњи правници сматрали

¹⁸⁹ *Op. cit.*, р. 35.

¹⁹⁰ Правозаступник Pollard у случају *Reniger v. Fogossa*, р. 17.

¹⁹¹ Thomas Egerton, *A Discourse upon the Exposition and Understandinge of Satutes*, ed. Samuel E. Thorne, San Marino, CA, 1942, pp. 123–124.

да је то *ad hoc* питање, које судије треба да реше приликом пресуђивања датих спорова, што је претпостављало њихову дискрециону оцену.¹⁹² Уз то је преовлађујуће мишљење било, као што је то у случају *Patridge v. Strange and Croker* суд *Common Bench* изрекао, да се значење кривичних закона не треба правичношћу проширивати. „Стога законе (*statutes*) који су донети ради кажњавања великих преступа који заслужују казну, а повећавају строгост казне коју досуђује *common law*, јесу кривични и неће се правичношћу проширивати, иако њихове речи могу да се благотворно тумаче, сходно намери њихових твораца“ (p. 86).

Поред ставова тадашњих врховних судова и властитих запажања, Пловден је износио и мишљења и правне разлоге која су наводили заступници обеју страна у спору. Међу њима учестало је помињао Едварда Сендерса (*Edward Saunders*)¹⁹³ и Едварда Монтења (*Edward Mountague*).¹⁹⁴ Обојица су били међу најугледнијим правницима свога времена и веома заслужни за развој енглеске науке тумачења закона. Но, када је посреди тумачење сходно правичности, они су се битно разликовали. Сендерс је постојано износио приврженост правичности стварној намери законодавца, док је Монтењ сматрао да правичност треба да следи дух *common law*-а.

По Сендерсовом казивању, „речи, које нису ништа друго доли вербализовање ваздуха, не чине закон (*statute*), него су само његово уображење (*image*), док живот закона почива у духу оних који су их изrekli, а то су творци закона“ (*Patridge v. Strange and Croker*, p. 82). То је разлог због којег правично тумачење треба вршити сходно намери законодавца. Јер, све што је унутар намере твораца закона, иако није унутар слова, снажно је унутар закона, као и оно што је такође унутар слова и намере“ (*Stowel v. Lord Zouch*, p. 366).

Једина тешкоћа је утврђивање каква је била намера законодавца. Најбоље је да се законодавац лично пита. Ако то није могућно, намеру треба извести из расположивих показатеља, а нарочито из исказа о сврси закона из његове преамбуле (*Patridge v. Strange and Croker*, p. 82). Уколико нема ни преамбуле, а законодавци због своје бројности нису погодни за испитивање, једино преостаје стручни налаз судства. „Ако су [законодавци] расути, па се њихово мишљење не може сазнати, тада ће они који могу да се највише приближе њиховим умовима саставити речи, а то су мудраци права чији се таленти користе приликом изучавања таквих ствари“ (p. 82).

¹⁹² Georg Behrens, *op. cit.*, p. 40.

¹⁹³ Едвард Сендерс је започео своју правничку каријеру као члан *Middle Temple*-а, наставио као судија *Common Pleas*-а 1553, председник суда *Queen's Bench* 1555. и председник суда *Exchequer* 1558. године.

¹⁹⁴ Едвард Монтењ је такође био члан *Middle Temple*-а, 1538. године именован је за председника суда *King's Bench*, а 1545. за председника суда *Common Pleas*.

То ће бити утолико лакше уколико се претпостави да законодавац мора да обликује своју намеру „сходно уму и исправној дискреционој оцени“ (*Stradling v. Morgan*, р. 206).

За разлику од Сендерса, Монтењ сматра да приликом правичног тумачења закона судија треба да се упусти у нормативно истраживање, руковођено *common law*-ом, које, по њему, представља „општи разум“ (*common reason* – *Dive v. Maningham*, р. 66). Јер оно није само једна врста позитивног права која зависи од воље људског законодавца, већ изврснија норма која управља судском применом позитивног права. Био је то Монтењов покушај да оснажи *common law* у сукобу с учесталим законима под владавином Тјудора, док су умеренији правници више били склони саображавању *common law*-а, да би се оно, колико год је то било могућно, сачувало без оспоравања законодавне суверености Парламента.¹⁹⁵ Али и по том умеренијем становишту, чак и кад писани закони надилазе *common law*, па су ова два права у сукобу који се решава давањем предности првом, нејасноће писаних закона отклањају се тако да оно буде у сагласју с *common law*-ом. Када до тога дође – вели суд у случају *Stowel v. Lord Zouch* – *common law* је господар тумачења, што га је навело да закључи:

„Акти Парламента су позитивни закони који се састоје од два дела. Први су речи закона, други је смисао, јер слово без смисла не твори закон, него само слово и смисао заједно; па свако ко би хтео да сазна позитивно право, треба да разуме и једно и друго. Начин да се спозна смисао јесте да се промисли *common law*, које је старије од сваког позитивног права, па има [своју] улогу у тумачењу важећег закона. Стога смутње и неугодности које се налазе у слову, треба промислити и избећи применом ума (*reason*), и уношењем таквог тумачења у слово важећег закона, које ће искључити сваку строгост и смутњу и почивати на правичности и добром уму“ (р. 363).

Док су умеренији правници допуштали могућност да писани закони надилазе *common law* и тиме стекну предност приликом своје примене, Монтењ је приликом тумачења Закона (*cap 9. stat. 2*) из 1540. године, донетог за владе Хенриха VIII, у случају *Patridge v. Strange and Croker* заступао радикалније становиште. Овај Закон је прописивао да нико не може да обећа, прода, уговори или отуђи својину ако он или његови преци нису бар једну годину били у њеном поседу (државини) или добијали од ње закупнину или добит. Закон је углавном следио правило *common law*-а које је забрањивало ономе ко је изван поседа да земљу обећа неком другом, али је у погледу рока од годину дана државине превазилазио *common*

¹⁹⁵ Georg Behrens, *op. cit.*, р. 42.

law. Монтењ је сматрао да једино слово закона прописује тај рок почека пре него што се земља у поседу да у закуп или отуђи, док смисао закона, који следи *common law*, то не чини. Притом је претпоставио да *common law* одређује смисао закона и надилази било коју реч или друге индиције које су супротне намери законодавца. Зато је и могао да каже:

„Ако би се тумачио закон (*statute*) да онај ко је у поседу неће давати у закуп, феуд или уговарати, сем ако је био у поседу или узимао добит годину дана пре тога, био би то строг (*hard*) закон, супротан сваком уму и правичности. Такво тумачење закона никада није била намера његових твораца. Јер, увек је било законито и сагласно добром разуму да се ономе ко је у поседу дозволи да даје земљу у феуд, закуп и закључује уговоре, иако ниједног дана није био у поседу пре тога. А оно што право и ум допуштају сматраће се да је на снази противно речима закона.“ Стога не треба „тумачити закон супротно ономе што су *common law* и општи разум (*common reason*) допустили, упркос речима који се томе противе“. Додуше, онога који је у поседу мање од једне године „речи закона могу довести у опасност“, али ипак није „изложен затворској казни“, пошто овде речи закона мора да узмакну пред *common law*-ом, „добрим разлогом и правичношћу“ (р. 88).

Већина правника које Пловден наводи ипак није доводила у питање сувереност законодавца, која је за владе Тјудора постала кључно обележје енглеског уставног и политичког поретка. Отуда ако је законодавац понешто мењао што је *common law* до тада другачије уређивао, сматрало се да је оно било превазиђено.

Остаје још да се покаже у чему је разлика између Сент Жермена и Едмунда Пловдена. Иако је између времена у којем је Сент Жермен писао и доба у којем је Пловден сабрао и објавио своје коментаре протекло само четрдесет година, по начину како су појмили правичност они се битно разликују. За Сент Жермена правичност исправља строгост слова људског закона, руковођена Божјим законом и умним правом, док се по Пловдену слово писаног закона исправља увидом у замишљену вољу и намеру законодавца, за кога се претпоставља да је поступао сагласно уму и правди. Обојица настоје да правичношћу исправе позитивно право с позивом на вишу правду и обојица то оправдавају објашњењем да то налажу дух или смисао позитивног права. Разлика међу њима је у томе што Пловден поистовећује дух права с намером законодавца, која је најчешће, како ју је тешко утврдити, само пука правна фикција. Али је Пловден допустио да њено одређење буде предмет и фактичког а не само нормативног утврђивања.¹⁹⁶

¹⁹⁶ *Op. cit.*, р. 35.

Сент Жермен и Пловден се разликују и по начину како замишљају саму правичност и њену сврху и улогу. По Сент Жермену, правичношћу се издвајају изузеци у односу на општу норму, док по Пловдену правичност не само изузетком сужава значење и домашај законске норме, него их аналогичном и проширује.

Сент Жерменова идеја правичности је у једном свом смислу шира од Пловденове замисли. Она је руководно начело канцелара приликом тумачења и примене свеколиког људског права, како *common law*-а тако и писаних закона. За Пловдена је правичност средство тумачења само писаних закона. Притом је, по његовом мишљењу, дужност судије да утврди било стварну или претпостављену намену законодавца, док код Сент Жермена намера законодавца нема никакву улогу. Додуше, Сент Жермен је допуштао да судови *common law*-а заснивају своје тумачење писаних закона и на процени шта је била намера законодавца, али није сматрао да имају право да из опште законске норме издвајају изузетке руководећи се Божјим законом или законом ума, што је искључиво било у делокругу прерогативе. Пловден је, међутим, сматрао да сви судови, имајући на уму вишу правду, могу да пресуђују по правичности кад год се постави питање значења и смисла писаног закона.

ОД УСПОСТАВЉАЊА ДО НАДМОЋИ СУДА ПРАВИЧНОСТИ У ОДНОСУ НА СУДОВЕ *COMMON LAW*-А

Суд правичности се коначно учврстио и усталио током дугих владавина Хенриха VIII (1509–1547), Елизабете (1558–1603) и Џемса I (1603–1625), који су најчешће прећутно, а за владе Џемса I и изричито, одобравали и подржавали велику дискрециону власт канцелара, приликом пресуђивања и поступног изграђивања посебног прецедентног права правичности. О изузетној улози овог Суда сведочи и чињеница да је само за владе краљице Елизабете било чак четрдесет хиљада забележених случајева, које је пресуђивао канцелар.¹⁹⁷

Поред бројности пресуђених случајева још је важније поступно стварање прецедентног права правичности. У том погледу између *common law*-а и права правичности постоји јаз од скоро једног и по века. Први извештаји о пресуђеним случајевима у судовима *common law*-а потичу још из времена Едварда I (1272–1307), да би се већ тада усталило издавање дуге серије годишњака (*Year Books*), који су садржавали пресуде на које су се потоње судије угледале.¹⁹⁸ За разлику од *common law*-а у којем је врло рано

¹⁹⁷ W. J. Jones, *op. cit.*, p. 1.

¹⁹⁸ F. W. Maitland, *Equity...*, p. 8.

дошло до успостављања прецедентног система који је обавезивао потоње судије, у праву правичности прецеденти су обавезивали једино уколико су садржавали ваљане разлоге за доношење пресуде у сличним случајевима. То је, заправо, било само грубо признање да *ratio decidendi* у претходном случају почива на исправним разлозима које треба уважити и у потоњем мање-више сличном случају.¹⁹⁹ И поред тога је било општеприхваћено да канцелар располаже великом дискреционом влашћу приликом решавања појединачних случајева. Уз то је канцелар стекао искључиво право да пресуђује по правичности. О томе сведочи и успостављено начело из 1595. године „да ниједан други суд у овом краљевству није надлежан да води поступак у стварима правичности“.²⁰⁰

Уједначавању пресуђивања по правичности знатно је допринело увођење регистра пресуда у суду правичности 1534/35. и уписних књига 1544/45, а није искључено да је до тога дошло и раније.²⁰¹ Тиме је постављена основа за поступни преображај права правичности у прецедентно право (*case-law*). Али је у том тренутку још увек био далек пут до доктрине *stare decisis*.²⁰²

Но, како то обично бива, неодржив успон и учвршћење права правичности не би били могући без људи снажне воље, завидне мудрости и темељитог познавања права. То је учинило неколико узастопних канцелара, међу којима се посебно истичу кардинал Томас Вузли (Thomas Wolsey), Томас Мор (Thomas More), лорд Елсмир (Ellesmere)²⁰³ и Френсис Бекон (Francis Bacon).

Кардинал Вузли је последњи велики прелат који је обављао дужност канцелара. До тада су канцелари најчешће били црквени великодостојници (бискупи и надбискупи), који су поред канонског права унеколико знали и грађанско односно римско право, из којих су преузимали начела и максиме на основу којих су пресуђивали спорове у Суду правичности. Вузлијева заслуга је била у томе што је надлежност Суда правичности поставио на такав начин да она буде гипка и прилагодљива великом броју разноликих спорова, које је решавао ослањајући се више на савест него на спољашње чињенице.²⁰⁴ И то је чинио честољубивом мудрошћу и изразитим властољубљем.²⁰⁵ А када се сукобио са судијом *common law*-а, позвао

¹⁹⁹ *Op. cit.*, p. 2.

²⁰⁰ *Charleton v. Bridgman*, 1595.

²⁰¹ F. W. Maitland, *Equity...*, p. 13.

²⁰² *Op. cit.*, p. 3.

²⁰³ Пре добијања племићке титуле познат као Egerton.

²⁰⁴ Harold Potter, *op. cit.*, p. 48.

²⁰⁵ Justice Story, *op. cit.*, p. 25.

се на власт којом, као краљев заступник, „милостиво извршава правду где се савест супротставља строгости закона“, „и наређује високим слугама (ministers) *common law*-а да се уздрже извршења и суђења када је савест најделотворнија“; јер *laus est facere quod decet non quod licet*.²⁰⁶

Због преране али часне смрти 1535. године, после сукоба с Хенрихом VIII, Томас Мор није био дуго канцелар (1529), али је оставио блистав траг својим изузетним моралним карактером, захваљујући којем је био кадар да начело савести преобрати у практично изрицање правде. А по доласку на положај канцелара показао је судијама *common law*-а да, уколико оне не би могле да примењују право с дикреционом влашћу зарад постизања истинске правде, он би и једно и друго могао да учини.²⁰⁷ То је био разлог што су се у његовом добу јављали гласови против правичности, а нарочито поводом изрицања забране извршења пресуда у другим случајевима зарад спречавања непоправљиве неправде.

После Томаса Мора било је више канцелара, међу којима је било и чувених правника попут сер Николаса Бекона (Sir Nicholas Bacon), сер Томаса Брунлија (Sir Thomas Bromley) и сер Џона Пакеринга (Sir John Puckering). Али је најпознатији међу њима и за успостављање надмоћи Суда правичности најзаслужнији био лорд Елсмир, који је имао блиставу и правничку и политичку каријеру. У комору правозаступника (Bar Association), која је обухватала не само адвокате него и судије и тужиоце, примљен је 1572, господар годишњака (*Master of the Rolls*) у Суду правичности постао је 1594, лорд чувар печата 1596, а лорд канцелар 1603. године. На том положају остао све до 1617. године, када је навео Џемса I да прихвати његову оставку због одбијања да стави печат на неке патенте и за дванаест дана преминуо од старости и немоћи.

Елсмир је практично био први канцелар који је надлежност Суда правичности засновао на случајевима који су већ били пресуђени и на начелима која су из њих могла бити изведена, чиме је утро пут стварању особеног, додуше гипког и прилагодљивог, прецедентног права правичности. Отуда, када је 1672. године објављен „Избор случајева у Канцеларији (*Chancery*)“, скоро све одлуке наведене у нацрту поступка у Канцеларији, који претходи овом „Избору“, биле су Елсмирове.²⁰⁸

Друга велика Елсмирова заслуга било је уређење поступка и начина рада у самом Суду. Он се побринуо да се истинитост чињеница на које су се позивале странке покаже и докаже. Уредио је обавезе шест судских службеника и скратио време у којем се одговор тужене стране морао дати,

²⁰⁶ D. M. Kerley, *op. cit.*, p. 96.

²⁰⁷ Harold Potter, *op. cit.*, p. 45.

²⁰⁸ D. M. Kerley, *op. cit.*, pp. 98–99.

морају оставити прилози, водити доказни поступак и саставити записник о раду Суда. Такође је утврдио услове под којима се могу издати забране којима се ограничава поступање судова *common law*-а. На тај начин подвргао је строгој дисциплини како оне које се обраћају Суду, тако и све судске званичнике и службенике.²⁰⁹

У духу већ раније праксе, Елсмир је посебну бригу посвећивао сиромашнима, немоћнима и људима без утицајних пријатеља. То га је навело да на следећи начин опише Суд правичности: „Он је прибежиште сиромашних и потиштених; он је олтар и светиња оних који, у сукобу са снагом богатих и потпором великих људи, не могу да одрже добробит своје ствари и истинитост свог права“²¹⁰. А у једној рукописној збирци из доба Елсмировог канцеларства записано је да „начелно две ствари дају право Канцеларији (*Chancery*) на све случајеве. Правичност је разлог, као и неједнакост између лица, јер где је у овој земљи тужилац ниског а тужени високог рода, нема наде за непристрасно суђење. Тада тужилац то исто може да наведе у својој тужби и то је добар разлог који овом Суду даје право да поступа, иако у овом случају нема правичности.“²¹¹

Таквим радом, који је потрајао више од двадесет година, Елсмир је уредио и уобличио тадашње право правичности и поставио га на чврсте основе, које су могле обезбедити његов даљи развој и напредак. Иако је у својим поодмаклим годинама био склон да одлаже доношење одлуке, његове пресуде у *Calvin's Case* и *Earl of Oxford's Case*, о којем ће касније бити речи, потврдиле су његову способност да их заснује на промишљеном начелу и темељитом знању. И мада многе његове пресуде нису сачуване за потомство, оне су сигурно остављале дубљи утисак у ондашњој јавности и тиме утицале на потоњи развој права правичности.²¹²

Последњи велики канцелар тога доба био је Френсис Бекон, који је много познатији као један од утемељивача нововековне филозофије, сјајан писац и врстан стилиста, од чему сведоче његови есеји и савети морални и политички. Он се, међутим, не само бавио политиком него је заузимао и највише државне положаје, пошто су тадашњи аутократски краљеви из династије Тјудор настојали да у самом врху власти имају најученије и најспособније људе, што је данас, под наводно демократским владама, незамисливо. Рођен је 1561, примљен у Комору правозаступника 1583, именован за високог судског званичника Круне (*Solicitor General*) 1607, за врховног

²⁰⁹ Harold Potter, *op. cit.*, p. 46.

²¹⁰ Alfred Henry Marsh, *op. cit.*, p. 48.

²¹¹ MS. collection on Chancery practice in Ellesmere's day, Cambridge University Library, MS. Gg, 2.31, f. 437, at sect. 208; наведено према: *Lord Nottingham's Cases*, Volume 1, Edited by D.E.C, Yale, London, 1957, p. XLII.

²¹² *Ibidem*.

тужиоца (*Attorney General*) 1613. године, за лорда чувара печата 1617. и за канцелара 1618. године. Била би то заиста блистава државничка каријера да није било великог јаза између онога што је писао и онога што је као судија чинио. Док је у својим радовима изложио највише идеале и прописивао дужности праведног судије, изгледа да је као канцелар примао мито, због чега је 1622. године оптужен и лишен положаја. По свој прилици је изгубио осећање властите вредности кад је допустио да падне у таква искушења.²¹³

Сам почетак Беконове канцеларске каријере био је упечатљив. Пошто је енглеског канцелара упоређивао с римским претором, који је издавао едикт приликом преузимања дужности, и Бекон је у свом уводном говору изложио начела којима ће се руководити приликом изрицања правичности и какве је налоге и одлуке донео у складу с краљевим овлашћењем, како би адвокати знали шта могу да очекују, да не би ишта предузимали против његових правила. Потом је приступ Суду одредио за пет врста предмета, међу којима су и спорови који су по материји и околностима погодни и за *common law* јер, како истиче Бекон: „Канцеларија је установљена да допуни а не да разори право.“ Уз то је обећао да ће лично размотрити приговоре парничара или ће то учинити господар годишњака (*Master of the Rolls*), а не неко од других судских званичника.²¹⁴

Убрзо по преузимању дужности Бекон је своје налоге и наредбе, који су се тицали поступка у суду, систематизовао и објавио, што је заправо био први покушај уређења процесног права правичности. Дobar део тога је својим одлукама већ учинио лорд Елсмир, а и други пре њега су својим општим наредбама томе допринели, али је Бекон био први који је не само допунио и изменио него и сабрао и уредио процесна правила која су до тада била на снази.²¹⁵ Захваљујући свему томе, а нарочито успостављању потпуне независности Суда правичности у односу на судове *common law*-а, овај Суд је почео да прима велики број представки. Сам Бекон је рекао да је имао по 2.000 парница годишње, а да је у једном тренутку било чак 16.000 нерешених случајева.²¹⁶

Напоследку се Бекон упустио у разматрање и најтежих питања с којим се суочавао *common law* до данашњих дана. Како је изврсно знао *common law*, а сâмо право прожео озбиљном филозофском мишљу, врло брзо је разабрао да је нужно поновно уобличавање расутих фрагмената у великом броју прецедената, које тешко могу сазнати и учени правници, а камоли лаици. Дobar део тог сабирања и поновног уобличавања обавио је

²¹³ *Op. cit.*, p. 47.

²¹⁴ Kerley, *op. cit.*, pp. 102–103.

²¹⁵ *Op. cit.*, p. 104.

²¹⁶ F. W. Maitland, *Equity...*, p. 10.

сер Едвард Коук, али се испоставило да и то није било довољно. Све је то навело Бекона да закључи да су „наши закони, какви данас јесу, предмет велике несигурности и различитих мишљења, успоравања и изврдавања“. Одговор на то болно питање није међутим била кодификација, коју је сматрао практично неизводљивом. Решење, по његовом мишљењу, могли су бити преобликовање *common law*-а у сажето прецедентно право (*digest of case law*), с дружено с другим поузданим књигама.²¹⁷

Ни у овом добу устаљивања и учвршћења Суда правичности његова надлежност се није битно променила. Током дуге владавине Хенриха VIII и даље се сматрало да су њен предмет „превара, неочекиван или непредвидљив случај (*accident*) и нарушавање поверења“. Многе преваре с којима крут и застарео поступак судова *common law*-а није могао да изађе на крај, као и неочекивани догађаји попут губитка исправа, били су случајеви у којима је уплитање канцелара било оправдано. То су били разлози због којих нису могле да се утврде подробне и строге границе надлежности Суда правичности.²¹⁸

Занимљиво је да је и сер Едвард Коук признавао да је канцелар надлежан за завере против трећих лица, казне и губитак имања и положаја због престапа, нарушавање *trusta* и поверења, под условом да нема одговарајућег правног средства у *common law*-у.²¹⁹ А и друге судије *common law*-а су биле сагласне да је таква надлежност неопходна.²²⁰

Временом је Суд правичности постао надлежан и за она права и правне установе које *common law* није познавао. То су били *trust*, о којем ће касније бити речи, управљање туђом имовином, милосрђе, посебна имовина (у браку и породици) и правичан откуп (залоге, заложене својине). У случају преваре, неочекиваног случаја или грешке, Суд је давао одговарајућу потпору увидом у праве намере странака. Такође се проглашавао надлежним кадгод је *common law*, додуше, признавало неко право, али му није пружало довољну заштиту.²²¹ Најважније је, дакле, било давање одговарајућег правног средства кад то по *common law*-о није било предвиђено. Зато је један старији писац закључио да канцелар „обезбеђује правно средство у екстремним случајевима“.²²²

Од самог почетка па све до успостављања надмоћи Суда правичности увек се постављало питање, на основу чега канцелар пресуђује

²¹⁷ Harold Potter, *op. cit.*, p. 48.

²¹⁸ F. W. Maitland, *Equity...*, pp. 7–8.

²¹⁹ 4. *Inst.*, p. 84.

²²⁰ *Choy Cases* 149, *Bracebridge v. Bracebridge*, 1581.

²²¹ Kerley, *op. cit.*, pp. 129–130.

²²² J. Doderidge, *The English Lawyer*, 1631, p. 211; наведено према W. J. Jones, *op. cit.*, p. 420.

спорове који се њему упућују. Јер, док су судови *common law*-а скоро искључиво пресуђивали по овом прецедентном праву, канцелар је поред тог права упориште за своје одлуке налазио и у савести, о којој је, како је то већ изложено подробно писао Сент Жермен. У ранијем добу под њом се подразумевала краљева савест, пошто су канцелари доносили пресуде као његови заступници и с позивом на његову прерогативу. Али је временом њена основа проширивана, па се под њом пре свега подразумевала *хришћанска* савест, која непосредно проистиче из Божјих закона. Тако у својој упечатљивој напомени из 1489. године надбискуп Мортон вели да „свако право треба да буде у складу с Божјим правом, те да је закон Божји онај по којем ће извршилац, који варљиво располаже добрима и не поврати их, бити проклет у паклу; а да би се то исправило, треба га довести у склад са савешћу, како је ја разумем.“²²³

Као основа за пресуђивање канцеларева савест је била изузетно важна, све док израз „правичност“ није установљен у свом ужем значењу. Она је добрим делом преузета из канонског права и превасходно се заснива на универзалној и природној правди, а не на личном мишљењу или савести самог канцелара. Током XVI века овај појам је секуларизован и то је по свој прилици учинио сер Кристофер Хатон (Sir Christopher Hatton), који је био канцелар од 1587. до 1591. године.²²⁴ Потом је почео да поприма све шире значење и изражавао моралну самосвест не само аристократије него и обичног, простог света. На послетку је лорд Нотингем (Nottingham), који је коначно уобличио право правичности, 1676. године, поводом успостављања *trusta*, објаснио шта у његовом Суду савест значи: „Овај Суд нема шта да чини са савешћу која је једино *naturalis et interna*; савест с којом ћу поступати само је *civilis et politica* (грађанска и политичка у смислу јавна) и везана је за одређене мере. За јавност је бескрајно боље да *trust*, сигурност или споразум, који су у потпуности тајни, не буду испуњени, него да ти људи треба пре да изгубе своју имовину пуком уобразиљом и замишљу канцелара.“²²⁵ Тиме је Нотингем ставио до знања да је савест превасходно ствар *јавној* морала и то највећма морала часних и угледних људи.

Једно је наравно када се обликује општи појам савести, а нешто сасвим друго када се на основу тог појма утврђује да ли су саме странке у појединачним случајевима поступиле савесно. Врло дуго је то чињено од случаја до случаја, а не на основу унапред прописаних правила, тако да сачуване пресуде из тог времена показују, да се канцелари приликом

²²³ Hil. 4 Hen. 7, 415, pl. 8; наведено у Yale, 1 *Nottingham's Chancery Cases*, p. XXXIX.

²²⁴ *Snell's Principles of Equity*, Twenty-seventh Edition by Robert Megarry and P. V. Barker, London: Sweet & Maxwell Limited, 1973, p. 8.

²²⁵ *Op. cit.*, p. 9.

пресуђивања у овој ствари нису држали ранијих прецедената. Но и поред тога, такви случајеви су занимљиви, јер указују на различитост расуђивања канцелара, у односу на строго придржавање правила у судовима *common law*-а. При том је савест туженог била од пресудне важности.

Уверљив пример који то потврђује био је случај у којем је скоро цео дуг био исплаћен, изузев мале суме, па је упркос томе поверилац покренуо спор у суду *common law*-а, тражио повраћај преосталог дуга и исплату уговорене казне због доцње. Дуг је износио 1.600 фунти, а остало је да се исплати још само 30 фунти. То је био разлог који је навео Суд правичности да повериоцу забрани извршење пресуде суда *common law*-а.²²⁶ Уз то је изложио начело да онај који се позива на правичност треба и сам да буде правичан. Зато је увек био спреман да примени присилу против јогунастих дужника, да не би постао средство за избегавање враћања дуга. Примера ради, Кристофер Бел (Christopher Bell) је Вилијаму Мосијеру (William Mosier) дуговао 200 фунти, од којих је већ исплатио 178. Упркос томе, покушана је пуна наплата дуга. Суд правичности то није спречио, пошто је Бел по другој обвезници био дужан Мосијеру још 300 фунти.²²⁷ Уколико на страни дужника није било никакве мане, а није исплатио цео дуг, ублажавање се брзо могло постићи, као што се то, по обавештењу мировног судије (*justice of the peace*) у Девонширу, догодило, када је једном дужнику преостало да исплати само четири фунте од 100 фунти дуга.²²⁸

ТРЕЋА ЕНГЛЕСКА ТЕОРИЈА ПРАВИЧНОСТИ

После сер Жермена који је своје изузетно утицајно дело у енглеском праву и правичности писао за владе Хенриха VIII, и потоњег вредног дела Едмунда Пловдена, Едвард Хеик (Edward Hake) се осмелио да за владе Елизабете крене истим путем. Написао је своју једину књигу из правне филозофије под насловом *Epieikeia*,²²⁹ која је скоро искључиво посвећена правичности.

Како је био само правник који није био судија ниједног ондашњег врховног суда, о његовом животу остало је врло мало података. Не зна се ни када је рођен нити када је умро. Поред заступања странака и положаја

²²⁶ С 33/81, ff. 60v.–61, *Thorneton v. Ormesby*, 1590.

²²⁷ С 33/19, f. 69, *Bell v. Mosier*, 1559.

²²⁸ С 33/31, f. 416, *Beaumont v. Morris*, 1565.

²²⁹ Иако је своје дело насловио старогрчким изразом, не би се могло рећи да је био кадар да Аристотелове књиге чита на том језику, пошто је искључиво наводио њихов превод на латинском.

мировног судије (*justice of the peace*), био је и градски званичник у Виндзору, па је у том својству поздравио краљицу Елизабету приликом њене посете овом граду и одржао беседу у њену част.

Поред адвокатског посла у судовима *common law*-а, Едвард Хеик је био и плодан писац. Својим делом *Newes out of Pawles Churchyarde* („Новости из Павлове порте“), које садржи осам сатира, Хеик је постао познат као пуритански сатиричар. Такође је писао поеме, а превео је *Imitatio Christi*. Његово једино дело из области права и правне филозофије било је *Epieikeia*, којем је посветио велику пажњу, па га је, по доласку на престо Џемса I 1603. године, преправио и дотерао да би га представио краљу. Председник једног од врховних судова Едмунд Андерсон одобрио је коначни рукопис, рекавши Хеику да је своје дело написао „поштено и задовољавајуће“. Нажалост, и поред ове похвале Хеику није пошло за руком да нађе издавача, што тада није било лако, нити је добио било какво унапређење. Његово последње дело је збирка поема под насловом *Of Gods Kingdom and this Unhelping Age* („О Краљевству Божјем и овом добу које не пружа помоћ“), коју је написао 1604. године. Вероватно је умро убрзо по доласку Џемса I на престо.

Током XV и почетком XVI века у судским и другим списима често је помињана Канцеларија као Суд правичности, али је врло мало било речи о самој установи правичности. Тек су с појавом изузетно утицајног Сент Жерменовог дела *Докѿор и сѿуденїи*,²³⁰ енглески правници почели да праве разлику између права (*law*) и правичности (*equity*), коју су правници на континенту, под утицајем римског права у интерпретацији глосатора и постглосатора, знатно раније спознали. Хеик је с одушевљењем прихватио ову дихотомију, која у енглеској пракси и мисли није била довољно разјашњена. Велики узор који је Хеик притом следио било је Сент Жерменово дело, чији је појам савести, по којој пресуђује канцелар, и замисао *sinderesisa* опсежно наводио и тумачио на четири страницама свога дела.²³¹

Попут Сент Жермена, ни Хеик се није бавио краљевом прерогативом, из које је проистицало право канцелара да пресуђује по правичности. Била је то ничим ограничена апсолутна власт која ће убрзо за владе Чарлса I постати спорна и, поред верских сукоба, бити један од главних повода за Револуцију од 1640. године. Већ тада је било познато да канцелар често напушта „речи закона да би следио оно што ум и правда захтевају“, а што је квалификовано као „исправљање општег закона“ у особеним околностима датог случаја, што је заправо било пресуђивање по правичности. Пошто су се важеће право и правичност све више разликовали и узајамно искључивали, правичност је поступно постајала синоним за правду, на

²³⁰ У скоро свим расправама коришћен је овај скраћени назив.

²³¹ Edward Hake, *Epieikeia. A Dialogue on Equity in Three Parts*, Edited by D. E. C. Yale, London: Yale University Press, 1953, pp. 129–132.

коју је сведена независно од *common law*-а, а примењивали су је Приватни савет (*Privy Council*), Канцеларија (*Chancery*), Звездана соба (*Star Chamber*) и месни суд за ситне дугове (*Court of Requests*).²³²

Није нимало случајно што је Хеик од Сент Жермена преузео и саму форму дијалога, који је сматрао погодним средством за достизање мудрости. Уз то је, поред начина излагања, следио и многе Сент Жерменове мисли и изреке. Али их је стављао у битно различит контекст. Сент Жермен је још увек уважавао и преузимао учење канонског права средњовековне Католичке цркве и њену замисао савести, пошто је писао у добу док Хенрих VIII још није радикално раскинуо са Светом столицом, односно папом у Риму. Са овом далекосежном променом, Реформација је многе изразе и појмове учинила новим, а и старим учењима било је неопходно ново станиште, па чак и нови називи. Све до тада канонска замисао савести остваривала је битан утицај на пресуђивање канцелара, нарочито док су били црквени великостојници. Са Реформацијом канонску замисао савести заменила је протестантска савест. Хеик, који је био близак пуританцима, верно је изражавао своје доба, као што је то пре њега чинио и Сент Жермен. То су у духовном и политичком смислу била два различита доба. И мада је правна мисао мање склона изменама од других духовних творевина, она је ипак доживела знатне промене.²³³

Сент Жермен и Хеик су следили и различите узоре. Сент Жермен је у погледу природе и структуре енглеског права искључиво полазио од неприкосновеног ауторитета Томе Аквинског, док је Хеик углавном користио радове Бректона, Фортескјуа и Пловдена (*Plowden*). Сен Жерменови дијалози, писани у предвечерје Реформације, сачували су за енглеско право нешто од средњовековне и црквене традиције у пресуђивању по правичности. Хеикова књига није на исти начин сачувала ову традицију, која је у међувремену усахнула, стога што није имао визију или зато што као поборник пуританаца није поштовао прошлост. Далеко од тога. Као што је Сент Жермен писао крајем црквене, то јест канонске правичности, тако је и Хеик својим делом био на почетку новог секуларног доба.²³⁴

Било је то време у којем се наговештавала далекосежна борба око надлежности између судова *common law*-а и Суда правичности, у којем се поставило и питање самог опстанка и независности Канцеларије. Хеик међутим није оставио ни један наговештај о том наступајућем сукобу, који је, како је то касније Френсис Бекон описао, био сукоб међу рођацима (*flesh and blood*) – унутар породице судова. А када се у жаришту тог сукоба у

²³² Samuel E. Thorne, „Preface“ у књизи: Edward Hake, *Epieikeia*, p. XI.

²³³ D. E. C. Yale, „Introduction“ у књизи: Edward Hake, *Epieikeia*, pp. XIII–XIV.

²³⁴ *Op. cit.*, p. XVI. Ипак треба додати да Хеик повремено, мада не и учестало, помиње и Божји закон.

случају ерла од Оксфорда, лорд Елсмир позвао на Божји закон, то је пре био наговештај него саставни део његове аргументације.²³⁵

И поред разлика у разумевању савести као основе за пресуђивање по правичности, Хеик је ипак, у ономе што је битно, следио Сент Жермена. За Хеика је правичност пре била правно начело и средство него ствар пуког јавног морала. То уверење заступали су и канонисти и Сент Жермен, по којима се правила правичности изводе из самог права, а не из претпостављене воље законодавца. И отуда потоње начело да правичност следи право. Природноправни мислиоци уважавали су разлику између права и морала, али су смерали њиховом јединству, а тиме и моралној исправности важећег права. Разликовање између *foruma internuma* и *foruma externuma* било је, међутим, опште место у канонском праву. Отуда и разликовање права и морала, с тим да је право требало да буде бар минимум морала.²³⁶

Хеик је такође прихватио Сент Жерменово мишљење да је правичност инхерентна сваком општем правилу позитивног права. Све је то указивало да ће правичност следити право, а да ће канцеларова дискрециона власт бити ограничена правилима, тако строгим каква су била када се појавила потреба да канцелар пресуђује по правичности.²³⁷ У Хеиково доба такав развој једва да је наговештаван, да би тек под Нотингемом (Nottingham) канцеларство добило пун замах, а практично довршено под лордом Елдоном. У том духу Хеик је писао да канцелар треба не само да буде упућен у *common law*, него и да своју савест саобрази том праву. „Из тога следи“ – вели Хеик – „да кад лорд канцелар одређује своју савест у некој појединости сагласно праву, јер је и *common law* овде такође сагласно савести, у погледу такве појединости стога се каже да лорд канцелар заиста одређује своју савест сагласно праву.“²³⁸ Тиме је Хеик ставио до знања да ће се поглавито бавити начелима правичности унутар *common law*-а.

Додуше, примећује Елиот (Eliott), Хеиков саговорник у овом дијалогу, често се догађа да правници кажу својим клијентима: за ово немате никакво правно средство у *common law*-у,²³⁹ па га стога морате потражити

²³⁵ *Ibidem*.

²³⁶ *Op. cit.*, p. XVII.

²³⁷ *Op. cit.*, p. XVIII.

²³⁸ Edward Hake, *Epieikeia*, p. 130.

²³⁹ Ово је прилика да се укаже на тешкоће до којих долази када се енглески правни изрази преводе на српски језик. На овом месту Хеик ставља до знања да се у енглеском праву установа правичности поглавито примењивала на *common law* – енглеско претендентно право које је представљало највећи део енглеског важећег права. Само мањи део тог права било је такозвано статутарно право, које су чинили закони (*statutes*) које је доносио краљ у Парламенту. Стога кадгод Хеик говори о примени правичности на важеће право, он превасходно има на ум *common law*, а тек потом и писане законе.

у праву правичности. А то би неке незналице, које су, иначе, можда добро образоване, могло навести на закључак да је *common law* без правичности, што би у другима пробудило помисао да су *common law* и правичност две различите ствари, одвојене једна од друге.²⁴⁰

Хеик одбацује овакав закључак, да би на самом почетку своје књиге рекао да ће најпре показати шта правичност јесте и како треба да се уважава у сваком људском друштву; да ће потом говорити о правичности како се она користи у *common law*-у, то јест о правичности заснованој на општим начелима права краљевства; и коначно, што је за његову намеру најособеније и најначелније, бавиће се правичношћу канцелара (*Chancery*), која се заснива на савести. Хеик је уз то наговестио да ће објаснити дејство такве правичности Канцеларије и у којим случајевима странке могу или не могу да се обрате том суду.²⁴¹

Један од појмова на којима је, по Хеику, замисао правичности почивала јесте савест канцелара, а потом савест обеју странака пред Судом правичности. Изворно је нагласак био на савести странака, али је савест канцелара постала пресудна, када је својим пресудама почео да утврђује доследна и међусобно усаглашена правила правичности. Управо је такву савест канцелара имао на уму Хеик када вели да његова одлука не треба да буде ограничена правилима или руковођена тумачењем одлука судова *common law*, него мора да буде заснована на његовој савести. Уз то, канцелар треба да се руководи исправним сазнањем о чињеницама случаја, а мора располагати и самилошћу. И шта може бити већа сигурност за странке – пита се Хеик – од савести судија, која је светиња њихове заштите и потпоре, поготово када је та савест оплемењена благошћу и милосрђем.²⁴² Такво разумевање канцеларове савести постало је општеприхваћено за владе краљице Елизабете, када се подразумевало да он заправо представља краљичину савест.²⁴³

Невоља је, међутим, у томе што он за свеколико енглеско право користи израз „*the lawe*“, који искључиво означава објективно право, за разлику од субјективног права за које се користи израз „*the right*“. Како на српском језику израз „право“ означава и објективно (важеће законе и обичаје) и субјективно право (право појединца изведено из објективног права), био сам принуђен да израз „*the lawe*“ преводим речју „закон“, који заправо означава свеколико енглеско право – како *common law* тако и опште акте Парламента. Стога када Хеик у својој књизи говори о примени правичности на важеће право (*the lawe*), он има на уму најпре *common law*, па тек потом писане законе. А када помиње слово закона (*the lawe*), он преваходно има на уму слово енглеског прецедентног права, а тек потом слово писаног закона – општег акта Парламента.

²⁴⁰ *Op. cit.*, p. 5.

²⁴¹ *Op. cit.*, p. 7.

²⁴² *Op. cit.*, p. 2.

²⁴³ D. E. C. Yale, *op. cit.*, p. XV.

Оваквим поимањем канцеларове савести, која није ограничена ни правним правилима ни одлукама судова *common law*-а, Хеик је отворио далекосежно питање обима и домаћаја дискреционе власти свих судова, а нарочито Суда правичности. Да би нас уверио да је пресуђивање врлих судија боље од строгог придржавања важећим законима, Хеик се позива на Фортескјуа, који у својим *Коментаријима* (cap. 9) каже: *Melius est civitatem a viro optimo quam a lege optima gubernari* (боље је да државом управљају најбољи људи него најбољи закони).²⁴⁴ А добар судија је пре свега мудар судија.²⁴⁵

Једино се поставља питање да ли је правичност, која се примењује, исправност и ваљаност судије као тумача закона или самог закона као таквог. Хеику је било јасно да ако је закон о коме говоримо ваљан закон и добро заснован, онда се за правичност, која се мора користити за исправљање његове општости, не може рећи да је правичност судије а не закона. Пошто закон не може бити без правде, без ње не би уопште био закон, него пуки тирански пропис, или како је то Бректон рекао у својој првој књизи под насловом *De rerum diuisione: A justitia quasi a fonte quodam omnia jura emanant et quod vult justitia idem jus prosequitur* (Нека из правде као из неког извора проистекну сва права, а онај који хоће следиће правду исто као и право).

На основу ових и сличних Бректонових речи, Хеик је извео закључак да, „ако исправно означавање доброг човека у његовим речима и делима, а нарочито у његовом изрицању истинске пресуде (ако се назива судијом) јесте *bono iustus* [добар праведан] или *judex iustus* [праведан судија], онда из тога нужно следи да је правда врлина приписивана закону, из којег судија у правосуђу изводи или треба да изведе и донесе пресуду која је тиме (као што је речено) *iudicium aequum* [правична пресуда]; лако говорити овде сагласно истини, шта правда може бити у тој пресуди а да није обликована и изражена сагласно обрасцу и усмерењу закона?“²⁴⁶ Будући да ниједна пресуда не може бити исправна ако није обликована сходно закону, из тога следи да правичност на основу које се доноси пресуда мора бити она за којом се тежи у том истом закону.²⁴⁷

Напослетку се поставља питање шта је правичност, чему је Хеик посветио највећи део своје књиге. Попут Аристотела и других потоњих узора, Хеик такође прихвата уверење да се правичност примењује на оне изузетно ретке, унапред непредвидљиве случајеве, који нису могли бити

²⁴⁴ На десетој страни свог дела Хеик ову исту мисао преписује и Аристотелу (*Политика*, књ. 5). Мени се чини да би се она пре могла преписати Платоновој *Држави*.

²⁴⁵ Edward Hake, *op. cit.*, pp. 10–11.

²⁴⁶ *Op. cit.*, p. 11.

²⁴⁷ *Op. cit.*, pp. 11–12.

обухваћени претходно донетом или прихваћеном општом нормом. Тако наводи да је и сам Пловден у својим *Коментарима*, поводом случаја *Eyston v. Studde*, рекао како нас искуство учи да ниједан законодавац не може да предвиди све ствари које се могу догодити,²⁴⁸ те да је стога уобичајено да се ова мана исправља правичношћу, која није део закона већ морална врлина која поправља закон. Из тога, с позивом на Аристотела и Пловдена, следи да је правичност исправност ваљаног судије који тумачи уопштено формулисан закон, а не исправност или праведност, садржана или прећутно претпостављена у том истом закону.²⁴⁹ Овај закључак је изузетно важан јер се, управо у неприхватању тог закључка, огледа особеност Хеика у односу на своје велике узоре.

Да би показао у чему је изузетност случаја у којима применом установе правичности треба исправити општу норму, Хеик наводи више примера. Први је закон у неком утврђеном граду по којем се странац, који се наоружан попне на беду око града, кажњава смрћу. Уколико се ипак догоди да неки странац без зле намере, пролазећи поред града чује повике да се непријатељи изненада приближавају граду, па се попне на зидине, обавести о томе стражу и тиме спасе град, поставља се питање да ли у оваквом случају треба применити поменути закон. *Epieikeia* одговара да не треба, пошто је противно природном закону да се добро узвраћа злом, па ни законодавац не би таквог странца огласио кривим да је био присутан.²⁵⁰

Сходно важећим правилима римског и других права, кад неки власник повери другом лицу своје покретне ствари на чување, овај је дужан да их врати оног тренутка када то власник затражи. Ако, пак, неки појединац, који је *compos mentis* (више не влада собом) или, како се то обично каже полуди, поставља се питање да ли је поменути пријатељ дужан да му мач врати на основу уговора о остави (*depositum*). *Epieikeia* одговара да не треба то да чини из два разлога. Први је заснован на природном закону који је ум; други на Божјем и природном закону. Први разлог има у виду да човек, који је сада *alienus a mente* (отуђен од себе), није оно исто лице које је раније дало мач на чување. Други разлог је да предаја мача у руке лудог човека може да доведе до убиства, које је противно закону Божјем.²⁵¹

Трећи је случај обичаја на неком острву по којем се крадљивац кокошке кажњава вешањем. На путу до Лондона трговац живином остави свог коња с товаром на том острву, па неки сиротан узме кокошку чија

²⁴⁸ Мало касније Елиот, Хеиков саговорник у овом дијалогу, још додаје, позивајући се на Пловдена, „да је немогуће да иједан закон обезбеди потпун и савршен смер за све појединости које се могу догодити.“ – *Op. cit.*, p. 9.

²⁴⁹ *Op. cit.*, p. 9.

²⁵⁰ *Op. cit.*, pp. 17–18.

²⁵¹ *Op. cit.*, pp. 18–19.

вредност не прелази једанаест цула. Мада би по важећем обичају требало да буде кажњен, *epieikeia* то пориче, пошто је то изван његовог значења и намере, иако је у оквиру његових општих речи.²⁵²

У четвртм случају човек ноћу улази у туђу кућу и једе месо и пије вино, чија је вредност већа од једанаест цула. По важећем праву то би била ноћна провала, док би по праву правичности за свако дело које наличи лупштву требало утврдити каква је била намера преступника.²⁵³

Баш као што је то и Аристотел чинио, Хеик не наводи стварне него хипотетичке примере. Вероватно је то учинио зато што је сматрао да су такви примери најпогоднији за уверавање, да се могу догодити и они изузетни случајеви када судија не би требало да примени дословно значење опште нормe.

Да би се боље истакла Хеикова особеност у поимању правичности и његово одступање од великих узора који су му претходили, треба најпре навести како их је он тумачио и разумевао. Посреди су Аристотелова *Никомахова еџика*, *Рейџорика* и *Полиџика*, Платонов *Криџиа* и *Криџион*, Пловденови *Коменџари...* и Сент Жерменова књига *Докџор и сџуденџи*. Иако је могао да подробније анализира Аристотелово поимање правде и правичности, Хеик једино наводи његову мисао *aequitas est correctio legis generalitum latae qua parte deficit* (правичност је широка корекција закона по класама чији део недостаје или је истргнут),²⁵⁴ што је у основи тачан али не дослован превод онога што је Аристотел рекао. Потом још додаје да се Аристотел и Перионис у потпуности слажу да је правичност исправљање општег закона или општости неког закона – исправљање које се придодаје закону или уноси у њега.²⁵⁵ На скоро исти начин и Пловден истиче да је правичност исправљање које се придодаје неком закону.²⁵⁶

Највећу пажњу Хеик је посветио Сент Жерменовом поимању правичности, што је и разумљиво, јер му је он не само непосредно претходио, него се и бавио изразитим особеностима енглеског права. За почетак он наводи следећу Сент Жерменову дефиницију: „Правичност је најмудрије право (*right*) које разматра све посебне околности дела, а које је ублажено најдражим милосрђем. У сваком закону и у сваком општем правилу увек се мора придржавати правичности као такве. И то је добро знао онај који је овако рекао: Закони жуде да буду уређени правичношћу.“²⁵⁷ Потом један

²⁵² *Op. cit.*, p. 19.

²⁵³ *Op. cit.*, p. 63.

²⁵⁴ *Op. cit.*, p. 7.

²⁵⁵ *Op. cit.*, p. 8.

²⁵⁶ *Op. cit.*, p. 7.

²⁵⁷ *Op. cit.*, p. 8. у Сент Жерменовој књизи то су странице 44–45.

мудар човек, чије име није наведено, вели: „Не буди превише у праву, јер најстроже право је највећа неправда... ако узмеш све што ти речи закона дају, понекад ћеш учинити нешто против закона.“²⁵⁸ Разлог који до тога доводи јесте чињеница да се за речи закона без правичности, која га усмерава ка његовом правом смислу, не може рећи да је закон, као што се ни за човека без разума, који усмерава његове делатности, не може рећи да је човек.²⁵⁹

Оно што налаже пресуђивање по правичности јесу сама природа опште норме и велика различитост постојећих околности на које она треба да се примени. Хеик се изнова позива на Сент Жермена који објашњава да се делатности људи, за које се прописују закони, одигравају на бескрајно различите начине, те да морају да оману у неким случајевима. Отуда, ако се следе речи закона, у неким случајевима ће то бити и против правде и против државе, па и самог закона као таквог. То је разлог што се у неким случајевима морају напустити речи закона и следити оно што ум и правда захтевају, због чега је и правичност установљена. Правичност, дакле, није ништа друго доли изузетак Божјег или природног закона, који је закон ума, од општости човековог закона.²⁶⁰

Управо у томе Хеик одступа од својих великих претхотника. Док је за Сент Жермена и Пловдена правичност установа исправљања или ублажавања строгости закона, а тиме и *common law*-а, да би се противно њиховим речима у неком изузетно особеном случају постигла индивидуалисана правда, Хеик је сматрао да је правичност као таква иманентна сваком закону, те да је дужност доброг судије да је открије и у датом случају примени. Сент Жермен и Пловден су сматрали да је правичност – ум, правда, морална врлина и исправност, који проистичу из природног и Божјег закона, те да су као такви изван важећих права.²⁶¹ Хеик, међутим, истиче да правичност није „ствар изван или поред закона“ или да је правичност судије а не закона, већ да се налази унутар самог закона, а задатак судије јесте да је примени сходно особеностима датог случаја, без позивања на саме речи закона.²⁶²

Оно што ове речи понекад не изражавају, а што се ипак налази у самом закону, то су циљ и сврха или дух садржани у њему, што заправо представља његов прави, истински унутрашњи смисао. Таквим разумевањем се највећма ограничава дискрециона власт судије и одбацује изрека „да је добар судија далеко бољи од најбољег закона који може бити донет“;

²⁵⁸ *Ibidem*. На стр. 12. своје књиге Хеик ове речи приписује Сент Жермену.

²⁵⁹ *Op. cit.*, p. 12.

²⁶⁰ *Op. cit.*, p. 13.

²⁶¹ Samuel E. Thorne, *op. cit.*, p. X.

²⁶² Edward Hake, *op. cit.*, p. 46.

што, иначе, за Сент Жермена и Пловдена не би било спорно. За разлику од њих, Хеик уместо изворне правичности, како се она разумевала још од Аристотела, поставља *ratio legis* којим судија треба да се руководи, чак и кад он није изричито и јасно одређен у свакој општој норми. Иако се на овај начин знатно сужава дискрециона власт судије у односу на раније пресуђивање Суда правичности, томе се ипак може доскочити. Тако се и раније тврдило да канцелар заправо не мења нити укида *common law*, већ га својим пресудама „само разрешава“ *per oblicum* (искоса) и тиме налази друго право.²⁶³

Хеик је отишао корак даље када је тврдио да *judicium aequum* (правична пресуда) може бити само правичност која се већ налази у закону. Другим речима, то није правичност судије или тумача закона која се споља уноси у закон, већ заиста јесте сама правичност закона.²⁶⁴ „Тако сада“ – вели Хеик – „ако би ме неки човек питао како и какву врсту правичности треба тражити у закону, ја бих му одговорио – *ex artis fontibus*, што ће рећи из истог закона. И ако би ме питао ко треба да је примени, ја бих му рекао – *per artificem*, што ће рећи од стране судије или тумача истог закона“.²⁶⁵

Хеик је такође покушао да оспори и изреку да је правичност *correction iustae legis* (исправљање праведног закона), коју он олако приписује Аристотелу. „Ја се не бих бојао“ – објашњава Хеик – „да ти одговорим да је значење тих речи у томе да правичност, која изгледа да је изван или поред закона (али је ипак унутар закона будући да је унутар значења закона), судија или тумач закона треба да примене на исти закон.“²⁶⁶

Овакво разумевање правичности је било изложено озбиљним приговорима које Хеик ставља у уста свог саговорника Елиота. Овај најпре понавља Хеиков исказ да *epieikeia* односно правичност није део или врлина која се приписује судији, него део или врлина која се приписује закону. А судија или тумач закона треба да је примени или унесе у закон онако како то налажу особености датог случаја, које нису изражене у општости закона. Стога, ако је правичност, каква год била, у неку руку део закона (као што је можда живот човека део њега самог) – упркос томе што је изван видљивог израза закона, што би се рекло изван изричитог слова закона, па стога, и поред свеколике вероватноће, не може без неких већих тешкоћа да се распозна – поставља се питање која се то намера онда може приписати судији када користи или не користи правичност.²⁶⁷

²⁶³ Samuel E. Thorne, *op. cit.*, p. X.

²⁶⁴ Edward Hake, *op. cit.*, p. 12.

²⁶⁵ *Op. cit.*, p. 14.

²⁶⁶ *Op. cit.*, p. 15.

²⁶⁷ *Op. cit.*, p. 16.

Да би одговорио на овај приговор Хеик најпре каже да правичност пре следи циљ него саме речи закона, што се практично своди на циљно тумачење. Уколико се догоди случај који би, подвођењем под речи закона, вероватно добио пресуду супротну закону Божјем или закону ума, шта би онда судија, иако се држи слова закона, могао да домисли у таквом случају, него да истражује намеру законодавца у скривеном значењу самог закона. Но, да ли има иједног обазривог судије који ће, када се бави таквим случајем, заборавити да размишља о изреци *summum ius summa injuria* (најстроже право највећа неправда)?²⁶⁸

Хеик на послетку одговара и на питање свог саговорника да ли сами људски закони допуштају да се тумаче изван или против њиховог слова, то јест дословног значења употребљених речи. Ствар је у томе – вели Хеик – да овде није посреди мењање закона, него проширење његовог значења. *Mutatio legis* и *correctio legis* су две различите ствари. Само исправљање закона не врши судија него је то дело правичности, која је душа и дух, а тиме и део закона. Оно што је *correctio legis* заиста, није оно на шта указују ове речи, него у свом истинском значењу треба да носи назив *correctio litere legis* (исправљање слова закона), као што се за чистији део човековог разума може рећи да исправља похотљивији и искваренији део исте личности. На основу свега тога може се закључити да се судија, приликом тумачења закона, понекад препушта правичности која му открива притајени смисао и скривено (али исправно и истинско) значење закона, који би иначе у свом слову био мртав.²⁶⁹

За Хеика је, дакле, кључно било питање у којој се мери мора придржавати слова закона, то јест његовог дословног значења. Он истиче да су тумачења изван и поред слова закона нужна и да на то упућује *epieikeia*, коју треба тражити у самом закону. Да би у том објашњењу био што уверљивији, он се послужио и одговарајућом метафором. Иако изгледа да је правичност у односу на слово закона (које је за закон оно што је месо за човека) изван самог закона, она је у односу на смисао закона (који је за закон оно што је дух за човека) у самом закону и тиме његов прâви и истински део, па се стога мудар и добар судија лако може открити у сваком закону. Коначно, иако се *epieikeia* не може сазнати у видљивом изгледу слова закона, она није изван њега него је *quiddam abstrusum vel absconditum in lege* (нешто тајновито и скривено у закону).²⁷⁰

Напослетку Хеик још једном наглашава своје схватање да је правичност инхерентна сваком важећем праву. Тако он у другом делу своје

²⁶⁸ Реч *injuria* дословно значи „неправо“, а у овом контексту означава и неправду. То потврђује и садржински истоветна изрека *summum ius summa iniustitia* – *Op. cit.*, p. 8.

²⁶⁹ *Op. cit.*, p. 28.

²⁷⁰ *Op. cit.*, pp. 28–29.

књиге о правичности у *common law*-у²⁷¹ Енглеске изнова наводи одговор адвоката на питање клијента: Ако за ову ствар немате никакво правно средство у *common law*-у, треба да га потражите у праву правичности. То само значи да *common law* није без правичности, нити да су правичност и *common law* различите ствари, подељене и одвојене једна од друге. Напротив, иако се каже да је правичност *adhibita legi* (додатак закону), то не треба разумети као да је правичност изван или поред закона (*the lawe*),²⁷² нити да је то правичност судије а не закона (*the lawe*). Судија само правичност, која је већ у закону, открива и примењује сходно особеностима случаја који је пред њим.²⁷³

Остаје још да се покаже како је у оквиру овако схваћене правичности Хеик замишљао улогу судова и њихове дискреционе власти приликом тумачења важећег права (како *common law*-а тако и статутарног права) и примене правичности у особеним појединачним случајевима. За разлику од ранијег некритичког прихватања практично неограничене власти Суда правичности, која се изводи из краљеве прерогативе, Хеик је одбацио сваку већу дискрециону власт суда. Позивајући се на Аристотелову *Полиџику*, Хеик каже да је по Аристотелу „најопасније да судијама треба да буде препуштена слобода да по своме тумаче законе“.²⁷⁴ У том случају „судија има власт изнад закона (*lawe*) да мења тај закон сходно својој слободној одлуци.“²⁷⁵ До тога нарочито долази кад се право и правичност међусобно супротставе, а правичност појми као изванредна, дискрециона и изузетна правда која је одвојена од права. По Хеику, међутим, дискреционог мењања важећег права, које се подводи под примену правичности, у праву не би смело бити.²⁷⁶

Једино што Хеик у том свом уверењу није увек био доследан. Пресуђивање по правичности, које је подразумевало велику дискрециону власт суда изведена из краљеве прерогативе, управо се развило за владе краљице Елизабете у добу када је Хеик живео и писао. Он и поред тога изричито тврди да се поступање супротно закону, с позивом на прерогативу, „никада ни у најмањој мери није видело, сазнало или чуло под

²⁷¹ Уместо израза *the lawe*, овде Хеик изнова наводи синтагму *common law*, што значи да је он увек превасходно имао на уму правичност у енглеском прецедентном праву, а тек потом у писаним законима.

²⁷² На овом месту Хеик изнова користи израз *the lawe*, под који подводи и *common law* и писане законе.

²⁷³ *Op. cit.*, p. 46.

²⁷⁴ *Op. cit.*, p. 25. У напомени 28. приређивач наводи књигу II, поглавље 8. Аристотелове *Полиџике*. У преводу на српски језик ја ту реченицу нисам нашао.

²⁷⁵ *Op. cit.*, p. 43.

²⁷⁶ Samuel E. Thorne, *op. cit.*, p. IX.

нашом најправеднијом, најрелигиознијом и најмилостивијом краљицом Елизабетом“.²⁷⁷ Било је то Хеиково приклањање власти под којом је живео и стварао.

Како је Хеиково разумевање природе правичности представљало битно одступање од начина на који је то раније чињено, почев од Аристотела па све до Сент Жермена, поставља се питање због чега је кренуо тим путем. По мом суду, два су разлога који су га на то навели. Први је дубоко уврежено расуђивање правника, који су заступали странке пред судовима *common law*-а, да судије приликом пресуђивања треба да се придржавају ранијих прецедената, да би адвокати унапред могли да предвиде и то саопште странкама како ће суд пресудити, што у случају Суда правичности баш није увек било извесно.

Други разлог је још важнији. Не само у правничким круговима већ и у Парламенту, крајева прерогатива, као правно неограничена власт на којој се заснивала надлежност Суда правичности, почела је да излази на зао глас. А тиме је и сама правичност, као исправљање или ублажавање важећег *common law*-а и писаних закона, постала спорна.

Да би избегао овај озбиљан приговор, Хеик је прибегао позивању на *ratio legis*, под којим је подразумевао разлог због којег је закон донет, односно циљ и унутрашњи смисао који његовом применом треба да се остваре. Тиме је правичност, чијом применом треба да се оствари *ratio legis*, учинио иманентним својством самог закона, уместо да се као правно средство налази изван закона. Управо тако и данас расуђују судије које, због поделе власти и строге законитости, тврде, да оне, и кад одступају од изричитог слова закона, само следе његов циљ и унутрашњи смисао.

СУКОБ ИЗМЕЂУ СУДИЈА *COMMON LAW*-А И СУДА ПРАВИЧНОСТИ И ЊЕГОВО РАЗРЕШЕЊЕ

Постепено успостављање судске надлежности канцелара, чиме је започео развој посебног права правичности, довео је најпре до подозрења судија које су примењивале *common law*, а потом и до њиховог отвореног противљења. За владе Хенриха VI Суд правичности је поступно добијао све већи значај, да би за владе Хенриха VIII задобио широку, скоро безграничну надлежност, захваљујући честољубивој мудрости и властољубљу тадашњег канцелара кардинала Вузлија (Wolsey).²⁷⁸ Током тог доба, судије које су примењивале *common law*, настојале су да ограние и потисну

²⁷⁷ *Op. cit.*, p. 84.

²⁷⁸ Justice Story, *op. cit.*, p. 25.

надлежност Суда правичности, који није пресуђивао само у случајевима у којима *common law* није пружао одговарајућа правна средства, него је путем забране спречавао тужиоца пред судом *common law*-а да на несавестан начин користи своја законска права, а нарочито изречену пресуду. Већ на измаку XV века број ових забрана убрзано се увећавао, да би под династијом Тјудора то доводило до све израженијих сукоба са судовима који су примењивали *common law*.

Те судије су разабрале да се њихов ауторитет и надлежност подривају и ограничавају, што, поред осталог, потврђује и следећи одговор једног правника на чувену расправу под насловом *Докџор и сџуденџи*: „Како он [канцелар] сме да издаје такву наредбу (*writ*) да би спречио краљеве поданике да у суду следе његов закон.“ На то је други правник, у памфлету под насловом *Мала расџрава о наредби (subpoena)*, узвратио да канцелар после свега једино допуњава закон, да би била задовољена истинска правда када се појаве сметње које проистичу из строгиности правила *common law*-а о поступку пред судом.²⁷⁹

Иако су се ови памфлети појавили релативно рано, у време када је овај спор још увек тињао, при крају владавине краљице Елизабете сукоб између судија које су примењивале *common law* и Суда правичности достигао је врхунац. Предмет овог спора било је питање да ли Суд правичности може да даје правно средство за или против пресуде изречене у суду *common law*-а, а водеће улоге у том спору имали су Едвард Коук и лорд Елсмир.

Едвард Коук је био један од највећих енглеских правника, који је после Бректона и Фортескјуа имао кључну улогу у успостављању владавине права (*rule of law*). После смрти сер Френсиса Гоудија (Francis Gowdy), он је 1606. године именован за председника врховног суда (the Court of Common Pleas). Било је то критично доба енглеске правне историје у којем су судови почели да стављају на пробу границе краљеве прерогативе, која је била правно неограничена власт.²⁸⁰ А како је круна одбијала да прихвати границе своје власти које су утврђивали судови, тиме је и отворен пут за потоњи грађански рат. Уз то су Тјудори у оквиру своје прерогативе уводили нове судове кад год су то, по њиховој процени, налагале дате околности, што је судове *common law*-а окружило новим и опасним супарницима.²⁸¹

²⁷⁹ Harold Potter, *op. cit.*, p. 13.

²⁸⁰ Прерогатива је била лична власт руковођења државом којом је располагао монарх. То је била извршна власт која се могла употребити по властитом нахођењу, пошто није била уређена претходно утврђеним правним правилима. Потоњи грађански рат је добрим делом представљао борбу против самовољне употребе ове власти и њеног задирања у легитимна права Парламента.

²⁸¹ G. W. Keeton, *op. cit.*, pp. 51–52.

Најпре је Коук оспорио право краља да сам пресуђује, што се иначе изворно сматрало његовом прерогативом.²⁸² Повод је била притужба архиепископа Бенкрофта (Bancroft) да се редовни судови, који су примењивали *common law*, мешају у надлежност црквених судова тако што су им забрањивали да решавају случајеве који су, по тумачењу зналаца *common law*-а, припадали световним лаичким судовима. Краљ је био склон да подржи архиепископа, па је позвао судије да им саопшти да су они само његови штићеници, те да стога у свако доба може да утврди које ће случајеве сам пресуђивати уместо судија које је поставио. Архиепископ је додао да је таква власт дата краљу по божанском праву, о чему сведочи реч Божја у Светом писму.

Коук је признао да по књигама краљ може да седи у Звезданој соби (посебном кривичном суду) и да се о појединим питањима саветује са судијама, али не и *in iudicio* (приликом пресуђивања), пошто само суд, а не краљ лично може да суди на основу права и обичаја земље. „Када је краљ рекао да сматра да је право утемељено у разуму и да он и сви други људи располажу разумом баш као и судије, ја сам“ – вели Коук – „одговорио да је Бог опскрбио његово величанство извршним знањем и великим даровима природе, али да његово величанство није вично законима свога краљевства Енглеске; да се правни спорови, који се тичу живота, наслеђа или иметка краљевих поданика, не пресуђују на основу природног (*natural*) разума, којим располажу сви људи, већ на основу образованог (*artificial*) разума,²⁸³ који се стиче дугим учењем и искуством пре него што човек стекне сазнање о њему, а да је закон био златан штап и мерило којим се решавају спорови поданика, које штити његово величанство у сигурности и миру.²⁸⁴ Ове Коукове мудре речи веома су повредиле краља и навеле га да каже да је издаја свака тврдња да краљ треба да буде под правом. На то је Коук узвратио позивом на Бректона који је рекао *quod Rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et lege* (краљ не треба да буде под човеком него под Богом и законом).²⁸⁵

²⁸² После освајања Енглеске од стране Нормана краљеви су били „извор правде“, па су у том својству бар повремено изрицали правду или су били саставни део судова који су то чинили.

²⁸³ У 26. поглављу *Левџајана* Томас Хобс (Thomas Hobbes) наводи следеће Коукове речи у којима се *artificial reason* квалификује као „вештачко савршенство разума“ (*artificial perfection of reason*), које се стиче дугим студијама, посматрањем и искуством“. Sir Edward Coke, upon Littleton, Lib. 2. C h. 6 fol. 97. b. У XVIII веку је у истом духу Вилијам Блекстон право оквалификовао као „савршенство разума (*perfection of reason*) које увек настоји да се томе саобрази, док оно што није разум није ни право“. – Willian Blackstone, *op. cit.*, p. 36.

²⁸⁴ Coke's Reports, Pt. XII 63. (1608).

²⁸⁵ Coke's Reports, Pt. XII 65. (1608).

Другу страну у овом спору поводом домашаја надлежности Суда правичности представљао је канцелар лорд Елмира, који је такође имао сјајну правничку каријеру. Кључан разлог који је довео до далекосежног сукоба између Коука и Елмира, судова *common law*-а и Суда правичности, била је чињеница да је овај Суд полагао право да својом наредбом натера неку странку да одустане од извршења пресуде, коју је изрекао суд *common law*-а, са објашњењем да је задобијена преваром или неким другим неправедним средствима. А непосредан повод био је *Earl of Oxford Case*.²⁸⁶ Реч је о спору који је претходно пресудио сам Едвард Коук, а који је тужилац изгубио због тога што је један од његових сведока на препређен начин спречен да дође на суђење. Оштећени тужилац се обратио Суду правичности са захтевом да се оптужени под заклетвом изјасни, што је овај одбио, па је био ухапшен због непоштовања Суда.

На Коуков подстрек, против лица која су поднела тужбу Суду правичности подигнуте су оптужнице због прекршаја закона (*Statute of Praemunire*), који је кажњавао одлажење из краљевих судова у неки други суд. Посреди је био закон који је био уперен против судске власти римског бискупа, у добу када је сукоб између енглеског краља и римског папе постао нерешив. Али је велика порота, иако је била под притиском једног од судија, одбацила ове оптужбе. У таквим околностима, када дође до сукоба између двају највиших судова, врховни арбитар је био краљ.

Пре него што се покаже како је овај спор разрешен, ваља приказати пресуду канцелара Елмира у *Earl of Oxford Case*, која овако започиње:

„1. Закон Бога говори у прилог тужиоца. Пета књига Мојсијева, XXVIII.

2. Правичност и добра савест у потпуности говоре њему у прилог.

3. Ниједан закон земље не говори против њега. Али тај закон и правичност треба да здруже руке у ублажавању и ограничавању свих крајности и тегоба.

По закону Божјем онај ко изгради кућу треба у њој и да пребива; онај који засади виноград треба и да бере грозђе у њему; а проклетство је на злима да треба да изграде куће а да у њима не станују, и да саде винограде а да не беру грозђе у њима. Пета књига Мојсијева, XXVIII, 30.

Ипак овде у овом случају таква је савест доктора, туженог, да би он да има куће, баште и воћњаке које није ни изградио ни засадио; али је канцелар увек исправљао такве покварене савести и наводио их да дају *quid pro quo* (једно уместо другог); јер само *common law* неће прихватити ниједан уговор као добар без *quid pro quo* или да се земља може пренети без одговарајуће накнаде; те стога правичност мора да види да је у овом случају извршена сразмерна исплата.“

²⁸⁶ 1 Ch. Rep. 1.

Потом је Елсмир још додао:

„Правичност говори као што Бог говори; али ви нећете утишати правичност, *прво*, јер имате закониту пресуду; *друго*, зато што је пресуда по закону... Поступци људи су толико различити и неодређени да није могуће донети неки општи закон који може прикладно да одговори захтевима сваког појединачног поступка, а да не омане у неким околностима. Уред канцелара треба да исправља људске савести у случају преваре, нарушавања поверења, неправди и насиља било какве природе да су и да умекшава и ублажава крајности закона, које се означавају као *summum ius*.“²⁸⁷

Напоследку је Елсмир упозорио да је канцелар по свом положају под краљем и да располаже апсолутном и неограниченом влашћу да пресуђује сходно ономе што је потврђено под заклетвом и доказано, док судије *common law*-а треба да пресуђују сходно строгим и уобичајеним (или ограниченим) овлашћењима.

У овој опсежној и далекосежној изреци Елсмир је навео све што се током два века сабрало у установи правичности. Најпре је нагласио да правичност проистиче из божанског права, чиме је заправо ставио до знања да она подразумева пресуђивање сходно јавном, превасходно хришћанском моралу, оличеном у савести. Важећи закони, каквигод да су, не могу бити противни савести, а главна сврха правичности јесте ублажавање и ограничавање свих крајности тих савести. Још је додао да правичност не могу утишати ни пресуде донете по важећем закону, чиме се недвосмислено супротставио Едварду Коуку. А главни разлог, који не само допушта него и налаже примену установе правичности, јесте неспособност законодавца да општим законима обухвати свеколику различитост свих могућних, а нарочито изузетних, унапред непредвидљивих случајева. Да би то поткрепио и тиме додатно оправдао употребу установе правичности, позвао се на изреку *summum ius summa iniuria* (највеће право највећа неправда). Најпосле је објаснио да, за разлику од судова *common law*-а који пресуђују по строгим и уобичајеним процесним и материјалним правилима, Суд правичности располаже апсолутном и неограниченом дискреционом влашћу, што значи да није везан и ограничен важећим законима.

Пошто у овом спору између Коука и Елсмира, судова *common law*-а и Суда правичности, ниједна страна није била спремна да попусти и одступи, спор је дошао пред Џемса I, што му је пружио прилику да утврди свој ауторитет. Он је одмах наложио Френсису Бекону,²⁸⁸ тадашњем вр-

²⁸⁷ 1. W.&T. at pp. 615–617; 1 Ch. Rep. 1.

²⁸⁸ Џемс I је унапред знао какво ће бити Беконово мишљење, пошто му је овај 1615. године упутио следеће писмо: „Ваше величанство зна да је ваш канцелар одувек главни саветник и средство монархије, које непосредно зависи од краља,

ховном тужиоцу, и осталим члановима Краљевског савета да истраже и проуче раније прецеденте од доба Хенриха VII, а они су му саопштили следеће мишљење:

„Нашли смо да постоји моћна тежња у пракси поступања Канцелара после пресуде и много пута после извршења у континуитету од почетка владавине Хенриха VIII до времена садашњег лорда канцелара, како за владе неколико краљева тако и током доба неколико канцелара, од којих су разни били учени људи у области права; а то је било у случајевима када за поданике нема правног средства у строгом *common law*-у на које су судије заклете.“²⁸⁹

Штавише, Френсис Бекон и други чланови Краљевског савета показали су да ова пракса није противна било којем закону, а да су у неким случајевима саме судије *common law*-а саветовале странкама да правно средство потраже у Суду правичности. Џемс I је наложио канцелару да настави с пружањем правних средстава по праву правичности, упркос било којем поступку у судовима *common law*-а, што ће бити у складу с изврсношћу и правдом и ранијом, древном и континуираном праксом канцелара.²⁹⁰ Уз то је навео и следеће разлоге којима се руководио:

„Сада, пошто су милост и правда истинске потпоре нашег краљевског престола; а нашој владалачкој служби управо припада да брине и обезбеђује да наши поданици имају једнаку и непристрасну правду која ће им се досуђивати; и када њихов случај заслужије да буде потпомогнут у поступку правичности парницом у нашем Суду Канцеларије (*Court of Chancery*), они не треба да буду напуштени и изложени страдању због строгости и крајности наших закона; ми такође заиста одобравамо, потврђујемо и оснажујемо праксу Суда канцеларије изражену у првој исправи као мишљења о законима (*statutes*) зарад права (*law*).“²⁹¹

У овом спору се поставило и питање да ли Суд правичности може да изда наредбу којом спречава извршење пресуде суда *common law*-а, донете у корист странке којој се упућује наредба. Џемс I је сматрао да је таква

па је стога по свој прилици сигуран и брижан чувар краљевских права.“ *Spedding*, V, 236; наведено према: *Lord Nottingham's „Manual of Chancery Practice“, and „Prolegomena of Chancery and Equity“*, Edited by D. E. C. Yale, Cambridge: at the University Press, 1965, p. 14.

²⁸⁹ G.W. Keeton, *op. cit.*, p. 53.

²⁹⁰ *Ibidem*.

²⁹¹ Kerley, *op. cit.*, p. 115.

одлука лорда Елмира исправна, „јер када је пресуда задобијена притиском и лошом савешћу, канцелар ће је осујетити и одбацити, не због било какве грешке или мане у њој, већ због мучне савести странке.²⁹² Тиме је Џемс I потврдио дотадашњу праксу Суда правичности – његово право не само да ублажава и исправља строгости и крајности важећег права, него и да наредбом, која обавезују *in personam*, осујећује примену пресуда судова *common law*-а, уколико се једна од странака послужила недозвољеним средствима, па због тога има нечисту савест.

Ма колико оваква одлука погодовала Суду правичности, она није била без лоших последица, јер га је представила као средство краљеве прерогативе и отелотворење његових божанских права. Посреди је, међутим, био много дубљи не само правни него и политички сукоб између краља и Парламента, црквених великодостојника и пуританаца који је довео до грађанског рата. Уз то се показало да је канцелар још увек био краљев министар чија је судска надлежност практично без икаквих ограничења, пошто тада још није постојала могућност жалбе против његових одлука. И што је било још неповољније, то је била сличност између Суда правичности и Звездане собе (*Star Chamber*) као већ тада озлоглашеног кривичног суда, на шта је 20. јуна 1616. године управо указао Џемс I када је рекао: „Канцеларија (*Chancery*) је независна од било којег суда и једино је под краљем: Ту је писано *teste me ipso*; од овог Суда нема жалбе... и људи виде у канцеларовој дискреционој власти, као што су видели у кривичној правичности Звездане собе, власт која се [може] злоупотребити у политичке сврхе.“²⁹³ Ова озбиљна мана Суда правичности отклоњена тек после Реставрације, док је Звездана соба престала да буде кривични суд са великом дискреционом влашћу.

КОНАЧНО УСТАЉИВАЊЕ ПРАВА ПРАВИЧНОСТИ КАО ПРЕЦЕДЕНТНОГ ПРАВА

Од самог почетка свог самосталног деловања канцелар је својим пресудама највећма ублажавао, па и исправљао крутост и строгост *common law*-а зарад правде у неком изузетном случају. За ту сврху релативно дуго су црквени великодостојници (бискупи и надбискупи) били најпозванији да пруже одговарајуће решење, када је изгледало да ће важеће право у да-

²⁹² R. P. Meagher, J.D. Heydon, M. J. Leeming, *Equity. Doctrine and Remedies*, Forth Edition, Australia: Butter-worths LexisNexis, 2002, p. 8.

²⁹³ *Reg. Lib.* by Sanders I, x (a); наведено према: D. E. C. Yale, „Introduction“, *op. cit.*, p. 12.

том случају бити сувише строго и мучно за једну од странака. А како су то биле *ad hoc* одлуке по савести датог канцелара без одговарајућег упоришта у претходно утврђеним правилима, која су иначе била својствена *common law*-у, најчешће се нису правили извештаји и годишњаци о њиховим пресудама. То је разлог што је из тог доба релативно мали број тих случајева био сачуван, и то најчешће само представка тужиоца, а врло ретко и сама пресуда канцелара.

Са устаљивањем Суда правичности и постављањем лаика на положај канцелара, дошло до битне промене. Број пресуђених случајева се знатно увећао, а канцелари су почели да се приликом њиховог решавања угледају на претходне пресуде у сличним случајевима, што је поступно доводило до стварања прецедентног права правичности. За то су најзаслужнији неколики канцелари који су били не само учени људи, него и врсни зналци *common law*-а, које су током своје правничке каријере и непосредно примењивали. Захваљујући њима, право правичности је постало образовани (*artificial*) разум у Коуковом смислу тих речи, који се стиче дугим учењем и искуством.²⁹⁴

До коначног успостављања права правичности као прецедентног система, на основу којег се може релативно поуздано предвидети како ће канцелар у сличним случајевима пресудити, дошло је после Реституције. Тада је увођењем права жалбе Дому лордова против канцеларове пресуде отклоњена и битна мана дотадашњег Суда правичности – могућност да као првостепени и једини суд понекад и погрешити. У свом *Левијатјану* Томас Хобс управо указује на могућност такве грешке. „Али, пошто нема судије нити суверена који би био непогрешив у суђењу по правичности, ако доцније у неком сличном случају он нађе да правичности више одговара супротна пресуда, он је дужан да такву пресуду донесе. Грешка ниједног човека не постаје његов закон, нити га обавезује да при својој грешци остане. Из тога истог разлога, изречена пресуда не постаје закон ни за друге судије, макар се заклињали да ће јој следовати.“²⁹⁵

Док је Хобс само упозоравао судију да његова ранија грешка не обавезује ни њега самог ни друге судије, право жалбе на првостепену пресуду Суда правичности почива на уверењу да такву грешку одмах треба отклонити другостепеном пресудом да не би ни једна страна у поступку била оштећена. Сама жалба није апсолутно јемство да судских грешака уопште неће бити, пошто и Дом лордова као другостепени суд може да погрешити, али се њоме могућност грешке знатно смањује. Ту могућност судских грешака имао је на уму и лорд Хеил (Hale) у својој расправи о

²⁹⁴ Alfred Henry Marsh, *op. cit.*, p. 78.

²⁹⁵ Томас Хобс *Левијатјан*, превео др Миливоје Марковић, Београд, Култура, 1961, гл. 26, стр. 244.

надлежности Дома лордова, када је рекао да „канцелар може да погрешити као и било који човек“, па је стога другостепена надлежност пожељна.²⁹⁶

Невоља је, међутим, у томе што и Дом лордова као другостепени суд може да омане, што је последица неотклоњиве склоности људи, чак и на највишим положајима, да из ових или оних разлога лоше расуђују и греше, тако да ваљана другостепена пресуда зависи од стручне способности и моралне исправности оних који је доносе. На ту могућност указао је лорд Нотингем јула 1678. године у случају *Earl of Feversham v. Watson*. Том приликом он је одбио да изда налог за извршење брачног уговора, пошто тужилац није испунио претходни услов нити доказао, да је на било који начин извршио своју дужност, позивајући се на правило да на земљи нема власти, која би могла да промени споразум странака, изузев њих самих. Након тога, по казивању лорда Нотингема (случај број 823),²⁹⁷ „брзо је упућена жалба Дому лордова, који је тада заседао и поништио одбацивање [тужбу], али је расправа трајала неколико сати, а да није било много говора“.²⁹⁸ По свој прилици нису били пресудни правни разлози, којима се руководио лорд Нотингем, већ утицај који је у Дому лордова имао тужилац.

Поред увођења другостепености у поступку пред Судом правичности, кључну улогу у коначном успостављању права правичности и његовом преобраћању у прецедентно право одиграли су, како то најчешће бива, умни и учени канцелари, који су били не само врсни правници, него и људи велике моралне снаге и одлучности да се строго придржавају једном постављених правила и начела. Међу тим великанима посебно се истичу лорд Нотингем (1673–1682), лорд Хардвик (1737–1756) и лорд Елдон (1801–1827), иако је било и других способних канцелара који су томе допринели. Захваљујући њима, право правичности, које је започело и током дугог времена било пресуђивање по савести датог канцелара, преобратило се у срећен и непротивречан систем правила, која омогућавају релативно поуздано предвиђање како ће Суд правичности поступити у сличним случајевима.

Најдубљи траг међу овим великанима оставио је лорд Нотингем, о чијој се улози као судије може поуздано закључити, пошто је сачувано чак 1.170 случајева које је он пресудио. Рођен је 23. децембра 1621. године са именом Финч (Heneage Finch), припадао је породици која је у XVII веку имала прослављене правнике, а и сам се образовао као правник *common law*-а. После Реставрације најпре је био високи судски чиновник круне

²⁹⁶ D. E. C. Yale, „Introduction“, *op. cit.*, pp. LXVII–LXVIII.

²⁹⁷ Посреди је број случаја који се наводи у књизи *Lord Nottingham's Chancery Cases*. Сви будући случајеви који су означени бројем потичу из ове књиге.

²⁹⁸ D. E. C. Yale, „Introduction“, *op. cit.*, p. LXVIII.

(*Solicitor General*), потом врховни тужилац (*Attorney General*), да би 1673. године постао лорд чувар великог печата, а потом и канцелар. Умро је 18. децембра 1682. године у својој шездесетпрвој години.

Његова велика заслуга била је у томе што је за само девет година од права правичности, које је подразумевало велику дискрециону власт канцелара приликом пресуђивања, створио кохерентан, логички доследан и у себи усклађен прецедентни систем, који је обезбеђивао правну сигурност и предвидивост будућих пресуда у сличним случајевима. Додуше, идеја да судови треба да следе своје претходне пресуде у сличним случајевима већ је била дубоко укореењена у *common law*-у, тако да је и раније Суд правичности био суочен с потребом да успостави какву-такву доследност у својем пресуђивању. Управо је то имао на уму и Едвард IV када је 1467. године наложио бискупу Роберту Киркхему (*Robert Kirkham*), приликом његовог именована за господара годишњака (*Master of the Rolls*), „да својства ствари које треба истражити у Суду правичности буду усмерена и одређена сходно правичности и савести и према старом правцу и земаљском обичају истога суда“.²⁹⁹ Притом налог да се поступа сходно старом правцу и већ устаљеном обичају Суда није био ништа друго доли захтев да се следе ранији прецеденти.

Иако се у XV веку реч „правичност“ ретко користила, а много чешће реч „савест“, ипак се и тада повремено појављивала синтагма „пресуђивање по праву“, која је означавала оно што је као установљено изван дискреционе власти судије. Тако је 1416. године Хенрих V усмерио свог канцелара да чини „право (*right*) и правичност“,³⁰⁰ то јест да обезбеђује оно право странака које је устаљено постојаним правним правилима.

Све су то ипак били само наговештаји, тако да је лорд Нотингем заправо био први и прави утемељивач прецедентног права правичности и зато је с правом назван „оцем енглеске правичности“. Пошто се као правник образовао у систему *common law*-а, за њега је прецедент представљао живот права, па је зато имао природну склоност да и право правичности устроји као систем начела и правила која се изводе из претходећих прецедената.³⁰¹ Захваљујући њему правичност је постала устаљени систем начела која су се брзо развијала, додатни систем прецедентног права који обезбеђује допунска правна средства и намеће додатне дужности – али још увек систем прецедентног права о којем се праве извештаји и које се уважава и поштује.³⁰²

²⁹⁹ Наведено према: D. E. C. Yale, *op. cit.*, p. XXXVIII

³⁰⁰ *Ibidem*.

³⁰¹ Harold Potter, *op. cit.*, p. 63.

³⁰² F. W. Maitland, *The Constitutional History of England*, p. 312.

Лорд Нотингем је успео у томе најпре захваљујући својим изванредним способностима и неподмитљивом интегритету. Имао је префињен дух, велику слободоумност погледа и темељито разумевање истинских начела правичности, тако да је био кадар да изведе доктрину из било којих уских и техничких појединости и до краја развије правду која истински помаже далеко изван циљева својих претходника. За девет година, током којих је председавао Судом правичности, изградио је правосудни систем на широким и рационалним основама, које су биле узор потоњим судијама, а самом Суду дале ново својство.³⁰³

Посебну пажњу заслужује његова изразита способност да овлада наизглед мање важним појединостима, којима разуђен правни систем и те како обилује, и да приликом суочавања с тананим разликама и преливима који извиру из сложеног сплета чињеница датог случаја, не изгуби увид у супстанцијална начела на којима право почива. Уз то је речитошћу успевао да својим пресудама да снажну убедљивост, захваљујући којој је отклањао сваку сумњу у начела на којима их је заснивао. То је чинио тако што је чисту логичку анализу једног филозофа здруживао с практичким духом правника, који се бави, за дати случај, релевантним појединостима. Било је дозрело време да правичност постане устаљено и кохерентно прецедентно право, а срећан случај довео на положај канцелара човека који ће то известити.³⁰⁴

Средином XVIII века Вилијам Блекстон, који је као правник одгојен у традицији *common law*-а, није био превише одушевљен правичношћу, могао је да каже да су судови правичности, као и било који други судови, везани чврстим и постојаним правилима те да нису слободни да чине оно што би судијама у датом случају изгледало часним и исправним. „Систем наших судова правичности“ – вели Блекстон – „развијен је и повезан систем, којим управљају успостављена правила и који је везан прецедентима од којих они [судови] не одступају, мада разлог неких од њих може бити одговоран за приговор...“³⁰⁵ Све ово и други случајеви који би могли бити наведени очигледно су правила позитивног права, покрепљена само уважавањем које се показује и које је углавном показано у серији ранијих одлука.³⁰⁶

Све је то била заслуга лорда Нотингема, за кога Блекстон каже да је био „обдарен продорним духом који му је омогућавао да открије и следи смисао правде, упркос запрекама проистеклим из уских и техничких сит-

³⁰³ Justice Story, *op. cit.*, pp. 26–27.

³⁰⁴ Harold Potter, *op. cit.*, p. 63.

³⁰⁵ Блекстон је имао на уму нека правила која нису била разборита, попут удовчевог доживотног уживања жениног имања под *trustom*, док се удовици није дозвољавао удео у имању мужа.

³⁰⁶ William Blackstone, *op. cit.*, pp. 824–825.

ница које су тада преовлађивале у судовима *common law*-а и несавршених замисли налажења лека у судовима правичности. Разлог и потребе човечанства, које су проистекле из велике промене својине, ширењем трговине и укидањем војног притежања права на посед, суделовали су у успостављању његовог плана и омогућили му да за девет година изгради правосудни систем и надлежност на широким и рационалним основама.³⁰⁷

Лорд Нотингем је заправо умногоме био родоначалник правичности, било да је с ваљаним и убедљивим разлозима поткрепио правила која је сам срочио или је изнео нове и уверљивије разлоге за већ затечена правила. Ово је било изузетно важно, пошто се правила без рационалног оправдања најчешће примењују на ћудљив и произвољан начин. Уколико се пак наведу и разлози које дато правило поткрепљују и оправдавају, тиме се подстиче и охрабрује преображај правичности у кохерентан систем правила која су међусобно усклађена и самоодржива.³⁰⁸

Приликом решавања појединачних случајева лорд Нотингем је био не само опрезан него и самокритичан. Допуштао је да и он као судија може да погрешити. Тако у случају *Child v. Baylie*³⁰⁹ вели да уколико би променио своје мишљење не би сматрао срамотом да одступи од њега. „Јер, ја сам као што су и други људи и имам своје пристрасности, као што их имају и други људи... знам да је врло вероватно да ћу погрешити, па стога не полажем право да сам непогрешив. То је питање у којем не могу да помогнем. У целој овој ствари ја сам под присилом и обавезом којима не могу да одолим. Човек се понаша врло лоше на таквом месту као што је ово, тако да су му потребна извињења за оно што чини.“

У обраћању новоизабраном председнику Врховног суда (King's Bench) 12. априла 1676. године само је потврдио да ни остале судије нису непогрешиве. „Немојте бити обесхрабрани ако вам се после свега догоди да западнете у заблуду или грешку. Ниједан човек никада није слободан од њих, па и људи на великим положајима најчешће су њима подложни. То је једини разлог што се сваки велики положај назива *locus lubricus* (клизавим местом), пошто заиста нема положаја који је тако клизав, па је мудар и добар човек десет пута више застрашен да ће се оклизнути на њему, него да ће склизнути с њега.“³¹⁰

Кључно питање у пресуђивању по правичности били су смисао и домашај савести. У ранијем добу канцелари су пресуђивали по савести као таквој, а да она није била ближе одређена. И мада је то требало да буде

³⁰⁷ Наведено према: D. M. Kerley, *op. cit.*, pp. 109–110.

³⁰⁸ D. E. C. Yale, *op. cit.*, p. CXXI–CXXII.

³⁰⁹ 3 Ch. Cas. at 52.

³¹⁰ D. E. C. Yale, *op. cit.*, pp. 318–319.

краљева савест, тако схваћена она је подразумевала велику дискрециону власт приликом доношења пресуда. Нотингем је такође подразумевао да канцелар пресуђује по савести када је рекао: „Док правима (*rights*) у *common law*-у управљају правна правила, правилима правичности управља савест.“³¹¹

Овакву улогу савести лорд Нотингем потврђује у већем броју својих пресуда. Тако у случају *Lawrence v. Berney* број 697³¹² из 1677. године поставило питање да ли треба извршити пресуду коју је тужилац као купац прибавио, а за коју је тужени као продавац тврдио да је неправедна. За Нотингема је неправедност ове пресуде била релевантна, што је изразио следећим речима: „Сматрам да је представка ваљана, јер иако неправда по себи није довољан разлог за испитивање и поништавање пресуде, навођење неправде је битно, пошто Суд савести никада неће неком новом пресудом с том сврхом извршити пресуду против савести.“³¹³

То међутим не значи да се пред Судом правичности свака пресуда судова *common law*-а може оспоравати због неправедности и тражити ускраћивање њеног извршења. Ако је пресуда неправедна или искварена – вели лорд Нотингем – све док не буде исправно промењена, с њом треба поступати као што се то чини с погрешним пресудама све док не буду поништене, што значи да њихово извршење треба потпомогнути у највећој мери коју Суд правичности може поднети. Но, ако је ранија пресуда по себи неправедна или искварена, онда се од судије не може очекивати да свој акт заснује на тако лошим основама. „Јер ја“ – закључује лорд Нотингем – „никада нећу оптеретити своју савест, потпомагањем очигледне неправде.“³¹⁴ А поводом преиспитивања судских одлука од стране Суда правичности, још једном је потврдио да овај Суд „никада неће потврдити досуђену казну противно савести“ (случај број 288).³¹⁵

Својевремено је лорд Енглисеј (*Anglesey*), чувар тајног печата (*Privy Seal*), рекао да Суд правичности није везан правилима, те да има право да користи ширину своје савести.³¹⁶ Али се од самог његовог устаљивања поставило питање колика је ширина те савести и да ли је она на било који начин уређена и ограничена. То је заправо било питање докле досеже дискрециона власт Суда правичности, а у којој мери се сâмо пресуђивање заснива на унапред утврђеним и свима познатим правилима.

³¹¹ *Op. cit.*, p. 103.

³¹² Ово је редни број случаја у збирци *Lord Nottingham's Chancery Cases*, коју је сабрао D. E. C. Yale.

³¹³ D. E. C. Yale, *op. cit.*, p. LXV.

³¹⁴ D. E. C. Yale, *op. cit.*, p. LXVI.

³¹⁵ *Op. cit.*, p. 196.

³¹⁶ *Op. cit.*, p. LXIX.

Лорд Нотингем се суочио са овим питањем 1678. године у *Earl of Feversham's Case*,³¹⁷ у којем закључује: „Па ипак правда је строга ствар и не зна ни за какву попустљивост, нити може себе везати неким људским згодама, а сама правичност би престала да буде Правда, ако њена правила и мере не би били одређени и знани. Јер, ако савест не би била дељена на основу правила науке, било би боље за поданике да уопште нема Канцеларије (*Chancery*), него да имовина људи треба да зависи од нахођења Суда који узима себи право да буде потпуно самовољан.“³¹⁸ Лорд Нотингем је тиме настојао да предупреди саму могућност, да дискрециона власт Суда правичности буде ћудљива и самовољна.

Том ограничавању могућне самовоље нарочито је допринело следеће Нотингемово разумевање савести као такве: „Са таквом савешћу која је једино *naturalis et interna* овај Суд [правичности] нема шта да ради. Савест по којој ћу ја поступати јесте само *civilis et politica* и везана је за одређену меру. Уз то је бескрајно боље за јавност да *trust*, сигурност или споразум, који су потпуно тајни, треба да доживе неуспех, него да људи изгубе своја имања пуком уобразиљом и маштаријом канцелара.“³¹⁹ У духу оваквог свођења савести на грађанску и политичку савест, а тиме и на јавни морал, могао је 1908. године судија правичности у Високом суду правде да каже: „Овај Суд није суд савести.“³²⁰ Индивидуална савест овог или оног судије више није била меродавна и то управо захваљујући лорду Нотингему.

Оваквим свођењем судске савести на јавни морал угледних и часних људи лорд Нотингем ипак није придао праву правичности ону строгост која је примерена егзактним наукама. „Срећом“ – вели он – „пошто право није егзактна наука, не само егзактна и строга логика него и безоблична дискрециона власт пружају могућност гипког расуђивања заснованог на постојећим начелима па правичност није била развијана – да прилагодимо језик лорда Коука – ’природним разумом него вештачким (*artificial*) расуђивањем и умом права.“³²¹ Та врста расуђивања пре свега смера правди у неком особеном и изузетном случају, али то није ни његова једина сврха, пошто је правна сигурност такође битан чинилац развијеног права правичности. Лорд Нотингем је био свестан да је праву правичности својствена напетост између одређености и гипкости, правне сигурности и индивидуалисане правде.

Највећа заслуга лорда Нотингема била је у томе што је поставио или још уверљивије засновао поједина начела на којима савремено право правичности почива. Данас се обично наводи дванаест таквих начела, о који-

³¹⁷ Случај број 823; 2 Freeman 35.

³¹⁸ *Op. cit.*, p. XLVI.

³¹⁹ *Op. cit.*, p. 371.

³²⁰ Buckley, J., *Re Telescriptor Syndicate*, 1908, 2 Ch., at pp. 195–196.

³²¹ D. E. C. Yale, *op. cit.*, p. CXXII.

ма ће касније бити речи. По једном од њих, онај који тражи правичност и сам мора бити правичан. Та изрека приписује се господару годишњака (*Master of the Rolls*) у 1688. години, који наводи да је пресудио случај „на основу овог правила. Онај који хоће да има правичност која би помогла тамо где то право [*common law*] не може, учиниће правичност оној истој странци против које потражује олакшање у правичности.“³²²

Изгледа да је ово начело настало знатно раније, а да је 1668. године само боље и јасније сročено. Лорд Нотинтем га је потом преузео и на основу њега пресуђивао у низу потоњих случајева. Године 1673. у случају број 19 он каже да тужилац „треба да има или свако право [*common law*] или сваку правичност... Уколико жели олакшање у правичности, он мора да поступа правично.“ Затим је 1776. године у случају број 382, у којем је тужени имао јако упориште како у праву (*common law*-у) тако и у правичности, рекао да „ако тужени тражи правичност, он мора да поступа правично...“ Потом је исте године у случају број 489 закључио „да тужилац у ствари правичности мора да поступа правично“. Коначно, 1681. године у случају број 1073 разлог на којем је почивала његова пресуда била је чињеница да „тужилац у ствари правичности увек мора бити спреман да поступа правично...“

Посебну пажњу заслужују сложенији случајеви *Comes Leicester v. Algernon Sidney* и *Henry Sidney, &c, &c contra* број 1013 и 1075 из 1680. односно 1681. године. У њима се поставило питање да ли је ерл Филип дужан да потврди одређене закупе и члановима породице исплати неколико наследних делова. Лорд Нотинтем је сматрао да ерл Филип, као тужени, једино може полагати право на олакшање, повраћај који он тражи, под условом да потврди закупе и заштити закупце, који би иначе били у опасности. „Јер тамо где ерл Филип захтева помоћ суда правичности, он треба да чини оно што је правично.“ А у поновном саслушању он је поновио свој став, да је „за овај суд противно правди да омогући ерлу да узнемири те закупце, које у савести не би требало да узнемирава, па је противно правичности да тужилац захтева повраћај, а да са своје стране није спреман да чини оно што [је] правично.“³²³

Још је био тежи спор број 19 између сер Томаса Хетона (*Thomas Hatton*) и сер Волтера Лонда (*Walter Lond*). Они су се споразумели да сер Томас прода сер Волтеру земље у Норфолку за 7.000 фунти стерлинга (фунти сребрних пенија), а сер Волтер је одмах исплатио 700 фунти, што је сер Томас осигурао уговором да ће до децембра сер Волтер упутити писано обавештење да одустаје од куповине, па ће сер Томас вратити овај новац. Сам уговор је осигуран обвезницом на 4.000 фунти стерлинга. Купопродаја није била извршена, а да обавештење о одустанку није било упућено, што

³²² 1 Ch. Cas. 97.

³²³ D. E. C. Yale, *op. cit.*, pp. LXI–LXII.

је навело сер Томаса да покуша да изнова прода земље. У својој пресуди лорд Нотингем је истакао да „сер Томас Хетон треба или да има свако право (*common law*) или сваку правичност. Ако се држи становишта да није законито да 700 фунти стерлинга врати, пошто није било одговарајућег обавештења о одустајању од погодбе, нека онда себи припомогне пред [судом] *common law*-а против казне због обвезнице. Уколико бих хтео олакшање у правичности, онда мора да поступа правично; али је против савести да задржи 700 фунти стерлинга на основу преступа због неизвршења погодбе... Стога налажем“ – закључио је лорд Нотингем – „да се средином лета сер Волтеру исплати 700 фунти стерлинга са каматом од тог тренутка...“³²⁴

Друго начело на којем почива савремена правичност јесте да је правичност пре свега једнакост. Оно је садржано већ у Аристотеловој *Никомаховој етици*, а 1682. године у случају број 1165, у којем се поставило тешко питање разлике између *trusta* и правних овлашћења, лорд Нотингем је приметио да „у великој већини случајева најбоља правичност јесте једнакост“. Потом је у случају³²⁵ из 1696. године лорд Сомерс (Somers) рекао „да правичност заиста ужива у једнакости, те да је расподела према Закону [о расподели] у највећем складу с природном правдом“.³²⁶

Поред уобличавања појединих начела на којима се савремена правичност заснива, лорд Нотингем је не само за своје него и за свако доба изрекао суд о томе какве судије треба да буду. У свом обраћању сер Томасу Џонсу (Thomas Jones), приликом његовог именовања за судију Врховног суда (*King's Bench*), лорд Нотингем примећује да има толико жалових маштарија, расутих на далеко, и толико популарних предрасуда, заснованих на њима, да је довољно да се опроба храброст и постојаност било ког човека, када је у прилици да иде против струје. „Верујте ми, господине, да онај кога ветрови и таласи могу да уздрмају, онај кога гомила може да наведе да је следи, онај који није отпоран *ardoru civiumu* (одушевљењу и обести грађана), тај никада напослетку неће бити *justus et tenax propositi* (праведан и постојан у начину живота). Јер, све се своди на исход да ли је човек поткупљен својим надама или својим страховима, својом грамзљивошћу или честољубљем, љубављу према новцу или љубављу према популарним аплаузима. Онај који има било коју врсту предрасуде, престаје да буде честит судија и било шта да јесте, она нарушава расуђивање и на послетку ће га и искварити.“³²⁷

Овим разматрањима о томе чега судије треба да се клоне, лорд Нотингем се придружио веома дугој традицији расуђивања најугледнијих

³²⁴ *Op. cit.*, pp. 9–10.

³²⁵ 1 P. Wms, 7, 9.

³²⁶ *Op. cit.*, p. LXIII.

³²⁷ *Op. cit.*, p. 313.

правника свих времена о томе какав праведан и частан судија треба да буде. Узоран пример је већ поменути постглосатор Лукас де Пена, који је истицао огромну одговорност судије који треба да достигне највећу моралну врлину и правду, да би био *nobilis vir* (племенит муж). При том је пре имао на уму племенитост духа и карактера него племство по рођењу, да би судија био вредан хвале (*laudabilis iudex*). Уз то је Лукас побројао и које изврсности судија треба да има. То су непристрасност, чврстина карактера, хуманост, добродушност, опрезност, објективност, слободоумност, истинска жеља да се чини правда, урођена мржња према неправди, слобода од предрасуда, несклоност духа ка претеривању и снажна побуда да се помогне сиромашнима. Судија такође треба да има и одговарајуће стручне способности, као што су критичко процењивање доказа, снажно развијена моћ анализе и закључивања, зрелост пресуђивања и мирноћу приликом истраживања чињеница, што се све своди на „памћење, интелигенцију и проницање“ (*memoria, intelligentia et providentia*).³²⁸

Једно од искушења с којим су се канцелари суочавали, нарочито после укидања Звездане собе (*Star Chamber*), кривичног суда који је располагао великом дискреционом влашћу и због тога био на злом гласу, било је пресуђивање по правичности у кривичном праву. Срећом, још су се средњовековни канцелари уздржавали да у ту област уђу, што их је могло довести до политичке пропасти, коју је доживела Звездана соба. Лорд Нотингем је био свестан ове опасности, па је у случају број 417 чак изразио своју несклоност да преузима надлежност у случају банкротства, које је у оно доба па и касније, имало својство кривичног дела.³²⁹

Но, као што то обично бива, иако је видео боље и даље од многих својих савременика, лорд Нотингем је ипак у понечему био и заробљеник свог мучног и суровог времена. Тако у случају број 223 *Lore v. Searl*³³⁰ закључио да су робови роба на трговачким рачунима, а да уколико капетан брода узме било којег црнца, који је део товара, дужан је да за њега плати.³³¹ Исто тако је преузео и предрасуду својих претходника и савременика према правном статусу ванбрачног детета. Тако у случају број 381 он каже, да у погледу наслеђивања „копиле не може имати сестрића (братанца)“, што значи да се по важећем праву таква крвна веза не признаје, сем у случају мајке и њеног ванбрачног детета.³³²

³²⁸ *The Medieval Idea of Law as presented by Lucas de Penna. A study in Fourteenth-Century legal Scholarship*, p. 111.

³²⁹ *Op. cit.*, p. CXXI.

³³⁰ Reg. Lib. 1674/5, B f. 397.

³³¹ *Случај број 314, Reg. Lib. 1675/6, A f. 189.*

³³² D. E. C. Yale, *op. cit.*, pp. 258–259.

Једна од великих заслуга лорда Нотингема била је кодификовање правила поступка пред Судом правичности. Данас је то превасходно законодавна надлежност, али у ранијем добу када су краљ и парламент ретко доносили законе, то је највећма била надлежност судова. И то је био разлог што је тај скуп процесних правила лорд Нотингем назвао „Приручником праксе Канцеларије (*Manuel of Chancery Practice*).“ Први такав зборник правила поступака сачинио је Френсис Бекон, али га је лорд Нотингем битно унапредио и проширио, тако да његов приручник садржи 305 одељака (чланова), с позивом на ранија правила претходних канцелара и судија и водеће прецеденте.

Првих пет одељака посвећено је преписивању поднесака и других аката. То се искључиво може чинити у Уреду шест судских службеника, након што се тужба преда и заведе. Ниједан препис поднеска узетог по налогу неће се правити, сем по упутству овог Уреда и тек кад буде откривен у присуству странке или њеног заступника. Уколико се неки спис узме из овог Уреда ради преписивања, мора се вратити у року од четири дана. Да би се спречиле злоупотребе од стране самих судских службеника, којих је по својој прилици раније било, за тај преступ био је предвиђен губитак положаја или запослења у Суду правичности, а онај који то открије и располаже одговарајућом спремом, биће *gratis* примљен у овај Суд. Овако радикалне мере и кажњавања и награђивања биле су изгледа неопходне, пошто је корупција у судству била прилично раширена. Као судија, лорд Нотингем био је изузетно поштен, па је имао не само правну обавезу него и морално право да слично поштење захтева и од свих запослених у Суду.

Поред уређења наплате судских трошкова од лица која су у иностранству или затвору, лорд Нотингем је забранио да се у тужбама, одговорима и другим обраћањима Суду користе изрази који представљају увреду или клевету на рачун трећих лица или странака, у стварима које су изван предмета самог спора. Таква казивања се избацују из судских списа, а починиоци кажњавају сходно дискреционој процени Суда. Правни заступницу који потпишу такве поднеске такође ће бити укорени и кажњени, онако како то овај Суд буде сматрао примереним.

Поред правила о обнављању поступка само у случају погрешне примене права (*error in law*), уобичајеном и превентивном саслушању сведока да би се сачувало њихово сећање о адвокатској тајни, нарочито су биле важне одредбе о забрани примања мита у самом Суду. Њима је, шесторици судских службеника и свим писарима и архиварима, било забрањено, да лично или преко посредника примају било какву награду зарад давања предности у неком спору или његовог решавања, изузев унапред одређене таксе. Такође је господару годишњака (*Master of Rolls*) било забрањено да прима или оверава писмене исказе под заклетвом (*affidavit*), све док нису

ваљано записани без замрљаних или избрисаних слова или уметања речи између редова или док их странка именом или знаком није потписала. Тиме се такође спречавала корупција, пошто се мрљама или накнадно уписаним речима могла битно променити садржина датог исказа.³³³

И поред својих великих заслуга за коначно уобличавање права правичности у кохерентан правосудни систем, чије се пресуде у значајној мери могу предвидети, лорд Нотингем је пропустио да подробније дефинише сам појам правде, без којег се право правичности уопште не може замислити, а камоли примењивати. Тај појам се, додуше, не само у Суду правичности него и у судовима *common law*-а, увек подразумевао, али судије, као правници практичари, нису осећале потребу да се њиме озбиљније позабаве. Од тренутка када је Канцеларија (*Chancery*) почела да пресуђује као посебан Суд правичности, она је изводила своју надлежност и из краљеве прерогативе, који се приликом крунисања заклињао да ће својим поданицима досуђивати *aequam et rectam justitiam*, што је, поред осталог, подразумевало и исправљање строгости позитивног права, које није, нити може бити, савршено правило за све могуће случајеве.³³⁴

Иако је лорд Нотингем у случају број 173 *Nurse & Yerworth*³³⁵ наводио Цицерона и Гроцијуса, он се никада није упуштао у дубље филозофско разматрање самог појма правде. Уосталом, велико је питање да ли и *common law*, у којем се Нотингем образовао и стекао професионално искуство, икада довинило до апстрактне замисли правде. Било је неких практичних правила, која се данас називају „природном правдом“, попут правила да нико не сме бити судија у властитом случају. Али је сувишно уопштавање увек било страно духу енглеског права. Уколико се сложимо с Коуком и њему сличним правницима, енглеско земаљско право је савршенство разума, па му никакво додатно промишљање није потребно.³³⁶ Такви правници би се вероватно сагласили с Паскаловом прагматичком дефиницијом да је „правда оно што је установљено; и отуда ће се сви наши установљени закони неминовно сматрати праведним и не будући испитивани, зато што су установљени.“³³⁷

На самом крају могло би се рећи да је лорд Нотингем био један од најбољих судија које је Суд правичности икада имао. А у времену када је личност судије имала много већи утицај него што је то било касније, начин на који је изрицао правду имао је упечатљиву ознаку његовог карактера. Холдсворт (*Holdsworth*) је, полазећи од Блекстона, дао следећи

³³³ D. E. C. Yale, *op. cit.*, pp. 7–12.

³³⁴ *Op. cit.*, p. 193.

³³⁵ 3 Swanston 614; R. t. Finch 155.

³³⁶ D. E. C. Yale, *op. cit.*, pp. CXXIII.

³³⁷ Блез Паскал, *Мисли*, Београд, БИГЗ, 1980, пети одељак 312 стр. 129.

добро промишљен суд о лорду Нотингему: „Његов успех делом дугује његовој умешности и генију, а делом чињеници да је време било зрело за почетак таквог утврђивања. Човек и могућност су се срећно поклопили. Стога било да посматрамо његов утицај на начела правичности као такве, морамо прихватити да он заслужује звање оца модерне правичности.“³³⁸

После пионирског рада лорда Нотингема, наступило је доба пажљиве систематизације коју је извршио лорд Хардвиг, за кога судија Стори вели да је „тај велики судија председавао Судом правичности током двадесет година, а да су његове бројне одлуке доказ најтемељитије учености, најизврсније способности и најелегантније правне анализе“.³³⁹ Он је наглашавао обавезујућу снагу судских прецедената у праву правичности.³⁴⁰ Притом његова заслуга није толико била у зачињању начела правичности колико у њиховом устаљивању.

Кључна недоумица с којом су се од лорда Нотингема суочавали сви канцелари било је питање да ли још увек треба задржати извесну дискрециону власт Суда правичности приликом решавања изузетно особенних случајева или, пак, због правне сигурности и какве-такве предвидљивости будућих пресуда, ваља строго следити раније прецеденте, како су то иначе чинили судови *common law*-а. Лорд Хардвиг је више био склон овој другој могућности. У писму лорду Кеимсу (Kaimes) он вели: „Неких општих правила мора бити, јер би у противном наступила велика неугодност од несталног и неодређеног права (*jus vagum et incertum*). Али ипак, Претор³⁴¹ не сме бити њима апсолутно и неменљиво везан, као што су то судије *common law*-а... Он понекад мора да изрекне пресуде које су у бити неправедне, пошто ни једно правило не може бити подједнако праведно приликом примене на целокупну врсту случајева, који су далеко од тога да су исти у свим околностима. То може да пружи основу за правично ублажавање чак и пресуда по праву правичности и да створи једну врсту надзачећа (*superfetation*) судова правичности.“³⁴²

У овом објашњењу битне су четири тврдње: 1) општим и постојаним правилима треба избећи неугодности несталног и неодређеног права; 2) суд правичности не може бити апсолутно везан таквим правилима попут судије *common law*-а; 3) нема општег правила које ће бити подједнако праведно баш у свим, а нарочито у изузетним случајевима и 4) због тога понекад треба ублажити и опште правило садржано у ранијем прецеденту права правичности, што је значило бар делимично одступање од њега.

³³⁸ Наведено према: D. E. C. Yale, *op. cit.*, p. CXXIV.

³³⁹ Justice Story, *op. cit.*, p. 27.

³⁴⁰ G.W. Keeton, *op.cit.*, p. 43.

³⁴¹ Под овим изразом лорд Хардвиг заправо подразумева канцerala.

³⁴² D. M. Kerley, *op. cit.*, pp. 175–176.

Својим пресудама лорд Хардвиг је знатно ограничио дискрециону власт потоњих канцелара, што је чак и лорда Елдона навело да закључи да правила правичности треба да буду одређена – иако не у потпуности – као и правила *common law*-а. У ствари, у правничкој јавности Хардвиговог доба било је изузетно моћно уверење да правна правила треба да буду што одређенија, а дискрециона власт судије што мања. Но, иако је после темељитог расуђивања поставио општа правна правила, а понекад и изричито изражавао намеру да то чини, он је упркос томе искрено одбацивао саму помисао да врши улогу законодавца.

Ову разлику између праве и привидне дискреционе власти судије можда је најбоље изразио Хардвигов савременик сер Џозеф Џекил (Joseph Jekyll, M.R.) у случају *Cowper v. Cowper*³⁴³ из 1734. године. „Пошто се за поступке по правичности каже да су *secundum discretionem boni viri*, када се пита *Vir bonus est quis?*, одговор је *Qui consulta patrum, qui leges jura que servant*. А у књизи случајева се каже да је та дискрециона власт наука, а не самовољни акт сходно вољама људи и приватним наклоностима. Отуда дискрециона власт која се овде врши треба да буде уређена правилима права [*common law*-а] и правичности, која се не супротстављају, него је свако у свом смеру од користи оном другом. Али ни у једном случају она [дискрециона власт] се не супротставља нити руши његове основе или начела, као што се понекад из незнања приписује овом Суду. Ово је дискрециона власт којом на основу устава не располаже ни овај ни било који други суд, чак ни највиши, када поступа као суд.“³⁴⁴

Оваквим објашњењем природе права правичности отворено је питање да ли то право, са сврхом коју је још Аристотел одредио, уопште може постојати ако се потпуно укине дискрециона власт суда приликом пресуђивања у изузетно особеним случајевима, који се не могу подвести под општа правна правила. То је имао на уму и Хардвигов савременик Вилијам Блекстон (1723-1780) када је рекао, да „не може бити никаквих установљених правила и утврђених прописа правичности, који су постављени, без разарања саме његове суштине и његовог свођења на посебно право“.³⁴⁵ А управо је у Хардвигово и Блекстоново доба право правичности постало устаљен прецедентни систем, који се све мање разликовао од *common law*-а. Или како је то сам Блекстон запазио: „Систем наших судова правичности јесте разрађен и повезан систем, уређен установљеним правилима и везан прецедентима, од којих они [судови] не одступају, мада разлог неких од њих може бити изложен приговору.“³⁴⁶

³⁴³ 2. P. W. pp. 735, 753.

³⁴⁴ D. M. Kerley, *op. cit.*, pp. 176–177.

³⁴⁵ „Introduction“, s. 2; наведено према: D. M. Kerley, *op. cit.*, p. 177.

³⁴⁶ William Blackstone, *op. cit.*, p. 824.

Трећи велики канцелар после Реставрације био је Џон Скот (John Scott), познатији као лорд Елдон. Извештаји о његовим пресудама сабрани су у тридесет и две књиге, на основу којих се могу закључити да је на њима засновано модерно право правичности. Један од многих приговора том праву био је да је оно недовољно одређено, што је адвокате доводило у приличне тешкоће када је требало саветовати клијенте да ли да се обрати Суду правичности. Томе је разлог била најпре неуједначеност ранијих пресуда, а потом и релативна оскудност извештаја о њима. Ту ману права правичности лорд Елдон је највећма отклонио строгим придржавањем прецедената и подвођењем под застарелост ранијих разлика у мишљењима.³⁴⁷

У свом писму Кенту лорд Елдон вели да је „себи обезбедио поштовање својих земљака супротстављањем искушењу, којем је често био изложен, да ствара начела и прецеденте који су усредсређени на тегобност посебног случаја“.³⁴⁸ Тај свој приступ пресуђивању по правичности лорд Елдон је можда најбоље изразио у случају *Gee v. Pritchard*³⁴⁹ из 1818. године. „Доктрине овог суда“ – вели лорд Елдон – „треба да буду добро установљене и једнообразне *скоро* [подвукао К. Ч.] као и оне у *common law*-у, постављањем утврђених начела, али водећи рачуна да она треба да буду примењена сходно околностима сваког случаја. Не могу да се сложим да доктрине овог Суда треба да мења сваки потоњи судија. Ништа не би у мени изазвало већи бол него присећање да сам ишта учинио да оправдам прекор да се правичност овог Суда мења попут канцеларовог стопала.“³⁵⁰

Реч „скоро“ (*almost*) у овој пресуди указује да лорд Елдон није имао на уму баш потпуно поистовећивање права правичности са строгошћу и крутошћу *common law*-а, пошто њен други део упућује на битну разлику између овог права и права правичности. Примена начела правичности саображава се околностима сваког појединачног случаја, што значи да се врши њихова својеврсна индивидуализација. А да би се то постигло, Суд мора да задржи одговарајућу меру дискреционе власти, чак и кад се она врши сходно добро сроченим правилима.³⁵¹

Упоредо с успостављањем својеврсног прецедентног права правичности, постепено се повећавао и број судија у Канцеларији (*Chancery*). Почетком XVIII века биле су само две судије – канцелар или лорд чувар

³⁴⁷ Harold Potter, *op. cit.*, p. 78.

³⁴⁸ D. M. Kerley, *op. cit.*, pp. 181–182.

³⁴⁹ 2. Swanst 402, at p. 414.

³⁵⁰ Алузија на чувену иронију Џона Селдена (John Selden) да се пресуђивање по савести канцелара мења зависно од величине његовог стопала, о чему ће касније бити више речи.

³⁵¹ G.W. Keeton, *op. cit.*, p. 48.

печата и господар годишњака. (*Master of the Rolls*), који је традиционално био одговоран за јавну архиву Суда правичности. Господар годишњака је пресуђивао поједине спорове, али није био надлежан за све случајеве. Самом канцелару одговарајућу помоћ пружали су службеници (*masters*) који су били и пресудитељи, па су у том својству могли да врше поједине процесне радње под његовим надзором. Временом је господар годишњака постао потпуно независни судија, да би за владе Џорџа II његова улога постала спорна, пошто није било јасно да ли он јесте или није нешто више од заступника канцелара. Године 1729. законом је одређена његова надлежност као самосталног судије, али је још увек било неких предмета које није могао да решава, док је канцелар могао да од њега преузме неки случај ради поновног саслушања и пресуђивања.³⁵² Године 1813. именован је подканцелар (*Vice-Chancellor*), а 1841. још два подканцелара, од којих трећи није био сталан све до 1852. године. Напослетку је 1851. године образован Апелациони суд у Канцеларији, који су чинили два лорда судије и сам канцелар. Тако је Суд правичности имао четири (четврти је био господар годишњака) првостепене судије, против чијих одлука се могла уложити жалба Апелационом суду, док је суд последњег призива био Дом лордова. Поводом жалбе он је могао разматрати не само правна него и чињеничка питања.³⁵³

Сам поступак у Суду правичности није се битно променио. У првом степену пресуђивао је само један судија. За разлику од судова *common law*-а, у Суду правичности није се могла сазвати порота, па је понеки предмет био упућиван суду *common law*-а да у њему поправа одлучи о чињеничким питањима, што је напослетку врло ретко практиковано. Поступак је покретан тужбом која је, за разлику од тужби у *common law*-у, увек имала исту форму. То је омогућавало да пресуђивањем по правичности буде прилагодљиво у различитим случајевима и да се развија како су то новонастале околности налагале. „И заиста, у поређењу с поступком *common law*-а, поступак по правичности је био релативно неодређен.“³⁵⁴

Ранији канцелари су највећма преузели поступак који се практиковао у духовним судовима, сходно којем се од туженог захтевало да одговори на наводе у тужби и да то учини под заклетвом. Том приликом је на постављена питања он требало да подробно одговори, а био је дужан да саопшти доказе који су ишли у прилог тужиоца. Додуше, то се није сма-

³⁵² Овако је улогу господара годишњака приказивао F. W. Maitland, док Snell у *Principles of Equity* тврди да се против његових пресуда могла уложити жалба канцелару. – *Op. cit.*, pp. 9–10.

³⁵³ F. W. Maitland, *The Constitutional History of England. A Course of Lectures Delivered*, pp. 466–468.

³⁵⁴ *Op. cit.*, p. 468.

трало давањем доказа против себе самог, него „разоткривањем властите савести“. И то је био један од разлога што се Канцеларија (*Chancery*) називала Судом савести, пошто се поред пресуђивања по савести канцелара, разоткривала и савест обеју странака.³⁵⁵ Захваљујући свему томе, право правичности се развило у велики скуп правила која су допуњавала *common law*. Такође је принудно остваривало поједине обавезе које *common law* није уважавало, и обезбеђивало одговарајућа правна средства, које судови *common law*-а нису давали нити су могли да дају.

После више од пет векова раздвајања па и међусобног супротстављања *common law*-а и права правичности, наступио је тренутак за њихово подвођење под исту судску надлежност. То је учињено правосудним законима од 1873. и 1875. године, који су ступили на снагу следеће године. Првим Правосудним законом (*Judicature Act*) од 1873. године укинута су сви стари судови: судови правичности (*Chancery*), *Queen's Bench*, *Common Pleas*, *Exchequer*,³⁵⁶ Суд за заоставштине и наслеђа (*Court of Probate*), Суд за развод брака и Адмиралски суд (*Court of Admiralty*). Уместо њих био је успостављен Врховни суд правосуђа (*Supreme Court of Judicature*), који је био подељен на Врховни суд правде и Апелациони суд изнад њега. Врховни суд је, по овом Закону, имао пет одељења: Канцеларију (*Chancery*), *Queen's Bench*, *Common Pleas*, *Exchequer* и одељење за наслеђе, разводе и морнарицу (*Admiralty*).³⁵⁷

Овим законима разлика између *common law*-а и права правичности није укинута. Она и даље постоји, али су од тада сви судови били надлежни да пресуђују и по једном и по другом праву, с тим да је то скоро искључиво било у области грађанског права. У случају сукоба међу њима предност је давана праву правичности, сходно одељку 25 Закона о правосуђу из 1873. године, који гласи: „Уопште узевши, у свим стварима које пре овога нису посебно поменуте, у којима постоји било какав сукоб или неподударност између правила правичности и *common law*-а, која се тичу исте ствари, правила правичности однеће превагу.“

Сврха овог Закона није била да промени субјективна права која почивају на овим двама гранама права, него да поједностави поступак и странке поштеди од тога да иду од једног до другог суда у потрази за правдом. Зато је овластио сваки суд да решава спорове било по праву правичности или по *common law*-у, „тако да, колико је то могућно, све

³⁵⁵ *Op. cit.*, pp. 469–471.

³⁵⁶ Као што је то већ напоменуто, ови називи се тешко могу превести. *Common Pleas* је био суд надлежан за грађанско право, *Exchequer* је било државно управно одељење за контролу финансија, док је *Queen's* односно *King's Bench* био надлежан за све остале, а нарочито за кривичне спорове.

³⁵⁷ F. W. Maitland, *Equity also the Forms of Action at Common law*, p. 15.

ствари... у спору између... странака могу да буду потпуно и коначно решене, а да се избегне свако умножавање правних поступака поводом било које од таквих ствари“.³⁵⁸

После 1875. године више није било сукоба између права правичности и *common law*-а. „Правичност је дошла не да разори право [*common law*] него да га испуни.“³⁵⁹ Сваку ситницу и свако право треба уважити. Али када се све то учини, нешто би још увек могло бити неопходно, нешто што би правичност захтевала. Раније је наравно било сукоба, па је сер Едвард Коук чак оптужио човека који се тужбом обратио Суду правичности зарад добијања забране. Но такви сукоби припадају старијем добу и њих већ два века пре 1875. године више није било, пошто су обе врсте енглеског права у узајамном складу.³⁶⁰

СУКОБ ИЗМЕЂУ СЛОБОДЕ И ПРЕРОГАТИВЕ, ПРАВНЕ СИГУРНОСТИ И ПРАВИЧНОСТИ

Поред замисли правичности у петој књизи *Никомахове еџике* и у *Рейџорици 1*, Аристотел је у *Полијици* такође развио и својеврстну идеју владавине права, без које није могућна поуздана и сигурна слобода.³⁶¹ Пресуђивањем по правичности обезбеђује се правда у изузетно особеним и унапред непредвидивим случајевима, док владавина права односно општих закона ограничава самовољу власти и јемчи какву-такву неприкосновеност индивидуалне слободе. Аристотел се, међутим, у радovima који су нам претекли, није бавио напетостима, па и сукобима који се могу појавити између правне сигурности и правичности, слободе и велике дискреционе власти судија, без које пресуђивање по правичности уопште није могуће. Поред могућности да се тиме бавио у неким од изгубљених радова, један од разлога за то пропуштање јесте и чињеница да су у Атини пресуђивали породни судови, чија пракса, због њене несталности па и произвољности, није заслуживала неко озбиљније разматрање. На то указује и чињеница да приликом излагања о правичности у десетом поглављу пете књиге *Никомахове еџике*, Аристотел наводи хипотетичке, а не стварне примере.

³⁵⁸ Judicature Act, 1873, s. 24, sub-s. 7.

³⁵⁹ F. W. Maitland, *Equity*... p. 17.

³⁶⁰ *Ibidem*.

³⁶¹ О томе види: Коста Чавошки, *Право као умеће слободе. Оглед о владавини људског права*, Београд, Издавачка задруга „Политика и друштво“, Издавачка агенција „Драганић“, 1994, стр. 20–23.

Приликом пресуђивања по правичности рани канцелари располагали су великом дискреционом влашћу, која је проистицала из краљеве прерогативе. У XIII и XIV веку канцелар је вероватно сматрао да приликом изрицања правде не примењује неки посебан скуп правила, него је настојао да да право средство и олакшање у тешким случајевима, оним споровима који се нису могли подвести под опште правило садржано у претходним пресудама или га је прописао сам законодавац. Пошто су ти ранији канцелари најчешће били прелати (бискупи или надбискупи), који су били упућени не само у канонско него и римско право, они су налазили *ad hoc* решења сагласно властитом расуђивању шта је исправно и праведно, а шта погрешно и неправедно.³⁶²

Римски правници нису имали представу да раније пресуде имају обавезајућу снагу, него су радије дедукцијом изводили решења из општих правних начела. Прелати у својству канцелара задржали су за себе исту слободу, тако да Канцеларија није имала ништа што би одговарало годишњацима (*Year Books*), који су садржавали пресуде по *common law*-у. Тек после Реформације променили су се и канцелари и начин њиховог пресуђивања.³⁶³

Оно чиме су се руководили ти ранији канцелари била је пре свега њихова властита замисао о томе шта Божје право у истину јесте и какве обавезе оно налаже, па су из те замисли изводили и одговарајуће решење датог спора. Овакав начин расуђивања био је утолико уверљивији што су они своју надлежност изводили из краљеве прерогативе, која је дуго времена била правно неограничена власт. Па како су тадашњи краљеви располагали влашћу по милости Божјој, било је сасвим логично и уверљиво да они, с позивом на своју прерогативу, могу понекад и да прекрше законе земље.

Краљ је уз то био и највиши извор правде, која је у Енглеској дуго времена имала предност у односу на слободу. Отуда су тадашњи канцелари, као заступници краљеве савести, уживали велику дискрециону власт приликом ублажавања, па и исправљања строгости важећег права зарад правде у неком изузетном случају. Већ тада су припадници ондашњег Парламента наслућивали да такво пресуђивање канцелара нарушава правну сигурност, а тиме и слободу, што их је наводило да повремено улажу приговоре. Притом је пресуђивање канцелара по правичности био само повод, а прави разлог противљења Парламента био је свеколики обухват краљеве прерогативе, као правно неограничене власти.

У ствари, већ од Велике повеље о слободама из 1215. године тиња сукоб између краља и његовог духовног и световног племства, окупљеног у Парламенту, што је у исти мах био и сукоб између слободе и прерогативе.

³⁶² Hanbury & Martin, *Modern Equity*, Ninteenth Edition, by Jill E. Martin, London: Sweet & Maxwell, 2012, p. 7.

³⁶³ G. W. Keeton, *op. cit.*, pp. 35–36.

У XV веку он се продубљује и као сукоб између правне сигурности и правичности, између строгог придржавања правила *common law*-а и њиховог ублажавања, па и исправљања зарад правде у изузетним случајевима. И тек с окончањем династије Стјуарт на енглеском престолу, искорењена је вера у божанско право краља и неограничени домаћај његове прерогативе, да би истовремено било оспорено и полагање права раних канцелара на безобалну, ничим ограничену јурисдикцију у тешким случајевима.

Пре коначног одбацивања ове доктрине учени Џон Селден подвргао је скоро неограничену власт канцелара далекосежној критици и горкој иронији, коју су потом многи наводили као повод за своја расуђивања о праву правичности. Правично је – вели Селден – по свом духу истоветно религији, од које свако може да начини оно што хоће. Они који пресуђују по правичности, то понекад чине по савести, некада по важећем праву а понекад следе праксу Суда правичности. Све су то разлози – закључује Селден – што је „правичност скитничка ствар, док за право [*common law*] имамо меру, па знамо у шта верујемо. Правичност је сагласна савести онога ко је канцелар, па како је ова шира или ужа, таква је и правичност. Она је све то, па као кад би они требало да сачине стандард за меру, то би било ово: Један канцелар има дугачко стопало, други кратко, а трећи осредње; иста је ствар и с канцеларовом савешћу.“³⁶⁴

Изгледа да Селден није био први који је разноликост савести појединих канцелара поистоветио с различитошћу дужине њихових стопала. То је пре њега учинио Вест (*West*) у својој *Symboleography*-ји када је Канцеларију упоредио „с радњом обућара која је добро снабдевена свим врстама и облицима различитих величина [ципела] за људско стопало, где сваки човек може бити сигуран да ће наћи своју величину или неку другу која му може одговорати, било да је велики или мали“.³⁶⁵

Ово Вестово поређење је мало ко помињао, док је Селденова алегорија учестано навођена. Па чак и кад то није изричито чињено, она се подразумевала у свим озбиљнијим критикама правичности. Један од таквих критичара био је и Блекстоун који, иначе, није био наклоњен Суду правичности. Његова неограничена власт била је, по Блекстоуну, последица малолетности судова правичности, пре него што је њихова надлежност била устаљена. Уз то је посезање канцелара за неограниченом влашћу приписивао како њиховом непознавању права (пошто су учестало били бискупи и државници), тако и њиховом честољубљу и жудњи за што већом влашћу, на шта их је подстицала и чињеница, да су у њиховом добу произвољност и самовлашће представљали преовлађујући дух времена. То је

³⁶⁴ *Table Talk of John Selden*, Edited by Sir Frederick Pollock, London: Quaritch, 11 Grafton street, 1927, p. 43.

³⁶⁵ Наведено према: D. E. Yale, *op. cit.*, p. XLI.

био разлог што су они, зарад исправљања ускогрудости и неправедности појединих пресуда судова *common law*-а, присвајали неограничену власт које су се још пре једног века одрекли потоњи канцелари. Раније пресуде Суда правичности биле су, по Блекстону, по својој природи изненадна *ad hoc* решења, с већом исправношћу намере него познавања датог предмета. И нису биле засноване на устаљеним и постојаним начелима, па нису ни могле бити коришћене као прецедент.³⁶⁶

У овој критици судија Стори отишао је много даље. „Уколико је Суд правичности у Енглеској заиста поседовао неограничену надлежност, која му се обично приписује, да исправља, контролише, ублажава па и поништава право [*common law*], а да примењује сва права као и мило-срђа, који проистичу из природног права и правде, и да себе ослободи сваког ублажавања правила и прецедената, то би било“ – закључује судија Стори – „најсилније по свом утицају и најстрашније средство самовољне власти које би могло бити смишљено. Оно би буквално ставило сва права и својину заједнице под самовољу судије.“³⁶⁷ Они писци који су били суочени са сукобом између Врховног суда Сједињених Америчких Држава и председника Франклина Рузвелта (Franklin D. Roosevelt) вероватно би још додали да је енглески Суд правичности био оличење судократије.

Ако би Суд правичности заиста користио ничим ограничену дискрециону власт, њему би по Сторију, биле примерене и следеће речи Вилијама Блекстоуна: „Укратко, уколико је суд правичности у Енглеској заиста поступао, како су то многи одрешити писци (на основу теорије) претпоставили да јесте, он би се уздигао изнад сваког права, било *common law*-а или статутарног права, и био би најсамовољнији законодавац у сваком посебном случају.“³⁶⁸ То је, међутим, тако далеко од тога да буде истина – закључује Стори, да једна од најчешћих изрека на основу којих Суд правичности свакодневно делује, јесте, да „правичност следи право и настоји да себе води аналогијама тог права“.³⁶⁹

Најдаље у овој критици отишао је лорд Кемден (Camden) када је приватну и неограничену дискрециону власт овако окарактерисао: „Дискрециона власт судије је закон тирана; она је увек непозната; она је различита у различитим људима; она је казуистичка и зависи од нарави, склоности и расположења [судије]. У најбољем случају она је често хир; у најгорем случају она је сваки порок, лудост и страст којима је људска природа подложна.“³⁷⁰

³⁶⁶ William Blackstone, *op. cit.*, pp. 825–826.

³⁶⁷ Justice Story, *op. cit.*, p. 13.

³⁶⁸ William Blackstone, *op. cit.*, p. 825.

³⁶⁹ *Cowper v. Cowper*, 2P Wms. 753. – Justice Story, *op. cit.*, p. 14.

³⁷⁰ Lord Campbell, *The Lives of the Lord Chancellors*; наведено према: Alfred Henry Marsh, *op. cit.*, 109.

Оваква критика дискреционе власти Суда правичности јесте не само претерана, него и противна свакој озбиљнијој теорији тумачења права. У начелу, увек постоји већи или мањи јаз између општег правног правила, с једне, и датог појединачног случаја, с друге стране, тако да судија располаже мањом или већом слободом избора када доноси одлуку под које ће опште правило подвести дати случај, поготово ако се тај случај, због својих разноликих својстава, у исти мах може подвести под два слична општа правила. Другим речима, судија чак и кад би хтео не би могао бити пуки логички аутомат који би, без икакве слободе процењивања и пресуђивања, само подводио дати случај под опште правило. Уместо тога, он увек процењује и бира, чак и кад је та слобода избора релативно мала и скоро неприметна. Утолико пре он мора да слободно одлучује када се појави изузетан случај, који законодавац не само да није предвидео него, због његове реткости и изузетности, није ни могао да предвиди. Ово се наравно односи и на прецедентно право када се појави изузетан случај, који се не може подвести под дотадашње прецеденте. Тада је судија суочен с двоструким избором. Најпре треба да одлучи да ли је тај изузетан случај уопште правно питање које суд треба да реши и потом, ако је прва одлука потврдна, какво је изузетно, до тада непрактиковано решење у том случају примерено.

Унеколико умеренију, али ипак, по мојем мишљењу, неутемељену критику дискреционе власти Суда правичности изложио је лорд Менсвилд. „Дискрециона власт када се тиче Суда правичности значи успешну дискрециону власт руковођену правом [*common law*-ом]. Њома мора да управља правило, а не расположење [судије]. Она не сме бити самовољна, неодређена и претерана, него законита и прописана.“³⁷¹

Управо ово казивање лорда Менсвилда показује колико је у Енглеској новијег времена било раширено неразумевање природе дискреционе власти. Она унапред може бити уређена само процесним, али не и материјалним правилима, јер у противном уопште не би било дискреционе власти. И све што се може учинити када је посреди дискрециона власт, јесте утврђивање циља – законом или прецедентним правом – зарад кога се она врши. Утолико је она увек мање или више неодређена и унапред у већој или мањој мери непредвидљива. Оно што се у добро уређеном правном и правосудном систему може постићи, то је извесно ограничавање дискреционе власти и њено свођење у сношљиве границе, али никако њено потпуно укидање. Једино је питање чиме судије треба да се руководе када пресуђују по правичности. У времену првобитног успостављања независне надлежности Суда правичности, прећутно се подразумевало да то треба да буду Божји и природни закони, а почетком XVII за владе Џемса I у једном памфлету под називом „Злоупотребе и правна средства

³⁷¹ Rex v. Wilkes, 4 Bur. 2539.

Канцеларије“, истиче се да судије треба да поступе „према правилима добре савести руковођене Божјом речју и одређеним знањем закона земље који су томе прикладни“. ³⁷² Једва да треба рећи да се тада пре свега имао на уму јавни, то јест хришћански морал. Када се данас судија суочи с недовољно одређеним правним нормама, а нарочито правним празнинама, он би требало да се приликом пресуђивања по правичности руководи правним вредностима, а нарочито правдом.

О самом смањивању и ограничавању дискреционе власти учестало се писало у новијим расправама и књигама. Тако де Лолм (De Lolme) истиче да су судови правичности били „једна врста нижег експерименталног законодавца који се непрестано бави налажењем и обезбеђивањем правних средстава за оне врсте случајева за које ни судови *common law*-а ни законодавац нису нашли умесним или практичним да их установе“. ³⁷³ Судија правичности такође треба да своје одлуке усагласи са ранијим пресудама које је доносио његов Суд, због чега се чува његова архива. На тај начин овај судија самим вршењем своје надлежности непрестано смањује њен арбитрарни део. Захваљујући томе, сваки нови пресуђени случај и сваки прецедент који он успостави постају камен међаш односно граница, коју он и његови следбеници на том положају треба касније да уважавају. ³⁷⁴

На основу овог излагања могао би се стећи утисак да судови правичности не само поступно смањују своју дискрециону власт, већ и да се приближавају исходу када ње више неће бити. Тако проф. Милар (Millar) истиче да су право и правичност у непрекидном напредовању, те да оно прво непрестано потискује ово друго. Свако ново и изузетно уметање дужим временом се преобраћа у старо право, па се велики део онога што је данас строго право раније сматрало правичношћу. Отуда ће и пресуде по правичности овога доба неизбежно бити увршћене у строго право будућег доба. ³⁷⁵

Уколико би се ово поступно сужавање и смањивање дискреционе власти судије правичности схватило као прогресија *ad infinitum*, на коју упућују ова разматрања, испало би да на самом крају тог поступног напредовања дискреционе власти више не би било. По мојем суду, такав закључак би био погрешан. Тачно је да се с успостављањем прецедентног права правичности поступно смањује могућност коришћења дискреционе власти за решавање затечених тешких, односно изузетних случаја. Али се с развојем друштва увек изнова појављују нови такви случаји, које не само законодавац него и судови нису могли ни да наслуте, а камоли да предвиде.

³⁷² Alfred Henry Marsh, *op. cit.*, p. 110.

³⁷³ *Op. cit.*, pp. 108–109.

³⁷⁴ *Op. cit.*, p. 109.

³⁷⁵ *Op. cit.*, p. 139.

У свом раном добу Суд правичности започео је своју творачку улогу у енглеском праву као Суд савести. То је било време у којем је овај Суд користио велику дискрециону власт. Временом се она смањивала, али је овај назив остао, па је и лорд Хардвиг користио тај израз. Тако је 1755. године у случају *Scroggs v. Scroggs*³⁷⁶ рекао: „Овај Суд је Суд савести. Даћу своје мишљење у овом случају сходно својој савести...” То, међутим, није значило да је канцеларова одлука била произвољна, пошто је приликом коришћења своје дискреционе власти био ограничен правилима правичности. Та правила су, по његовом мишљењу, била и обухватна и прилагодљива, а средства права правичности дискрециона, док је понашање странака било битан чинилац приликом одлучивања да ли и до које мере ова дискрециона власт треба да буде коришћена.³⁷⁷

Већ у доба лорда Елдона почетком XIX века правила правичности постала су утврђена и постојана као и правила *common law*-а: *rigor aequitatis*.³⁷⁸ Ова строгост права правичности настајала је тако што је Суд приликом решавања спорова поступао по унапред утврђеним начелима. Границе његове дискреционе власти биле су јасно и поуздано одређене, тако да се право правичности поступно изграђивало као устаљен прецедентни систем који се у правно-техничком погледу није много разликовао од *common law*-а. Својства датог случаја Суд је подводио под сложене елементе већ устаљене доктрине, чиме је стварао другу грану права, упоредо са већ устаљеним *common law*-ом.³⁷⁹ То је навело Хермена (Harman L.J.) да 1961. године закључи да је „од лорда Елдона систем правичности, и за добро и за зло, постао врло одређен, па је правична јурисдикција једино вршена по добро познатим начелима.”³⁸⁰

Године 1948. Апелациони суд је ставио до знања да пресуђивање по праву правичности не значи исправљање свих могућих неправди за које *common law* не пружа одговарајућа правна средства. „... Уколико у правичности постоји захтев, мора се показати да има претечу у историји, као и у пракси и прецедентима судова који су били надлежни за пресуђивање по правичности. Није довољно да због тога што можда мислимо да 'права' садашњег случаја то захтева, треба и да по први пут изумимо такву надлежност.”³⁸¹

³⁷⁶ Amb. 812, 814.

³⁷⁷ George W. Keeton and L. A. Sheridan, *Equity*, pp. 46–47.

³⁷⁸ Carleton Kemp Allen, *Law in the Making*, Seventh, Edition, 1964, p. 417; наведено према *Snell's Principles of Equity*, p. 10.

³⁷⁹ G.W. Keeton, *An Introduction to Equity*, p. 9.

³⁸⁰ *Campbell Discount Co. Ltd v. Bridge*, 1 Q.B. 445 at 459.

³⁸¹ *Re Diplock*, Ch. 465, 481–482.

Све су то били разлози који су спречавали олако коришћење дискреционе власти зарад правде у неком, до тада по својим битним својствима, непознатом случају. То је имао на уму и Нојбергер (Neuberger L.J.) када је 2006. године рекао: „Чињеница да је особена врста права или правичног средства правична не делује, сем ако супротно допуштају нека судска разматрања, као зелено светло за изумљивање нових општих или посебних правила, да би се постигло оно што би један судија могао сматрати часним исходом у неком посебном случају или, да то кажемо на други начин, да би се постигла 'једна врста правде под палминим дрветом' (*palm-tree justice* – победничка правда).“³⁸² И као што се *common law* ослободило свог раног формализма, тако је протеком година и право правичности успоставило строга правила за примењивање својих начела, па су у једном тренутку његова правила била толико одређена да су постала *rigor aequitatis*. Тиме је право правичности почело да испољава ону исту ману због чијег је исправљања изворно било успостављено. Данас су неки делови права правичности по свој природи строги и технички, док други још увек допуштају суду приличну дискрециону власт.³⁸³

У модерном времену кад је и право правичности устројено као прецедентни систем, који судијама не допушта већу дискрециону власт приликом пресуђивања, неке разлике у односу на *common law* ипак су остале, на које је 1880. године указао сер Џорџ Џесел (Sir George Jessel). „Намерно кажем модерна правила, пошто се не сме заборавити да правила судова правичности нису попут правила *common law*-а, за која се претпоставља да су успостављена од времена до којег памћење не досеже. Савршено се добро зна да су правила правичности с времена на време установљавана. У многим случајевима знамо имена канцелара који су их изумили. Нема никакве сумње да су изумљена зарад обезбеђења бољег изрицања правде, али су ипак била изумљена.“³⁸⁴

Иако су дан-данас *common law* и право правичности устројени као два различита прецедентна система, њих од 1875. примењују сви енглески судови, чиме је отклоњена сама могућност сукоба међу њима. Али су њихове међусобне разлике остале, тако да право правичности понекад искључује *common law*, у појединим случајевима му конкурише, а повремено му је и од помоћи.

³⁸² *Eddington Properties Ltd v JH Fenne & Co Ltd*, 1 W.L.R. 1583 at pp. 1595/1586; наведено из *Muscat v. Smith* [2003] 1 W.L.R. 2853 at 2865.

³⁸³ Handbury & Martin, *Modern Equity*, Nineteenth Edition, p. 5.

³⁸⁴ *Re Hallett's Estate*, 13 Chy. D. 696, 710.

TRUST

Далеко би нас одвело ако бисмо подробније приказивали и анализирали све установе које су судови правичности изумели током пет векова од успостављања издвојене надлежности Суда правичности. Но, да би се стекао бар површан утисак у којој мери је енглески правнички дух имао изузетну проницљивост и стваралачку снагу, позабавићемо се само установом *trusta*, начином на коју су судови правичности поступали у случају преваре и самим начелима на којима право правичности и данас почива.

Сама реч *trust* која у колоквијалном језику означава поверење, поуздање или веру, као ознака за особену правну установу не може се превести једном речју. За почетак би се могло рећи да је то пренос имовине на повереника (*trustee*) или старатеља, али не ради његове личне користи, него зарад уживања и добробити неког другог или других лица. То је разлог што ће се у даљем излагању задржати енглеска реч *trust*.

Када је требало да истакне најизразитије достигнуће енглеских правника, које представља и несумњив допринос европској цивилизацији, Фредерик Вилијам Меитленд је навео *trust*. „Уколико бисмо били питани шта је највеће и најизразитије достигнуће које су Енглези постигли у области правне мудрости (*jurisprudence*), не могу ни да помислим да бисмо имали неки бољи одговор од овог, наиме развој од века до века идеје *trusta*.“³⁸⁵ А нешто касније Меитленд је још додао: „*Trust* је најбољи правни појам који смо подарили цивилизованом свету.“³⁸⁶

Па какав је то појам и шта он све обухвата? Како је подразумевао раздвојено коришћење и уживање имовине (непокретне и покретне) од власништва, то јест *titulus*-а на њој, имао је велику прилагодљивост различитим потребама, које су се током векова појављивале. Најпре је коришћен за очување породичне имовине, уколико би њен номинални поседник страдао у грађанском рату или у другим околностима као велеиздајник, као и за материјално обезбеђење оних средњовековних калуђерских редова којима је, сем личних ствари, било забрањено поседовање било какве имовине. У XX веку установа *trusta* се користила за избегавање плаћања пореза, а пре доношења одговарајућих закона *trust* је служио за успостављање ограничене одговорности предузећа као правних лица и успостављање и развој акционарских друштава. *Trust* је такође омогућавао коришћење имовине за добротворне сврхе и издржавање клубова. А у XX веку, захваљујући *trustu*, мали инвеститор је могао имати удела у већем инвестиционом подухвату. Коначно, установа *trusta* је вековима

³⁸⁵ Maitland, *Selected Essays*, p. 129.

³⁸⁶ Hanbury & Martin, *Modern Equity*, Nineteenth Edition, p. 9.

коришћена за расподелу имовине између чланова породице и дугорочно збрињавање малолетних, ментално болесних и других лица лишених пословне способности.³⁸⁷

Сложеност овог правног појма огледа се у његовој правној природи. Дуго времена су правници, нарочито они који следе традицију римског права, настојали да утврде да ли се *trust* може подвести под стварно или облигационо право, под право *in rem* или *in personam*. Изгледа да *trust* може бити и једно и друго. До сличног исхода се долази када се одговара на питање каква је правна природа права којим располаже корисник *trusta* – *cestui que trust*. Изгледа да оно има помало и од једног и од другог.

По Меитленду, најбољи одговор би могао бити да је, по својој историји и вероватно у коначној анализи, то било *ius in personam*; али се њиме тако поступало, и то зарад многих важних сврха, да оно веома наличи на *ius in rem*. Првенствено добро које *trust* пружа увек делује *inter partes*, с тим да је то друго лице повереник (*trustee*). Но, ако се њиме тако поступа, оно скоро увек делује *erga omnes*, као *dominium*, својина, али само у праву правичности. И тако је то било од древних времена.³⁸⁸

Као што то обично бива с правним установама дугог трајања, њихово порекло није сасвим јасно и одређено. Једно од објашњења било је да су прелати (бискупи и надбискупи) на полагају канцелара, који су увели установу *trusta*, били добри познаваоци римског права, па су знали и за разлику између *dominiuma* и *ususfructusa*, односно *fidei commissa*. *Trust* је, по њиховом мишљењу, требало да буде једна врста плодоуживања које почива на датом поверењу.³⁸⁹ Касније је судија Холмс (Oliver Wendell Holmes) закључио да *trust* потиче од тевтонске речи *salman*, која је претеча права средњовековног вазала на коришћење повереног имања.³⁹⁰

³⁸⁷ Georg W. Keeton and L. A. Sheridan, *Equity*, p. 4.

³⁸⁸ F. M. Maitland, *Equity...*, pp. 23–24.

³⁸⁹ То је било објашњење и Вилијама Блекстона, који је истицао да је *trust* преузет из римског права при крају владавине Едварда III. Њега су у енглеско право увели страни духовници зарад избегавања дејства Закона мртве руке (*Statutes of Mortmain*), а да би се њиховим црквама посебно додељивала земља, коју су прелати онога времена на полагају канцелара сматрали да је *fidei commissa*. А како је то била обавеза у савести, потпадала је под надлежност Суда правичности. Како су се тада поклони најлакше добијали од умирућих лица, успостављена је максима да иако се земља као таква није могла завештати, ипак ако је тестватор преда некоме ко би је лично користио, па је поседује само због тога, такво коришћење се тестаментом могло завештати. – William Blackstone, *op. cit.*, pp. 470–471. Скоро исто објашњење порекла *trusta* дао је и судија Стори. По његовом мишљењу, велика је вероватноћа да је *trust* преузет из римског права, пошто по својој правној природи веома подсећа на установу *fidei commissa*. – Justice Story, *op. cit.*, p. 394.

³⁹⁰ D. M. Kerley, *op. cit.*, p. 78.

Меитленд, који се сматра једним од највећих енглеских правних историчара, истицао је, међутим, да *trust* не потиче од римског *ususa* него од *ad opusa*, који је на старофранцуском постао *al ols* или *al uls*, што је почетком XIII века била ознака за држање имовине у име неког другог. То је било правно средство којим се имовина поверавала једном лицу, које је било дужно да њоме управља зарад добробит и другог лица, које је њен корисник. Током XIII века знатан део земље у Енглеској био је у поседу на основу права коришћења. Тако су фрањевци, који су полагали завет сиромаштва, па им је стога било забрањено поседовање веће имовине, користили имовину која је на основу *trusta* била својина неког другог.³⁹¹

Временом се ова пракса прилично умножила, а да још није било развијене доктрине на којој је она почивала. Примера ради, земљопоседник А преноси своју имовину на свог пријатеља Б, подразумевајући да ће, упркос томе што је овај законски власник, и даље уживати све предности својине над том земљом. Оваква правна творевина могла се користити за различите правне сврхе. Током ратова црвене и беле руже многи племићи су сматрали врло вероватним да ће њихова имовина бити конфискована због велеиздаје. Да би је сачували за своју породицу, они су је преносили на друго лице, које је својом чашћу и добијеним поверењем било обавезно да је препусти на коришћење члановима његове породице. Слично правно средство користило се и за избегавање феудалних обавеза, као и за превару повериоца, који ради наплате дуга тражи дужникову земљу, а онда открива да је она власништво другог лица. Почетком XV века ово је било веома уобичајено: једно лице је било законски власник земље, а част и савест су му налагали да другом лицу препусти корист од ње.³⁹²

Пошто то није била и правна обавеза, судови *common law*-а нису ни могли ни хтели да присиле номиналног власника да је поштује, будући да су сматрали да као власник са својом земљом може да чини што год хоће, независно од лица које је њен стварни корисник. Али је зато Суд правичности пружао кориснику одговарајућу заштиту. Тако за владе Хенриха V почетком XV века налазимо да је канцелар принудно остваривао „коришћење“ (*a use*), па чак и номиналног власника кажњавао затвором уколико не поступи по пресуди Суда. Разлози који су канцелара на то наводили били су правичност и добра савест. Да то канцелар није чинио, вероватно би и судови *common law*-а временом саобразили своје доктрине потреби да заштите и изнуде то право „коришћења“. Али су, за разлику од канцелара који је имао одрешене руке, судови *common law*-а били круте и незграпне установе које се нису могле лако прилагодити новим потребама, које доноси ново време.³⁹³

³⁹¹ G. W. Keeton, *op.cit.*, p. 22.

³⁹² F. W. Maitland, *The Constitutional History of England...*, pp. 223.

³⁹³ *Op. cit.*, p. 224.

Први траг тог прилагођавања налазимо 1471. године у следећем наводу у Годишњаку: „Ако мој повереник (*trustee*) пренесе земљу на треће лице које добро зна да је повереник држи ради мог коришћења, имаћу правно средство у Канцеларији (*Chancery*) против обојице; како против купца тако и против повереника [као продавца], јер у савести он купује моју земљу.³⁹⁴ То је била основа на којој је ова величанствена установа *trusta* почивала. Појам који је био повод за канцеларово пресуђивање била је нечиста савест. Ако неко, знајући да се земља држи под *trustom* у корист другог лица, стекне својину на њој, он чини нешто што није савесно, па се с њим мора поступати као да је повереник (*trustee*) за тог другог. У савести та земља и даље припада том другом.³⁹⁵

Крајем XV века судови *common law*-а нису још увек преузели надлежност у овој ствари, али су упућивали оштећена лица да се обрате Суду правичности. Тек 1535. године налазимо следећу изреку која потврђује да је „коришћење“ (*use*) на основу *trusta* и у надлежности судова *common law*-а: „*Common law* није ништа друго доли општи разум (*common reason*); а он везује *trust* једнога с другим. Коришћење (*use*) је *trust* даваоца и примаоца добра, што је *trust* по општем разуму, а општи разум је *common law*. Из тога следи да је коришћење по *common law*-у.“³⁹⁶

Једно од тежих правних питања јесте сама дефиниција *trusta* пошто ниједна од њих није ни потпуна ни сасвим задовољавајућа. Томе доприноси чињеница да у европском континенталном систему, који почива на римском праву, нема сличне правне установе. *Trust* се састоји у законској својини над имовином (непокретном и покретном) која припада једном или неколиким лицима, која су обавезна да своја својинска права врше не ради властитог добра, него зарад добра других лица. Особеност *trusta* је у томе што је очигледна удвојеност својине, пошто се и номинални власник (*trustee*) и корисник *trusta* (*cestui que trust*) могу сматрати власницима имовине која је предмет *trusta*. Ова удвојеност својине била је последица чињенице да су судови *common law*-а признавали једну врсту права, а Суд правичности другу врсту.³⁹⁷

Упркос овим правним недоумицама, Меитленд је на следећи начин дефинисао *trust*. „Када неко има права која је дужан да врши у име другог лица или ради постизања неке посебне сврхе, за прво лице се каже да има та права на основу поверења (*trust*) тог другог лица или зарад те

³⁹⁴ Year Book, Trin. II Edw. IV, f. 8.

³⁹⁵ F. W. Maitland, *Selected Essays*, p. 160.

³⁹⁶ Holdsworth, *History of English Law*, II, p. 595, наведено према: G.W. Keeton, *op. cit.*, p. 23.

³⁹⁷ Harold Potter, *op. cit.*, pp. 81–82.

сврхе и оно [то прво лице] се назива повереником (*trustee*).³⁹⁸ Меитленд самокритички још додаје да је то широка и неодређена дефиниција, али да је то најбоље што је он могао да учини.

Слично би се могло рећи и за друге дефиниције. Тако по Андерхилу (Underhill), *trust* је „правична обавеза“ која приморава неко лице (које се назива повереником – *trustee*) да поступа са својином, над којом има контролу (која се назива својином *trusta*), зарад добробити лица (која се називају корисницима или *cestuis que trust*), од којих и он може бити једно лице, а свако од њих може принудно извршити ту обавезу.³⁹⁹ Мана ове дефиниције је у томе што не садржи сврху због које се *trust* успоставља. Понекад је то добротворна сврха, као што су поправке цркве или спречавање суровости над животињама, а да њени корисници не могу да покрену поступак за њено принудно извршење.

Својевремено је судија Стори⁴⁰⁰ дефинисао *trust*, тако што је поред властитог расуђивања, навео и две дефиниције које се појављују у познатим пресудама. У ширем смислу у којем се користи у Енглеској јуриспруденцији, *trust* се може дефинисати као правично право или интерес који се тиче својине над покретним или непокретним стварима, који се разликују од законске својине над њима. „*Trust* постоји када је такво поверење између странака да никакве тужбе по праву [*common law*-у] неће бити; него је то само случај који ће разматрати овај суд [Суд правичности].“⁴⁰¹ Другим речима, законски власник има непосредни и апсолутни *dominium* над својином са становишта закона; али приход, добити, користи или терети иду у прилог другог. Законска имовина садржана у својини стога је подложна одређеним ужицима, користима или теретима у прилог других. Ови ужици, користи или терети конституишу *trustove*, које ће судови правичности наметнути законском власнику (*trustee*) да би их вршио у корист *cestui que trust* или баштиника. Да би се *trust* успоставио, нужна су три услова: довољне изреке којима се успоставља, опредељен предмет и одређена или установљена сврха.⁴⁰²

Можда је најбољу дефиницију *trusta* дао Китон која гласи: „*Trust* је... однос који настаје кад год је неко лице које се назива повереником (*trustee*), обавезно по праву правичности да држи својину, било стварну или личну, било с титулусом по праву [*common law*-у] или по праву правичности,

³⁹⁸ F. W. Maitland, *Equity...*, p. 44.

³⁹⁹ Наведено према: *Snell's Principles of Equity*, Twenty-seventh Edition by Sir Robert Megarry and P.V. Barker, London: Sweet, & Maxwell Limited, 1973, p. 87.

⁴⁰⁰ Justice Story, *op. cit.*, p. 394.

⁴⁰¹ Lord Hardwicke, in *Stuart v. Mellish*, 2 Atk. 612.

⁴⁰² *Malim v. Keigaley*, 2. Ves. J. 333, 529; *Cruwys v. Colman*, 9 Ves. 323.

зарад добробити неких лица (од којих и он може бити један од њих и која се називају *cestuis que trust*), или ради неке сврхе коју право допушта, на начин да стварна добит не припада поверенику, неко корисницима или другим сврхама *trusta*.⁴⁰³

Поред удвојености својине под *trustom*, додатну тешкоћу приликом његовог дефинисања представљају његове врсте. Лорд Нотингем је био први који је дао његову савремену класификацију. У случају *Cook v. Fountain*⁴⁰⁴ из 1676. године он је поставио следећа начела: „Сви *trustovi* су или, прво, изричитни *trustovi* који се успостављају и стварају актом странака или су имплицитни (*implied*), који се успостављају актом или тумачењем права. Опет, изричитни *trustovi* се обзнањују било речју или у писаном облику; а ове изјаве се појављују било непосредним или очигледним доказом или принудном и нужном претпоставком.“ Оно што је Нотингем означио као имплицитни *trust* касније се називало „конструктивним“ *trustom*, а оно што је проистицало из претпоставке као „претпостављени“ *trust*, касније је добило назив „имплицитни“ *trust*.⁴⁰⁵

Да би настао изричитни *trust*, који се ствара речима, у писаном облику или неким поступком, треба да буду испуњени следећи услови:

- 1) Странке морају имати неопходну способност да то учине.
- 2) Својина мора бити таква да може бити предмет *trusta*.
- 3) Начин конституисања *trusta* мора бити одговарајући.
- 4) Намера да се створи одређена обавеза мора бити јасна.⁴⁰⁶

Имплицитни *trust* настаје када право правичности претпоставља намеру да се створи обавеза, док се конструктивни *trust* успоставља тако што право правичности намеће обавезу независно од намере странака. „Енглеско право не даје јасну и свеобухватну дефиницију конструктивног *trusta*. Његове границе су можда намерно остављене неодређеним, да не би техникалијама ограничавале суд приликом одлучивања шта правда у посебном случају може бити.“⁴⁰⁷

Захваљујући овако широком тумачењу, конструктивни *trust* се, независно од установљених правних правила, може наметнути ради постизања

⁴⁰³ G. W. Keeton, *The Law of Trust*, 9th Edition 1968, p. 5; наведено према: *Snell's Principles of Equity*, p. 87.

⁴⁰⁴ 3 Swaust, at p. 591.

⁴⁰⁵ Harold Potter, *op. cit.*, p.92.

⁴⁰⁶ A.M. Wilshere, *The Principles of Equity*, Second edition by L.B. Tillard, London: Sweet & Maxwell, Limited, 1929, p. 36.

⁴⁰⁷ *Carl Stiftung v. Herbert Smith & Co.* [1969] 2 Ch. 276 at 300, *per* Edmund Davies L. J.

циља који захтевају правичност, правда и добра савест. Или како је то закључено у случају *Hussey v. Palmer*⁴⁰⁸ из 1972. године: „То је *trust* наметнут правом кад год то правда и добра савест захтевају. То је либералан поступак, заснован на широким начелима правичности... То је правично правно средство којим суд може омогућити оштећеној странци да добије реституцију.“ Захваљујући овом новом моделу, отвара се могућност налажења конструктивног *trusta* кад год успостављена правила воде исходу који није у складу с правичношћу, правдом и добром савешћу.⁴⁰⁹ Ова неодређеност конструктивног *trusta* је такође један од разлога што је сасвим неодређену дефиницију *trusta* тешко дати.

ПРЕВАРА

Појам преваре појављује се у савременом праву правичности у различитим видовима. У особеном смислу она је дуго времена била један од трију стубова на којима је почивала изузетна, помоћна и конкурентска надлежност Суда правичности. Када је требало да одреди општу надлежност овог Суда, сер Томас Мор је рекао да је трима стварима примерена помоћ у савести: превари, неочекиваном случају (*accident*) и поверењу. Идеја преваре је дубоко укорењена у право правичности, пошто је Канцеларија (*Chancery*), као Суд савести, била најпозванија да пружа олакшање и обештећење жртвама преваре. Ово утолико пре што не само рано него и потоње *common law* никада није обухватало све различите видове преваре.

У *common law*-у превара је погрешно изношење чињеница, док погрешно изношење мњења или садржине и значења права није основа за било какву одговорност. Разлог за овакву сужену надлежност судова *common law*-а била је најпре у томе што је порота могла одлучивати само о чињеничким питањима. Уз то је у *common law*-у важила претпоставка да свако зна право, тако да погрешно саопштавање његове садржине никога не може довести у заблуду. Коначно, погрешно изношење мњења о нечему није довољно јасна и одређена ствар о којој може одлучивати порота. Оваква замисао преваре оставила је многе њене облике изван надлежности судова *common law*-а.

Право правичности, има, међутим, за свој предмет битно различиту замисао преваре, па је обухватало и многе друге врсте подвала које су измицале мрежи *common law*-а.⁴¹⁰ У том праву суштина преваре било је

⁴⁰⁸ 1 W.L.R. 1286 at 1289.

⁴⁰⁹ Hanbury & Martin, *Modern Equity*, Nineteenth Edition, p. 365.

⁴¹⁰ G. W. Keeton, *An Introduction to Equity*, p. 287.

несавесно поступање које не достиже мерила правичности о часном деловању, а има за последицу губитак који се наноси другом. Или како је то 1914. године лорд Холдеин (Haldane) закључио: „У канцеларији (*Chancery*) израз 'превара' стога је почео да се користи ради описивања онога што замало не досеже обману, али уводи повреду дужности за коју правичност [право правичности] придружује своју санкцију.“⁴¹¹ А та дужност налаже часно и исправно понашање.

Другим речима, превара у праву правичности није толико нека одређена изјава или погрешно представљање чињеница, колико морално спорно понашање за које је Суд правичности посебно подесан, пошто нема пороту, а може да позове странке на одговорност због њихових поступака.⁴¹² Захваљујући таквом поимању преваре, њена жртва има право да поништи неку правну трансакцију која је из нечасног и морално спорног поступка проистекла и да задобије повраћај у пређашње стање пре него што је повреда односно штета нанета.⁴¹³ Уз то, у случају конкурентске надлежности судова *common law*-а, Суд правичности располаже већом слободом приликом прихватања сведочења странака и допушта већу гипкост и ширину приликом избора правних средстава.

Уобичајен пример надлежности Суда правичности јесте однос поверења у којем лице, које га ужива, утиче на слабију страну у том односу, да на властиту штету нешто предузме или да располаже делом своје имовине. По казивању судије Џемса (James, L. J.), правне књиге садрже велики број случајева, који имају за предмет спора управо такве уговоре с лицима, над којима је тужилац имао одговарајућу надмоћ или је уживао поверење оштећене стране или је издејствовао продају акција погрешним представљењем изгледа тог посла. У свим таквим случајевима никада није било неопходно да се утврди или докаже да су даваоци упутстава били хотимично криви за моралну превару у ономе што су учинили.⁴¹⁴

Разматрањем не само стварне преваре него и преваре по намери, судија Стори је показао да се пред судовима правичности одговарало за превару чак и кад није наступила нека стварна штета. При том је имао на уму акте и уговоре који, иако нису произвели никакву стварну злу намеру или замисао одржавања одређене преваре или повреде других лица, ипак су смерали да обману или заведу друга лица или да наруше јавно поверење или повреде јавне интересе. Такви акти и уговори су забрањени из истог разлога, као акти и уговори закључени *malo animo*. Мада на први поглед

⁴¹¹ *Nocton v. Ashburton*, A.C. 932.

⁴¹² G. W. Keeton, *op. cit.*, p. 287.

⁴¹³ *Redgrave v. Hurd* (1881), 20 Ch. D. 1.

⁴¹⁴ *Torrance v. Bolton* (1872), 8 Ch. App. 118.

може изгледати да је ово пресуђивање по својој природи извештачено и произвољно, ипак се бољим увидом може разабрати да се том забраном пре примењује превентивна правда, зарад осујећивања навођења на одржавање недела, него што се обезбеђује пука благотворна правда након што је недела већ учињено. Овим лишавањем сваке правне заштите својих спорних аката, странке се обесхрабрују да западну у искушење које би било сувише погубно.⁴¹⁵

Добро уређен правни поредак подразумева да су преступи, нарочито кривични, поуздано одређени и јасно и разговетно дефинисани, како би се избегла било каква неодређеност и правна несигурност. У случају преваре као грађанскоправног деликта то се, међутим, скоро не може постићи. Историјски развој енглеског права правичности показао је да се појам преваре не само тешко може дефинисати, него и да би то било штетно и погубно, пошто би се тиме судовима унапред везивале руке у случајевима нових и унапред неочекиваних облика преваре, до којих досетљивост, или можемо рећи инвентивност, преступника може доћи.

У одлукама Суда правичности превара је релативно често била предмет разматрања и пресуђивања. Али се упркос томе из постојећих прецедената тешко може извести било каква дефиниција, која би била поуздан путоказ за потоња пресуђивања у истим или сличним случајевима. Чак је било мишљења да би то било не само тешко него и опасно, на шта је уверљиво указао лорд Хардвиг када је упозорио да у погледу преваре право правичности мора бити гипко и прилагодљиво, да би Суд могао да пружи помоћ и потпору у свим могућним врстама преваре.⁴¹⁶ А у чувеном писму лорду Кеимсу (Kaimes) од 30. јуна 1759. године још је додао:

„Што се тиче правног средства против преваре, никаква непроменљива правила се не могу успоставити. Превара је бескрајна; па када Суд правичности једном постави правила докле би они [судије] могли ићи и никако даље у проширивању правног средства против ње, или строго дефинише врсте доказа за њу, јурисдикција би била ограничена и непрестано би измицала, захваљујући новим схемама које би плодност људске инвенције изумевала“.⁴¹⁷

После сто шездесет четири године лорд Хелден (Haldane, LC) паразирао је и проширио ова запажања. По његовом мишљењу, кад год се

⁴¹⁵ Story, *Commentaries on Equity Jurisprudence*, 13th edition by M. M. Bigelow, 1908, Vol. 1, at § 258; наведено према: R. P. Meagher, J. D. Heydon and M. J. Leeming, *Equity. Doctrine and Remedies*, Forth Edition, Australia: Butterworths LexisNexis, 2002, p. 445.

⁴¹⁶ *Earl of Chesterfield v. Janssen*, 1750, 1 Atk. 301, 351–358.

⁴¹⁷ George W. Keeton and G. A. Sheridan, *Equity*, p. 46.

наводи превара која је у искључивој надлежности Канцеларије (*Chancery*), грешка је претпоставити да је стварна намера да се вара увек мора доказати. Човек може погрешно да разуме обавезу коју Суд правичности намеће. Његова грешка је у томе што је нарушио, ма колико безазлено због свог незнања, обавезу коју би, по Суду, морао знати, па се његово понашање у том смислу увек назива притворним и лажним. Посреди је несавесно поступање, до којег, рецимо, долази када повереник (*trustee*) купи имовину која је под *trustom* или заступник (*solicitor*) склопи уговор с клијентом који није допуштен.⁴¹⁸ Знатно раније лорд Гелборн (*Gelborne*, LC) је објаснио да у таквим случајевима превара не значи обману или подвалу, него несавесно коришћење моћи која проистиче из неравноправног положаја странака.⁴¹⁹

Како, дакле, могућност јасног и одређеног дефинисања преваре као грађанскоправног деликта увек измиче због изузетне и унапред непредвидиве инвентивности оних који се преваром служе, у праву правичности она никада није сводила само оно што је противзаконито. Стога се под овај појам подводило све оно што је, по процени судија, било нечасно и непоштено и са становишта јавног морала спорно, па је превара увек подразумевала како неваљалство тако и моралну исквареност.⁴²⁰ И тек тако широко схваћена превара омогућавала је Суду правичности да да одговарајуће правно средство, којим би се отклониле све њене штетне последице.

Иако је сам појам преваре у праву правичности био практично безобалан и неодређен да се судовима не би везивале руке, то ипак није спречавало истакнуте судије да изложе њене различите врсте. Најдаље у томе отишао је лорд Хардвиг када је већ у поменутом случају⁴²¹ рекао да Суд правичности има несумњиву надлежност да обезбеди правно средство против следећих врста преваре:

- 1) Такве преваре која је *dolus malus* и може бити актуелна, јер проистиче из чињеница и околности наметања, што је најједноставнији случај.
- 2) Преваре која може бити очигледна на основу истинске природе и предмета уговарања као таквог; таквог у којем ни један разуман човек који није обманут не би учествовао, као што га ни један поштен и частан човек не би прихватио, пошто су то неправичне и нечасне погодбе.
- 3) Преваре која се може претпоставити на основу околности и услова под којима странке уговарају, чиме се предупредује скривена пред-

⁴¹⁸ *Nocton v. Lord Ashburton*, 1914, A.C. 932, 954.

⁴¹⁹ *Earl of Aylesford v. Morris*, 1873, L.R. 8 Ch. App. 484, 490–491.

⁴²⁰ W. J. Jones, *op. cit.*, p. 422.

⁴²¹ *Earl of Chesterfield v. Janssen*, 1750, 1 Atk. 301.

ност или нужда друге стране, које су, кад се за њих зна, једнако противне савести као и злоупотреба незнања друге стране.

4) Преваре коју Суд правичности може сабрати или извести из разматрања природе околности уговарања, које представљају наметање и обману других лица а не странака непоштеног и лажног споразума.

5) Последња врста преваре јесу привлачне погодбе (*catching bargains*) с наследницима, очекиваоцима повраћаја имања, очекиваоцима током живота оставиоца и с другима, за шта је правно средство увек на располагању.⁴²² То су погодбе зарад хватања у замку преваре.

Преваре се могу и унеколико другачије разликовати, па се наводе и ове четири врсте:

1) погодбе које проистичу из неједнакости међу странкама и несавесног уговарања;

2) злоупотреба односа поверења, укључујући и незаконити утицај;

3) превара трећих лица и

4) погодбе с наследницима, очекиваоцима повраћаја имовине и очекиваоцима наслеђа, којима се хвата у замку преваре.⁴²³

У већ поменутој пресуди⁴²⁴ лорд Хелден је показао да су у случају актуелне преваре судови правичности и судови *common law*-а од најранијих времена вршили конкурентску надлежност. Ипак се показало да је Суд правичности био погоднији за оштећену страну, зато што је могао да наложи сведочење под заклетвом обеју странака, дакле и туженог, а уз то је имао и шири извор правних средстава које је додељивао. И што је још важније, док су судови *common law*-а једино налагали накнаду штете, Суд правичности то није чинио, али је могао да нареди туженом да изврши повраћај у пређашње стране, што је за оштећену страну често било повољније.⁴²⁵

У праву правичности појам преваре не обухвата само актуелну него и конструктивну превару, која се из датих околности изводи тумачењем, односно претпостављењем. Под њом се подразумевају такви акти или уговори који не проистичу из неке зле намере да се почини позитивна превара или повреда других лица, или наруши приватно или јавно поверење, или оштете јавни интереси, али се сматрају подједнако недопустивим као позитивна превара па се стога, и из истог разлога правом забрањују, као акти и уговори учињени злом вољом (*malo animo*). Иако на први поглед ова конструкција може изгледати извештачено, ако не и произвољно, ипак,

⁴²² G.W. Keeton, *op. cit.*, pp. 288–289.

⁴²³ George W. Keeton and L. A. Sheridan, *op. cit.*, p. 254.

⁴²⁴ *Nocton v. Lord Ashburton*, 1914, A.C. 932, 946–957.

⁴²⁵ George W. Keeton and L. A. Sheridan, *op. cit.*, p. 251.

ако се пажљивије размотри, видеће се да почива на брижној жељи да се примени начело превентивне правде, да би се предупредила побуда да се изврши недело, уместо да се искључиво ослања на лековиту правду, која исправља недело и његове последице када је већ почињено. Лишавањем правне заштите таквих аката сузбија се свако искушење да се чине недела, које би иначе могло бити јаче од врлине.⁴²⁶

Посебну пажњу заслужују новији случајеви скривене (concealed) преваре, који потврђују још увек значајну разлику између *common law*-а и права правичности у погледу давања одговарајућег правног средства и процене савесности уговарања правног посла. У једном случају⁴²⁷ из 1971. године показало се да су два предузећа за развој имања и изградњу аграда кућу тужиоцу на несигурним и крхким темељима, тако да се она више није могла продати, пошто се уопште није могла поправити, а живот у њој је био несигуран и ризичан. Ове унутрашње мане непокретности откривене су после осам година од њене изградње, а у тренутку када је тужилац покушао да је прода.⁴²⁸ Тужени се у одговору на тужбу позвао на застарелост прописану законом (*Statute of Limitations*), док је тужилац узвратио да је посреди скривена превара.

Апелациони суд је прихватио тужиочеве разлоге и допустио да надокнади причињену штету, а лорд Денинг (Denning, MR, p. 413) је утврдио да је у овом случају била на делу „скривена превара“. Њоме се, по његовом мишљењу, квалификује поступање туженог и његовог заступника које је било несавесно, па би стога било недопустиво да он има било какву корист од протеча времена и наступања застарелости. Уз то би било неправично ако би се туженом допустило да се позива на застарелост, пошто је скривао унутрашње мане изграђене куће и тиме осујетио тужиоца да га благовремено тужи за накнаду штете..⁴²⁹

У овом случају Суд је, дакле, утврдио да је по праву правичности постојала скривена превара, иако очигледно није могло бити намере да се она изведе, пошто је невероватна помисао да су грађевинар и његов заступник *намерно* градили кућу на крхким и трошним темељима, који би могли довести до њеног урушења, па и пада. Нарочито треба истаћи да су рокови застарелости увек преклузивни, те да се стога не могу прекорачити. Суд је, међутим, применом правичности *исправио* строгост ове законске одредбе и допустио коришћење одговарајућег правног лека.

⁴²⁶ Justice Story, *op. cit.*, p. 108.

⁴²⁷ *Applegate v. Moss*, 1971, 1 Q. B. 406.

⁴²⁸ У Енглеској је уобичајено да купац куће пре закључења купопродајног уговора изведе грађевинског инжињера, који треба да утврди у каквом је она стању и да ли евентуално има скривене мане.

⁴²⁹ George W. Keeton and L. A. Sheridan, *op. cit.*, p. 107.

Истини за вољу, после једанаест година појавио се нови случај⁴³⁰ у којем је предмет спора била такозвана скривена превара, која се тицала откривања унутрашњих мана зграде након истека рока застарелости за подношење тужбе, због немара и нарушавања уговорних обавеза од стране грађевинара. Иако је овде био посреди лош рад грађевинара који је био скривен, Апелациони суд је одбацио захтев тужиоца с образложењем да, ако је рад безвредан или непримерен или је нешто изостављено, то само по себи не доводи нужно до закључка да је посреди скривање или превара по праву правичности. Кључно је било питање да ли је савест туженог толико била уплетена, да је било несавесно настављање рада да би се прикриле мане градње без њиховог отклањања.⁴³¹

У ствари, судови који су пресуђивали по правичности уздигли су поштење и савест до врховног правног начела које је имало универзалну обавезност, независно од обавеза утврђених уговором. Отуда, ако се неко уплиће у послове другог, он то мора чинити на частан начин ма каква била природа тог уплитања. Уколико оно представља превару па из тога настане штета, дужан је да је надокнади.⁴³²

Један од изразитих примера нечасних и несавесних уговора јесу уговори у којима је једна уговорница у неповољном положају који је наводи да такав уговор закључи на властиту штету. Посреди су „привлачне погодбе“ (*catching bargains*), које слабију страну хватају у замку преваре. Такви су, рецимо, споразуми о подели оставштине, ако је један од наследника не само сиромашан, него и у таквој оскудици да му је одмах потребан новац, или је због младости неупућен у такву врсту посла. То ипак није довољан разлог да таквом наследнику Суд додели одговарајуће правно средство. Неопходно је да сиромашан и неупућен наследник прихвати понуду која је знатно мања од примереног удела у оставштини, а да при том није имао независан и ваљан правни савет. Уколико дође до судског спора, на купцу је, по речима лорда Селборна (*Selborne*), терет доказивања да је купопродаја „часна, праведна и разборита“.⁴³³

Једно од питања које се приликом квалификовања оваквих уговора поставља јесте мера у којој је вредност предмета уговарања потцењена или прецењена. Потцењена вредност мора бити толика да представља доказ о превари. Тако у двама старијим случајевима⁴³⁴ продавац је био сиромашан

⁴³⁰ *William Hill Organisation Ltd. v. Bernard Sunley & Sons Ltd.*, 1982, 22 Build. L. R. 1 25.

⁴³¹ George W. Keeton and L. A. Sheridan, *op. cit.*, p. 108.

⁴³² R. P. Meager, J.D. Heydon and M. J. Leening, *op. cit.*, p. 446.

⁴³³ G. W. Keeton, *op. cit.*, p. 290.

⁴³⁴ *Evans v. Llewellyn* 1787, 1 Cox Eq. Cas. 333 и *Hazgarta v. Wearing*, 1871, 40 L.J. Ch. 577.

човек слабијег образовања, па је Суд у оба случаја поништио купопродају која је била на продавчеву штету. У случају *Wood v. Abrey*⁴³⁵ из 1818. године продајци су били обичан вратар, који је био доживотни закупац, и његов син, закупац с ограниченим правом сопствености и наредник у војсци. Њима је новац био преко потребан, а једино професионално лице које је учествовало у закључењу уговора био је купчев адвокат. Имање је продато по цени која је износила приближно једну четвртину од његове стварне вредности, па је судија сер Џон Лич (*Sir John Leach, V. C.*) поништио овај уговор.⁴³⁶

Сличан је случај *Longmate v. Ledger*⁴³⁷ из 1860. године, у којем је продавац био у поодмаклим годинама и познат као настран човек. Пошто је купопродајна цена била знатно мања од тржишне вредности, док је један адвокат заступао обе стране, суд је поништио овај уговор. Такође је поништен уговор и у случају *Clark v. Malpas*⁴³⁸ из 1862. године у којем је продавац био сиромашан и неписмен човек, а обе стране је заступао један адвокат.⁴³⁹

У новије време приликом поништавања такозваних привлачних погодби, које слабију страну хватају у замку преваре, судови који су примењивали право правичности више су се руководили неповољним положајем једне стране, него смањеном вредношћу правног посла. Повод за такво пресуђивање настајао је „кад год је једна од страна у робном промету у посебно неповољном положају у односу на другу, због болести, незнања, неискуства, нарушене способности, потребе за новцем или у другим околностима које задиру у њену способност да сачува своје властите интересе, док друга страна несавесно користи предност могућности која јој је тиме на дохват руке“.⁴⁴⁰

Посебно треба истаћи једногласну одлуку Дома лордова, као суда последњег призива, у случају *A. Schroeder Music Publishing Co. Ltd. v. Macaulay*⁴⁴¹ из 1974. године. Том приликом лорд Диплок (*Diplock*, р. 1315) је нагласио да „... одбијањем да изврши одредбе уговора којим се једна страна саглашава да другој страни дозволи да искористи њену способност да заради или да одустане од тога, јавна политика коју примењује овај суд није иста као деветнаестовековна теорија о добробити опште јавне

⁴³⁵ 3 Madd, 417.

⁴³⁶ G.W. Keeton, *op. cit.*, р. 290.

⁴³⁷ 2 Giff, 157.

⁴³⁸ 4 De. G.F. & J. 401.

⁴³⁹ G.W. Keeton, *op. cit.*, pp. 290–291.

⁴⁴⁰ *Blomley v. Ryan*, 1956, 99 CLR 362 at 415.

⁴⁴¹ 1 W.L.R. 1308.

слободе трговања, него је то заштита оних чија је моћ уговарања слаба, од тога да их они, који располажу моћнијом снагом уговарања, присиле да уђу у нагодбе које су противне савести“.⁴⁴²

Овом пресудом Дом лордова није оспорио саму слободу уговарања, као једно од темељних начела на којима почивају приватноправна размена и пословање. Али је осујетио злоупотребу те слободе, у случају да је једна од страна уговорница у очигледно неравноправном положају, због властитог незнања, неискуства и неспособности.

Конечно, право правичности није допуштало непримерен утицај на једну од страна уговорница, који треба разликовати од принуде, односно примене физичке силе или претње да ће се она употребити. Понекад је то нешто више од пуког савета, који се може сматрати непримереним утицајем у светлости природе односа међу странкама, уколико се силно наваљује и учестало понавља. Сваки овакав непримерен утицај почива на претпоставци да једна уговорница има јачи положај, већу интелектуалну снагу и боље познавање природе посла од других.⁴⁴³ Овакво разматрање природе утицаја на једну од странка уговорница садржано је и у следећој пресуди, коју је 1887. године изрекао судија Кекевич (Kekewich, J.), а потврдио Апелациони суд:

„Закон допушта апсолутну слободу располагања и једино неизоставно захтева да се докаже да је располагање, када је оспорено под таквим околностима, као што овде постоје, било апсолутно слободно. Шта закон захтева да би се овај услов испунио? Закон не искључује утицај. Штавише, он признаје утицај као природан и исправан. Али закон захтева да се утицај, ма колико исправан, не врши на непримерен начин у односу на окружујуће околности и снагу личности која му је изложена. Што је моћнији утицај, а слабији онај који га трпи, утолико се призива снажнија примена заштите...“⁴⁴⁴

Под непримереним утицајем подразумева се, дакле, несавесно коришћење моћи или ауторитета једног лица над другим лицем, на начин на који јача страна прибавља неку корист било за себе или за другог. Уколико је такав утицај извршен, закључен посао не може опстати, а право правичности заштићује слабију страну.⁴⁴⁵

⁴⁴² R. P. Meager, J. D. Heydon and M. J. Leening, *op. cit.*, pp. 258–259.

⁴⁴³ George W. Keeton and L.A. Sheridan, *op. cit.*, p. 263.

⁴⁴⁴ *Allcard v. Skinner*, 1887, 36 Ch.D. 145, 157–158.

⁴⁴⁵ George W. Keeton and L. A. Sheridan, *op. cit.*, p. 264.

НАЧЕЛА ПРАВИЧНОСТИ

Током своје дуге историје Суд правичности је увек био и суд савести, па је тужилац требало да покаже и докаже да је неки поступак туженог био несавестан, те да би било противно савести да Суд у таквом случају остави оштећену страну без одговарајућег правног средства. Ма колико да је појам савести био јасан и одређен, због велике различитости случајева у којима се он примењивао и насумичног, то јест од случаја до случаја пресуђивања овог Суда, право правичности никада није постало потпуно развијен и целовит правни систем, какво је било *common law*. Упркос томе, установљена су општа начела на којима је право правичности почивало и на основу којих је Суд правичности пресуђивао. Она се, међутим, не могу сматрати позитивним правом правичности које се дословно примењује у свој својој ширини, него више као скуп смерница или начела који се могу распознати у многим подробнијим правилима која су из њих изведена.⁴⁴⁶

Ова начела не само да не обухватају целокупну материју права правичности, него се међусобно преклапају, пошто једно начело прећутно садржи понешто од онога што припада другом начелу. Штавише, не би било тешко да се сва она сведу само на прво односно последње: да „правичност неће трпети да недело буде без правног средства“, односно да „правичност делује *in personam*“. Но и поред тога, свако од њих заслужује посебно разматрање, будући да има особену улогу у праву правичности. То су следећа правна начела:

- 1) Правичност неће трпети да недело буде без правног средства.
- 2) Правичност следи закон.
- 3) Гдегод је правичност једнака, закон ће надвладати.
- 4) Гдегод су правичности једнаке, надвладаће она која је прва настала.
- 5) Онај који тражи правичност мора поступати правично.
- 6) Онај који долази у правичност [Суд правичности] мора доћи с чистим рукама.
- 7) Доцња поражава правичност.
- 8) Једнакост је правичност.
- 9) Правичност пре обраћа пажњу на намеру него на форму.
- 10) Правичност гледа на оно што треба да буде учињено као да је учињено.
- 11) Правичност приписује намеру да се испуни обавеза.
- 12) Правичност делује *in personam*.⁴⁴⁷

⁴⁴⁶ *Snell's Principles of Equity*, p. 27.

⁴⁴⁷ *Ibidem*.

Иако се мање-више сви зналци слажу с овим списком начела правичности, понеки додају још једно начело. То чине Китон⁴⁴⁸ и Вилшер,⁴⁴⁹ по којима је тринаесто начело да правична средства суд додељује по својој дискреционој оцени. У даљем излагању већа пажња биће посвећена само оним начелима правичности која заслужују додатно објашњење.

Прво начело прожима целокупно право правичности, које је настало у средњем веку баш због тога што су судови *common law*-а имали релативно ограничену надлежност, која због крутости форме није била довољно прилагодљива новим и неочекиваним случајевима. Како, дакле, они нису могли да дају одговарајуће правно средство у појединим случајевима несумњивог недела, њихов неуспех у томе довео је до успостављања Суда правичности. То, међутим, не значи да је овај Суд исправљао баш свако морално недела, него само оно које је било погодно за судски поступак, а у судовима *common law*-а није се могла добити правда због неког правотехничког недостатка.⁴⁵⁰

Класичан пример који то потврђује био је случај *trusta*. Корисник *trusta* није располагао никаквим правним средствима пред судовима *common law*-а, пошто је старатељ односно повереник (*trustee*) био номинални власник имовине под *trustom*, па је по *common law*-у могао да њоме располаже како му је воља. Стога је кориснику *trusta* једино преостајало да заштиту својих права тражи у Суду правичности.⁴⁵¹ Други пример тиче се откривања чињеница и доказа који су релевантни за пресуђивање, а ствар су знања туженог или се налазе у његовом поседу. Судови *common law*-а нису могли да присиле туженог да сведочи под заклетвом или достави суду неки писани доказ, док је Суд правичности то могао.⁴⁵²

Ово начело такође допушта давање правног средства у случајевима недела туженог које *common law* не препознаје. Тако тужилац може добити забрану *quia timet* којом се превентивно спречава недела које тек прети, иако нема разлога за тужбу док оно не буде почињено. На сличан начин тужилац може добити претходну привремену забрану зарад очувања својих имовинских права до окончања поступка, док се на самом суђењу не докаже да је штета нанета и тим поводом изрекне правоснажна пресуда. Док суђење траје, тужени може слободно располагати имовином која је

⁴⁴⁸ G. W. Keeton, *op. cit.*, p. 116.

⁴⁴⁹ A. M. Wilshere, *The Principles of Equity*, Second Edition, London: Sweet & Maxwell, Limited, 1929, p. 19.

⁴⁵⁰ *Snell's Principles of Equity*, pp. 27–28.

⁴⁵¹ Hanbury & Martin, *Modern Equity*, Fourteenth Edition, p. 26.

⁴⁵² *Snell's Principles of Equity*, pp. 28.

предмет спора па по његовом окончању тужилац неће имати из чега да наплати претрпљену штету.⁴⁵³

Начело да правичност следи закон (*statute*), односно право (*common law*) дословно се примењује, али трпи извесне изузетке. Суд правичности никада не истиче своје право да укида пресуде судова *common law*-а. „Кад год је правило, било *common law*-а или закона, непосредно и уређује дати случај, или посебно питање, Суд правичности је њиме умногоме везан, као и суд права [*common law*-а], и може да незнатно оправда његово напуштање.“⁴⁵⁴ Једино када се *common law* оглушује о неку важну околност, примењује се правичност. „Правичност следи закон, али не ропски и не увек.“⁴⁵⁵ То је и разумљиво, пошто је право правичности и стварано управо да би се избегло дејство строгости и формализма *common law*-а. А у погледу статутарног права (*statute law*), право правичности не допушта да се закон злоупотребљава као средство преваре.⁴⁵⁶

Начело да онај који тражи правичност мора да поступа правично, захтева да и према туженом буде правичан у смислу да чини оно што је исправно и часно. То је правило „неупитне правде“, које по себи ни о чему не одлучује; пошто прво мораш истражити које правичности „тужени мора да учини, а потом шта тужилац треба да има“.⁴⁵⁷

У сличном духу саздано је начело да онај који долази у Суд правичности мора имати чисте руке. Тужилац, дакле, мора бити спреман не само да према туженоме буде правичан, него и да покаже да је у правном послу, који је предмет спора, био непорочан и исправан. Јер, „онај који је починио кривду (*iniquity*)... неће имати правичност“.⁴⁵⁸ То, рецимо, значи да „малолетници немају никакву привилегију да варају људе“,⁴⁵⁹ те уколико се малолетник лажно представи да је пунолетан, па од својих старалаца (*trustees*) прибави неку суму на коју би имао право тек по стицању пунолетства, тада ни он ни његов (правни) наследник не могу тражити да старатељи изнова исплате ту суму по стицању пунолетства.⁴⁶⁰

Сходно начелу да доцња поражава правичност, Суд је увек пружао помоћ брижљивима а не немарнима (*vigilantibus, non dor mientibus, jura subveniunt*).⁴⁶¹ Отуда по речима лорда Кемдена, Суд правичности „је увек

⁴⁵³ Hanbury & Martin, *Modern Equity*, Fourteenth Edition, p. 26.

⁴⁵⁴ Justice Story, *op. cit.*, p. 34.

⁴⁵⁵ *Graf v. Hope Building Corporation*, 1930, 254 N.Y. 1 at 9.

⁴⁵⁶ G.W. Keeton, *op. cit.*, p. 125.

⁴⁵⁷ *Neesom v. Clarkson*, 1845, 4 Hare 97 at 101, *per* Wigram V.-C.

⁴⁵⁸ *Jones v. Lenthal*, 1669, 1 Ch. Ca. 154.

⁴⁵⁹ *Evroy v. Nicholas*, 1733, 2 Eq. Ca. Abr. 488 at 489, *per* Lord King L.C.

⁴⁶⁰ *Cory v. Gericken*, 1816, 2 Madd. 40.

⁴⁶¹ *Co. Inst.* 690.

ускраћивао своју помоћ бајатим захтевима у којима је странка задремала над својим правом и прећутно се мирила с великим протеклом времена. Ништа не може да овај Суд призове деловању, изузев савести, добре вере и разборите марљивости; где њих нема, Суд је неделотворан и ништа не чини.⁴⁶² Доцња због које се губи право на правично правно средство означава се изразом „пропуштање“ (*laches*).

Ово начело, међутим, не важи у случајевима у којима се примењују закони о застарелости (*Statutes of Limitation*), било изричито или можда по аналогији. То су следећи случајеви:

- 1) правични захтеви на које се овај закон изричито примењује;
- 2) правични захтеви на које се овај закон по аналогији примењује и
- 3) правични захтеви на које се никакав такав закон не примењује, него за њих важе уобичајена правила о пропуштању.⁴⁶³

Већ дуго времена је на снази начело да је једнакост правичност (*aequitas est aequalitas*). Стога, уколико нема неких других разлога за поделу својине, свако има право на једнак удео јер „правичност ужива у једнакости“.⁴⁶⁴ Ово начело можда је најбоље изразио Петит (Pettit) када је рекао:

„Начело да је једнакост правичност изражава на општи начин предмет како права (*common law*-а) тако и правичности, наиме учинак поделе својине и губитака сразмерно неколиким захтевима или неколиким одговорностима лица којих се то тиче. С тим у вези једнакост не значи нужно дословну једнакост, него може значити и сразмерну једнакост. Ова доктрина једнакости делује, међутим, успешније у Суду правичности него у суду права (*common law*-а) и отеловљена је у многим оделима правичне јурисдикције.“⁴⁶⁵

Ово начело има многоструку примену. Једна од њих садржана у правилу да правичност нагиње раскиду заједничког закупа.⁴⁶⁶

Начело да правичност пре обраћа пажњу на намеру него на форму садржано је у следећој пресуди Џона Ромила (Sir John Romilly, M.R.):

„Судови правичности праве разлику у свим случајевима између онога што је садржина и онога што је ствар форме; па уколико нађу да ће инсистирањем на форми садржина бити поражена, сматрају да би

⁴⁶² *Smith v. Clay*, 1767, 3 Bro. C.C. 639n. at 640n.

⁴⁶³ *Snell's Principles of Equity*, p. 33 .

⁴⁶⁴ *Petit v. Smith*, 1695, 1 P. Wms. 7 at 9, per Lord Somers L.C.Y.

⁴⁶⁵ *Halsbury's Law of England*, 4th ed, 1992 reissue, Vol. 16, para 747; наведено према: R. P. Meager, J. D. Heydon and M. J. Leening, *op. cit.*, p. 103.

⁴⁶⁶ *Ibidem*.

било неправично допустити једном лицу да упорно истиче такву форму и тиме порази садржину.⁴⁶⁷

Стога ако једна страна, која је закључила уговор о продаји земље, пропусти да га употпуни оног дана који је за то одређен, по *common law*-у то је кршење овог уговора, док је по праву правичности обично довољно да се уговор употпуни у разумном року после тога.⁴⁶⁸

Особену улогу има и начело да правичност гледа на оно што треба да буде учињено као да је учињено. Ово начело је први пут изречено у случају *Banks v. Sutton*⁴⁶⁹ из 1732. године. Једна од могућности његове примене јесте конверзија својине. Оно обезбеђује да ће се, уколико нека обавеза проистиче из уговора, *trusta* или на други начин, сматрати да је конверзија већ извршена од тренутка када је обавеза настала.⁴⁷⁰

Пошто се сматра да странке треба да поступају савесно приликом извршења својих обавеза, правичност претпоставља, односно приписује намеру да се оне изврше. Тако, рецимо, ако неко ко је обавезан да нешто учини, па уместо тога учини нешто друго што би се могло сматрати испуњењем његове обавезе, овај други чин се *prima facie* узима као такав јер исправност налаже да се примени најповољније тумачење нечијег поступка и да се претпостави да је он намеравао да буде праведан, пре него што се издавао да је великодушан.⁴⁷¹

Изузетно важно начело по којем се право правичности битно разликује од *common law*-а јесте правило да правичност делује *in personam*. Оно је основа на којој почива надлежност Суда правичности. Право правичности не може да надвлада права која се изводе из *common law*-а, али може да обезбеди да се она врше у складу с начелима правичности, која пре свега подразумевају савесност и поштење. То је имао на уму и лорд Елсмир када је рекао: „Правичност се не сукобљава са *common law*-ом, јер узима *common law* онаквог каквог га налази; оно никад не оспорава да онај коме је *common law* признало право на правне интересе и има то право; оно једино упорно истиче да то лице не би требало да врши своје право на несавестан начин.“⁴⁷²

Ово је претпоставка на којој почива целокупно право *trusta*, и из којег су извођена права *in personam* а не *in rem*. Стога се право корисника ис-

⁴⁶⁷ *Parkin v. Thorold*, 1852, 16 Beav. 59 at 66. Скоро истоветна пресуда садржана је у случају *Solomons v. Halloran*, 1906, 7 SR (NSW) 32 at 42–3.

⁴⁶⁸ *Ibidem*, at 67.

⁴⁶⁹ 2 P Wms 700 at 715; 24 Er 922 at 927.

⁴⁷⁰ R. P. Meager, J. D. Heydon and M. J. Leening, *op. cit.*, p. 113.

⁴⁷¹ *Snell's Principles of Equity*, p. 40.

⁴⁷² R. P. Meager, J. D. Heydon and M. J. Leening, *op. cit.*, p. 116.

кључиво тиче његовог односа са стараоцем, односно повереником *trusta*. Уколико пак старалац отуђи имовину *trusta*, корисник може да тужи њеног новог власника, сем уколико је он *bona fide* купац који није био обавештен да је предмет купопродаје под *trustom*. Да којим случајем корисник *trusta* има право *in rem*, могао би да тражи повраћај своје имовине и од *bona fide* купца, као и од сваког другог. Али је његово право само *in personam* а не и *in rem*.⁴⁷³

Извесну нејасноћу у разумевању природе права правичности, коју су у новије време преузеле многе судије, унео је Хенбери (H.G. Hanbury) који је тврдио да право правичности није *ius in personam* нити *ius in rem*, већ *ius in personam ad rem*.⁴⁷⁴ Овакво објашњење има већу тежину израза него темељитост анализе.⁴⁷⁵

Нарочито су у старијим случајевима права правичности била само права *in personam*. Тако се у случају *Penn v. Lord Baltimore*⁴⁷⁶ из 1750. године поставило питање да ли Суд правичности може да принудно изврши споразум о утврђивању граница земље, која се налази изван Енглеске. Суду је приговорено да је предмет спора право на страну земљу, да је поступак *in rem*, те да стога овај Суд није надлежан. Лорд Хардвик је одговорио да је савест странке везана овим споразумом и под надлежношћу овог Суда, који поступа *in personam*, те да стога Суд може да изда наредбу за његово извршење као уговор.

Ову доктрину правичности сажето је изразио лорд Селборн (Selborne) у случају *Ewing v. Orr Ewing*⁴⁷⁷ из 1883. године:

„Судови правичности у Енглеској јесу и увек су били судови савести, који делују *in personam*, а не *in rem*. У вршењу ове персоналне надлежности, они су увек били привикнути да наложе извршење уговора и *trustova* и субјектима који ни по месту нити *ratione domicilii*, нису били у њиховој надлежности. То су чинили у случају земље у Шкотској, Ирској, колонијама и страним земљама.“

Најдаље у одступању од персоналног дејства пресуда судова правичности отишло се у области права које уређује *trustove*, па се данас сматра да се право корисника *trusta* веома приближава праву *in rem*. На то нарочито упућују случајеви *Sinclair v. Brougham*⁴⁷⁸ из 1914. године и *Re Diplock*

⁴⁷³ W. Keeton, *op. cit.*, pp. 116–117.

⁴⁷⁴ 44 LQR 68; наведено према: R. P. Meager, J. D. Heydon and M. J. Leening, *op. cit.*, p. 117.

⁴⁷⁵ R. P. Meager, J. D. Heydon and M. J. Leening, *op. cit.*, p. 117.

⁴⁷⁶ Ves Sen 444; 27 ER 1132; (1558–1774) All ER Rep. 99.

⁴⁷⁷ 9 APP Cas 34 at 40.

⁴⁷⁸ A.C. 398.

из 1948. године. Пресуде у њима наводе савремене писце да закључе како правична права и интереси имају хибридну природу, негде на средокраћу између *jura in personam* и *jura in rem*.⁴⁷⁹

У ранијем добу правна средства која су била доступна по *common law*-у проистацала су из важећег права, док су правична правна средства била ствар „милости“, односно дискреционе оцене. Данас се то већ не би могло рећи, али је чињеница да судови када пресуђују по праву правичности располажу нешто већом дискреционом влашћу.

ПОЈАМ ПРАВИЧНОСТИ

Једно од тежих и никада до краја решених питања јесте сам појам правичности, који измиче потпуном и доследном дефинисању, о чему ће убрзо бити речи. Но пре тога ваља још једном објаснити због чега се уопште повремено мора приступити пресуђивању по правичности.

Међу првима који су, после Хелена и Римљана, указали на кључан разлог који доводи до пресуђивања по правичности био је познати постглосатор Лукас де Пена. Он је запазио да се повремено појављују случајеви који се не могу пресуђивати по важећем праву, пошто законодавац није био кадар да све могуће случајеве унапред предвиди и обухвати општом нормом. С друге стране, судија није властан да одбије пресуђивање ако закон ћути о неком изузетном случају, па тада преузима на себе улогу законодавца. А мерило којим се притом руководи јесте *arbitrium boni viri* (суд добрих људи), док основа за доношење саме одлуке јесте правичност).⁴⁸⁰

Лукас де Пена отишао је и корак даље па је додао да, уколико се појави више значења једне одредбе, судија треба да прихвати оно које је слободоумније и служи интересима правичности, уместо да подлегне несавитљивости *rigora jurisa*. Отуда, по његовом мишљењу, *ratio aequitatis* увек треба да има предност у односу на неумитни *ratio stricti juris*. А то значи да је тумачење само средство којим судија уноси идеју правичности у стварност друштвеног живота.⁴⁸¹ Тиме је наговестио и најважнију улогу установе правичности – исправљање строгости закона зарад правде у неком изузетном, унапред непредвидљивом случају.

⁴⁷⁹ G.W. Keeton, *op. cit.*, p. 117.

⁴⁸⁰ Walter Ullmann, *The Medieval Idea of Law as presented by Lucas de Penna. A Study in Fourteenth-Century Legal Scholarship*, London, Methuen & Co. Ltd., 1946, pp. 118–119.

⁴⁸¹ *Op. cit.*, pp. 121–122.

Чувени енглески правници су, додуше, били упућени у римско право и улогу коју је у њему имао претор, али нису били склони рецепцији тог права. Стога би се могло рећи да су сама идеја правичности, као и посебна правна грана која је на тој идеји била заснована, у Енглеској биле особено и самоникло дело енглеског духа.

Први који је у Енглеској правној теорији развио идеју правичности не само на трагу Аристотелове замисли, него и на основу особеног присућавања Суда правичности, био је Сент Жермен, коме је већ посвећено посебно поглавље у овом раду. По његовом расућавању, „како се људска дела и радње, за која се закони прописују, догађају на бескрајно различите начине, није могућно формулисати било које опште правило закона које неће оманути у неком случају; стога доносиоци закона обраћају пажњу на оне ствари које се често догађају, а не на сваки особен случај, јер они, и кад би то хтели, не би могли. Стога следити речи закона било би у неком случају и против правде и против државе. Зато је у неким случајевима нужно да се напусте речи закона и следи оно што ум и правда захтевају. И тога ради сврха правичности је постављена, а то је да ублажава и смањује строгост закона. Неки људи то означавају као *epieikeia*, што није ништа друго доли изузетак од закона Божјег или закона ума, од општих правила човека кад би се, због њихове општости, у неком особеном случају просућивало да су против закона Божјег или закона ума – изузетак који се тајно подразумева у сваком општем праву сваког позитивног права.“⁴⁸² А када се догоди такав особен случај одмах се прекида сваки поступак пред судом *common law*-а, да би краљева Канцеларија (*Chancery*) утврдила да ли тужилац има или нема правни основ (*title*) у савести.⁴⁸³

Кључан је Сент Жерменов став да најстроже право доводи до највеће неправде, те да се због тога строгост закона мора ублажавати најдражим милосрђем, под којим је Сент Жермен подразумевао милост Суда правичности (*Chancery*). У том духу дефинисао је правичност као „исправну мудрост (*reghtwiseness*) која узима у обзир све посебне околности дела, које је такође ублажено најдражим милосрђем“.⁴⁸⁴

На сличан начин је и Рудим објашњавао да је *summum jus summa injuria*, те да због тога правичност узима у обзир све околности случаја и процењује целокупну ствар сходно доброј савести, што показује да су коришћење савести и њена изврсност иза сваког прописа закона. „Правичност је оно што се уобичајено назива једнаким, праведним и добрим; па је у неким случајевима ублажавање и умеравање *common law*-а, било

⁴⁸² St. Germain, *op. cit.*, I, 16, p. 45.

⁴⁸³ *Op. cit.*, I, 17, p. 49.

⁴⁸⁴ *Op. cit.*, I, 16, p. 44.

у погледу ствари, лица или времена; и притом често не потребује сам закон.⁴⁸⁵ „Материје у погледу којих правичност својом апсолутном влашћу пресуђује јесу оне које нису поправљиве у праву [*common law*-у]. Могло би се рећи да су врсте таквих материја скоро толико бескрајне, колико су различите ствари с којима смо присни у људском животу.“⁴⁸⁶ А „правичност је толико широка и различита да се за сваки случај у правичности истински може рећи да почива на својим властитим особеним околностима; те да му стога, дало би се закључити, нису наклоњени прецеденти који у правичности нису од велике користи, како би то неки тврдили, него се тиме правичност такође може учинити науком за добру савест.“⁴⁸⁷

У својој Расправи о закону Хиниџ Финч (Heneage Finch)⁴⁸⁸ је рекао да правичност по својој природи проширује и повећава слово закона.⁴⁸⁹ А у Расправи о правичности коју је посветио господину Белоу (Ballow), после казивања да ће бити нужно да се позове на природна начела, додао је да оно чему недостаје коначност може да буде допуњено оним што је бескрајно; и то је оно што се прикладно назива правичношћу насупрот строгом праву. „Стога у Канцеларији (Chancery) сваки особен случај почива на својим властитим околностима; те иако *common law* неће одлучивати против општег правног правила, Канцеларија хоће, тако да тај пример неће увести општу штету. Стога свака ствар која се догоди у нескладу с намером законодавца или насупрот природној правди, овде може наћи олакшање. Јер, ниједан човек не може бити приморан да било шта каже против природног закона; па се ни за једног човека не може претпоставити да у свом разуму хоће да буде присиљен да било шта каже противно природном закону; и заиста се ни за једног човека не може претпоставити да у свом разуму хоће да другог на то присили.“⁴⁹⁰ Тако, по Финчу, Суд правичности може у изузетним случајевима пресуђивати и против општег правног правила, уколико то налажу природна правда и природни закон. А писац *Еуномуса* је још додао да је Канцеларија, као Суд правичности, „овлашћена да ублажава *summum ius*“.⁴⁹¹

⁴⁸⁵ *Grounds and Rudim*, Edition 1751, pp. 5, 6; наведено према: Justice Story, *op. cit.*, p. 7.

⁴⁸⁶ *Grounds and Rudim*, Edition 1751, p. 6; наведено према: Justice Story, *op. cit.*, p. 7.

⁴⁸⁷ *Grounds and Rudim*, Edition 1751, pp. 5, 6; наведено према: Justice Story, *op. cit.*, p. 7.

⁴⁸⁸ Изворно име потоњег лорда Нотингема.

⁴⁸⁹ *Find's Law*, p. 20; наведено према: Justice Story, *op. cit.*, p. 8.

⁴⁹⁰ 1 *Fonbl. Eq. B 1, Ch. 1, § 3*; наведено према: Justice Story, *op. cit.*, p. 8.

⁴⁹¹ *Eunomus*, *Diel. 3, § 60*; наведено према: Justice Story, *op. cit.*, p. 8.

Међу онима који су у то доба на сличан начин објашњавали улогу правичности био је и Браун (D. Browne). По његовом мишљењу, ако је унутрашње право коначно, а предмет бесконачан, често ће настајати случајеви који по том праву не могу бити пресуђени јер не може бити коначног правила за бесконачну материју, па је тада неопходно да се прибегне природним начелима; пошто оно чему недостаје коначност, не може бити допуњено оним што је бесконачно. „То је оно што се прикладно назива правичношћу насупрот строгом праву; и изгледа да носи нешто од исте сразмере према њему у моралу, као што то чини уметност према природи у материјалном свету... Стога општа правила домаћег права не би често била кадра да достигну свој циљ, ако правичност није дошла да им помогне. Отуда у Канцеларији (*Chancery*) сваки посебан случај почива на својим властитим посебним околностима; те иако *common law* неће пресуђивати против општег правила, Канцеларија пресуђује, тако да пример не уводи општу штету. Због тога свака ствар која настане у нескладу с намером законодавца или противно природној правди, може овде наћи олакшање.“⁴⁹²

Како је и у том времену из редова правника *common law*-а било приговора да се пресуђивањем по правичности уноси самовољно одвраћање од прописаних правила, Браун је узвратио да је то једно овлашћење Суда да их примењује и усмерава сходно поштењу и доброј савести. Захваљујући томе, оштећена страна може у Суду правичности добити она правна средства до којих не може доћи у судовима *common law*-а.⁴⁹³ Тако „ће правичност пружати олакшање против строгости права“ [*common law*-а].⁴⁹⁴

Најсажетије, а можда и најубедљивије објашњење због чега треба примењивати установу правичности дао је лорд Елсмир када је рекао: „Поступци људи су толико различити и неодређени да није могућно донети неки општи закон који може прикладно да одговори захтевима сваког појединачног поступка, а да не омане у неким околностима.“⁴⁹⁵

Несумњиву чињеницу да се општим правним правилима, ма колико добро формулисаним, не могу унапред обухватити сви могућни, а нарочито изузетно особени случајеви, признавао је и Вилијам Блекстон, иако није био поборник пресуђивања по правичности. Он вели „да се, уопште узевши, сви случајеви не могу предвидети; или уколико су предвиђени, не могу изразити. Појавиће се неки који настају у оквиру значења, али не и у оквиру законодавчевих речи; и други који можда настају у оквиру дословног смисла, али могу бити супротни његовом значењу, иако се оно изричито не

⁴⁹² D. Browne, *A Treatise of Equity*, Sovoy: E. and R. Nutt and R. Goshing, 1737, p. 3.

⁴⁹³ *Op. cit.*, p. 5.

⁴⁹⁴ *Op. cit.*, p. 15.

⁴⁹⁵ 1. W&T. at pp. 615–617, 1 Ch. Rep. 1.

очекује. За све ове случајеве, који су на тај начин изван дословног смисла, често се каже да су у оквиру правичности акта [закона] Парламента; а тако су и случајеви у оквиру дословног смисла често изван правичности.⁴⁹⁶

Овако ограничену улогу правичности у енглеском праву почетком XX века прихватио је и судија Стори. По његовом мишљењу, пресудни разлог који умањује савремену улогу правичности приликом пресуђивања јесте чињеница, да се у новије доба судије врло ретко позивају на правду, која је као правни појам недовољно јасна и одређена, па тиме пружа судијама велику дискрециону власт.

Да би то објаснио, он се најпре позива на римско право, у којем се под правичношћу уобичајено подразумевало да су правни послови засновани на природној правди, поштењу и праву које је произишло *ex aequo et bono*. Одмах потом наводи следеће дефиниције правде, природног права и основних правних начела, од којих су прва и трећа у овом раду већ поменуте: *Iustitia est constant et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. Ius pluribus modis dicitur. Uno modo, cum id quod semper aequum et bonum ius dicitur; ut est ius naturale. Iuris praecepta sunt haec; honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.*⁴⁹⁷ У истом смислу појмио је право и чувени правник Целзус када је рекао да *ius est ars boni et aequi.*⁴⁹⁸

Била би, међутим, велика грешка, вели судија Стори, ако би се претпоставило да је надлежност судова по праву правичности толико широка, колико то омогућавају начела природне правде. Из њих се не могу извести општа правила којима би се пресуђивало у случају несавршених облигација, попут оних у области милосрђа, захвалности и других односа који не производе утуживе правне обавезе. Тако не само у римском праву него и у *common law*-у многи споразуми и обећања (*nude pacts*) не производе правне обавезе, које би се могле присилно извршавати *in foro externo*, него је њихово извршавање препуштено једино савести (*in foro interno*). Отуда и разлика између природних облигација, које се не могу утужити, и грађанских облигација које, у случају њиховог неизвршења, дају право да се поднесе тужба. Ове последње се понекад означавају као праведне, јер производе савршене облигације, док се оне прве сматрају правичним, пошто из њих настају несавршене облигације.⁴⁹⁹

У ужем смислу – објашњава Стори – правичност је супротност строгом праву, ономе што је *strictum et summum ius*. Као таква, правичност се примењује на тумачење речи позитивног права, или писаних закона, тако

⁴⁹⁶ William Blackstone, *op. cit.*, p. 823.

⁴⁹⁷ *Dig. I, tit. 1, ff 10, 11.*

⁴⁹⁸ *Dig. I, tit. 1, f. 1.*

⁴⁹⁹ Justice Story, *op. cit.*, p. 2.

што их поима не према њиховим речима, него према духу који је садржан у њима. Тако схваћена правичност мора имати одговарајућу улогу у сваком рационалном правном систему, ако не по имену онда по својој суштини. Немогућно је да било који законик, ма колико да је подробан, обухвати или уреди бескрајну различитост људских ствари и обезбеди правила која ће се примењивати на сваку од њих. Стога „сваки систем закона нужно мора бити мањкав, па се морају појављивати случајеви на које се они уопште не могу примењивати. Зато је судија дужан да размотри да ли се претходеће правило примењује или треба, према намери законодавца, да се примени на дати случај; па ако постоје два правила која се у том случају скоро примичу, али су међусобно супротстављена, које од њих треба да управља њиме. Ако, пак, нема никаквог правила применљивог на све околности, да ли странка треба да остане без правног лека или треба следити правило које обезбеђује најближу аналогију?“⁵⁰⁰ Све је ово задатак судије који тумачи важећа правила и пресуђује дати случај, па се вршење таквог овлашћења назива правичним тумачењем.⁵⁰¹

Једно од тежих питања енглеске правне теорије јесте само дефинисање правичности. До сада није дата сасвим задовољавајућа дефиниција. Правичност се може дефинисати као природна правда коју, из историјских разлога, нису примењивали судови *common law*-а, па је тај недостатак отклањао Суд правичности. Ово, међутим, није сасвим задовољавајућа дефиниција, пошто се њоме не означавају предмет пресуђивања по правичности и сама природа тог пресуђивања, што је утолико теже јер је у новије време део тих правила постао садржина закона (*statutes*), иако се и даље сматрају *corpisom* права правичности.⁵⁰²

Нарочито је тешко повлачење оштре разлике између *common law*-а и права правичности. Велики енглески правник Вилијам Блекстоун веома се потрудио да покаже да та разлика није довољно јасна и одређена: ако се повуче линија разграничења између ових двеју јурисдикција, видеће се да је то разликовање или потпуно погрешно или је у извесној мери погрешно.

1) Тако се најпре каже да је посао Суда правичности у Енглеској да ублажава строгост *common law*-а. Али никакво такво овлашћење није изборено. Тежак је случај поверилаца обвезница, чији је дужник тестаментом завештао своју непокретност; строго је и неправедно правило којим се у односу на наследника ставља у повољнији положај лице, којем се тестаментом завештава имовина; па ипак Суд правичности није овлашћен да се у то уплиће. Мучно је *common law*, које још увек постоји, да

⁵⁰⁰ *Op. cit.*, p. 5.

⁵⁰¹ *Ibidem*.

⁵⁰² *Snell's Principles of Equity*, p. 13.

земља која се оставља тестаментом или се преноси на наследника, неће бити подложна једноставном уговорном дуговању претка или састављача тестаamenta, мада је новац добијен од продаје саме земље; а отац никада неће као наследник непосредно наследити непокретност сина. Али Суд правичности не може да да било какво правно средство, мада је у овим случајевима вештачки разум (*artificial reason*) закона, проистекао из феудалних начела, у потпуности давно престао да постоји.⁵⁰³ Блекстоун наводи и друге примере тешких и древних правила, за чију строгост правичност нема олакшања.⁵⁰⁴

„2) Каже се да Суд правичности одлучује сходно духу правила, а не према изричитости његовог слова. Али то чине и судови права [*common law-a*]. И први и други су једнако обавезни и једнако тврде да тумаче законе сходно истинској намери законодавца.“⁵⁰⁵

„3) Опет се каже да су *превара, неочекивани случај и trust* одговарајући и особен предмет (надлежности) Суда правичности. Али су за сваку врсту *преваре* једнако надлежни и једнако усредсређени судови права [*common law-a*]; а за неке преваре једино су они надлежни... Многи *неочекивани случајеви* су збринути у суду права [*common law-a*]...“⁵⁰⁶ Али има и других *trustova* за које је надлежан суд *common law-a*, као што су депозити и све врсте депоновања, а нарочито прећутно претпостављени уговори.⁵⁰⁷

„4) Још једном, речено је да Суд правичности није везан правилима или прецедентима, него делује на основу мишљења судије заснованог на околностима сваког посебног случаја. Док у ствари, систем наших судова правичности је разрађен, повезан систем уређен прецедентима, које они не напуштају, иако разлог неког од њих може бити подложен приговору.“⁵⁰⁸ Блекстоун потом наводи више примера да би сви они могли бити случајеви у којима се примењују очигледна правила позитивног права.

Све је то навело Блекстоуна да закључи да у његовом добу између *common law-a* и права правичности није било неке суштинске разлике. „Системи јуриспруденције у нашим судовима, како *common law-a* тако и правичности, јесу сада подједнако артифицијелни системи, засновани на истим начелима правде и позитивног права; али се разилазе различитом употребом облика и начина њиховог поступка: први изворно изведен (мада знатно измењен и унапређен) из феудалних обичаја, како су они

⁵⁰³ William Blackstone, *op. cit.*, p. 823.

⁵⁰⁴ F. W. Maitland, *Equity Aslo the Forms of Action at Common law*, p. 12.

⁵⁰⁵ William Blackstone, *op. cit.*, p. 823.

⁵⁰⁶ *Op. cit.*, p. 824.

⁵⁰⁷ *Ibidem.*

⁵⁰⁸ *Ibidem.*

преовлађивали у различитим добима санксонског и норманског судства; други (али са једнаким побољшањима) из империјалних и понтификалних формулара, које су уводили њихови канцелари и клерици.⁵⁰⁹

Иако је тврдио да се право правичности у много чему не разликује од *common law*-а, Блекстоун је ипак дао особену и вредну дефиницију правичности. „Правичност“ – велик Блекстоун – „у свом истинском и правом значењу јесте душа и дух свеколиког права; она тумачи позитивно право и гради рационално право. Правичност је синоним правде; у том погледу она је истинско и ваљано тумачење правила.“⁵¹⁰ А поводом случајева који су изван слова закона (аката Парламента), Блекстоун још додаје да „овде под правичношћу не подразумевамо ништа друго доли ваљано тумачење закона; мада речи самог закона могу бити сувише штетне, сувише особене или на други начин нетачне или мањкаве. Тада су ови случајеви – како то вели Гроциус – *lex non exacte definit, sed arbitrio boni viri permittit*; да би се нашли истински смисао и значење законодавца у сваком другом предмету тумачења.“⁵¹¹

Оваквим разумевањем правичности Блекстоун је наставио дугу и плодну традицију по којој је правичност морална врлина, а тиме и настојање да се право морализује и учини бољим и праведнијим. На том трагу био је и Френсис Бекон када је рекао да је Канцеларија (*Chancery*) установљена да допуни, а не да разори право.⁵¹² Али је ова улога правичности у морализовању права можда најбоље изражена 1705. године у следећој пресуди: „Сада правичност није део права већ морална врлина, која ближе одређује, ублажава и побољшава строгост, крутост и руб права, због којих су они који имају несумњиво право остали без правног средства. Отуда је улога правичности да подржи и заштити *common law* од промена и ујдурми које су против правде права. Правичност стога не разара право, нити га ствара, већ га подржава.“⁵¹³ Судија Стори, који је такође цитирао ову пресуду али ју је приписао Џону Тревору (*Sir John Trevor*), господару годишњака (*Master of the Rolls*), упозорио је да би ова доктрина, ма колико *sub modo* истинита, ипак била велика грешка ако се претпостави да је истинита у свој својој ширини.⁵¹⁴

У истом духу расуђивао је и Меитленд, чија је сажета дефиниција правичности можда била најбоља. На крају своје академске каријере

⁵⁰⁹ *Op. cit.*, p. 826.

⁵¹⁰ *Op. cit.*, p. 822.

⁵¹¹ *Op. cit.*, p.p. 823–824.

⁵¹² *Justice Story, op. cit.*, p. 11.

⁵¹³ *Lord Dudley and Ward v. Lady Dudley*, 1705, *Prec. Ch.* 241 at 244, *per Sir Nathan Wright L.K.J.*

⁵¹⁴ *Justice Story, op. cit.*, p. 12.

Меитленд је нашао за потребно да нешто каже о односу између *common law*-а и правичности пре 1875. године, када су у погледу судске надлежности сједињене ове две правосудне гране. „Прва ствар коју треба да приметимо јесте да тај однос није био сукоб. Правичност долази не да разори право [*common law*] него да га испуни.“⁵¹⁵ Било је, наравно, и сукоба, као у доба сер Едварда Коука. Али такви сукоби припадају далекој прошлости. Током последња два века пре 1875. године ова два правна система делују хармонично.⁵¹⁶ А потом је Меитленд још додао: „Треба да размишљамо о правичности као допунском праву, једној врсти додатка присаједињеног нашем законнику, додатку, глоси коју су уобичајено примењивали судови, посебно обликованим за ту сврху.“⁵¹⁷

Како је био сведок уједињења двеју посебних грана права у јединствен правосудни систем законима Парламента од 1873. и 1875. године, Меитленд је нашао за потребно да нешто више каже не само о њиховом међусобном односу, него и о природи сваке од њих понаособ. По његовом мишљењу, *common law* и правичност нису два супарничка система. Сама правичност није самодовољан систем, него и у свакој својој појединости претпоставља постојање *common law*-а, док би *common law* могао постојати и без права правичности, додуше са многим неправдама, неуљуђеностима и бесмислицама, али би ипак обезбеђивало елементарну слободу и сигурност. Уколико би се пак укинуо *common law*, наступила би потпуна анархија. „Правичност без *common law*-а била би замак у ваздуху, немогућност.“⁵¹⁸

Све су то били разлози који су навели Меитленда да закључи да нико никада није развио, нити је икада хтео да развије правичност као јединствен, у себи усаглашен и системски повезан *corpus* права. Оно представља скуп додатака између којих нема неке блиске повезаности. Уколико би целокупно енглеско право било систематски уређено, откриће се да су нека његова поглавља преобилно допуњена глосама правичности, док друга уопште нису. Од укидања Звездане собе у Енглеској више нема правичности у кривичном праву. Суд правичности се држао подаље од кривичних дела, а како се она преклапају с накнадом штете, строго се придржавао само већег дела надлежности за накнаду штете.⁵¹⁹

Тако је Меитленд још једном показао да право правичности не само допуњава *common law*, него га и усавршава тиме што га морализује и чини

⁵¹⁵ F. W. Maitland, *Equity...*, p. 17.

⁵¹⁶ *Ibidem*.

⁵¹⁷ *Op. cit.*, p. 18.

⁵¹⁸ *Op. cit.*, p. 19.

⁵¹⁹ *Ibidem*.

праведнијим него што би иначе било. То је навело Керлетона Кемпа Алена да закључи да је дух правичности инхерентан сваком суду правде који је достојан тог имена.⁵²⁰

Поред ове супстанцијалне разлике између *common law*-а и права правичности, понекад се она допуњава и разликом у врсти правних средстава којима обе гране располажу, која је постојала све док 1873. и 1875. године није дошло до сједињавања двеју посебних врста судова. „Средства за исправљање недела и принудно остварење права делимо у две врсте: прву у којој их примењују судови *common law*-а; другу у којој их примењују судови правичности. Права која признају и штите и начела која исправљају први судови називамо правним средствима и правним неделима. Права која признају и штите и повреде која исправљају једино потоњи судови називамо правичним правима и правичним повредама.“⁵²¹

Имајући на уму ову процедуралну разлику, могло би се рећи да право правичности обухвата онај део надлежности који искључиво примењује Суд правичности, за разлику од оног дела који искључиво примењује суд *common law*-а.⁵²² Уверљив пример који то потврђује јесте *trust*, за који је од самог његовог устаљивања искључиво био надлежан Суд правичности. И у многим другим случајевима судови *common law*-а оглашавали су се ненадлежним, па је једино Суд правичности могао да изврши одговарајуће исправљање повреде дужности и недела, односно нанете неправде.

Дуго времена, све до почетка XVII века, једна од битних особености права правичности била је чињеница да Суд правичности није био везан својим прецедентима, него је имао велику дискрециону власт приликом пресуђивања спорова за које се проглашавао надлежним. Ово је нарочито било очигледно у добу када су канцелари били црквени прелати (бискупи и надбискупи), који су се приликом пресуђивања руководили не само природним правом и правдом, него и начелима на којима је почивало канонско право. То је био разлог што дуго времена нису састављене књиге пресуда Суда правичности, за разлику од судова *common law*-а који су, скоро од самог свог устаљивања, сабирали своје пресуде у годишњацима (*Year Books*), па је тако сачувана и чувена збирка тих пресуда коју је сакупио Хенри де Бректон

Тек почетком XVII века дошло је до битне промене, када је канцелар Елсмир почео да своје пресуде заснива на претходним случајевима и начелима, која су из њих могла бити изведена, чиме је утро пут стварању особеног, додуше гипког и прилагодљивог, прецедентног права правич-

⁵²⁰ Carleton Kemp Allen, *op. cit.*, p. 213.

⁵²¹ Justice Story, *op. cit.*, p. 15.

⁵²² *Op. cit.*, p. 16.

ности. После ових почетака лорд Нотингем је коначно усталио право правичности као релативно поуздан прецедентни систем, на основу којег се приличном сигурношћу могло предвидети како ће овај Суд у будућности пресуђивати. Додуше, могло би се рећи да је и после тога Суд правичности располагао нешто већом дискреционом влашћу од судова *common law*-а иако се сматрао обавезним да следи раније прецеденте.

После радикалне реформе правосуђа 1873. и 1875. године, која је довела до сједињавања судова *common law*-а са судовима правичности, практично исти судови пресуђују и по *common law*-у и по праву правичности. У таквим областима тешко би се могло рећи да исти суд различито поступа када пресуђује по једном или другом праву, то јест да је мање везан ранијим прецедентима, те да користи већу дискрециону власт када поступа по праву правичности.

ЗАКЉУЧАК

У својим разматрањима о правди и правичности Аристотел није навео какве је узоре следио и да ли је имао на уму и праксу поротних судова у Атини, а можда и неких других судова у ондашњим хеленским полисима. А када је требало да прикаже начин расуђивања и пресуђивања по правичности, наводио је хипотетичке а не стварне примере.

За разлику од Аристотела, на самом почетку своје правосудне делатности, енглески канцелари нису били склони било каквом уопштавању онога што су чинили. На пресуђивање по правичности навела их је крутост форме судова *common law*-а и њихова несклоност да проналазе и примењују нова правна средства у изузетно особеним и унапред непредвидљивим случајевима. Била је то својеврсна изнудица која је навела канцеларе да пресуђују мимо устаљених правила *common law*-а и да ублажавају, па и исправљају строгост овог права. Уз то су, у том раном добу, канцелари пресуђивали и у појединим случајевима за које су били надлежни судови *common law*-а, али из ванправних разлога – великог сиромаштва, неупућености у право, сталешке и друге неједнакости странака, надмоћног положаја, па и насиља једне од странака – у тим судовима правда није била доступна. У свим оваквим случајевима канцелари су сматрали да природна или Божја правда налажу давање одговарајућег правног средства и ваљаног решења спора, које судови *common law*-а, из овог или оног разлога, нису пружали.

А када је канцеларско пресуђивање по правичности једном устаљено, оно је имало у себи иманентну тежњу да се овековечи и више не мења. Посреди је била она добро позната конзервативност права као таква, која

се очитује у склоности правника, а нарочито судија, да се држе онога што је достигнуто, а нерадо мењају устаљене форме и терминологију. То је, поред осталог, и био разлог што је све до 1731. године латински језик био службени језик у судовима, пошто су правници тврдили да енглески језик није погодан за сажето, тачно и поуздано изражавање о сложеним правним питањима. И то је разлог што се и у новије доба у пресудама, а нарочито у правним расправама, учестало користе латински изрази и синтагме.

На самом почетку устаљивања *common law*-а, у XII веку, судови су могли, што су неко време и чинили, пресуђивати и по важећем праву и по правичности. Али у XIV веку дошло је до укрупњавања форме *common law*-а, па су канцелари преузели ову другу улогу. Када су једном то учинили, па се та улога усталила, она је потом, као посебан правосудни систем, и овековечена, да би потрајала више од пет векова – све до периода између 1873. и 1875. године. Па и после тога право правичности остало је посебан правни систем иако су га примењивали сви судови без разлике.

Већ у том раном добу пресуђивања по правичности непрестано се појављивала напетост између супстанцијалне правде и установљене правне форме. Аристотел ту напетост није могао да уочи, пошто у његово доба, због великог броја поротника у дикастеријама, строгост правне форме није постојала, па није ни могла бити сметња за пресуђивање по правичности. Што је још важније, тада је постојало мало писаних закона, чија је садржина у Атини нарушавана *psephismata*, које су заправо биле појединачни акти, за примену само у једном случају, који одступа од општег правила. Уз то, пресуђивање по обичајима никада није било устаљено као својеврсни прецедентни систем. Све су то били разлози због којих Аристотел није могао да уочи, а камоли да наведе било какву озбиљнију запреку пресуђивању по правичности.

У енглеском правосуђу XIV века било је битно другачије. Када је требало да пресуђују по правичности, канцелари су се позивали на правду и савест, како на своју властиту тако и на савест странака у спору. Али је сам појам правде био прилично неодређен, а тиме прагматичан, што је канцеларима давало велику дискрециону власт приликом пресуђивања. Тако се од канцелара захтевало да учини оно што правда, право и добра вера захтевају (*right, law and good faith demand*), а да ни он сам није налазио за потребно да ближе одреди сам појам правде. Додуше, још је Бректон наводио Улпијанову дефиницију да је правда упорна и непрекидна воља да свако добије своје право. Канцелари и друге судије ову дефиницију више нису наводили, можда само због тога што је била римска. Али би им се, по аналогiji, могла приписати и замисао да је правичност упорно

⁵²³ У овом контексту реч *right*, када се налази поред речи *law*, значи пра̀во, исправно, праведно.

и настојање да се право учини исправним и праведним. Уколико би се то постигло, могло би се рећи да је право „савршенство разума“ (*perfection of reason*).

За разлику од Аристотела, енглески канцелари су у пресуђивање по правичности увели појам савести, што је превасходно хришћански а не хеленски појам. Иако је подразумевао и индивидуалну савест, он се највећма сводио на јавни морал, с којим је та савест требало да буде саобразна. Но, како је скоро кроз своју целокупну историју енглеско друштво било подељено на различите сталеже, чији се јавни морал унеколико разликовао, савест којом су се приликом пресуђивања руководили канцелари била је јавни морал часних и угледних људи. Утолико је пресуђивање по савести, а зарад правичности, била упорна и постојана тежња да се право морализује и учини ваљаним и исправним.

Врло брзо се успоставило да пресуђивање по правичности, а мимо и против правила *common law*-а, подразумева велику дискрециону власт Суда правичности. Још у раном добу постојања овог Суда то су знале и странке које су му се обраћале с молбом, да користи „најмудрију дискрециону власт“ (*most wise discretion*). Таквом влашћу канцелари су располагали пре свега захваљујући томе што су своју судску надлежност изводили из краљеве прерогативе, која је, све до Славне револуције од 1688. године и доласка краљице Мери II и Вилијама Оранског на престо, била правно неограничена.

Ма колико је то енглеским судијама и адвокатима могло бити необично, свако тумачење важећег права и подвођење конкретног случаја под општу норму подразумева мању или већу слободу судије, нарочито када се дати случај може подвести под две опште норме или има несводиву особеност. Тада је неопходно посредовање између *ојшићости* закона и *несводиве јединствености* појединачног случаја. Тај посредник је по правилу судија. „Чим се, дакле, појави такав јединствени случај о коме закон говори само уопштено, а који се не може свести под уопштену одредбу, онда је сасвим правилно да се, уколико је законодавац нешто изоставио или због уопштене формулације нетачно дао, његов пропуст допуни и исправи онако као би то учинио и сам законодавац да је могао да предвиди дотични случај.“⁵²⁴ Искуство је показало да скоро приликом сваког тумачења опште норме и подвођења појединачног случаја под њу, судија има најчешће незнатну, а понекад и знатну слободу одлуке. Много већу дискрециону власт има, међутим, када пресуђује по правичности. Таквом влашћу је нарочито располагао канцелар, који није био везан правилима *common law*-а, па је Селден својевремено приметио да је правичност скитничка ствар.

⁵²⁴ Аристотел, *Никомахова етика*, V, 1137b 20–24.

Управо је овако велика, а у првим вековима и неограничена дискрециона власт Суда правичности била спорна, поготово што је у изузетним, унапред непредвидивим случајевима овај Суд практично био и законодавац, а да то никада није изричито признао. Кључна замерка већине енглеских правника, нарочито адвоката, била је да велика дискрециона власт Суда правичности и непредвидљивост његових одлука нарушавају правну сигурност. Нарочито им је сметала напетост, па и несагласност између одређености опште правне норме и гипкости и недовољне одређености пресуђивања по правичности, правне сигурности и индивидуализане правде.

Приликом оваквог расуђивања у примисли енглеских правника била је помисао да Суд правичности повремено преузима на себе и улогу законодавца, што су тешко могли да прихвате. Додуше, како је у првим вековима било мало писаних закона, ту улогу су унеколико вршили и судови *common law*-а, али су је прикривали позивањем на устаљене обичаје и своје раније прецеденте. Но и поред тога, правници, а нарочито адвокати никада се нису мирили с великом дискреционом влашћу Суда правичности. Њихов животни позив подразумевао је заступање странака пред судом, које су хтеле да, поред осталог и због великих судских трошкова, унапред знају да ли дати спор могу добити или изгубити. Због тога су адвокати били принуђени да се баве предвиђањем како ће и Суд правичности поступити у овом или оном случају. То је био и један од разлога што су канцелари, из редова адвоката и судија *common law*-а, сматрали за потребно да пресуђују сходно ранијим пресудама Суда правичности, што је довело до постепеног стварања прецедентног права правичности, које је повремено наликовало и на *rigor iuris*. Установљавању таквог прецедентног права највећи допринос дао је лорд Нотингем, а завршни облик лорд Елдон.

Треба одмах рећи да је мало ко од енглеских судија и правних писаца приметио да је настојање да се судови правичности, а од 1873. до 1875. године и сви остали судови, искључиво придржавају ранијих прецедената, у неотклоњивом нескладу са самом природом правичности. Устаљено прецедентно право, додуше, омогућава предвиђање како ће Суд правичности поступати у будућности. Али је управо непредвидљивост изузетних случаја био разлог за увођење пресуђивања по правичности, пошто случајеви, у којима зарад правде треба ублажити или исправити општу норму, имају несводљиву јединственост. То је једном за свагда објаснио лорд Елсмир када је рекао да су „поступци људи толико различити и неодређени да није могућно донети неки општи закон, који може прикладно да одговори захтевима сваког појединачног поступка, а да не омане у неким околностима“.⁵²⁵

⁵²⁵ *Earl of Oxford Case*, 1. W&T. at p. 615; 1 Ch. Rep. 1.

Све нас то наводи на закључак да се овако изузетни и унапред непредвидљиви случајеви никада не могу искључити нити обухватити и уредити општом правном нормом, садржаном било у писаним законима или у ранијим прецедентима, те да ће увек, зарад правде у таквим случајевима, бити неопходно пресуђивање по правичности. После Аристотела то су добро знали и сви енглески велики правници, који су вековима стварали и унапређивали право правичности.

Било је, наравно, могуће да ту врсту пресуђивања, која је у начелу ретка и изузетна, врше и редовни судови *common law*-а. Али из историјских разлога, који су на почетку ове расправе описани и објашњени, ту улогу су преузели на себе краљеви канцелари. И тада се догодило оно чији су сведоци били сви енглески правници. Створена прилика да се, поред *common law*-а, успостави и посебно право правичности, нашла је и људе који ће то извести. Били су то људи снажне воље, завидне мудрости и темељитог познавања права.

ПРАВДА И ПРАВИЧНОСТ У НАШЕМ ЈЕЗИКУ, ТЕОРИЈИ И СУДСКОЈ ПРАКСИ

НЕЈАСНО И НЕДОСЛЕДНО РАЗЛИКОВАЊЕ ПРАВДЕ И ПРАВИЧНОСТИ У СРПСКОМ КЊИЖЕВНОМ ЈЕЗИКУ

Већ смо се уверили да су старогрчком језику правда (*dikaiosune*) и правичност (*epieikeia*) две потпуно различите речи, што је бар у правној филозофији предупређивало замењивање, па и поистовећивање ових двају појмова. Исто би се могло рећи и за правду (*iustitia*) и правичност (*aequitas*) у латинском језику, који је, због римског права, имао далекосежан утицај на нашу правну терминологију, законодавство и теорију.

У српском језику и правда и правичност изведени су из исте речи *īrāv*, *īrāvo*, која за ову сврху означава оно што је исправно и ваљано. До још већих тешкоћа у разлучивању значења ових двају појмова представља чињеница, да су из исте речи изведени и појмови права и правце, која понекад означава не само правду него и субјективна, како индивидуална тако и колективна права. Уз то реч „право“ у нашој правној теорији и терминологији има два значења. По једном, то је скуп важећих правних норми које судови и други државни органи примењују; по другом то је субјективно право које овлашћује појединца да нешто чини или од других тражи да нешто учине или трпе под претњом државне принуде.

За основу својих истраживања и разматрања узео сам исписе из великог броја књижевних и других дела у којима се помињу појмови правде, правичности и правце, а на основу којих ће сарадници Института за српски језик САНУ сачинити одговарајуће одреднице (надам се ускоро) у *Речнику српско-хрватској књижевној и народној језика САНУ*. Намерно сам изоставио исписе, који су ми такође стављени на располагање, у којима се

наводе речи „правдин“, „правдољубац“, „правдољубив“, „правдољубивост“, „правдољубље“, „правдослов“, „праведан“, „праведљив“, „праведљивост“, „праведно“, „праведност“, „право“, „правност“, „правоснажно“, „правно“, „правништво“, „правник“, „правнички“, и „правни“. Сматрао сам да је за сврху овог рада довољно да анализирам различита значења речи „правда“, „правичност“ и „правица“ и њихово међусобно преплитање, док би подробнију анализу преосталих сродних речи ваљало препустити бољем зналцу историје и етимологије српског језика.

Сваки од ових исписа садржавао је скраћену ознаку одакле потиче и ко је њихов аутор. Захваљујући труду сарадника Института за српски језик САНУ, те ознаке су дешифроване, тако да се уз сваки испис наводи име аутора и његово дело, управо онако како ће то бити у *Речнику САНУ* у једном од следећих томова. Али за разлику од састављача овог *Речника*, који најчешће наводе од два до шест значења, ја сам за једно од више значења наводио знатно већи број примера, да би се показала не само њихова учесталост, него и различити реченични склопови у којима се они појављују. Није искључено да ће понеки читалац сматрати да је то било сувишно.

Пре него што се размотре различита значења правде у нашем књижевном језику, ваља навести како је ова реч у речнику Вука Стефановића Караџића преведена на немачки и латински.

„*Правда*, f. 1) *das Recht, die Gerechtigkeit, justitia, justum* [cf. *правица*]: Ако *йравда* не поможе, кривда не ће помоћи; На *йравди* Божјој, *unschuldig*. – 2) *Die Wahrheit, veritas* [vide *истина*]: Већ је Марко остави за *йравду*. – 3) *Streit, lis*, [vide *парба*] cf. *распра*, *парница*: Боља је мршава погодба него претила *йравда*; Ђевојка ме на *йравду* позвала у онога од Трогира краља“ (Вук Стефановић Караџић, *Српски рјечник*, 4. изд., Београд, 1935).

Ваља одмах приметити да реч *йравда* означава и право (*das Recht*) као такво, као систем важећих норми које судови и други државни органи примењују, чиме се губи битна разлика, па и напетост између правде, као врховне правне вредности, и важећег права које треба да је достигне и оствари. Такође по овом речнику синоним правде је *правица*, а сама реч *йравда*, поред свог уобичајеног и очекиваног значења, означава и незаслужено страдање (на правди Бога), истину и распру, односно спор, парницу. А у речнику Ристића и Кангрге налазимо да је кривда супротност правди. Уз то су још додали „судити по правди“, *Gerechtigkeit widerfahren lassen* (Светомир Ристић и Јован Кангрга, *Енциклопедијски немачко-српскохрватски речник*, Београд, 1936).

Занимљиво је да се међу ова 444 исписа налазе и два која садрже какву-такву дефиницију правде. Прва одређује правду као морални императив: „...*йравда* заповеда: не чини другоме оно што не желиш да се

теби чини..." (Б. Петронијевић *Историја новије филозофије*, Београд, 1922, стр. 262). А друга налази смисао правде у моралној исправности: „*Правда* је право да учинимо оно што мислимо да треба“ (Мехмед (Меша) Селимовић, *Дервиш и смрт*, Сарајево, 1980. стр. 49). Уз то се у трима исписима подразумева да правда свакоме, а нарочито ствараоцима, даје оно што им по заслуги припада. „Писац може бити једностран“ – вели се у једном – „критичар не сме; од њега се тражи да разуме свакога писца: и примитивца и класичара, ... и да сваком ода *йравду*“ (Богдан Поповић *Опеди из књижевности и уметности*, I, Београд, 1914, стр. 65). Други садржи следећи наговештај: „Кад песник умре, смрт му доноси *йравду* коју му живот ускраћује“ (Љубомир Симовић, *Хлеб и со, изабране њесме*, Београд, 1985, стр. 85). А трећим се овако одаје признање Његошу: „На сваки начин, мислим да је крајње време да се Његошевој Лучи да пуна *йравда*, као највећем делу наше књижевности...“ (Светислав Стефановић, *Портрети и есеји*, Београд, 1937, стр. 303).

Супротност правди је кривда, реч која је у савременом језику скоро ишчезла иако, по мом суду, боље звучи од неправде. Кривда се помиње у следећим исказима: „Ту је метана на решето и 'кривда' и 'правда'“ (Лазар Комарчић, *Просиоци*, Београд, 1905, стр. 84). „Ако правда не помаже, кривда неће помоћи“ (Вук Стефановић Караџић, *Српске народне њословице*, Београд, 1900). „Правда се узда у се. На њеној су страни и закони и држава. Кривда је самохрана“ (Лазар Комарчић, *Два аманџа*, Београд, 1914, стр. 102). „Сад је боља кривда него ли правда“ (Вук Стеф. Караџић, *Српске народне ѡријовијетке*, Беч, 1859, стр. 107).

Не само уобичајено него и најчешће очекивано значење правде јесте поступање по правди ради додељивања онога што се по неком утврђеном мерилу заслужује. Тако Вук Караџић вели: „Да реку [католици у Босни] да су Хрвати, ја бих рекао да ово име *йд йравди* припада најприје само Чакавцима“ (Вук Стеф. Караџић, *Ковчежић за историју, језик и обичаји Срба сва џири закона*, Беч, 1949, стр. 7). А Ерих Кош овако процењује: „Кнез ... *йо йравди* кажњава непослушне, лијене и подмитљиве службенике“ (Ерих Кош, *Божанске ѡриче*, Београд, 1984, стр. 79).

Скоро исто значење има и синтагма „чинити правду“. То су следећи искази: „Њему не остаје ништа друго него или да *йравду* учини војводи од Холштајна или да види Копенхаген у развалинама“ (*Историја Карла XII од Волџера*, превео Стојан Новаковић, Београд, 1857, стр. 36). „Он је, истина, био мало и припит, али је хтео учинити *йравду*, па макар и црном Циганину“ (Лазар Комарчић, *Један разорен ум*, Београд, 1908, стр. 95). „...Ја сам склон веровати [каже кнез Милош] да ће Енглеска и њени савезници гледати да се и мени као Портином васалу учини *йравда* и да се Србија сачува страног напада...“ (Михаило Гавриловић, *Из нове српске*

историје, Београд, 1926, стр. 116,117). „Ако село кривца не учини *йравде*, гад суди село оштећено, ако кривца може ухватити“ (Валтазар Божишић, *Зборник садашњих йравних обичаја у јужних Словена*, књ. I, Загреб, 1874, стр. 545). „...Наши млади нису вешти толико ходити на Трибунал и *чинити йравде*...“ (Петар Петровић Његош, *Писма*, књ. I, Београд, 1940, стр. 478).

Чињење правде се, иначе, често огледа у дељењу правде, рецимо: „Дошао си, веле, да *дијелиш йравду*...“ (Мита Живковић, *Босанчице*, Београд, 1897, стр. 74). „Нама је Бог... дао двије ствари: да имамо земљу и да *дијелимо йравду*“ (Иво Андрић, *Травничка хроника*, Београд, 1945, стр. 324). „Оно да старуши и *йравду дијели*“ (Матија Бећковић, *Рече један чоек*, Београд, 1982, стр. 37). „Волео је хајдуке, те синове горске, те одметнике који дугом шаром исправљају криву Дрину и оштрим јатаганом *дијелише йравду* земаљску...“ (Јанко Веселиновић, *Хајдук Станкко*, Београд, 1893. и 1913, стр. 119). „...С братом Ремом делиће правду...“ (Публије Вергилије Марон, *Енејида*, превео Никола Вукић, Београд, 1907, стр. 10). „Отишао је [Стерија] огорчен на оне који држе власт и *деле йравду*...“ (Живан Милисавец, *Савести једне епохе*, Нови Сад, 1950, стр. 181). „Навикнут да газдује и великим мачем дели *йравду* према правилима која увек изнова измишља, сад је видео да свет око њега није исти као кад га је оставио“ (Михаил. Д. 6, 11 – Драгослав Михаиловић, *Злојвори*).

Мање-више исто значење има и кројење правде, попут: „Крај дворова дивних гдје се *йравда кроји*, ...“ (Тугомир Алауповић, *Пробране йјесме*, Загреб, 1902, стр. 109). „...Многе државе [су] своје људе пред њихов суд пошиљале, да јим Дубровчани по свом увјерењу *йравду кроје*“ (*Пучки йријашељ, йоучан и забаван йједник*, год. II, Вараждин, 1868, стр. 98). „Не сачека бундаш, да му *йравду кроје*...“ (Исо Великановић, *Ошочица*, Загреб, 1901, стр. 58). „...Кад дрским ће Фирентикама, које до дојки носе груди раскривене, с пулпита *йравду морати да кроје*“ (Данте Алигијери, *Чистилиштие*, превео Миховил Комбол, 1948, стр. 141). „...На прагу ондје гријехе је испитива, суди и шаље, репом *йравду кроји*“ (Данте Алигијери, *Пакао*, превео Миховил Комбол, 1948, стр. 37). „Сватко има право да себи *йравду кроји*“ (Wladyslaw St. Reymont, *Seljaci I*, превео Јулије Бенешић, Загреб, 1951, стр. 142). „Мржња и похота не би смјеле *кројити йравду!*“ (Милан Беговић, *Божји човек*, Загреб, 1924, стр. 62). „Бог кроји *йравду* када куцне час“ (Симов. Љ. 4, 502. Љубомир Симовић, *Драме*).

За још једно значење правде могло би се рећи да је уобичајено и очекивано и у данашњем времену. Посреди је строгост правде. О томе сведоче следећа два извода: „Ма колико да су људи себични, опет пред *сйројом йравдом* оборе главе“ (Лазар Комарчић, *Зайисник једној йокојника*, Београд, 1908, стр. 163). „...Он нетражи *ошйрину йравде*, него милосерђе...“ (*Живой Исуса Керсиа*, превео Миховил Чуик, Сплит 1948, стр.

48). Мада се овде говори о строгости правде, по свој прилици се имала на уму строгост закона или обичаја на основу којих се изриче пресуда, а тиме и правда.

У нашој народној традицији правда је одувек била врховна политичка и друштвена вредност, што потврђује и изрека „правда држи земљу и градове“. Али се израз „правда“ у нашем језику користи и у значењу које је изван права, државе и политике. Тако се понекад истиче и вечна правда. „Страшна бијаше његова клетва и доприје тежином својом до *вјечийиѣ Правде*“ (Ферид Маглајлић, *Из сѣяроѣа вилајетѣа*, Загреб, 1909, стр. 37). „*Правда вечна нека њима суди*“ (Василиј Суботић, *Образи живоиѣа или саветѣи брижљивоѣ оца невешѣиоѣ деци*, Земун, 1853, стр. 151). Скоро исто значење има и земаљска правда. „Једно само нагони њено млађано срце да бурније залупа... није то ни љубав ни срећа... То је *земаљска ѣравда*“ (Јанко Веселиновић, *Слике из сеоскоѣ живоиѣа*, св. III, Београд, 1926, стр. 51). Изразито метафизичко значење има *ѣоеѣска ѣравда*. „Чудновато, али читалац то понекад и не воли да се *ѣоеѣска ѣравда* задовољи“ (Милорад Поповић Шапчанин, *Целокуѣна дела*, књ. V, Српски писци, Београд, стр. 72.).

Наш језик је особен и по томе што се реч правда може користити и у супротном значењу од оног које она изворно има. То потврђује синтагма *на ѣравди Боѣа*, која се појављује у чак 69 од 444 исписа. Израз *Божја ѣравда* се, иначе, користи и у свом дословном значењу, што потврђују следећи примери: „А судити људима – то је бити представник *Божје ѣравде* на земљи“ (Лазар Комарчић, *Зайисник једноѣ ѣокојника*, Београд, 1908, стр. 164). „По *божјоѣ ѣравди*, која правично треба да разлучује и цени добра и зла дела...“ (Ерих Кош, *У ѣоиѣрази за месѣјом*, књ. 3, Београд, 1978, стр. 56). „У почетку сви су грађење његовог угледа схватили као заједнички задатак – ’потребан нам је човек који ће нешто значити у свету’ – међутим, још за рата, а поготову после победе, врховни командант је непрекидно примање највиших почести и узношење на историјска небеса почео да схвата као нешто што му по божанској *ѣравди* припада и више му се у достојанство није смело дирнути“ (Михаил. Д. 6, 69 – Д. Михаиловић, *Злоѣвори*).

Међутим, ако се промени предлог па се уместо *ѣо* правди Божјој каже *на правди* Бога, добија се потпуно супротно значење – страдање или осуда без кривице, што се своди на невиност, односно недужност. Навешћу само неке од бројних примера. „Но те кумим и молим, немо’ ме *на божу ѣравду* дружит...“ (Марко Миљанов, *Дјело*, Београд, 1937, стр. 183). „Десно од њега [је]... Иво Мерчеп, који је недавно пуштен из затвора у коме су га *’на ѣравди Боѣа’* држали две године“ (Ерих Кош, *Босанске ѣриче*, Београд, 1974, стр. 109). Ерих Кош ову синтагму ставља под знаке навода да би тиме ставио до знања да је по среди *наводна* Божја правда). „Сачувала је главу. А могло је да се деси да погине *на ѣравди боѣа*“ (Иван

Ивановић, *Аризани*, Београд, 1982, стр. 36). „Затворен је на *йравди* божијој, ништа није крив“ (Меша Селимовић, *Дервиш и смрт*, Сарајево, 1980, стр. 150). „Има много истраженика који радо причају како су их на *йравди* боја ухапсили...“ (Родољуб Чолаковић, *Кућа оилакана*, Београд, 1947, стр. 14). „Неки Турчин, спахија уби једног Србина на *йравди* Боја (Милан Ђ. Милићевић, *Кнез Милош у йричама*, Београд, 1900, стр. 42). „И тако Марко, на *йравди* Боја, допаде тамнице“ (Радоје Домановић, *Целокуйна дела*, II, Српски писци, Београд, 1905, стр. 16). „Кажем: што ме на *йравди* боја мучите и дангубите?“ (Иво Андрић, *На Дрини ћурија*, Сарајево, 1947, стр. 47). „Морао је сирома; хтели сте да га убијете на *йравди* Боја...“ (Добрица Ћосић, *Далеко је сунце*, Београд, 1952, стр. 312). „Узо би он већ мене да га не отпустише на *йравди* Боја“ (Звонимир Шублић, *Фазлића йошок*, Београд, 1934, стр. 74). „А знате што га је отпустио? – На *йравди* боја! (Лаза Лазаревић, *Пријовейке*, св. I, Београд–Загреб, 1898, стр. 69). „Погибе човјек на *йравди* божијој“ (Симо Матавуљ, *Избране йријовейке*, Београд, 1946, стр. 236). „...И тако бих на *йравди* Божјој... остао под толиким дугом“ (Вук Стеф. Караџић, *Вукова йрејиска*, књ. VII, Београд, 1913, стр. 583). „Кад се случи да човјек убије човјека макар и сврх себе или на *йравду* божију, одмах поглавице... настоје помирити крвника с кућом убијенога“ (Валтазар Божишић, *Зборник садашњих йравних обичаја у јужних Словена*, књ. I, Загреб, 1874, стр. 580).

Потпуно исто значење – невиност, недужност – добија се и кад се изостави квалификовање правде као Божје, као што је то учињено у следећим примерима: „...Почме плакати, што мора на *йравди* главу изгубити...“ „Он неће допустити, да они на *йравди* страдају“ (Михаило Сретеновић, *Рагетийи Мара*, Београд, 1895, стр. 83). „Да молим к’о дете / што клечи, јауче / Кад га груби очух / на *йравди* истуче“ (Јован Јовановић Змај, *Певанија*, Нови Сад, 1872, стр. 429).

До сада нисам наишао ни на какво објашњење како је и због чега променом предлога („на“ уместо „по“ правди) дошло до потпуно супротног значења. Уместо синтагме на *йравди* Боја могло би се рећи „по кривди“. Али наши преци нису на такав начин расуђивали.

Ништа мање није необично и поистовећивање правде са свађом, препирком, спором, тужбом, парницом, па и судом. За данашње читаоце сигурно је највеће изненађење да се пре мање од једног века речју „правда“ означавала и свађа, као што је то чињено у следећим примерима. „Јован Бошковић повукао је без разлога моје име у своје *йравде* [свађе] с Кујунџићем, али то мени није сметало, да напишем о његовој књизи врло повољно... суђење“ (Јован Грчић, *Порйрейти с йисама*, књ. V, Нови Сад, 1939, стр. 119). „Почеле су ницати свађе, *йравде*“ (Петар Петровић Пеција, *Приче*, Загреб, 1931, стр. 7). „Сада стари свате, слободно нам је пити, јести

и играти: само да не буде неке срамоте, *йравде* [свађе] и ларме, и, да се владамо поштено“ (Никола Беговић, *Живот и обичаји Срба-Граничара*, Загреб, 1877, стр. 135). „...Но ипак су били у непрестаној *йравди* [свађи], јер је Матковић био својеглав у свом мекуству...“ (Јосип Козарац, *Мрџиви кайићали*, Београд, 1910, стр. 87). „Послије одоше отац и син оставивши сусједи у даљњој *йравди* [свађи]“ (Ксавер Ђалски-Шандор, *У ноћи, Свеукуйна дјела*, сер. II, св. 2, Загреб, 1913, стр. 123). „...Букне велика *йравда* [свађа] међу некима племићи...“ (Аугуст Шеноа, *Сабране йрийовјесџи*, I, Загреб, 1873, стр. 92). „...И тако се заметну *йравда* [свађа] између њих двојице“ (Ватрослав Јагић, *Избрани краћи сјиси*, Загреб, 1948, стр. 79).

Знатно ређе реч „правда“ је некада значила и тужбу којом се обраћало суду, што потврђују следећи изводи: „...С тога мораде он подићи *йравду* [тужбу] проти њим“ (*Пучки йријашељ, йоучан и забавн йједник*, год. I, Вараждин, 1867, стр. 159). „Батарићи... бадава су поради тога подизали *йравде* и тужбе пред сабором и Краљем...“ (Ксавер Ђалски-Шандор, *Три йрийовјесџи без наслова*, Загреб, 1877, стр. 16). „Ви сте дигли правду [тужбу] на сусједи, с којим сте прије у лијепој слози живјели, а дигли је управо у час, када га је несрећа снашла“ (Аугуст Шеноа, *Йрийовјесџи*, V, *Сабрана дјела*, Загреб 1932–1933, стр. 148). „Загребчани ударише *йравдом* [тужбом] на тебе, да ти отму Медведград и Краљев брод“ (Аугуст Шеноа, *Сабране йрийовјесџи*, књ. II, Загреб, 1889, стр. 26).

Много чешће речју „правда“ означавала се распра (по Вуку Караџићу „парба“), спор а нарочито судска парница,¹ о чему говоре следећи наводи: „...Кажу да је Шарић заподио *йравду*, па не бијаше ником ништа...“ (Владимир Ардалић, *Обићел у Буковици* (Далмација), *Зборник за народни живот и обичаје Јужних Словена*, XI, Загреб, 1906, стр. 178). „У *йравди* била та ствар више љетâ, Од како ’стричек’ оде с овог свиета...“ (Фрањо Марковић, *Из младих дана*, Загреб, 1873, стр. 133). „У *йравди* је [Срдић] са Књазом за Превлаку да му се није исплатило!“ (Вук Стефановић Караџић, *Вукова йрейиска*, књ. 7, Београд, 1913, с тр. 345). „Мањини је остао ’Обзор’ и дотична штампарија у руци, о чему се сада води *йравда* на суду, пошто је друга страна тужбу подигла“ (*Српски лист*, уредник Саво Бјелановић, Задар, 1880, бр. 29, стр. 12). „У Црној гори суди све *йравде* сенат (шенатури)“ (Валтазар Богишић, *Зборник садашњих йравних обичаја у јужних*

¹ Када је крајем XIX века састављао „Општи имовински законик за краљевину Црну Гору“, Валтазар Богишић је не само знао да у српском језику реч „правда“ има веома различита значења, него је нашао за потребно да то у самом „Законику“ истакне. Поред и данас уобичајеног и очекиваног значења правде као врховне правне вредности, које он користи у неколиким члановима, у члану 782 ставу 3 он овако упозорава на друга, битно различита значења правде у тадашњем народном језику: „Различита значења саме ријечи правда (као суђење, суд) јасна су сама по себи, већ по положају који у којој реченици ријеч заузима.“

Словена, књ. I, Загреб 1874, стр. 539). „Све до преустроја 1850те... опћина је све мање *йравде* и обитељске парнице сама рјешавала“ (Валтазар Божишић, *Зборник садашњих йравних обичаја у јужних Словена*, књ. I, Загреб 1874, стр. 524). „Пољичани често залазу на претуру, што ће рећ котарски суд, на поглаварство и опчину поради *йравда* (парница), размирица сеоски или властити кућни“ (Франо Иванишевић, *Пољица. Народни живои и обичаји*, *Зборник за народни живои и обичаје Јужних Словена*, IX Загреб 1904, стр. 222). „Лакше, попе, куд си загазио? А ево си, опрости ми, боже, ка да с богом *йравду* започео“ (Петар Петровић Његош, *Лажни цар Шћейан Мали*, Београд–Загреб, 1901, стр. 35). „...Наши млади нијесу научени по Трибуналу *йравде* водити“ (Петар Петровић Његош, *Писма*, књ. I, Београд, 1940, стр. 510). „Боље је мршава нагодба него претила *йравда*“ (Вук Стеф. Карацић, *Срйске народне йословице*, Београд, 1900, стр. 25 – у овој народној пословици правда означава распру и ћерање на суду). „Казивао му, како се његова кућа заплела у *йравду*, па сад троше, а ни за шта“ (Ђуро Турић, *Ийра живоишом*, Загреб, 1909, стр. 63). „Дубровчани су настојали, да се код краља Владислава II приметне за Жуњевиће *йравда* с Бернардином...“ (Милутин Нехајев, *Вуци*, Загреб, 1928, стр. 150). „Пет година ми тирају *йравду*, нег враг тира њих и њихове после с овога свијета!“ (Ковачић). „Арпад пл. Цинтек де Вучја Горица... опирао се порезима, па када од пустих *йравда* и плијенитаба осиромашео, сврши као јавни побирач пореза...“ (Арсен Венцелидес, *Дјела Шандора Ђалској, Босанска вила, лисй за забаву, йоуку и књижевносй*, XXVIII, Сарајево, 1913, стр. 62).

Поред судског спора, под правду се понекад подводила и било која друга политичка распра, попут ових двају исказа: „... А године 1618. породи се велика *йравда* поради питања, које покрајине славенске имади се разумијевати под именом илирским...“ (*Архив за йовјесйнциу јуославенску*, књ. IV, уредник Иван Кукуљевић Санкцински, Загреб 1857, стр. 380). „Распирила се ту *йравда*... да ли ћемо централизацију, да ли федерализам...“ (*Демокраййија, йлавни орйан демокраййске сйанке*, Београд, 1919, 89/1).

Напоследку, правда означава не само распру, сваћу и парницу, него и правосуће које их решава. Ђ. Николајевић (*Збирка речи из Далмације и Херцејовине*) наводи да је правда *judicium* (судница, суд) и *ius forum* (форум права), па се каже зваћу га на правду, у смислу позивам га на суд, што потврђују и следећи наводи: „...Јер је са свједоком лагле изићи на *йравду*...“ (Ферид Маглајчић, *Из сйарој вилајетја*, Загреб, 1909, стр. 124). „Чак и онај после сућења, у ходницима *йравде*“ (Ник. Дан. 3,86. Данило Николић, *Краљица забаве*). „Чим се пробуди биће и она у канцама руске *йравде*“ (*Бранково коло за забаву, йоуку и књижевносй*, год. IV, Сремски Карловци, 1898, стр. 815). „...Једва некако јавим дописницом у Загреб, да сам у рукама *йравде*“ (Антун Густав Матош, *Печалба*, Загреб, 1913, стр. 23). „И

прије Косова из времена кад су се око блага завадили браћа Мрњавчевићи које ни Краљевић Марко није успио да приведе *йравди*“ (Војислав Лубарда, *Покајање*, Горњи Милановац, 1989, стр. 289). „...Где су ма с које стране на храму *йравде* остављени отвори кроз које у њ пири ветар страха... ту нема судске неумитљивости“ (*Одјек, листи йолийички, економски и књижевни*, Београд, 1885, стр. 241). „...Нити је из њега избијала она успахиреност, која обузима људе, кад се нађу пред лицем *йравде*“ (Јакша Кушан, *У йроцјеју, йрийовијейке*, Загреб, 1954, стр. 108). Ово подвођење правосуђа, које укључује не само суд него и полицију и тужилаштво (отуда поменути књижевни лик вели да је у *рукама йравде*), под појам правде приметно је и у новијем времену. Тако се и данас каже да ће кривац бити изведен *йред лице йравде*.

После ових најчешћих значења правде у нашим књижевним делима из последња два века, треба поменути и нека њена ређа значења, тек да се види колико је тај појам разливен и неодређен. Понекад се правда поистовећује с правом као таквим, иако би требало да буде његова сврха и мерило вредности, пошто увек има и неправедних закона. Такво поистовећивање налазимо у следећим примерима: „Циљ закона извађенији садржаи² називао се *йравда*, што одговара латинској речи *Jus* [право] у најстрожијем смислу ове речи“ (*Истйорија словенској йрава од Дра Ваулова Моцйеиоловској*, превео Никола Крстић, Будим, 1856, стр. 181). „Душанов Законик разлику прави између израза: Законик, Закон, *Правда*. Прва реч означава скуп закона, друга реч означава поједине законе или царске указе, а трећа реч значи право“ (*Истйорија словенској йрава од Дра Ваулова Моцйеиоловској*, превео Никола Крстић, Будим, 1856, стр. 181).

Такође се понекад овако поистовећују власт и правда: „На врху државе владар и танак горњи ред... Чак је велики део *йравде* био у рукама народа“ (Адам Прибићевић). „Један од политичких повереника цара Александра, граф Каподистрије (Грк из Крфа) жали отворено што је Букурештански Уговор Влашку и Молдавију и несрећне Србе предаје *йравди* турској“ (Стојан Новаковић).

Постоји још неколико потпуно усамљених значења која се у поменим исписима појављују само једном. То су:

Правда као самовлашће. „Свако може да купи оружје, да узме *йравду* у руке“ (Видосав Стевановић, *Периферијски змајевци*, Београд, 1978, стр. 191).

Правда као мир. „Миром у Карловцима 1699. примирише се и ови наши крајеви. Стога настаде вишегодишња *йравда*“ (Рудолф Строхал, *Град Карловац*, Карловац, 1906, стр. 24).

Правда као статус под осудом и казном. „А теби, Париша, не вјерује суд, јер си већ био не једанпут под *йравдом* и каштигом“ (Аугуст Шеноа, *Клейва*, Загреб, 1872, стр. 111).

² Уместо азбуке пре Вукове реформе, користим данашњу азбуку.

Правда као имовина. „Ако кад год будеш имао какву *йравду*, но крупну, разумијеш ли, какав спахилук, – само пошаљи човјека змијском везиру у Цариград, па не води бриге!“ (Лаза Костић, *Драме*, Београд, 1922, стр. 226).

Правда као истина. „Ђеца, будале и пијани правду говоре“ (народна пословица, Вук Стеф. Караџић, *Српске народне йсловице*, Београд, 1900).

У тренутку када је требало створити српску правну терминологију и у теорији одредити која је то врховна правна вредност с којом важеће законодавство треба да се саобрази, појам правде је био не само веома неодређен, него је повремено преузимао значење других правних израза и појмова. А кад је такво стање у народној традицији, писаној књижевности и говорном језику, неколиким нашим правним мислиоцима и творцима законика није пошло за руком да на задовољавајући начин сузе и изоштре значење речи „правда“, а још мање да својим ауторитетом наведу ондашње учене људе, а нарочито писце, да се само тог суженог, а уистину правог значења правде држе. Ово је било утолико теже што појам правде, баш као ни сада, није био довољно разлучен од појма правичности. Уз то се дуго времена користила и реч „правица“, која је, поред неких особености, значила и једно и друго.

Реч „правичност“ се знатно ређе користи у нашем језику³ од речи „правда“. Невоља је међутим у томе што се само у једном од 99 исписа наводи дефиниција правичности, за коју би се могло рећи да колико-толико одговара ономе што се од Аристотела подразумевало под тим појмом. То је следеће њено одређење: „Правичност. f. *die Billigkeit*. – Оно што већина поштени и савесни људи држи: да је право; то се зове правичност; а не оно: што се по писаном закону за право сматра!“ (Новак Радоњић, *Збирка речи из Бачке*).

У овом одређењу не само да је наведена права немачка реч, која означава правичност, него је речено да она представља одступање од писаног закона, сходно ономе што већина поштених и савесних људи сматра да је право (исправно, праведно). Једино што није наглашено да се тако поступа у неком изузетном случају, који се не може подвести под општу правну норму, то јест да је реч о *индивидуалисаној* правди.

Нажалост, не само старији него и новији састављачи речника правичност поистовећују с праведношћу и законитошћу. Тако се у једном старијем речнику (Димитрији Исаиловић, *Немачко-србски речник*, Београд, 1847, стр. 652) немачка реч *Gerechtigkeit* преводи речима „праведност“ и „правичност“, иако значи само праведност; за реч *Billigkeit* наводе се речи

³ Изгледа да је реч „правичност“ новијег порекла и да се, за разлику од правде, уопште није користила у нашем средњовековном језику. У *Рјечнику из књижевних сџарина српских* (у Биограду, у државној штампарији 1863, дио други, стр. 413–414), који је саставио Ђуро Даничић, налазе се само речи „правда“ и „праведник“.

„справедљивост“ и „правичност“, иако означава само правичност; док се реч *Rechtmässigkeit* преводи речима „законитост“ и „правичност“, мада никако не може значити правичност.

У речнику коју су саставили Ристић и Кангрга (Светомир Ристић и Јован Кангрга, *Речник српскохрватској и немачкој језика, групи део: српскохрватско-немачки*, Београд, 1928) реч „правичност“ преводи се следећим речима: *Gerechtigkeit*, *Billigkeit*, *Rechtlichkeit*, а за осећање правичности *Rechtlichkeitgefühl*, иако се могла навести само реч *Billigkeit*.

Још већу збрку прави творац (Настас Петровић, *Француско-српски речник*, св. II, Београд, 1883, стр. 782) једног старијег француско-српског речника, који реч *justice* преводи речима „правда“, „правица“, „правичност“, „право“, као да међу овим нашим речима нема баш никакве разлике, иако је могао употребити само реч „правда“. Потом за реч *légalité*, која означава законитост, он наводи речи „часност“, „правичност“. А реч *rectitude* преводи речима „правилност“, „правичност“, „часност“, „истинитост“, „поштење“. Та реч, међутим, никако не значи правичност, него превасходно правилност, исправност.

На основу 99 расположивих исписа могло би се закључити да је реч „правичност“ само изузетно коришћена у значењу које се битно разликује од правде и праведности. Тако Јован Ристић пише: „...Срби (ће) наћи в. Порту свагда расположену да прими, с благовољењем и *йравичношћу*, све тражбине... које би Србија имала да их поднесе...“ (Јован Ристић, *Писма Јована Ристића Филију Христићу*, Београд, 1931, стр. 113). Како се овде очекује *индивидуалисана* одлука сходно околностима сваког захтева понаособ, могло би се рећи да је то правичност. Такав је и следећи пример: „Да би се томе стало на пут и исплата млека поставила на основу *йравичности*, заведени су нарочити начини исплате млека“ (А. Г. Јовановић, *Млекарство*, Београд, 1933, стр. 158). Реч је, дакле, не о једнакој исплати без икакве разлике, него посебним начинима исплате, који су вероватно били прилагођени особеностима појединих случајева.

Унеколико би се могло говорити и о правичности суда, уколико се под њом подразумева *индивидуалисање* пресуде сходно особеностима датог случаја, за разлику од праведности суда која значи поступање по важећем закону једнако према свима. Тако Ерих Кош вели: „Својим делима посведочио [је] *йравичности* суда“ (Ерих Кош, *Излећ у Параџај*, Београд, 1983, стр. 229). У једној збирци начелних одлука Касационог суда се наводи: „Примедбе одељења Касационог суда основане су на *йравичности*“ (Стеван Максимовић, *Нова збирка начелних одлука одељења и ойшћих седница Касационој суда*, књ. I, Пожаревац, 1894, стр. 40). А у једном преводу странка у спору се овако обратила суду: „Господине, ја се поверавам вашој *йравичности* и ако припадате нашем правосуђу“ (Бомаше, *Фиарова женидба*, превео Милан Грол, Београд, 1925, стр. 104).

Потом се појављује неколико исписа у којима се наводи правичност, иако се с истим правом могла навести и праведност, као што су: „Ово у велико умаљава производ и одржава *йравичносѝ* и важност награде“ (Димитрије Ђурић, *Такѝика великих йакѝичких йшела*, Београд, 1875, стр. 44). „Осим ових врлина, сваког војника треба да красе и остале особине као: одушевљење, патриотизам, поштовање старијег, искреност и поверење према старијем, добро владање... *йравичносѝ*, непрекидан рад и вредноћа...“ (Коста Јокић, *Војнички буквар и основне дужносѝи војника*, Београд, 1908, стр. 105). „...Интерес рода, који се испољује у егоизму, увек је моћнији и може потиснути и угушити доцнија виша али слабија социјална осећања – част, дужност, верност, *йравичносѝ*...“ (Божо Кнежевић, *Пройорција у исѝорији*, Београд, 1901, стр. 73). „У име веће *йравичносѝи*, вођ треба да се служи... и комисијском оценом заслуга људи“ (Димитрије Ђурић, *Такѝика великих йакѝичких йшела*, Београд, 1875, стр. 44).

Скоро исто се може рећи за следећа два исписа у којима се, с позивом на правду, говори о правичности циља, иако би било боље да је наведена праведност циља. То су: „Ми смо се Срби ангажовали у овој борби с потпуним убеђењем у *йравичносѝ* наше националне сѝвари...“ (Драгиша Васић, *Каракѝер и ментѝалијейѝ једноѝ йоколења*, Нови Сад, 1919, стр. 89). „...Да га убеди у *йравичносѝ* оног за шта се боримо“ (Владимир Дедијер, *Дневник*, II, Београд, 1946, стр. 87).

У преосталих 59 исписа од 99 правичност се користи у значењу за које се, рекло би се, пре могла употребити реч „праведност“. Уколико се сматра да значења правде, односно праведности, с једне, и правичности, с друге стране, треба да се разликују, онда би правда и праведност пре свега требало да значе једнако поступање, сходно неком мерилу, у мање-више једнаким случајевима, а различито у различитим случајевима, сходно тој различитости, док би правичност, да би се разликовала од правде, требало да значи *индивидуалисање* правде у неком изузетно особеном случају, који се не може подвести под општу норму која подједнако важи за све. Уколико се пак сматра да изоштравање те разлике није потребно, онда се поставља питање зашто се поред речи „правда“ и „праведност“, уопште користи реч „правичност“, сем уколико се сматра да би то требало да буду синоними, да би језик био богатији.

Из обиља примера у којима се реч „правичност“ користи као синоним правде и праведности, издвојићу само оне који су не само за правнике него и за лаике најједноставнији. То су следећи:

„Њихова поштења на далеком нема – одавна се прича њихова *йравичносѝ*“⁴ (Милорад Поповић Шапчанин, *Пријовейке*, књ. II, Панчево, 1879, стр. 68). „За то је дужност нарочито публицистима да руководе

⁴ Овде је правичност синоним за поштење.

слободну свест народну у духу *йравичносѝи*“ (*Време* 1874). „Не наређујте је, [женидбу] господару! Пре но што њему доделите милост, ви нама дугујете *йравичносѝи*. Она има обавеза према мени“ (Бомарше, *Фиѝарова женидба*, превео Милан Грол, Београд, 1925, стр. 104). „Зар је могућно у поретку који се позива на *йравичносѝи* тако поступити према човеку који је прогнан за време рата“ (Ерих Кош). „Страни путници изненађени беху у XV веку због велике сигурности и *йравичносѝи* у земљи султановој“ (Јиричек и Радонић, *Исѝиорија Срба II*). „...*Правичносѝи* није њихово битно обележје, него је то сталност“ (Слободан Јовановић, *Срѝски књижевни иласник*, 1921).⁵ „...Било [је] сразмерно... мање крађа, превара... него данас, а више *йравичносѝи*...“ (Ј. Милодраговић). „...Било је и таквих [мишљења] која су покушавала да оправдају *йравичносѝи*... једне такве одредбе“ (Р. Петровић).⁶ „...Вратила му се потпуно стара вера у државну *йравичносѝи*“ (Максимовић). „...Да се према независном унутрашњем положају Србије уреди узајамни односи између Србије и Аустрије на основи *йравичносѝи*“ (Стој. Бошковић). „А што доцније највише помаже ђачкоме поверењу то је *йравичносѝи*“ (М. Ђ. Мирић). „Можда је сам Алах хтео да баш... овоме праведнику помогне... и учврсти у њему веру у Алаха и његову *йравичносѝи*“ (Ерих Кош).⁷ „А они, који с презрењем гледе на вас – на синове *йравичносѝи*, глупи су браћо...“ (К. Арсенијевић, 1874). „Ти, који још вјерујеш у могућност *йравичносѝи* људског друштва...“ (Ђалски). „Највише се зарађује у Америци, а у Француској је највећа *йравичносѝи*“ (Косор). „У непотресним законима природним изучи се *йравичносѝи*; она љуби и кад сатире“ (Св. Вуловић). „...У теби је срца и *йравичносѝи*“ (А. Шеноа). „Рука народне *йравичносѝи*“ (*Борба* 1951).

Пошто у расположивим исписима нема ни једне дефиниције правичног, навешћу само како су наши састављачи речника реч „правичан“ преводили на немачки језик и обрнуто. У једном старијем речнику (Димитриј Исаиловић, *Немачко-србски речник*, Београд, 1847, стр. 364, 1216, 1218), реч *Recht*, која на немачком значи право, преводи се речима „праведней“ и „правичнаи“, реч *Billig*, која на немачком значи правичан, преводи се речима „правичнаи“, „спроведљивои“, „умеренои“; реч *Gerecht*, која на немачком значи праведан, преводи се речима „правои“, „праведнои“, „пра-

⁵ Правни прописи, о којима овде говори Слободан Јовановић, као *ојшѝи*е норме, могу бити само праведни, никако правични.

⁶ Као што је то већ речено, *ојшѝи*а правна одредба може бити само праведна.

⁷ По овом суду, Ерих Кош је очигледно сматрао да су правда и правичност синоними, па су после речи „праведник“ употребио реч „правичност“, да не би поновио исту реч у истој реченици. Иначе, када се једном речју хоће да означи праведан човек, онда се једино може употребити реч „праведник“, а не „правичник“.

вичној“; док се реч *Rechtmässig*, које на немачком значи правни, по праву, преводи речима „правди“ (закону), „законио“, „правичној“. А у новијем српско-немачком речнику, који су саставили Ристић и Кангрга (Светомир Ристић и Јован Кангрга, *Речник српскохрватској и немачкој језика, II део: српскохрватско-немачки*, Београд, 1928), реч „правичан“ преведена је речима *gerecht, billig* и *rechtlich*, иако само друга реч значи правичан.

Овако различита значења речи „правичан“ доводила су понекад и до тога, да је та реч употребљавана и у смислу за који би се тешко могло рећи, да би се могао подвести и под њено најшире и најмање одређено значење, што потврђује овај пример: „Државина... има силу и важност кад је *йравична*, т.ј. на праву основана“ (Гојко Никетић, *Грађански Законик краљевине Србије*, 1909, стр. 132). Најпре, државина је правно ваљана не када је правична, него када је *bona fide* – стечена у доброј намери. И друго, никада се оно што је правично не може свести само на оно што је законито, пошто правда, којој правичност служи, увек надилази пуку законитост. Други пример је следећи: „У кући нико не хте примити тако неопростиви злочин [разбијено стакло на племићкој дипломи] на себе, и тако паде *йравична* сумња на Жужу...“ (Ђура Јакшић, *Дела*, IV, Београд, 1911, стр. 310). Сумња, међутим, не може бити правична, него сам основана.

Од 80 исписа, које сам прегледао, за само три би се могло рећи да је реч „правичан“ употребљена у значењу које се довољно разликује од речи „праведан“. Посреди је синтагма „правичан судија“, која се може употребити када се од судије очекује да настали спор решава не по устаљеним правилима, него по неким вишим мерилима вредности (по речима народног песника: „Ни по бабу ни по стричевима већ по правди Бога јединога“). То показују следећи примери... „Песма га је [Марка Краљевића] уз то показала као ... необично *йравичној* судију...“ (Павле Поповић, *Прејлед српске књижевности*, Београд, 1922, стр. 78). „*Правични* људи те судије, и више мире него суде“ (Тадивија П. Костић, „Србенда“, *Босанска Вила*, Сарајево, 1905, стр. 115). „Краљ Милутин и краљ Драгутин старали су се да у земљи буде *йравичних* судова“ (Миленко М. Вукичевић, *Историја српској народа у слици и речи*, Београд, 1912, стр. 133).

У далеко највећем броју случаја реч „правичан“ користи се у реченичном склопу који не само да није примерен, него се из начина како је употребљена не може разабрати по чему се она разликује од речи „праведан“, што потврђују следећи примери: „Богова прича постоји, али и прича људи. Која је *йравичнија*, сама пресуди“ (Борислав Пекић, *Злајно руно*, VII, Београд, 1986, стр. 469). „...Сваки *йравичан* човек мора признати да је она ... још доста лепа“ (Ц. Елиот, *Воденица на Флоси*, превео Андра Николић, I-II, Београд, 1894, стр. 51). „Кнез је строг али *йравичан*, спреман да увијек саслуша и заштити своје добре Србље, а по правди кажњава

непослушне, лијене и подмитљиве службенике (Ерих Кош, *Босанске ѝриче*, Београд, 1984, стр. 78). „Вероватно би негдје даље, кад се измакну од завичаја, и наши били *ѝравичнији*, али овдје им је вазда ’ближа кошуља но хаљина“ (Михаило Лалић, *Докле ѝора зазелени*, Београд, 1983, стр. 162). „Друга би господа *ѝравична* била“ (Аугуст Шеноа 24, *Сабране ѝрийовјесѝи*, VIII, Загреб 1897, стр. 56). „Чује за то и Иса-бег Исаковић... мудар управљач и *ѝравичан* човек“ (Ерих Кош, *Босанске ѝриче*, Београд, 1984, стр. 26). „Захваљујући преврату, код нас су предузети одлучни кораци за изградњу *ѝравичнои* друштва“ (Милован Данојлић, *Драѝи мој Пеѝировићу*, Загреб, 1986, стр. 83). „Узима се да је плебисцит један од *најѝравичнијих* и највећих демократских принципа“ (Јован Цвијић, *Говори и чланци*, I, Београд, 1921, стр. 187). „...Је л’ та отаѝбина била *ѝравична*, племенита, мудра...“ (Драгиша Васић, *Уѝуљена кандила*, Београд, 1922, стр. 126). „Био [је] и међу првима који су отуда изишли... узалудно покушавајући да се спасе од *ѝравичнои* народног гнева команданта утврђења“ (Ерих Кош, *Шамфорова смрѝи*, Београд, 1986, стр. 70). „У критици религије уопште, Марковић се труди да буде *ѝравичан* према Хришћанству, ...“ (Јован Скерлић, *Свеѝозар Марковић, њеѝов живоѝи, рад и идеје*, Београд, 1910, стр. 233). „...Да Србија... мора бити... са *ѝравичним* представништвом мањина...“ (Јован Скерлић, *Свеѝозар Марковић, њеѝов живоѝи, рад и идеје*, Београд, 1910, стр. 263). „...Бог пофронти све жене... да би на тај начин извршио што *ѝравичнију* поделу“ (Илија М. Јелић, *Васојевички закон од дванаестѝ иѝачака*, Београд, 1929, стр. 29). „Официрски кор пристане уз *ѝравичну* нашу страну“ (Јован Стефановић Виловски, *Из живоѝа едноѝи ц. к. официра*, Земун, 1863, стр. 28). „Народ... из свега свога искуства препоручује, ... да будемо... правични...“ (Јован Миодраговић, *Народна ѝедаѝиѝија у Срба*, Београд, 1921, стр. 405). „Игре коцком нису *ѝравичне* али многи то не знају“ (*Opšta enciklopedija Larousse*, II, Beograd, 1972, str. 64a). „И тако чешће је таково извиђање испадало на штету правичних страна, као што се обично догађа у временима револуционарним“ (Лазар Арсенијевић Баталака, *Истѝорија срѝскоѝ устѝанка*, део I, Београд, 1898, стр. 135).

За израз „правично“ имао сам на располагању само шеснаест исписа. У бар шест од њих израз „правично“, на основу којег се нешто процењује и дели, користи се у смислу Аристотелове дистрибутивне правде, што потврђују следећи примери: „Ко би тај народ [Енглеze] по његовим путницима судио, не би га *ѝравично* оценио“ (Љубомир Ненадовић, *Писма из Иѝталије*, Београд, 1907, стр. 10). Сви наставници су дужни... оцењивати... успех и владање [ученика] *ѝравично* и непристрасно“ (*Закон о народним школама*, Београд, 1930, стр. 32). „...Не би било *ѝравично* разврставати градове по лепоти и симпатијама...“ Ненад Ставјен, *Политика*, 1951, бр. 13870, стр. 2, Београд). „...Тешко је *ѝравично* поделити хлеб, ако не знам

колико га је остало“ (Милорад Павић, *Нове београдске њриче*, Београд, 1981, стр. 50). „Пошто је оштро, али *њравично* окарактерисао Милошево држање, Вук му даје корисне савете за управљање земљом...“ (Јаша Продановић, *Наши и сїрани*, Београд, 1949, стр. 70).

У следећем испису израз „правично“ користи се у смислу Аристотелове корективне правде: „Поштовање указано 1788... није сметало да 1793. затражи место тог истог Жолија, који ће, по његовим речима, у тренутку кад ће га изгубити, бити *њравично* кажњен због свог аристократизма“ (Ерих Кош, *Шамфорова смрї*, Београд, 1986, стр. 133).

Све нас то наводи на закључак да су за наше књижевнике и друге писце речи „праведан“ и „правичан“, „праведно“ и „правично“ имале скоро исто значење, те да су безмало биле синоними. Како се иначе може објаснити да, кад год су они наводили речи „правичан“ и „правично“, у истом реченичном склопу могле су се врло често употребити и речи „праведан“ и „праведно“.

Поврх свега, у српском језику се дуго користила реч „правица“, која је још више отежала разликовање значења речи „правда“, „правичност“ и „правица“. На моје велико изненађење, реч „правица“ има два значења која се ни на који начин не могу подвести под етику, право и политику. Тако се њоме именује пуша: „Љива нека, која кад узри пуна је загаситог праха, којим сељаци заустављају крв кад се посеку“ (М. Миленовић, *Збирка речи из средњеї Тимока*). „Правица (прхавица), печурка из које, кад сазри излази мрк прах, којим се обично засоли рана од сечива“ (Јеремија Живановић, *Збирка речи из околине Зајечара*). А *њравица* може бити и разарајућа природна сила: „У загонеци: паде орао без крила на јавор без грана, поједе га правица без зуба (југ и снијег)“ (Сима Милеуснић, *Збирка речи из Славоније*).

Мање је познато да у нашем језику реч „Правица“,⁸ може бити и презиме, о чему сведоче подаци из 1888, 1891, 1894, 1899, 1905. и 1925. године, а користило се у Дубровнику и Босни и Херцеговини. То презиме налазимо и у Именику Матице српске од 1946. године.

За очекивано значење *њравице*, као правног појма, налазимо следећа одређења:

„Правица f., правда, суд“ (Јосип Рибарић, *Исїра, Срїски дијалектїолошки зборник*, IX, Београд)

„Правице – ’преимућства, повластице“ (Стјепан Митров Љубиша, „Причања Вука Дојчевића“, *Срїска Зора*, Беч, 1877, стр. 83).

„Правица, – е, ж; правда, праведност, истина“ (Драгутин Чупић, *Збирка речи из Зейирача*, Црна Гора).

⁸ У овој речи нагласак је на првом слову.

„Правица f. Prozess, m“ (Ђорђе Поповић, *Речник српскоја и немачкоја језика*, II део српско-немачки, Панчево, 1895).

„Disceptatio, onis, f. претрес, расправа, дебата (мирна и пријатељска препирка, да би се пронашла истина и *јравица* у којој ствари,...“ (Јован Ђорђевић, *Латинско-српски речник*, Београд, 1886, стр. 455).

Једно од ређих значења речи „правица“ јесте обраћање суду и одлазак у суд, о чему сведоче следећи примери: „Сваки Србин има право на своју земљу... путем *јравице* на суду тражити“ (Тојко Никетић, *Грађански законик Краљевине Србије*, Београд, 1909, стр. 139). „Ајте, сужњи, куда који знаде! А ја идем ат на *јравицу*“ (Лука Марјановић, *Хрватске народне јјесме*, Загреб, 1864, стр. 115). „Он [цар] пошаље 30 Турака, да уфате Милован чобана, Да га воде цару на *јравицу*“ (Лука Марјановић, *Хрватске народне јјесме*, Загреб, 1864, стр. 127). „Али *јравица*, суд, жандари?“ (Кумичић 1910). „Али, докле га *јравица* вагне на својој крхкој ваги, начекат ћеш се ти...“ (Анте Ковачић, *Дјела*, II, Загреб 1950, стр. 100).

„Правица“ такође може означавати правосуђе (од органа гоњења до суда) што потврђују следећи исписи: „Упитах ју, зашто га ниси *јравици* пријавила...“ (Еуген Кумичић, *Зачуђени сватови*, Загреб, 1910, стр. 192). „... Са најлепшом хвалом говори о јуначкој Црној Гори и о њеном владару, који је у својој земљи: ’главар војске, *јравице* [целокупног правосуђа], цркве и књижевности“ (Љубомир Ненадовић, *Писма из Италије*, Београд, 1907, стр. 143). „...Кривотвори новце и краде коње, докле га не ухвати *јравица*...“ (Анте Ковачић, *Дјела*, II, Загреб 1950, стр. 41). „Изгледа да је наш народ стекао убрзо врло тешко искуство о турској *јравици*, ... те се, изгледа, није радо и много обраћао на турски суд, ... јер је осећао да ’ђе новац звечи, ту правда јечи“ (Душан Поповић, *О хајдуцима*, I, Београд, 1930, стр. 68). „О пандуру Виде заставниче! Господин те на *јравицу* зове“ (Лука Марјановић, *Хрватске народне јјесме*, Загреб, 1864, стр. 350).

У 10 од 295 исписа реч „правица“ изражава недужност, односно невиност. Баш као и у случају синтагме „на правди Бога“, може се рећи „на правици Бога“, што такође значи страдање без кривице. „За што да остане стидан и сраман на *јравици* Бога?“ (Никола Ђорић, *Косово*, књ. I, Беогрд, 1902, стр. 180). У свим осталим исписима *јравица* је супротност кривици. „Премда мало, неразумно цурче, осјећала сам, што је *јравица*, што ли кривица и увреда“ (Аугуст Шеноа, *Клејва*, Загреб, 1934, стр. 254). „...Та већ те видим како читаш *јравицу*, а пишеш кривицу за сељачку кривицу...“ (Анте Ковачић, *Дјела*, I, Загреб, 1950, стр. 19). „Ал’ твоја *јравица* је кривица“ (Аугуст Шеноа, *Клејва*, Загреб, 1934, стр. 531).

Понекад *јравица* означава писану потврду о нечему, као што је то изражено у следећим примерима: „...Морам знати, на којем је имању сад та кућа... Што не покажеш господину ону *јравицу* што сам ти дао... а Мије

слепац... извади из недара хартијицу неку.“ (Милан Андрић, *Бранково Коло*, Сремски Карловци, 1898, стр. 1223). „Слободно можемо изводити, кад су Дипломе и *йравице* писмено издаване, да су и закони били писани“ (*Историја славенској йрава од Дра Вацлава Мацїеовској*, превео Никола Крстић, Будим, 1856, стр. 340). „Келн, Маинц и Шпаиер имали су *йравицу* стоваришта на Рајни“ (Димитрији Исаиловић, *Историја йрїовине*, Будим, 1816, стр. 150). „...Како ћемо бити правији но што смо рече Симо. ’Остави, Симо, вашу *йравицу* – рече ђед – у моје доба што год људи уговараху, ни карту не писаху, ни свједоке не куплаху“ (Јоко Т. Вукчевић, „Разговор с ђецом Вукцем“, *Луча, књижевни лист*, ур. Лазар П. Петровић, Цетиње, 1899, стр. 73). „Кад отеше Панчево, пусте ме и даду ми неку *йравицу*, да ме нико не сме од Турака дирати“ (Илија Берић, *Даница*, II, Нови Сад, 1861, стр. 86).

Изузетно се реч *йравица* користила као руководство за тумачење закона и његових појединих одредаба, као у случајевима: „§§ 8 и 10 зак. грађ. има [се] узети према намери законодавца и општој *йравици*“ (Стеван Максимовић, *Нова збирка начелних одлука одељења и ойшїиих седница Касационој суда*, књ. I, Пожаревац, 1894, стр. 85). „...Јер тај завод по праву и *йравици* спада под сабор, а не под намјесничко вијеће“ (Аугуст Шеноа, *Фелїйони и расїраве, Сабрана дјела*, II, Загреб, 1932, стр. 163).

Реч „правица“ се такође, додуше врло ретко, користила и за означавање строгог закона, што показују ови примери: „...У случајевима, где би корист православне цркве захтевала заједнички договор с Румунима, у тим договорима требало би се држати строге *йравице*“ (*Видов дан*, год. II, др Милош Поповић, Београд, 1862, бр. 20) „Ти сам знадеш свитовну *йравицу*, Да погуби сваког убојицу“ (Матија Антун Рељковић, *Сайшир илићи дивји човик*, Загреб, 1895. и 1909, стр. 64). „Срце мекано, *йравица* пак строга!“ (Јован Стерија Поповић, *Владислав, жалосїна иїра*, Београд, 1843, стр. 19). Реч „правица“ има скоро исто значење када се поистовети с јавним правом и политичким поретком Рима: „[Цезар] Поправи *Правицу* и Календар“ (Е. Ивановић, *Нови Плуїарх...*, Будим, 1809, стр. 152).

Најчешће се реч „правица“ употребљавала за означавање субјективних колективних и индивидуалних права – у 82 случаја од 292 исписа. Са данашњег становишта, то је можда било и најпримереније значење ове речи, пошто оно не задире у појам правде и правичности. То су, примера ради, следећи исписи:

„...Обновили [Срби] и подигли своје име, своје битије и своју *йравицу*... и тако васкрсли своју негдашњу народност, часност и славу, и чували је за толико времена дично и сјајно мишицом и мачем, знојем и крвљу“ (Сима Милутиновић Сарајлија, *Историја Срба 1813–1815*, Београд, 1808, стр. 8). „Адмирал се поклони *йравицама* ових оточана, ...ипак му не преостаде друго, него да буде са својом пратњом гост краља Силбе“ (Петар Бачић,

„Избор сеоског краља у Далмацији“, *Зборник за народни животи и обичаје Јужних словена*, XXVI, Загреб, стр. 324). „Дубровчани... се [у уговору]... опирају на старе *йравице*, које су биле између Дубровника и Србије за Немање и Стефана Првовјенчаног“ (Ђуро Даничић, *Историја српског народа*, Београд, 1876, стр. 197). „...Сад смо становито одлучили, да с оружјем у руци тражимо наше *йравице*! (Вид Вулетић Вукасовић, *Бриљан*, Нови Сад, 1886, стр. 98). „...Дати свакоме пристojну *йравицу*“ (Илија Кеџмановић, *Вук-Њеџић-Светиозар Марковић*, Сарајево 1949, стр. 57). „...Сељаци... не могу извојевати своје *йравице* и поправити народне слобoштине ако се не удруже са радницима“ (*Историјски архив Комунистичке партије Југославије III*, Београд, стр. 367). „Ако на јави што проговориш о народним *йравицама*, мутно на те гледају...“ (Миховил Павлиновића, *Пути*, Задар, 1888, стр. 8). „Да цар зна све те муке и невоље ваше,... он би овоме народу дао *йравицу* какву год од цара поишће“ (Лазар Комарчић, *Прејци и њојомци*, Београд, 1901, стр. 87). „...Строганов састављао је пројект народне молбе, којом ће српски народ тражити *йравице* у смислу Букурешког уговора,...“ (Михаило Гавриловић, „Мисија Димитрија Давидовића у Цариграду 1830. године“, *Српски књижевни гласник*, XIII, Београд, 1904, стр. 192). „Све *йравице* и част слободнога краљевскога града добио је Вараждин г 1209...“ (*Пучки йријатјељ*, год. I, Вараждин, 1867). „Порта се обавезала да да Србима извесне *йравице* и независну унутрашњу управу...“ (Михаило Гавриловић, *Из нове српске историје*, Београд, 1926, стр. 30). „Сељак је... имао своје старе *йравице* и *слободе*, које су му господа одузела“ (Милан Марјановић, *Савремена Хрватска*, Београд, 1913, стр. 166). „...Чух да је цар дао *йравице* нашој земљи“ (Симо Матавуљ, *Изабране йријовешке*, Београд, 1946, стр. 249). „Што се тиче самога наставног плана и ту влада сужује *йравице* српскога народа сваки дан“ (*Дело*, књ. XIV, Београд, 1897, стр. 85). „Да су дуго уживали *йравице* и слободштине“ (Лука Марјановић, *Јуначке йјесме*, књ. III и IV, Загреб 1898. и 1899, стр. 582). „...И да им нико неће дирати њихове *йравице* и привилегије итд.“ (*Млада Србадија*, год. I, Нови Сад, 1870, стр. 302). „Да ћете све *йравице* и слободе, као и Срби, уживати то мислим да не треба двоумити...“ (*Позорник војводсџва Србије*, ур. др Сава Јовановић, год. I, Земун, 1849, стр. 290). „...Па сви нека стим изиђу у неђељу, који су за краљевство Божје и за *йравице* Хрватске...“ (Ђуро Турић, *Иира животином*, Загреб, 1909, стр. 160). „Ја нипошто не верујем да је он у Крагујевцу деду Гока покрао... јер мени дедина версија личи на Гарашинов начин да се свако који се за ма какву слободу и *йравицу* бори... прогласи... лоповом“ (Борислав Пекић, *Злајно руно*, IV, Београд, 1980, стр. 310).

Током XIX и у првој половини XX века реч „правица“ користила се за означавање индивидуалних и колективних права људи, народа и појединих сталежа. Борислав Пекић је, додуше, писао у другој половини

XX века, али је његов књижевни лик из времена Илије Гарашанина, па је било умесно да користи изразе из тог времена које је и савремени читалац могао разумети. Колико је то мени познато, у другој половини XX века реч „правица“ се више није користила у овом значењу, вероватно под утицајем синтагме уставне слободе и права“, која се појављивала у скоро свим српским и југословенским уставима.

Једно од ређих значења речи „правица“ било је право као такво, у смислу чинити нешто по праву или с правом, попут ових примера: „...ако до Новог Лета... нама не буде у Цернутору озбиљскога покровитељства Русије,... тадар се с чистом *йравицом* борит имамо да ће ни скоро наше Отечество страдат...“ (Петар Петровић Његош, *Писма*, књ. I, Београд, 1940, стр. 4). „Као бранилац српских народних права, 'Србска Слобода' осниваће се на међународну *йравицу* и узајамне интересе држава,...“ (*Слобода, листи за йолийику и књижевност*, ур. Владимир Јовановић, Женева, 1865, бр. 11).

Данашњем истраживачу српског језика и писцу одредница за речник велику недоумицу изазива несумњива чињеница да су наши преци замењивали, па и поистовећивали значење речи „правда“ и „правица“. Када су истовремено наводили обе ове речи, очигледно је да су колико-толико разликовали њихово значење, као у следећим примерима:

„Ова измена §-а 34 казног поступка била је један корак напред у духу веће правде и *йравице*“ (Јован Авакумовић, *Енїлеска, Француска и срїска йоройша*, Београд, 1885, стр. 88). „Господ љуби *йравицу* и правду“ (Огњеслав Утјешеновић – Острожински, *Недјељко*, Беч, 1888, стр. 120). „Ако има какве вечите правде и *йравице*, она ће морати судити кривцу“ (*Даница, листи за забаву и књижевност*, ур. Ђорђе Поповић, Нови Сад, 1861, стр. 529). „...Све онако ради, како би његов рад правди и *йравици* одговарао“ (Атанасије Николић, *Срїске народне йријовейке*, Београд, 1899, стр. 116). „Где је ту правда и *йравица*?“ (Драган Симић, *Корак*, Сарајево, 1947, стр. 195). „...А главно му је обиљежје осјећање правде и *йравице*,...“ (Антун Барац, *Величина малених*, Загреб, 1954, стр. 122). „Темељ је... и закону и закониту обичају, правда и *йравица*...“ (Аца Миловановић, *Требник за царинске йослове*, 1906, стр. 6). „Када би било по правди и *йравици*, таквога би човјека,... требала срећа узети под окриљем,...“ (Исо Великановић, *Сријемске йриче*, Загреб, 1915, стр. 43). „...Тој изреки био је узрок правда и *йравица*,...“ (Аугуст Шеноа, *Чланици и крийишке, Сабрана дјела*, XIV, Загреб, 1934, стр. 63). „Но чујте ме, цареви и краљеви, Баш је моја погинула правда, Остала је та моја *йравица* Закопата косовској гробници Свакојему Србу и Словинцу“ (Вук Стеф. Караџић, *Срїске народне йјесме*, књ. IX, Београд, 1902, стр. 517).

Невоља је, међутим, у томе што је у том истом добу реч „правица“ навођена као синоним правде као што је то учињено у следећим случајевима:

„...Али је препун човекољубља и *йравице*“ (Матија Ненадовић, *Мемори*, Београд, 1893, стр. 89). „Богу је... много угодније видети једнога који се каје но деведесет и девет њих који су ходили и нису скретали с пута *йравице*“ (Оливер Голдсмит, *Векфилдски свешћеник*, превео Љубомир Недић, Београд–Загреб, 1898, стр. 117). „Историјски жрвањ има своју неумитну *йравицу* и логику“ (Глигорије Божовић, *Црње и резе*, Београд, 1928, стр. 51). „Овај ту ће вам *йравицу* кројити, потари га свети криж! (Аугуст Шеноа, *Сабране йријовијесии*, VIII, Загреб, 1897, стр. 111). „Ако призна своје кривице, помири га са другима по *йравици*“ (Коран, превео Мићо Љубибратић, Београд, 1895, стр. 383). „У публици се зачињу сасвим нови погледи на задатке државне, погледи који нису владали 1839 и 1842, кад се од државе захтевала, на првом месту, *йравица* и просвета“ (Слободан Јовановић, *Уставиообранишељи и њихова влада*, Београд, 1912, стр. 91). „Посла Хусеин у Мостар свога *хеџају*... да саслуша свачије тужбе и тегобе, пак да по *йравици* суди“ (Јосип Еуген Томић, *Змај од Босне*, Загреб, стр. 228). „...Да преда што твоје није по *йравици*...“ (Милан Ђ. Милићевић, *Кнез Милош у йричама*, Београд, 1900, стр. 111). „Да ово по *йравици* морало је бити...“ (Кир. Цвјетк.). „Ако ћемо по *йравици*, Милену сви требате да слушате. Подјелили су имање по *йравици*, обоици по једнаки дио. Не ћера(ј) се ти с *йравицом*, никад је нећеш достити“ (Д. Ђупић). „Иначе је све било по *йравици*“ (Иван Цанкар, *Одабрани кријички и йолемички сјиси*, Београд, 1950, стр. 119). „Тко ће судити по *йравици*?“ (Иван Горан Ковачић, *Дани њјева*, Загреб, 1936, стр. 63). „Он је још и данас приправан погинути за *йравицу*“ (Данко Анђелиновић, *Синови земље*, Загреб, 1929, стр. 9). „То је воља, а *йравица* није...“ (Матија Бан, *Дјела*, књ. I, Београд, 1889, стр. 27). Браћо, ја у вас *йравицу* тражим... Браћо, по души радите!“ (Илија Вукичевић, *Људско срце*, св. I, Београд, 1901, стр. 17). „Видим ја, господине куме, да смо ми са стране *йравице* прави, а они криви“ (Борислав Пекић, *Злајно руно*, IV, Београд, 1980, стр. 313). „Признати и не мораш, ал’ *йравице* ако има, мени ће они те дати, да мазимо се довека“ (Борислав Пекић, *Злајно руно*, VII, Београд, 1986, стр. 465). „Кои тера *йравицу*, таи не музе кравицу“ (Тодор Влаић, *Србски венац*, Београд, 1850, стр. 88).

Како је Валтазар Богишић у свом Општем имовинском законнику речју „правица“ означио установу правичности у Аристотеловом смислу те речи, о чему ће касније бити говора, посебну пажњу заслужују два следећа исписа који садрже наговештај појма правичности:

„...Да се у својим пословима држе законитог реда, и да *йравицу* изричу по општим начелима правде“ (*Видов дан*, год. II, ур. Милош Поповић, Београд, 1862, бр. 28). „...Свака упораба закона мора бити употријебљена у што либерарнијем опсегу на рјешење *йравице*, а не на само рјешење процесуалних формула“ (*Мјесечник, йласило Правничкој друшћива*, Загреб, 1936, стр. 294).

Синтагма „држање законитог реда“ упућује на поступање по закону, који је најчешће саобразан осећању правде у датом времену. Но, када се још дода да поред придржавања закона, приликом пресуђивања треба поступати и по општим начелима правде, то упућује на *индивидуалисање* правде у појединачном случају, што је заправо правичност. У другом испису налази се слободније тумачење закона зарад постизања правде, то јест правде, а не само поступањем по процесним формулама, то јест по слову закона.

Поред већ поменутих у нашем језику се реч „правица“ користила и у следећим, међусобно различитим значењима:

Као Божја правда – „А свевишња *йравица* нек нам важну намеру благослови!“ (Јован Стерија Поповић, *Драмајски сјиси*, књ. I, Београд, 1902, стр. 140). „Ох, вечита *йравицо* небесна Хвала теби на тренутку овом!“ (*Позоришће*, ур. А. Хаџић, год. I, Нови Сад, 1872, стр. 53). „...Од туда позивање на вишу *йравицу*...“ (Вјецеслав Новак, *Подјорске йријовијейке*, Загреб, 1889, стр. 193). „Тако се врши она вјечна *йравица*, да тко другом јаму копа сам у њу упада“ (Лука Бодић, *Пјесме*, Загреб, 1885, стр. XXX, предговор – Фрањо Марковић). „Бог све види а *йравицом* плаћа“ (Сима Милутиновић Сарајлија, *Троебрајство*, Београд, 1844, стр. 18).

Као природна правда у духу идеје природног права – „...Да се и не би са основама природне *йравице* слагао...“ (Павел Шероглић, *Рејлика на одговор Госјодина Милоша Светића у Ушјуку III*, Нови Сад, 1847, стр. 37). „Слагаће се са основама здравога разума и природне *йравице*“ (Стеван Максимовић, *Нова збирка начелних одлука одељења и ойшћийих седница Касацџоној суда*, књ. IV, Пожаревац, 1899, стр. 8).

Као оно што је по себи исправно – „...А ја једнако мислим да је *йравица* онако писати, како народ највише говори...“ (Ј. Новић).

На основу свега изложеног лако се може закључити да су у нашем књижевном језику изрази „правда“, „правичност“ и „правица“ не само вишезначни, разливени и неодређени, него и да се учестало преплићу и поклапају. Од навођених писаца, чак и оних великих, није се могло очекивати да познају и разумеју Аристотелово разликовање правде и правичности, а још мање сличну разлику уоче у римском праву. То је био задатак правника и правних мислилаца.

Писци се, иначе, приликом писања најпре руководе својим осећањем језика, а потом и наслућивањем како ће оно што напишу разумети њихови читаоци. Зато су њихове могућности за изоштравање значења појединих израза и појмова релативно мале. Тако је било у XIX веку, тако је и данас. Једино што су се у међувремену многа значења правде и правичности изобичајила, док се реч „правица“, колико је то мени познато, у нашем језику уопште више не користи. Данас никоме неће пасти на памет да реч „правда“ користи у смислу свађе, спора, тужбе, правосуђа и истине, а још

мање као самовлашће, мир и статус под казном, нити да реч „правичност“ користи у смислу законитости. Сигуран сам, међутим, да нема ниједног писца, сем уколико није у исти мах и изузетан правник, који би данас био кадар да разлучи значење речи „правда“ и „правичност“, „праведан“ и „правичан“. Како обе речи имају исто етимолошко порекло, њихово осећање језика упућује их на то да помисле да те речи имају мање-више исто значење, да су чак и синоними које из стилских разлога, треба наизменично користити, час једну час другу.

Оно што сам рекао за писце примерено је и филолозима, који састављају речнике, или у својим радовима преводе на српски језик одговарајуће старогрчке и латинске изразе. Има наравно и изузетака. То су, по мојем суду, О. Горски и Н. Мајнарић, који су саставили „Грчко-хрватско-српски ријечник“ (Загреб, „Школска књига“, 1960). У њему налазимо ове речи:

dikaiosune – праведност, законитост, поштење;

epieikeia – пристојност, чедност, обзир, благод и правичност.

Нажалост, неки од наших хелениста нису уважавали ово разликовање правде (*dikaiosune*) и правичности (*epieikeia*), највероватније због тога што их је њихово осећање српског језика наводило на помисао да између праведног и правичног нема неке битне разлике. Тако Милош Н. Ђурић у свом опсежном предговору Аристотеловој „Никомаховој етици“ вели: „Међу врлинама нарочито место заузима *йравичностй* (*dikaiosune*), којој Аристотел посвећује целу V књигу.“⁹ Аристотел је, иначе, правичности посветио само десето поглавље ове пете књиге.

Слично замењивање значења речи „правда“ и „правичност“ налазимо и у речницима латинско-српског језика. Тако у „Латинско-српском речнику“, који су саставили Бошко Богдановић и Светомир Ристић (Београд, Издавачка књижарница „Рајковић и Чуковић“, s.a.), налазимо речи:

iustitia – правда, справедљивост, правичност;

aequitas – једнакост, равнодушност, спокојство, праведност.

Тако испада да реч *iustitia* значи и правичност, док реч *aequitas* уопште не значи правичност, него, поред осталих значења, само праведност.

У најновијем „Стандардном латинско-српском, српско-латинском речнику“ Слађане Милинковић (треће поправљено и допуњено издање, Нови Сад, КЦ „Соларис“ д.о.о., 2015) такође налазимо следеће поистовећивање:

aeque – једнако, исто тако; праведно, правично;

aequitas – једнакост, равнодушност, душевни мир; праведност;

iustitia – правда; праведност, правичност;

iustus – прав, праведан; заслужан, основан; правичан, благ; правилан, потпун; пристојан, поштен.

⁹ Др Милош Н. Ђурић, „Аристотел као етичар“, *Никомахова еџика*, Београд, Култура, 1970, стр. XXXI.

И овде је дошло до поистовећивања речи „правда“ и „правичност“ и „праведан“ и „правичан“, с тим да реч *aequitas* уопште не значи правичност, него само праведност.

Не би, наравно, наши филолози, почев од Милоша Н. Ђурића, сматрали да правда и правичност имају, мање-више исто значење, да до тог поистовећивања није дошло у нашем књижевном и говорном језику.

УЛОГА СРПСКИХ ПРАВНИКА У ДЕФИНИСАЊУ И ДВОЈЕЊУ ПОЈМОВА ПРАВДЕ И ПРАВИЧНОСТИ

Као што је то већ речено, српским правницима је преостало не само да разјасне разлику између правде и правичности, како у теорији тако и у законодавству и судској пракси, него да и у то разликовање упуте књижевнике и филологе. Да би то постигли, а то је требало учинити још у другој половини XIX века, нужно је било да и сами спознају ту разлику.

Међу старијим правницима није било ни једног који се озбиљније бавио Аристотеловим појмовима правде и правичности, а сем Божићара Марковића, нико није био упућен у енглеско право правичности. Али су скоро сви наши правници, нарочито они који су се бавили грађанским правом, мање или више знали римско право, у којем се правила разлика између правде и правичности.

Пошто нисам квалификован за неку озбиљнију анализу римског права, навешћу само неке од изрека о правди и правичности. Правду као краљицу свих врлина овако је истицао Цицерон: *Iustitia est omnium et domina et regina virtutum*¹⁰ (Правда је господарица и краљица свих врлина). У својој *Држави* је још додао да је правда усађена у саму људску природу: *Sumus ad iustitiam nati, neque opinione, sed natura, constitutum est ius*¹¹ (Неоспорно је правило да смо рођени за праведност, не по свом мишљењу, него по својој природи).

Најпознатија дефиниција правде јесте Улпијанова која гласи: *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*¹² (Правда је стална и непрекидна воља да свако добије оно што му по праву припада).

Још су важнији његови налози на којима право треба да почива: *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum sive tribuere*¹³ (Заповести права су следеће: часно живети, другога не вређати, свакоме при-

¹⁰ *De officiis* 3, 6. 38.

¹¹ *De re publica* 2, 44, 70.

¹² *Dig.* 1, 1, 10, pr.

¹³ *Dig.* 1, 1, 10, 1.

знати оно што му припада). Ова три начела су нераскидиво повезана. Прво начело „живети часно“ налаже исправност, која увек подразумева и забрану повређивања другог. А неповређивање другог укључује и заповест да се свакоме да оно што му припада.¹⁴ Велики енглески правници су све ово добро знали, иако у Енглеској никада није била извршена рецепција римског права.

Свако озбиљније разматрање правичности започињало је следећом Цицероновом изреком: *Summum ius, summa iniuria*¹⁵ (Највише право, највећа неправда). На њу су се радо позивали енглески правници, кад год је требало довести у питање претерану строгост важећег права, да би се оно исправило или ублажило. То су могли да чине и српски правници, не само у XIX него и у XXI веку, да су најпре разабрали шта је то правичност, а потом је примењивали зарад индивидуалисања правде у неком изузетном случају, који се не може подвести под општу правну норму, а да се тиме, баш у том случају, не почини кривда.

На саму природу правичности веома уверљиво указују следеће изреке: *Aequitas est correctio legis generaliter latae, qua parte deficit* (Правичност је исправљање закона донетог као опште правило, али непотпуног у неким деловима).

Aequitas praefertur rigori (Правичност је боља од строгости).

Aequitas est, quae de iure multum remittit (Правичност много ублажава строгост права).

*Placuit in omnibus rebus praecipuam esse iustitiae aequitatisque, quam stricti iuris rationem*¹⁶ (У свим стварима боље је водити рачуна о правди и правичности, него о строгом правном принципу).

Дакле, не само у Аристотеловој *Никомаховој еџици* него и у римском праву установа правичности је представљала исправљање или ублажавање опште правне норме, у оном њеном делу у којем је она непотпуна за неки особен случај. А оно чиме се судије руководе кад пресуђују по правичности јесте здрав разум (Аристотел би рекао практичка разборитост – *phronesis*), захваљујући којем се тумачи и исправља писано право. Или како то бјашњава следећа изрека: *Aequitas est perfecta quaedam ratio, quae ius scriptum interpretatur et emendat; nulla scriptura* (Правичност је нека врста здравог раз-

¹⁴ То начело је пре Улпијана на следећи начин срочио Цицерон: *Iustitia in suo cuique tribuendo cernitur* (Правда се огледа у томе што се свакоме признаје оно што је његово). – *De finibus bonorum et malorum* 5, 23, 67. Цицерону се приписује и следећа изрека: *Iustitia verstat in hominum societate tuendo, tribuendoque suum cuique, et rerum contactarum fide* (Правда се у људском друштву састоји у чувању и признавању онога што свакоме појединцу припада и у међусобном поверењу у уговорним односима).

¹⁵ *De officiis* 1, 10, 33.

¹⁶ *C. J.* 3, 1, 8.

ума који тумачи и исправља писано право; она није нигде писмено утврђена, него се састоји из трезвеног расуђивања). Управо други део ове изреке објашњава праву природу правичности. Као средство тумачења, исправљања или ублажавања строгости писаног права, она се нигде писмено не утврђује, него се подразумева као својство трезвеног расуђивања савесног судије.

Поред општег одређења појма правичности и разлога због којих судије треба да их примењују, римско право је садржавало и више правила на која веома подсећају потоња начела енглеског права правичности. То су следеће изреке:

Aequitas sequitur legem (Правичност следи закон).

Aequitas non facit ius, sed iuris auxiliatur (Правичност не ствара право него га допуњује).

Aequitas ignorantiae opitulatur, oscitantiae non item (Правичност помаже у случају незнања, али не и у случају немарности).

*Nam hoc natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fleri locupletioem*¹⁷ (По природи је правично да се нико не обогати на туђу штету).

*Aequitati naturali contrarium est pro alienis debitis allos molestari*¹⁸ (Ко је учествовао у добити, правично је да учествује и у штети. Коме корист, томе и штета).

*Aequum est, ut quis participavit lucrum, participet et damnum*¹⁹ (Ко је учествовао у добити, правично је да учествује и у штети. Коме корист, томе и штета).

*Bono et aequo non convenit aut lucrari aliquem cum damno alterius, aut damnum sentire per alterius lucrum*²⁰ (Доброти и правичности не одговара да неко има користи од штете другог, нити да неко трпи штету ради нечије користи).

*Aequum non est nos noceri hoc, quod adversus eum non nocuit, in cuius locum successimus*²¹ (Неправично је да нама шкоди оно што није шкодило лицу на чије смо место ступили. Сукцесор не треба да се нађе у неповољнијем положају од аутора.).

Поред ових правила правичности, од којих су бар нека енглески правници изнова формулисали, древни Римљани су много пре Енглеза поставили и полазно правило да правичност делује *in personam*: *Aequitas agit in personam* (Правичност је индивидуализована, па се оно што је правично одређује сходно околностима сваког појединог случаја).

¹⁷ Pomponius – *Dig.* 50, 17, 206.

¹⁸ *Codex Justinianus*, 11, 57.

¹⁹ Ulpianus – *Dig.* 17, 2, 55.

²⁰ Pomponius – *Dig.* 23, 3, 6, 2.

²¹ Ulpianus – *Dig.* 43, 19, 3, 2.

Већ на основу овог сажетог прегледа изрека римског права не само о правди и правичности, него и о томе шта је сврха правичности када се она примењује у изузетним случајевима и која су то неколика правила којима судија треба да се при том руководи, и наши правници су могли, да су то хтели, да бар унеколико крену оним истим путем којим су вековима ишли енглески правници. Додуше, због природе нашег правног система који подразумева пресудну улогу законодавца у постављању општих правних правила, наши правници, а нарочито судије, били су суочени с већим ограничењима. Док су енглеске судије, због природе *common law*-а као прецедентног права, располагале релативно великом дискреционом влашћу, поготово у времену када су канцелари изводили своје право пресуђивања из краљеве прерогативе као правно неограничене власти, наше, баш као и друге континенталне судије, располагале су знатно мањом слободом одлучивања. Али су упркос томе могле, с позивом на наведене изреке римског права, да у особеним случајевима, превасходно у грађанском праву, пресуђују по правичности.

Неизбежна слобода одлучивања судије у сваком па и нашем правном систему, последица је *ојшћосћи* правне норме коју треба применити на појединачни случај. Посреди је тешко решива напетост између *ојшћосћи* закона као таквих и *несводиве особености* понеког појединачног случаја који дати закон уређује. То је, иначе, специфичан проблем који је још Платон уочио, иако се увек изнова превиђа или заборавља. Другим речима, законодавац никада није кадар да бескрајно богату и разноврсну стварност у различитим појавним облицима и преливима између њих обухвати општом нормом. То је разлог због којег је судија – како то вели Обрен Станковић – „не само примењивач постојећег права већ у великој мери и његов дограђивач и стваралац“.²² У последња два века откад српске судије пресуђују по домаћим законима, увек је било угледних правника и мислилаца који су не само прихватили слободније тумачења закона од стране судија, него и њихово пресуђивање по правичности. Такву врсту тумачења имао је на уму и Жак Дерида (Jacques Derrida) када је правио разлику између просте примене правног правила, која се састоји „у одвијању неког програма или у ефектуирању неког рачуна“²³ и „изнова утемељујућег тумачења“. „Да би била праведна, рецимо, одлука неког судије, она не само што мора да следи неко правило, или неки општи закон, већ мора и да га преузме, одобри, потврди његову вредност једним чином изнова утемељујућег тумачења, као да, коначно, закон није већ постојао, као да га је сам судија измишљао у сваком појединачном случају.“²⁴

²² Обрен Станковић, „О судској пакси“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 1–1/1977, стр. 204.

²³ Жак Дерида, *Сила закона. Мистични темељ ауторитета*, Нови Сад, „Светови“, 1995, стр. 35.

²⁴ *Op. cit.*, стр. 35–36.

То се, међутим, не може постићи механичком применом важећег закона. Потребно је једно ново пресуђивање (*fresh judgement*), које заиста може бити сагласно једном претходно постојећем закону, али истовремено мора бити тумачење којим судија изнова установљује и слободно одлучује.

Притом је Дерида на парадоксалан начин дефинисао правичност, иако сам тај израз није употребио. То је праведна и одговорна одлука, која је у властитом моменту, ако такав постоји, у *исти мах њо њравиљу и без њравиља*, – одлука која и чува и суспендује закон како би га у сваком особеном случају изнова смишљала и оправдавала поновним и слободним потврђивањем његових начела. А како је сваки од тих *јединствених* случајева унеколико другачији, и пресуда судије, иако се доноси на основу *истиої* закона мора бити унеколико другачија и захтева „апсолутно јединствено тумачење које никакво постојеће и кодификовано право не може нити сме да апсолутно гарантује“.²⁵ У противном, судија би био обична рачунска машина и тада се за њега не би могло речи да је праведан, слободан и одговоран.

Од наших правника практичара није се, наравно, могло очекивати да следе замисао правде и правичности коју су изложили страни мислиоци, поготово ако њихова дела још нису преведена на српски језик, али се с правом могло очекивати да ће бар следити наше велике правнике и мислиоце, који су оставили неизбрисив траг не само у нашем законодавству, него и у нашој правној теорији и терминологији. Међу њима посебну пажњу заслужују Јован Хаџић и Валтазар Богишић.

Јован Хаџић је творац Грађанског законика од 1844. године, који је био на снази све до 1945, а дуго и после тога у оним одредбама, највећма у области стварног и облигационог права, које нису биле противне тековинама социјалистичке револуције и потоњим законима. Приликом израде овог Законика Хаџић се поглавито угледао на Аустријски грађански законик од 1811. године, који § 7 упућује судију да правни случај, који се не може расправити ни тумачењем ни аналогijом, „треба пресудити по начелима природног права, с обзиром на брижљиво прикупљене и зрело расуђене околности“. Иако је ова одредба изричито давала судији велику дискрециону власт да само у случају правне празнине дати случај пресуди сходно начелима природног права, други део ове одредбе који налаже брижљиво прикупљање и зрело пресуђивање датих околности, упућује и на оне случајеве који нису типични, него су толико особени и изузетни да се не могу подвести под општост правне норме. А у таквим случајевима пресуђује се по правичности.

Јован Хаџић, међутим, као руководно начело и основну сврху свог Законика наводи не само природно право него и правду, која је увек стожер на којем ово право почива. Тако § 2 најпре утврђује да овај Законик

²⁵ *Op. cit.*, стр. 36.

садржи „постојана правила ради правде и правичности, која се од свакога Србина према брату своје Србину у узајамним њиховим посебним правима и дужностима изискује“. А потом § 8 на следећи начин прописује како треба да се тумаче и примењују закони:

„Смисао закона нико да не изврће, и криво да не тумачи. Сваки да пази на речи, и њихово право значење, па ако му се не би тако разумети дало, онда нека погледа на друге овде изложене подобне законе, и нека испита намеру законодавца, па сравнивши га с овима нека га тако протумачи, да се са основама здравог разума и природне правичности слаже.“

У овим двама одредбама поред правде, чије значење у овом склопу није спорно, Јован Хаџић је употребио и реч „правичност“. Како је у § 2 употребио синтагму „ради правде и правичности“, то би могло значити да реч „правичност“ означава правичност. То се, међутим, не може прихватити, због тога што Јован Хаџић у више одредаба користи реч „правичност“ у сасвим другачијем значењу. У § 8 наводи се израз „природна правичност“, који би, по мојем суду, могао означавати природно право у духу не само класичне него и средњовековне и нововековне филозофије природног права. Знатно пре мене, још 1994. године такво разумевање израза „природна правичност“ на следећи начин је изложила Мирјана Стефановски:

„Доследно у духу природноправне традиције, Хаџић је као темељно правило тумачења поставио саобразност законске одредбе начелима природног права. Начела умног природног права су конститутивни принципи што опредељују и садржину и дух закона и зато јесу руководно мерило за његово разумевање. Судија је по закону упућен да приликом тумачења неодређених израза и уопште нејасних одредби изналази њихов смисао, како у систематској вези сродних законских прописа, тако и утврђивањем правног начела из којег проистиче конкретно законско наређење, његов *ratio legis*, и при томе је основни задатак интерпретације да норма буде тако протумачена 'да се са основама здравог разума и природне правичности слаже' (§ 8. СГЗ). Постављањем идеала природног права у жижу судијског правног мишљења налогом судији да у вечној идеји правде тражи онај скривени и најдубљи морални основ закона, у свако судско тумачење уграђен је суштаствен један етички став.“²⁶

Овако схваћен смисао природне правичности упућује заправо на морализовање права, сагласно идеји правде као унутрашњег смисла и врховне вредности права, до којих судија тумачењем треба да дође и примени у сваком појединачном случају. Али се одмах поставља питање шта реч

²⁶ Мирјана Стефановски, „Кодификаторски рад Валтазара Богишића и Јована Хаџића – сукоб закона и обичаја“, *Сито њедесет њ година од доношења Српског грађанског законика (1844–1994)*, Београд, Српска академија наука и уметности, 1996, стр. 119–143.

„правица“ у овом Законику значи, поготово што се под њу, како ћу то убрзо показати, не може подвести правичност као исправљање или ублажавање строгости закона у неком изузетном случају.

Изгледа да је под речју „правица“ Јован Хаџић подразумевао такозвано објективно право, као скуп општих норми које у датој држави примењују судови и други државни органи, а да је под речју „право“ искључиво подразумевао субјективна права као овлашћења да се у границама закона нешто чини или не чини. Тако је глава 11 посвећена *йрави-ма* и дужностима супружника, док се у појединим параграфима наводе поједина лична права. Примера ради, § 97 даје мужу, који је био одсутан а жена му се у међувремену преудала, „*йраво на ново жении се*“; § 107 допушта да све, што се с намером и опредељењем брака слаже, припада супружницима као њихова *йрава* и дужности, док се уговором не може определити оно што је „противу личних *йрава*“; а §111 је утврђено да кућном старешини „припада *йраво* кућом и имањем управљати“, ако би супружници у задрузи живели.

Реч „правично“ такође се помиње у Српском грађанском законику, али се њоме не означава индивидуалисање правде у неком изузетном случају, него оно што је по праву, то јест законито, о чему сведоче следеће одредбе: „Државина онда је тврда, и има силу и важност, кад је *йравична* т.ј. на праву основана... Тако ствари које нису ничије, сваки слободно и *йравично* заузети може...“ (§ 200). „Кад једну ствар *йравично* држиш, имаш права држати је, и другог одбити и искључити“ (§ 201). „Који би ствар какву од *йравичнои* и поштеног притежаоца на поштен начин примио онај ће моћи као поштен пријемник и оно време свога претка урачунати у време застарелости“ § 941.

Није, наравно, искључено да је под речју „правично“ Јован Хаџић подразумевао и *bona fide* (добронамерно, у доброј намери) што је за државину *iusta causa*. Чињеница је, међутим, да је он синтагмом „правична, т.ј. на праву основана“, свео правичност на законитост. Такође као посебне и раздвојене атрибуте наводи правичност и поштење притежаоца, што значи да их разликује. А управо *bona fide* значи и поштење, па уколико би, по Хаџићу, правично било *bona fide*, било би сувишно да је и поштено.

Иако је реч „правично“ користио у смислу који се данас не може подвести под правичност у Аристотеловом смислу те речи и њеном значењу у римском праву, Јован Хаџић је ипак имао на уму пресуђивање по правичности, о чему сведочи § 10 који гласи: „Ако би се случај какви на суду појавио, за који нарочитог законског прописа не би било онда ће се исти по општим у овом Законику постављеним основама, или општепознатом досадашњем обичају разумно и савесно решавати, никако неиспуштајући из вида законе прописе за подобне случаје.“

Уколико, дакле, нема ни изричите законске одредбе нити се може применити аналогија, онда се пресуђује разумно и савесно у складу с општим начелима на којима Законик почива или општепознатим обичајем. А Законик пре свега почива на „правди и правници“, укључујући и „природну правцу“, то јест природно право. Отуда пресуђивање по таквим општим начелима није ништа друго доли пресуђивање по правичности. Једино што се такво пресуђивање у ондашњем српском правосуђу није запатило. Или како је то приметила Мирјана Стефановски: „Тај основ за етички засновану, конструктивнију и тиме креативнију судску интерпретацију проницањем у унутрашње моралне принципе који владају законом и разумевањем оног највишег, идеје правде, био је међутим приметан у потоњој судској пракси, свакако под утицајем коментатора, Димитрија Матића, и нарочито, Андре Ђорђевића, и махом запостављен у теорији.“²⁷

Са становишта сврхе због које овај рад пишем, најважније је што је Јован Хаџић у саме основе свог Законика поставио правду и природно право („природну правцу“), чиме је већ омогућио пресуђивање по правичности, које се без позивања на правду, као врховну вредност и смисао и сврху закона, уопште не може замислити. Једино што није употребио или изумео одговарајући израз који би означио пресуђивање по правичности, највероватније због тога што у тадашњем књижевном и говорном језику значења речи „правда“, „правица“ и „правичност“ не само да нису била устаљена, него су се и међусобно преплитала и поклапала.

Валтазар Богишић је био творац Општег имовинског законика за краљевину Црну Гору који је донет 1888. године. Он је само имовински законик, пошто због различитог верског и етничког састава становништва ондашње Црне Горе није била могућна кодификација брачног, породичног и наследног права. У језичком погледу његов Законик је веома занимљив, пошто је настојао да за сваку правну установу нађе и одговарајући назив. Тако је за данашњи појам субјекта права увео реч „имаоник“ (члан 10), па је правио разлику између личних (физичких лица) и неличних имаоника (правних лица) (члан 14). Уз то је сковао и веома добру реч за *bona fide* – незлосмисленост (члан 845). Многе од ових новина се у нашој правној терминологији нису запатиле, али је остао израз „одржај“ (члан 791).

Већ на самом почетку свог Законика Валтазар Богишић упућује судију како да реши случај који представља правну празнину. „Ако за неки особити посао или случај не буде ни у законима ни у обичајима одређена правила, ред се је владати по подобљу²⁸ (781) других сличних правила, или пак ријешити случај по општим основама правде и правце (782).“

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ За старогрчку реч „аналогија“ Валтазар Богишић је сковао српску реч „подобје“, која се у нашој правној терминологији није запатила.

Валтазар Богишић није, међутим, правду и правицу учинио само руководним начелом за попуњавање правних празнина, него их је поставио у темеље сваког закона и законитог обичаја. То је учинио чланом 782 који гласи:

„Темељ је разумије се, и закону и закониту обичају, правда и правда, те кад судица суди по правилима узетим из закона или законита обичаја, он свакако ради на основи правде и правце. Ипак правила по којима он суди, већ је законодавац и народни живот отуда навео. Тек, кад ни у закони ни у обичају нема прилична правила за неки посао, а није га могуће ни подобјем (3)²⁹ наћи, правда и правда постају за судица непосредним извором из кога он правце треба да црпе своје правило, према особитој природи посла који се суди. Та се радња и зове: суђење по правди и правци.

У такоме суђењу судија треба да, оцјењујући са сваке стране прилике посла, пази особито на то што часни људи држе да је право, и што је у складу са јавним вјеровањем и поштењем, без којих не може бити уредна саобраћаја међу људима. И ако судија то све ради по души и савјести, он опет треба да пази, колико је год могуће, и на разум и мишљење народа или разреда људи којима су обични послови те руке.

Различита значења саме ријечи правда (као суђење, суд) јасна су сама по себи, већ по положају који у којој реченици ријеч заузима.“

Ставом 1 овог члана Валтазар Богишић изричито утврђује да су правда и правда унутрашњи смисао и крајња сврха сваког закона и законитог обичаја, те да је судија дужан да сва важећа правила тумачи и примењује сходно општеприхваћеном разумевању правде и правце. Али се одмах поставља питање шта ова два појма значе.

Иако у ставу 3 допушта да реч „правда“ има и друга значења (као суђење и суд), он ту реч у овом Законику очигледно користи у смислу највише врлине и врховне правне вредности. А то је значење које је и данас уобичајено и очекивано.

Велике недоумице изазива реч „правица“. По мојем суду, она би у овом реченичном склопу могла означавати правичност у оном истом смислу у којем се та реч, као *epieikeia*, *aequitas* и *equity*, користи у овом раду. На то упућује и чињеница да се одмах наводи после правде. Но, како није сама правда, пошто се у закону у начелу не смеју користити синоними, правда би морала бити у некој смисленој вези с правдом, што једино може као правичност у смислу који сам мало пре навео.

²⁹ „По подобју се влада судица кад, у несташници управо одређених правила, за неку врсту послова, удешава своје суђење према правилима какве друге, али сличне врсте послова“ (члан 781).

Иначе, реч „правичност“ не може значити ни објективно ни субјективно право, пошто Валтазар Богишић реч „право“ искључиво користи за означавање субјективног права. То изричито потврђује члан 784 који гласи:

„Ријеч право, у овоме Законику, треба узимати само у смислу законите моћи и овласти (на пр. Петар има право тражити од Павла 500 перпера, Иван има право да прелази преко земље сусједове и т.д.).

Ријеч се право доиста, по примјеру туђих језика, узимље често и у смислу правила или збира правилâ, али се овај Законик тога клони, да би се избјегла забуна и неразумјевање.“

Пример страног језика који је Валтазар Богишић имао на уму јесте, поред осталих, и немачки, у којем реч *das Recht* означава и субјективно и објективно право (као скуп правила која у датој држави важе). Овај покушај Валтазара Богишића да значење речи „право“ искључиво сведе на субјективно право није се, међутим, у нашем језику и правној терминологији запатио.

Занимљиво је у ком смислу је Валтазар Богишић користио речи „правичност“ и „правично“, кад их није употребио у значењу које сам мало пре поменуо. Значење те речи одређено је чланом 785 који гласи: „Правилма благонравља и поштења називају се, у овоме Законику, она правила обичне љуцкоте и правичности, на поковавање којима Власт уопште не може свагда управо да принуди, али за то народна савјест свагда осуђује оне који та правила престапају.“ Како је благонравље старинска реч за морал, правичност у овом члану означава скуп оних моралних правила, чије поштовање, додуше, није увек поткрепљено државном принудом, али зато народна савест, која почива на јавном моралу, увек осуђује свако њихово кршење. А то су правила елементарног поштења, части и човечности, чије поштовање се очекује од сваког морално исправног човека.

Остаје још да се објасни у којим случајевима и како треба, по Валтазару Богишићу, пресуђивати по правди и правници, који су субсидијарни извори права, тек кад нема изричите законске одредбе или одговарајућег обичаја, нити се може применити аналогија. Судија то треба да чини само у изузетним случајевима. Или како је то речено у члану 991: „За риједак случај, није увијек готово правило.“ Другим речима, закон и законит обичај својим општим нормама уређују само типичне случајеве који се најчешће појављују, док у изузетним случајевима који се унапред не могу предвидети, судији једино преостаје да их пресуди по правди и правници, то јест по правичности у смислу у којем ову реч користим у овом раду.

Док је овакво одређење случајева у којима се пресуђује по правди и правници неспорно, велико подозрење изазива питање чиме се судија руководи када то чини. Валтазар Богишић у ставу 2 члана 782 вели да судија

треба да особито пази на оно што часни људи сматрају да је право, а што је у складу с јавним веровањем и поштењем. Уз то треба, колико год је то могућно, да уважава и мишљење народа, то јест обичног и простог света, нарочито у погледу послова који су ствар неке уже струке. Напоследку се од судије очекује да пресуђује по души савести.

Савест судије се наравно увек подразумева, пошто она треба да обезбеди не само законито и праведно суђење, него и да спречи сваки недозвољени утицај. Али је било спорно ондашње црногорско јавно мњење простог народа, које је судија требало да уважава. „То је мњење“ – упозорава Мирјана Стефановски – „врло подложно заблудама и предрасудима. Најзад, то је мњење грубо, преко, без тананости и прелива, склоније суровости него самилости... Сабрана грађа са читавог простора словенског југа коју је [Богишић] објавио у знаменитом Зборнику из 1874, као и она коју је прикупио радећи на кодификацији црногорског права објављена као Анкета из 1873. са каснијим допунама, сведочи и често и речито – о суровим горштачким наравима и духу жестоком и преком, о суровим представама и грубим схватањима, о бруталним обичајима и пустим навикама, државном стегом неуљуђеним и необлагорођеним.“³⁰ Стога је пресуђивање по правди и правници „било... заправо обилазни пут којим је Богишић отворио простор да кроз судску праксу законско одређење може да устукне пред отпором народног мњења и да превагу добије обичај“.³¹

Не треба међутим занемарити да је и за такво пресуђивање по правичности Богишић поставио неколико правних правила, која по начину на који су формулисана подсећају на начела римског права и енглеског права правичности. То су следећа правила:

„Твоје свето, а и моје свето; чувај своје у моје не дирај“ (члан 997).

„Док неправо другоме штете не чиниш, користи се чим год можеш и колико год можеш“ (члан 998).

„И што није забрањено, може да не буде поштено“ (члан 999).

„Ни својим се правом служити не мож, тек другоме на штету ил' досаду“ (члан 1000).

„Чија је корист од нечег, онога је и терет“ (члан 1001).

„Правди је насиље најгори противник“ (члан 1011).

„Ни у праву своме не тјерај мак на конац“ (члан 1014).

„Неправда је највећа, кад ко од зла дјела још и корист какву прими“ (члан 1028).

„Ко право своје запушта, нек себе криви ако га изгуби“ (члан 1031).

³⁰ Мирјана Стефановски, „Богишић између правде и предрасуде“, *Правни живот* бр. 11/1997, стр. 850.

³¹ *Op. cit.*, стр. 852.

Због ограниченог дејства на подручју ондашње Црне Горе, у којој је живео само мали део српског народа, утицај Општег имовинског законика на потоња правна схватања и судску праксу био је неупоредиви мањи од Српског грађанског законика. Али је и поред тога, са становишта предмета о којем пишем у овом раду, имао изузетан значај. Он је озаконио пресуђивање по правди и правници у изузетним случајевима, који нису били уређени ни законом и законитим обичајима, што је, сходно терминологији коју ја користим, било пресуђивање по правичности. Такву могућност је Валтазар Божишић чак предвидео када је чланом 991 прописао: „За риједак случај, није увек готово правило“.

Иако није проучавао енглеско право правичности, па ни *Коменшиаре* Едварда Пловдена, Божишић је срочио следеће правило које су примењивали чувени енглески правници у трећој четвртини XVI века: „Ко само ријечи законске знаде, тај још закона не зна, док му не схвати разум и смисао“ (члан 993). То је још једна потврда да велики правници независно један од другог долазе до сличних решења.

ТЕОРИЈА ПРАВДЕ И ПРАВИЧНОСТИ БОЖИДАРА С. МАРКОВИЋА

Сем незнатног броја наших правника који се баве правном теоријом и филозофијом, скоро сви правници који су студирали после Другог светског рата не само да не знају шта је правичност, него никада нису озбиљније проучавали дело Божидара С. Марковића, нашег јединог правног мислиоца који се тридесетих година прошлог века систематски бавио правдом и правичношћу. Иако је због насилног прекида своје академске каријере 1945. године био принуђен да се потом бави номотехником и превођењем великих књижевних дела, оно што је само за петнаест година делатног бављења правном филозофијом постигао, оставило је дубок и блистав траг у нашој правној теорији и филозофији.

Кључан појам од којег је Божидар С. Марковић кренуо у својим правнофилозофским разматрањима био је појам правде. Као велики зналац и поборник француског духа, изгледа да је притом у највећма полазио од раније већ наведене Паскалове прагматске дефиниције да је „праведно оно што је установљено“³² те да се и установљени закони неминовно морају сматрати праведним, па се као такви не доводе у питање, зато што су установљени.³³ А оно што је једном установљено временом се мења.

³² Блез Паскал, *op. cit.*, пети одељак 312, стр. 129.

³³ *Ibidem.*

Такво разумевање правде навело је Божидара С. Марковића да закључи да бисмо се тешко огрешили о наш задатак ако бисмо поступали као да је неко одређено схватање правде надахњивало право кроз векове. „Ми можемо бити убеђени у постојање једног коначног критеријума о праведном и неправедном, али нас то никако не овлашћује да тај критеријум намећемо свим законодавцима и да тврдимо да се право развијало искључиво под његовим утицајем.“³⁴

Но, када је требало дефинисати правду, а тиме и праведно право, Божидар С. Марковић је прибегао пре социолошкој него филозофској дефиницији правде. По његовом мишљењу, „под праведним правом треба овде разумети правило друштвеног понашања које је спонтано настало у друштву и за које друштво сматра да *треба* да се у њему стварно примењује и да буде заштићено државном санкцијом, а које није обухваћено и позитивним правом“.³⁵ А то што дато друштво сматра праведним није довољна процена за онога ко право теоријски промишља, што је Божидара С. Марковића навело да од социолошког крене ка филозофском, односно теоријском разумевању правде, као мерилу на основу којег се процењује исправност и ваљаност, а тиме праведност важећег права.

Да би разјаснио шта правда уистину јесте, Божидар С. Марковић је пошао од Аристотела, за кога вели да је „правди дао њен најопштији и коначни облик“ и да је она, за њега, „врлина која свакоме додељује према његовој заслуги“.³⁶ Аристотел, додуше, поима правду и као савршену, потпуну врлину, али на овом месту Божидар С. Марковић има на уму Аристотелову дистрибутивну правду. Потом, по мојем суду, сувише поједностављује Аристотелову замисао правде када каже да је она „само један празан оквир који се може испунити веома различитом садржином“.³⁷ То је форма правде дата једном за сва временом, чија је садржина подложна сталним променама.³⁸

За разлику од сажетог и највећма површног приказа Аристотелове идеје правде, Божидар С. Марковић с темељитим познавањем и разумевањем износи и објашњава римски појам правде. Притом је пошао од Цицеронове дефиниције да је правда склоност душе која, без повреде општег интереса, даје свакоме што му се дугује (*Iustitia est habitus animi*,

³⁴ Божидар С. Марковић, *Опјед о односима између њојма љравде и развијка љозиџивној љривајној љрава*, Београд, Правни факултет Универзитета у Београду, 1995, стр. 18.

³⁵ Божидар С. Марковић, *О љраведном љраву*, Београд, Правни факултет Универзитета у Београду, 2013, стр. 238.

³⁶ Божидар С. Марковић, *Опјед о односима између њојма љравде и развијка љозиџивној љривајној љрава*, стр. 24.

³⁷ *Op. cit.*, стр. 51.

³⁸ *Ibidem*.

communi utilitate conservata, suam cuique tribuens dignitatem).³⁹ То само значи да човека треба уважавати како у његовој личности тако и у погледу његове имовине, која је проширење његове личности. При свему томе, не треба занемарити очување општег интереса, којем правда мора бити подређена и с којим се поистовећује.⁴⁰

Божидар С. Марковић се, нажалост, позива само на Цицеронов спис о инвенцији. Да се, којим случајем позабавио његовим књигама *О дужностима* и *О држави*, његов приказ Цицеронове замисли правде био би свеобухватнији и подробнији. Нарочито му се може замерити што није навео да је основа правде вера (*fides*), која се огледа у доследном придржавању закључених уговора и склопљених споразума. А Платон, као Цицеронов узор, могао се наслутити у Сципионовом казивању да не само да је лажна тврдња да се државом не може управљати ако се не прибегне неправди, већ и „да се државом не може владати без крајње праведности“.⁴¹

Као узоран цивилиста, Божидар С. Марковић је изврсно познавао римско право па му није било тешко да прикаже начин на који су велики римски правници поимали правду. Најпознатија римска дефиниција правде била је Улпијанова, која гласи: „Правда је постојана и непрекидна воља да свако добије оно право које му припада“.⁴² а потом је та иста дефиниција поновљена и у Јустинијановим *Институцијама*.⁴³ Тиме је Улпијан ставио до знања да право треба да се примењује не због силе која изнуђује његову обавезност, већ због своје унутрашње вредности оличене у правди.

У ствари, Јустинијаново свечано обећање да ће подићи храм правде и тврђаву права само је сажетак много шире формулације о правди и праву (*De Iustitia et Iure*) на почетку *Digesta*, која потиче од Улпијана. Као наука, право је наука о људским и божанским стварима, наука о правди и кривди (*Iurisprudencia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*). Тако схваћена јуриспруденција представља, по Улпијану, огранак филозофије, те врхунске науке, а онај који се њоме бави има тако часну улогу да се може поредити са свештеником (*merito quis nos sacerdotes appellet*). И заиста, правник, а нарочито судија, свештеник је правде, пошто примењује право које је оличава.

Божидар С. Марковић сматра да су Улпијан и други римски правници усвојили својичку дефиницију правде, која свакоме даје оно што му припада, а тиме му и признаје пуну слободу. То се може рећи и за следећа морална начела као бити права: „Честито живети, другога не вређати, сва-

³⁹ *De inventione*, II, 160.

⁴⁰ Божидар С. Марковић, *op. cit.*, стр. 53.

⁴¹ *О држави* II, 70.

⁴² *Dig. I, 1.*

⁴³ *Institutiones*, I, 1.

во разумевања правде. Отуда, да бисмо стекли јасан и тачан појам правде, морамо знати шта је *suum* – свакоме своје. За то нам је потребна једна коначна и постојана мера свих количина које се мере. Једино је питање каква је то мера. „Не треба никад изгубити из вида да реч *suum* изражава оно што Аристотел, стоици и Цицерон називају заслуга – *dignitas*.“⁵¹

То мерило, на којем правда почива јесте пре свега једнакост. „У основи појма правде налази се идеја једнакости која се изражава у ставу да с једнаким стварима треба поступати на исти начин, логична последица чега је да с неједнаким стварима треба неједнако поступати, што значи сразмерно њиховој неједнакости.“⁵² Притом се одмах поставља питање које су ствари једнаке, а у којој мери су неједнаке. Одговор на ово питање садржан је у материјалном појму правде, који садржи мерила и оцену вредности ствари, људи и односа међу њима, шта коме припада, мерило које човек слободно одређује.⁵³

На темељу оваквог расуђивања Божидар С. Марковић могао је отићи и корак даље па направити појмовну разлику између аритметичке и геометријске једнакости, корективне и дистрибутивне правде, поготово што се корективна правда примењује у грађанском праву, најчешће код накнаде штете, али то није учинио. Додуше, он само помиње ове две врсте правде као формалну и материјалну. Али их не објашњава нити поткрепљује одговарајућим примерима, како је то чинио Аристотел.

Поред правног, Божидар С. Марковић је дао и филозофско објашњење правде. Постоји, по његовом мишљењу, неко више мерило с којим је правда саображена и представља његову примену у пракси. И доиста, идеја правде је добро усаглашена с неком другом идејом савршене прилагођености, присно повезана са сврховитошћу, то јест с крајњим циљем појединца и друштва у којем живи.⁵⁴ Реч је, дакле, о финалном узроку како појединца тако и друштва, који се огледа у њиховом опстанку, а потом и у њиховом напретку односно јачању. „Доследно томе, правило нашег понашања мора да се саобрази овоме двоструком циљу: одржати и усавршити своје сопствено биће у складу с постојањем друштва. Све што је сагласно с тим правилом мора се сматрати праведним.“⁵⁵

Овакво разумевање крајње сврхе људског постојања навело је Божи-дара С. Марковића да закључи да је правда састављена од два елемента:

⁵¹ *Op. cit.*, стр. 154. Реч *dignitas* (достојност, заслуга) могао је употребити само Цицерон.

⁵² *Op. cit.*, стр. 27.

⁵³ Божидар С. Марковић, *О праведном праву*, стр. 96.

⁵⁴ Божидар С. Марковић, *Оглед о односима између појма правде и развијена позитивної приватної права*, стр. 52.

⁵⁵ *Op. cit.*, стр. 36–37.

„С једне стране, из биолошке правде, производа природног одабирања, с друге стране, из метафизичких схватања о циљу и крајњој сврси света. Тако метафизичка схватања преиначавају и на изванредан начин мењају сирове законе природног одабирања, замењујући их једном *биолошком ѿравдом ублаженом мѿтафизичким веровањима*.“⁵⁶

Важеће право треба да отелови правду, иако то не може бити и коначна правда. Оно што се ипак може постићи, то је што већа сагласност позитивног права са стварним схватањем правде датог тренутка, а потом да се то схватање верно прати у свим његовим менама. Утолико правда као виша вредност и руководно начело претходи праву.⁵⁷ Или како је то речено у следећој руководној мисли: *Est autem ius a iustitia, sicut a matre sua, ergo prius fruit iustitia quam ius* (Право потиче од правде као своје мајке: према томе, правда је настала пре права).

Божидар С. Марковић је такође указао и на *удвојеност ѿравно ѿ феномена*, истовремено постојање позитивног и праведног права. Творац позитивног права је држава, а праведног друштво.⁵⁸ Историјски, то је заправо разлика између обичаја и писаног права. Али обичаји, који постоје од незапамћених времена, постају правни обичаји тек кад почну да их примењују државни судови, као што је то било у Енглеској. Говорити у модерном времену о друштвеном праву има смисла само ако је повод јавни морал којим се руководе законодавац и судови.

Напоследку је Божидар С. Марковић направио разлику између формалне и материјалне правде. Прва је постојани, док је друга променљиви елемент. „Дакле, док је формална правда апсолутна и непроменљива категорија, материјална правда је релативна и битно променљива. Крајњи разлог тој релативности и променљивости људске, материјалне правде треба тражити у научном агностицизму, у немоћи људског духа да сазна суштину ствари, апсолутну истину, последњи узрок и сврху универзума, а тиме и апсолутну правду.“⁵⁹

Последњи узрок универзума је, по мојем скромном суду, ствар астро (космичке) физике, у шта се мало ко може упустити, док је његова крајња сврха нешто што му људи у различитим временима придају, па се тиме баве не само велике филозофије, него и скоро све велике религије. Иначе, наша расуђивања о правди која се баве смислом људских живота немају за предмет универзум као такав, него само последње три хиљаде писане историје људског друштва и државе.

⁵⁶ *Op. cit.*, стр. 123.

⁵⁷ *Op. cit.*, стр. 152–153.

⁵⁸ Божидар С. Марковић, *О ѿраведном ѿраву*, стр. 97.

⁵⁹ *Op. cit.*, стр. 96.

Једна од сметњи која осујећује достизање и остварење правде у сваком појединачном случају јесте неизбежна недовршеност закона. Божидар С. Марковић је такву процену уверљиво потврдио када је рекао, да је поставка о логичкој потпуности позитивног правног поретка само мит који је већ одавно одбачен. До тога су довеле три околности. Прва је неспособност законодавца да унапред предвиди неку нову друштвену чињеницу коју би законом требало обухватити и уредити. Друга је унутрашња мана технике позитивног права, која често није у стању да уреди непредвидљиве случајеве. А трећа је чињеница да правило позитивног права, као непокретна формула, није у могућности да прати све трептаје живота и танане промене друштвених односа.⁶⁰ „Њему је потребан неки гипкији инструмент који ће да одговори томе задатку.“⁶¹ Тај гипкији инструмент јесте установа правичности.

У новије доба ову неизбежну недовршеност закона још је уверљивије објаснио Артур Кауфман (Arthur Kaufmann). За разлику од поборника нововековног рационализма и наивне вере многих савремених правних позитивиста, по којима је закон потпун и довршен општи правни акт, Артур Кауфман је истицао његову непотпуност и незаокруженост. То није последица субјективне неспособности његовог творца, која би се, иначе, могла отклонити, већ мањкавости, ако би се тако уопште могла назвати, иманентне самој природи његове општости и утолико је нужна и априорна. „Јер, закон се – начелно – односи на мноштво случајева и чињеничких стања који се непрекидно мењају. Баш због тог мноштва и те променљивости, закон чак и кад би могао (што, иначе, није случај), не би смео да буде затворен, потпун и једносмислен. Испоставља се, дакле, да је недовршеност закона *conditio sine qua non* његове функције.“⁶²

Одмах се, наравно, поставља питање како се закон употпуњује ако је у начелу непотпун и недовршен. То се постиже тек у односу на случај који закон уређује. Отуда се не може говорити само о пуком подвођењу датог чињеничног стања под законске норме, већ о разумевању права из стварног стања и живог повесног језика. Притом се увек мора имати на уму да се закон и делатно, живо право не поклапају. „Закон је могућности, али не и стварности права.“⁶³ А да би од могућности постао и истинска стварност, законски текст се мора подврћи тумачењу и разумевању, који

⁶⁰ Божидар С. Марковић, *Опег о односима између њојма љравде и развијка њозићивној љрава*, стр. 12–13.

⁶¹ *Op. cit.*, стр. 12.

⁶² Данило Баста, „Правна херменеутика Артура Кауфмана“, *Основни љроблеми филозофије љрава*, Подгорица, Црногорска академија наука и умјетности, књ. 32, 1994, стр. 195–215.

⁶³ *Op. cit.*, стр. 208.

су истовремено и практично деловање. Том приликом се у исти мах законски квалификује дати случај и конкретизује законска норма. Или још тачније, законски прописи се обрађују с обзиром на чињеничко стање, а ово се конструише с обзиром на важећи закон.⁶⁴

Божидар С. Марковић је, међутим, отишао и корак даље од Артура Кауфмана, пошто је отворио питање не само неизбежне недовршености закона, него и могућности да примена његове опште норме у неким изузетним случајевима буде противна јавном интересу, те „да се односи који вређају јавну савест често нађу заштићени правом“.⁶⁵ То су управо случајеви у којима се зарад правде, применом установе правичности, одступа од језичког значења опште норме у неком изузетном и унапред непредвидљивом случају.

Своја расуђивања о правичности Божидар С. Марковић је највећма засновао на проучавању кодификованог права модерног доба, почев од Наполеоновог законика од 1804. године и његове практичне примене. Али је поред сажетог приказа Аристотелове идеје правде, понешто рекао и о енглеском праву правичности и Кантовом разумевању тог појма. Тако наводи да је три века после Бректона, 1520. године (у ствари 1523) у дијалогу „Doctor and Student“ правичност схваћена као исправљање важећих правних правила, што је требало да буде лек против *summum ius summa iniuria*. Уз то додаје да у Енглеској реч *equity* означавала посебну правну грану и врсту правосуђа, која је постојала поред *common law*-а.⁶⁶ „Правосуђе *equity* је садржавало следеће обележје: То је, пре свега, било правосуђе савести, затим индивидуализација правних решења путем градације различитих околности, на штету строгог права, најзад попуњавање празнина које постоје у *common law*-у.“⁶⁷ Напослетку је поменуо Правосудни закон од 1873–75. године, којим су укинута сви стари судови и успостављен јединствен систем правосуђа, да би се потом позвао на одлуку Врховног суда од 1925. године, којом је потврђено да у случају неслагања, право правичности има првенство у односу на *common law* – што веома подсећа на познати рескрипт Лицинија и Константина од пре шеснаест векова.⁶⁸ Једино је пропустио да наведе да се Врховни суд у овом случају само позвао на одељак 25 Закона о правосуђу из 1873. године, по којем у случају „да постоји било какав сукоб или неподударност између права правичности и *common law*-а, који се тичу исте ствари, правила правичности однеће превагу“.

⁶⁴ *Op. cit.*, стр. 209.

⁶⁵ Божидар С. Марковић, *Опјед о односима између појма правде и развијка њојзијивној права*, стр. 128.

⁶⁶ *Op. cit.*, стр. 60–61.

⁶⁷ *Op. cit.*, стр. 148.

⁶⁸ Божидар С. Марковић, *О њраведном ѡраву*, стр. 52.

О широкој учености Божидача С. Марковића сведочи и чињеница да се позвао на Канта, који је, по његовом мишљењу верно тумачио Аристотела када је рекао: „Правичност (објективно посматрана) никако није неко начело у име којег се од других захтева испуњавање извесних етичких дужности (њихова благонаклоност и њихова пристојност); онај који нешто захтева у име тога начела позива се на своје *йраво*; он само не испуњава све услове потребне судији да би могао одлучити до које тачке и на који начин треба задовољити његов захтев.“⁶⁹

Да је Кант заиста добро разумео шта правичност као правна уставна значи, потврђује један од примера који наводи. Кућни слуга прима плату на крају године у новцу, чија је стварна вредност због инфлације значајно смањена. Како номинална вредност уговорене плате више не одговара стварној вредности тог новчаног износа, он се, додуше, не би могао позвати на своје право да не буде оштећен, али би се могао позвати на правичност (немо божанство које се не може чути). Кант уз то наводи и изреку на којој правичност почива да је најстроже право највећа неправда (*summum ius summa iniuria*). Али се том злу не може доскочити путем права (то јест важећег права), него је једино потребан суд савести,⁷⁰ баш онакав какав је од самог свог почетка био Суд правичности у Енглеској.

Као врстан зналац римског права, Божида С. Марковић се трудио да у њему, а не у енглеској правној традицији, нађе претечу и чврсту основу за пресуђивање по правичности у модерном времену. Он је истицао да је у Риму правичност (*aequitas*) заузимала све значајније место што се римско право више развијало. На својим почецима било је строго формално, да би на крају своје еволуције широм отворило врата неформалним аргументима, правди, а нарочито правичности. У посткласичном добу римског права као круна свега долази царски рескрипт Константина и Лицинија, који силом своје императорске власти налажу да се суди не по строгом правничком разлогу, него по правди и правичности: *Placuit in omnibus rebus praecipiam esse iustitiae aequitatisque quam stricti iuris rationem* (У свим стварима боље је водити рачуна о правди и правичности, него о строгом правном принципу) (C.J. 3,1,8).⁷¹

По Божида С. Марковићу, стоичка и уопште грчка филозофија благотворно је утицала на целокупни дух римског права, унесећи у њега племенитија расуђивања и хуманија осећања. А замисао правичности била је главно правно средство којим се вршила хуманизација римских правних

⁶⁹ Проценио сам да због разумљивијег језика треба навести Марковићев превод, а не превод на хрватски Viktora D. Sonnenfelda, Emanuel Kant, *Metafizika ćudoreća*, Sarajevo, Izdavaćko preduzeće „Veselin Masleša“, 1967, стр. 36.

⁷⁰ Emanuel Kant, *Metafizika ćudoreća*, стр. 37.

⁷¹ Божида С. Марковић, *О йраведном йраву*, стр. 46.

установа. „Ублажавајући грубости старог права, она је и најчешће повод иновацијама (... *aequo et bono non convenit...*) и најважније оруђе помоћу којег претор и правосуђе стварају ново право.“⁷² Захваљујући свему томе, правници, а нарочито судије временом су долазили до сазнања да логички строга примена формалних прописа доводи до апсурдних и неправичних решења, те да је највише право и највиша неправда.⁷³ „Строгој примени правних формула противставља се један виши разлог корисности и правичности. Изнад *stricta ratio* уздигнута је *summa ratio*.“⁷⁴

Захваљујући таквој својој улози, правичност је још у првом веку пре Христа постала један од извора римског права. Тако Цицерон у својој *Топици* вели да се приватно право састоји од закона, сенатских одлука, судске праксе, мишљења правника, преторских едикта, обичаја и правичности.⁷⁵ А у једном другом спису⁷⁶ још додаје да правичност има двоструку улогу: као непосредни извор истинског и праведног и као средство за хумано исправљање грешака закона. Уз то су и други писци⁷⁷ истицали да се римско право састоји од закона, обичаја, судске праксе, правичног и доброг и уговора.⁷⁸

Римско право је ипак било далеки узор који се није могао у свему следити, пошто је устројство савремене државе, а тиме и законодавне и судске власти, битно другачије. Зато се Божидар С. Марковић учестало позивао на модерне кодификације, које су увек допуштале и пресуђивање по правичности. Прва је била Наполеонов Грађански законик од 1804. године, који својим чланом 1135 утврђује да „уговори обавезују не само на оно што је у њима изражено, него и на све друге последице које правичност, обичај или закон везују за природу те обавезе“.

Друга велика кодификација била је аустријски Грађански законик од 1811. године, који § 7 упућује судију да правни случај који се не може расправити ни тумачењем ни аналогijом, „треба пресудити по начелима природног права, с обзиром на брижљиво прикупљене и зрело расуђене околности“. „Несумњиво је“ – вели Божидар С. Марковић – „да у та начела природног права на првом месту улазе правда и правичност, а да се брижљиво прикупљене и зрело промишљене околности односе на специфичности конкретног случаја, те да су и у тој формули садржани сви

⁷² *Op. cit.*, стр. 46–47.

⁷³ Тако Божидар С. Марковић преводи изреку *summum ius summa iniuria*.

⁷⁴ *Op. cit.*, стр. 47.

⁷⁵ *Topica* V, 28.

⁷⁶ *Partit*, 37, 130.

⁷⁷ *Auctor ad Horennum*, II, 12, 19.

⁷⁸ Божидар С. Марковић, *О праведном љраву*, стр. 47.

битни елементи правичности.⁷⁹ Поред ове начелне одредбе у §§ 520, 884а, 851, 904, 1221 и 1257 овај Законик изричито позива судије да пресуђују по правичности, али по речима Божидача С. Марковића, то чине у доста узаним и споредним областима.⁸⁰

Млада српска држава, док још није стекла међународно признање своје независности, већ 1844. године донела је Грађански законик, чији је творац Јован Хаџић највећма следио аустријски Грађански законик, али је у погледу правичности српски Грађански законик био изричитији од свог узора. Тако се у његовом § 2 налази декларација да он прописује „постојана правила ради правде и правичности“. А у § 8, који говори о примени закона, утврђује се да ако се неки случај не би могао расправити ни тумачењем ни помоћу аналогije, онда га треба протумачити „тако да се основама здравог разума и природне правичности слаже“.⁸¹

Сличну одредбу садржи и члан 3 Богишићевог Општег имовинског законика за Црну Гору од 1888. године, који гласи: „Ако за неки особити посао не буде ни у законима ни у обичајима одређена правила, ред се је владати по подобју (781) других сличних правила, или пак ријешити случај по општим основама правде и правичности (782).“ А подробније упутство како треба судити по правди и правичности Богишић даје у члану 782 Законика.

Свој дубљи увид у грађанско право водећих европских земаља Божидар С. Марковић је поткрепио навођењем и других законика, којима се предвиђа пресуђивање по правичности. Тако швајцарски Законик о облигацијама од 1912. године упућује судију да пресуђује по правичности, посебно у области накнаде штете и приликом одмеравања причињене штете (чл. 26, 29, 39, 44, 47, 52, 54). Немачки Грађански законик од 1900. године, додуше, не садржи општу одредбу о суђењу по правичности, што великим делом омогућава стандард „поверење и поштење“, али у изузетно великом броју случајева упућује судију на „захтеве правичности“, „правичну процену“, „правичну накнаду“ штете и слично (чл. 660, 829, 847, 971, 1300, 1361, 1579 итд.).⁸² Најдаље у том погледу отишао је пољски Облигациони законик од 1934. године, који у трима случајевима допушта судији да с позивом на правичност дерогира и сам закон.⁸³

Божидар С. Марковић није пропустио да наведе и начин на који арбитражни судови пресуђују по правичности. Правилник Арбитраже при Циришкој трговинској комори својим чланом 5 прописује да „странке могу закључити споразум којим овлашћују арбитражни суд да одлу-

⁷⁹ *Op. cit.*, стр. 80.

⁸⁰ *Op. cit.*, стр. 41, 51.

⁸¹ *Op. cit.*, стр. 80.

⁸² Божидар С. Марковић, *О њраведном њраву*, стр. 79.

⁸³ *Op. cit.*, стр. 52.

чи према правичности“, без икаквих даљих упутстава или ограничења. А Статут Сталног арбитражног суда при Немачкој арбитражној комисији у Бону даје арбитрама, изгледа, још шира овлашћења када § 30 утврђује: „Суд ће своју одлуку донети према праведности“, а да се такав начин пресуђивања не условљава пристанком странака. Додуше, § 15 овог Статута садржи одредбу да „Арбитражни суд примењује немачко право ако се странке нису споразумеле да ће применити друго право“, што значи – објашњава Божидар С. Марковић – да ће Стални арбитражни суд у Бону примењивати немачко материјално право, али не *stricto iure* него да ће га тумачити *ex aequo et bono*.⁸⁴

Поврх свега Божидар С. Марковић нује пропустио да наведе да се правичност примењује и у канонском праву. Тако канон 20 *Codex-a iuris-a canonici* прописује да ће се његове празнине попуњавати „узимањем прописа за сличне случајеве и на основу принципа права надахнутих оном правичношћу која лежи у природи канонског права и сталној и заједничкој доктрини писаца“.⁸⁵

После свих ових разматрања Божидар С. Марковић учинио је нешто што нико у нас ни пре ни после њега није ни покушао да учини: дефинисао је правичност. И то је извео на начин који се тешко може превазићи, па се ни писац ове расправе није осмелио да га у томе надмаши.

Но пре него што ће то учинити, Божидар С. Марковић је морао да разјасни битну разлику између правде и правичности, пошто се та два појма не само у нашем књижевном и колоквијалном језику него и у правној терминологији поистовећују. Зато се и каже да најпре треба отклонити једну терминолошку неизвесност и одредити однос између појмова и израза правда – правичност, односно *Iustitia – Aequitas* (на строгрчком *dikaiousune – epieikeia*). „Оба израза имају у суштини исто значење и употребљавају се наизменично и као синоними. Каже се нпр. и ’праведна одлука’ и ’правична одлука’, ’правично решење’ и ’праведно решење’.“⁸⁶ То је, по мојем суду, грешка. Јер, то што се у нашем језику, за разлику од старогрчког и латинског, оба ова израза изводе из исте речи „право“, то не значи да имају исто значење, или бар не би смело да га имају у стручној правној терминологији и филозофији. Божидар С. Марковић се, међутим, одмах исправља када вели: „Уобичајено је ипак и опште прихваћено у теорији права да се термин правда првенствено употребљава кад хоће да се изрази апстрактна и објективна идеја правде као филозофска категорија, да се правичност претежно употребљава када је реч о остваривању људске правде у конкретним случајевима.“⁸⁷

⁸⁴ *Op. cit.*, стр. 81.

⁸⁵ *Op. cit.*, стр. 52.

⁸⁶ *Op. cit.*, стр. 85–86.

⁸⁷ *Op. cit.*, стр. 86.

Управо тако настају и други правни и филозофски појмови. Најпре се значење неког израза уобичаји, а потом се треба доследно придржавати онога што је једном устаљено. Тако се у правној терминологији Србије и Црне Горе користи израз „одржај“, док се међу прекодринским Србима и Хрватима употребљава израз „досјелост“ (дословни превод немачке речи *die Ersitzung*, на латинском *usucapio*), који има исто значење. Оба ова израза настала су у XIX веку, баш као израз „виност“ (кривица), па ником од правника не пада на памет да помера њихово значење или да, рецимо, за „одржај“ каже „стицање права протеклом времена“, што заправо више одговара значењу тог појма, пошто се „одржајем“ ништа не одржава, него се тек протеклом одређеног времена неко право стиче.

Да би утврдио и разјаснио значење појма „правичност“, Божидар С. Марковић најпре објашњава због чега законодавци и позитивно право, уопште, упућују на пресуђивање по правичности. Посреди су три разлога. Први је неподобност формулисаним општем правном правилу да увек обухвати све случајеве који правом треба да буду уређени, било услед недостатка у писаној редакцији правила или услед правнотехничке немогућности да се овај циљ постигне. Други разлог је апстрактност формулисаним правилу, које због своје општости, неизбежно занемарује значајне особености многих појединачних случајева. Трећи разлог је можда најважнији. То је утицај протекла времена на законске текстове, то јест стална измена животних односа, која непрекидно ствара нове и неочекиване чињенице и ново разумевање друштвених вредности.⁸⁸ Тиме се Божидар С. Марковић супротставио, а да то можда није знао, очекивању (да не кажем наивној вери појединих англосаксонских правника) да ће се устаљивањем прецедентног права правичности на крају тог развоја успоставити и *rigor aequitatis*, тако да већа дискрециона власт судије, без које нема пресуђивања по правичности, неће више бити потребна.

Сви ови разлози одређују и сврху и улогу правичности у поретку формулисаних и писаних правних правила, а могло би се рећи – у духу *common law*-а – и успостављених обичајних правила која примењују судови. „Тај поредак и његови законодавци, увиђајући сами своје недостатке и своју недовољност, прибегавају правичности да би исправили и допунили писано правило, да би га индивидуалисали и осавременили. Стога правичност има тројаку функцију; да исправља техничке недостатке формулисаним правилу, да индивидуалише апстрактну норму и да уводи у позитивни поредак ново право које се временом ствара у друштву.“⁸⁹

У једном ранијем раду из 1939. године, Божидар С. Марковић подробније објашњава улогу коју је правичност вековима имала. Њоме су се

⁸⁸ *Op. cit.*, стр. 84.

⁸⁹ *Ibidem*.

исправљали технички недостаци закона, превасходно изазвани просторном и временском општошћу формулисаног права. „Начело формалне правде, која је математичка неминовност, значи да се на стварно једнаке ситуације има применити исти поступак. Правна формула, не будући у стању да води довољно рачуна о свим особеностима случаја, представља, међутим, препреку остварењу правде. Јер кад под једно опште правило падају разноврсни и не по свему једнаки конкретни случајеви, онда општост правила има за последицу ипак неједнако третирање, пошто се на исти начин поступа с *неједнаким* стварима. И уопштавање само по себи већ значи занемаривање разлика које стварно постоје између појединих ситуација, а што је једно правило општије оно те разлике тим више занемарује.“⁹⁰

Захваљујући правичности настале су многе нове правне установе. У Риму су то биле *actiones utiles*, *conditio indebiti*, *exceptio doli*, компензација, неправично обogaћење итд., а у савременом праву објективни ризик (у ствари објективна одговорност) за проузроковану штету, установа злоупотребе права, клаузула *rebus sic stantibus*, инпревизија и слично, а могао се навести и *trust* као највеће достигнуће енглеског права правичности. Временом су се ове установе издвојиле из аморфног света правичности и стекле ново рухо – формални правни квалитет.⁹¹

Коначно, друга улога коју је правичност вековима вршила, а о чему нам бројне чињенице сведоче, јесте морализовање права.⁹² Иако не постоји потпуна јасна и одређена дефиниција правде коју би сви прихватили, она увек, ма колико да је чак у истој држави и у истом времену њено разумевање неуједначено, проистиче из јавног морала. Отуда тежња да се применом института правичности у неком изузетном и особеном случају оствари индивидуалисана правда, представља упорну и постојану вољу да се право морализује и тиме постигне што већи склад између њега и јавног морала.

За разлику од енглеског права правичности којим се отклањала крутост *common law*-а и вршило његово морализовање, у модерном времену се улога правичности највећма своди на попуњавање правних празнина. Управо је то имао на уму Божидар С. Марковић када је рекао да је правичност и допунски (супсидијарни) извор права, који се користи када је формулисано правно правило недовољно, нејасно, застарело и кад не постоји, то јест у случајевима законских празнина које се не могу отклонити ни тумачењем ни аналогijом. Оно што, међутим, модерни законици не предвиђају, то је исправљање строгости и мањкавости важећег закона и

⁹⁰ *Op. cit.*, стр. 61.

⁹¹ *Op. cit.*, стр. 84–85.

⁹² *Op. cit.*, стр. 64.

индивидуалисање правде у изузетним, унапред непредвидљивим случајевима. Отуда по Божидару С. Марковићу, правичност не попуњава само правне празнине, него треба и да „исправља техничке недостатке писаног правила, прилагођава апстрактну норму особеностима конкретног односа (*aequitas agit in personam*), доводи је у склад са актуелним мерилима вредности, тј. са схватањем правде у тренутку примене норме. Исправљајући и допуњавајући закон, правичност се на тај начин јавља као *correctrix legis*, дејствује *pro defectu iustitiae* и представља *remedium iuris – adiuvandi vel splendendi vel corrigendi iuris civilis gratia*“⁹³

Поред овог благотворног дејства пресуђивање по правичности је, са становишта поделе власти и правне сигурности, унеколико и спорно. Таквим суђењем судија постаје супсидијарни законодавац, што је, по расуђивању правника огрезлим у строгом формализму, не само противзаконито него и опасно по правни поредак. Позивајући се на Жениа (*G. Geny*), Божидар С. Марковић, међутим, истиче да оно што се назива преторском јуриспруденцијом садржи две веома различите ствари. „Пре свега, очигледно је и нужно да судија у одређеним случајевима представља једну врсту законодавца другог степена. Он је у односу на текст закона оно што је законодавац у односу на устав: то је област своје врсте у којој он ужива неоспорну власт.“⁹⁴

Тако названо и одређено преторско правосуђе ипак изазива извесно подозрење, пошто се њиме нарушава подела власти у Монтескијеовом (*Montesquieu*) смислу тих речи. Али су његове велике предности несумњиве, док је у Француској новијег времена улога стваралачког правосуђа не само неоспорна, него и предмет дивљења. „Према томе“ – закључује Божидар С. Марковић – „став који треба заузети у питању преторског правосуђа, јесте да се ствари посматрају у прошлости, а да се за будућност ослоњемо на здрав разум судова. Ауторитет судске праксе намеће се, не заборавимо то, најчешће *rationis imperio*, ако не *ratione imperii*.“⁹⁵

Оваква стваралачка улога судова је пре свега последица потребе да се у свим, а нарочито у изузетним случајевима у што већој мери достигне и оствари правда, кад чињенице преплаве правило, а правило више не одговара потребама живота. Гипкија од закона, ближа конкретним околностима, таква судска пракса је прави израз позитивног права, пошто њоме морална схватања датог тренутка налазе своју коначну примену. Имајући на уму француско правосуђе, Божидар С. Марковић вели да се суђење по *сџандарду* све више развија на штету суђења по правилима,

⁹³ *Op. cit.*, стр. 85.

⁹⁴ Божидар С. Марковић, *Опјед о односима између јојма љравде и развијџка љозиџивној љрава*, стр. 13.

⁹⁵ *Op. cit.*, стр. 134–135.

па законски пропис тежи да постане прост омот, чију садржину судови преображавају упоредо с током живота.⁹⁶

Таквим расуђивањем Божидар С. Марковић се суочио и с питањем величине дискреционе власти, односно слободе судије приликом тумачења и применом закона, а нарочито односа између „папирнатог“ права оличеног у законима и делотворног права садржаног у судским пресудама. Слободнијим тумачењем се унеколико ремети, па и надилази традиционална подела на законодавну, извршну и судску власт. Јер, с једне стране, такво тумачење права представља у неку руку и стварање права, чиме суд задира у законодавну надлежност; с друге стране, тумачење увек има за сврху примену права, а тиме судови задирају у управне и извршне послове.

Не могу се, наравно, избећи и недоумице око основа ауторитета права: да ли оно почива на вољи и заповести суверена или пак проистиче из ума и практичке разборитости? Коначно, приликом тумачења права увек се изнова актуелизује однос између права и правде, односно права и правичности. То је оно вечно питање да ли правду треба изрицати само по закону (у ранијим временима и по важећим обичајима) или уз помоћ практичке разборитости применом установе правичности, којом се исправља и ублажава строгост закона зарад правде у изузетном случају.

Слободније истраживање правног правила и већа дискрециона власт суда ипак, по Божидару С. Марковићу, не представљају слободно стварање права. Напротив. Захваљујући њима, у додиру са животом, правда остварује већи утицај на позитивно право. „Тај непосредни утицај правде је још повећан горе наведеном тежњом која се састоји у проширивању дискреционе власти судије и ублажавању постојећег формализма.“⁹⁷

Остаје још да се покаже да ли пресуђивање по правичности нарушава правну сигурност, а нарочито поуздано предвиђање како ће судије поступити, за шта су посебно заинтересовани адвокати и други правници практичари. Ово утолико пре што се пресуђивање по правичности супротставља суђењу по строгом праву, као *ius aequum* против *ius strictum*. Када примењује *ius strictum* судија се држи изреке *dura lex sed lex* (строго, сурово право, а ипак право), што може довести и до неправедног исхода у неком ретком особеном случају. *Ius aequum*, насупрот овоме, има за главну сврху изналагање праведног решења и ради тога се служи слободнијим расуђивањем.⁹⁸

Својим разматрањима о правди и правичности Божидар С. Марковић је оставио за собом дубоки и блистав траг, што је навело Данила

⁹⁶ *Op. cit.*, стр. 135.

⁹⁷ *Op. cit.*, стр. 140.

⁹⁸ Божидар С. Марковић, *О њраведном њраву*, стр. 89.

Басту да у предговору његовој збирци чланака и одломака ода похвалу његовој непоколебљивој доследности и аутентичности. У томе је, нажалост, у бившој Југославији и Србији Божидар С. Марковић остао усамљен.

ПРАВДА И ПРАВИЧНОСТ У ЗАКОНОДАВСТВУ И СУДСКОЈ ПРАКСИ ПОСЛЕ ДРУГОГ СВЕТСКОГ РАТА

Већ је показано да током XIX и прве половине XX века у тадашњем књижевном језику значење речи „правда“, „правица“ и „правичност“ није било довољно разлучено и раздвојено, па је долазило до учесталог мешања и преклапања њихових значења. Током XX века навођење речи „правица“ било је све ређе, па се данас она више не користи ни у књижевном језику ни у правној терминологији, али се значење речи „правда“ и „правичност“, „праведном“ и „правично“ није довољно раздвојило. Чак би се могло рећи да су током друге половина XX века не само писци него и огромна већина правника изгледа сматрали да те две речи, због истог етимолошког порекла, имају скоро исто значење и да су готово синоними.

Све се то наравно одразило и на нашу правну терминологију, па је и у Српском грађанском законнику и у општем имовинском Законнику Црне Горе пресуђивање по правичности подведено под правицу, реч која се већ неколико деценија у нашем језику више не користи. Али су и Јован Хаџић и Валтазар Богишић веома заслужни што су правду учинили врховном правном вредношћу и унутрашњим смислом и сврхом сваког закона јер без тако схваћене правде пресуђивање по правичности уопште не би било могућно.

Крајем треће и током четврте деценије XX века Божидар С. Марковић је не само појмовно раздвојио значење речи „правда“ и „правичност“, него је правду такође учинио највишом врлином и врховном правном вредношћу, а потом и разјаснио када и у којим случајевима судија има не само правну него и моралну дужност да пресуђује по правичности. Да није било Другог светског рата, то би можда било довољно да се наша правна терминологија устали и да наши законодавци поставе правду као руководно начело сваког важнијег закона и изричито утврде могућност пресуђивања по правичности.

Нажалост, по окончању Другог светског рата и устаљивања нове комунистичке, тоталитарне власти, која је суровим мерама, укључујући и физичке ликвидације, истребљивала и сатирала своје политичке супарнике, у важећем законодавству, пресуђивању судова и у теорији права све се радикално изменило. Божидар С. Марковић је међу првима избачен с Правног факултета у Београду, а да се нико од његових колега, из страха

који је ледио крв у жилама, није томе успротивио. Потом је у судовима, нарочито у кривицама, завладала револуционарна „правда“, која је почивала на потпуној произвољности органа гоњења, тужилаца и судија, без икаквих јемстава људске сигурности и слободе. Чак се 1945. године и касније нова власт много мање ослањала на савест професионалних судија, а много више на лојалност и послушност судија лаика. Стога уколико се морало бирати између неучих а оданих лаика и учених правника који нису одани, првима је давана апсолутна предност. „Ми бисмо сви желели“ – рекао је тада Милош Минић – „да наше судије имају правничко образовање, да познају правну науку али кад немамо довољно образованих правника који су истовремено безгранично одани народу и тековинама Народноослободилачке борбе, онда је боље да, за то што не испуњавају све потребне услове, у наше судове буду изабрани лаици, тамо где нема стручњака...“⁹⁹

Затечено грађанско право је такође било озбиљно уздрмано и нарушено. То је учињено најпре двома национализацијама одмах после рата, учесталим конфискацијама као споредном казном за сва политичка кривична дела и утеривањем сељака у земљорадничке задруге, а потом и национализацијом вишка стамбеног простора и градског грађевинског земљишта. Тиме су уништени сигурност и светлост приватне својине без којих нема озбиљнијег промета у грађанском праву. А праве корпорацијске својине још није било све док се давала предност друштвеној својини, која је била свачија и ничија.

До великих промена дошло је и у ондашњој правној теорији. Уместо правде као врховне правне вредности, која у начелу мора бити непристрасна и једнака за све људе, кључна правна вредност постала је владајућа воља, у духу Лењинове изреке да је право у закон претворена воља владајуће класе. А оно што је у праву било најважније, то је интерес владајуће класе, додуше не тренутни него дугорочни и историјски. И што је најгоре, такви искази су се деценијама налазили у уводном предмету на првој години правних студија, тако да су се генерације правника образовале у том духу. У времену када сам студирао (од 1960. до 1964. године) није било ни једног уџбеника у којем би се помињали правда и пресуђивање по правичности.

Иако нисам проучавао тадашњу судску праксу, изузев пресуда за тешка политичка кривична дела, као што је то била непријатељска пропаганда, претпостављам да се у грађанским, политичким неутралним предметима, ту и тамо појављивало и пресуђивање по правичности. То се тешко могло избећи, пошто је живот увек сложенији од превиђања којима се руководе законодавци, па се повремено појављују и случајеви,

⁹⁹ *Треће заседање Антифашистичкој већи народној ослобођења Југославије и Привремене Народне скупштинине ДФЈ* (3. априла – 25. октобра 1945), стр. 526.

толико особени и изузетни, да се не могу подвести под општост важеће норме. У таквим случајевима судије су, под видом тумачења, одступале од изричитог слова закона, позивајући се на његов унутрашњи смисао, односно *ratio legis*. Притом никоме није падало на памет да такво расуђивање квалификује као пресуђивање по правичности, пошто у том добу правда и правичност нису били појмови садржани у важећем праву.

Све у свему, оно што се некада знало о правди и правичности, намерно је потиснуто, затомљено и заборављено, тако да је правницима седамдесетих и осамдесетих година XX века једино преостало да изнова откривају оно што су наши ближи или даљи преци у правној струци добро знали. Писци у области правне теорије одједном су се присетили да би правда морала бити врховна правна вредност, док су творци грађанских закона почели да изричито уводе и пресуђивање по правичности. Први изузетно важан закон који је садржавао ту древну правну установу, а за нас велику новину, био је Закон о облигационим односима из 1978. године.

Но пре него што се озбиљније упустим у његово разматрање, ваља нешто рећи о новим језичким недоумицама, као и о, по мојем суду, непримереној употреби речи „правично“. Посреди је члан 32 став 1 Устава Републике Србије из 2006. године о праву на правично суђење, који гласи: „Свако има право да независан, непристрасан и законом већ установљен суд, *правично* и у разумном року, јавно расправи и одлучи о његовим правима и обавезама, основаности која је била разлог за покретање поступка, као и оптужбама против њега.“

Професори Зоран Лончар, који је представљао Демократску странку Србије Војислава Коштунице, и Драго Хибер кога је као свог „стручњака“ (иначе професора Увода у грађанско право и Стварног права) поставио Борис Тадић, председник Демократске странке, изгледа нису знали да у кривичном праву нема нити може бити пресуђивања по правичности, што су Енглези знали још од 1641. године када је укинут кривични суд у Звезданој соби. Како се, пак, у овом члану помињу и оптужбе (израз примерен само кривичном поступку), Зоран Лончар и Драго Хибер су изгледа поверовали да је правичност установа и кривичног права.

Што је још горе, до те њихове забуне дошло је због непримереног а, по мојем суду, и погрешног превода енглеске синтагме *fair and public hearing* на српски језик, која се појављује у члану 10 Универзалне декларације о људским правима из 1948. године, члану 14 ставу 1 алинеји 2 Међународног пакта о грађанским и политичким правима из 1966. године и члану 6 ставу 1 алинеји 1 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода из 1950. године. Да би се јасно разабрало у чему је грешка у преводу, навешћу на енглеском члан 14 став 1 алинеје 1 и 2 Међународног пакта о грађанским и политичким правима:

„All persons shall be equal before the courts and tribunals. In the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit at law, everyone shall be entitled to a *fair and public hearing* by a competent, independent and impartial tribunal established by law.“

Како у овој одредби није садржана и синтагма „у разумном року“, која се налази у члану 32 ставу 1 Устава, ваља навести и члан 6 став 1 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, који ту синтагму садржи, а који гласи:

„In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a *fair and public hearing within a reasonable time* by an independent and impartial tribunal established by law“.

По мојем суду, синтагму *fair and public hearing* није требало превести изразима *правично и јавно саслушање*, него речима *пошћено* (можда и *часно, исправно, ваљано*) и *јавно саслушање*, то јест суђење. Да су творци ове одредбе, поред процедуралне исправности, имали на уму и супстанцијалну правду као крајњи исход суђења, они би употребили реч *equitable* а не *fair*. Иначе, добро је познато да реч *fair*, која је ушла и у наш колоквијални језик, и у нас значи часно, поштено и исправно. Тако се за спортску утакмицу каже да је била фер, ако је надметање било часно и исправно у духу правила игре, и уколико је судија био објективан и непристрасан. Ако је пак победио онај који је стварно био бољи, онда се за исход такве утакмице или борбе каже да је праведан.

Знам да ће бити и оних који ће рећи да је у Енциклопедијском енглеско-српскохрватском речнику, који су израдили Светомир Ристић, Живојин Симић и Владета Поповић, реч *fair* преведена речима „праведно“, „правично“. Није, наравно, искључено да се у енглеском књижевном и говорном језику реч *fair* користи и у овим значењима. Али се у енглеској правној терминологији реч *fair* не употребљава у смислу оног што је правично, док се реч *equity* већ пет векова искључиво користи у смислу исправљања или ублажавања строгости опште правне норме зарад правде у неком изузетно особеном случају. То није знао онај лингвиста или правник који је 1971. године преводио Међународни пакт о грађанским и политичким правима на српски језик, а очигледно то нису знали ни Зоран Лончар и Драго Хибер, приређивачи нашег Устава из 2006. године. Поред низа других мањкавости овог Устава, и ово је можда разлог што се нико па ни ова двојица професора, јавно не боре за част и славу које би требало да припадну сваком творцу доброг устава.

Право на *правично* суђење из члана 32 Устава иначе упућује на то да ће крајњи исход суђења бити *праведан*. Ако се међутим пажљиво раз-

мотре елементи тог уставног права на правично суђење, видеће се да су то: 1) независан, непристрасан и законом већ установљен суд; 2) суђење у разумном року; 3) јавна расправа и 4) одлучивање о правима и обавезама лица у поступку и разлозима за и против покретања поступка. А то је заправо *процедурална исправност* која једино може да обезбеди *законитост*, а никако *праведност* у неком изузетно особеном случају, на које упућује реч правичност, односно правично.

Праведност исхода сваког суђења иначе претпоставља да судије приликом тумачења имају на уму и правду као руководно начело. То је разлог што већ две и по хиљаде година скоро сви правници и правни филозофи сматрају да је правда врховна правна вредност. Један од ретких изузетака су наши правници после Другог светског рата, а нарочито они који састављају законе. Ови потоњи су очигледно сматрали да правда не треба да буде садржана у уводним одредбама сваког важнијег грађанског законика, чак ни у случају када се њиме изричито допушта пресуђивање по правичности.

Уверљив пример који то потврђује јесте Закон о облигационим односима из 1978. године, у којем се у двадесет и једној одредби наводи пресуђивање по правичности. Чудно је међутим да се његови творци¹⁰⁰ нису запитали чиме то судије треба да се руководе када у неким особеним случајевима, који се претходно нису могли уредити општом правном нормом, утврђују индивидуалисану правду за сваки од тих случајева понаособ, што се назива пресуђивањем по правичности. Одговор је, надам се, једноставан: једино се могу руководити општеприхваћеним разумевањем правде, које настоје да открију и изразе у свом властитом расуђивању и пресуђивању. Па ако је тако, зар није било потребно да се у једној од уводних одредаба овог закона то изричито и каже: да ће се судије, приликом тумачења овог закона и решавања случајева који нису могли бити уређени општим законским одредбама, руководити оним што часни и исправни људи сматрају да је праведно, чиме правда постаје непосредни извор права.

Занимљиво је да су творци овог Закона били на добром путу, али нису стигли до самог његовог краја. Тако члан 133, којим се утврђује претпоставка за раскидање уговора, прописује да се уговор може раскинути, уколико би „*по ојшћем мишљењу* било неправично одржати га на снази такав какав је“. Другим речима, судија не треба да се руководи само својим осећањем шта је праведно или неправедно, већ пре свега оним што и сви други људи сматрају да је тако. То ме одмах наводи на питање: ако у случају раскидања уговора судије треба да се руководе оним што је по општем мишљењу праведно или неправедно, зар тим истим разумевањем прав-

¹⁰⁰ Преднацрт овог Закона израдио је Михаило Константиновић.

де не треба да се руководе када и у преосталих 20 одредаба овог Закона пресуђују по правичности? Ако је тако, а мора бити тако, зар није било и очекивано и умесно да се и у уводној одредби овог Закона то на општи начин и каже?

Нама једино преостаје да наслућујемо због чега то творци овог Закона нису учинили. По мојем мишљењу, постојао је само један колико-толико оправдан разлог. Овај Закон је писан, уређиван, донет и обнародован за живота Јосипа Броза Тита и у добу још увек ненарушеног комунизма или социјализма у ондашњој Југославији. Како је у том времену било једино дозвољено уверење да право представља вољу владајуће класе и отеловљује њен класни интерес, није се могло очекивати да ондашњи законодавци, задрти комунисти, унесу у једну од уводних одредаба Закона појам правде, који је општи људски а не класни.

Но, ако тада није било могућно унети појам правде у уводну законску одредбу, поставља се питање зашто то није чињено после пада комунизма и успостављања каквог-таквог вишестраначког демократског поретка. Пажљиво сам прегледао више важећих материјалних и процесних закона и ни у једном нисам нашао да се појам правде наводи бар као супсидијарни извор права, чак ни у случају правних празнина, а камоли у случајевима када, зарад правде, треба исправити или ублажити строгост закона, у случајевима који нису унапред могли бити уређени општом правном нормом. Није, наравно, искључено да су творци ових закона претпостављали да се у њима правда прећутно подразумева, а да то нису изричито формулисали. По мојем мишљењу, то би сваки судија морао претпоставити, ако је током студија права у себи интериоризовао замисао да је правда највећа врлина и руководно начело за тумачење и примену закона.

Па да ли су наши правници, а нарочито судије, могли да на факултетима науче и у своју моралну самосвест интериоризују појмове правде и правичности? Још 1994. године унео сам у уџбеник Увода у право поглавља о Аристотеловом поимању правде и правичности, која су углавном имала информативну вредност. А од деведесетих година XX века појавило се више десетина чланака, зборника радова и неколико књига о правди, као и два чланка о правичности, од којих вреди поменути само већ навођени прилог Мирјане Стефановски. Данас вероватно има правника који сматрају да је правда врховна правна вредност, али таквих још нема међу онима који израђују нацрте закона.

Приликом писања овог рада имао сам на располагању 103 одлуке Уставног суда и пресуда других редовних судова, у којима се помиње реч правичност. Забрињава ме чињеница да наше судије још увек не праве довољну појмовну разлику између правде и правичности, него им се

чини да те две речи, због истог етимолошког порекла, имају мање-више исто значење. Правницима, наравно, није лако, ако је уопште могућно, да исправе мешање и поистовећивање тих двеју речи у књижевном и говорном језику, али се бар у правној терминологији, законодавству и судским пресудама та два израза морају јасно разликовати.

Но, пре него што објасним шта је наше уставне и редовне судије најчешће наводило на погрешну употребу речи правичност, ваља рећи да је у трима случајевима реч правда добро употребљена, од којих ћу одмах навести два, а трећи на самом крају овог поглавља. Први представља одлука Уставног суда Србије, Уж број 5067/2010 од 24. октобра 2013. године, која је објављена „Службеном гласнику Републике Србије“ бр. 110/2013 од 13. децембра 2013. године. Посреди је била уставна жалба Љиљане Гобелић против пресуде Управног суда – Одељења у Нишу због повреде права на правично суђење и права на једнаку заштиту права. Тим поводом, без неког посебног разлога, Уставни суд је закључио да „развој судске праксе сам по себи не противречи дељењу *ipравде*“. Да је отишао и корак даље рекао би да се у обичајеним случајевима, који се могу подвести под опште законске норме, *ipравда* дели и изриче, док се у изузетно особеним случајевима пресуђује по правичности, да би се у њима *ipравда* индивидуалисала. Судије Уставног суда су биле у стању да схвате да судови деле и изричу правду, али нису знале у чему је разлика између правде и правичности.

Други случај је пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1964/2008 од 27. августа 2008. године, којом се закључује да би „прихватање захтева за издржавање једног супружника представљало очигледну неправду за другог супружника (члан 151. став 3. Породичног закона)“. Врховни суд је, дакле, приликом одлучивања о ваљаности захтева за издржавање користио појмове правде и неправде. Али је у исти мах показао да не разликује појмове правде и правичности када је рекао, да би прихватање тог захтева „угрзило начело правичности у њиховим међусобним односима“. Јер једино правда, због свог општег и једнаког важења за све људе може бити *начело*, док је правичност увек *ad hoc* саображавање тог начела с датим околностима неког особеног и изузетног случаја.

Нажалост, у овој збирци пресуда много се чешће реч правичност наводи, по мојем суду, у погрешном значењу као да има очигледно исти смисао као и реч „праведност“. Уверљив пример који то потврђује јесте одлука Уставног суда, ИУ број 221/2001 од 14. јула 2011. године, објављена у „Службеном гласнику Републике Србије“, бр. 72/2011 од 28. септембра 2011. године. Њоме је утврђено да одредба члана 2 става 1 Закона о једнократном порезу на екстра доходак и екстра имовину, стечену искоришћавањем посебних погодности није у сагласности с Уставом, али се, поред осталог,

одбијају предлози и не прихватају иницијативе за утврђивање неуставности других одредаба овог Закона, као и иницијативе за утврђивање повратног дејства одредбе наведеног Закона, која је проглашена неуставном.

У образложењу ове одлуке наводи се да је предлагач овог Закона сматрао да је неопходно „да се путем једнократног пореза ублаже, односно у највећем делу отклоне велике *нејравничности* настале у расподели дохотка, стицаног искоришћавањем посебних погодности које су биле доступне само појединим правним и физичким лицима“. А потом приликом тумачења члана 91 става 2 Устава, Уставни суд закључује да та уставна одредба садржи „критеријум [који] свакако мора бити у функцији остваривања *јравничности* и једнакости“. Како се пак сходно члану 92 ставу 2 обавеза плаћања пореза заснива, „на економској моћи обвезника“, то јест сразмерно величини прихода и вредности имовине, посреди је Аристотелова дистрибутивна правда. Зато се може говорити само о праведности, а не о *јравничности* опорезивања. Иначе, због строгог и доследног примењивања начела једнакости, у области опорезивања уопште није могућно *индивидуалисање* правде у неком изузетном случају несводиве особености, који се не би могао подвести под општу законску норму. И тек кад би то чинио порески орган, то би била правичност. Судије уставног суда изгледа не знају да општи закон може бити само праведан или неправедан, никако правичан или неправичан.

Па шта је то што је наше уставне и друге судије учестало наводило на погрешну употребу речи „правичност“ и „правично“? То је већ поменути погрешан превод на српски језик израза *fair and public hearing* у члану 14 став 1 алинеји 2 Међународног пакта о грађанским и политичким правима из 1966. године. Још је горе што је и у неке друге међународне уговоре читавана реч „правично“, а да ње чак и у преводу на српски језик није било. Реч је о члану 6 ставу 1 алинеји 1 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. Тако Уставни суд у својој одлуци, Уж број 693/2011 од 17. јула 2014. године, објављеној у „Службеном гласнику Републике Србије“ бр. 103/214 од 25. септембра 2014. године, вели „да се одредбе члана 6. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, чија се повреда такође истиче у уставној жалби, садржински не разликује од одредбе члана 32. става 1. Устава, којом се јемчи право на правично суђење“.

Службени превод другог дела ове одредбе Европске конвенције на српски језик овако гласи: „Свако има право да се његов случај *јравично* и јавно расправи у разумном року пред независним и непристрасним судом“, што значи да је реч *fair* и овом приликом погрешно преведена речју *јравично*. То је још једна потврда да наше не само уставне него и друге судије никада не проверавају изворни текст међународних уговора

на енглеском, француском или неком другом светском језику, него слепо верују нашим преводиоцима на српски језик, што је још једна потврда да им темељито знање енглеског језика, а нарочито енглеске правне терминологије, није јача страна.

На исти начин, по мојем суду, на недопуштен и погрешан начин поступио је Уставни суд у својој одлуци ИУз број 357/2009 од 14. јула 2011. године, објављеној у „Службеном гласнику Републике Србије“, бр. 80/2011 од 28. октобра 2011. године. У њој се овај Суд позвао и на члан 10 Универзалне декларације Уједињених нација о људским правима, којим се наводно зајемчује право на *правично* суђење. На енглеском, међутим, овај члан овако гласи: „Everyone is entitled in full equality to *fair* and public hearing by an independent and impartial tribunal...“ И овде није употребљена реч *equitable*.

Непримерено, односно погрешно навођење израза „правично“ и „правичност“, не значи да наши судови нису у пресудама примењивали установу правичности у њеном правном значењу. Једино што су пропустили да је као такву означе. Но, пре него што наведем неколико таквих пресуда, треба изнова подсетити на разлику између правде и правичности. У старогрчком језику, у којем је настала разлика између правде и правичности, правда се означава речју *dikaiosune*, а правичност речју *epieikeia*, док се на латинском језику правда каже *iustitia*, а правичност *aequitas*. Иако у садржинском смислу између правде и правичности нема суштинске разлике, правичност је ублажавање, па и исправљање строгости закона зарад *индивидуалисане* правде у неком изузетном случају који се, због своје несводиве особености, не може подвести под само слово закона.

Да бих лакше објаснио примену правичности приликом одступања од строгости закона или неког другог општег правила, послужићу се најпре случајевима из мог студентског живота и наставничке праксе. Почетком јуна 1961. године полагао сам Увод у право у амфитеатру V. Полагање је било писмено. Након што смо били распоређени по угловима клупа да не бисмо један од другог преписивали, један старији колега, иначе ратни војни инвалид, устаде и пожали се да не може да пише јер је био рањен у десну руку. На то проф. др Андрија Гамс, тадашњи продекан за наставу, спремно узврати: „Ви ћете, колега, полагати усмено.“ Тада, наравно, нисам знао, као што многи правници још увек не знају, да је у овом изузетном случају проф. Гамс одступио од строгости општег правила да сви полажу писмено и допустио да се у овом изузетном случају због правде полаже усмено, примењујући тиме установу правичности.

Други случај догодио се почетком деведесетих година прошлог века. Као наставника пратио ме је глас да сам строг на испиту, па су ме лоши студенти избегавали, али сам међу колегама био познат по разумевању

за оне студенте који су имали озбиљније здравствене проблеме и телесне мане. То је вероватно био разлог што ме проф. др Љиљана Радуловић, тадашњи продекан за наставу, упитала да ли бих хтео да питам једног кандидата у његовом стану. У првом тренутку био сам запањен, јер сам добро знао да је правило да се испити искључиво могу обављати у факултетским просторијама изузетно строго, а до тада нисам чуо да су се од тог правила чинили било какви изузеци. На то ми професорка Радуловић одлучно узврати: „Немој, Коста, много да запиткујеш! Кад будеш видео тог студента, схватићеш да сам у праву“.

И заиста, кад сам ушао у стан тог студента, негде на ободу Земуна, одмах сам схватио да не би било исправно и праведно да он полаже испите на исти начин као и други студенти. Он је иначе показао примерно знање и његов одговор био је негде између девет и десет. Ја му, наравно, без много премишљања дам десет да бих га охрабрио.

Потом сам разговарао с његовом мајком која ми је рекла да она зна да њен син не би могао да се запосли, али се нада да ће медицина напредовати, па да је због тога добро да заврши факултет да би био спреман да ради кад његове сметње буду отклоњене. После више година срео сам његову мајку на факултету и она ми рече да њен син не само што је дипломирао, него је уписао и трећи степен. Било како било, нема никакве сумње да смо проф. Радуловић и ја у овом изузетном случају применили установу правичности.

Да не бих наводио само оне примере примене установе правичности које сам лично искусио, поменућу недавни случај који су многи вероватно с интересовањем, пропратили, о чему је *Полиџика*, иначе, опсежно извештавала. Реч је о слепој жени која је са својим псом, обученим водичем, два пута улазила у возило јавног саобраћаја и два пута била избачена, с позивањем на једну одредбу некаквог правилника по којој се пси не смеју уводити у возила градског саобраћаја. Нема никакве сумње да је оваква забрана оправдана, јер скоро сви крупнији пси могу бити опасни ако се нађу у великој гужви, па их неко случајно гурне или нагази. Невоља је, међутим, била у томе што су творци овог правилника имали на уму само типичне случајеве, тако да нису дозволили ниједан изузетак од опште норме. Но и поред тога, у овом изузетном случају слепе жене са псом водичем требало је применити установу правичности – исправљање строгости опште норме зарад правде у изузетном случају. Но, како се то могло очекивати од лаика, кад то не зна ни огроман број професионалних судија, које једино знају да се општих законских норми треба најстроже придржавати, а да им никад није пало на памет да би понекад у изузетним, атипичним случајевима ваљало исправити или ублажити њихову строгост да би се остварила правда и у таквим случајевима.

У нашој судској пракси у ретким случајевима примењивала се уставна правичности, а да саме судије то изричито нису признавале, а можда нису ни знале шта у таквим случајевима примењују. Драстичан пример била је примена Кривичног законика током страшне инфлације током 1993. године када је за једну векну хлеба требало дати неколико милијарди динара. Не само правници него и лаици знају да се у кривичном праву разлика између лаке, обичне и тешке крађе одређује динарском вредношћу украдене покретне ствари. Како законодавац није био кадар да само у једном дану повећава динарске износе вредности украдене ствари, могло се догодити, уколико би судија строго примењивао поменуту законску одредбу, да се крађа једне векне хлеба квалификује као тешка крађа и за њу изрекне казна од пет година затвора. То се срећом није догађало захваљујући чињеници што судије више нису примењивале изричиту законску одредбу, него су по властитој савести саме процењивале да ли је нека крађа лака, обична или тешка. Да су биле боље упућене у правну теорију, рекле би да су примењивале установу правичности – исправљање строгости опште правне норме зарад правде у особеном појединачном случају. И то су чиниле у кривичним случајевима у којима у начелу не би требало пресуђивати по правичности.

У грађанским споровима наши судови су не само у изузетним случајевима пресуђивали по правичности и тиме исправљали или ублажавали строгост опште законске норме, него су понекад и признавали да примењују начело правичности. Започећу с одлуком Уставног суда, Уж бр. 8735/2012. од 20. марта 2014. године, објављеном у „Службеном гласнику Републике Србије“, бр. 42/2014. од 23. априла 2014. године. У овом уставном спору подносиоци уставне жалбе предочили су да су Првом основном суду у Београду поднели предлог за извршење, који је решењем И. 21949/2011. од 20. маја 2011. године овај Суд одбацио као неуредан, јер извршни повериоци нису уз предлог за извршење приложили извршну исправу снабдевену клаузулом правоснажности. Решавајући о приговору извршних поверилаца, Први основни суд у Београду је оспореним решењем ИПВ(И). 30395/3011/7 и И. 21949/2011. од 7. септембра 2012. године одбио као неоснован приговор извршних поверилаца и потврдио наведено решење. У образложењу оспореног решења је наведено: да је пуномоћних извршних поверилаца у приговору навео да достављена извршна исправа није снабдевена клаузулом правоснажности, али да је снабдевена клаузулом извршности, те да је Првостепени суд могао да наложи да се предлог за извршење у том делу уреди: да је Веће суда, полазећи од одредбе члана 45 став 4 Закона о извршењу и обезбеђењу и члана 103 став 6 Закона о парничном поступку, оценило да је судија појединац правилно закључио да је пуномоћник извршних поверилаца био дужан да уз предлог за извршење достави извршну исправу снабдевену клаузулом правоснажности.

Уставни суд је, међутим, оспорио овај строги формализам судија Првог основног суда и упозорио да „клаузула правоснажности не представља једину и искључиву потврду да је одређена судска одлука стекла својство правоснажности, већ да то може бити и клаузула извршности“ и притом се позвао на члан 15 став 1 Закона о извршењу и обезбеђењу, који Први основни суд није ни цитирао ни применио. За ову прилику посебно треба истаћи да је Уставни суд указао „на праксу Европског суда за људска права у којој је изражен став да су судови обавезни да примене правила поступка, избегавајући и претерани формализам који би угрозио правичност поступка и претерану флексибилност која би учинила безвредним (ништавим, безначајним) процедуралне захтеве предвиђене законима (видети пресуду *Eşim v. Turkey*, 59601/09 од 17. септембра 2013. године).“ Све је то навело Уставни суд да закључи „да одбацавање као неуредног предлога за извршење због тога што је приложена судска одлука која није снабдевена клаузулом правоснажности, али која је снабдевена клаузулом извршности, представља претерани формализам извршног суда, који је имао за последицу повреду права подносиоца уставне жалбе на правично суђење из члана 32 став 1 Устава, и то права на приступ суду“.

До истоветног закључка дошао је Уставни суд и у својој одлуци Уж број 1696/2013. од 11. јуна 2015. године, обављеној у „Службеном гласнику Републике Србије“ бр. 60/2015. од 9. јула 2015. године. „Подносилац је, у уставној жалби, између осталог, истакао: да му је, као извршном повериоцу, првостепеним решењем одбачен као неуредан предлог за извршење на основу веродостојне исправе, јер наводно у предлогу није одредио да ће извршење спровести суд или извршитељ; ... да је одлучујући о приговору, веће првостепеног суда потврдило решење којим је одбачен као неуредан предлог за извршење; ... да је подносилац у приговору истакао да је у предлогу за извршење назначено да 'Привредни суд у Београду, по спроведеном поступку и изведеним доказима донесе и затим спроведе следеће решење о извршењу', из чега се јасно утврђује да је извршни поверилац већ у предлогу за извршење одредио да ће извршење у овом предмету спровести суд...“

И овим поводом Уставни суд је указао „на праксу Европског суда за људска права у којој је изражен став да су судови обавезни да примене правила поступка, избегавајући и претерани формализам који би угрозио правичност поступка и претерану флексибилност која би учинила безвредним (ништавим, безначајним) процедуралне захтеве предвиђене законима (видети пресуду *Eşim v. Turkey*, 59601/09 од 17. септембра 2013. године). Одбацавање предлога за извршење на основу веродостојне исправе за чије спровођење није предвиђена искључива надлежност ни суда ни извршитеља, а у ком предлогу је назначено да извршни суд одлучи о пред-

логу, а затим спроведе решење о извршењу, свакако не представља претерану флексибилност. Међутим, Уставни суд оцењује да је одбацивање као неуредног предлога за извршење на основу веродостојне исправе, у коме је, између осталог, назначено да суд спроведе извршење, уз образложење да се такав предлог не може сматрати опредељеним начином извршења од стране кога ће бити спроведено извршење, односно од стране суда или извршитеља, представља претерани формализам извршног суда, који је имао за последицу повреду права подносиоца уставне жалбе на правично суђење из члана 32 став 1 Устава, и то права на приступ суду. “

Занимљиво је да је и Привредни апелациони суд у решењу Пж. 3952/2014(1) од 5. јуна 2014. године заступао исто становиште да правичност не допушта претерани формализам приликом пресуђивања. Позивајући се на већ наведену одлуку Уставног суда од 20. марта 2014. године и одлуку Европског суда за људска права у случају *Eşim v. Turkey*, 59601/09 од 17. септембра 2013. године, Привредни апелациони суд је закључио:

„Претерани формализам угрожава правичност поступка, а претерана флексибилност обесмишљава процедуру, води произвољности и законска правила поступка чини безвредним, ништавим, безначајним у односу на процедуралне захтеве предвиђене законом.

Зато су судови обавезни да правила поступка примењују избегавајући ове крајности, избегавајући једнако и претерани формализам и претерану флексибилност.

Поступање првостепеног суда није у складу са изложеним начелом, не представља поступање којим се избегавају непожељне крајности. Одбачај тужбе због неучињеног вероватним правног интереса за њено подношење, у овој правној ситуацију представља претерани формализам. Тужилац управо указује да има правни интерес за подношење тужбе са предлогом за издавање платног налога зато што постоји ризик да би, због исто таквог претераног формализма у поступку извршења покренутим предлогом за извршење на основу веродостојне исправе, његов предлог због недостатка прилога, доказа о томе да је извршни дужник обавештен о насталој обавези, могао бити одбачен. Одбачај предлога у извршном поступку, према становишту Привредног апелационог суда, такође би био израз претераног формализма, а овај суд нема надлежност да одлучује о правном леку против такве одлуке. При томе, ради се о одлуци која се не би могла побијати ни ванредним правним леком.“

Нешто једноставнији су случајеви повећања износа потраживања противно изричитим одредбама закона и уговора. До таквог исправљања законске норме долазило је после 1993. године, у којој се збила невероватна хиперинфлација. Тада су се сматрале праведним одлуке судова којима се, због несклада између законске затезне камате и стопе раста цена на

мало током те инфлације, камата на главни дуг за наведени период обрачунавала у складу са стопом раста цена на мало, а не у складу са *камај-ном сѝојом йройисаном законом*, јер би у том случају дошло до повреде начела једнаке вредности давања, па би самим тим поверилац пријемом обезбеђеног потраживања био драстично оштећен.

Тако је поступио Апелациони суд у Београду у својој пресуди Гж 240/2010. од 18. новембра 2010. године. Он је утврдио да се износом добијеним валоризацијом потраживања стопом раста цена на мало почев од 1. јануара 1990. године, када је настала обавеза, до 3. јула 1993. године не може обезбедити равнотежа између новчаног износа који је био предмет обавезе туженог, а који није благовремено измирен, и новчаног износа који ће поверилац коначно добити. Притом је овај Суд посебно упозорио да је „затезна камата о доспелости обавезе плаћања до 3. јула 1993. године била нижа од раста цена на мало и није могла да сачува тужиочево потраживање од обезвређивања, па би поистовећивање истека паричног рока за извршење обавезе по наведеној пресуди, са доспелошћу обавезе плаћања накнаде за иновације, за шта се залаже жалба, довело до ситуације да протек времена, деноминације динара и висока инфлација погодују дужнику који обезвређену обавезу није благовремено платио, а то би било противно начелу једнаке вредности давања, начелу поштења у промету и начелу равноправности учесника у облигационим односима (чл. 11, 12 и 15 Закона о облигационим односима). Стога – закључује овај Суд – „према околности овог случаја ова општа начела облигационог права и принцип правичности оправдавају да се тужиочева потраживања валоризују стопом цена на мало од настанка обавезе плаћања до 3. јула 1993. године и да се даље на тако добијен износ обрачунава затезна камата.“

Посебно ја важна пресуда Врховног суда Србије, Рев. 3310 од 17. марта 1999. године¹⁰¹ у којој се изричито наводи да је настала „правна ситуација која није регулисана посебним прописима“, па се стога мора „разрешити применом начела правичности, савесности, поштења и забране злоупотребе права“ – управо оних начела на којима почива и енглеско право правичности. До спора је дошло тако што је друготужени 15. децембра 1988. године својим синовима тужиоцима даровао спорно приземље, као физички део зграде. Стање поседа се није мењало, јер су у то време тужиоци (као малолетници) живели са другооптуженим и његовом супругом у истом домаћинству. Године 1993. друготужени је закључио уговор о продаји спорног приземља првотуженом (синовцу), коме то приземље предаје у посед, после пријема продајне цене.

Следећи поменута начела, Врховни суд је сматрао да би ранији стицалац имао јаче право од каснијег да је извршио упис права својине у

¹⁰¹ *Привредник* број 150/151.

земљишну односно другу јавну књигу, или да је ушао у посед непокретности. Али није. Зато се овај спор морао разрешити применом начела савесности. Нижестепени судови су несумњиво утврдили да су и ранији и каснији стицалац били савесни, то јест да нису знали за двоструки промет. У таквом случају јаче право има стицалац коме је непокретност предата у државину. Како је утврђено да је првотужени стекао државину на спорој непокретности, он је, по закључку овог Суда, имао јаче право од тужилаца који посед на спорој непокретности нису имали, утолико више што је основ његовог стицања био теретни уговор, за разлику од основа стицања тужилаца, који је био добротин уговор. Било би, наравно, битно другачије, закључује овај Суд, да су тужиоци уписали у јавну књигу пренос права својине. Али нису. Јер према члану 33 Закона о основама својинскоправних односа, право својине се не стиче закључењем уговора (*iustus titulus*), већ уписом у јавну књигу (*modus acquirendi*).

Такође треба поменути и закључак усвојен на саветовању Савезног суда, Врховног војног суда, Врховног суда Србије, Врховног суда Црне Горе и Вишег привредног суда од 24, 25. и 26. септембра 1966. године. Он је важан не толико што се њиме утврђује да припадници оружаних снага имају право на правичну накнаду, на основу објективне одговорности тадашње југословенске државе, колико због правне квалификације случајева у којима се таква накнада утврђује. По схватању ових судова, то није виша сила која представља разлог за ослобођење од одговорности за накнаду нематеријалне штете, него су то непредвидљиви случајеви, које законодавац није могао да обухвати општом нормом. А у таквим случајевима се пресуђује по правичности.

Напоследку бих био слободан да наведем став наших највиших судова по којем је начело правичности врховни принцип грађанског права. То је закључак бр. 3/91 са Саветовања грађанско-привредних одељења Савезног суда, републичких врховних судова и Врховног војног суда одржаног 26. децембра 1991. године. Чланом 104 Закона о облигационим односима прописано је да је, у случају ништавости уговора, свака уговорна страна дужна да врати другој све оно што је примила по основу таквог уговора, а ако то није могуће, или ако се природа овог што је испуњено противи враћању, има се дати одговарајућа накнада у новцу према ценама у време доношења судске одлуке, уколико закон што друго не одређује. У случају ништавог уговора о продаји, купац враћа ствар која је предмет уговора, а продавац цену.

Но, ако се у условима високе инфлације и промењених околности опште враћа износ цене која је раније примљена, то неће бити правична цена. „Али, појам правичне цене је веома неодређен. Правично је оно што одговара правди. Међутим појам правде се различито схвата. Зато би се и

могло десити да се у истим случајевима неједнако суди, а неједнако суђење је највећа неправда. Зато се дошло до схватања да је, у случају реституције због ништавости уговора о продаји, продавац дужан да купцу врати износ тржишне цене у време доношења судске одлуке са затезном каматом од доношења судске одлуке до исплате. Наведено схватање обезбеђује да се уговорне стране након утврђивања ништавости уговора нађу у истој материјалној ситуацији у којој су биле пре закључења уговора. Оно произилази и из дубљег смисла одредаба члана 104 став 1 Закона о облигационим односима по којима се, ако враћање није могуће, или ако се природа оног што је испуњено противи враћању, има досудити накнада у новцу према ценама у време доношења судске одлуке. И према одредбама члана 113 Закона о облигационим односима у случају поништаја рушљивог уговора, ако враћање није могуће, накнада се даје у новцу према ценама у време враћања, односно доношења судске одлуке.

На основу изложеног може се закључити да Закон о облигационим односима прихвата критеријум тржишне цене као најобјективнији и зато најправичнији. Но, ако би се ипак принцип тржишности у датим околностима показао неприхватљивим, *ваљало би ја коријовајши йринцијом йравичносйи, као врховним йринцијом. йрађанској йрава*“

Тако се, дакле, чланови 104 став 1 и 113 Закона о облигационим односима могу *коријовајши* принципом правичности, као врховним принципом грађанског права.

У овом ставу наших највиших судова кључан је закључак да је правично оно што одговара правди, пошто правичност, додаје аутор, није ништа друго доли *индивидуалисана* правда у неком изузетно особеном случају, као што је враћање износа цене обезвређене прекомерном инфлацијом, што законодавац није могао да предвиди. Ништа не мари што су ови судови приметили да се појам правде различито схвата, што уопште није чудно пошто у судским споровима свака страна сматра да је правда оно што њој одговара. Али је зато дужност суда да пресуђивањем по правичности утврди шта је праведно у сваком појединачном случају, а нарочито у оном који измиче општости важеће норме.

Тако су и наши судови у једном свом општијем расуђивању ипак доконали да је правда у самом језгру закона, те да је за сваког судију руководно начело приликом његовог тумачења и примене на појединачне случајеве. Наши средњовековни владари из светородне династије Немањића су то добро знали, када су учестало истицали да морална исправност закона почива на њиховој праведности, а да се може ваљано владати само ако је правда оплемењена мудрошћу и милошћу.

Од наших државних управљача и законодаваца се то у овом часу тешко може очекивати, али би бар морали да схвате да у свим важним

законима, а нарочито у кривичним и грађанским, правда треба да буде основна врлина и руководно начело за њихово тумачење и примену. Уз то је крајње време да судови, нарочито они виши и највиши, који у изузетним случајевима пресуђују по правичности, изричито кажу да је правда врховна правна вредност када у таквим случајевима индивидуалишу правду.

Ако до сада ни у једном закону правда није наведена као његова врховна вредност и унутрашњи смисао и сврха, то још не значи да тако неће бити и у ближој или даљој будућности. Изразит пример који то потврђује јесте преднацрт Грађанског законика Републике Србије, који је 2015. године упућен на јавну расправу. Већ у члану 2 овог Законика се наводи да он „свим својим одредбама тежи остварењу врлине правде“. Колико је то мени познато, то је први случај да су творци једног закона учинили правду његовом основном сврхом, сходно којој се тумаче и примењују све његове одредбе. Још би било боље да је речено да овај Законик „свим својим одредбама тежи остварењу правде као највише врлине“.

Невоља је, међутим, у томе што творци овог нацрта Законика нису утврдили, а можда и нису разумели, јасну и препознатљиву разлику између правде и правичности, о чему сведочи ознака предмета члана 15 која гласи: „Непосредна примена начела правичности“. Једино правда као *oīshīi* појам, који се *једнако* примењује на све људе и околности у којима се они налазе, може имати *oīshīi* начела, док је правичност увек *ad hoc* решење у неком изузетно особеном случају, то јест *индивидуалисана* правда. То уосталом потврђује и сам текст овог члана који гласи: „Ако нема услова за примену законске аналогije примениће се, у складу с основним начелима законика, решење које је у датим околностима правично.“ Другим речима, *oīshīi* начела правде (или праведности) биће саображена околностима датог случаја, а то је примена правне установе правичности. Зато би ознака овог члана требала да гласи: „Непосредна примена општих начела правде (или праведности).“

Недовољно двојење правде и правичности запажа се и у чињеници да су творци овог преднацрта користили реч „правично“ где би, по мом суду, боље пристајала реч „праведно“ или „неправедно“. Тако се у члану 282 ставу 1, посвећеном зеленашком уговору, наводи да су то уговори који, због злоупотребе недовољног искуства, лакомислености, зависности или неке друге сличне околности, садрже очигледно *неправичне* услове. Било би боље да је речено „очигледно *неправедне* услове“ док оно што суд у таквим изузетним случајевима досуђује може бити правично или неправично.

Слично се може речи и за одредбу члана 284 става 2, посвећеној ништавости неких одредби општих услова, у којима се наводи да суд може одбити примену таквих одредаба ако су „неправичне или претера-

но строге“ према другој страни. По мојем суду, било би боље да је речено „неправедне или претерано строге“.

Али су творци овог преднацрта у другим одредбама употребили реч „правичност“ управо тамо где је то било примерено, то јест у случајевима када *суд* пресуђује по правичности. То су одредбе члана 346 и 457 која гласе:

„Кад се величина штете не може тачно утврдити, суд ће одредити накнаду по правичности, водећи рачуна о свим околностима случаја.“

„Кад се висина штете не може тачно утврдити, суд ће одредити накнаду по правичности, водећи рачуна о свим околностима случаја.“

У овим двама одредбама пресуђивање по правичности има следећа својства: 1) нема општом одредбом унапред утврђених мерила на основу којих се мање-више поуздано може утврдити величина штете; 2) том приликом суд располаже великом дискреционом влашћу и 3) досуђена штета је *ad hoc* решење за сваки случај понаособ. Једино што адвокатима и њиховим странкама преостаје за процењивање и предвиђање, то је судска пракса за особену врсту накнаде штете. Тако судије у Панчеву за ујед пса, који није довео до наружења и других опаких последица, одређују 50.000,00 динара као накнаду за нематеријалну штету.

Највећу похвалу заслужује став 18 став 2 посвећен изигравању закона, који гласи: „Противно је основном правилу понашања позивати се на слово Законика да би се осујетило постизање његове сврхе.“ Њиме се даје предност ономе што се означава као *ratio legis* у односу на његово изричито слово. А то је управо оно што и судија чини када пресуђује по правичности.

Напоследку ваља навести и неке замерке које се тичу употребе појединих речи и израза. Прва се тиче употребе страних речи. Ако се у члану 14, посвећеном законској аналогiji, реч „аналогija“ није могла избећи, пошто се реч „подобје“ Валтазара Богишића није запатила, није добро што је у том члану употребљен глагол „регулисати“ („регулисан“, „регулише“), кад имамо нашу реч „уредити“ („уређен“, „уређује“).

Изгледа да се творци овог Законика нису клонили страних речи.

Слична замерка може се упутити и изразу „гаранцијске“ (мере) у члану 91, посвећеном привременим мерама. Зар се није могло рећи „јемствене“ (мере)?

Коначно, сваком добром закону мора бити својствена уједначеност употребљених речи и израза. То правило нису, нажалост, поштовали ни дични састављачи нашег Устава од 2006. године, професори Зоран Лончар и Драгор Хибер. Тако се у члану 30 ставу 2 и 3 помињу *часови* (48 часова, 12 часова), док се у члану 101 став 5 наводи рок од 72 *саиша*. До тога је

вероватно дошло што су различити писци састављали поједине делове Устава, а да нико није извршио језичко и правописно изједначавање.

Слична мана може се запазити и у преднацрту овог Законика. Тако се у члану 346 наводи „величина штете“, док се у члану 457 помиње „висина штете“. Могла се наравно употребити или једна или друга реч, али не обе.

Још веће недоумице изазива израз „дате околности“ из члана 10 овог Законика. Иако је то, по мојем суду, најбољи избор, у члану 5 се наводи „конкретна ситуација“ (обе речи су стране), а у чланови 91 став 2 и 272 став 2 „конкретне околности“, што значи да нико није извршио језичко и правописно уједначавање.

Но пре него што је 2015. године преднацрт Грађанског законика упућен на јавну расправу, још 2012. године Владимир Водинелић, по многим мишљењима наш најбољи цивилиста, изненадио је своје колеге по струци темељитим разматрањем појма правичности у свом уџбенику Грађанског права. Додуше, он то не чини под ознаком правичности, него у оквиру разматрања прилагодљивих и неприлагодљивих (строгих) норми.¹⁰² Тако по његовом мишљењу, *сироје, нейрилаодгљиве* норме (*ius strictum*) не остављају примењивачу, нарочито суду, могућност да примену опште норме прилагоди посебним околностима датог случаја. Такве су одредбе о роковима, о годинама стицања пословне способности, о условима за стицање својине предајом, одржајем, о условима за усвајање тужбе, као и већина других грађанско правних одредаба.

Прилагодљиве норме (ius aequum) омогућавају суду да с обзиром на околност датог случаја, а нарочито његове изузетне особености, процени правичност датог решења, па од те процене зависи сама примена опште норме – да ли ће се уопште применити или неће, на који начин и у којој мери. Водинелић наводи примере таквог пресуђивања по правичности. Тако суд утврђује да ли је правично да и деликтно неспособно лице, упркос неспособности расуђивања, одговара за штету; да ли разлози правичности налажу да имаоци моторних возила одговарају за штету трећим лицима другачије а не на равне делове; да ли је неправично одржати уговор упркос битно промењеним околностима. Тада се „из разлога правичности исправља или прилагођава општа норма због посебних околности конкретног случаја, које оправдавају да се одступи од опште норме“.¹⁰³

Појам правичности се још боље може разумети ако се прихвати Водинелићева замисао *сїейенасїе їрадње їравної їорейїка*, по којој се

¹⁰² Владимир В. Водинелић, *Грађанско їраво. Увод у їрађанско їраво и Оїшїїи део їрађанскої їрава, Друїо измењено и доїуњено издање*, Београд, Правни факултет Универзитета Унион у Београду и Јавно предузеће *Службени їласник*, 2014, стр. 154.

¹⁰³ *Ibidem.*

не може одсечно раздвајати *актї стїварања йрава* од *актїа йримене йрава*. Упркос распрострањеној представи да је право нешто унапред дато и већ створено, Водинелић истиче да се општа норма, најчешће дата у закону, мора најпре протумачити, да би јој се одредио унутрашњи *смисао* (значање, садржина, правило које садржи). Утолико „норма у својој текстуалној формулацији у закону или другом извору није, у ствари, још коначна, коначно формирана. Закон или други извор садржи само текст норме, док се правна норма коначно ствара тек у вези са сваким конкретним случајем. Јер, примена норме на конкретан случај уједно је и њено довршавање, и утолико стварање – *достїваривање*.“¹⁰⁴ Знатно раније Едмунд Пловден је заступао слично становиште када је рекао да саме речи закона нису оно што га стварно чини законом, већ су то његов унутрашњи смисао и сврха који су његова душа, а коју му судови својим тумачењем придају.

Коначно, Водинелић је још 1996. године истицао да је у нашој правној науци и законодавству правда потпуно занемарена, иако се, ту и тамо, појављивала идеја природног права.¹⁰⁵ А без правде, као стожерне правне вредности, пресуђивање по правичности се не може ваљано проводити.

Било како било, Аристотел је увек био и почетак и утока сваког озбиљнијег разматрања пресуђивања по правичности. Па нека тако буде и у овој књизи!

Да би на сликовит начин показао какво је то пресуђивање по правичности, која подразумева исправљање позитивног права,¹⁰⁶ Аристотел каже да је за неодређену ствар неодређено и мерило, баш као што је и равњача од олова приликом градње на Лезбосу.¹⁰⁷ На том острву камен је био тако тврд и неподесан за обрађивање, да га је тешко било истесати у правилне облике који би пристајали један уз други. Зато је додавано меко олово којим су, као равњачом, исправљане неправилне ивице сваког обрађеног камена, да би се добио правилан облик за спој с другим каменом. И као што се равњача прилагођава ивицама сваког тврдог камена неправилног облика, па стога није постојана, тако се и оштрина рубова опште законске норме исправља и попуњава правичношћу у неком особеном случају. То и наши судови повремено чине, а да нису сасвим свесни шта раде и чиме се притом руководе.

¹⁰⁴ *Op. cit.*, стр. 167.

¹⁰⁵ Владимир В. Водинелић, „Јуснатурализам, напред! – Марксизам, стој!“, *Правни живоић*, бр. 12, 1996, стр. 55–83.

¹⁰⁶ Никомахова *еџика*, V 1137b 10.

¹⁰⁷ Никомахова *еџика*, V 1137b 30.

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

340.13
342.7:177.9

ЧАВОШКИ, Коста, 1941–

О правди и правичности / Коста Чавошки. – Београд : Српска академија наука и уметности, 2017 (Београд : Службени гласник). – 266 стр. ; 24 см. – (Посебна издања / Српска академија наука и уметности ; књ. 687. Одељење друштвених наука ; књ. 108)

На спор. насл. стр.: On Justice and Equity. – Тираж 300. – Напомене и библиографске референце уз текст.

ISBN 978-86-7025-752-8

а) Правда б) Правичност
COBISS.SR-ID 251914508