

Мр Драгана Ђорић, асистент
Правног факултета у Новом Саду

СТУДИЈА ГЛИГОРИЈА ГЕРШИЋА О ПОВРАТНОЈ СНАЗИ ЗАКОНА

Сажетак: У српској правној науци темељиком повратној дејстви се систематизовано бавио Жарко Миладиновић у својој монографији *Iura quaesita* из 1926 године, и тек 1984. године, академик Слободан Перовић у монографији, *Ретроактивност закона и других општих правних аката*. „Студија о повратном дејству закона“ Глигорија Гершића је настала 1883 године, под јаким утицајем либерално индивидуалистичке филозофије. Будући да је Гершићева студија прва и заправо једна од ретких обухватних студија у овој области права, то иста и завређује нашу посебну пажњу.

Кључне речи: повратно дејство закона, Глигорије Гершић, Ласал, Савињи

Уводне напомене

Повратна снага закона означава такво дејство закона и других општих правних аката, да нова регулација неког друштвеног односа не важи само *pro futuro*, већ важи и *retro agere*, тј. уназад. То значи да ће се иста норма примењивати и у погледу односа који су засновани за време трајања другог, ранијег закона, и под другачијим условима него у новом правном акту. Овакво дејство закона поставља своје адресате у парадоксалан положај, Наиме, важи правило да *ignorantiam iuris non nocet*- тј. да се ниједно лице не може екскулпирати бранећи се да није знало за садржај неке норме. Управо у ту сврху (упознавање адресата са садржином норме) је и установљен *vacatio legis*, из чега проистиче даља обавеза адресата да сазнају садржину норме да би своје понашање ускладили са њом.

Парадокс је у томе да адресати који су приступили закључењу неког посла према условима у претходном закону, нису ни могли знати садржај касније донете норме; још је вероватније да до закључења посла не би ни дошло да су им одмах били познати нови услови. Екскулпација би онда овде била могућа, с тим да би, ипак, адресати били оглашени – прекршиоцима норме!

Само повратно дејство закона и других општих аката јесте нелогично, јер закон не може бити обавезујући пре свог настајања, пошто нико и не зна да исти постоји. Стога као подлога неретроактивности, као пандану повратном дејству, стоје гаранција социјалног поретка, правна сигурност, али и чиста правна свест адресата, изграђена на основу познатих правила.

Расправа о повратном дејству прописа је стара колико и сама правна наука. Зато се њен ток и скоро несметани развој могу веома тешко испратити, имајући у виду величину материјала као и сам значај тематике. Но извесна прекретница, или, боље речено прецизирање је учињено у XVIII веку, кад је тада напредна теорија Бентамовог утилитаризма, проузроковала и посебну теорију поуздања у законе, односно теорију правне сигурности. Као основни постулатузиам се тврдња да „закон не сме да буде у супротности са очекивањима оних којима је намењен“. Правна сигурност у том смислу подразумева извесност, познавање садржаја правних прописа, јер једино су тако адресати на које се односе односе ти прописи, у могућности да делују саобразно наведеним правилима. Та поузданост (садржине) закона се мора схватити и конституисати као принцип; у супротном се изиграва поверење грађана у систем и његове институције.

У XIX веку у правној теорији се јавило мишљење да држава треба да своја дискрециона овлашћења примени управо у случају заштите стечених права појединаца-права која су заснована за време претходног закона, те да у погледу истих не предузима ништа што би сопственике права оштетило. Било какво чињење или непоштовање од стране државних органа ствара двоструку штету, повређују се овлашћена стечена раније и која су се до тог момента несметано уживала у једном облику, али се повређује и поверење грађана у институције система.

Нарастајући политички и економски либерализам, као једна од последица Француске буржоаске револуције 1789. године, једну од својих најзначајнијих потврда је добио у *Декларацији о њравима човека и грађанина* из 1793. године, као и декрету из 1794. Основа наведених аката је била управо енергична забрана примене ретроактивности¹. Иста забрана

¹ Касније је у француско право уведен и *принцип надживљавања старог закона*, што је значило продужено дејство старог закона, иако је нови закон већ ступио на снагу, али само у погледу радњи или чињеница које су егзистенцију започеле за време важења старог закона.

с еодржала и до данас, с тим што су присутне и различите модификације и специјализација овог принципа².

Настала на принципу који налазимо још у првобитним правним изворима, касније преточена у тзв. „*Теодосијеву норму*“³, забрана ретроактивности је на овај начин требала да обезбеди правну сигурност и извесност грађана како у погледу њихових будућих, тако и у погледу прошлих радњи. Наведено је и тема радова првих коментатора француског и аустријског⁴ Законика, где се посебно истиче да је ретроактивност могућа једино у погледу нестечених права, тј.- права која остају у домену правних очекивања јер и нису испуњени услови за конституисање права. Само је у случају интерпретативних закона, због својеврсног садржинског јединства са законом који накнадно тумаче, могућа ретроактивност. *Аустријски грађански законик* (1811) се изричито позива на теорију стечених права, као аргументом за забрану ретроактивности закона⁵. Исто решење је присутно и у *Српском грађанском законнику* (1844) у § 7.

У таквом историјско-правном и идеолошком миљеу је настала и једна веома значајна студија за саму српску правну науку, „*Студија о њоврајном дејствију закона*“, Глигорија Гершића. Сам Гершић је био присталица индивиду-алистичке концепције, која је своје поклонице постепено освајала након 1789. године. Иако на моменте личи да је Гершић прихватао више француску доктрину, то ипак, након пажљивијег читања, постаје видљиво управо његово приклањање ставовима немачке провенијенције. Чак је наклоњеност Ласаловим ставовима, колико год и они сами понекад деловали неутемљени, још очигледнија,.

Ипак, будући да је ово прва⁶ и заправо једна од ретких обухватнијих студија у овој области права, то иста и завређује нашу посебну пажњу.

² Тако, Устав Републике Србије из 2006. године предвиђа да се достигнути ниво права гарантованих припадницима националних мањина не може смањивати.

³ „*Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari nisi nominatim et de praeterito tempore et adhuc pendentes negotius cautum sit*“; слично и у Декрету цара Анастасија : „*.... quum conveniat leges futuris regulas imponere non praeteritis calumnias excitare*“, преузето из : Ferdinand Lassale: „*Das System der Erworbenen Rechte*“, Leipzig, 1921, стр.59.

⁴ Нпр. Пфаф и Хофман тврде да су стечена права „незгодан израз“ за неприкосновена права, права која се не смеју повредити, чак ни од стране законодавца. На изванредан начин ова права су орочена, чак се могу сматрати да су и условљена сталном применом или разматрањем по старом закону.

⁵ У § 5 стоји да „закони не делују уназад; зато не утичу на раније свршена права и и на раније стечена права“, Зборник грађанских законика старе Југославије, *Законодавство и пракса*, Титоград, 1960, стр 47

⁶ У српској правној науци тематиком повратног дејства се бавио Жарко Миладиновић у својој монографији *Iura quesita* из 1926 године, и тек 1984 године, академик Слободан Перовић и монографији, *Ретроактивност закона и дружих ојшћих њравних акаџа*.

Критичка позиција студије

Од повратног дејства закона су се и правна теорија и пракса ограђивале, говорећи да је то „највећи атентат који закон може да учини.... јер тако се потиру и бришу они услови по којима друштво има право да тражи послушност и покоравање индивидуе⁷....“ пошто тада „.... нема ни грађанских слобода ни сигурности; живот ,имање и част сваког грађанина, лишени гаранција, стајали би вечито у процесу....“⁸. Повратна снага одузима закону његов карактер, јер закон који има повратну снагу, строго узев по Гершићу, и није закон. Зашто онда обраћати пажњу на такве законе, ако они *stricto sensu* и не постоје?

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

Основна поставка је и овде забрана повратног дејства прописа. Но Гершић се с правом пита, који је узрок настанка овог начела. Неки теоретичари га виде као нешто што се само по себи разуме и чија суштина и циљ не треба посебно да се објашњавају. Други га своде на моралну компоненту или просто на разлоге целисходности и корисности, као што то чини Савињи. Има и оних крајњих могућности, тј потпуног одрицања од било каквог правног основа овом начелу. По томе, произилази да је забрана ретроактивности добра *per se*, без даљих импликација.

⁷ Преузето из: Глигорије Гершић: „Дипломатско и конзуларно право; Теорија о повратној сили закона“, Едиција класици југословенског права, Службени лист СРЈ, Београд, 1995, стр. 361.

⁸ „На које се време простире нов закон“ - текст по Мурлону, објављен 1869 у „Правни- листу за све гране правне науке“, Штампарија Николе Стефановића, Београд.

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

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

Критички осврт на све до тада познате теорије и констатовање њихових недостатака (посебно на теорије Савињија, Унгера и Виндшајда), Глигорије Гершић је употребио као увод у потрагу за што тачнијом и што потпунијом садржином појма стечених права, сматрајући да је то управо полазиште за што тачније и дефинисање принципа (не)ретроактивности и његовог поља примене. Стога повратно дејство закона сматра повредом човекове слободе и урачуњљивости⁹. Јер, човек се увек и у свакој ситуацији има сматрати „створењем слободним са сопственом вољом“¹⁰. Ниједан субјекат не може да прилагоди своје понашање правилу, које није постојало у време када је предузимао извесну радњу, па стога ни његова слобода одлучивања и поступања не смеју касније бити нападнута или кажњена. Није у питање непознавање садржине права (јер то никога не екскулпира), већ непостојање самог правила, чија се садржина треба сазнати.

Закон, као израз воље и правне свести народа, има највишу снагу, те захтева, по природи ствари, поштовање и покорвање. Она претвара све субјекте у равноправне, јер се односи на све. Али, када закон добије моћ ретроактивности, она постаје онда толика, да чак и законодавац мора да устукне пред њом. Она све мења, руши пред собом успостављајући један потпуно другачији поредак, пун неизвесности и могућих преврата. Стога,

⁹ Ласал спомиње *Zurechnungsfähigkeit*, те и Гершић то прихвата.

¹⁰ Глигорије Гершић, наведено дело стр. 31.

једина могућност за заштиту духа индивидуе и њене слободе је прихватање начела неретроактивности.

Заиста, логично и природно изгледа законодавчева намера да својом вољом преточеном у виду закона потчини све акте који су се до тада десили и успостави правило за неке будуће акте. И како онда поставити као важнија стечена права појединца, насупрот развоја правног система једне државе, насупрот „животног права једног народа“¹¹? Међутим, већ настали факт је добио (какав-такав) правни облик, он носи ознаку закона под чијим режимом је донет. Будући да се у његовој основи већ налази извесно правило, које га је створило, које га одржава, даља промена тог факта јесте управо немогућа, првенствено због постојеће основе.

Критика Савињијевог концепта

Савињи разликује две врсте закона¹². Прва група закона садржи правила о стицању или губитку неког права (*Erwerb der Rechte*), и они не могу имати ретроактивно дејство јер би тиме била повређена стечена права. Чак, успостављен је идентитет између чувања и поштеде стечених права са принципом неретроактивности. Друга група закона, дефинисани као правна очекивања, могу поднети ретроактивност без бојазни да ће бити повређено било које право (*Dasein der Rechte – Sein/ Nichtsein, So- und Anderssein*). У питању су закони јавног поретка; који регулишу политичке, моралне и економске и друге циљеве, битне за опстанак једне државе. Акти које обухвата овако конципирано *ius publicum*, делују непо-средно, одмах по ступању на снагу и добијају повратну снагу. Ретроактивност је овде оправдана јер на овај начин настављају егзистенцију сви правни односи, чак и да их је нови закон укинуо. Очување затеченог правног стања је на овај начин представљено као истовремени захтев и индивидуалних и општих интереса.

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

¹¹Глигорије Гершић, наведено дело, стр. 377.

¹² *Savigny Carl Fridrich von: System des heutigen romischen Recht, Veit und Comp., Berlin, 1840.*

Проблем у примени Савињијеве теорије је настао због недовољно јасне дистинкције између наведене две категорије закона, без давања правне идеје или унутрашње мисли на којој се заснива наведена подела. Јер неки закони се, у одређеним случајевима могу сврстати у законе о стицању права, а неки пут у законе о суштини и начину опстанка права. Сви случајеви којима је Савињи оправдавао своје мишљење су, што је замерио и Фердинанд Ласал (који је своју теорију саградио на поставкама Савињијеве теорије), опширни и непрецизни. Даље, Савињи је остао само на тези очувања одређених субјективних права, без прецизирања шта сама стечена права обухватају. Ипак, значај и вредност Савињијеве теорије је у томе што је први, избегавајући казуистички прилаз, дао смислено решење на пољу сукоба закона у времену. Гершић као највећи напредак Савињијев и допринос науци у овом делу оцењује то што је одбио могућност да установи бројне изузетке од правила забране повратног дејства, као што су то чинили бројни други аутори. Тако је показао и доказао да повратна сила закона у одређеним областима права може бити и правило као и неповратна снага, а значајно је и што је цело питање пренео на терен унутрашње природе оних права на које се нови закони односе.

Критика Ласалове концепције

Сам Гершић је, како је раније напоменуто, био мишљења да је прецизирање појма стеченог права двоструко значајно, јер из тога следи не само које индивидуално право, већ и која област права требају да буду заштићени од повратног дејства. При том се позвао на Ласалово дефинисање овог појма, које сматра најпрецизнијим. Ласал је, према Гершићевом мишљењу, установио је битне принципе:

а) закон који утиче на индивидуу и права која је она стекла вршењем неке индивидуалне радње своје воље не сме бити ретроактиван. При том, вољу дефинише као индивидуално самоодређење сваког правног субјекта, да одлучује слободно и тако производи одговарајуће правне последице. Воља увек постоји, без обзира на то да ли је њен основ правно дозвољен и могућ или је противправна те дејствује ограничавајуће на испољавање воље других лица. Тако, воља је изјављена иако има долусну основу, с тим да из тога следи право на утужење, реституцију или приговор друге врсте, чак и ако лице својом изјавом приступи некој другој већ изјављеној вољи. Са тим у вези је наведен и Хегелов став, да „разлика између мишљења и изјављене воље личи на разлику између теорије и праксе, али овде не постоје две могућности, већ у основи стоји једино вољна, слободна, индивидуална радња, који каснији закон може својом садржином да поништи или учини изопаченом“.¹³

¹³ *Ferdinand Lassale*, наведено дело, стр. 120.

б) закони који се примењују на лица непосредно, тј. који погађа индивидуу само посредством њене вољне акције, могу бити ретроактивни. То значи да нови закон може добити ретроактивно дејство и ако се садржински односи на стечена права, само ако је одржавање тих права или евентуално испуњење уговора условљено вршењем неке радње од стране титулара таквог права, а он је потпуно слободан да одлучи да ли ће тај услов испунити или не.¹⁴

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

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

Критика других значајних писаца о овој тематици

Бронеман, Унгер и Видшајд тврде да треба да постоји изричита написана намера законодавца за установљивање повратног дејства. Ако је нема, онда је још могуће тумачењем закона пронаћи тај смисао и решити шта је у питању. Тако би цело питање повратне снаге постало питање законске интерпретације.

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

Но, како је већ раније поменуто, повратна сила понекад може бити праведна, човечна и нужна и било би опасно да се у уставу нпр. нађе суп-

¹⁴ *A) Kein Gesetz darf ruckwirken, welches ein Individuum nur durch die vermittlung seiner willensaktionen trifft. b) Jedes Gesetz darf ruckwirken, welches das Individuum ohne Dazwischwmschiebung eines solchen freiwilligen Aktes trifft, welches das Individuum also unmittelbar in seinen unwillkurlichen, allgemein- menschlichen oder naturlichen oder von der Gesellschaft ihm ubertragenen Qualitaten trifft, oder es nur dadurch trifft, dass es die gesellschaft selbst in ihren organischen institutionen andert.* F. Lassalle: "Gesammelte Reden und Schriften," Leipzig, 1920, стр. 119- 120.

ротна одредба те да онда тако одузме законодавцу право и могућност да установи и нареди оно што захтевају правда и човечност. Из тог се изводи и правило да се примењује блажи закон за починиоца кривичног дела. Гершић тврди да је сва наука о овом начелу развучена и да се непотребно расплинула. Ово је начело како он тврди само себе формулисало, себи је обележило свој учинак и значење.

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

Сваки нови закон се наине представља и заправо треба да буде бољи од претходног јер укида злоупотребе, поправља претходне грешке. Сасвим је нормално мислити да законодавац својој вољи жели да потчини нове моменте који ће се десити након доношења новог закона, већ и последице прошлих факата али које ће се ереализовати након доношења новог закона. Тако је и Мурлон сматрао да је најправедније и најлогичније, но Гершић тумачи да би онда закони увек морали да имају повратну снагу. Из тога произилази да би се право народа и његов напредак жртвовали пред оним што чини стечена права поједница.

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

Индивидуа може да се позива на неповратну силу и против повратне да протествује само онда где је нека вољна радња нека индивидуална акција која хоће каснијим законом да се изврне и изопачи.

Студија о повратном дејству као израз новог времена

Мисао неповратне силе је у Гершићевој студији заснована на субјективној слободи човековог духа. Закон јесте израз правне свести целог

народа, која се читава у активности законодавног тела. Објављивање закона у том смислу има за циљ: „да испречи руке онима који би некоме хтели да учине нешто по закону за који се не зна¹⁵“, што на неки начин може упућивати и на повратну снагу закона и њено штетно дејство. Детаљним расправљањем своје теорије кроз примере очинске власти, права својине и државине, пунолетства, и развода брака, Гершић је изградио једну од конзистентнијих теорија о повратном дејству свог времена, која је послужила као основ за бројна друга теоријска становишта током 20. века.

¹⁵Богић: Обнародовање закона, *Пороџа*, бр. 12/1880. године

*Dragana Ćorić, LL.M. Assistant
Novi Sad Faculty of Law*

GLIGORIJE GERŠIĆ'S STUDY ON RETROACTIVE POWER OF LAWS

Abstract

There were only few theorists in serbian legal theory who were interested in matter of retroactivity: Žarko Miladinović who published in 1926 a monography „Iura Quaesita“, and Slobodan Perović, who published in 1984 also monography „Retroactive power of laws and other legal acts“. „Study on retroactive power of laws“ was published in 1883, by Gligorije Geršić, and it is considered as first of the kind in his time, and still, as one of the most consistent studies in this area.