

*Др Дејан Матић,  
ванредни професор*

*УДК: 340.12  
DOI: 10.46793/UPSSXI.171M*

## **ГЕРШИЋЕВА ОПШТА НАУКА О ПРАВУ\***

### **Резиме**

*У раду се разматра опште учење о праву Глигорија Гершића. Име Глигорија Гиге Гершића заузима значајно место, како у историји српске правне науке, тако и у српској историји уопште. Овај истакнути правни писац трајно је обележио време у коме је живео и радио. Један од наших најплоднијих правних писаца, Гершић несумњиво спада у ред наистакнутијих правних посленика у нас. Објавио је преко стотину радова, при чему понајвише из области међународног права, грађанског и римског права. Широј стручној јавности је у првом реду и познат управо као цивилиста и врсни познавалац међународног права, док је његов теоријскоправни рад знатно мање познат. Његово главно и основно дело у области опште теорије права представља Енциклопедија права, упркос томе што је Гершић био склон да поједина питања која спадају у ову материју детаљно и сасвим темељно разматра и у делима која заправо не спадају у општу теорију права. Глигорије Гершић је творца прве целовите и у великој мери самосвојне теорије права код нас и она, поред извесних ограничења, представља не мали успех и без имало сумње, највећи домет наше правне науке на том пољу до тада.*

**Кључне речи:** *право, појам права, теорија права, природно право, историјска школа права.*

Српска теоријско-правна мисао, у свом готово двовековном трајању, била је, како се чини, сасвим налик постојбини из које је потекла, на жалост, одувек помало шкрта када је требало да у својим оквирима изнедри истинске великане који су способни да њена достигнућа доведу у највише сфере светске правне науке. Тек крајем деветнаестог и почетком двадесетог века у нас се појављују први, у идејном смислу, заиста оригинерни теоријскоправни погледи, и то у делу нашег истакнутог правног писца, Глигорија Гершића. Овим ставом се ни на који начин не умањује значај и допринос у развоју српске теорије права

---

\* Рад је резултат истраживања на пројекту Правног факултета Универзитета у Крагујевцу: „Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније”, који се финансира из средстава Факултета.

наших ранијих теоретичара права, чије је дело претходило његовом, нити пак оспоравају несумњиво значајна места која она заузимају у историји наше теоријско-правне мисли. Но, Гершићев погледи на право, ипак, несумњиво, представљају како први, заиста у потпуности оригинални теоријско-правни концепт у нас, тако и највиши домет српске теорије права до тада. Гершић је објавио преко стотину радова, а понајвише из области међународног права, грађанског и римског права. Широј стручној јавности је у првом реду и познат управо као цивилиста и врсни познавалац међународног права док је његов теоријскоправни рад знатно мање познат. Његово главно и основно дело у области опште теорије права представља Енциклопедија права, упркос томе што је Гершић био склон да поједина питања која спадају у ову материју детаљно и сасвим темељно разматра и у делима која заправо не спадају у општу теорију права. Како би се што потпуније представила његова општа учења о праву као и сва разноврсност и богатство Гершићеве теоријскоправне мисли, овај рад је и посвећен детаљном критичком разматрању управо овог Гершићевог дела.

Сама Енциклопедија права подељена је на три дела и то увод, општу науку о праву и део посвећен специјалним правним наукама (енциклопедија права у ужем смислу).<sup>1</sup> Сам увод заузима нешто преко трећина целокупне Енциклопедије права, скоро осамдесет страна. У њему Гершић разматра питања која се односе на значај саме енциклопедије права и њену историју, али и питања која се тичу фактора који узрокују право као и појма правне науке и њене поделе. У оквиру овог одељка он посебну пажњу посвећује природноправној теорији и филозофији права заснованој на њеним, поставкама, подвргавајући је озбиљној и свеобухватној критичкој анализи. Истовремено, управо у уводу, Гершић излаже и основе свог методолошког приступа праву и схватања његовог појма. Други део Енциклопедије права, насловљен Општа наука о праву, представља њен централни део, како по обиму (има нешто преко сто страна), тако и по значају. Сам је подељен на три одељка, у оквиру којих Гершић разматра питања детаљног одређивања појам права, његове класификације и настанка (први одељак), затим питања која се односе на појам, класификације и настанак правних односа (други одељак), те на крају кратко обрађује проблематику примене права и његовог тумачења (трећи одељак). Трећи део посвећен специјалним правним наукама уједно је и најмањи (заузима нешто мање од тридесет страна) и представља излагање енциклопедије права у ужем, строгом смислу речи. Нема било какве сумње да је, са становишта што потпунијег разумевања и свестраније анализе Гершићеве теоријскоправне мисли, од нарочитог значаја и вредности управо онај део наведеног дела који садржи Гершићева излагања о општој науци о праву. Из тог разлога управо овим разматрањима је и посвећена посебна пажња. Држећи се доследно систематике излагања утврђеног у уводу своје Енциклопедије

---

<sup>1</sup> Видети више о овоме у Симић, М., *Из историје српске правне мисли*, Ниш, 1997, стр. 96.

права, Гершић приступа разматрању опште науке о праву.<sup>2</sup> На самом почетку излагања он истиче да се право може посматрати у свом објективном и субјективном смислу. Како је основа и претпоставка субјективног права објективно право, логичком нужношћу се намеће првенство његове детаљније анализе. Из тих разлога Гершић сматра да поново, само овог пута потпуније, ближе и детаљније, дефинише појам објективног права и на тај начин замени претходну општу дефиницију дату у уводу. Под правом у објективном смислу он подразумева "прописани ред и правац, који једно извесно друштво поставља и остварује у погледу на понашање својих чланова према другима и према њему самоме, а тако исто и у погледу на форме свога сопственога друштвенога или колективнога делања."<sup>3</sup> Овај правац је исказан апстрактним, општим правним правилима, односно, правним нормама. Њима се, према његовом мишљењу, како образује, тако и одржава одређени поредак у оквиру датог друштва. Тај поредак се назива правним поретком. Гершић право одређује као принцип реда. Под његовим утицајем друштвени односи се претварају у правне. Управо због тога се појам права и правних односа и намеће као централни појам енциклопедије права. Гершић истиче да се право јавља у своја два основна вида, и то у виду наука (упута) и у виду моћи и силе. Први свој вид право има јер све субјекте обавештава и поучава "како треба да се одреде и обележе границе у сферама моћи међу људима."<sup>4</sup> Захтевање и гарантовање поштовања и очувања ових постављених граница представља карактерну црту другог појавног облика права. Садржина првог вида права, према Гершићевом мишљењу, зависи од два основна фактора. Први представља циљ коме право служи. Из оваквог одређења првог фактора, сасвим је очигледно да он не усваја становиште да је право само себи циљ, већ напротив, он право посматра као средство за остварење одређеног циља. Другим речима, Гершић, попут Јеринга, одређује циљ као творца права.<sup>5</sup> Право према његовом мишљењу, има за првенствени задатак да успостави и очува миран поредак, истовремено служећи оним интересима који у границама омеђеним тим поретком "имају могућности за своје слободно кретање и остварење".<sup>6</sup> Као други фактор који условљава садржину права као наука (упута), он истиче схватање о праву и праведности. Наиме, право, како то Гершић сматра, мора да буде у сагласности са оним етичким ставовима о ономе шта је праведно. На тај начин, право поседује два свепрожимућа својства, целисходност и праведност.<sup>7</sup> Наравно, овај други фактор нема и поред свог великог значаја, главну покретачку снагу у

---

<sup>2</sup> О утицају Меркела на архитектонику опште науке о праву код Гершића видети више у Симић, М., *нав. дело*, стр. 101.

<sup>3</sup> Гершић, Г., *Енциклопедија права*, Ниш, 1995, стр. 82.

<sup>4</sup> *Исто*.

<sup>5</sup> Упоредити Јеринг, Р., *Циљ у праву*, Подгорица, 1998, стр. 194.

<sup>6</sup> Гершић, Г., *нав. дело*, стр. 83.

<sup>7</sup> Видети *исто*.

праву. Она припада циљу коме право и служи, с тим што Гершић ипак напомиње, да ће се исти потпуније остварити једино уколико је што потпуније усклађен са етичким ставовима датог друштвеног окружења. Одређивање међусобног односа ова два фактора представља један од крупнијих проблема теорије о праву. Ово стога што право покушава да истовремено, у садржинском смислу, буде целисходно али и праведно. Гершић сматра да се логички посматрано, гледиште целисходности и гледиште праведности не поклапају.<sup>8</sup> Но, уколико се посматрају у њиховој каузалној вези, према његовом мишљењу, може се утврдити да се између ова два фактора успоставља одређена веза. Наше право, односно, воља која се у њему изјављује, може своје циљеве најпотпуније да оствари једино уколико су они усклађени природи друштвених односа који се регулишу и уколико их људи који живе у тим односима сматрају праведним.<sup>9</sup> Другим речима, циљ несумњиво ствара право, али своје потпуно остварење може имати једино уколико буде сматран праведним, односно, уколико правне норме које га остварују, људи чије понашање оне регулишу у процесу остваривања сопственог циља, сматрају праведним. Сложеност друштвених односа које право регулише, неминовно доводи до тога да се често оно што није једнако, посматра једнаким, а неистинито, истинитим. Према Гершићевом мишљењу, оно се на тај начин, у одређеној мери, неизбежно одриче потпуне правде и праведности. Ова особина права произлази из саме његове природе, то јест, из његових основних принципа. Као одличан пример за ову своју тврдњу, он истиче један несумњив основни принцип права, принцип једнакости. Иако у природном, реалном свету, заснованом на бесконачној разноликости свих његових појава, овај принцип није могуће наћи, право га усваја услед сопствене потребе за стварањем општих правила, а зарад остваривања сопствених циљева. Без њега, покушавајући да обухвати све постојеће различитости и појединачне неједнакости, оно то никада не би могло да учини. Његов сопствени, практични циљ не допушта обзирање на ове бескрајне разлике. Како је нужност постојања општих правних правила у праву очигледна и несумњива, јасно је да оно мора, у извесној мери, да буде неправедно. Наравно, та мера мора бити различита, па Гершић у том смислу разликује строго право (*ius strictio*) и правично право (*ius aequum*).<sup>10</sup> Саму правду, он дефинише по угледу на античке узоре<sup>11</sup>, као једну правилно погођену сразмеру.<sup>12</sup> Према његовом мишљењу, она представља својеврстан правилан силогизам, односно, логичко подвођење појединих односа под неко више, опште правило. Гершић указује да се током историјског развоја, схватање и одређивање појма правде, непрестано мењало. Па ипак, напредак у

---

<sup>8</sup> Видети *исто*.

<sup>9</sup> Видети *исто*, стр. 86.

<sup>10</sup> Видети *исто*, стр. 87–88.

<sup>11</sup> Видети Поповић, М., *О филозофији права код Срба*, Београд, 2000, стр. 104.

<sup>12</sup> Видети Гершић, Г., *нав. дело*, стр. 93.

развоју друштва и односа у њему, довео је до извесног приближавања у схватању правде. Но, он истовремено указује да никако не треба направити грешку и погрешно оценити да је тај друштвени напредак довео или пак да ће довести до неког појма правде који би важио уопште и по себи, попут неке апсолутне идеје. Ово из разлога што друштвени напредак, како га он схвата, по својој природи, отклањајући супротности и зближавајући погледе на једној страни, истовремено продубљује и умножава разлике и супротности у друштву на другој страни.<sup>13</sup> За ову своју тврдњу, Гершић налази илустрацију у једноставном упоређењу друштвеног живота једног народа на нижем степену свеукупног развоја, са друштвеним животом напреднијих, културних народа. Тада можемо открити, у првом случају мир и једноликост, а на другој страни, мноштво дубоких супротности и изукрштаних интереса. Диференцијација и индивидуализација, која услед свеукупног друштвеног развоја и културног напретка, смењује претходну примитивну једноставност и једноличност, заиста зближава и хармонизује различита схватања и интересе на једној страни, али их све више и неумитно раздваја на другој.<sup>14</sup> Оно што је за Гершића неоспорно, јесте претежан утицај друштвених интереса (поред утицаја науке и образовања) на ове процесе у друштву, па самим тим и на схватање правде. Због тога указује да право као наука који треба да послужи људима за практично делање у друштву, може у већој мери да оствари свој циљ једино усклађивањем сопствених прописа са моралним схватањима у датом друштву. Зближавање и хармонизација ставова у друштву доводе до потпунијег испуњавања оних циљева које право ставља пред себе. Како је ово, као што је Гершић раније истакао, немогуће остварити у потпуности, право неизбежно има компромисни карактер.<sup>15</sup> Овај његов компромисни карактер, Гершић види као историјским развојем условљену особину услед постојања многобројних различитих интереса у једном друштву чији су носиоци различите друштвене групе. Сходно томе, нужно следи да промене у друштву у односу снага друштвених група супротстављених интереса, неизбежно воде мењању постојећих, односно стварању нових компромиса у праву.<sup>16</sup> Право, према његовом мишљењу, мора остати средство за мирење интереса а не средство за наметање интереса једне друштвене групе другој, или целом друштву.<sup>17</sup>

Разматрајући други појавни вид права, Гершић указује да право никако не може и не сме да се сведе на пуко оцењивање субјеката и њихових радњи, те последично давање вредносних судова о њима. Због саме своје природе и улоге коју има у друштву, нужно је и неизбежно да се оно истовремено појављује и као сила, односно, као моћ. Правна правила, према његовом мишљењу, теже да

---

<sup>13</sup> Видети *исто*, стр. 91–92.

<sup>14</sup> Видети *исто*, стр. 98.

<sup>15</sup> Видети *исто*, стр. 98–99.

<sup>16</sup> Видети *исто*.

<sup>17</sup> Видети *исто*.

управљају људским делањем увек, чак и онда када њихова садржина није у складу са људским интересима.<sup>18</sup> Право овај свој вид моћи изражава у два правца, у правцу заштите и у правцу заповести. У првом правцу, оно заснива одређена овлашћења (субјективно право), а у другом правцу, свој вид моћи заснива одређујући одговарајуће дужности, односно дејствује у правцу заповести. Његово је дејство у оба ова правца, непосредно. Но, Гершић, и поред овога, истиче да је овај његов други вид, заправо његов принудни карактер, највидљивији, најопипљивији и најјасније изражен управо у његовом дејству према заповести.<sup>19</sup> Према његовом мишљењу, овај принудни карактер права, двојаке је врсте. Наиме, право прописује или да нешто треба да буде (а они субјекти чије је понашање регулисано на овај начин осећају моралну принуду да се понашају у складу са њим), или ипак прописује да нешто мора да буде, при чему су субјекти чије је понашање регулисано спољном принудом натерани на одговарајуће понашање.<sup>20</sup> Из овога произлази да је први начин на који право регулише људско понашање, при чему се људи понашају у складу са правним нормама чак и када су оне у супротности са њиховим појединачним интересима, могућ једино уколико се људи добровољно покорвају праву, дајући му ослонац у факторима сопствених моралних схватања. Ово је, према Гершићевом мишљењу, могуће једино онда када је право по свом карактеру у сагласности са захтевима људске моралне природе, односно другим речима, онда када је право усклађено са моралним схватањима оних чије понашање регулише. Ово је за њега основ обавезне снаге правних прописа, при чему он под овим подразумева "оно њихово својство, које им обезбеђује потпору од старне моралног осећања, дакле осећања дужности оних којима се ти прописи обраћају; или другим речима она је савез правних прописа са моралним силама које у народу живе, према коме савезу те моралне силе принуђавају људе на испуњење правних прописа."<sup>21</sup> Ову и овакву моћ права, Гершић назива етичком (моралном) моћи, и она за њега представља најважнији, конститутивни елемент моћи у праву. Ово стога јер Гершић сматра да право мора да буде онај скуп норми које важе, при чему у самом изразу важења лежи очекивање добровољног испуњења захтева тих норми. То показује да субјекти нормама које регулишу њихово понашање придају посебну вредност, те оне, стога, без употребе било каквог принудног средства, имају своје фактичко дејство.<sup>22</sup> Поред ове етичке моћи, принудни карактер права се испољава, нужно и у врсти материјалне моћи. Она се, према Гершићевом мишљењу састоји у принуди, како механичкој (физичкој), тако и психолошкој принуди.<sup>23</sup> Он

---

<sup>18</sup> Видети *исто*, стр. 100.

<sup>19</sup> Видети *исто*, стр. 101.

<sup>20</sup> Видети *исто*, стр. 102.

<sup>21</sup> *Исто*, стр. 102–103.

<sup>22</sup> Видети *исто*, стр. 103.

<sup>23</sup> Видети *исто*, стр. 105.

принуду у ширем смислу дефинише као остварење циља, односно, као савлађивање туђе воље, које се може остварити на два начина. Први начин подразумева сламање отпора који стоји насупрот неком циљу или норми надмоћном физичком силом, те представља један спољашњи процес. Ово Гершић назива силом у ужем смислу. Он указује да се за употребу силе према субјектима, по правилу користи назив принуда (у ужем смислу), будући да сила која се употребљава, иако усмерена ка телу субјекта, у крајњој линији, заправо погађа његову вољу. За разлику од ове механичке, физичке принуде, други начин принуде у ширем смислу, подразумева сламање отпора туђе воље у њој самој, у самом извору. Ова психолошка или психичка принуда, делује страхом, претњом употребе физичке принуде, те се субјект услед страха од ње или њених последица усмерава ка одређеном понашању.<sup>24</sup> Гершић истиче да успешна примена права, нужно захтева постојање, како физичке, тако и психолошке принуде. Обе су нужне да би натерале оне субјекте, који у себи не налазе довољно моралних или егоистичких мотива да се понашају у складу са правом, да се суздрже од кршења правних прописа и, ако је то могуће, да испуњење ових својих прописа изнуди. Наравно, уколико је до повреде права већ дошло, то јест, она није могла да се спречи и отклони, по правилу за те повреде право везује такве последице, које Гершић назива правним последицама учињених правних повреда, које имају за циљ да штету по праву или елиминишу или је, ако то није могуће сведу на најмању могућу меру. Ове последице сила имају карактер реагенције, контрадејства у односу према правним повредама којима треба да буду пропорционалне, наравно, у оној мери у којој је то могуће.<sup>25</sup> Имајући у виду да Гершић разликује примарни део правне норме који упућује на одређено понашање (диспозиција) и секундарни део, који описује последице кршења примарног дела норме (санкција), произлази да се ова реагенција, односно, контрадејство права, испољава управо преко санкције. Због тога и сама санкција, унапред одређујући последице евентуалних повреда, знатно доприноси превенцији будућег вршења правних повреда, па је стога Гершић убраја у "редован нормални прибор и саставни део правних прописа".<sup>26</sup> Упркос овом, несумњиво исправном схватању, он истовремено истиче да се из овога никако не може извући закључак да је она истовремено и битан, конститутиван елемент, део појам права и правне норме. Из тог разлога он сматра да ни принуда није, а и не може бити, конститутивни део појма права. Он се супротставља бројним теоретичарима, укључујући и Јеринга,<sup>27</sup> који право дефинишу као скуп принудних норми које у држави важе. Гершић сматра да правна норма не губи својство правности уколико нема санкцију, те да правни систем једног народа у целини не престаје да буде то

---

<sup>24</sup> Видети *исто*.

<sup>25</sup> Видети *исто*, стр. 106.

<sup>26</sup> *Исто*.

<sup>27</sup> Упоредити Јеринг, Р., *нав. дело*, стр. 146–150.

што јесте, чак и ако не располаже механичким средствима принуде или њиховом претњом, све док се сви субјекти у друштву, без изузетака, придржавају његових прописа добровољно, из поштовања према вољи која се у њему изражава и од страха од ванправних последица које би његовим кршењем наступиле.<sup>28</sup> Наравно, сам Гершић је свестан да његов став више представља замишљено идеално стање, него научни приступ заснован на реалним емпиријским основама за који се и сам залаже. Он истиче да се овакво стање до сада историјски заиста није појавило, те да је тешко замислити да ће икада и наступити, али да принуда ипак није конститутивни елемент права, већ то само тако изгледа услед недостатка савременијег облика у коме би се право остварило. Такв облик представља једна свестрана добровољна примена. Он сматра да је најбољи доказ да принудни елемент није одлучујући у праву управо то, што и поједине норме позитивног права немају санкцију, а и даље се, упркос тога сматрају правом. Па тако, како он истиче, норме међународног права које немају санкције у уобичајеном смислу те речи, баш као и оне норме државног права које се односе на државног поглавара, односно, шефа државе у монархији, које се такође не могу гарантовати принудом.<sup>29</sup>

Разматрајући однос права према држави, Гершић истиче да оно може настати у свакој заједници која је у стању да самостално регулише своје односе према оним интересима на којима почива. Из овога сасвим логично следи да право не може настати, нити за тим има икакве потребе, у случају једног самосталног субјекта, одвојеног од свих осталих људи. Другим речима, претходну претпоставку за настанак права, представља неопходност постојања друштва, односно, заједнице људи. У овој заједници, према Гершићевом мишљењу, морају постојати, како заједничке потребе, тако и један спољни ауторитет. Овакву заједницу, он назива владајућом, уколико је у стању да сопствене опште интересе, својом вољом, подигне на ниво правних интереса, које ће бити способна да брани и јемчи сопственим снагама.<sup>30</sup> Прва таква заједница у људској историји је, према његовом мишљењу породица, те стога она представља својеврсну "колевку друштва и државе".<sup>31</sup> Позивајући се на Јеринга, Гершић је одређује као полазну форму свих друштвених заједница које утичу на право и припрему сваког појединца за ступање у државу.<sup>32</sup> Он државу сматра правом домовином права.<sup>33</sup> За њега, први и основни циљ сваке државе, без обзира на сву разноликост и многобројност задатака који њој припадају, јесте да обезбеди стварање и развој правног поретка и, последично, врховног судства. У односу на овај, сви други државни циљеви и задаци

---

<sup>28</sup> Видети Гершић, Г., *нав. дело*, стр. 107.

<sup>29</sup> Видети *исто*, стр. 107–109.

<sup>30</sup> Видети *исто*, стр. 109.

<sup>31</sup> *Исто*.

<sup>32</sup> Упоредити Јеринг, Р., *нав. дело*, стр. 123.

<sup>33</sup> Видети Гершић, Г., *нав. дело*, стр. 110.



јављају се тек као секундарни и то зато јер нужно, историјски посматрано, настају тек након што је примарни циљ већ изведен.<sup>34</sup> Гершић сматра да се сфера моћи једне државе одређује на основу њеног односа према становништву и на основу односа према територији. Другим речима, правни поредак једне државе обухвата све људе на одређеној територији, односно, како то Гершић истиче, важе и принцип територијалности и принцип персоналитета. Овај други, подразумева посебну, личну везу између државе и њеног држављанина (овде Гершић очито мисли на држављанство). Да би овај свој примарни, главни циљ извршила, државна моћ мора да буде највиша у својој сфери,<sup>35</sup> односно држава мора да располаже сувереном влашћу. Гершић у овом делу, упркос ставу да држава не ствара свеукупно право, износи схватање да је творац целокупног права на својој територији управо држава. Наравно, он ни не покушава да тврди како држава то чини непосредно, али став о томе да је у крајњој линији сво право државно, ако не непосредно, а оно свакако посредно, несумњиво постоји. Наиме, он тврди да и друге заједнице могу стварати своје специјално право на територији једне државе, али само уколико га управо држава дозволи и последично гарантује његову примену. На овај начин држава посредно ствара право. Ово, према његовом мишљењу, важи и за такозвано аутономно право, које, самостално уређујући сопствене односе, стварају поједини делови државе, као што су то, на пример провинције, општине итд. И ово право важи и постаје као истинско право "само тада и утолико, уколико га држава допушта, признаје и обезбеђује".<sup>36</sup>

Након што је одредио однос права и државе, Гершић приступа одређивању односа права са моралом, религијом и обичајем. Он све ове друге норме понашања у друштву назива етичким силама и истиче њихово заједничко друштвено порекло. Упркос њиховом многоструко узajамном односу, Гершић сматра да је њихово диференцирање и разликовање правила понашања која оне прописују, неопходно зарад што прецизнијег одређивања правне области у односу на ове њему блиске и суседне појаве, а све зарад што потпунијег и јаснијег схватања самог права, односно, његовог појма.<sup>37</sup> Ово разликовање се, према његовом мишљењу, може вршити, како према садржају, тако и према облицима, односно формама, у којима се испољавају. Са становишта садржаја, Гершић истиче као основну разлику императивно – атрибутивни карактер права, који га посебно разликује од морала и религије. Наиме, право увек одређује, како овлашћења, односно, права својих субјеката, тако и њихове одговарајуће дужности, то јест, обавезе. При томе, овлашћења имају примаран значај, док су дужности секундарне и, одмеравају се према оним интересима који се штите и добијају свој израз, управо у овлашћењима. С друге пак стране,

---

<sup>34</sup> Видети *исто*.

<sup>35</sup> Видети *исто*, стр. 111.

<sup>36</sup> *Исто*.

<sup>37</sup> Видети *исто*, стр. 111–112.

правила морала и религије су једностранија, односно, немају императивно–атрибутивни карактер. Наведеним нормама прописане су једино дужности, те сходно томе, оне ни не могу бити одређене према одговарајућем овлашћењу. Управо из тог разлога, код морала и религије дужности су те које имају примаран значај, док овлашћења заправо ни не постоје. Ова разлика у садржини је, како то Гершић примећује, знатно мања између обичаја и права. Обичај, слично праву, такође има императивно – атрибутивни карактер, мада Гершић указује да код обичаја ипак знатније претеже елемент дужности, те да истицање непрестаног паралелног односа овлашћења и дужности ипак није тако оштро и доследно изведено као што је то случај код правних норми. Поред овога, према његовом мишљењу, обичај и право повезује и то што и обичајне и правне норме прописују правила за спољашње понашање људи у друштву, при чему су у потпуности равнодушне према унутрашњем мишљењу и расположењу људи према њима.<sup>38</sup> За разлику од морала и религије, право одређује дужности својих субјеката према овлашћењима, односно, интересима трећег лица, зарад којих их и одређује. При томе, право се задовољава спољном радњом, испуњењем прописане дужности, не обраћајући никакву пажњу на било какво унутрашње расположење, односно, било какве унутрашње побуде и мотиве субјекта обавезе, из простог разлога што они, по себи, немају никакав значај са становишта остваривања, односно неостваривања интереса субјекта овлашћења. С друге пак стране, код морала и религије ствари стоје управо обратно. Дужности које они прописују не одмеравају се према интересима трећих лица, из простог разлога што њих, потенцијалних субјеката овлашћења, напосто заправо ни нема. Па чак и кад би могли замислити њихово постојање, одмеравање дужности код моралних и религијских норми би се увек тицало унутрашњих мотива и расположења субјекта обавеза, независно од било којих трећих лица. Из свих ових разлога, Гершић истиче да су правне дужности изворне, а моралне и религиозне нису, будући да се савест и унутрашњи мотиви не могу контролисати, па сходно томе, нису ни подложни принуди.<sup>39</sup> Гершић сматра да не би било коректно када би све горе речено у потпуности било апсолутно схваћено. Наиме, није сасвим тачно да право искључиво брине о спољној радњи не бринући о унутрашњим мотивима, што се може, према његовим речима, приметити донекле у приватном, а понајвише у кривичном праву, које знатну пажњу посвећује мотивима и унутрашњем расположењу. Поред тога, ваља истаћи да морал, у извесном смислу, обраћа пажњу на спољне радње, захтевајући да појединац поред тога што ће морално и добро мислити, такође и поступа на исти начин, односно, захтева да спољашње поступање сваког човека буде у складу са његовим унутрашњим моралним мотивима и његовом савешћу.<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> Видети *исто*, стр. 113–114.

<sup>39</sup> Видети *исто*, стр. 115.

<sup>40</sup> Видети *исто*.

У погледу разлике у облицима, односно, формама њиховог испољавања, Гершић истиче као главну разлику постојање посебних организованих органа државе који прописују и примењују право, без којих би остваривање његових циљева било немогуће. Очигледно је да код морала и обичаја, таква организација напросто не постоји. Гершић примећује да код религије постоји извесна црквена организација, власт и законодавство, али је њен карактер по природи правни, а не религијски, јер своју моћ, по правилу, позајмљује од државе бавећи се више спољним манифестацијама религиозног живота, не додирујући унутрашњу природу религиозног убеђења.<sup>41</sup> Због свега овога, он истиче, да је овим "прецизно обележена и изражена позитивност права; истина да се може и по прописима осталих означених сила донекле признати извесна позитивна природа али код њих ипак ни издалека зависност од свесних изјава једне воље, коај се јавља као меродавни ауторитет и која се ослања на једну спољну принудну моћ, у чему се нарочито и најјаче огледа по превасходству позитивна природа права."<sup>42</sup>

Расправљајући материју деобе права Гершић правне норме класификује према три критеријума: 1) према субјектима од којих потичу, 2) према разлици у садржини и 3) према начину њиховог настанка.<sup>43</sup> Тако, према првом критеријуму, он разликује право сваке поједине државе од права осталих држава, затим државно право од међународног права. У сложеним државама се, како истиче, може разликовати право федералне државе од права које стварају федералне јединице. Што се пак тиче унитарних држава, Гершић сматра да може постојати и више субјеката који стварају право, при чему један од њих то чини за целу државну територију, а други за одређене саставне делове те државе. Сходно томе се, према његовом мишљењу, прво право може назвати општим правом, а друго партикуларним.<sup>44</sup> Према садржини он право дели на јавно и приватно право, допуњиво (диспозитивно) и принудно апсолутно (прецептивно) право, и, на крају, на заповедно и пермисивно (допуштајуће) право. Поделу на јавно и приватно право Гершић врши на основу садржине односа који се регулишу нормама. Па тако, јавно право регулише односе у којима на једној страни стоје јавни интереси (државе, општине итд), а на другој или исто тако јавни интереси или пак приватни интереси. Насупрот томе, приватно право регулише такве односе у којима један наспрам другог стоје искључиво индивидуални, односно, приватни интереси и сфере моћи. Гершић истиче да ова супротност није апсолутно одређена те да има таквих односа који имају мешовити карактер, односно, у којима и поред тога што имају приватни карактер, има и одређених јавних интереса (као што је то случај у породичним односима и породичном праву). Он такође примећује

---

<sup>41</sup> Видети *исто*, стр. 116.

<sup>42</sup> *Исто*.

<sup>43</sup> Видети *исто*, стр. 117.

<sup>44</sup> Видети *исто*.

да ови односи могу променити свој карактер, те из приватних, прећи у јавноправне односе и обратно.<sup>45</sup> С обзиром на слободу која се субјектима оставља у регулисању односа, Гершић разликује диспозитивно и принудно право. Према његовом мишљењу, норме које субјектима дају слободу да сами регулишу сопствене односе како желе, према сопственој вољи одређујући им правила понашања која се примењују тек уколико их субјекти нису сами и створили, чине допуњиво или диспозитивно право. С друге стране, норме које прописују правило понашања субјектата не остављајући им ни најмање слободе у одлучивању, искључујући било какву приватну вољу субјектата, Гершић назива принудним или перцептивним нормама у ужем смислу, које чине апсолутно или принудно право. Ову поделу, према његовим речима, никако не треба мешати и поистовећивати са претходном на јавно и приватно право. Иако се оне једним делом поклапају, па се скоро цело приватно право састоји из диспозитивних норми, а јавно право из принудних норми, има сувише случајева где су норме приватног права апсолутног, односно, принудног карактера, те не остављају нимало слободе субјектима, да би се ове класификације изједначиле.<sup>46</sup> Заповедно и пермисивно право Гершић разликује према граматичком саставу и облику правних норми. Сам Гершић признаје да се овде ипак не може говорити о суштинском, садржинском основу на коме се заснива ова подела. Напротив, ради се само о начину формулисања и изражавања садржински истог правила понашања. Разлика дакле није у суштини, већ само у начину на који се дата суштина испољава. То и сам Гершић признаје, истичући да је такав приступ новије теорије права једино и исправан, те стога напушта супротно становиште које је заговарао у свом уџбенику Римског права.<sup>47</sup> Што се тиче последње класификације засноване на начину настанка правних норми, он истиче да она представља само увод у важну материју теорије права која се бави проблематиком извора права. Због великог значаја који ова питања, према његовом мишљењу, имају, он приступити њиховом разматрању у посебној глави Енциклопедије права.<sup>48</sup>

На самом почетку разматрања овог питања, Гершић истиче да се извор права може одредити на више начина. Под њим се може подразумевати држава као извор права, а на основу тога што је сваки правни поредак творевина државе. Затим, под извором права се могу подразумевати правни акти из којих се сазнаје како право гласи. На крају, под овим називом се може подразумевати, како он то сматра, на крају крајева, правна свест једног народа у којој лежи крајњи корен (извор) права.<sup>49</sup> Гершић изворе права посматра у

---

<sup>45</sup> Видети *исто*, стр. 117–119.

<sup>46</sup> Видети *исто*, стр. 119–121.

<sup>47</sup> Видети Гершић, Г., *Систем римскога приватнога права (институције)*, Београд, 1882. стр. 33–34.

<sup>48</sup> Видети Гершић, Г., *Енциклопедија ...*, стр. 123.

<sup>49</sup> Видети *исто*, стр. 123.

једном, пре свега техничком смислу, означавајући њиме начин настанка правних норми. Другим речима, он под изворима права подразумева облике и органе "у којима и посредством којих право долази свога спољнога израза и егзистенције".<sup>50</sup> Као те изворе он одређује закон, обичај и судску праксу, па сходно томе, право према начину постанка дели на законско, обичајно и правничко право.<sup>51</sup> Закон је за Гершића редован начин и облик стварања правних норми. Дефинише га у, како то сам каже, правно – техничком смислу, као "правни пропис који је надлежним начином и путем постављен од стране законодавне власти у држави".<sup>52</sup> Да би закон могао да постане пуноважан и општеобавезан, он мора, према његовом мишљењу, да прође одређене фазе у поступку свога доношења. То су пре свега утврђивање и усвајање законског текста од стране законодавног органа, затим санкционисање од стране шефа државе (санкција државног поглавара), и на крају, као последњу фазу, он одређује промулгацију, односно, свечану изјаву шефа државе да је закон добио пристанак и потврду. Гершић истиче да се само обнародовање (публикација) закона може временски повезати са чином промулгације, али да логички и историјски, то нису исте фазе у поступку доношења закона, те да закон ступа на снагу тек након свог објављивања. Он сматра да то може бити одмах по објављивању, али и да законом може бити предвиђено и одређено време од дана објављивања закона, до почетка његовог ступања на снагу, такозвани *vacatio legis*.<sup>53</sup> Знатно већу пажњу Гершић посвећује обичајном праву. Он ово право види као "историјски ранији и сасвим равноправни извор права, облик правног стварања, као и закон".<sup>54</sup> оно дакле настаје и важи у раним периодима људског друштва "на старијим културним ступњима"<sup>55</sup>, и представља, према његовом мишљењу, најприроднију форму за настанак права. Он суштину обичаја види у специфичном споју слободе и нужности, при ком човек ради слободно, али истовремено гоњен и руковођен неком унутрашњом нужношћу. Норма је само наизглед створена спољним радом и понашањем, прави узрок њеног настанка, према Гершићевом мишљењу, треба тражити у индивидуалним особинама и карактеру, који управо у обичају имају своје испуњење.<sup>56</sup> Он сматра да овај принцип важи и на пољу обичајног права једног народа, јер оно што је код појединца индивидуално, то се код народа одсликава у националном. Зато и истиче да "народ уређује своје животне односе и без закона по свом правном осећању, он сам од себе ради и врши оно што је држи да је право и правично, и таквим начином ствара и врши правна правила

---

<sup>50</sup> Исто.

<sup>51</sup> Видети исто.

<sup>52</sup> Исто.

<sup>53</sup> Видети исто, стр. 124–125.

<sup>54</sup> Исто, стр. 131.

<sup>55</sup> Исто, стр. 126.

<sup>56</sup> Видети исто.

обичајним путем, слободно без наредбе и принуде, па ипак то не чини самовољно, према свагдашњим индивидуалним разлозима и склоностима, него нехотично поведен и руковођен унутрашњом нужношћу једнога националнога правнога осећања.<sup>57</sup> Суштину обичаја чине дакле, унутрашња нужност и нехотично делање и вршење. То не значи да појединац не може с намером, хотимице да се навикне на одређен начин поступања, али ће то постати обичај у правом смислу те речи, тек уз ненамерно понашање, нехотимично вршење. Слично, према Гершићевом мишљењу, важи и код правних обичаја једног народа, нешто може да буде у почетку смишљена акција или савет мудрих, али то постаје правни обичај тек уколико је погођено национално правно осећање и прерасте у опште, нехотично вршење. Како он то лепше каже, правни се "обичај не оснива у моћи народа над правом, него обратно, на моћи права над народом."<sup>58</sup> Гершић истиче да у теорији права постоји спор између заговорника материјалистичког схватања и спиритуалистичког приступа у погледу узрока настанка обичајног права. Први сматрају да оно настаје услед дуготрајног понављања одређених понашања од стране људи на једној територији, док други обичај виде само као средство за сазнавање права које већ постоји у општем правном убеђењу народа, те се у обичају оно заправо само испољава. Гершић не прихвата ниједно од ова два гледишта, одбацујући их оба као екстремна, сматрајући да је једино исправан став према коме обичајно право настаје путем објективне слике у народу и фактички влада појединцима наводећи их да се по њему понашају. Одатле произлази да је обичај заправо фактички важеће право, које у фактичкој промени долази, како до своје форме, тако и до основа свог важења. Гершић истиче да ова примена, односно вршење, није ни основ ни последица важења ових норми, већ једноставно спољашњи изглед тог важења.<sup>59</sup> Сходно овоме он обичајно право дефинише као "оно право, које се једном, у дужем вршењу исказаном правном убеђењу, створило и образовало у народу или у извесним круговима и слојевима тог народа."<sup>60</sup> Гершић сматра да држава није обавезна да пружи заштиту обичајном праву, али истовремено истиче да је оно, бар у оним државама које правилно схватају свој задатак да имају правни систем усклађен са народном правном свешћу, заштићено као и право које сама ствара. Наравно, у развијенијим друштвима, где сукоб између обичајног права и закона може бити оштрији, закон представља главни извор права, с тим што једно разумно, национално законодавство ипак треба да остави извесну слободу обичајног права народа, каналишући његово повремено превелико излетање и локалну распарчаност.<sup>61</sup> Гершић истиче да је основна грешка старијих представника историјске школе

---

<sup>57</sup> Исто, стр. 126–127.

<sup>58</sup> Исто, стр. 127.

<sup>59</sup> Видети исто, стр. 128.

<sup>60</sup> Исто.

<sup>61</sup> Видети исто, стр. 128–129.

права управо у њиховом прецењивању значаја који обичајно право има у односу на закон. Стога он и указује да "кад би данас обваладало обичајно право, потискујући законодавство, то би само могло значити да се правни живот враћа поново на један нижи ступањ у својој организацији; то дакле не би био напредак него назад." <sup>62</sup> На крају свог излагања о обичају, Гершић наводи четири услова који морају бити задовољени да би правни обичај могао постојати. То је, пре свега, захтев да се једнообразно фактичко понашање заснива на уверењу оних који га врше о његовој нужности и обавезности. Затим мора бити испуњен захтев да је то понашање вршено стално на исти начин и понављано кроз дужи временски период. Трећи услов подразумева да убеђење на коме се заснива обичај буде истинско и правно. Као последњи услов, он наводи да обичај не сме да буде неразуман, односно, да мора да буде у складу са основним принципима и начелима правног поретка. <sup>63</sup>

Када је реч о правничком праву, њега, према Гершићевом мишљењу, ствара посебан сталеж, настао све већим историјским развојем законодавства, коме је посебан задатак бављење правом. Он овај сталеж назива правништвом, односно, правничким редом. <sup>64</sup> Њихов рад је двојак, теоријски (литерарни) и практични (судски). Сходно томе, његов утицај на право може бити или само формалан, када ради теоријски разрађујући већ постојеће право, или материјалан, када правнички сталеж као представник и чувар народне правне свести ствара ново право. Овај сталеж то чини доношењем "једнообразних решења судова, услед чега дотично правило, које је у тим решењима изражено, прелази у праксу судску, постаје дакле једно судски усвојено обичајно правило, и тиме дакле постаје правним обавезним правилом." <sup>65</sup> Наравно, како то Гершић указује, ово је могуће учинити само у случају постојања правне празнине, када се судија ослања на опште изворе права, попут законодавца, односно, када решење црпи из позитивне природе саме ствари. <sup>66</sup> Ово право представља неку врсту обичајног права чији стваралачки орган представља судска пракса. Гершић истиче да је оваква улога судова у модерно време ретка и да су условима свестрано развијеног права кога ствара и највећој мери унапређује законодавац, судови углавном органи примене, а не стварања права. Судска пракса, према његовом мишљењу, нема ауторитет и снагу закона, односно, нема обавезну правну снагу, већ се њен ауторитет заснива на правилности извођења правног правила. Сходно томе, када се суд увери у нетачност дедукције свог раније створеног правила, он није обавезан да га се више придржава. <sup>67</sup> Поред оваквог права, Гершић говори и о аутономији и уговорима као могућим изворима права. Под аутономијом он

---

<sup>62</sup> Исто, стр. 130.

<sup>63</sup> Видети исто, стр. 131–132.

<sup>64</sup> Видети исто, стр. 132.

<sup>65</sup> Исто.

<sup>66</sup> Видети исто.

<sup>67</sup> Видети исто, стр. 133–134.

подразумева властито законодавство у техничком смислу, односно, овлашћење извесних обласних административних јединица да за оне односе који су у њиховој надлежности самостално стварају норме које су за субјекте у тим односима обавезне. Наравно, ово није посебан извор права у правом смислу те речи, те Гершић примећује да се уствари ради о једној подврсти законског права. Што се тиче уговора он само кратко примећује да они могу бити извор права у области међународног права, у којој представљају неку врсту закона<sup>68</sup>, завршавајући на тај начин своја излагања опште науке о праву.

Гершићева теорија права представља најсамосталнију и најзаокруженију теоријскоправну доктрину свог времена у нашој правној мисли. У потпуности напуштајући природноправне поставке и традицију немачких органских енциклопедија права, он српску теорију права уводи у позитивистички оријентисане правне науке, обрађујући своју Енциклопедију права у духу тада актуелне позитивистичке филозофије. Иако своју теорију права гради на оштрој критици природноправних идеја и критичком усвајању учења историјске школе права Рудолфа Јеринга, Гершић уводи социолошке елементе у своја разматрања, истовремено их, упркос свом општем и несумњивом позитивистичком опредељењу, не лишавајући дубљих филозофско правних рефлексија. Сасвим је оправдано рећи да његова теоријскоправна разматрања несумњиво представљају једну богату, заокружену и у потпуности промишљену доктрину, која је незаобилазни беоцуг у развоју теорије права код нас. Штавише, Гершићева мисао због својих теоријских домета и заокружености без икакве сумње представља један од темеља потоњег развоја наше теорије права у 20. веку. Глигорије Гершић спада у истинске великане наше теоријско-правне мисли, те, са пуним правом, заједно са другим великанима правне науке у нас, заузима своје заслужено место међу класицима српске правне књижевности.

*Dejan Matic, Ph.D.,  
Associate Professor*

## **GERŠIĆ'S GENERAL TEACHING ON LAW**

### ***Summary***

*The paper discusses the general teaching on law by Gligorij Geršić. The name of Gligorija Giga Geršić occupies a significant place, both in the history of Serbian legal science and in Serbian history in general. This prominent legal writer left a lasting mark on the time in which he lived and worked. One of our most prolific legal*

---

<sup>68</sup> Видети *исто*, стр. 136–137.



writers, Geršić is undoubtedly one of the most prominent legal professionals in our country. He published over a hundred works, mostly in the field of international law, civil and Roman law. He is primarily known to the wider professional public as a civilian and an excellent expert on international law, while his theoretical and legal work is much less well known. His main and fundamental work in the field of general theory of law is the *Encyclopaedia of Law*, despite the fact that Geršić was inclined to consider certain issues that fall into this subject in detail and quite thoroughly in works that do not actually belong to general theory of law. Gligoriје Geršić is the creator of the first complete and largely self-contained theory of law in our country, and it, in addition to certain limitations, represents no small success and, without a doubt, the greatest reach of our legal science in that field up to that time.

**Key words:** law, concept of law, theory of law, natural law, historical school of law.

## Литература

- Гершић, Г., *Енциклопедија права*, Ниш, 1995.  
Гершић, Г., *Систем Римскога приватнога права (институције)*, Београд, 1882.  
Јеринг, Р., *Циљ у праву*, Подгорица, 1998.  
Поповић, М., *О филозофији права код Срба*, Београд, 2000.  
Симић, Д. М., *Из историје српске правне мисли*, Ниш, 1997.