

Žaklina Harašić*

Izvorni znanstveni rad

UDK 340.130

DOI: <https://doi.org/10.25234/pv/24920>

Rad primljen: 9. siječnja 2023.

Rad prihvaćen: 23. siječnja 2023.

DOPRINOS UČENJIMA O PRAVNIM IZVORIMA**

Sažetak: *Jedan od ciljeva ovog rada jest ukazati na nastojanja modernih učenja o izvorima prava da se tradicionalni izvori prava – materijalni, etički, formalni i spoznajni svedu na – formalne izvore prava. Tvrdi se da je pojam izvora prava, koji obuhvaća navedene vrste i pojave koje sadrže – preopširan, i da ove pojave imaju zajedničko samo to što iz njih izvire pravne norme. Tu se, smatramo, javlja problem čime onda smatrati pojave iz kojih nesumnjivo nastaje pravo, posebno one koje potpadaju pod materijalne i etičke vrste. Problem se može riješiti tako da se materijalni izvori nazovu pravnim odnosima, a etički izvori pravnim vrijednostima. Osim toga tu postoji i drugi problem što mnogi (formalni) izvori imaju i neke osobine materijalnih i/ili etičkih. Isto tako, ukazali smo na vezu između pravnih izvora i argumenata, podrazumijevajući pod argumentima propise i ono što se uobičajeno smatra argumentima (a. a contrario, a. a simile ad simili, a. a fortiori). Predložili smo moguću listu pravnih izvora, pri čemu je glavni problem što, u sastavljanju iste, nije moguće primijeniti jedan (isti) kriterij.*

Ključne riječi: *izvori prava, materijalni izvori prava, etički izvori prava, formalni izvori prava, spoznajni izvori prava, argumenti*

1. UVOD

Kada pogledamo složenost tematike pravih izvora, ne čudi Samuelova tvrdnja da se centralno filozofsko pitanje „Što je pravo?“ razvilo u debatu o valjanim izvorima prava.¹ Ova debata se svela na spor između prirodnopravnih pravnika i pozitivista. Iako je ovaj spor esencijalno značajka moderne pravne teorije, svoje korijene ima u srednjovjekovnom pojmu *ius positivum* i ranije u *Corpus Iuris Civilis*.²

* Dr. sc. Žaklina Harašić, redovita profesorica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu, Domovinskog rata 8, 21000 Split. E-adresa: zaklina.harasic@pravst.hr. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4395-3114>.

** Rad je pripremljen pod naslovom 'Contribution to Teachings on the Sources of Law', za međunarodnu konferenciju *Jurisprudence in Central and Eastern Europe: Work in Progress 2022*, koja se održala 26. i. 27. rujna 2022. u Varšavi.

1 Geoffrey Samuel, *The Foundations of Legal Reasoning* (MAKLU 1994) 90.

2 *Ibid.*

Prema modernom nauku škole prirodnog prava pravni izvori smješteni su izvan volje imperatora (zakonodavca), odnosno krajnji (osnovni) izvor prava smješten je u moralu, pravdi, ljudskom razumu, ljudskim dobrima, ljudskim ili prirodnim pravima; dok škola pozitivizma vidi pravo kao serije zapovijedi, normi ili pravila koja proizlaze iz volje zakonski postavljenog vladara. Pravna debata o valjanim izvorima prava postaje velikim dijelom debata o aspektima pozitivnog prava.³ Ili obratno rečeno – sa stajališta pozitivizma čitavo pravo temelji se na pravnim izvorima.⁴

Postoji stajalište, da se unatoč velikom broju radova koji su posvećeni pravnim izvorima, posebno u tradiciji civilnog prava, zanemaruje teorijska relevantnost ove teme.⁵ Ovo ne znači da su izvori prava potpuno zanemareni, ali možda su pravni filozofi skloni ovom pitanju pristupiti iz specifičnih perspektiva.⁶

Osim toga, danas je u pravnoj teoriji snažno prisutna tendencija da se izvorima prava zove samo ono što se tradicionalno nazivalo formalnim izvorima prava. Mislimo da se time ne obuhvaćaju i one pojave iz kojih nesumnjivo nastaje pravo (pravne norme), a koje se, tradicionalno, uz formalne izvore prava nazivaju materijalnim, etičkim i spoznajnim izvorima. Nadalje, smatramo da ono što se smatra izvorima – prema modernim shvaćanjima – nije „čisto“, u smislu da ono u nekim slučajevima, ima osobine više vrsta pravnih izvora, dakle i tradicionalnih – posebno materijalnih i etičkih izvora.

2. POJAM I TRADICIONALNE VRSTE PRAVNIH IZVORA

2.1. POJAM PRAVNOG IZVORA

Autori ističu da je pojam „pravni izvor“ dvosmislen.⁷ Neki pak kažu da je i sam pojam „izvor“ metaforičan i da ukazuje na nešto što je zametak prava, iz čega dalje pravo neprekidno proizlazi.⁸ Uglavnom, pojam „pravnih izvora“ upotrebljava se za označavanje vrlo različitih pojava, kojima je zajedničko samo to što iz njih nastaju ili su u njima sadržane pravne norme.⁹ U tom smislu idu definicije koje kažu da su pravni izvori oblici i tijela u kojima i uz čije posredovanje pravo dolazi do svog vanjskog izraza i svoje egzistencije¹⁰ ili pak da su to oni akti i oni fakti od kojih ovisi proizvodnja pravnih normi u pravnom poretku.¹¹ Boukema je postavio jedno, na prvi pogled apsurdno, ali ipak logično pitanje o izvorima prava. Naime, on smatra da kada

3 Samuel (n1) 110.

4 Anderi Marmor, *Interpretation and Legal Theory* (Clarendon Press, 1992) 8

5 Antonio Rotolo, 'Sources of Law in the Civil Law', vol 3 in Enrico Pattaro (ed), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence* (Springer, 2005) 143.

6 *Ibid* 143.

7 Aleksander Peczenik, *On Law and Reason* (Kluwer Academic Publishers, 1989) 318.; Rotola (n 5) 14.

8 Radmila Vasić, Miodrag Jovanović i Goran Dajović, *Uvod u pravo* (Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2014) 75.; Radomir D Lukić, *Uvod u pravo* (prvo prerađeno izdanje dvanaestog izmijenjenog Lukićeva izdanja iz 1995., prerađili Jasminka Hasanbegović i Marko Božić, Službeni glasnik, 2020) 177.

9 Vladimir Pezo (ur.), *Pravni leksikon* (Leksikografski zavod Miroslav Krleža, 2007) 506.

10 Grigorije Geršić, *Enciklopedija prava* (Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2011) 164.

11 Norberto Bobbio, *Teoria generale del diritto* (Giappichelli Editore, 1993) 179.

sudovi donesu odluku, onda je pravo ono što su sudovi u njoj rekli. Autor pita koje su sastojke suci upotrebljavaju da prikažu odluku. Oni npr. upotrebljavaju riječi i papir (empirijski podaci nepravne prirode). Budući da su ovi sastojci nužni za odluku, odnosno pravo sadržano u njoj, pita – jesu li oni izvori prava? Sklonosti i predrasude suca i politička razmatranja te činjenice koje određuju ishod slučaja sastojak su prava – jesu li i oni izvori prava?¹²

U literaturi se kao tradicionalni navode materijalni, etički, formalni, a rjeđe i spoznajni izvori prava.¹³ Neki autori poznaju sva četiri izvora pravnih normi;¹⁴ neki obrađuju materijalne, formalne i etičke izvore;¹⁵ neki poznaju i obrađuju materijalne, formalne i spoznajne izvore;¹⁶ neki pak poznaju materijalne i formalne;¹⁷ dok neki autori upotrebljavaju pojam izvora prava u užem značenju i njima označavaju formalne (sekundarne) izvore prava.¹⁸

2.2. MATERIJALNI IZVORI PRAVNIH NORMI

Izrazom „materijalni izvori prava“ može se označiti društvena činjenica iz koje stvarno nastaje odnosno „izvire“ pravo.¹⁹ Međutim tom izrazu daju se različita značenja. Naime, tu se nekad misli na „uzrok“ koji izaziva pravo ili pak na „društvene činitelje koji stvaraju pravo“.²⁰ Pod prvim se misli npr. na božju volju, prirodu, ljudski razum, nacionalni duh, međuzavisnost ljudi u društvu,²¹ svjetonazor, javno mnijenje, pravni ili moralni osjećaj prema promjenama,²² a pod drugim se misli npr. na državu, društvo, vladajuću klasu, vladajuću stranku, ekonomske moćnike.²³ Ovom drugom stajalištu blisko je i interesno-konfliktno shvaćanje, koje smatra da su materijalni izvori prava oni društveni odnosi koji su važni za opstanak društva i u kojima nastaju snažni međuljudski sukobi i koji se mogu izvanjski kontrolirati te ih je stoga potrebno i moguće usmjeravati organizirano i fizičkom, prvenstveno državnom prisilom.²⁴

12 HJM Boukema: *Judging: Towards a rational judicial process* (W.E.J. Tjeenk Willink, 1980) 22.

13 Mi se za početak rasprave o pravnim izvorima ograničavamo na ove tradicionalne vrste. Ali pravni izvori se mogu promatrati i s drugih aspekata, npr. Thomas Vesting, *Rechtstheorie* (Verlag C. H. Beck, 2015) 91.–115.

14 Duško Vrban, *Država i pravo* (Golden marketing, 2003) 324.–330., 345.–348.

15 Nikola Visković, *Teorija države i prava* (2. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Birotehnika CDO, 2006) 130.–149., 182.–200.

16 Branislav Fábry, Rudolf Kasinec a Martin Turčan, *Teória prava* (Wolters Kluwer, Pravnicka fakulta UK, 2017) 128.–144.

17 Radivoj Stepanov i Gordana Vukadinović, *Teorija prava II* (Futura – Petrovaradin, 2002) 39. i dalje.

18 Bobbio (n 11) 179.–172.; Mikel Benilloche, Anne-Laure Chavrier et Manuel Delamarre, *Leçons d'Introduction au Droit* (Ellipses Edition, 2009) 20.–86.; Vasić, Jovanović i Dajović (n 8) 253.–278; Riccardo Guastini, *Sintaksa prava* (Naklada Breza, 2018) 119. i dalje; Marijan Pavčnik, *Teorija prava: prispjevek k razumevanju prava* (6. izmijenjeno i dopunjeno izdanje) Lexpera GV Založba, 2020) 239.–302. Spomenimo još Geršičevu podjelu izvora prava na zakonodavno, običajno i pravničko pravo (sudsku praksu). S obzirom na to da isti kaže da je to podjela u vezi s formom postanka ili vanjskim pojavama „pravnih propisa“, zaključujemo da i on pod izvorima prava podrazumijeva formalne izvore – Geršić (n 10)164.

19 Lukić (n 8) 176.

20 *Ibid.*

21 Lukić (n 8) 176.

22 To su i uzroci koje navode Fábry, Kasinec a Turčan (n 16) 129.

23 Lukić (n 8) 176.–177.

24 Visković (n 15) 130; Pezo (n 9) 506.

Nemoguće je i inače, a posebno polazeći od interesno-konfliktnog stajališta, popisati sve materijalne izvore pravnih normi, zato što postoji golem broj njihovih vrsta u svakom društvu i zato što su povijesno promjenjivi te odnosi koji su važni, konfliktni i izvanjski kontrolabilni u jednom društvu ne moraju biti u jednakoj mjeri ili uopće važni, konfliktni i izvanjski kontrolabilni u nekom drugom društvu.²⁵ Unatoč nemogućnosti potpunog popisivanja, ipak postoje neki materijalni izvori u svim povijesnim epohama, koji zbog svoje važnosti, konfliktnosti i izvanjske kontrolabilnosti, moraju biti prisilno usmjeravani pravnim normama. Tako se navode biološko-društveni odnosi (a unutar ovih npr. održavanje života, tijela, sloboda kretanja, spolni odnosi i rađanje, smrt i pokapanje), ekonomski odnosi (posjedovanje zemlje, proizvodnja, prisvajanje proizvoda, razmjena dobara, upotreba novca), politički (obavljanje vlasti, stvaranje državne organizacije, sudovanje, vojni zadaci) kulturni odnosi (prihvatanje, diskriminacija, vjerska uvjerenja i vjerski obredi.²⁶ Ti činitelji uvjetuju koji će društveni odnosi i pravila biti od pravne važnosti i kakav će biti sadržaj formalnih pravnih izvora.²⁷

2.3. ETIČKI IZVORI PRAVNIH NORMI

Pravne vrijednosti etički su izvori pravnih normi. Pravne vrijednosti mogu se odrediti kao (vrijednosne) ideje o tome kako bi najbolje trebalo urediti društvene odnose i koje pravne ovlasti i pravne obveze pridati subjektima u tim odnosima.²⁸ Tako raspodjela ovlaštenja i obveza, tj. raspodjela koristi i tereta, u znatnoj mjeri ovisi o sistemu prihvaćenih društvenih vrijednosti.

Izučavanjem pravnih vrijednosti bavi se pravna aksiologija. Aksiološki pristup pravu pak zagovaraju integralne teorije prava. Međutim, to ne znači da one svode pravo samo na sustav vrijednosti, kao što su to uglavnom činile prirodno-pravne teorije, već ga promatraju još i kao sustav pravnih normi (što opet prenaplašava dogmatsko-normativistički pozitivizam) i kao sustav društvenih odnosa (što zagovaraju sociološke teorije prava).²⁹

Postoje razne klasifikacije pravnih vrijednosti.³⁰ Mi razlikujemo specifične i nespecifične pravne vrijednosti.³¹

Prva kategorija pravnih vrijednosti jesu specifične pravne vrijednosti, u koje ubrajamo pravednost, pravnu sigurnost, zakonitost, mir, red.³² Za sve te vrijednosti vrijedi da su to vrijed-

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Ove četiri kategorije materijalnih izvora prava poznaju npr. Visković (n 15) 131.; Pezo (n 9) 506.; Vrban (n 14) 346.

²⁷ Vrban (n 14) 346.

²⁸ Visković (n 15) 133.; Pezo (n 9) 507.

²⁹ Od ovakvog shvaćanja prava proizlazi Viskovićeva integralna teorija prava, koju je postavio u knjizi *Pojam prava* i prema kojoj pravo obuhvaća pravne vrijednosti, pravne norme i društvene odnose – Nikola Visković, *Pojam prava: Prilog integralnoj teoriji prava* (Pravni fakultet u Splitu, 1976). Međutim, postoje i druge varijante integralnih teorija, o čemu vidi Milijan Popović, 'Model integralne teorije prava' (2003) 37 (1–2) Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu 19.–42.

³⁰ Miličić vrijednosti naziva vrijednosnim načelima i među onima u pravu razlikuje nedogmatska i dogmatska, a među nedogmatskim razlikuje osnovna i opća, a među dogmatskim su opća i posebna – Vjekoslav Miličić, *Opća teorija prava i države* (Vlastita naklada, 2008) 64.

³¹ Ovu podjelu uveo je Visković (n 29) 127.

³² Usp. Visković (n 15) 138. i dalje; Pezo (n 7) 507; Vasić, Jovanović i Dajović (n 8) 177.; Pavčnik (n 18) 518.

nosti koje su najkarakterističnije za pravo,³³ iako djeluju i u običajnom i moralnom poretku.³⁴ Možemo ih odrediti kao stavove „trebanja“ koje nalazimo isključivo u pravnom poretku i koji kažu kako treba prinudno urediti prednormativne pravne odnose, tj. kako treba uspostaviti političku vlast i raspodijeliti društvenu moć i dobra u interesno-konfliktnim odnosima koje nazivamo pravnim odnosima.³⁵

U nespecifične pravne vrijednosti ubrajamo vrijednost života i zdravlja, tjelesne nepovredivosti, ljudskog dostojanstva, istine, znanja, rada, obitelji, blagostanja, poštenja. Ove vrijednosti obuhvaćaju sadržaje koji ulaze u moralni i običajni poredak,³⁶ a pod njima razumijevamo stavove pripadnika različitih društvenih skupina o tome što je „dobro“ ili kakvi „trebaju“ biti društveni odnosi koji su disciplinirani u pravnom poretku.³⁷

Nespecifični vrijednosni stavovi primarni su aksiološki sadržaj svakog pravnog poretka jer i specifične pravne vrijednosti i prisila postoje isključivo da bi ostvarili nespecifične vrijednosti, tj. da bi bili sredstva opravdavanja i provođenje određenih načina prinudne raspodjele dobara – slobode, pravednosti, vlasništva itd. u konfliktnim društvenim odnosima i to tako što potvrđuju interese i odgovarajuće nespecifične vrijednosti jednih subjekata i istodobno osporavaju interese i odgovarajuće vrijednosti drugih subjekata.³⁸

S druge pak strane, postoji povezanost između pravnih i moralnih vrijednosti, pa ni nespecifične vrijednosti ne nalaze sredstvo svog opravdavanja samo u specifičnim pravnim vrijednostima mira, pravednosti, sigurnosti itd. nego u specifičnim moralnim vrijednostima dobrote, poštenja, požrtvovanja, odnosno u specifičnim običajnim vrijednostima pristojnosti, otmjenosti itd.³⁹

I autori koji ne poznaju etičke izvore pravnih normi bave se vrijednostima, npr. Pavčnik koji ističe da je i samo pravo vrijednosni pojam, i stoga kaže da „pravo bez vrijednosti nema vrijednosti“.⁴⁰ I neki autori koji se bave pravednošću kažu da je to najviša vrijednost u pravu, iz čega zaključujemo da postoje i ostale vrijednosti.⁴¹

2.4. FORMALNI IZVORI PRAVNIH NORMI

Dakle, i formalni izvori su vrsta izvora pravnih izvora.⁴²

33 Visković (n 15) 133.; Pezo (n 9) 507.

34 Visković (n 15) 133.

35 Pezo (n 9) 507.

36 Visković (n 15) 133; Pezo (n 9). 507.; Pavčnik (n 18) 518.

37 Pezo (n 9) 507.

38 Visković (n 29) 126; Pezo (n 9) 507.

39 *Ibid.*

40 Pavčnik (n 18) 516.

41 Fábry, Kasinec a Turčan (n 16)124.

42 Formalne izvore pravnih normi zbog sistematike navodimo prije spoznajnih izvora, budući da su ovi posljednji u službi formalnih izvora.

2.5. SPOZNAJNI IZVORI PRAVNIH NORMI

Spoznajni izvori prava (*fontes iuris cognoscendi*) pojave su koje nam omogućuju spoznaju ili znanje o pravu.⁴³ Odnosno, oni su u službi formalnih pravnih izvora jer omogućuju njihovu spoznaju.⁴⁴ Središnji spoznajni izvor službeno je glasilo u kojem se u nekoj zemlji objavljuju zakonski i drugi pravni tekstovi, zatim zbirke propisa, komentari zakona sustavna djela, priručnici, monografije, zbirke sudskih odluka i drugo.⁴⁵ Geršić tu dodaje i svjedodžbe, dokumente i isprave.⁴⁶

Dok su navedeni spoznajni izvori prava uglavnom tradicionalni, navode se i moderni izvori – dokumentarni film, popularna glazba, mobilne aplikacije, internetski portali, *online* publikacije.⁴⁷

3. FORMALNI IZVORI PRAVNIH NORMI I NEKA OTVORENA PITANJA

3.1. NAZIV

Naime, prema modernim stajalištima, izvorima prava smatraju se samo formalni izvori, i to tako da se oni nekad nazivaju izvorima prava, bez onog „formalni“, a nekad se još uvijek spominje pridjev „formalni“.⁴⁸ Ovo nije samo terminološko pitanje, nego i pitanje što sve spada u sadržaj pojma. Dakle, je li se time široki i višeslojni pojam izvora prava suzio s obzirom na svoj obuhvat?

3.2. KRITERIJ PODJELE PRAVNIH IZVORA – OPĆI I INDIVIDUALNI PRAVNI AKTI

Da bismo prikazali dio problematike formalnih pravnih izvora krenut ćemo od podjele pravnih akata, i to na opće i individualne.⁴⁹ Dovoljno je reći da su opći pravni akti upućeni adresatima koji nisu određeni imenom i prezimenom, dok su individualni pravni akti upućeni adresatima određenim imenom i prezimenom. Prema tome kriteriju postoje dva generalna stajališta u pogledu formalnih izvori prava. Prema jednom stajalištu formalni izvori prava prije

43 Vrbani (n 14) 346.; Geršić (n 10) 164.; Fábry, Kasinec a Turčan (n16) 130.

44 Pavčnik (n 18) 236.

45 Vrbani (n 14) 346.

46 Geršić (n 10) 164.

47 Fábry, Kasinec a Turčan (n 16) 133.

48 Vidi bilj. 18.

49 I Stepanov i Vukadinović kažu da bi se razriješio problem izvora prava da treba poći od podjele pravnih akata na opće i pojedinačne – Stepanov i Vukadinović (n 17) 43.

svega su „opći pravni akti“.⁵⁰ Mislimo da je najispravnije reći: ustav, zakon i podzakonski akti.⁵¹ Može se reći da su to obvezni i unaprijed određeni oblici kojima se stvaraju opća i apstraktna pravna pravila,⁵² odnosno to su vidovi oblikovanja pravnih normi.⁵³ U pravnoj teoriji nesporno je da su opći pravni akti izvori pravnih normi, pa je nepotrebno ulaziti u raspravu o tome.

Prema drugom generalnom stajalištu iz viših općih pravnih akata izviru ne samo svi niži opći pravni akti, nego i svi „individualni pravni akti“ (presude, rješenja i pravni poslovi).⁵⁴ Lukić, koji pod izvorima prava smatra formalne izvore prava, kaže da se izraz „izvor“ u sintagmi „izvor prava“ upotrebljava metaforički da prikaže kako iz općeg akta, odnosno opće norme koju on sadrži, proizlaze, neprekidno „izviru“ pojedinačne norme.⁵⁵ Kaže se da individualne norme pravno vrijede samo ako potječu iz općih pravnih normi, i obrnuto, pravno pravilo najčešće traži da se individualizira u realnoj primjeni.⁵⁶ Inače, suvremena pravna dogmatika često je sklona biti skeptična prema, kako se kaže, privatnoj autonomiji kao izvoru prava.⁵⁷

3.2.1. POSEBNO O SUDSKOJ PRAKSI I PRECEDENTU

Navedena dva generalna stajališta najbolje je prikazati na primjeru presuda vrhovnih (viših) sudova, koje shvaćamo kao sudsku praksu u „europsko-kontinentalnom“ i precedente u „anglo-američkom“ pravnom sistemu. Možemo reći da je uloga presude u ova dva sistema jedan od ključnih aspekata njihove podjele.⁵⁸

Naime, u europsko-kontinentalnom pravnom sistemu niži sudovi pozivaju se na odluke viših sudova, koje čine sudsku praksu, ali ne zato što su dužni poštovati te odluke, već zbog kvalitete njihovih stajališta.⁵⁹ U anglo-američkom pravnom području niži sudovi pozivaju se na odluke vrhovnih sudova, ali ne zbog vrsnoće u njima izraženih stajališta, već zato što ove odluke – precedenti – imaju značenje formalnih izvora prava i kaže se da njihovo poštovanje znači ostvarenje načela zakonitosti.⁶⁰ Dakle, u anglo-američkom sistemu usvojena je doktrina „stare decisis“ prema kojoj su suci obvezni poštovati precedent ustanovljen prijašnjim odlukama.⁶¹ Ova doktrina nije uobičajena u europsko-kontinentalnom sistemu jer krši načelo da samo zakonodavac može stvarati pravo.⁶² Međutim, mijenja se značenje termina „precedent“.

50 Stepanov i Vukadinović (n 17) 43., Vrban (n 14) 348.; Visković (n 15) 182.; Vasić, Jovanović i Dajović (n 8) 253.; Fábry, Kasinec a Turčan (n 16) 133.; Lukić (n 8) 176.

51 Podzakonski akti opći su akti slabije snage od ustava i zakona, a njihove vrste različite su od jednog do drugog nacionalnog prava. Važniji su: uredbе, pravilnici, naputci, upute, instrukcije, naredbe, odluke (Usp. Visković (n 15) 189.; Lukić (n 8) 179.

52 Vrban (n 14) 345.

53 Vasić, Jovanović i Dajović (n 8) 253.

54 Visković (n 15) 182.; Pezo (n 9) 507.

55 Lukić (n 8) 177.

56 Vasić, Jovanović i Dajović (n 8) 253.

57 Rotolo (n 5) 170.

58 Vidi npr. Rotolo (n 5) 153.–154.; Vasić, Jovanović i Dajović (n 8) 255.–258.

59 Žaklina Harašić, 'Autoritet i sud' (2015) 52 (2) Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 415.

60 *Ibid.*

61 <http://en.wikipedia.org/wiki/Precedent> pristupljeno 15. lipnja 2022.

62 <http://en.wikipedia.org/wiki/Precedent> pristupljeno 15. lipnja 2022.

Naime, isti termin sve se više upotrebljava i u sistemima kontinentalno-europskog prava.⁶³ Kako smo naveli, kaže se da pozivanje na precedente znači ostvarenje načela zakonitosti. Međutim, u anglo-američkom sistemu suci se ne pozivaju na zakon, već na precedente (iako je i precedent zbog obveznosti njegova poštovanja od strane nižeg suda formalni izvor prava). Postoji razlika između pozivanja na zakon i pozivanja na precedente, pa makar ovo posljednje i imalo učinak ostvarenja načela zakonitosti. Da bismo istim terminom obuhvatili i odluke u anglo-američkom sistemu i europsko-kontinentalnom sistemu, kazat ćemo da odluke vrhovnih sudova funkcioniraju kao model za kasniju odluku,⁶⁴ samo što su u jednom slučaju formalno obvezujući, odnosno obvezuju *de iure* (u slučaju precedentata), a u drugom slučaju nisu strogo obvezujući, odnosno obvezujući su *de facto* (u slučaju sudske prakse).⁶⁵ Na tom tragu je i mišljenje da institut ustaljene sudske prakse predstavlja jedan od pojava oblika precedentnog učinka sudskih odluka.⁶⁶ U literaturi koja razlikuje precedente (u izvornom značenju koje imaju u anglo-američkom sistemu) i sudsku praksu (u izvornom značenju koje ima u europsko-kontinentalnom pravnom sistemu) mnogo je više pozornosti posvećeno precedentima nego sudskoj praksi, iako je kontinentalno-europski sistem rasprostranjeniji.⁶⁷

Kako smo vidjeli, dok precedenti jesu izvor prava, smatra se da sudske presude mogu biti izvor prava i u europsko-kontinentalnom pravnom sistemu, i to u slučaju pravnih praznina.⁶⁸ Naime, ako je sudskom presudom riješen neki slučaj koji nije predviđen u postojećem pravu, onda je ta presuda za taj slučaj zaista izvor prava. Tu je odlučno to što je presuda takav pojedinačni akt koji nije proizišao iz općeg pravnog akta, nego je stvorena samostalno, i zato ona nije ipak izvor u pravom smislu (jer nije opći akt koji je jedini izvor prava u pravom smislu).⁶⁹

Naravno, odnos između sudske prakse i precedentata značajna je, ali nije jedina razlika između europsko-kontinentalnog i anglo-američkog prava. Ovdje ne možemo ući u širu raspravu o odnosu između tih dvaju sustava. Često se čuje kako se u tradiciji kontinentalnog prava zakon promatra kao u osnovi kodificirani i zakonski sustav pravila te su izvori prava uglavnom pisani.⁷⁰ Ideja je da je zakonodavstvo paradigma izvora prava u modernoj kontinentalnoj dok-

63 U prilog toj tvrdnji da je „precedent“ termin za presude najviših sudova u sistemima europsko-kontinentalnog prava navodimo da se termin „precedent“ („Prajudiz“) upotrebljava za presude vrhovnih sudova u Njemačkoj – Peter Raisch, *Vom Nutzen der berkommenen Auslegungkanones fr die praktische Rechtsanwendung* (Müller Juristischer Verlag, 1988) 84. te za odluke Vrhovnog suda Nizozemske – OA Hazen, ‘Precedents in the Netherlands’, (2007) 11 (1) *Electronic Journal of Comparative Law*, <www.ejcl.org/111/art111-12.pdf> pristupljeno 1. srpnja 2022. O značenju precedentata u sistemima europskokontinentalnog prava upućujemo i na komparativnu studiju D. Neil MacCormick and Robert S Summers (eds), *Interpreting Precedents* (Ashgate, 1997).

64 D Neil MacCormick and Robert S Summers, ‘Introduction’ in D Neil MacCormick and Robert S. Summers (eds), *Interpreting Precedents* (Ashgate, 1997) 1.

65 I u nekim zemljama koje pripadaju europsko-kontinentalnom pravnom području ima slučajeva u kojima su precedenti obvezujući *de iure*. Vidi Aleksandar Peczenik, ‘The Binding Force of Precedent’, in Neil D. MacCormick and Robert S Summers (eds), *Interpreting Precedents* (Ashgate, 1997) 461. S druge strane, u anglo-američkom pravnom sistemu, s obzirom na snagu obveznosti (u SAD-u s obzirom na odnose sudova u federalnom uređenju), pojam precedentata nije jedinstven. Tako razlikujemo vertikalne, horizontalne, obvezujuće i uvjeravajuće precedente, <http://en.wikipedia.org/wiki/precedent> pristupljeno 15. lipnja 2022.

66 Tilen Štajnpihler, *Precedenčni učinek sodnih odločb pri pravnem utemeljevanju* (GV založba, 2012) 19.

67 Europsko-kontinentalno pravo (*civil law*) danas je dominantna pravna tradicija u većem dijelu Europe, u Srednjoj i Južnoj Americi, dijelovima Azije i Afrike, i nekim područjima anglo-američkog prava svijeta (*common law*), npr. Louisiana, Quebec, Puerto Rico, [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/CivilLaw.pdf/\\$file/CivilLaw](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/CivilLaw.pdf/$file/CivilLaw) pristupljeno 15. lipnja 2022.

68 Pezo (n 9) 507.

69 Vidimo da se Lukić zapravo vraća na stajalište da su izvor prava opći pravni akti – Lukić (n 8) 178.

70 Rotolo (n 5) 153.–154.

trini. Ali zakonodavstvo ima sve važniju ulogu u sustavima anglo-američkog prava. Tako npr. sudovi u anglo-američkom pravu često moraju koristiti i tumačiti precedente također u svjetlu zakonodavstva.⁷¹

3.3. „PREKLAPANJE“

Osim toga, mnogi izvori koje bismo stavili u jednu od tri tradicionalne kategorije – materijalni, etički ili formalni pravni izvori⁷² – u nekim aspektima se „preklapaju“, tako da npr. ono što smatramo formalnim izvorima ima osobine materijalnih i/ili etičkih izvora.

Pokazat ćemo to na nekim primjerima. Tako kod „ustava“ razlikujemo ustav u materijalnom (širem) smislu i ustav u formalnom smislu. Svako političko društvo ima ustav u materijalnom smislu, a sastoji se od pravila vlasništva, proizvodnih odnosa, političkih i statusnih pravila stanovnika, te sastava i djelovanja najviših državnih tijela.⁷³ Ako pogledamo izvore koje smo nazvali materijalnim, vidimo da se oni, a posebno ekonomski aspekt odnosa – posjedovanje zemlje, proizvodnja, prisvajanje proizvoda, razmjena dobara, upotreba novca i politički aspekt – obavljanje vlasti, stvaranje državne organizacije, sudovanje, vojni zadaci – u velikom dijelu preklapaju sa sadržajem materijalnog ustava, a ustav se smatra formalnim izvorom. Ovo potkrepljuje našu tvrdnju da neki formalni izvori imaju i svoj materijalni aspekt. Ili uzmi-mo „običajno pravo“. Ono prema mnogim autorima ima, uz subjektivni i materijalni element. Tako Geršić navodi da postoji tzv. materijalističko shvaćanje prema kojem je uzrok nastanka običajnog prava u duljem razdoblju nastaloj ujednačenoj radnji i njezinu obavljanju, dakle u samom vanjskom običaju.⁷⁴ Nadalje, tu je odnos između „općih pravnih načela i vrijednosti“. Djelomično se preklapaju opća pravna načela, koja se smatraju formalnim izvorima i vrijednosti, koje se smatraju etičkim (vrijednosnim) izvorima. Čak se i koristi termin „vrijednosna načela“ i kaže se da opća načela prava izražavaju temeljne vrijednosti s kojima moraju biti u skladu i prema kojima se moraju tumačiti sve ostale pravne norme.⁷⁵ Nadalje, prema nekim autorima i „međunarodno pravo“ i „pravo Europske unije“ izvori su pravnih normi. Ova prava su pak specifična, budući da i sama imaju svoje izvore, od kojih su zajednički ugovori, opća načela prava i sudska praksa.⁷⁶ I „moral“ se može promatrati i kao materijalni i kao formalni izvor prava.⁷⁷ Moral služi kao formalni izvor prava onda kada pravna pravila ili načela izričito upućuju na moralne kriterije ili vrednovanja, kada je donositelj pravne odluke dužan uzeti u obzir i mo-

71 *Ibid.*

72 Ovdje zanemarujemo spoznajne izvore jer su oni zapravo u službi formalnih izvora.

73 Sve pravne izvore uzimamo u uobičajenom značenju. Ovdje dajemo Viskovićevo određenje ustava u materijalnom smislu – Visković (n 15) 184.; Isti je moguće i drugačije formulirati, ali da smisao ostane isti, npr. vidi Vasić, Jovanović i Dajović (n 8) 268.

74 Geršić (n 10) 168.

75 Vidi Visković (n 15) 252.; Miličić (n 30) 64.

76 Što se tiče ugovora u međunarodnom pravu, to su međunarodni ugovori, a u europskom pravu to je tzv. primarno pravo. Pod sudskom praksom misli se prije svega na praksu Suda europske unije i Europskog suda za ljudska prava. Za ta iznadnacionalna prava usp. Vrban (n 14) 349., 351., 356.; Aulis Aarnio, *Essays on the Doctrinal Study of Law* (Springer, 2011) 150.; Tamara Čapeta i Siniša Rodin, *Osnove prava Europske unije* (2. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, 2011) 10.; Vladimir Đuro Degan, *Međunarodno pravo* (Školska knjiga, 2011) 66. i dalje.

77 Vrban (n 14) 349.

ralne zahtjeve, npr. kod načela savjesnosti i poštenja.⁷⁸ Dakle, ako pođemo od stajališta da se i moral može promatrati i kao materijalni izvor prava, onda ga možemo staviti u opreku prema „općim pravnim načelima“ kao vrsti pravnih normi, odnosno formalnim izvorima prava. U tome smislu je stajalište Summersa i Taruffa koji smatraju da se u većini pravnih sistema mogu pronaći pravna načela koja se razlikuju u nekoliko vidova, pa su među ostalim to i materijalne moralne norme na koje se pozivaju suci, inače ili pri tumačenju propisa, npr. načelo da nijedna osoba ne može imati korist od vlastite pogreške.⁷⁹ Tu je i odnos između „običaja, morala i vrijednosti“. Što se tiče vrijednosti, krenuli smo od razlikovanja specifičnih i nespecifičnih pravnih vrijednosti.⁸⁰ Za specifične pravne vrijednosti (pravednost, pravna sigurnost, zakonitost, mir, red) vrijedi da su to vrijednosti koje su najkarakterističnije za pravo, iako djeluju i u običajnom i moralnom poretku.⁸¹ Nespecifične pravne vrijednosti (života i zdravlja, tjelesne nepovredivosti, ljudskog dostojanstva, istine, znanja, rada, obitelji, blagostanja, poštenja) obuhvaćaju sadržaje koji ulaze u moralni i običajni poredak.⁸²

4. IZVORI PRAVA I ARGUMENTACIJA

Iako je tema o odnosu između izvora prava i argumentacije vrlo opširna, mi je ovdje obrađujemo u mjeri koja je u funkciji našeg rada o sadržaju (formalnih) izvora prava. Prema Aarniju doktrina izvora prava temeljni je kamen argumentacije. Ona povlači granicu između onoga što je legalno i onoga što nije. Može se reći da na neki način izvori prava lociraju granicu prava.⁸³ Argumenti se nazivaju izvorima prava jer pojedinačni argumenti na koje se upućuje u pravnom obrazloženju čine zaključak valjanim kao pravno stajalište.⁸⁴

Doktrina izvora prava može se shvatiti u užem i širem smislu. U prvom slučaju ona se bavi samo autoritativnim argumentima koji se koriste u pravnom opravdanju,⁸⁵ a u najširem smislu pak doktrina izvora prava uključuje i propise kao izvore prava.⁸⁶ I mi zastupamo doktrinu izvora prava u najširem smislu, s time da propise smatramo obveznim argumentima, a argumente poput argumenta po suprotnosti (*a. contrario*), argumenta tim prije (*a. fortiori*), argumenta sličnosti (*a. a simili ad simile*) itd. – dopunskim argumentima.⁸⁷ Važno je da su argumenti (ra-

78 *Ibid.*

79 Robert S Summers and Michele Taruffo, 'Interpretation and Comparative Analysis', in Neil D MacCormick and Robert S Summers (eds), *Interpreting Statutes* (Ashgate, 1991) 468.

80 Usp. Visković (n 15) 138. i dalje; Pezo (n 9) 507.; Vasić, Jovanović i Dajović (n 8) 177.; Pavčnik (n 18) 518.

81 Visković (n 15) 133.

82 Visković (n 15) 133.; Pezo (n 9) 507.; Pavčnik (n 18) 518.

83 Aarnio (n 76) 147.

84 *Ibid.*

85 Aarnio (n 76) 148.

86 *Ibid.* 149.

87 Ovo su argumenti s utjecajnog Tarellova popisa. Vidi Giovanni Tarello, 'Argumentacija tumačenja i sheme obrazlaganja u pridavanju značenja normativnim tekstovima' (1990) *Zbornik za teoriju prava* IV (prijevod Nikole Viskovića i Snježane Šućin dijela Tarellove knjige *L'interpretazione della legge* Giuffrè 1980), 242.–251.

zlozi) na kojima odluka temelji navedeni – tada je odluka obrazložena, a ako je obrazložena, ona je racionalna.⁸⁸

Pokazat ćemo dva primjera u kojima su izvori prava ujedno i argumenti. Prvi izvor prava je namjera zakonodavca, a drugi su opća pravna načela.

4.1. POSEBNO O NAMJERI ZAKONODAVCA

U hrvatskoj pravnoj teoriji pa i šire, pod nazivom „namjere zakonodavca“ rijetko nalazimo i izvor prava i argument. Naravno da pojam namjere zakonodavca postoji. Držimo da je to argument i to ciljni argument u njegovoj subjektivnoj varijanti. Ciljni argument pak kaže da je najbolje značenje pravne norme jono koje izražava cilj norme. Priklanjamo se autorima koji razlikuju subjektivni i objektivni ciljni argument: subjektivni argument kaže da je cilj norme onaj koji je zakonodavac htio postići pri donošenju norme, a objektivni argument kaže da je cilj norme onaj koji se nastoji postići u vrijeme interpretacije norme.⁸⁹ Ciljni argument (ciljno tumačenje) s obzirom na volju tvorca norme i pitanje čemu propis služi naziva se i funkcionalnim tumačenjem, s time da se subjektivno funkcionalno tumačenje naziva povijesnim tumačenjem, a objektivno funkcionalno tumačenje ciljnim tumačenjem.⁹⁰ Prednost se daje objektivnom argumentu, i to onda ako su ciljevi postavljeni od normotvorca više ili manje zastarjeli. Međutim, koristi se i subjektivni argument ako ciljevi normotvorca još odgovaraju prevladavajućim ciljevima društva u trenutku primjene pravnih normi.⁹¹ Vidimo da postoji odnos između ciljnog subjektivnog argumenta i povijesnog argumenta (tumačenja) tako da se povijesni argument svojim sadržajem približava onome koje se provodi prema cilju (svrsi) zakona.⁹²

Subjektivna ciljna argumentacija suočava se s problemom identificiranja subjekta namjere, posebno kada je riječ o kolektivnom tijelu poput parlamenta. Često je teško ustanoviti tko je subjekt „volje zakonodavca“ i što je točno „volja zakonodavca“. Što je subjektivna namjera parlamenta, možemo sumarno objasniti ovako. Parlament je sastavljen od velikog broja članova od kojih svaki ima svoje motivacije i namjere. Parlament nema jednu namjeru. Namjera parlamenta je produkt pregovaranja između različitih članova i finalnog sporazuma kojeg oni postignu. To je zajednička namjera koja je postignuta oko donošenja zakona.⁹³ Harris pak ističe da upotreba termina „legislativna namjera“ može značiti tri stvari: prvo, ona može označavati, pod pretpostavkom da je zakonski jezik jasan, autoritativan izvor prava koji je superioran sudačkom stvaranju prava; drugo, može označavati pretpostavka da se bilo koji zakon treba čitati kao koherentna i dosljedna cjelina, kao da je proizvod jednog, racionalnog uma; treće,

88 Žaklina Harašić, '(Ne)racionalnost u sudskim odlukama' (2012) 28 (2) Pravni vjesnik, 7.

89 Peczenik (n 7) 405.; Stepanov i Vukadinović (n 17) 88.; Vrban (n 14) 472.–473.; Visković (n 15) 250.

90 Vasić, Jovanović i Dajović (n 88) 349.–353.

91 Stepanov i Vukadinović (n 7) 89.; Visković (n 15) 250.

92 Vrban (n 14) 473.

93 Aharon Barak, *Purposive Interpretation in Law* (Princeton University Press, 2005)133.

može značiti da je dopuštena biografska informacija o tome što onaj, koji je involviran u zakonodavni proces, zapravo ima na umu kontrolnu ulogu u tumačenju zakona.⁹⁴

Napomenimo da kad je riječ o volji, škola egzegeze u prvoj polovini 19. st., kojom počnju moderne teorije o tumačenju, polazila od toga da je pravo izraz volje normotvorca i da je potpuno inkorporirano u tekst zakona. Bilo je dovoljno istražiti što je normotvorac mislio, konzultirajući pripremne radove (*travaux préparatoires*) kodeksa. Tako su se značenje zakona i namjera zakonodavca općenito podudarali.⁹⁵

4.2. POSEBNO O OPĆIM NAČELIMA PRAVA

I opća načela prava su i pravni izvor i argument i to pod tim imenom. Osim toga opća načela prava su toliko brojna – prema našem mišljenju – najširi argument. Ona su zastupljena u nacionalnim i iznadnacionalnim pravnim poretcima. Od općih načela prava primjenjivih u nacionalnim pravnim poretcima i međunarodnim odnosima spomenimo, primjerice: zabranu zloporabe prava, zabranu neopravdanog bogaćenja, izvršenje obećanja, načelo pravednosti i pravičnosti (*equitas*), obvezu naknade štete (neposredne i posredne – *damnum emergens* i *lucrum cessans*), višu silu, krajnju nuždu, dobru vjeru (*bona fides*), načelo da cesionar ne može imati veća prava od cedenta (*nemo plus iuris ad alium transfere potest quam ipse habet*), više načela sudskog postupka – pravo na izuzeće sudaca, jednakost stranaka, saslušanje svih strana (*audiatur et altera pars*), načelo presuđene stvari (*res iudicata*).⁹⁶

Opća načela prava izražavaju temeljne vrijednosti s kojima moraju biti u skladu i prema kojima se moraju tumačiti sve ostale pravne norme. Zato se koristi i termin „vrijednosna načela“.⁹⁷ Razlikuju se dva osnovna tipa pravnih vrijednosti: one koje su specifične za pravo – pravednost, mir, zakonitost, pravna sigurnost, potpunost i koherentnost sustava pravnih normi te one koje nisu specifične za pravo, u odnosu na koje su ove prve instrumentalne – život, zdravlje, sloboda, osobna sigurnost, obitelj, istina, rad, imovina, obrazovanje, promet dobara, privatnost itd.

Velik broj općih načela danas više nije samo izraz pravne znanosti i pravne prakse, nego je i normiran, tj. ušao je u pravne norme kao njihov sadržaj. U tome smislu i Van Hoecke ističe jednu kategoriju načela koja je izričito postavljena u zakonicima od kojih neka imaju dugu doktrinarnu tradiciju i izražene su u maksimama, često na latinskom. Jedno takvo načelo koje je postavljeno u zakonskoj odredbi, a poznaje ga većina pravnih sistema, jest *in dubio pro reo*. Neka od njih se temelje na praktičnom iskustvu, i predstavljaju vodiče u interpretaciji i primjeni prava, kao npr. *mater semper certa est* ili *interpretatio cessat in claris*.⁹⁸

94 James W Harris, *Legal Philosophies* (2. izdanje, OUP, 2004) 163. O namjeri zakonodavca u anglo-američkim teorijama vidi William N Eskridge, Philip P Frickey and Elizabeth Garrett, *Legislation and Statutory Interpretation* (Foundation Press, 2000) 213. i dalje.

95 Michael Troper, Christophe Grzegorzcyk and Jeane-Louis Gardies, 'Interpretation in France' in Neil. D. McCormick (eds), *Interpreting Statutes* (Aldershot, 1991) 190.

96 O raznim vrstama općih načela prava vidi kod Degana – Degan (n 76) 66. i dalje.

97 Visković (n 15) 252.; Miličić (n 30) 64. I Van Hoecke kaže da načela izražavaju vrijednosti koje su temeljne za pravni sistem ili njegove dijelove – Mark Van Hoecke, *Law as Communication* (Hart Publishing, 2002) 160.

98 Van Hoecke (n 87) 161.

Isti autor nalazi da od druge polovice 20. stoljeća kontinentalno-europski sudovi primjenjuju i nepisana pravna načela koja koriste za popunjavanje praznina u pravu ili za ispravljanje zakonskog prava, prihvaćajući ih kao izvor prava. To su opća pravna načela (*general principles of law*).⁹⁹ Van Hoecke razlikuje dva tipa nepisanih pravnih načela koja upotrebljavaju sudovi. S jedne strane su ona koja bi se mogla nazvati „implicitna“ ili „strukturna“, a izvedena su, ili se barem zahtijeva da budu izvedena, iz pisanog prava. Tako npr. načelo „dobre vjere“, načelo *pacta sunt servanda*, zabrana ekonomske diskriminacije i načelo ekonomske slobode.¹⁰⁰ Njihovo prihvaćanje je nužno ili barem poželjno za (optimalnu) koherentnost pravnog sistema. Ova načela su implicitno prisutna u pravnom sistemu, čak i kad ih zakonodavac nije svjestan.¹⁰¹ S druge strane ona su načela koja bi se mogla nazvati „čista ideološka“ načela i nisu izvedena iz aktualnog pravnog sistema. Odnose se na tekuća dominantna vjerovanja u društvu kao što su moral, politika i druge nepravne ideologije. Ona predstavljaju primjenu nepravničkih vrijednosti ili normi od strane sudova. Među njih spadaju npr. načelo zabrane napuštanja prava ili pravna sigurnost.¹⁰²

5. ZAKLJUČAK

Jedan od ciljeva ovog rada jest utvrditi prikladnost modernih stajališta o izvorima prava, prema kojima se izvori prava svode na ono što se tradicionalno smatralo formalnim izvorima prava. Pitanje nije samo terminološko, nego o njemu ovisi i sadržaj i opseg pojma. Ostali su tradicionalni izvori prava materijalni, etički, i spoznajni izvori (na ove posljednje nećemo se posebno osvrnuti jer su oni zapravo u službi formalnih izvora). Rješenje ovog problema donekle otežava i to što izvori za koje se smatra da pripadaju jednoj kategoriji, u nekom se aspektima preklapaju s drugim izvorima, npr. formalni izvori imaju i neke osobine materijalnih i/ili etičkih izvora. Možda ovo riješiti tako da prihvatimo da zaista postoje samo izvori prava, a da pod njima smatramo samo ono što se smatralo formalnim izvorima, a preostale kategorije nazivati onim što oni i jesu. Dakle, materijalne izvore zvati pravnim odnosima,¹⁰³ a etičke izvore pravnim vrijednostima.¹⁰⁴

Problem ostaje što ćemo smatrati izvorima (bivšim formalnim). Gledajući pojedine liste izvora prava ili pak nabranjanja izvora kod pojedinih autora, primijetili smo da su na tim popisima isti ili općeprihvaćeni izvori (uz još neke izvore kod nekih autora). Općeprihvaćeni izvori su: ustav, zakoni i podzakonski akti, običajno pravo, sudska praksa, precedent, opća pravna načela (tj. argument koji polazi od općih pravnih načela). Na nekim listama razmatraju se još

99 *Ibid* 162.

100 Van Hoecke (n 97) 164.

101 *Ibid* 163.

102 Van Hoecke (n 97) 164.

103 Proizlazi da Visković smatra materijalne izvore pravnim odnosima jer za razliku od nepravničkih, imaju osobine pravnosti: naročito važni, konfliktni i izvanjski kontrolabilni društveni odnosi koji su regulirani pravnim normama – Visković (n 15) 205.

104 Vidi bilj. 31.

međunarodno i europsko pravo,¹⁰⁵ a na nekim listama razmatraju se pak pravna znanost i priroda stvari (tj. argument prirode stvari),¹⁰⁶ a rijetko i ostali argumenti. Dakle, ovaj sveobuhvatni popis obuhvaćao bi: a) norme izvannacionalnog prava: 1. norme međunarodnog prava, 2. norme europskog prava, b) norme nacionalnog prava: 3. ustav, 4. zakone i 5. podzakonske akte, 6. običajno prava, 7. sudsku praksu i precedente, 8. moral, 9. namjeru zakonodavca (subjektivni ciljni argument), 10. opća pravna načela (argument koji polazi od općih pravnih načela), c) pomoćne izvore: 10. pravnu znanost i 11. prirodu stvari (koja se također može shvatiti kao argument) i ostale argumente. Ovo nam pokazuje da je vrlo teško naći jedan kriterij za ono što ćemo smatrati izvorima prava. Naša podjela na opće i individualne pravne akte dobrim dijelom, ali djelomično rješava problem jer se izvorima smatraju i argumenti (mislimo na one koji nisu pravne norme), odnosno neki izvori se ujedno smatraju i argumentima. Čini se da je najbolje složiti se s tvrdnjom da su svi pravni razlozi izvor prava u najširem smislu jer pod pravnim razlozima obuhvaćamo pravne akte i argumente.¹⁰⁷

LITERATURA I IZVORI

1. Aarnio A, *Essays on the Doctrinal Study of Law* (Springer, 2011)
2. Barak A, *Purposive Interpretation in Law* (Princeton University Press, 2005)
3. Benillouche M, Chavrier AL et Delamarre M, *Leçons d'Introduction au Droit* (Ellipses Edition, 2009)
4. Bobbio N, *Teoria generale del diritto* (Giappichelli Editore, 1993)
5. Boukema HJM, *Judging: Towards a rational judicial process* (WEJ Tjeenk Willink 1980)
6. Čapeta T i Rodin S, *Osnove prava Europske unije* (2. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, 2011)
7. Degan VĐ, *Međunarodno pravo* (Školska knjiga, 2011)
8. Eskridge WN, Frickey PhP and Garret E, *Legislation and Statutory Interpretation* (Foundation Press, 2000).
9. Fábry B, Kasinec R a Turčan M, *Teória prava* (Wolters Kluwer, Pravnicka fakulta UK 2017)
10. Geršić G, *Enciklopedija prava* (Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2011)
11. Guastini R, *Sintaksa prava* (Naklada Breza, 2018)
12. Harašić Ž, '(Ne)racionalnost u sudskim odlukama' (2012) 28 (2) Pravni vjesnik 7.
13. Harašić Ž, 'Autoritet i sud' (2015) 52 (2) Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu 407
14. Harris JW, *Legal Philosophies* (2. izdanje, OUP 2004)
15. Hazen, OA, 'Precedents in the Netherlands', (2007) 11 (1) Electronic Journal of Comparative Law, <www.ejcl.org/111/art111-12.pdf> pristupljeno 1. srpnja 2022.
16. Lukić RD, *Uvod u pravo* (prvo prerađeno izdanje dvanaestog izmijenjenog Lukićevog izdanja iz 1995, prerađili Jasminka Hasanbegović i Marko Božić, Službeni glasnik 2020)
17. MacCormick DN and Summers RS (eds), *Interpreting Precedents* (Ashgate, 1997)

¹⁰⁵ Međunarodno i europsko pravo – kao pravne izvore navode npr. Vrban (n 14) 349.; Aarnio (n 76) 152.–153. O europskom pravu raspravljaju ili navode npr. Benillouche, Chavrier et Delamarre (n 18) 66.; Rotolo (n 5) 187.–194.; Pavčnik (n 18) 295. i dalje.

¹⁰⁶ Npr Vrban (n 14) 349.; Vasić, Jovanović i Dajović (n 8) 284.–285.

¹⁰⁷ Aarnio (n 76) 149.

18. MacCormick DN and Summers RS, 'Introduction' in D Neil MacCormick and Robert S Summers (eds), *Interpreting Precedents* (Ashgate, 1997) 1
19. Marmor A, *Interpretation and Legal Theory* (Clarendon Press, 1992)
20. Miličić V, *Opća teorija prava i države* (Vlastita naklada, 2008)
21. Pavčnik M, *Teorija prava: prispjev k razumevanju prava* (6. dopunjeno i prerađeno izdanje, GV Založba, 2020)
22. Peczenik A, *On Law and Reason* (Kluwer Academic Publishers, 1989)
23. Peczenik A, 'The Binding Force of Precedent' in Niel D MacCormick and Robert S Summers (eds), *Interpreting Precedents* (Ashgate, 1997) 461
24. Pezo V (ur.), *Pravni leksikon* (Leksikografski zavod Miroslav Krleža, 2007)
25. Popović M, 'Model integralne teorije prava' (2003) 37 (1–2) Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu 19
26. Raisch P, *Vom Nutzen der berkommenen Auslegungskanones fr die praktische Rechtsanwendung* (Müller Juristischer Verlag, 1988)
27. Rotolo A, 'Sources of Law in the Civil Law', vol 3 in Enrico Pattaro (ed), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence* (Springer, 2005) 143
28. Samuel G, *The Foundations of Legal Reasoning* (MAKLU, 1994)
29. Stepanov R i Vukadinović G, *Teorija prava II* (Futura – Petrovaradin, 2002)
30. Summers RS and Taruffo M, 'Interpretation and Comparative Analysis' in Neil D MacCormick and Robert S Summers (eds), *Interpreting Statutes* (Ashgate, 1991)
31. Štajnpihler T, *Precedenčni učinek sodnih odločb pri pravnem utemeljevanju* (GV založba, 2012)
32. Tarello G, 'Argumentacija tumačenja i sheme obrazlaganja u pridavanju značenja normativnim tekstovima' (1990) Zbornik za teoriju prava IV (prijevod Nikole Viskovića i Snježane Šućin dijela Tarellove knjige *L'interpretazione della legge* Giuffrè 1980). 239.–279.
33. Troper M, Grzegorzcyk C and Gardies JL, 'Interpretation in France' in Neil D MacCormick (eds), *Interpreting Statutes* (Aldershot, 1991) 171
34. Van Hoecke M, *Law as Communication* (Hart Publishing, 2002)
35. Vasić R, Jovanović M i Dajović G, *Uvod u pravo* (Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2014)
36. Vesting T, *Rechtstheorie* (Verlag CH Beck, 2015)
37. Visković N, *Pojam prava: prilog integralnoj teoriji prava* (Pravni fakultet u Splitu 1976)
38. Visković N, *Teorija države i prava* (2. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Birotehnika CDO, 2006)
39. Vrban D, *Država i pravo* (Golden marketing, 2003)

MREŽNI IZVORI

1. <http://en.wikipedia.org/wiki/Precedent>> pristupljeno 15. lipnja 2022.
2. [http://www.fjc.gov/public/pdf/public/pdf/nsf/lookup/CivilLaw.pdf/\\$file/CivilLaw](http://www.fjc.gov/public/pdf/public/pdf/nsf/lookup/CivilLaw.pdf/$file/CivilLaw)> pristupljeno 15. lipnja 2022.

Žaklina Harašić*

CONTRIBUTION TO TEACHINGS ON THE SOURCES OF LAW

Summary

One of the goals of this work is to point out the efforts of modern studies on the sources of law to reduce the traditional sources of law - material, ethical, formal and cognitive - to formal sources of law. It is argued that the concept of the source of law, which includes the mentioned types and the phenomena they contain, is too broad, and that these phenomena have only the fact that legal norms spring from them. Here, in our opinion, the problem arises as to how to consider the phenomena from which law undoubtedly arises, especially those that fall under the material and ethical types. The problem can be solved by calling material sources legal relations, and ethical sources legal values. In addition, there is another problem that many (formal) sources also have some material and/or ethical characteristics. Likewise, we pointed out the connection between legal sources and arguments, meaning by arguments regulations and what are usually considered arguments (a. a contrario, a. a simile ad simili, a. a fortiori). We proposed a possible list of legal sources, where the main problem is that, in compiling it, it is not possible to apply one (same) criterion.

Keywords: sources of law, material sources of law, ethical sources of law, formal sources of law, cognitive sources of law, arguments



This work is licensed under a Creative Commons
Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

* Žaklina Harašić, PhD, Full Professor, Faculty of Law, University of Split, Domovinskog rata 8, 21000 Split, Republic of Croatia.
E-mail address: zaklina.harasic@pravst.hr. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4395-3114>.